# 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): **10 (1891)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

**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. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichtes vom 24. Juni 1890.

Administrativ- oder Justizsache betr. Schadenersatzforderung in Brandfall?

G. Kugler betreibt in seiner Liegenschaft eine Colonialwaaren- und Droguenhandlung; den Keller des Hinterhauses benützt er mit polizeilicher Bewilligung zur Aufbewahrung feuergefährlicher Stoffe, wie Sprit, Terpentin und Benzin. In Folge dessen ist dieser Theil seiner Liegenschaft in der kantonalen Brandversicherungsanstalt in die IV. Klasse eingereiht und bezahlt den höchsten Steuerbetrag mit 18‰. Am 16. Juli 1889, als sein Lehrling mit Abfüllen von Benzin beschäftigt war, gerieth dasselbe in Brand, und es erfolgten mehrere Explosionen. Der dadurch verursachte Gebäudeschaden wurde von der Schatzungskommission am 20. Juli geschätzt auf Fr. 670. —, wovon Fr. 70. — auf die Beschädigung der nachbarlichen Gebäude fallen. Kugler wurde vom Strafgerichte wegen fahrlässiger Brandstiftung zu einer Geldbusse verurtheilt und dieses Urtheil am 29. August 1889 vom Appellationsgerichte bestätigt. Das Finanzdepartement verweigerte laut Schreiben vom 19. September die Vergütung des entstandenen Schadens, da die Brandversicherungsanstalt nach § 2 des Brandversicherungsgesetzes für Schaden, der durch Explosion entstanden ist, keinen Ersatz zu leisten habe. Dieser Entscheid wurde auf erhobenen Rekurs hin am 19. April 1890 vom Regierungsrath bestätigt. Kugler erhob daher Klage auf Verurtheilung des Finanzdepartements zur Zahlung von Fr. 670. —. Das Finanzdepartement beantragt Abweisung der Klage. Es bestreitet in erster Linie die Competenz des Civilgerichts zur Beurtheilung dieser Streitsache. Denn sowohl aus dem Brandversicherungsgesetz vom 19. August 1869, als aus den Bestimmungen der Geschäftsordnung des Regierungsrathes vom 15. Februar 1877 gehe hervor, dass der Entscheid in Fragen der öffentlichen Brandversicherung den administra-

tiven Behörden vorbehalten sei. In letzterm Gesetz sei die Leitung der Brandversicherungsanstalt dem Finanzdepartement übertragen und die Rekurse gegen Entscheidungen desselben an den Regierungsrath gewiesen. Gegen die Entscheide des Letztern könne nach dem Grossrathsreglement an den Grossen Rath rekurriert werden, der in letzter Instanz entscheide. Dagegen sei eine Civilklage ausgeschlossen, wie denn auch seit Bestehen der Brandversicherungsanstalt alle Rekurse auf dem administrativen Wege entschieden worden seien. Auch habe das Civilgericht nach § 26 des Gesetzes über Gerichtsorganisation nur Civilstreitigkeiten zu entscheiden.

Das Civilgericht hat, unter Bestätigung des Appellationsgerichts, sich als competent zur Beurtheilung dieser Sache erklärt.

Motive: Die vorliegende Frage muss als eine Civilstreitigkeit aufgefasst werden; denn es handelt sich um die Rechte und Pflichten, die den Parteien aus dem Versicherungsvertrage zustehen. Dass der Versicherte durch das Gesetz zum Abschluss des Vertrages gezwungen ist, und dass die Vertragsbedingungen durch das Gesetz normiert sind, kann dieses Verhältniss nicht zu einem öffentlich rechtlichen machen. Das Civilgericht ist daher gemäss § 26 des Gesetzes über Gerichtsorganisation zur Beurtheilung der Streitfrage competent, sofern nicht seine Competenz durch spezielle gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen und den Administrativbehörden übertragen ist. Dies ist nun nicht der Fall. Allerdings steht die Brandversicherungsanstalt unter der Leitung des Finanzdepartements, gegen dessen Entscheide an den Regierungsrath resp. Grossen Rath rekurriert werden kann; allein dieser Instanzenweg gilt nur für die administrativen Fragen und schliesst selbstverständlich nicht aus, dass die Brandversicherungsanstalt für civilrechtliche Ansprüche vor dem ordentlichen Richter belangt werden kann und Rede stehen muss.

---

### 2. Canton de Genève. Jugements du Tribunal civil du 14 mars 1890 et de la Cour de Justice civile du 5 mai 1890.

Remboursement anticipé d'un emprunt communal autorisé par une loi cantonale. Compétence des tribunaux pour prononcer sur la constitutionnalité de la loi.

Le 18 décembre 1882, la Ville de Genève, en vertu d'une autorisation du Grand Conseil donnée par la loi du 4 no-

vembre 1882, contracta un emprunt de 4,000,000 fr. à 4%, divisé en 4000 obligations de 1000 fr. au porteur; le remboursement de l'emprunt était stipulé en 40 années consécutives. En août 1889, la Ville de Genève contracta un nouvel emprunt de 14,500,000 fr. à 3½% pour unifier et convertir sa dette, et par la loi du 3 août 1889, le Grand Conseil autorisa cet emprunt; l'art. 4 de cette loi édicte un droit de préférence, pour la souscription du nouvel emprunt, en faveur des porteurs des obligations 4% de l'emprunt de 1882, sous la clause que toute obligation qui n'aura pas été présentée pour la conversion dans le délai fixé, cessera de porter intérêt à partir du 1er septembre 1889. Le Conseil municipal dénonça alors aux porteurs d'obligations le solde de l'emprunt 4% de 1882 pour être remboursé le 1er septembre. Passavant & Cie., porteurs de 553 obligations 4% de cet emprunt, refusèrent ce remboursement anticipé et contraire au plan d'amortissement imprimé sur les titres, et assignèrent la Ville de Genève pour ouïr prononcer la nullité de la dénonciation. La défenderesse conclut au déboutement des demandeurs, articulant que leur demande n'est pas recevable en présence de la loi du 3 août 1889 et que la Ville de Genève est libre de se libérer de sa dette avant l'échéance du terme de remboursement de celle-ci, en vertu de l'art. 1187 C. civ. Le Tribunal civil, dans son audience du 14 mars 1890, débouta les demandeurs de leur demande, en se prononçant sur ces questions comme suit:

I. Attendu qu'aux termes de l'art. 47 de la loi du 5 février 1849 sur l'administration des communes, la Ville de Genève, prise en qualité de commune, ne peut contracter un emprunt qu'en vertu d'une loi;

que la défenderesse s'est conformée à cette disposition et a obtenu du Grand Conseil l'élaboration de la loi du 3 août 1889.

Attendu que cette dernière loi ne se borne pas seulement à autoriser la commune de la Ville de Genève à contracter un nouvel emprunt, mais édicte que le produit de cet emprunt est destiné à rembourser au pair les obligations 4% des emprunts précédents de la Ville de Genève;

que, dès lors, le remboursement actuel de ces emprunts ne résulte pas seulement de la volonté de celle-ci, mais aussi de la volonté du législateur, c'est-à-dire de la loi elle-même qui en est l'expression;

que ce remboursement n'est point facultatif pour la défenderesse, mais qu'il est maintenant obligatoire pour elle, et que

tant que cette loi du 3 août 1889 existera dans sa teneur, son application et son exécution s'imposent soit à la Ville de Genève, soit aux demandeurs, soit aux tribunaux genevois;

Attendu que si Passavant et Cie. estiment que l'art. 4 de la dite loi prononce la résiliation d'un contrat de prêt à intérêt intervenu en 1882 entre eux, comme créanciers, et la Ville de Genève, comme débitrice, en ordonnant à cette dernière de rembourser, avant le terme fixé, sa dette avec le produit d'un nouvel emprunt, ils doivent interjeter un recours de droit public au Tribunal fédéral, seul compétent en vertu de l'art. 59 de la loi fédérale du 27 juin 1874, aux fins de prononcer sur la violation des droits garantis soit par la Constitution cantonale, soit par la législation fédérale;

que le Tribunal fédéral est seul compétent pour dire et prononcer:

1° si l'art. 4 de la loi du 3 août 1889 est inconstitutionnel, c'est-à-dire si le Pouvoir législatif a impiété sur les attributions du Pouvoir judiciaire, auquel l'art. 95 de la Constitution cantonale du 24 mai 1847 réserve le droit de juger toutes les causes de droit civil;

2° si le Grand Conseil a pu, par voie législative, trancher une question de droit privé, en ordonnant à la Ville de Genève, débitrice, de rembourser Passavant et Cie., ses créanciers, avant l'échéance du terme, et en décrétant qu'en cas de refus, de leur part, de recevoir le montant de leur créance, celle-ci n'était plus productive d'intérêts à partir d'une date fixe;

3° si les parties contractantes n'ont pas été, de par l'art. 4 de ladite loi du 3 août 1889, privées de leurs juges naturels en matière de droit civil, et garantis par l'art. 5 Constit. cantonale et l'art. 58, al. 1er Constit. fédérale du 29 mai 1874;

Attendu que pour les motifs ci-dessus déduits, le Tribunal de céans ne saurait connaître d'aucune critique concernant la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de l'art. 4 de ladite loi du 3 août 1889;

Que le Tribunal ne peut constater qu'une seule chose dans l'instance actuelle, c'est que la Ville de Genève, en dénonçant aux porteurs d'obligations de l'emprunt de 1882 le remboursement de celles-ci, s'est conformée strictement au dit article 4;

Que la nullité de cette dénonciation ne peut, dès lors, être prononcée par les tribunaux genevois, tant que cet article de loi est en vigueur;

Que la demande de Passavant et Cie., sous forme de litige de droit civil avec la Ville de Genève, leur débitrice

de 553,000 fr. avec intérêts courus, n'est point recevable en présence de la loi du 3 août 1889, dont l'article 4 constitue une clause impérative et obligatoire pour les deux parties.

II. Attendu que, par suite de la solution donnée à la première question ci-dessus ténorisée, il n'y a pas lieu pour le Tribunal d'examiner actuellement si, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le terme de remboursement de l'emprunt de 1882, suivant un plan d'amortissement imprimé sur chaque obligation, n'a pas été stipulé aussi bien en faveur de Passavant et Cie., créanciers, qu'en faveur de la Ville de Genève, débitrice;

Qu'il suffit de réserver aux parties tous leurs droits, moyens et actions sur cette question de droit civil, pour les faire valoir ultérieurement, s'il y a lieu, devant la juridiction compétente.

---

La Cour de Justice civile, en suite d'appel interjeté par Passavant et Cie., a réformé ce jugement et statué que les obligations de l'emprunt du 30 décembre 1882 continueront à être remboursées à l'époque déterminée par un tirage au sort conforme au tableau d'amortissement annexé à ces titres, et jouiront jusqu'à leur remboursement de l'intérêt de 4 % l'an.

Motifs: I. Contrairement à ce qui a été décidé par le tribunal de première instance, la juridiction des tribunaux genevois n'est point limitée à l'application des lois telles qu'elles ont été édictées par le Grand Conseil genevois, mais ces tribunaux ont incontestablement le droit et le devoir d'examiner, à propos des conflits de droit privé qu'ils ont à trancher, dans quelle mesure ces lois sont conformes aux Constitutions soit cantonale, soit fédérale. Ces tribunaux doivent examiner, lorsqu'il y a conflit entre plusieurs dispositions légales contradictoires, laquelle de ces dispositions l'emporte en valeur sur l'autre, soit en raison de l'époque où chacune de ces dispositions est entrée en vigueur, soit en raison du caractère constitutionnel ou simplement légal de ces lois, soit enfin en raison de l'origine cantonale ou fédérale des dispositions qu'il s'agit d'appliquer.

Il n'existe aucune disposition de la Constitution cantonale, qui limite en ces matières la compétence des tribunaux et qui oblige ceux-ci à appliquer, de préférence à d'autres dispositions légales pouvant avoir une valeur supérieure, les dispositions législatives édictées par le Grand Conseil.

Le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé expressément à l'art. 94 de la Constitution cantonale, implique pour les tribunaux le devoir d'appliquer la loi dans toute son étendue, quelle qu'en soit l'origine, sans qu'ils soient pour cela soumis à l'interprétation qui a pu en être faite par le pouvoir législatif cantonal.

C'est donc à tort que le Tribunal s'est refusé à examiner les moyens opposés par Passavant et Cie. à l'application de la loi du 3 août 1889, et a déclaré ne pouvoir connaître d'aucune critique contre la constitutionnalité de cette loi. Il y a lieu, au contraire, d'examiner dans quelle mesure cette loi est conforme aux principes constitutionnels en vigueur dans notre pays et si, dans l'espèce, les tribunaux genevois ont à appliquer cette loi ou d'autres dispositions légales antérieures en date.

La loi du 3 août 1889 contient deux dispositions d'ordres essentiellement différents. En premier lieu, cette loi autorise la Ville de Genève à contracter un emprunt et détermine les conditions de cette autorisation; en second lieu, elle émet certaines dispositions contraignant les porteurs d'emprunts antérieurs de la Ville à choisir entre le remboursement anticipé de leurs créances ou la réduction du taux de l'intérêt stipulé.

Aux termes de l'art. 47 de la loi du 5 février 1849, le Grand Conseil a incontestablement le droit de donner ou de refuser à une commune l'autorisation de contracter un emprunt dans les circonstances données, et à ce titre, on ne saurait adresser aucune critique à la validité de la partie de la loi du 3 août 1889 qui accorde l'autorisation demandée par la Ville de Genève.

En est-il de même des dispositions de cette loi qui statuent sur des actes antérieurs d'emprunt contractés par la même commune, dispositions ayant un effet rétroactif? En d'autres termes, la disposition de cette loi du 3 août 1889 qui dit que les obligations de l'emprunt 4 % de 1882 qui n'auraient pas été présentées dans le délai fixé pour la conversion, cesseraient de porter intérêt à partir du 1er septembre 1889, est-elle opposable aux porteurs de ces titres?

Aux termes de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (art. 64), la législation sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières, est devenue de la compétence exclusive de la Confédération; celle-ci n'a cependant usé du droit qui lui appartenait, aux termes de cet article, que par la promulgation du Code fédéral des

Obligations entré en vigueur le 1er janvier 1883. Jusqu'à cette date, et en vertu des dispositions transitoires de la Constitution (art. 2), les lois cantonales sont restées en vigueur pour régler tout ce qui concernait les transactions mobilières; mais dès le 1er janvier 1883, les cantons ont perdu toute compétence pour édicter des dispositions législatives rentrant dans le domaine du droit réservé à la Confédération.

D'autre part, aux termes des dispositions transitoires du Code fédéral des Obligations (art. 882), „les effets juridiques de faits antérieurs au 1er janvier 1883 restent régis, même après cette date, par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire desquelles ces faits se sont passés. En conséquence, par rapport à leur force obligatoire et à leurs effets, les actes accomplis avant le 1er janvier 1883 restent soumis, même postérieurement à cette date, à la loi en vigueur à l'époque où il y a été procédé."

Les effets juridiques du contrat passé entre les porteurs d'obligations 4% de l'emprunt de la Ville de Genève et cette commune, sont donc régis par le droit cantonal en vigueur le 30 décembre 1882 à Genève, et il n'appartenait pas au Grand Conseil de modifier ces droits par la promulgation d'une loi postérieure au 1er janvier 1883, soit parce que depuis cette date, il a perdu toute compétence pour édicter des dispositions législatives relatives au droit des obligations, soit parce qu'en vertu d'une disposition formelle du droit fédéral, l'effet juridique des faits antérieurs au 1er janvier 1883 doit demeurer régi par la législation en vigueur au moment de leur naissance, et que cette situation ne saurait être modifiée par une disposition de la loi cantonale à laquelle a été attaché un effet rétroactif.

En admettant même qu'avant l'entrée en vigueur du Code fédéral des Obligations, l'autorité législative cantonale eût pu, sans violer les dispositions constitutionnelles qui garantissent la propriété et la séparation des pouvoirs, édicter une loi dont l'effet pourrait être de dépouiller certaines personnes déterminées de droits acquis aux termes des lois civiles existantes, — ce qui est discutable, — il est incontestable que depuis l'entrée en vigueur de l'art. 882 C. O., le Grand Conseil genevois n'a pu valablement édicter une disposition dont l'effet serait de modifier rétroactivement les dispositions du droit cantonal, sous l'empire desquelles ces faits se seraient passés. Admettre le contraire serait décider que les effets juridiques du contrat passé par la Ville de Genève en 1882 ne sont pas régis par les dispositions du droit cantonal en vigueur à cette

époque, mais par une loi cantonale postérieure au 1er janvier 1883, ce qui serait une violation de l'art. 882 C. O. et de l'art. 64 Constit. fédér.

II. Les dispositions légales en vigueur à Genève en 1882 étaient celles du Code civil, et spécialement celle de l'art. 1187 de ce Code, ainsi conçu: „Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier."

La présomption que le terme est stipulé en faveur du débiteur, cesse lorsqu'en l'absence d'une stipulation expresse, qui fait défaut dans l'espèce, il résulte des circonstances que le terme a été convenu dans l'intérêt des deux parties ou dans celui du créancier.

Il ne saurait, dans le cas actuel, s'élever de doutes sur l'intention des parties contractantes. La circonstance que l'emprunt a eu lieu à intérêts, qu'il a été fait par la municipalité d'une ville importante pour une somme considérable, par conséquent en vue d'un placement durable de la part des prêteurs, qu'il s'est contracté à un moment où l'attention du public avait déjà été attirée, par suite de la conversion de nombreux emprunts, sur la baisse progressive du taux de l'intérêt, ainsi que la stipulation d'un amortissement en 40 années, démontrent que les prêteurs ont considéré le terme stipulé comme un avantage qui a pu influer sur leur décision de souscrire à l'emprunt, ou d'acheter des titres souscrits par d'autres.

Cette interprétation de l'art. 1187 C. civ., qui a été admise par le Tribunal fédéral dans des espèces analogues (Rec. off. VI, p. 290; XIV, p. 357, et dans l'arrêt tout récent du 1er mars 1890, de Riedmatten et Co. c. Etat du Valais), est également conforme à la doctrine française presque unanime.

Il y a donc lieu d'admettre que Passavant et Cie. sont fondés à s'opposer au remboursement anticipé de leurs créances.

---

### 3. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichtes vom 13. Februar 1889.

Toggenburgische Voralpentheilung von 1786. Gegenseitiges Alpnutzungsrecht unter obertoggenburgischen Ortsgemeinden an ihren Genossenalpen für die in der Ortsgemeinde

wohnhaften Ortsbürger der andern Gemeinden. Aufhebung dieser gegenseitigen Nutzung. Einsprache der Nutzungsberechtigten. Wohlerworbene Rechte?

Vor 1786 besass das Land Toggenburg als Gemeineigenthum die im Lande gelegenen Voralpen und jeder Toggenburger war nutzungsberechtigt an jeder derselben, wo sie liegen und wo immer er wohnen mochte. Dabei fühlten sich die Gemeinden des Untern Amtes gegenüber denjenigen des Obern Amtes faktisch benachtheiligt, weil die meisten Voralpen im Obern Amte gelegen und desswegen vom Untern Amte aus weniger leicht befahren werden konnten, als aus den anliegenden Gegenden des Obern Amtes. Sie drangen beim Abte auf Abhülfe. Durch Richterspruch des letztern vom 22. August 1786 wurde auf die Klage von sieben Gemeinden des Untern Amtes gegen die Gemeinden des Obern Amtes betreffend streitige Alpnutzung zu Recht erkannt:

> Dass die gemeinen Voralpen sammt aller Zugehörde in drei Theile nach Proportion der Mannschaft getheilt werden, ein Theil den Gemeinden Wildhaus, Alt St. Johann, Stein, Nesslau und Thurthal, ein anderer den Gemeinden . . . und der dritte den elf übrigen Gemeinden des Untern Amtes zugetheilt werden solle . . .

Im weiteren Verlaufe dieser Voralpentheilung sind die Voralpen Schönenboden, Eienthal, Goldach und Parfiren der obengenannten ersten Gemeindegruppe zugeschieden worden. Die Voralpen Laue und Greppelen dagegen, welche den allgemeinen Voralpen des Landes nie zugerechnet worden waren, sind durch landesherrlichen Spruch vom 29. September 1786 als Sondereigenthum der Gemeinden Wildhaus und Alt St. Johann, auch der Ortschaften Breitenau und zum Wasser, anerkannt worden.

Am 20. Juli 1787 haben sich die Gemeinden dieser Gruppe über die Nutzniessung der ihnen zugeschiedenen Voralpen dahin vereinbart,

> es solle den Gemeindsgenossen in Wildhaus, Alt St. Johann und Nesslau zu allen Zeiten das Recht vorbehalten sein, auf besagte vier vormals gemeinen Voralpen das Vieh aufzutreiben und gleich denen von Thurthal (mit Stein) diese Alpen sowohl in Ätzung, Streue und Holz zu nutzen.

Eine weitere Vereinbarung vom 7. September 1802 ging dahin:

> „Es solle der obere Theil (ob der Burg) gleich dem untern

„(unter der Burg) das Recht haben, auf diese Voralpen mit „seinem eigenen Vieh zu fahren. Ein Jeder, der nicht in den „Genossamengrenzen wohnt, und das Recht nicht aufweisen kann, „solle kein Vieh mögen auftreiben; jeder, der Genoss ist, solle, „wenn er seine Wohnung verändern würde, sei er oben oder „unten, wo er wohnt, gleich Andern gehalten werden und da„selbst Antheil haben."

Später erfolgte die Vertheilung der den genannten Gemeinden gemeinsam zugeschiedenen Voralpen an die einzelnen Gemeinden zu ausschliesslichem Eigenthum, und zwar die Alp Laue und Greppelen gemeinsam an Wildhaus und Alt St. Johann, die Alp Schönenboden an Krummenau, die Alp Eienthal und Parfiren an Nesslau, und die Alp Goldach an die Gemeinde Stein mit der Bestimmung:

Die gegenseitige Nutzniessung in besagten Alpen ist wechselseitig vorbehalten worden.

In den Alpreglementen der genannten Gemeinden hat dieses gegenseitige Nutzungsrecht der in jeder Gemeinde wohnhaften Angehörigen der vier andern Gemeinden als auf Vereinbarung beruhend sachgemässe Erwähnung gefunden.

Auf den von den Ortsverwaltungen von Wildhaus, Alt St. Johann, Stein, Nesslau, Krummenau und Ennetbüel gemeinsam vereinbarten Antrag haben am 27. März 1887 die Ortsgenossenversammlungen dieser sechs im gegenseitigen Alpnutzungsverbande stehenden Gemeinden beschlossen, das gegenseitige Auftriebsrecht sei aufgehoben; in Folge dessen genehmigte die Ortsgenossenversammlung von Stein am 11. April 1887 ein neues Reglement über die Genossenalp Goldach, laut welchem die Nutzniessungsberechtigung an derselben ausschliesslich den Ortsbürgern von Stein zustehen solle. Gegenüber dem Genossenversammlungsbeschlusse vom 27. März 1887 und dem neuen Alpreglement vom 11. April 1887 erwirkten die in Stein niedergelassenen Ortsbürger von Wildhaus und Alt St. Johann beim Regierungsrathe Besitzesschutz in ihren bisherigen Nutzungsansprüchen an der Alp Goldach,

„indem eine Aufhebung des laut vorliegenden Urkunden „seit der Alptheilung von 1786 geübten Nutzungsrechtes nur „auf dem Wege der Verständigung oder durch gerichtliches Ur„theil erfolgen dürfe."

Nun klagte die Ortsgemeinde Stein gegen die vom Regierungsrathe in der bisherigen Alpnutzung an der Alp Goldach geschützten, in Stein niedergelassenen Ortsbürger von Wildhaus und Alt St. Johann auf Anerkennung dieser Alp als

ausschliessliches und beschwerdefreies Eigenthum von Stein, auf Aberkennung der von den Beklagten erhobenen Nutzungsansprüche und auf Aufhebung der von denselben gegen das neue Alpreglement erhobenen Einsprachen. Auch hat die Ortsgemeinde Stein die Ortsverwaltungen von Wildhaus und Alt St. Johann von Anhebung dieses Rechtsstreites in Kenntniss gesetzt.

Die Beklagten verlangten Schutz bei ihren Nutzungsrechten auf die Alp Goldach und präzisirten die letztern dahin, sie beanspruchen die gleichen Nutzungsrechte auf den gesammten Abwurf dieser Alp, wie die Bürger von Stein, und bestreiten den letzteren die Berechtigung, diese Nutzungsrechte aufzuheben oder zu schmälern.

Die Klägerin begründet ihr Begehren wie folgt:

Die Alp Goldach steht als unbestrittenes Genossengut von Stein im Eigenthum und in der Verfügungsgewalt dieser Ortsgemeinde, soweit nicht gesetzliche Beschränkungen bestehen. Nutzungsberechtigt am Genossengut einer gesetzlichen Ortsgemeinde sind nur die Antheilhaber oder Bürger derselben, und es kann das Nutzungsrecht auch nur zugleich mit dem Bürgerrecht erworben werden. Die Beklagten, als Ortsbürger von Wildhaus oder Alt St. Johann, haben folgerichtig kein Nutzungsrecht an der Alp Goldach und haben ein solches auch nicht als ein Servitutsrecht oder servitutähnliches Recht erwerben können. Nicht durch Vertrag: Die über Benutzung der Alp Goldach von Stein getroffenen Verkommnisse sind mit andern Gemeinden als solchen, so auch mit Wildhaus und Alt St. Johann, getroffen worden. Aus diesen Abkommnissen könnten nur diese Gemeinden selbst, aber nicht die einzelnen Gemeindsgenossen überhaupt Rechte erwerben. Diese Uebereinkommnisse unter den Ortsgemeinden sind durch neuere Uebereinkünfte der letztern zuständig aufgehoben worden unter ausdrücklicher und unbedingter gegenseitiger Verzichtleistung auf alle gegenseitigen Alpnutzungsrechte, und die Beklagten sind nicht legitimirt, sich diesem Verzicht zu widersetzen, da ihnen keine selbständigen und individuellen Nutzungsansprüche zustehen, sondern solche von ihnen nur aus den Abkommnissen ihrer Bürgergemeinden abgeleitet werden können. Aber auch nicht durch Uebung, im Sinne von Art. 20 des Dienstbarkeitengesetzes, vermöge der ihnen und den frühern Niedergelassenen aus Wildhaus und Alt St. Johann seit mehr als dreissig Jahren gewährten Nutzung; denn diese Gewährung beruhte auf den bestehenden Verträgen von Stein mit den Gemeinden von Wildhaus und Alt St. Johann und ist auch nur in diesem Sinne in die Alpreglemente aufgenommen worden.

Ueberhaupt könnte hier von einer Servitut im privatrechtlichen Sinne nicht die Rede sein, selbst wenn jeder der Beklagten für seine eigene Person eine mehr als 30 Jahre lang geübte Nutzung nachweisen könnte. Eine Zusammenrechnung der eigenen Uebung mit derjenigen früherer Niedergelassener wäre unstatthaft, wegen Mangels eines dauernden herrschenden Rechtssubjektes, Art. 30 und 37 des Dienstbarkeitengesetzes.

Die Beklagten suchen ihre Rechtsbegehren zu begründen wie folgt:

Die Rechte der in Stein niedergelassenen Bürger von Wildhaus und Alt St. Johann auf Mitbenutzung der Alp Goldach haben ihren Ursprung sowohl in den frühern Eigenthumsverhältnissen an den toggenburgischen Voralpen als auch in den Alptheilungssprüchen vom 22. August, 29. September und 18. Dezember 1786, durch welche die obertoggenburgische Gemeindegruppe Wildhaus, Alt St. Johann, Stein, Nesslau und Thurthal Gemeineigenthümerin auch der Alp Goldach wurde. Einen Ausfluss dieses Gemeineigenthums bildete nun offenbar das Recht auf Nutzung des Alpertrages durch die sämmtlichen Bürger dieser Gemeinden, in ihrer Eigenschaft als Genossen der Gesammtkorporation, gleichviel ob sie ihren Wohnsitz in dieser oder jener Gemeinde hatten. Eine weitere Fortsetzung dieser im Jahre 1786 durch Richterspruch stattgefundenen Alpentheilung war rechtlich nur gedenkbar, wenn vor oder in einem solchen Theilungsakte die Rechte der Niedergelassenen als bisherige Korporationsgenossen bleibend gewahrt, beziehungsweise denselben anstatt der früheren Antheilhaberrechte ein materiell gleichwerthiges Nutzungsrecht eingeräumt wurde, was durch die Uebereinkommnisse vom 20. Juli 1787 und 7. September 1802 auch wirklich geschah und durch Vergleich vom 16. Juli 1804 bestätigt wurde. Damit wurden zu Gunsten der Niedergelassenen nicht neue Rechte geschaffen, sondern ihre bisherigen Rechte als Genossen der Gesammtkorporation vertraglich auch für die Zukunft anerkannt und damit die Möglichkeit eines weitern Theilungsverfahrens gegeben. Dieses vertragliche alte Recht der Niedergelassenen wurde von jeher geübt und in den Reglementen von 1835, 1844, 1874 ausdrücklich anerkannt. Es handelt sich somit um ein Recht, das man ihnen in ihrer Eigenschaft als Genossen der früheren Gesammtkorporation geben musste und gegeben hat. Diese Nutzungsrechte sind durch keine Uebereinkunft unter den betreffenden Gemeinden aufgehoben worden und könnten überhaupt durch eine solche nicht aufgehoben werden, weil ein Dritter sogar aus einem Vertrage, bei dessen Abschluss er gar nicht mitgewirkt hat, Rechte erwerben kann, welche ihm

ohne seine Zustimmung nicht mehr entzogen werden können. Die Niedergelassenen haben den Vertrag vom 7. September 1802 acceptirt und dadurch zu erkennen gegeben, dass der Vertrag für sie abgeschlossen worden und als solcher anerkannt werde. Die Niedergelassenen bilden aber eine eigene Interessentengruppe, deren althergebrachte Rechte nicht durch ohne ihre Zustimmung gefasste Beschlüsse ihrer Heimatgemeinden aufgehoben werden können. Die Beklagten hätten aber das von ihnen beanspruchte Nutzungsrecht auch nach Art. 20 Dienstbarkeitengesetz erworben, indem sie es von jeher geübt und als Recht durch amtliche Intervention haben schützen lassen.

Das Kantonsgericht hat die Ortsgemeinde Stein bei ihrer Klage in vollem Umfange geschützt unter Abweisung der von den Beklagten beanspruchten Nutzungsrechte.

In Erwägung: 1. Das Antheilhaberrecht und der Nutzungsanspruch, welcher vor 1786 an den zum Gemeineigenthum des Landes Toggenburg gehörenden Voralpen jedem Toggenburger zugestanden ist, hat nicht auf einem privatrechtlichen Erwerbstitel beruht, sondern war ein Ausfluss des öffentlich rechtlichen Verhältnisses, in welchem jeder Toggenburger vermöge seiner Landesangehörigkeit zum Lande Toggenburg und vermöge dessen zum Gemeineigenthum des Landes gestanden ist. — Aus dem bis 1786 von jedem Toggenburger am Gemeineigenthum des Landes ungestört geübten Antheilhaber- und Nutzungsrechte konnte aber Keiner auf den fernern Fortbestand dieses Rechtszustandes ein wohlerworbenes Recht ableiten, noch auch ein Einspracherecht gegen allfällige Aenderungen dieses Rechtszustandes, sofern solche von den zuständigen staatlichen Organen des Landes getroffen wurden. Durch den landesherrlichen Akt oberstrichterlicher Administrativjustiz vom 22. August und 27. September 1786 wurde das kraft der Landesangehörigkeit bis 1786 am gesammten Landeseigenthum jedem Einzelnen zugestandene Antheilhaber- und Nutzungsrecht nun auf diejenigen Alpen beschränkt, welche der betreffenden Gemeindegruppe zugetheilt wurden, und jede Gemeindegruppe in das ausschliessliche Eigenthums- und Nutzungsrecht der ihr zugetheilten Alpen verwiesen.

2. Die Frage, ob die Ortsgemeinde Stein berechtigt sei, mit Zustimmung der Ortsgemeinden Wildhaus und Alt St. Johann das bisher bestandene Nutzungsrecht der in Stein niedergelassenen Ortsbürger von Wildhaus und Alt St. Johann gegen deren Willen aufzuheben, steht und fällt mit der Frage, ob die Gemeinden von Wildhaus und Alt St. Johann befugt waren, die Ortsgemeinde Stein zu dieser Aufhebung zu er-

mächtigen, mit der Rechtswirkung, dass die Aufhebung für die Beklagten rechtsverbindlich sei. Diese Frage muss bejaht werden. Die bisher bestandene Einweisung der in Stein niedergelassenen Ortsbürger von Wildhaus und Alt St. Johann in die Nutzungsberechtigung an der Genossenalp Goldach von Stein, wie auch die nunmehr beschlossene Aufhebung dieses Nutzungsverhältnisses beruhte nicht auf einem zwischen der Ortsgemeinde Stein einerseits und den in ihrem Gebiete sesshaften Ortsbürgern von Wildhaus und Alt St. Johann anderseits erfolgten Rechtsgeschäft; sondern sie erscheint, rechtlich genommen, als eine Anordnung, welche die Ortsgemeinden von Wildhaus und Alt St. Johann kraft ihrer Verfügungsgewalt über ihr eigenes Wildhauser und St. Johanner Genossengut und gegenüber ihren eigenen Ortsgenossen getroffen und mit Stein vereinbart haben; in folgendem Sinne: Die Ortsgemeinden sind unstreitig befugt und sind es von jeher gewesen, durch Genossenversammlungsbeschlüsse die Benutzung ihres eigenen Genossengutes seitens ihrer eigenen Ortsgenossen zu regeln, die Ausübung der Nutzung je nach bestimmten Voraussetzungen des Alters, des Familienstandes, des Wohnsitzes zu gewähren oder zu verweigern, oder verschieden zu normiren. Auch sind sie befugt, einmal getroffene Verfügungen zu ändern, ohne dass seitens eines einzelnen Genossen, der sich durch eine solche Abänderung in seinen Interessen benachtheiligt sieht, aus dem bisherigen, wenn auch noch so langjährigen Bestande ein Einspracherecht gegen die Neuerung abgeleitet werden könnte. Wo z. B. die volle Nutzung bisher an den Eintritt des 18. Altersjahres geknüpft war und nach neuem Reglement erst mit Eintritt des 20. Jahres eintreten soll, da haben die beim Inkrafttreten des neuen Reglementes erst 18-jährigen, noch auch alle, die künftig das 18. Jahr erreichen, sicher kein aus dem bisherigen Bestande abzuleitendes Recht zur Einsprache gegen die Neuerung. Durch das bisherige Reglement ist kein selbständiges Recht der jeweilen 18jährigen für alle Zukunft geschaffen worden, das nur mit Zustimmung aller gegenwärtigen und künftigen 18jährigen aufgehoben werden könnte. — Ebenso wenig ein unwiderruflich geschaffenes Recht der Wittwer, der Wittwen, der Waisen, der Ledigen und der Eheleute, wenn in einem neuen Reglement diese Familienstandsverhältnisse weniger günstig bedacht werden, als nach bisherigem Reglement. Und ebenso wenig wird ein unwiderrufliches Recht der Niedergelassenen oder Aufenthalter geschaffen, wenn ein Genossenreglement unter der Voraussetzung

gewisser Wohnverhältnisse gewisse Nutzungsberechtigungen gewährt und in einem künftigen Reglement diese Verhältnisse weniger vortheilhaft normirt werden. — Alter, Familienstand und Wohnverhältniss bilden an sich keine Erwerbstitel für die Nutzung am Genossengut. Sie können je nach den Bestimmungen des Reglementes zu nothwendigen Voraussetzungen der Nutzung gemacht werden; sie vermögen aber keine selbständigen, über die Gültigkeitsdauer des Reglementes hinausreichende Rechte zu schaffen. Das Nutzungsrecht als solches ist immer nur ein Ausfluss des Ortsbürgerrechtes.

3) Nun haben die obertoggenburgischen Ortsgemeinden seit ihrem Bestande die direkte Alpnutzung nur denjenigen Ortsgenossen gewährt, welche in der eigenen Ortsgemeinde gewohnt haben, und diejenigen davon ausgeschlossen, welche ausserhalb der Gemeinde wohnen. Sie waren hiezu vollbefugt. Sie waren auch befugt, den wegen auswärtigen Aufenthaltes von der direkten Alpnutzung Ausgeschlossenen hiefür ein Aequivalent aus dem eigenen Genossengut zukommen zu lassen oder hievon Umgang zu nehmen. Ein solches Aequivalent konnte in einer Geldentschädigung aus dem eigenen Genossengutsabwurfe bestehen, oder auch in einem aus letzterm zu beschaffenden anderweitigen Ersatze. So haben die Ortsgemeinden Wildhaus und Alt St. Johann ihren Ortsgenossen, die nicht in der eigenen Ortsgemeinde wohnen und desshalb an der eigenen Genossenalp nicht direkte Nutzungsrechte üben durften, als Aequivalent hiefür, sofern sie in der Ortsgemeinde Stein wohnten, das Nutzungsrecht an der Genossenalp von Stein „Goldach“ verschafft, auf dem Wege vertraglicher Vereinbarung mit der Ortsgemeinde Stein und gegen Entgelt an die letztere. Als Entgelt hiefür wurde nun anstatt einer direkten, aversalen oder periodischen Geldentschädigung der Ortsgemeinde Stein zu Gunsten ihrer, in Wildhaus und Alt St. Johann wohnhaften Ortsgenossen von Stein das Gegenrecht auf die Nutzung an der Wildhauser und Alt St. Johanner Genossenschaft gewährt, so dass nun Wildhaus und Alt St. Johann — um ihren eigenen in Stein wohnhaften Ortsgenossen die Nutzung an der Alp Goldach zu sichern — die in Wildhaus und Alt St. Johann wohnhaften Ortsgenossen von Stein an Wildhauser und Alt St. Johanner Genossenalp gleich den eigenen Ortsangehörigen partizipiren lassen.

4. Da Wildhaus und Alt St. Johann befugt gewesen wären, ihre in Stein wohnhaften Ortsgenossen von der direkten Nutzung am eigenen Genossengut ohne irgend welche Ersatzleistung auszuschliessen, so sind sie natürlich auch berechtigt,

dieses Ersatzleistungsverhältniss für die Zukunft wieder aufzuheben, und zwar kraft der ihnen am eigenen Genossengut zustehenden Verfügungsgewalt, indem sie ihr eigenes Wildhauser und Alt St. Johanner Genossengut den in diesen Gemeinden niedergelassenen Genossen von Stein nicht mehr zur Nutzung überlassen, und es steht den davon betroffenen Beklagten gegen eine solche Verfügung kein Einspracherecht zu. Durch das Gegenseitigkeitsvertragsverhältniss zwischen den Ortsgemeinden Wildhaus und Alt St. Johann einerseits und der Ortsgemeinde Stein anderseits sind zwar zu Gunsten ihrer beidseitigen Angehörigen Nutzungsansprüche geschaffen worden, aber nur für die Dauer des Vertrages, und wie die Eingehung, so ist auch die Auflösung dieses Verhältnisses einzig an die Uebereinstimmung der kontrahirenden Gemeinden gebunden. Die Frage, ob beim Bestande dieses Vertragsverhältnisses die einzelnen Angehörigen der kontrahirenden Gemeinden zur Klage auf Erfüllung der zu ihren Gunsten stipulirten Leistungen persönlich legitimirt wären, kann unentschieden bleiben. Die Frage dagegen, ob sie aus diesem Vertrage ein Einspracherecht ableiten können gegen dessen Aufhebung seitens der kontrahirenden Gemeinden, ist nach dem bisher Ausgeführten unbedingt zu verneinen.

5. Das im Streite liegende interkommunale Gegenrechtsverhältniss hinsichtlich gegenseitiger Alpnutzung ist analog zu beurtheilen wie die häufig vorkommenden interkantonalen und internationalen Gegenrechtsverträge über Gleichstellung hinsichtlich Niederlassung, Rechtspflege, Handel und Gewerbebetrieb, Kranken- und Armenpflege. — Die einzelnen Angehörigen der Vertragsstaaten haben auch kein Einspracherecht weder gegen die Eingehung noch gegen die Wiederaufhebung eines solchen Staatsvertrages.

6. Die Berufung der Beklagten auf die zivilrechtlichen Bestimmungen über Verträge zu Gunsten Dritter und über die Acquisitivverjährung servitutarischer Nutzungsrechte trifft nicht zu. — Die Rechtsnormen betreffend die Verträge zu Gunsten Dritter bleiben hier ausser Anwendung. Bei den zwischen den Ortsgemeinden Wildhaus, beziehungsweise Alt St. Johann und Stein waltenden Vertragsverhältnissen sind die einzelnen Ortsgenossen der drei Vertragsgemeinden nicht als Dritte, im zivilrechtlichen Sinne, sondern als die eigenen Angehörigen ihrer Gemeinden anzusehen; auch war die Willensmeinung der kontrahirenden Gemeinden jedenfalls nicht darauf gerichtet, ihren eigenen Ortsgenossen ein selbständiges Klage- beziehungsweise Einspracherecht in dem Sinne einzuräumen,

dass ohne deren Zustimmung das Vertragsverhältniss gar nicht mehr aufgehoben werden könne. Ebenso wenig können die Beklagten aus der bisherigen, mehr als 30jährigen Ausübung des Nutzungsrechtes nach Art. 18, 20 Dienstbarkeitengesetz ein servitutarisches Recht auf den Fortbestand dieser Nutzung ableiten. Der Art. 20 zitirten Gesetzes setzt eine solche Uebung voraus, für welche noch gar kein Rechtstitel besteht, welche daher der Eigenthümer des eventuell belasteten, beziehungsweise dienenden Grundstückes jederzeit zu unterbrechen, thätlich oder rechtlich zu stören berechtigt wäre, eine solche Uebung, die erst mit Ablauf der 30 Jahre für den Uebenden zu einem klagbaren Rechte und für die dienende Liegenschaft zu einer bleibenden dinglichen Last gedeiht. — Wer dagegen z. B. kraft eines auf unbestimmte Zeit lautenden Pacht- oder Mieth- oder Benutzungsvertrages die Liegenschaft eines Andern bewohnt, bewirthschaftet oder sonstwie benutzt, der wird auch nach 30 Jahre langer Uebung dieses Rechtes noch keine Grunddienstbarkeit an der Sache erworben haben.

---

## 4. Canton Zug. Urtheil des Cantonsgerichtes von 1889.

### Verlöbnissbruch. Zulässigkeit einer Entschädigungsklage.

Gegenüber einer Klage auf Schadenersatz aus Verlöbnissbruch wurde vom Beklagten das Vorhandensein gesetzlicher Bestimmungen, welche eine solche Klage begründen könnten, bestritten. Das Cantonsgericht erkannte aber auf Schadenersatzpflicht, und führte in dieser Hinsicht aus:

Unstreitig konnte bis zum Erlass des eidg. Gesetzes über Civilstand und Ehe kein Zweifel über die Gültigkeit der §§ 24 u. 25 des Personenrechts[1]) obwalten. Weder die kan-

---

[1]) § 24. Klagen aus dem Eheverlöbniss finden nur statt, sofern das Versprechen bei den Sponsalien in Gegenwart des Pfarrers und der Zeugen gemacht worden ist. Die Klage geht .... nur auf Entschädigung u. s. w.

§ 25. Die Grösse der ... Entschädigung ist nach Massgabe des dem schuldlosen Theile zugefügten Nachtheils .... mit Berücksichtigung der Vermögensumstände und der Lebensstellung der Verlobten zu bemessen. Entschädigungsklagen aus dem Eheverlöbniss sind durch die ordentlichen Civilgerichte zu beurtheilen.

tonale Vollziehungsverordnung vom 7. October 1875 zu diesem Gesetze noch der Cantonsrathsbeschluss vom 29. Nov. 1875 betr. die Behandlung von Ehestreitigkeiten haben die durch das eidg. Civilstandsgesetz ausser Kraft gesetzten Vorschriften des Personenrechtes aufgeführt, erst im Einführungsdekrete zum eidgen. Obligationenrechte hat der Cantonsrath erklärt, dass soweit dies nicht schon thatsächlich seit 1876 geschehen sei, das privatrechtl. Ges.-B. mit 1. Januar 1883 abgeändert sei wie folgt: Die §§ 19—24 des Personenrechts sind aufgehoben und ersetzt durch Art. 25—43 des Gesetzes über Civilstand und Ehe.

Diesem Dekrete ist zu entnehmen, der zugerische Gesetzgeber habe den § 24 als noch in Kraft bestehend betrachtet, indem

schon dem Wortlaute nach, 19—24, die letztere Zahl als unter den aufgehobenen Paragraphen nicht inbegriffen angesehen werden kann, zumal das Dekret es an andrer Stelle ausdrücklich hervorhebt, wenn die Schlusszahl unter den weggefallenen Ziffern mit figurieren soll;

sodann aus der Vergleichung des Inhalts der alten und der neuen Bestimmungen sich bestimmt ergiebt, dass die Ungültigerklärung des § 24 nicht beabsichtigt werden konnte, indem er ein Rechtsgebiet normiert, von welchem im eidg. Gesetze nirgends die Rede ist, und welches anerkanntermassen im Allgemeinen der cantonalen Gesetzgebungsbefugniss nicht entzogen ist;

übrigens schon aus der Nichterwähnung des § 25 im fraglichen Dekrete geschlossen werden darf, dass der offenbar materiell damit im Zusammenhange stehende § 24 vom Gesetzgeber als nicht aufgehoben betrachtet wurde.

Ist also § 24 im Allgemeinen als noch zu Recht bestehend anzusehen, so entstehen andrerseits berechtigte Zweifel darüber, ob vom ersten Alinea desselben dasselbe gesagt werden könne. Diese wie es scheint vom zugerischen Gesetzgeber unbeachtet gebliebene Frage ist zu verneinen, indem

diese Bestimmung mit der, der Kirche überlassenen eigentlichen Schliessung der Ehe im engsten Zusammenhange steht, somit die Verpflichtung zur Eingehung der Sponsalien mit der Aufrechthaltung oder Beseitigung der kirchlichen Jurisdiktionsgewalt steht oder fällt, nun aber durch Art. 34 B.-V. und das eidg. Ehegesetz jeder geistliche Jurisdiktionsakt in Ehesachen ausgeschlossen, bezw. für den bürgerlichen Richter unverbindlich ist, daher es schon aus diesem Grunde nicht zulässig erscheint, an der Eingehung der kirchlichen Spon-

salien als unerlässlicher Bedingung zur Ausübung des Klagerechtes wegen Verlöbnissbruches festzuhalten.

Demgemäss fragt es sich, unter welchen Voraussetzungen der zugerische Richter eine Klage aus Verlöbnissbruch zuzulassen habe, mit andern Worten, ob er in Folge Wegfalls des cit. Alinea die Vorschriften des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe hinsichtlich Abgabe des Eheversprechens vor dem Civilstandsbeamten als bindende Norm anzuerkennen habe, oder ob der Beweis der Verlobung an dieses formelle Erforderniss nicht geknüpft, vielmehr auch durch Vorführung andrer entsprechender Thatsachen als erbracht angesehen werden könne.

Diese letztere Meinung erscheint als die zutreffendere, indem das vom B.-Ges. geforderte Eheversprechen vor dem Civilstandsbeamten zwar bundesrechtlich die Grundlage für die Verkündung und den nachherigen Eheabschluss bildet, keineswegs aber von Gesetzes wegen auch als gleichbedeutend mit dem cantonalen Verlöbniss, das der amtlichen Eingabe in der Regel hierorts lange vorauszugehen pflegt, angesehen werden kann, da die Befugniss zur Regelung dieser Materie puncto Begriff des cantonalrechtlichen Verlöbnisses und des letztern erb- und vermögensrechtliche Folgen den Cantonen im Allgemeinen verblieben ist; aus dem Schweigen des zugerischen Gesetzgebers über diesen Punkt und dem Umstande, dass einige Cantone durch ihre Gesetze das bundesrechtliche Eheversprechen ausdrücklich auch als cantonalrechtliches Verlöbniss angesehen wissen wollen, erwächst noch keineswegs für den zugerischen Richter die Verpflichtung, die gleiche Norm als einzig massgebende anzuerkennen, vielmehr erscheint es angezeigt, eher im Anschlusse an die diesfällige Gesetzgebung des Cantons Zürich, die unserm Privatrechte zum grössten Theile als Vorbild gedient hat, den Beweis der Verlobung auch durch andere hinreichende Momente erbringen zu lassen.

---

## 5. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichtes vom 19. September 1889.

### Unwirksamkeit der Intercession von Ehefrauen, auch der nicht unter ehelicher Vormundschaft stehenden.

Frau E. H. verpflichtete sich einem Gläubiger ihres ersten Ehemannes gegenüber für den Fall, dass er in dessen

Concurse nicht bezahlt würde, zu einer Vergütung von 400 Fr. Als aus dieser Verpflichtung gegen sie geklagt wurde, berief sie sich auf ihre Stellung als Ehefrau, vermöge welcher sie zur wirksamen Eingehung der Schuld nicht befähigt gewesen sei. Das Obergericht wies den Kläger ab.

Motive: Es ist allerdings richtig, dass die Beklagte zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung nicht unter ehelicher Vormundschaft gestanden ist. Ihr gegenwärtiger zweiter Ehemann war damals zugegebenermassen Concursit und war es schon bei Abschluss der Ehe mit der Beklagten. Wenn nun auch § 19 lit c des Gesetzes über ehel. Vormundschaft die Ausschreibung des Concurses über den Ehemann nur als Grund des Aufhörens der ehelichen Vormundschaft bezeichnet, so muss doch in Consequenz hievon gesagt werden, dass wenn der Mann schon bei Abschluss der Ehe concursiert war, dann von Anfang an die eheliche Vormundschaft über die Frau nicht begründet werde. Es ist das eine so nothwendige, ja selbstverständliche Folgerung aus der erwähnten Bestimmung, dass hiegegen mit Hinweis auf die Natur derselben als einer angeblichen Ausnahmsbestimmung durchaus nicht aufzukommen ist.

Hinwieder ist davon auszugehen, dass die in Rede stehende Verpflichtung ihrem Wesen nach als eine intercessorische Verpflichtung für die Schuld eines andern sich darstellt. Es ergiebt sich das aus dem Wortlaute derselben ohne Weiteres. Wenn nun § 16 letzter Abs. cit. Ges. bestimmt, dass niemals eine Ehefrau weder für ihren Ehemann noch für sonst jemanden eine Bürgschaft eingehen könne, so ist durch die hierortige Praxis festgestellt worden, einmal, dass jener Satz nicht bloss von der eigentlichen (einfachen) Bürgschaft, sondern überhaupt von Intercessionen für fremde Schuldner zu verstehen sei, und sodann, dass sie nicht nur von der unter ehelicher Vormundschaft stehenden Ehefrau, sondern überhaupt von jeder solchen lediglich kraft ihrer natürlichen Stellung als Ehefrau Geltung behalte.

Demnach stellt sich die hier in Frage stehende Verpflichtung als eine rechtsunwirksame dar.

---

### 6. Canton Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 30. November 1889.

Ein von der Mutter der Ehefrau auf deren zukünftigen Erbtheil dem Ehemann gege-

benes Darlehen gilt im Concurse des Ehemannes als Weibergut.

Eine Ehefrau meldete im Concurse ihres Ehemannes eine privilegirte Weibergutsforderung von 3250 Fr. an auf Grund folgender von ihr und dem Ehemanne unterzeichneten Urkunde vom 23. Januar 1883:

Schuldschein.

Die Endsunterzeichneten bekennen hiemit, heute von ihrer Mutter und Schwiegermutter Frau K. den Betrag von Mark 2600 als Darlehen erhalten zu haben, welche sie mit 5% per Jahr zu verzinsen haben. Das Darlehen ist auf den zukünftigen Erbtheil der Frau H.-K. (Ansprecherin) gegeben und wird s. Z. dadurch heimbezahlt, dass es von jenem ihrem Erbtheil abgezogen wird.

Verschiedene Gläubiger bestritten die Natur dieses Darlehens als „Weibergut", da es nur ein Forderungsverhältniss zwischen dem Ehemanne und seiner Schwiegermutter, nicht ein solches zwischen ihm und seiner Ehefrau begründet habe. Das Gericht hiess aber die Ansprache als Weibergutsforderung mit Privileg gut.

Motive: Es kommt nichts darauf an, ob die 2600 Mark dem Cridar direkt aus dem Vermögen seiner Frau oder aus Vermögen ihrer Eltern gegeben worden sind. Als Weibergut ist alles das zu betrachten, was ein Mann um des ehelichen Verhältnisses willen von seiner Frau oder deren Eltern erhält, vorausgesetzt, dass es ihm nicht in Schenkungsabsicht oder als Spargut der Frau oder als Darlehen mit der Pflicht zur Rückgabe übergeben worden ist. Schenkung und Uebergabe als Spargut sind in vorliegendem Fall ausgeschlossen, aber auch von Darlehen kann nicht die Rede sein. Nach dem Inhalt des Schuldscheins steht der Mutter der Ansprecherin keine Rückforderungsklage gegen den Schwiegersohn zu. Der Rückzahlungsmodus ist vereinbart in der Form einer Compensation mit einem Anspruche, welcher der Tochter zusteht oder zustehen wird. Daraus ergiebt sich, dass es sich im Grunde gar nicht um ein Geschäft zwischen Schwiegermutter und Schwiegersohn, sondern um ein solches zwischen Mutter und Tochter handelt und zwar des Inhaltes, dass die erstere auf das ihr als Nutzniesserin des Erbtheils der Tochter zustehende Recht der eigenen Verwaltung desselben zu Gunsten der letztern verzichtet und sich damit begnügt, die Früchte aus diesem Capital aus der Hand der Tochter resp. ihres Ehemannes zu beziehen.

Eine andere Frage ist, ob die Annahme einer Weibergutsforderung nicht desshalb auszuschliessen sei, weil die dem Cridar von seiner Schwiegermutter bezw. seiner Frau übergebene Summe von ihm zu verzinsen war. Diese Frage wäre zu bejahen, wenn die Ehefrau selbst zinsberechtigt wäre; dann würde es sich nicht um eigentliches Weibergut, sondern wohl nur um einstweilen dem Manne zur Verwendung übergebenes Sondergut der Frau handeln können, welchem im Concurse des Mannes die privilegierte Stellung nicht zukommt. Mit einem solchen Falle hat man es indessen hier nicht zu thun. Zinspflichtig ist der Mann nicht seiner Frau, sondern seiner Schwiegermutter. Dadurch, dass der Mann von dem empfangenen Capital einem Dritten Zins zu bezahlen hat, wird aber der Begriff des Weiberguts hinsichtlich dieses Capitals ebensowenig aufgehoben als für irgend einen Bestandtheil des Frauenvermögens, dessen Besitz für den Mann noch mit Lasten verbunden ist.

---

### 7. Canton Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 18. März 1890.

Weibergutsprivileg. Dauer desselben auch nach Ehescheidung.

Eine Ehefrau wurde durch bezirksgerichtliches Urtheil vom 15. Sept. 1888 von ihrem Manne geschieden, der am 26. August 1889 starb. In dem über seinen Nachlass eröffneten Concurse meldete die geschiedene Ehefrau eine Weibergutsforderung von 1000 Fr. an laut Versicherungsbrief v. 2. Febr. 1888, unter Geltendmachung des Weibergutsprivilegs für den Betrag, der durch die ihr bestellten Unterpfänder nicht gedeckt würde. Der Concursnotar Namens der Masse bestritt den Anspruch auf dieses Privileg, weil die Forderung in Folge Bestellung der Specialversicherung die Eigenschaft einer privilegierten verloren habe und weil eventuell das Privileg jedenfalls dadurch verloren gegangen sei, dass Klägerin ihrem Manne auch nach Auflösung der Ehe, also zu einer Zeit, da jeder Zwang dazu aufgehört habe, noch creditiert habe. Der Concursrichter erklärte den ersten Einwand als hinfällig, den zweiten als begründet. Die zweite Instanz aber hob diesen Entscheid auf und erklärte das Weibergutsprivileg als fortbestehend.

Motive: Zunächst ist mit dem Concursrichter davon auszugehen, dass durch die von dem Ehemann vermittelst

Liegenschaftsverpfändung bestellte Sicherung des eingebrachten Weiberguts das Privileg zu Gunsten des durch das Pfand nicht gedeckten Eingebrachten nicht aufgehoben ist (§§ 611 und 1006 lit. b. P. G. B. und § 93 III. B., b. Concursges.).

Die Frage dagegen, ob der Anspruch auf das Weibergutsprivileg dadurch untergegangen sei, dass die Ehefrau nach der Ehescheidung und also nach Aufhören des rechtlichen Zwangs, ihr Eingebrachtes dem Ehemann zu überlassen, dasselbe nicht zurückgezogen habe, wesshalb anzunehmen sei, sie habe ihm das Vermögen freiwillig anvertraut, rechtfertigt es sich zu verneinen. §§ 509 und 626 P. G. B. schreiben allgemein vor, dass bei gerichtlicher Ehescheidung wie überhaupt bei Aufhören der ehelichen Vormundschaft die Ehefrau sofortige Herausgabe des Weiberguts fordern könne, aber eine Frist für Geltendmachung dieser Forderung unter der Gefahr der Annahme, dass sonst das Eingebrachte dem Ehemann als Darlehen weiter überlassen sei, somit die Eigenschaft als Weibergut und damit das dafür bestehende Privileg verliere, ist im Gesetze nirgends vorgesehen. Die Gerichte sind daher in ähnlichen Streitigkeiten stets davon ausgegangen, es sei jedesmal auf Grund der thatsächlichen Verhältnisse des Falles und namentlich auch in Beobachtung allfälliger Pietätsrücksichten, welche den Ansprecher leiten konnten, zu untersuchen und zu entscheiden, ob genügende Anhaltspunkte vorhanden seien, um anzunehmen, die weitere Ueberlassung des Eingebrachten Seitens der Ehefrau an den Mann beruhe nicht mehr auf dem während der Ehe bestandenen Zwang, sondern auf dem freiwilligen Entschlusse der Ehefrau, und somit stelle sich auch ihr Anspruch nicht mehr als eine Forderung aus Weibergut, sondern als eine solche aus Darlehn dar (Schaubergs Beiträge, XIX. 170, Gwalters Zeitschr. I. 313, IV. 223, Rechenschaftsbericht des Obergerichts für 1880 Nr. 51).

Im vorliegenden Falle sprechen nun entscheidend gegen die Annahme, dass die Ansprecherin dem Ehemann nach Auflösung der Ehe den Betrag des Weiberguts habe creditieren wollen, und vielmehr dafür, dass sie sich zu einer längeren Stundung nur durch die Betrachtung habe leiten lassen, ein Drängen auf Zahlung würde voraussichtlich ohne Erfolg bleiben und daher in demselben eine Härte liegen, welche namentlich im Hinblick auf die aus der Ehe vorhandenen Kinder nicht zu rechtfertigen wäre, folgende nicht bestrittene Umstände:

a.) Ansprecherin hat schon am 11. Nov. 1888 dem Ehe-

mann die Weibergutsforderung gekündet und zwar gemäss den Bestimmungen des Versicherungsbriefes auf sechs Monate.

b.) Am 17. Dec. 1888 sind die der Ehefrau verpfändeten Gegenstände durch eine Feuersbrunst zu Grunde gegangen und der Ehemann ist dadurch so mittellos geworden, dass sich die Gemeinde veranlasst gesehen hat, für ihn eine Liebessteuer zu erheben.

c.) Der während der Ehe im gemeinsamen Haushalt benutzte Hausrath ist bei der Auflösung der Ehe mit Ausnahme einzelner weniger Gegenstände von der Ansprecherin als ihr Eigenthum weggenommen worden, somit wären im Falle des Rechtstriebes muthmasslich längere Zeit keine Pfänder erhältlich gewesen.

d.) Nach Eintritt des Fälligkeitstermins, Mai 1889, hat die Ansprecherin Zahlung ihrer Weibergutsforderung verlangt und der Ehemann hat sich bemüht, die nöthigen Mittel aufzutreiben, jedoch umsonst.

---

## 8. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 30 avril 1890.

Indemnisation d'un propriétaire exproprié par mesure d'ordre public, à moins que l'autorité n'établisse s'être trouvée en présence d'un cas de force majeure.

Le 3 octobre 1888, à la suite de grandes pluies, les eaux du Flon grossirent subitement d'une façon très inquiétante, transportant des troncs d'arbre et d'autres objets et menaçant ainsi d'obstruer les voûtes du ruisseau et d'occasionner par là des dommages importants. Dans la nuit, le barrage qui se trouve en amont d'un hangar appartenant à A. Salvisberg se rompit en partie et les eaux commencèrent à se déverser contre cette construction et à affouiller le mur et le terrain le long du ruisseau. Dans la matinée qui suivit, la commission du feu prit la résolution de faire démolir le hangar pour éviter que les eaux ne l'emportassent et que les matériaux ne vinssent à former un barrage et empêcher le débit du ruisseau. Elle chargea deux architectes de taxer le hangar; ces experts reconnurent fondées les craintes émises et estimèrent la valeur du hangar, tel qu'il était au moment de sa démolition, à 425 fr., et dirent que sa reconstruction occasionnerait une dépense de 850 à 900 fr., en utilisant la tuile de l'ancien hangar. La commission du feu fit procéder à

la démolition du hangar. Le 9 octobre 1888, une autre expertise eut lieu au sujet de différentes questions que faisait naître l'inondation du 3 octobre, et les experts, examinant incidemment l'opportunité de la démolition du hangar, corroborèrent l'opinion des premiers experts, ainsi que leur taxe. Ensuite de ces événements, Salvisberg a ouvert action à la Commune de Lausanne, réclamant une somme de 800 fr., soit le montant de la taxe cadastrale de son immeuble démoli. A l'appui de sa demande, il invoque essentiellement le principe de l'inviolabilité de la propriété, garantie par les Constitutions cantonale et fédérale, la disposition de l'art 346 C. c.[1]) et celle de l'art. 50 C. O. La Commune de Lausanne a conclu à libération des conclusions de la demande; elle estime que le hangar se serait écroulé par le seul fait de l'inondation, qu'elle a été sous le coup de la force majeure et qu'elle se trouve d'ailleurs au bénéfice de l'art. 21 de la loi sur la police des constructions. Le Tribunal du district de Lausanne a admis les conclusions de la demande, en les réduisant à 500 fr. Le jugement admet en substance qu'il résulte de la disposition de l'art. 346 C. c., que la Commune de Lausanne ne pouvait, même dans un but d'utilité publique, prendre possession du hangar de S. sans lui payer une indemnité; dans l'espèce, le dommage éprouvé par S. n'est pas dû à un cas de force majeure et l'art. 21 de la loi sur la police des constructions n'est pas applicable. La Commune de L. a recouru contre ce jugement, dont elle demande la réforme par les motifs suivants: C'est à tort que le jugement établit une analogie entre le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique et l'expropriation à laquelle la Commune s'est trouvée contrainte pour cause de sauvegarde des personnes et des propriétés. Cette dernière expropriation est inévitable et forcée, elle s'impose comme une légitime défense, la force majeure domine tout et oblige la Commune à faire ce qu'elle ne voudrait pas faire de propos délibéré et aucune obligation ne peut naître de cette action imposée par l'urgente nécessité. — Le Tribunal cantonal a écarté le recours et majoré le chiffre de l'indemnité accordée à S., en le portant à 800 fr.

Motifs: Considérant que des Constitutions cantonale et fédérale posant en principe l'inviolabilité de la propriété et de l'art. 346 C. c. il résulte qu'une autorité ne saurait,

---

[1]) „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, moyennant une juste et préalable indemnité, et en vertu d'un décret spécial de l'autorité législative."

même dans un but d'utilité publique nettement constatée, prendre possession d'une propriété privée sans indemnité.

Qu'il doit en être de même d'une expropriation ordonnée par mesure d'ordre public dans les circonstances particulières à l'espèce, à moins que l'autorité n'établisse au procès s'être trouvée en présence d'un cas de force majeure.

Considérant, à ce sujet, qu'il résulte du rapport des experts que la base même du hangar n'a pas été atteinte par les eaux et que le dit hangar serait probablement resté debout, l'inondation n'ayant pas eu des conséquences aussi graves que celles qu'on pouvait prévoir.

Que cependant les experts ont reconnu que la démolition du hangar était indiquée et même nécessaire comme mesure de précaution, puisqu'on pouvait craindre l'extension du désastre et l'obstruction du lit du ruisseau.

Que ces prévisions ne s'étant pas réalisées, la Commune, bien qu'ayant fait un acte de sage administration en démolissant le hangar, ne se trouvait pas en présence d'un cas de force majeure.

Que dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que la Commune de L. était tenue d'indemniser S. pour la démolition de son hangar.

Considérant qu'on ne saurait faire application par analogie de l'art. 21 de la loi sur la police des constructions, cet article ayant pour but de frapper un propriétaire négligent qui laisserait tomber ses constructions en ruine et mettrait ainsi en danger le public, tandis que la démolition du hangar de S. a été exécutée en vue de l'utilité générale et pour prévenir des dommages éventuels.

Considérant que, bien que S. n'ait pas recouru contre le jugement au sujet du chiffre de l'indemnité, celui-ci peut toujours être modifié par le Tribunal cantonal, le recours en réforme interjeté par la Commune de L. ayant pour effet de reporter la cause en son entier devant l'instance supérieure.

Considérant que le chiffre de 500 fr. ne paraît pas représenter d'une manière suffisante le dommage subi par S.

---

### 9. Canton de Genève. Jugement du Tribunal civil du 8 février 1889.

Action en dommages-intérêts d'un riverain pour cause de travaux publics exécutés au préjudice du demandeur.

La demanderesse, veuve Schwab, est propriétaire d'un

immeuble autrefois confiné au nord par le Rhône. A l'occasion des travaux du Rhône, la Ville de Genève a construit un quai ouvert au public, qui sépare actuellement l'immeuble de la demanderesse du fleuve. Cette construction, au dire de dame Sch., lui aurait causé un préjudice qu'elle évalue à 5000 fr., soit par suite de l'exhaussement du niveau de la partie du domaine public contiguë à sa maison, soit par suite de la suppression pour son immeuble du voisinage immédiat du Rhône. La Ville de Genève repousse cette prétention, et allègue l'obligation où elle se trouvait de construire le quai dont s'agit; elle invoque la plus-value donnée par cette construction aux immeubles contigus; elle n'a fait, dit-elle, que disposer du domaine public selon qu'elle en avait reçu le droit par la loi du 30 septembre 1882, et elle n'avait pas à se préoccuper du niveau du quai comparativement à celui des immeubles adjacents. Le Tribunal civil a admis en principe la manière de voir de la demanderesse et a nommé trois experts aux fins de prononcer si le nouvel état des lieux (enterrement de l'immeuble) produit par la création du quai cause un préjudice à la demanderesse et en cas de réponse affirmative estimer l'étendue et la valeur du dommage causé.

Motifs: Adoptant tous les motifs développés par le Ministère public (M. Navazza, substitut du Procureur général) dans ses conclusions; [1])

---

[1]) Ces conclusions disent entr'autre: Attendu que la Ville de Genève ne peut alléguer qu'agissant sur le domaine public par délégation de l'Etat, elle peut en jouir d'une manière absolue; que s'il est vrai qu'elle n'a commis ni faute, ni délit, ni quasi-délit, il n'en est pas moins vrai que, quelque absolu que soit le droit de propriété de l'Etat, ou son représentant, sur le domaine public, ce dernier ne peut léser les particuliers par l'exercice de ses droits;

Qu'il ne peut surtout modifier la disposition du domaine public d'une manière nuisible aux particuliers, sans être tenu à une réparation de ce dommage;

Attendu que dans l'espèce actuelle, s'il est vrai que dame Schwab n'a acquis aucun droit sur le domaine public, l'enterrement de son immeuble et la modification du domaine public peuvent lui être dommageables;

Que peu importe que la construction du quai dont s'agit ait créé une nouvelle voie d'accès alors que cette partie du domaine public ne desservait pas précédemment l'immeuble Schwab; que la demanderesse conteste pour elle l'utilité de cette voie d'accès;

Attendu qu'en raison des principes ci-dessus exposés, il s'agit de savoir quelle est l'atteinte portée à la dame Schwab dans l'exercice de son droit de propriété, et comment il convient d'y remédier.

Considérant que si la loi du 30 septembre 1882 a concédé à la Ville de Genève la concession de la force motrice hydraulique du Rhône et autorisé celle-ci à exécuter tous les travaux nécessaires pour la transmission de cette force dans toutes les directions, l'art. 5 de ladite loi stipule expressément que la Ville de Genève est tenue d'indemniser, dans une juste mesure, les propriétaires d'immeubles qui pourraient être atteints par l'exécution de l'entreprise, sous réserve de l'expropriation forcée en cas de désaccord;

Considérant que cette obligation de la Ville de Genève d'indemniser, selon les circonstances, les propriétaires contigus de son domaine, résulte des principes du droit commun sanctionnés par la loi, en matière de rapport de contiguïté ou de voisinage entre fonds appartenant à des propriétaires voisins, puisque la Ville de Genève, dans ses rapports de propriétaire avec un particulier son voisin, doit être considérée comme étant elle-même une personne privée (art. 651 C. c.);

Qu'il est de doctrine que le propriétaire d'un fonds, non seulement ne peut y faire aucun ouvrage de nature à porter une atteinte directe et matérielle au fonds voisin, mais est en outre passible de dommages-intérêts, lorsqu'il modifie ou transforme son propre fonds de telle sorte que ces modifications ou transformations ont pour conséquence directe et constituent en elles-même une atteinte préjudiciable à l'héritage du voisin (Laurent, Droit civil français, XX p. 408 s.; Aubry et Rau, II § 194; Dalloz, Travaux publics, XLII 2me partie, chap. 7 s.);

Que ces principes de droit ont été étendus aux rapports entre des fonds privés et le domaine public et que, dès lors, la Ville de Genève exécutant des travaux d'utilité publique doit réparer le dommage qu'elle cause, lorsqu'en usant de son droit conféré par la loi du 30 septembre 1882, elle lèse le droit d'autrui (art. 1382 C. c. et 50 C. O.).

---

### 10. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 3 octobre 1889.

Servitude sur un terrain devenu dépendance du domaine public par voie d'expropriation.

Par acte du 3 octobre 1855, les frères Sueur s'étaient engagés à recevoir à perpétuité sur leurs fonds les égouts provenant de la maison de leur voisin Margot. Par suite d'une correction de route, qui a nécessité l'expropriation des terrains des frères S., ces terrains sont entrés dans le domaine public

de la commune de Ste-Croix. Cette expropriation a eu lieu à la condition que l'Etat ferait rétablir à ses frais les coulisses et conduites d'eau coupées par le tracé. Les entrepreneurs de la route ont fait entrer les eaux provenant de la coulisse concédée en 1855 à Margot dans l'aqueduc qui a été construit sous la route par l'Etat pour le compte de la commune de Ste-Croix et le conseil communal de Ste-Croix a décidé que tout propriétaire usant d'un embranchement destiné à conduire les eaux ménagères et autres dans un aqueduc construit aux frais de la commune, paierait une finance de Fr. 2.50 par ménage. La maison de Margot a été portée au tableau des contributions d'aqueduc pour une somme de 10 fr. par an (quatre ménages). Margot a refusé de payer cette finance, invoquant comme motif qu'il se trouvait au bénéfice d'une servitude pour l'écoulement de ses eaux sur l'immeuble précédemment Sueur. La commune, au contraire, prétendait que le sol de la route traversée par la coulisse de la maison Margot faisant partie du domaine public, Margot ne saurait, dès lors, avoir une servitude sur le domaine public (C. c. art. 342). Le Tribunal de Grandson a accordé à Margot ses conclusions, et le Tribunal cantonal a écarté le recours de la commune de Ste-Croix contre ce jugement.

Motifs: Le fonds précédemment Sueur ayant été grevé en faveur du fonds Margot d'une servitude qui obligeait les propriétaires à recueillir les eaux de la maison M., il n'a pu devenir une dépendance du domaine public que dans l'état où il se trouvait lors du changement de destination; or, l'extinction de la servitude dont il était grevé ne pouvait résulter de ce seul changement, mais aurait dû être acquise par voie d'expropriation de la servitude elle-même, ce qui n'a pas eu lieu en l'espèce. S'il est vrai que l'on ne peut acquérir une servitude sur le domaine public, il n'en résulte pas que les servitudes existant sur une propriété du domaine privé soient éteintes par le seul fait de leur passage dans le domaine public. La servitude qui pesait sur le fonds précédemment S. est donc demeurée en force, et la commune de Ste-Croix est dès lors tenue d'exécuter toutes les obligations résultant de l'acte du 3 octobre 1855. Par cet acte les frères S. se sont chargés de recueillir et de disposer des eaux provenant du canal débouchant de la maison M. sur leur terrain; par conséquent, si aujourd'hui leur ayant droit a fait aboutir ce canal dans l'aqueduc collecteur, c'est parcequ'il lui a convenu de se débarrasser de cette manière de ces eaux.

---

## 11. Canton de Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 5 décembre 1889.

### Servitude apparente.

Depuis plus de trente ans, les parcelles Nr. 96, 101 et 97 du cadastre de Villars-le-Terroir appartenant à Céline Pittet ont formé une place, et depuis plus de trente ans Jean-Etienne Pittet, soit ses antépossesseurs, ses gens, ses chars et ses chevaux ont pratiqué le passage sur cette place pour se rendre dans les granges du dit Pittet. En avril 1889, Céline P. a barré le passage au moyen d'une clôture de bois et dépavé une partie du passage. Jean-Etienne P. a réclamé le passage et le Tribunal civil d'Echallens, estimant que le passage en litige constitue une servitude apparente qui a été acquise par la possession trentenaire, a accordé au demandeur ses conclusions. Céline P. a recouru contre ce jugement et le Tribunal cantonal a admis le recours et réformé le jugement en ce sens que les conclusions libératoires prises par elle lui sont accordées.

Motifs: Considérant que le droit de passage constitue une servitude discontinue, qui ne peut être acquise par prescription lorsqu'elle n'est pas constatée par un titre, qu'à la condition expresse qu'elle soit apparente (C. c. 478 et 480);

Considérant que l'art. 479 dit que les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs;

Que cet article ne faisant aucune distinction, il importe peu que les dits ouvrages se trouvent sur le fonds servant ou sur le fonds dominant;

Considérant qu'en exigeant que le passage soit apparent, l'intention du législateur a été que le propriétaire fût averti, par des manifestations extérieures, de la servitude que l'on veut créer sur son fonds, afin qu'il pût s'y opposer par les voies légales et empêcher l'acquisition de cette servitude au moyen de la prescription;

Qu'il faut donc que les travaux constituent une menace visible, permanente, non équivoque, traduisant nettement l'intention du propriétaire du fonds dominant de faire valoir son droit et de porter ainsi atteinte à la propriété de son voisin;

Considérant qu'en l'espèce, il n'existe aucun ouvrage apparent dans le sens de l'art. 479 C. c.

---

## 12. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 1/2. October 1889.

Das von einem Bauverein auf einzelne Parzellen gelegte Bauverbot hat den Charakter einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten der andern.

Ein Aktienbauverein hat auf einem ihm gehörenden Bodenkomplexe eine Quartieranlage errichtet, in Form eines gegen Westen offenen Rechteckes. Der mittlere Raum sollte unüberbaut bleiben und war für Strassen- und Gartenanlagen bestimmt. — Mit Kaufbrief vom 20. April 1880 verkaufte der Bauverein dem J. A. Z. ein Wohnhaus dieses Bauquartiers und mit Kaufbrief vom 31. März 1881 demselben J. A. Z. ein Stück Gartenboden aus dem für die Gartenanlage vorbehaltenen mittlern Bodenstreifen mit der Kaufbedingung:

„Auf diesem Stück sowohl, als auch auf den östlich und „westlich gelegenen, noch dem Verkäufer gehörenden Boden„theilen dürfen zu keinen Zeiten irgend welche Hochbauten auf„geführt werden, ausgenommen allfällige Gartenhäuschen von „Gitterstabwerk ohne geschlossene Wände, in gesetzlicher Ent„fernung."

Mit Kaufbrief vom 21. Mai 1885 verkaufte der Bauverein dem G. P. ein anderes Wohnhaus dieses Bauquartiers mit Hofstatt, Hofraum und Garten.

„Darauf haften an bekannten Dienstbarkeiten und Be„schwerden: 1. . . . 2. Bestimmungen betreffend Nichtüberbauung „des Gartenbodens u. s. w. laut Kaufbrief vom 31. März 1881." (Vide oben.)

Als Kaufbedingung wurde dabei noch besonders vereinbart:

„Verkäufer gestattet dem Käufer, insofern letzterer mit „dem westlichen Anstösser (der obige J. A. Z.) des Garten„bodens betreffend Aufhebung des im Kaufbrief vom 31. März „1881 aufgestellten Bauverbotes eine Vereinbarung erzielen kann, „auf besagtem Gartenboden ein Gebäude zu erstellen . . . Die „Höhe dieses Gebäudes darf 3,6 Meter und die Tiefe 7 Meter „nicht übersteigen. Dasselbe ist mit einem flachen Dache zu „versehen, worauf jedoch keine Waschaufhänge u. dgl. einge„richtet werden darf."

Nachdem der Bauverein die sämmtlichen Gebäude und zugehörigen Bodenstücke verkauft hatte, trat er in Liquidation und löste sich am 26. Juli 1886 auf. — Die Kaufbedingung laut Kaufbrief J. A. Z. vom 31. März 1881 betreffend Nicht-

überbauung des für Gärten bestimmten mittlern Bodenstreifens fand nur bei einzelnen nachherigen Verkäufen Erwähnung bei Aufführung der bekannten Dienstbarkeiten und Beschwerden und diejenige laut Kaufbrief G. P. vom 21. Mai 1885, betreffend das kleine Gebäude in seinem Garten, in gar keinem. — G. P. verständigte sich mit J. A. Z. und erbaute das ihm vom Bauverein bewilligte kleine Gebäude. Er erhielt auch die baupolizeiliche Bewilligung zur Anlage eines Backofens in demselben, mit einem an dasselbe anzubauenden Kamin von mindestens 1,35 □ Meter Querschnitt am Boden und mindestens 15 Meter Höhe. — Gegen diese Kaminbaute erhoben die meisten Hausbesitzer dieses Quartiers als Besitzesnachfolger des Bauvereins Einsprache, gemäss der auf dem betreffenden Bodenstück haftenden Baubeschränkung laut Kaufbriefen vom 31. März 1881 und 21. Mai 1885.

G. P. stützte sich bei seinem Begehren um Aufhebung dieser Baueinsprache darauf, dass das Bauverbot vom 31. März 1881 durch die Baubewilligung resp. Baubeschränkung vom 21. Mai 1885 aufgehoben, resp. modificiert worden sei. Diese Baubeschränkung könne aber den spätern Käufern nicht zu gut kommen, weil sie in deren Kaufbriefen nicht aufgenommen sei. Ueberhaupt seien Bauverbot von 1881 und Baubeschränkung von 1885 mit Auflösung des Bauvereins, der sich dieselben ausbedungen hatte, dahingefallen.

Das Cantonsgericht schützte die Beklagten bei ihrer Baueinsprache.

Motive: Das Bauverbot vom 31. März 1881 bildet eine Grunddienstbarkeit (Art. 17 lit. a Dienstbarkeitengesetz), welche der Bauverein als Eigenthümer des gesammten damals noch nicht verkauften Bauquartiers und zu Gunsten desselben auf das am 31. März 1881 an J. A. Z. vom Gesammtkomplex wegverkaufte Gartenbodenstück gelegt hat. Gleichzeitig hat der Bauverein den ihm verbleibenden Gartenboden zu Gunsten des an J. A. Z. verkauften Gartenstückes mit demselben Bauverbote belastet. — In gleicher Weise bildet die Baubeschränkung vom 21. Mai 1885 eine auf das an G. P. vom Gesammtkomplex wegverkaufte Gartenbodenstück gelegte Grunddienstbarkeit zu Gunsten des gesammten damals noch im Eigenthum des Bauvereins verbleibenden Areals. Als Grunddienstbarkeit giengen die daherigen Rechte und Pflichten mit dem Boden, auf welchem und für welchen sie errichtet worden, auf jeden Besitzesnachfolger und bei Vertheilung des herrschenden (als Recht) oder dienenden Grundstückes (als Last) auf die Erwerber der einzelnen Bodentheile über. (Art. 28

Dienstbarkeitengesetz.) — Als Grunddienstbarkeit, welche zwischen dem Eigenthümer des herrschenden und demjenigen des dienenden Grundstücks durch urkundlichen Vertrag errichtet worden war, konnte die Baubeschränkung vom 21. Mai 1885 nur durch die rechtliche Entkräftung der betreffenden Urkunde (Kaufbrief des G. A. P. vom 21. Mai 1885) oder durch eine urkundliche oder durch eine den Erfordernissen des Art. 20 Dienstbarkeitengesetz entsprechende thatsächliche Begründung entgegenstehender neuer Rechtsverhältnisse zum Erlöschen gebracht werden. (Art. 17 a, Art. 37 litt. b Dienstbarkeitengesetz.) — Die Auflösung des Bauvereins genügte hiefür nicht, da es sich nicht um eine persönliche Dienstbarkeit handelte. (Art. 37 litt. b Dienstbarkeitengesetz.) Die Nichterwähnung der auf G. P.'s Bodenstück gelegten Baubeschränkung vom 31. März 1881, beziehungsweise 21. Mai 1885, in den spätern Kaufbriefen, mit welchen der Bauverein die einzelnen Häuser, Bauplätze und Gartenstücke wegbegab, vermochte den Boden von G. P. auch nicht von dieser Baubeschränkung zu befreien; denn das waren, ganz abgesehen von der allgemeinen Klausel des Art. 3 litt. d im Handänderungsgesetz, Verträge, durch welche einzig und einseitig die Rechts- und Besitzesnachfolge unter den Eigenthümern des herrschenden Grundstückes geregelt wurde; dagegen konnten durch jene Käufe die Rechte und Lasten des dienenden Grundstücks nicht einseitig und ohne Mitwirkung dessen Eigenthümers alterirt werden.

---

## 13. Canton Basselstadt Urtheil des Civilgerichts vom 2. Mai 1890.

Die Einräumung des Vorkaufsrechts an einer Liegenschaft bedarf nicht der notarialischen Form wie ein Liegenschaftsverkauf.

E. Hardmeyer war seit 1. April 1887 Miether der Wirthschaft und einer Wohnung in der Liegenschaft des J. Häusermann. Am 18. Januar 1890 stellte letzterer dem Hardmeyer die schriftliche Erklärung aus, dass ihm bei etwaigem Verkaufe der Liegenschaft das Vorrecht zustehen solle, zu den gleichen Kaufbedingungen jedes Andern dieselbe zu kaufen; die Zu- oder Absage habe innerhalb 36 Stunden nach günstigem Angebot zu erfolgen, andernfalls Häusermann annehmen könne, Hardmeyer verzichte auf den Kauf. Am 6. März zeigte Häusermann dem Hardmeyer an, er habe die Liegenschaft verkauft und künde ihm die Miethe auf 1. Juli 1890. Hardmeyer

antwortete innerhalb 36 Stunden, er mache von dem ihm zustehenden Vorkaufsrecht Gebrauch und trete in den Kauf ein. Häusermann entgegnete darauf, er bestreite ihm das Vorkaufsrecht. Am 8. März erwirkte der Käufer, J. Kapp, die Sperrung des Grundbuchs; dasselbe that Hardmeyer am 10. März und klagte dann auf Fertigung der Liegenschaft an ihn gegen Zahlung des Kaufpreises von Fr. 86,000, eventuell auf Zahlung einer Entschädigung von Fr. 8,600. Häusermann wandte ein, Kläger habe kein Vorkaufsrecht, weil der Act, der dasselbe eingeräumt habe, nach § 2, Ziff. 1 des Ges. vom 26. Juni 1882 betr. Einführung des eidg. O. R. der Abfassung durch einen Notar bedurft hätte, da er zum Zwecke habe, Eigenthum an einer Liegenschaft zu übertragen. (Dieser § lautet: Verträge über Kauf und Tausch von Liegenschaften, ebenso andere Verträge, welche die Uebertragung des Eigenthums oder dinglicher Rechte an einer Liegenschaft zum Zwecke haben, bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Abfassung durch einen Notar.) Das Civilgericht wies die Klage auf Fertigung der Liegenschaft ab, verurtheilte dagegen den Beklagten zu einer Entschädigung von 2000 Fr. Das Appellationsgericht bestätigte dieses Urtheil am 29. Mai 1890.

Motive: Die principielle Einrede des Beklagten, dass die Klage schon darum abzuweisen sei, weil der Vertrag, auf den sie sich stützt, nicht notarialisch abgefasst sei, ist nicht begründet. Denn die am 18. Januar 1890 vom Kläger eingegangene Verpflichtung hat ihrem Inhalte nach nicht die Uebertragung des Eigenthums an einer Liegenschaft zum Zweck. Sie enthält vielmehr nur die obligatorische Verpflichtung des Beklagten, beim Verkauf seiner Liegenschaft dem Kläger vor andern Käufern den Vorzug zu geben, und bedarf daher zu ihrer Giltigkeit nicht der notarialischen Form. Sie wäre nun allerdings trotz ihrer formellen Giltigkeit vom Gericht nicht zu schützen, wenn sie den Zweck oder die Wirkung hätte, die im öffentlichen Interesse aufgestellte Bestimmung des § 2 lemma 1 des Gesetzes vom 26. Juni 1882 betreffend Einführung des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht zu umgehen, d. h. wenn sie in fraudem legis eingegangen worden wäre. Diess ist aber nicht der Fall. Der Zweck dieser Bestimmung ist in erster Linie der, bei Abschluss von Rechtsgeschäften, welche die Uebertragung des Eigenthums oder dinglicher Rechte an einer Liegenschaft zum Zwecke haben, die Parteien vor Uebereilung und vor den Folgen der Rechtsunkenntniss zu schützen. Es wäre daher z. B. unzweifelhaft unzulässig, auf Grund eines nicht

notarialischen Vertrages dieses Inhalts eine für den Fall des Rücktrittes einer Parthei darin festgesetzte Conventionalstrafe zuzusprechen. Die eingeklagte Verpflichtung widerspricht nun aber dem Zwecke des Gesetzes in keiner Weise. Sie enthält keine den Beklagten bindende Zusage zum Verkauf seiner Liegenschaft. Sie tritt vielmehr erst in Wirksamkeit, wenn ein nach der Vorschrift des Gesetzes giltiger Kaufvertrag abgeschlossen ist. Die im Interesse des Publikums aufgestellten schützenden Bestimmungen werden somit nicht umgangen oder abgeschwächt.

Wenn nach dem Gesagten die Verpflichtung des Beklagten dem Kläger keinen Anspruch auf Zufertigung der Liegenschaft, nöthigenfalls auf dem Wege des Zwangs giebt, besonders nicht einem gutgläubigen Käufer gegenüber, der einen giltigen notarialischen Kaufvertrag abgeschlossen hat, so folgt ohne Weiteres daraus, dass die vom Kläger erwirkte Sperrung des Grundbuchs, die sich lediglich darauf stützte, dass er einen dinglichen Anspruch auf die Liegenschaft habe, aufzuheben ist, und dass er seinen Anspruch nur in der Form einer Entschädigungsforderung geltend machen kann. Für die Höhe des ihm erwachsenen Schadens hat er es unterlassen, irgend welche Anhaltspunkte namhaft zu machen, und sein in der mündlichen Verhandlung gestellter Antrag, ihm den Beweis hiefür offen zu halten, ist prozessualisch unzulässig. Das Gericht ist daher darauf angewiesen, die Höhe des Schadens nach den Art. 110—116 des O. R., auf Grund des vorhandenen Aktenmaterials nach seinem Ermessen festzustellen. Die Forderung von Fr. 8600. — ist nun offenbar stark übersetzt. Wenn im Urtheil Bollag c. Breitenstein vom 1. Juni 1886 die von der vertragsbrüchigen Parthei zu bezahlende Entschädigung auf 10% der Kaufsumme festgesetzt wurde, so wurde diess damit begründet, dass ein fest und in gültiger Form abgeschlossener Kaufvertrag, zu dessen Vollziehung schon alle Vorbereitungen getroffen waren, im letzten Augenblick vor der Fertigung in dolosester Weise von der einen Parthei gebrochen wurde. Hier liegen nun die Verhältnisse anders. Es steht fest, dass Beklagter die eingeklagte Verpflichtung freiwillig und ohne eine Gegenleistung zu erhalten eingieng; er konnte auch bona fide im Zweifel sein, ob sie, weil nicht in notarialischer Form abgefasst, giltig sei. Es ist ferner zu berücksichtigen, dass dem Kläger unbestrittener Massen, auch wenn Beklagter die Liegenschaft nicht verkaufte, die Miethe jeweilen auf ein Vierteljahr gekündet werden konnte; er war somit immer der Gefahr

ausgesetzt, die Liegenschaft verlassen und die von ihm dort erworbene Kundschaft verlieren zu müssen. Unter diesen Umständen hält das Gericht eine Entschädigung von Fr. 2000 als den Verhältnissen angemessen.

---

**14. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 18 mars 1889.**

Don manuel, s'opérant par la simple tradition. Preuve: aveu indivisible.

Les héritiers de dlle D. Forel ont assigné J. Pattay devant le tribunal civil en paiement de la somme de Fr. 2461. 60, qu'il aurait reçue à titre de dépôt de la défunte. A l'appui de leur demande, ils produisent une pièce ainsi conçue:

„Mlle D. Forel a reçu de l'hoirie de feu F. Perron la somme de Fr. 2461. 60, le 12 juillet 1884, c'est-à-dire capital et intérêts qui lui étaient dûs par F. Perron. Pour ma tante, ne sachant écrire: (signé) J. Pattay. Genève, ce 5 juin 1885."

Pattay oppose que, chargé par sa tante de placer les fonds reçus de l'hoirie Perron, il s'était acquitté de son mandat; puis, que quelques mois plus tard, sa tante étant venue passer quelques jours chez lui, il lui avait rendu compte de son mandat; que la dlle F. lui aurait alors dit: „Je te remercie, pour ta récompense je t'y donne, c'est pour toi, tu y garderas, ce sera pour tes peines." Les demandeurs prétendent que, même en supposant qu'il y ait eu donation de la part de dlle F. au profit de Pattay, cette donation serait nulle aux termes de l'art. 931 C. civ., comme n'ayant pas été constatée par acte passé devant notaires. Pattay, se basant sur le principe de l'indivisibilité de l'aveu, prétend être au bénéfice de ses déclarations, et être considéré comme donataire des valeurs reçues. La Cour a débouté les demandeurs de leurs conclusions.

Motifs: Considérant que le récépissé mentionné plus haut ne saurait constituer un titre contre Pattay; qu'en effet, cet acte constate la remise de la somme payée par l'hoirie Perron, non en mains de P., mais en celles de la dlle F.;

Que la signature de P. ne figure au bas de cette pièce, qu'aux lieu et place de celle de la dlle F., laquelle ne savait écrire;

Que les faits allégués par P. ne présentent rien d'invraisemblable; que les demandeurs n'en démontrent ni n'offrent d'en démontrer la fausseté;

Que l'intimé doit donc être considéré comme étant au bénéfice de l'indivisibilité de son aveu;

Considérant, enfin, qu'ainsi que cela est reconnu par la presque unanimité de la doctrine et par une jurisprudence constante, l'art. 931 C. civ. doit être interprété en ce sens, que les dons manuels sont affranchis des formalités requises pour la validité des donations entre-vifs;

Que la donation fait à P. dans les circonstances mentionnées, constitue bien un don manuel, soit la donation faite de la main à la main de choses mobilières susceptibles de s'acquérir par la simple tradition.

---

## 15. Canton Bern. Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 13. März 1890.

### Erbtheilung unter Kindern verschiedener Ehen bei Vermögensrückgang.

Die Erblasserin Elisabeth geb. Peter hatte nach dem Tode ihres ersten Ehemanns J. U. Lehmann in Folge Vermögenstheilung mit ihren Kindern Fr. 3751. 57 erhalten. Dann waren ihr erbsweise noch Fr. 6697. 56 zugekommen. Ihrem zweiten Ehemann Johann Schürch hatte sie also Fr. 10449. 13 zugebracht. Bei dessen Tode hatte sich ein Vermögen von Fr. 19,111. 77 vorgefunden. Dagegen ergab die Liquidation des Nachlasses der 1886 verstorbenen Frau E. Sch. geb. P. nur ein Vermögen von Fr. 8456. 49, in welches sich die Kinder aus beiden Ehen zu theilen hatten. Folgende drei Ansichten wurden über die Theilungsart aufgestellt:

1. Es solle vom Nachlass des J. Schürch (Fr. 19111. 77) das nach Abzug des von seiner Ehefrau ihm zugebrachten Gutes (Fr. 10449. 13) verbleibende eigene Vermögen desselben (Fr. 8662. 64) vorab den Kindern Schürch zukommen, und da der Nachlass diesen Betrag nicht erreiche, so kämen die Kinder erster Ehe gar nicht zur Theilung.

2. Ein Vorrecht würde unter allen Umständen nur den Kindern erster Ehe zustehn, eventuell seien dieselben jedenfalls mit denen zweiter Ehe gleichberechtigt.

3. Das Muttergut der Kinder zweiter Ehe, d. h. der von ihrer Mutter aus der ersten Ehe empfangene Betrag mit Fr. 3751. 57 müsse vorab denselben zugetheilt werden, und der Rest mit Fr. 4704. 92 sei den sämmtlichen Nachkommen erster und zweiter Ehe gleichmässig verfangen. Dasselbe

sei aber nach Stämmen zu vertheilen, da das väterliche Vermögen als verbraucht zu betrachten sei.

Der Appellations- und Cassationshof entschied die Frage folgendermassen:

Die Verlassenschaft der Frau Schürch zerfällt in 3 Bestandtheile: 1. Die Quote, welche sie bei der Theilung mit den Kindern aus erster Ehe erhalten, 2. das Vermögen, welches sie nachher geerbt hat, 3. das eigene Vermögen des zweiten Ehemannes Schürch. Unzweifelhaft ist zunächst, dass abgesehen von dem erfolgten Vermögensrückgang die Verlassenschaft in der Weise zu theilen gewesen wäre, dass die Kinder Schürch die Theilungsquote ihrer Mutter ausschliesslich erhalten (Satz. 518 C.) und ebenso allein Anspruch auf das eigene Vermögen ihres Vaters gehabt hätten (König Commentar III, S. 35). Als gemeinschaftliches Theilungsobjekt, welches den Kindern aus erster und zweiter Ehe je zur Hälfte zukommt (Satz. 518 Abs. 2 und Satz. 530 C.), verbleibt daher einzig dasjenige Vermögen, welches die Erblasserin geerbt hat. Den eingetretenen Vermögensrückgang nun haben alle in der Weise zu tragen, dass sie sich, die einen wie die andern, eine verhältnissmässige Reduktion der ihnen nach den bisherigen Ausführungen gebührenden Erbsquote gefallen lassen müssen, und es wird sich also bei der Theilung einfach darum handeln, die einzelnen Quoten im Verhältniss von 8456. 49 zu 19911. 77 zu reduzieren. Von der Geltendmachung eines Vorrechtes kann keine Rede sein, und es darf namentlich nicht die Analogie der Satz. 542 C. herbeigezogen werden, denn man hat es dort mit einer singulären Bestimmung zu thun, welche sich einer analogen Anwendung auf mehr oder weniger verwandte Fälle entzieht.

---

## 16. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 11 novembre 1889.

Substitution prohibée. Disposition testamentaire devenue caduque par suite du prédécès de l'héritier (ou légataire) appelé en première ligne.

Le 31 janvier 1889 est décédé J. Delarue, laissant un testament olographe daté de 1880 et ainsi conçu: „Je donne tout ce que je possède à ma soeur pour la remercier de sa conduite à mon égard; après sa vie, ce qui restera de cet héritage sera partagé en parts égales entre ses deux enfants,

qui sont Camille Populus, maintenant veuve Raichlen, et Albert Populus; je déclare nulle toute disposition antérieure et je l'abroge." La soeur du testateur désignée dans le testament comme légataire universelle était décédée avant lui en 1884, laissant comme héritiers naturels 1. sa fille Camille Populus, 2. son fils Albert P. et 3. son petit-fils Perrelet, venant en représentation de sa mère, la dame Perrelet née Populus, décédée en 1865. — Perrelet a formé par devant le tribunal civil une demande en partage de la succession de son grand-oncle Delarue, demande à laquelle se sont opposés Albert et Camille P., lesquels prétendent, en vertu du testament, recueillir à eux seuls et à titre de légataires à titre universel la totalité des biens délaissés par lui. Perrelet soutient soit que la disposition testamentaire par laquelle Delarue a institué sa soeur sa légataire universelle, contient une substitution prohibée entraînant la nullité de cette disposition,[1]) soit que cette disposition est devenue caduque par suite du prédécès de dame Populus. Les intimés soutiennent, par contre, que le testament ne contient pas une substitution prohibée, mais un legs *de residuo vel de eo quod supererit,* disposition qui ne serait point interdite, et que, d'autre part, ils ont en vertu du testament un droit propre et direct au legs fait en première ligne à leur mère, que ce legs n'est donc pas caduc à leur égard. — Le Tribunal civil a débouté A. et C. Populus de la fin de non-recevoir opposée par eux à la demande, et la Cour de Justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: I. Considérant que la doctrine et la jurisprudence sont actuellement unanimes pour décider que la charge de conserver et rendre est un élément indispensable à l'existence de la substitution prohibée par l'art. 896 C. c.; qu'on ne saurait donc décider qu'il y a substitution dans le sens du Code, lorsqu'une libéralité est faite seulement avec charge de rendre au décès ce qui restera des biens donnés, le bénéficiaire de cette disposition étant libre de faire qu'il n'en reste rien, n'étant par conséquent point tenu de conserver (Aubry et Rau VI § 694; Demolombe XVIII p. 129; Marcadé III p. 460; Rolland de Villargues n° 268; Troplong I p. 130 s.).

Que c'est à bon droit qu'il en a été décidé ainsi, les principaux inconvénients que le législateur a voulu prévenir

---

[1]) C. c. 896: Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.

en proscrivant les dispositions fidéicommissaires étant évités alors que celles-ci ne contiennent pas la charge de conserver, les biens visés dans ces dispositions n'étant point soustraits au commerce, ni à l'action des créanciers du grevé;

Considérant qu'il s'agit bien en l'espèce de la disposition dite *de eo quod supererit;* qu'une semblable clause ne saurait être annulée.

II. Considérant qu'aux termes de l'art. 1039 C. c. toute disposition testamentaire est caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur; que cette prescription formelle de la loi reçoit cependant exception:

1. lorsque le testateur appelle un tiers à recueillir le legs, dans le cas où le légataire institué ne le recueillerait pas (Art. 898 C. c.);

2. lorsqu'une condition mise à l'exécution d'une disposition testamentaire ne fait, dans l'intention du testateur, que suspendre l'exécution de cette disposition (Art. 1041 C. c.), cas dans lequel l'héritier institué, ou le légataire, acquiert un droit transmissible à ses héritiers;

Considérant que le testament de feu Delarue ne saurait être considéré comme contenant une disposition subsidiaire, faite en faveur des appelants pour le cas où leur mère viendrait à ne pas survivre au testateur; que les termes employés par celui-ci ne sauraient permettre de lui attribuer cette intention formelle; que la raison invoquée par lui pour motiver son legs en faveur de sa soeur, soit la reconnaissance qu'il avait pour la conduite qu'elle avait eue à son égard, est purement personnelle à celle-ci;

Que le fait que Delarue a disposé en faveur de ses deux neveux de ce qui resterait au décès de la légataire instituée en première ligne, n'implique pas nécessairement l'intention de disposer en leur faveur de tous les biens existant à son propre décès;

Considérant, d'autre part, que rien ne permet de supposer chez le testateur l'intention de considérer la survie de la dame Populus comme une condition suspensive ou un terme mis à l'exécution d'un legs direct fait au profit des appelants; que les expressions employées dans le testament y répugnent absolument; que le legs universel contenu au testament de J. Delarue doit donc être considéré comme caduc.

---

## 17. Canton Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 29. August 1889.

Vertrag über Vermögensüberlassung wiefern Erbsuccession bewirkend, daher frühere Testamente aufhebend?

Durch amtliche Testamente vom 9. Febr. 1884 verschrieben sich die Eheleute Herzog gegenseitig die lebenslängliche Nutzniessung ihres ganzen Vermögens, machten ihren Sohn Konrad nur im Umfange seines Pflichttheils zum Erben und setzten für das Uebrige der Erbschaft dessen Sohn Gottlieb zum Erben ein. Am 26. Dez. 1885 überliess aber der Vater Herzog seinem Sohn Konrad durch schriftlichen Vertrag auf Lichtmess 1886 seine sämmtlichen Liegenschaften und Fahrhabe, wogegen der Sohn alle auf dem Heimwesen lastenden Passiven übernahm und seinen Eltern auf Lebenszeit das Wohnungsrecht einräumte und sie zu unterhalten versprach. Die Eltern starben beide im März 1889; ihr Testament vom Jahre 1884 wurde vom Sohne angefochten als durch den Ueberlassungsvertrag von 1885 gemäss § 91 Erbges.[1]) aufgehoben. Das Waisenamt R. Namens seines minderjährigen Sohnes Gottlieb verlangte Kraftloserklärung des Ueberlassungsvertrages und Ausführung der Testamente, und die erste Instanz sanctionierte letztere Ansicht, weil der Ueberlassungsvertrag nach Form und Inhalt kein eigentlicher Erbvertrag sei, wie sich aus §§ 101 und 111 Erbgesetzes ergebe, somit nicht geeignet sei, eine Aufhebung des Testamentes nach § 91 Erbgesetzes zu bewirken. Der Kläger appellierte gegen dieses Urtheil und machte jetzt besonders geltend, seine Anfechtung der Testamente habe wesentlich den Sinn, dass in Folge der späteren Entäusserung des ganzen Vermögens durch den Ueberlassungsvertrag die Vollziehung der Testamente thatsächlich unmöglich sei, weil die Testatoren kein Vermögen hinterlassen haben. Die Appellaten fanden darin eine unzulässige Klagänderung. Das Obergericht hob das erstinstanzliche Urtheil auf und erklärte die Testamente als durch den Ueberlassungsvertrag thatsächlich aufgehoben.

Motive: Als Gegenstand des Prozesses ist allgemein die Frage zu betrachten, ob nicht die Succession in das Vermögen der verstorbenen Eheleute Herzog durch den Ueber-

---

[1]) Dieser lautet, soweit hieher gehörig: „Ebenso kann durch einen spätern Erbvertrag ein früheres Testament für aufgehoben erklärt oder abgeändert werden."

lassungsvertrag vom 26. Dezember 1885 an den Appellanten stattgefunden habe und daher die Testamente vom 9. Februar 1884 unwirksam seien. Ob diese Unwirksamkeit auf einer formellen Aufhebung der Testamente oder auf der Unmöglichkeit ihres Vollzuges beruhe, im einen wie im andern Falle ist die Klage zu schützen. Vor erster Instanz hat allerdings Appellant sich wesentlich nur auf § 91 des Erbgesetzes berufen, allein wenn er sich vor zweiter Instanz darauf beruft, die Konsequenz der Gültigkeit des Ueberlassungsvertrages schliesse thatsächlich den Vollzug der Testamente aus, so ist dies weder eine Aenderung der Klage, noch ihrer thatsächlichen Begründung, sondern nur eine Aenderung in den rechtlichen Ausführungen. Schon in der Erklärung vom 20. März hat übrigens Appellant geltend gemacht, das Testament sei faktisch aufgehoben, die Weisung spricht allgemein von Anfechtung auf Grund des Ueberlassungsvertrages, und in der Verhandlung vor erster Instanz hat die appellatische Partei geradezu die Kraftloserklärung des Ueberlassungsvertrages verlangt.

Da der Ueberlassungsvertrag vom 26. Dezember 1885 eine Abtretung des ganzen Vermögens der Eheleute Herzog an den Appellanten enthält, ist auch wirklich nur darüber zu entscheiden, ob dieser Vertrag gültig sei, denn wenn er gültig ist, bleibt kein Nachlass der Eheleute Herzog mehr übrig, der nach den Bestimmungen der Testamente vom 9. April 1884 geerbt werden könnte; dass es dem Vater Herzog auch nach Errichtung der gegenseitigen Testamente frei stand, über sein Vermögen unter Lebenden beliebig zu verfügen, kann nicht bezweifelt werden, und die appellatische Partei selbst hat richtig ausgeführt, dass auch der fragliche Ueberlassungsvertrag eine Vermögensübertragung zu Lebzeiten bewirkte, wenn er gültig war. Die frühere Errichtung der Testamente ist also unerheblich für die Frage des Rechtsbestandes des Ueberlassungsvertrages, derselbe ist in dieser Hinsicht nicht anders zu beurtheilen als eine Schenkung oder ein Kauf. Im Uebrigen ist lediglich eingewendet worden, der Ueberlassungsvertrag hätte gefertigt werden müssen, allein die Fertigung ist überhaupt kein Erforderniss für die Gültigkeit irgend welcher Verträge, sondern ist nur eine Form zur Bewerkstelligung des Eigenthumsübergangs, beziehungsweise zur Errichtung dinglicher Rechte. Auch für den Ueberlassungsvertrag bedarf es zu dessen Gültigkeit keiner Fertigung.

---

## 18. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 14. November 1888.

Zulässigkeit einer Widerklage in Injurienprozessen.

F. B. erhob eine Injurienklage gegen X. W., weil Beklagter im Gasthause zu R. verschiedene injuriöse Aeusserungen gegen ihn gethan habe. Der Beklagte stellte dem seinerseits widerklagsweise ebenfalls eine Injurienklage entgegen, und machte geltend, der Kläger habe mehreren auswärtigen Lieferanten gesagt, er (Bekl.) sei criminalisiert und fallit. Das Obergericht erklärte die Weigerung des Widerbeklagten, sich auf diese Widerklage einzulassen, als begründet.

Motive: Der Injurienprozess wird im Canton L. nach den Regeln des gewöhnlichen Civilprozesses geführt, daher sind Widerklagen gemäss § 288 des C. R. V. nur dann zulässig, wenn die behaupteten Injurien im Verhältniss der Connexität stehen. Eine solche Connexität muss bei Injurien namentlich dann angenommen werden, wenn bezüglich des Orts und der Zeit der Verübung Identität herrscht, was aber vorliegend nicht zutrifft. Allerdings beschränkt sich der Begriff der Connexität nicht auf die Identität von Ort und Zeit der Injurien, sondern findet der Natur der Sache nach auch auf den Fall einer Provokation resp. Retorsion Anwendung, d. h. wenn die in der Klage und der Widerklage geltend gemachten Injurien mit einander in causalem Zusammenhange stehen, so dass die eine Injurie als durch die andere provoziert erscheint. Auch dieses Verhältniss trifft vorliegend nicht zu, weil eine solche Behauptung erst in der Duplik erhoben, dagegen zur Substantiierung der Widerklage nicht speziell geltend gemacht wurde, übrigens eine Prüfung des Causalzusammenhanges zwischen beiden angeblichen Injurien schon insofern nicht möglich wäre, als über Ort und Zeit der in der Widerklage behaupteten Injurien jede nähere Angabe fehlt.

---

## 19. Canton Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 1. Juni 1889.

Anspruch der Concursgläubiger auf Einbeziehung eines Bürgernutzens des Falliten in die Concursmasse.

Einem Falliten fiel während der Dauer des Concurses ein kleiner Bürgernutzen zu. Die Gläubiger wollten denselben

in die Masse gezogen wissen, während der Fallit ihn für sich selbst beanspruchte. Beide Instanzen wiesen das Begehren der Gläubiger ab, das Obergericht mit folgender Begründung:

Schon durch Urtheil vom 28. August 1885[1]) hat das Obergericht prinzipiell entschieden, dass ein gesetzliches Nutzniessungsrecht nicht in die Konkursmasse gezogen werden darf, gestützt auf folgende Erwägungen: Eine klare Entscheidung der Frage gebe unsere Gesetzgebung nicht; demnach sei von der allgemeinen Natur des fraglichen Verhältnisses auf die Absicht des Gesetzgebers zu schliessen. Der Niessbrauch, der vertragliche sowohl als der gesetzliche, sei seiner Natur nach auf die bestimmte einzelne Person gerichtet. Speziell der gesetzliche Niessbrauch sei ein Entgelt für die Erfüllung familienrechtlicher Pflichten, die Absicht des Gesetzgebers auf Erhaltung des Familienbestandes gerichtet. Er sei somit persönlicher Natur und nicht zu trennen von der Person des Berechtigten, und daher im Prinzip auszusprechen, dass ein gesetzliches Nutzniessungsrecht nicht in die Konkursmasse gezogen werden dürfe. Damit sei allerdings nicht ausgeschlossen, dass nicht die Gläubiger später im Wege des Nachkonkurses auf den Schuldner greifen könnten, wenn er durch die Erträgnisse der Nutzniessung wieder zu Vermögen komme.

Ganz nach Analogie dieses Entscheides kann auch für den vorliegenden Fall geschlossen werden. In mindestens eben so hohem Grade wie ein familienrechtlicher Niessbrauch ist auch ein Bürgernutzen seiner ganzen Bestimmung nach auf die einzelne bestimmte Person des berechtigten Bürgers gerichtet, untrennbar mit derselben verbunden, darf daher auch nicht in die Konkursmasse gezogen werden. Auch hier könnten die Gläubiger freilich nachträglich den Nutzniessungsberechtigten wieder belangen, wenn er aus diesem Bürgernutzen wieder zu Vermögen gelangen sollte. Im vorliegenden Fall kann aber bei dem geringen Betrag des Nutzens und den sonstigen Umständen davon keine Rede sein.

---

[1]) Mitgetheilt in dieser Zeitschr. N. F. VI S. 325.

# Nachtrag zu Nr. 2.

(Genfer Urtheile i. S. Passavant & Cie. c. Ville de Genève.)

Die folgenden kritischen Bemerkungen zu besagten Urtheilen sollten unmittelbar an sie angeschlossen werden; durch ein Versehen sind sie dort weggeblieben. Wir tragen sie hier nach, weil uns daran liegt, festzustellen, dass wir die Urtheile für verkehrt halten und dass wir sie nicht zur Nacheiferung, sondern, mit der alten Gerichtssprache zu reden, „Andern zum abscheulichen Exempel" abgedruckt haben. Die Sachlage ist die: die Gemeinden müssen gemäss Gesetz vom 5. Februar 1849 für Aufnahme von Anleihen die Ermächtigung des Grossen Raths durch Gesetz erhalten. Demgemäss ersuchte die Stadt Genf, als sie ihre Schuld convertieren wollte, um diese Ermächtigung. Durch Gesetz vom 3. Aug. 1889 beschloss (décrète) der Grosse Rath: 1. La Commune de Genève est autorisé à contracter un emprunt de 14,500,000 fr. 2. Cet emprunt sera créé au taux de $3^1/_2$%. 3. L'amortissement de cet emprunt sera réparti sur quarante années. 4. Le produit de cet emprunt est destiné à rembourser les obligations 4%. Les porteurs des obligations 4% auront un droit de préférence pour la souscription du nouvel emprunt. Les obligations qui n'auront pas été présentées pour la conversion cesseront de porter intérêt à partir de l'échéance du 1er septembre 1889. Aus diesem Inhalte deducieren beide Instanzen: das Gesetz enthält zwei heterogene Bestandtheile, einmal die Ermächtigung an die Stadt Genf zur Aufnahme des neuen Anleihens, und zweitens bestimmte Vorschriften über Verwendung desselben zur Rückzahlung alter; das Verhältniss dieser beiden Bestandtheile zu einander ist das, dass der erste (die Ermächtigung) für die Stadt Genf facultativ ist, der zweite dagegen sowohl sie als insonderheit auch die Creditoren der ältern Anleihen bindet und zur Conversion oder Annahme der Rückzahlung zwingt. M. a. W. der erste Theil ist ein Verwaltungsakt, nämlich Ausübung der Oberaufsicht und Controle der Gemeindefinanzverwaltung, der zweite Theil ist eine Rechtssetzung, ein rechtsbegründender und rechtsaufhebender Akt. Es scheint mir dies evident verfehlt. Die Bedeutung und der Zweck des Gesetzes ist rein darauf beschränkt, die Bedingungen festzusetzen, unter denen die Stadt Genf das neue Anleihen aufnehmen darf. Ob ihr die Erfüllung dieser Bedingungen möglich sein wird, gieng den Grossen Rath nichts an und darum hatte er sich auch nicht zu bekümmern. Das Gesetz sagt einfach: ich gebe dir, Stadt Genf, die Ermächtigung zu Aufnahme von $14^1/_2$ Millionen, wenn du die nachfolgenden Bedingungen ($3^1/_2$%, Conversion etc.) erfüllst; nun siehe

zu, wie du damit zu Ende kommst; das ist deine Sache; wir haben nicht zu untersuchen, wieweit du, Stadt Genf, die Creditoren der frühern Anleihen dazu zwingen kannst. — Die Frage wäre wohl nie zweifelhaft geworden, wenn das Gesetz nicht so unsorgfältig abgefasst wäre, sondern, wie es hätte geschehen sollen, ausdrücklich gesagt hätte: der Staat autorisiert die Stadt zur Aufnahme dieses Anleihens unter der Bedingung, dass sie die nachfolgenden Modalitäten erfüllen kann. Das Gesetz hat also durchaus einheitlichen Charakter und zwar den eines Verwaltungsaktes, nicht einer Rechtssetzung. Darum sind die Gerichte mit ihrer Annahme von dispositions d'ordres essentiellement différents auf eine falsche Bahn gerathen und von da aus, beide nach verschiedenen Seiten, in ein Dickicht von Verwirrungen, die erste Instanz in das des staatsrechtlichen Rekurses, die zweite in das der Geltung des eidg. Obligationenrechts. Das hat ja Alles mit der Streitfrage nichts zu thun. Die Gerichte hatten nur zu untersuchen, ob die Stadt Genf gegenüber den früheren Obligationären freie Hand habe oder ob sie ihnen durch die früheren Anleihensbedingungen gebunden sei. Von einem Zwang des Gesetzes vom 3. August 1889 gegen diese ältern Gläubiger durfte keine Rede sein und dieses Gesetz war also ganz aus dem Spiele zu lassen.

---

# Litteraturanzeigen.

---

**Langhard, J.**, Dr. jur. **Das Recht der politischen Fremdenausweisung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz.** Leipzig, Duncker und Humblot 1891. gr. 8⁰ 137 S.

In keinem europäischen Staate vielleicht haben die Fragen des Fremdenrechts und der Fremdenpolizei so grosse praktische Bedeutung wie in der Schweiz. In der hochherzigsten Weise hat sie stets von dem aus ihrer Souveränetät fliessenden Rechte der Asylgewährung den weitgehendsten Gebrauch gemacht. Andrerseits hat die Schweiz schon kraft ihrer centralen Lage in Europa sorgsam über die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtung zu wachen, ihr Territorium nicht zum Ausgangspunkt feindlicher Aktionen gegen fremde Staaten herzugeben. Es ist daher ein glücklicher Gedanke des Verfassers gewesen, die in die erwähnte