

Charles-Albert était régie par le droit fédéral. Sur ce point, il y a lieu toutefois de remarquer ce qui suit :

Devant l'instance cantonale, le défendeur a contesté la validité de la cession par le seul motif que la créance cédée était *incessible* et de nature éminemment personnelle. Dans le mémoire produit à l'appui de son recours, le recourant a prétendu en outre que dame Hofer n'était nullement en droit de céder la dite créance, attendu que, lors de son mariage et à teneur du droit bernois, un conseil judiciaire aurait dû être donné à son fils, lequel conseil eût été seul autorisé à administrer, et aussi à céder la créance en question. Or il est tout d'abord évident que cette dernière objection, — laquelle a d'ailleurs été formulée à tard, et se trouve en opposition directe avec les intérêts du défendeur, — ne se fonde pas sur le droit fédéral, mais bien sur le droit cantonal et que son appréciation échappe dès lors à la connaissance du Tribunal fédéral. De même la question de savoir si la créance cédée est transmissible ou non de sa nature, doit être tranchée, non d'après le droit fédéral, mais d'après le droit *cantonal*. En effet, cette question ne peut pas être résolue d'après un autre droit que celui qui est applicable au regard de la *nature de la créance cédée*; c'est ce droit, — c'est-à-dire les règles auxquelles il soumet les rapports entre le débiteur et le cédant, — qui est décisif relativement à la question de savoir si la créance est transmissible, ou si elle est indissolublement liée à la personne du cédant. Or, dans l'espèce actuelle, la nature de la créance cédée est évidemment déterminée par le droit cantonal; même si, dans le cas particulier, le droit fédéral était applicable à la cession en tant que contrat indépendant entre le cédant et le cessionnaire (touchant la responsabilité du cédant, par exemple, etc.) il n'en demeurerait pas moins que c'est le droit cantonal qui est décisif touchant la question de la transmissibilité de la créance (voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral en la cause Fenkart c. Vorarlberger Stickereigesellschaft, du 22 janvier 1897). Il y a lieu d'observer d'ailleurs que la décision de l'instance cantonale sur la légitimation active du demandeur ne s'appuie point

uniquement sur l'admission de la validité de la cession litigieuse, mais que la Cour d'appel fonde également son prononcé sur ce point sur un autre motif, indépendant du précédent et de nature à justifier à lui seul la dite décision, à savoir que l'enfant naturel peut faire valoir lui-même *jure proprio* et sans qu'il soit besoin d'une cession à cet effet, son droit d'alimentation contre ses géniteurs, lorsque personne d'autre ne le fait en son nom. Cette décision, qui s'appuie uniquement sur des dispositions du droit de famille cantonal, et non du droit fédéral, se soustrait au contrôle du Tribunal fédéral. Le Tribunal de céans ne pourrait donc rien changer à la décision intervenue, même au cas où la transmissibilité de la créance serait régie par le droit fédéral, et où le dit Tribunal estimerait que l'instance cantonale a mal jugé sur ce point. Il ne saurait ainsi pas être question un seul instant d'annuler le jugement attaqué, et de renvoyer l'affaire à l'instance précédente pour nouveau jugement par le motif que la dite instance cantonale aurait appliqué à tort le droit fédéral, au lieu du droit cantonal, sur la question de transmissibilité de la créance.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours du sieur Charles Bonaccio.

27. Urteil vom 13. März 1897 in Sachen
Steiner gegen Kälin.

Am 7. März 1891 hat der Kläger R. Steiner-Höhn von Johannes Honegger ein Grundstück an der Ecke Lindenstraße-Duailstraße in Niesbach gekauft. In dem Kaufvertrage war bestimmt, daß für die Bebauung des Grundstückes die Vorschriften des Baubureau Niesbach sowie die Statuten der Bellerive-Gesellschaft maßgebend und einzuhalten seien, mit dem Zufüge, daß nur

Villen mit zwei Stockwerken und einem Halbstock mit Zimmern erstellt werden dürften, welcher Vereinbarung dingliche Wirkung zukomme. In den Statuten der Bellerive-Gesellschaft, einer Vereinigung von Grundeigentümern, welche sich dahin geeinigt hatten, bei Verkauf ihrer im sogenannten Bellerive-Quartier gelegenen Liegenschaften gewisse Vorschriften rücksichtlich der Überbauung übereinstimmend aufzustellen, ist u. a. bestimmt (Art. 7), daß geräuschvolle, die Luft verunreinigende oder feuergefährliche Gewerbe im Villenquartier Bellerive nicht betrieben werden dürfen. Steiner-Höhn baute auf dem gekauften Grundstück für sich eine Villa, und verkaufte denjenigen Teil desselben, den er hierzu nicht bedurfte, am 8. April 1895 weiter an den Architekten Chiodera, wobei in den Kaufvertrag hinsichtlich der Bebauung die oben erwähnten Bestimmungen des Kaufvertrages mit Honegger aufgenommen wurden. Nach dem Abschlusse des Kaufvertrages teilte Architekt Chiodera dem Kläger mit, daß er das Terrain teilweise im Auftrage, nämlich wie er später angab, für den gegenwärtigen Beklagten Dr. med. Kälin-Benziger gekauft habe. Nachdem zwischen den Parteien Unterhandlungen stattgefunden hatten, willigte der Kläger darein ein, daß die Fertigung direkt an den Beklagten statfinde, was am 16. Mai 1896 auf Grund des Kaufvertrages vom 8. April 1895 geschah. Beklagter ließ nun das erworbene Grundstück überbauen und bestimmte das Gebäude zu einem Privatkrankenhaus mit Augenheilanstalt. Laut Weisung vom 16. Juni 1896 stellte insolgedessen der Kläger das Begehren: Es sei Beklagter pflichtig, die auf seiner Liegenschaft im Seefeld haftende Servitut anzuerkennen, wonach die Errichtung einer Krankenheilanstalt gemäß den Bestimmungen des Kaufvertrages d. d. 16. Mai 1895 untersagt ist. Bei der Hauptverhandlung ergänzte der Kläger die Weisung durch den Zusatz, es sei der Beklagte verpflichtet, eine dinglich wirkende Servitut des Inhaltes, daß auf seiner Liegenschaft am Utoquai kein Krankenhaus errichtet werden dürfe, in der Notariatskanzlei Riesbach am Grundprotokoll eintragen zu lassen. Er verkündete gleichzeitig dem Architekten Chiodera den Streit. In der Klagebegründung berief er sich darauf, aus dem Kaufvertrag, den Statuten der Bellerive-Gesellschaft und dem von dieser Gesellschaft für Verkäufe aufge-

stellten Prospekte ergebe sich, daß das Land des Beklagten mit der Servitut belastet sei, nur mit einer Villa überbaut werden zu dürfen, was die Errichtung und den Betrieb einer Krankenheilanstalt ausschließe. Im weiteren behauptete er: Als er gehört habe, daß der Beklagte Käufer sei, habe er sofort die Besorgnis geäußert, dieser möchte eine Krankenheilanstalt errichten wollen. Es seien ihm indeß sowohl durch Chiodera als durch den Beklagten die beruhigendsten Zusicherungen erteilt worden. Anlässlich der notariatslichen Fertigung zwischen den Parteien haben der Beklagte und Chiodera ihm gegenüber unter Bezugnahme auf das Baureglement Bellerive erklärt und versprochen, daß kein Krankenhaus auf dem gekauften Terrain errichtet werde; sie beide werden die Villa selber bewohnen. Auf diese Zusicherung hin habe der Kläger zu der direkten Fertigung an den Beklagten eingewilligt. Zum Beweise für diese Behauptung hatte der Kläger u. a. in seiner Eingabe an das Bezirksgericht Zürich vom 24. September 1896 auf die persönliche Befragung des Beklagten abgestellt, indem er ausführte: Er habe die Behauptung, daß der Beklagte ausdrücklich bei der Fertigung den Inhalt der vom Kläger behaupteten Servitut anerkannt habe, unter Zeugenbeweis gestellt. Die Verhandlung könnte nur durch eine entsprechende Erklärung des Beklagten eventuell bedeutend abgekürzt werden. Die persönliche Befragung des Beklagten fand dann auch statt, lieferte aber ein negatives Ergebnis. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Zürich, hat die Klage gutgeheißen, und erkannt: 1. Dem Beklagten ist der Betrieb einer Krankenanstalt in seiner Liegenschaft am Seefeldquai untersagt. 2. Der Kläger ist berechtigt, dieses Verbot als Servitut im Grundprotokoll eintragen zu lassen. Sie führte aus: Der Beklagte habe zweifellos die Servitut übernommen, auf seinem Grundstück nur eine Villa zu bauen. Eine Villa aber dürfe niemals, solle sie ihren Charakter beibehalten, vorzugsweise und speziell zur Ausübung eines Gewerbes, sondern sie müsse speziell dem Wohnzwecke des Eigentümers dienen. Einer Krankenanstalt im Allgemeinen und speziell einer solchen, wie sie in concreto betrieben werden solle, könne somit, auch wenn sie äußerlich villenartig gebaut sei, der Villencharakter nicht zugestanden werden. Im weitern stehe fest, daß man seinerzeit aus

dem Bellerive-Quartier alle diejenigen Gewerbe habe ausschließen wollen, welche im Stande wären, demselben den Charakter eines ruhigen und angenehmen Villenquartiers zu benehmen, und der Beklagte habe sich verpflichtet, den im Baureglement für jenes Villenquartier enthaltenen Bestimmungen nachzuleben. Der Betrieb einer Krankenanstalt aber sei ein Gewerbe, das die Annehmlichkeiten eines ruhigen Villenquartiers ernstlich zu gefährden im Stande sei. Die zweite Instanz, Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, dagegen wies durch ihr angefochtenes Urteil vom 23. Dezember 1896 die Klage ab. Sie führte aus: Die Bestimmung, daß auf einem Grundstücke nur Villen errichtet werden dürfen, qualifiziere sich einfach als eine Baubefchränkung, durch welche die Konstruktion der auf der Liegenschaft zu erstellenden Gebäude umschrieben werde, nicht aber als eine die Benutzung dieser Gebäude betreffende Vorschrift. Zu den geräuschvollen, die Luft verunreinigenden oder feuergefährlichen Gewerben sodann, welche Art. 7 des Baureglementes für das Bellerive-Quartier untersage, gehöre der Betrieb der beklagten Krankenanstalt nicht und eine analoge Anwendung des aufgestellten Verbotes auf Gewerbe, die nicht unter dasselbe fallen, sei schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen und würde überdies gegen § 251 des privatrechtlichen Gesetzbuches verstößen. Ein Beweis dafür endlich, daß der Beklagte anlässlich der Fertigung versprochen habe, in der Villa keine Krankenanstalt zu betreiben, sei nicht erbracht. Die klägerischerseits hiefür angeführten Zeugen, Notar Morf und Notariatskanzlist Rüegg haben keineswegs ganz sichere bestimmte Angaben machen können. Allein auch wenn man annehmen wollte, Ghiodera oder der Beklagte haben in der Notariatskanzlei am Abend vor der Fertigung erklärt, es bestehe bei ihnen nicht die Absicht, auf dem gekauften Terrain eine Krankenanstalt zu betreiben, so könnte darin selbstverständlich noch nicht ohne weiteres die Konstituierung einer bezüglichen rechtlichen Verpflichtung gefunden werden. Denn solche Erklärungen werden im täglichen Leben gewiß häufig abgegeben, ohne daß der Betreffende irgendwie daran denke, sich für die Zukunft binden zu wollen. Werde nun berücksichtigt, einmal daß der Kläger für die angeblüche Verpflichtung des Beklagten kein

Äquivalent geboten habe, ferner, daß es sich um ein Versprechen von erheblicher Tragweite gehandelt hätte, das gewöhnlich nicht formlos abgegeben und entgegengenommen werde, und schließlich, daß die Parteien ja so wie so einen solennen Rechtsakt (die Eigentumsübertragung) vorgenommen haben, daß also alle Veranlassung vorhanden gewesen wäre, auch das Versprechen hinsichtlich der Benutzung des Landes bzw. des auf demselben zu erstellenden Gebäudes in die übliche Form zu kleiden, so könne der Richter unmöglich dazu gelangen, aus dem, was die Zeugen bekundet haben, die Übernahme einer förmlichen Verpflichtung zu konstruieren.

Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht, indem er den Antrag stellte, es sei der Beklagte verpflichtet zu erklären, eine dinglich wirkende Servitut des Inhalts, daß auf seiner Liegenschaft am Utoquai kein Krankenhaus errichtet werden dürfe, in der Notariatskanzlei Niesbach am Grundprotokoll eintragen zu lassen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Hinsichtlich des Streitwertes verweist der Kläger auf die bei den Akten liegenden Gutachten des Stadtbaumeisters Geiser und des Architekten Schmid-Kerez in Zürich, wonach der Schaden für den Berufungskläger 20,000 Fr. übersteige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der gezeigliche Streitwert ist, nach den vom Kläger produzierten Sachverständigengutachten, als gegeben zu erachten. Das Bundesgericht ist somit kompetent, sofern die Streitfache nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen ist.

2. Aus dem vom Kläger gestellten Rechtsbegehren in Verbindung mit der Klagebegründung ergibt sich nun, daß der Kläger behauptet, es sei das von ihm dem Beklagten verkaufte Grundstück zufolge der Bestimmungen des Kaufvertrages mit einer Grunddienstbarkeit belastet, zufolge welcher auf demselben eine Krankenanstalt nicht betrieben werden dürfe, oder es sei doch der Beklagte verpflichtet, dasselbe mit einer solchen Dienstbarkeit, also einer dinglichen Last, zu belegen. Die Klage ist also auf Anerkennung des Bestandes eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache, oder doch auf Einräumung eines solchen Rechtes

gerichtet, und macht nicht etwa nur geltend, der Beklagte habe die persönliche, nicht dinglich wirkende Verpflichtung übernommen, seinerseits auf dem Grundstück eine Krankenanstalt nicht zu betreiben. In erster Linie macht der Kläger, wie die Klagebegründung ergibt, den ersterwähnten Gesichtspunkt geltend; er behauptet, aus den Bestimmungen des Kaufvertrages, daß das Grundstück nur mit Willen überbaut und darauf lärmende Gewerbe u. dgl. nicht betrieben werden dürfen, ergebe sich folgeweise der Bestand der behaupteten Dienstbarkeit. Wenn er daneben noch auf die mündlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien abstellt, welche vor der Fertigung stattgefunden haben, so ist nicht recht klar, ob er diese Vereinbarungen nur zum Beweise dafür anruft, daß die Dienstbarkeitsbestimmungen des Kaufvertrages die von ihm behauptete Bedeutung und Tragweite haben, also nur zur Interpretation des Kaufvertrages, oder ob er denselben die Bedeutung eines, bloß in Verbindung mit dem Liegenschaftskauf abgeschlossenen, selbständigen Nebenvertrages über Begründung einer Dienstbarkeit (eines *pactum de constituenda servitute*) beimißt. Nach den Äußerungen des Klägers in seiner Eingabe an das Bezirksgericht vom 24. September 1896 sollte man das erstere annehmen. Indessen mag bei der Prüfung der Kompetenz des Bundesgerichtes davon ausgegangen werden, der Kläger habe, wenigstens eventuell, auch den letztern Gesichtspunkt geltend machen, also behaupten wollen, der Beklagte habe sich durch Nebenvertrag zur Begründung einer Dienstbarkeit des angegebenen Inhaltes verpflichtet.

3. Soweit nun die Klage den Bestand einer Grunddienstbarkeit geltend macht, ist das Bundesgericht zu deren Beurteilung ganz offenbar nicht kompetent. Denn einerseits stützt sie sich in dieser Richtung auf die Bestimmungen eines Liegenschaftskaufes welcher gemäß Art. 231 D.-R. dem kantonalen Rechte untersteht, andererseits geht sie auf Anerkennung des Bestandes eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache, betrifft also einen Gegenstand, welcher völlig außerhalb des sachlichen Herrschaftsbereichs des Obligationenrechtes liegt, und ausschließlich durch das kantonale Recht geregelt wird.

4. Allein auch insoweit, als mit der Klage ein Anspruch auf

Begründung einer Dienstbarkeit geltend gemacht werden sollte, ist nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht maßgebend und daher das Bundesgericht nicht kompetent. Denn wie unzweifelhaft der dingliche, so muß auch der obligatorische, auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerichtete Vertrag vom kantonalen Rechte beherrscht werden, mit andern Worten, es müssen Verträge über Errichtung von Grunddienstbarkeiten, mögen sie nun unmittelbar dingliche Wirkung ausüben, also das dingliche Recht selbst unmittelbar begründen, oder nur einen persönlichen Anspruch auf dessen Einräumung hervorbringen, in gleicher Weise dem kantonalen Rechte, welchem die Ordnung des Immobilienrechts zusteht, unterstellt bleiben. Dies ergibt sich aus dem nahen zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite solcher Verträge bestehenden innern Zusammenhänge, welcher es ausschließt, daß beide nach verschiedenen Rechten beurteilt werden, daß das obligatorische Geschäft rücksichtlich seiner Gültigkeit und seiner Wirkungen nach einem andern Rechte sich richte, als demjenigen, welches für das dingliche Recht, auf dessen Begründung es abzweckt, maßgebend ist. So ist z. B. klar, daß die Frage, was überhaupt den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, auch für das obligatorische auf Begründung einer Grunddienstbarkeit gerichtete Geschäft nur nach den Regeln des Immobilienrechts beurteilt werden kann, daß nur nach letzterem Rechte entschieden werden kann, ob einem auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerichteten Vertrag überhaupt bloß persönliche, oder aber dingliche Wirkung zukomme u. s. w. Richtig ist allerdings, daß Art. 10 D.-R. nur hinsichtlich der Form der Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält. Allein daraus darf nicht *argumento e contrario* gefolgert werden, daß nun rücksichtlich der materiellen Erfordernisse und Wirkungen solcher Verträge das Gegenteil gelte; es ist dies für diese Verträge ebensowenig statthaft, wie für die Schenkung, hinsichtlich welcher Art. 10 cit. den gleichen Vorbehalt macht, während doch einem Zweifel nicht unterliegen kann, daß deren Regelung überhaupt dem kantonalen Rechte vorbehalten ist. Aus Art. 10 ist mehr nicht zu folgern, als daß für die Form der dort genannten Verträge nicht eidge-

nössisches, sondern kantonales Recht gelte; ob im übrigen für dieselben kantonales oder eidgenössisches Recht maßgebend sei, ist nach dem gesammten Inhalte der eidgenössischen Gesetzgebung und dem inneren Verhältnisse der unzweifelhaft kantonalsrechtlicher Regelung überlassenen Rechtsgebiete zu den durch das Obligationenrecht geregelten zu beurteilen. Danach muß aber in gleicher Weise, wie das Bundesgericht dies bereits für das Grundpfandversprechen, den obligatorischen Grundpfandvertrag ausgesprochen hat (vgl. Entsch. Amtl. Samml., Bd. XVI, S. 399, Erw. 3), auch für Grunddienstbarkeitsverträge, bezw. Vorverträge zu solchen, festgehalten werden, daß das Obligationenrecht deren Regelung ihres unlösbaren Zusammenhanges mit dem nach Art. 65 B.-V. durchaus der kantonalen Gesetzgebungskompetenz unterstellten Immobiliarsachenrechte wegen, stillschweigend der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Teilen bei dem angefochtenen Urteile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.

28. Urteil vom 18. März 1897 in Sachen
Petri gegen Petri.

Die Litiganten sind am 25. März 1880 in Bern die Ehe mit einander eingegangen. Sie scheinen sich auch mehrere Jahre im Kanton Bern aufgehalten zu haben, sind aber gegenwärtig beide in St. Petersburg domiziliert. Auf Begehren des den Ehemann vertretenden Prof. Reichel in Bern, lud im Laufe des Jahres 1896 der Vice-Gerichtspräsident von Bern als Friedensrichter die Ehefrau Petri auf den 14. Januar 1897 vor seine Audienz zum Ausöhnungsversuche über die Rechtsbegehren: „1. Die zwischen den Parteien vor dem Civilstandsbeamten der Stadt Bern am 25. März 1880 abgeschlossene Ehe sei gerichtlich zu trennen. „2. Die Beklagte sei als der schuldige Teil zu erklären und

„demgemäß zu einer angemessenen Entschädigung an den Kläger „zu verurteilen. 3. Die aus der Ehe hervorgegangenen zwei „Kinder, Bernhard und Georg seien dem Ehemanne zur Erziehung „und Verpflegung zuzusprechen, alles unter Kostenfolge.“ Der Vice-Gerichtspräsident von Bern, in seiner angegebenen Eigenschaft, erklärte sich jedoch im anberaumten Termine als nicht zuständig. Die Frage der Kompetenz sei, führte er in den Erwägungen aus, in Ehescheidungssachen von Amtes wegen zu prüfen, und zwar auch schon vor dem Friedensrichter, und es sei dieselbe nach den einschlägigen Normen des internationalen Privatrechtes zu verneinen. Gegen diesen Entscheid führte der Anwalt des Klägers Beschwerde beim bernischen Appellations- und Kassationshofe, der dieselbe jedoch unterm 20. Februar abwies. Gleichzeitig hatte Prof. Reichel gegen jenen Entscheid Berufung an das Bundesgericht erklärt, und nach Erledigung der Beschwerde durch den bernischen Appellations- und Kassationshof wurden die Akten dem Bundesgericht eingeschandt.

Das Bundesgericht hat,
in Erwägung:

Nach Art. 58, al. 1, D.-G., ist die Berufung statthaft gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Haupturteile. Darunter sind nur diejenigen urteilsmäßigen Ansprüche der letzten kantonalen Instanz zu verstehen, durch die die Streitfache ihre materielle Entscheidung gefunden hat, durch die also über den Klagsanspruch als solchen abgesprochen worden ist. Nicht jedoch fallen darunter Entscheide über prozessualische Vorfragen, insbesondere nicht solche über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, mag dadurch immerhin der Prozeß, wenigstens für die betreffende Instanz, thatsächlich erledigt sein. Danach ist aber die Berufung vorliegend nicht zulässig (vgl. das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Kurr, A. S., Bd. VI, S. 543);

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

Siehe auch Nr. 22, Urteil vom 25. März 1897
in Sachen Diehl gegen Kanton Luzern.