

D'abord, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà jugé, il résulte du texte même de l'art. 2 CO, que la règle que cet article pose n'a d'effet que lorsque les parties, étant d'accord sur les points essentiels, se sont engagées, mais ont renvoyé à une entente ultérieure le règlement des points accessoires. Si tel n'a pas été le cas, s'il n'y a pas eu de réserve faite d'une entente ultérieure, le juge ne peut pas suppléer (art. 2 al. 2 CO) à l'absence de volonté des parties, et il n'y a pas contrat (RO 20 p. 521). Or, en l'espèce, il ne résulte pas des faits que les parties aient entendu traiter définitivement certains points le 30 janvier, en réservant une entente ultérieure sur les points qui font l'objet de la correspondance ci-dessus citée.

En second lieu, ce n'est pas d'une manière absolue, mais en tenant compte des circonstances et de l'intention des parties, qu'on peut parler de points accessoires d'un contrat. La société Hydorion a reconnu elle-même ce principe en disant, dans sa demande, que des points, secondaires en eux-mêmes, peuvent avoir, suivant les cas, une grande importance pour les parties; et le Tribunal fédéral a consacré cette théorie dans l'arrêt cité ci-dessus en disant que tout point doit être considéré comme essentiel, lorsqu'il y a lieu d'admettre que la partie fait de son admission une condition sine qua non de la conclusion du contrat. Or, il résulte, en l'espèce, de la correspondance citée, que c'est précisément à cause de défaut d'entente, sur des points prétendus accessoires, que le défendeur a refusé la signature du contrat; ce qui prouve que, pour sa part, il les considérait comme essentiels. Au reste, il y a lieu de remarquer que l'instance cantonale a déclaré dans son jugement que les points restés en discussion étaient des points que les parties devaient considérer comme essentiels. — Enfin, la distinction que la société recourante prétend faire entre les points essentiels et accessoires du contrat, perd toute importance du moment que les parties ont convenu, ainsi qu'il ressort nettement de leur correspondance, de donner au contrat la forme écrite.

Aux termes de l'art. 14 CO, elles doivent être présumées

n'avoir entendu se lier qu'à partir de l'accomplissement de cette forme. Or, le contrat n'a pas été définitivement rédigé, ni signé, d'où il résulte que les parties ne sont pas liées. Il importe peu que le motif du refus de signature provienne d'un désaccord portant sur un point que l'une des parties estime être accessoire, tandis que l'autre y attache une grande importance; la seule question qui se pose en cas pareil est celle de savoir si, oui ou non, le contrat a été signé (conf. Hafner, commentaire du CO art. 2 note 3).

Dans ces conditions, c'est à bon droit que l'instance cantonale a admis que la conclusion du contrat n'était pas arrivée à chef.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement dont est recours confirmé.

55. **Urteil vom 4. Juli 1908 in Sachen**
Automobil-Aktiengesellschaft, Kl., Ver.-Kl. u. Ver.-Bekl., gegen
Amrein-Trosser, Bekl., Ver.-Kl. u. Ver.-Bekl.

Art. 50 ff. OR: Entschädigungsforderung wegen ungerechtfertigter
Baueinsprache und gerichtlicher Verfolgung der Einsprache. —
Kompetenz des Bundesgerichts, Art. 56 und 57 OG. — Verschulden,
oder berechnigte Interessen-Wahrung? Schuldhaft Verschleppung
des Verfahrens?

A. Durch Urteil vom 14. Dezember 1907 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

„1. Die Beklagte habe anzuerkennen, daß sie gegen das noch-mals abgeänderte Bauprojekt (Abänderung gegenüber dem beim letzten Vorstand vorgewiesenen Bauprojekt 26 Fuß Tiefe parallel zur Mauer) keine zivilrechtlichen Einspruchsgründe habe und demnach der Baueinspruch gerichtlich zu beseitigen sei.

„2. Beklagte habe an die Klägerin eine Entschädigung von „1000 Fr. zu leisten; mit der Wehrforderung sei letztere abgewiesen.“

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Der Berufungsantrag der Klägerin geht dahin, „die Beklagte „habe der Klägerin vom Tage des Baueinspruches (25. Januar „1905) eventuell vom 1. März 1905 an (rechtliche Anzeige „der Klägerin, Klagebeleg 5) bis zum 24. September 1906 eine „Entschädigung von 100 Fr. pro Tag zu bezahlen.“

Die Beklagte stellt den Berufungsantrag: „Mit ihrer Entschädigungsforderung sei die Klägerin des gänzlichen abzuweisen.“

C. Eine Kassationsbeschwerde, die die Klägerin gegen das angefochtene Urteil beim luzernischen Obergericht eingereicht hat, ist von diesem am 5. Mai 1908, ein staatsrechtlicher Rekurs, den sie gegen das Urteil an das Bundesgericht ergriffen hat, von diesem am 25. Juni 1908 abgewiesen worden.

D. In der heutigen Verhandlung haben die Parteivertreter die gestellten Berufungsanträge erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht folgende Tatsachen und Rechtsgründe in Betracht:

1. Am 12. Mai 1870 verkaufte Josef Haas in Luzern, der Rechtsvorfahr der Beklagten, Frau Amrein-Troller, von seiner Liegenschaft Hof und Gut Steinbruch in Luzern, der jetzigen „Gletschergarten“-Liegenschaft, eine Parzelle Landes, die heutige Liegenschaft zum „Hopfenkranz“, dem Bernhard Waller, Rechtsvorfahren der Klägerin, Automobil-Aktiengesellschaft Luzern. Dabei wurde vom Verkäufer unter anderm folgendes ausbedungen: „Gegen den Fußweg zum Löwendentmal wird dem Käufer nur gestattet, neun Fuß hoch zu bauen, vom höchsten gegenwärtigen Niveau im nordöstlichen Ecken des verkauften Grundstückes an gemessen, auf 26 Fuß Tiefe d. h. vom Fußweg gegen die Landstraße. Der Käufer verpflichtet sich an der Fassade eine entsprechende Anzahl Fenster und Türen zu machen.“ Zwischen der „Gletschergarten“- und der „Hopfenkranz“-Liegenschaft befand sich damals schon ein Sträßchen, — die heutige Denkmalsstraße —,

das gegen jene nordöstliche Ecke zu anstieg. Längs dieser Straßengrenze bildete die „Hopfenkranz“-Liegenschaft einen Abhang, dessen höchster Punkt in der nordöstlichen Ecke der Liegenschaft an das Niveau des jetzt dort errichteten eisernen Kandelabers für Leitungsdrähte heranreichte. Dieser Abhang wurde später, als man die „Hopfenkranz“-Liegenschaft überbaute, ausgegraben, um Platz für einen Hofraum zu gewinnen, und es mußte infolgedessen längs des Sträßchens eine Stützmauer errichtet werden.

Die Klägerin erwarb durch Kauf vom 14. Dezember 1904 die Liegenschaft „Hopfenkranz“, in der Absicht, auf deren Hofraum eine Autogarage zu errichten. Auf die öffentliche Bekanntmachung des Bauprojektes erhob am 25. Januar 1905 die Beklagte als Eigentümerin des „Gletschergartens“ einen zivilrechtlichen Einspruch, den sie damit begründete, daß „die Größenverhältnisse nicht mit den Bedingungen des Kaufvertrages (sc. vom 12. Mai 1870) übereinstimmen“. Am 10. Februar 1905 erteilte der Stadtrat von Luzern dem Bauprojekte seine Bewilligung unter gewissen baupolizeilichen Vorbehalten und mit der Auflage, vor Beginn der Bauarbeiten die zivilrechtliche Einsprache der Beklagten zu beseitigen. Die Klägerin bemühte sich zunächst, auf gerichtlichem Wege zu einer Verständigung zu gelangen. Sie trug einer Aussetzung der Beklagten hinsichtlich der Tiefe der projektierten Baute durch entsprechende Abänderung der Pläne Rechnung. Die Beklagte scheint aber schon damals auch die Höhe der Baute unter Berufung auf die oben erwähnte Servitutbestimmung bemängelt zu haben, und wie es scheint stritten sich schon damals die Parteien darüber, wo sich der untere Fixpunkt für die Bemessung der zulässigen Maximalhöhe befände. Am 22. Februar 1905 schrieb nämlich die Klägerin der Beklagten: Stadtrat Bernhard Waller, Vorbesitzer des „Hopfenkranz“, gebe des bestimmtesten an, daß die Höhe von dem klägerischerseits bestimmten Fixpunkte aus berechnet werden müsse, d. h. von dem Bodenniveau der nordöstlichen Ecke der Liegenschaft aus, woselbst sich gegenwärtig der erwähnte Kandelaber befindet. Laut vorinstanzlicher Feststellung erkundigte sich darauf die Beklagte vor der Anhängigkeit des nachherigen Rechtsstreits durch ihren Sohn bei Waller und dieser, der später im Prozesse als Zeuge vernommen wurde, erteilte genauen Aufschluß

über die nach seiner Ansicht richtige Höhenbestimmung der Servitut und zwar im Sinne der klägerischen Auffassung. Im weiteren befragte die Beklagte den später als Zeuge abgehörten Heinrich Schriber über die Terrainverhältnisse in den siebenziger Jahren. Ferner wurde der spätere Zeuge Schnyder von einem Herrn, in dem die Vorinstanz den Sohn oder den Berater der Beklagten vermutet, über diese Verhältnisse befragt. Am 1. März 1905 notifizierte die Klägerin der Beklagten, daß diese sich immer noch nicht speziell darüber erklärt habe, welche Ausfegungen sie an dem Bauprojekt mache, und daß sie für allen Schaden, den die Klägerin durch die Baueinsprache erleide und den sie auf täglich 100 Fr. beziffere, verantwortlich sei. Die Beklagte erwiderte am 2. März, unter Bestreitung ihrer Ersatzpflicht, sie halte an dem Baueinspruch fest, weil das Projekt mit ihren Rechten laut Kaufbrief in Widerspruch stehe. Am 17. März fand in der Sache ein Friedensrichtervorstand statt, der erfolglos blieb; der Vorladung zu einem weiteren Vorstand auf den 3. April leistete die Beklagte keine Folge.

2. Am 12. April 1905 reichte die Klägerin gerichtliche Klage ein mit den Begehren: 1. Die Beklagte habe anzuerkennen, daß sie gegen das (hinichtlich der Tiefe abgeänderte) Bauprojekt keine zivilrechtlichen Einspruchsgründe habe, und demnach der Baueinspruch gerichtlich zu beseitigen sei. 2. Sie habe der Klägerin vom Tage des Baueinspruchs an bis zur Rechtskraft des Urteils eine Entschädigung von 100 Fr. per Tag zu bezahlen. Zur Begründung wurde geltend gemacht: Es werde bestritten, daß ein Zivilrecht der Beklagten der Ausführung des Baues entgegenstehe. Die Einspruchsgründe der Beklagten seien der Klägerin nicht bekannt und die Klägerin müsse sich deshalb ihre Einwendungen gegen solche für die Replik vorbehalten. Mit allem Nachdruck werde für die Entschädigungsfrage festgestellt, daß es der Beklagten nur darum zu tun gewesen sei, die Klägerin mit nichtigen Vorwänden hinzuhalten und zu schädigen. Die einzige Ausfegung, die die Beklagte formuliert habe (die betreffend der Tiefe der Baute), sei sofort berücksichtigt worden. In Anschluß daran wird sodann die Entschädigungsforderung näher substantiiert und dabei in rechtlicher Beziehung auf das Baugesetz für die Stadt Luzern, das kantonale bürgerliche Gesetzbuch und die Art. 50 ff. OR verwiesen.

In der Antwort schloß die Beklagte auf Abweisung der Klage. Von einer Verschleppung, führte sie aus, sei keine Rede. Der Einspruch stütze sich einerseits auf die Höhe, anderseits auf die Tiefe des projektierten Gebäudes, in welcher letzterer Hinsicht die Klägerin die Reklamation der Beklagten seither anerkannt habe. Was die Einwendung gegen die Höhe der Baute anbetreffe, so stütze sich die Beklagte auf das beim Kaufe von 1870 bestellte Servitutsrecht. Ohne Zweifel überschreite die projektierte Baute die nach der Servitut zulässige Maximalhöhe, wie ein Augenschein zeigen werde. Da die Beklagte mit ihrer Einsprache nur von einem Rechte Gebrauch mache, fehle jede Grundlage zum Schadenersatz; zudem sei die Klägerin überhaupt nicht geschädigt worden.

In der Replik bestritt die Klägerin unter Festhaltung an ihren Klagebehauptungen die Antwortanbringen und machte dann hauptsächlich geltend, daß der im Kaufvertrag von 1870 erwähnte „nordöstliche Ecken“ sich da befinde, wo jetzt ein eiserner Kandelaber für Leitungsröhre angebracht sei und daß die projektierte Baute, von da aus gemessen, die neun Fuß übersteige. Zum Beweise hierfür berief sie sich auf verschiedene Zeugen, darunter den erwähnten Bernhard Waller. Endlich erklärte sie, sich die Höhe der Entschädigungsforderung auf das sechsfache vorzubehalten, wenn der Prozeß bis zur Hauptfaison nicht erledigt sei.

In Hinsicht auf diese Erklärung reichte die Beklagte eine „nicht-einläßliche Duplik“ ein mit dem Antrage, die Replik aus dem Rechte zu weisen, welchen Antrag das Gericht am 16. Juni 1905 durch Zwischenentscheid als trölerisch verwarf. In der darauffolgenden einläßlichen Duplik machte die Beklagte geltend, daß der Fixpunkt, von dem aus die neun Fuß zu messen seien, sich nicht auf dem Straßenniveau befinde, wo der Kandelaber angebracht sei, sondern, da im Laufe der Zeit dort eine Terrainerhöhung stattgefunden habe, unterhalb dieses Niveaus, und daß in diesem Falle die Höhe der projektierten Baute neun Fuß übersteige. Zum Beweise hierfür berief sie sich auf ein am 4. Juni 1905 verfaßtes Gutachten des Geologieprofessors Dr. A. Heim in Zürich, das im wesentlichen darauf abstellt, daß die Straße, an deren Rande der Kandelaber steht, daselbst künstlich erhöht worden sei.

Am 15. Juni 1905 wurde Bernhard Waller auf dem Wege einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis als Zeuge einver-

nommen. In der Folge verhörte das Gericht im ordentlichen Beweisverfahren eine größere Zahl Zeugen, darunter wiederum Waller, ferner die schon erwähnten Schriber und Schnyder und Prof. Heim. Das Ergebnis dieser Beweiserhebung fiel, wie beide kantonalen Instanzen annehmen, zu Ungunsten der Beklagten aus, nämlich in dem Sinne, daß eine Erhöhung des Niveaus an der fraglichen nordöstlichen Ecke der Hopfenkranzliegenschaft seit der Servitutserichtung nicht stattgefunden habe und daß also die zulässige Höhe von neun Fuß nicht, wie die Beklagte behauptete, von einem Punkte unter dem heutigen Niveau beim Kandelaber aus zu messen sei. Prof. Heim im besondern sprach sich als Zeuge dahin aus, daß die von ihm festgestellte Terrainerhöhung sich schon vor den siebenziger Jahren zugetragen haben könne.

Nach Durchführung dieser Verhöre zog die Beklagte am 10./12. Februar 1906 den Baueinpruch zurück, erklärte aber dabei, daß sie den bisher eingenommenen Rechtsstandpunkt, und namentlich die Bestreitung ihrer Schadenersatzpflicht nicht aufgeben. Da andererseits die Klägerin an ihrem Klagschlusse festhielt, nahm der Prozeß seinen weiteren Fortgang. Er führte zunächst zu einem erstinstanzlichen Urteile vom 17. Mai 1907, wonach das Bezirksgericht Luzern erklärte, daß die Beklagte gegen das Bauprojekt in der abgeänderten Form keine zivilrechtlichen Einspruchsgründe habe, und den Baueinpruch gerichtlich beseitigt, andererseits aber die Entschädigungsforderung des gänzlichen abwies. Letzteres geschah mit der Begründung, die Beklagte habe den Baueinpruch zur Wahrung eines vermeintlichen Rechtes erhoben, ohne dabei in böser Absicht oder fahrlässig zu handeln. Dieses Urteil wurde dann zweitinstanzlich vom Obergericht in der Eingangs erwähnten Weise durch teilweisen Zuspruch der Entschädigungsforderung abgeändert.

3. Soweit die Klägerin ihre Begehren auf das Baugesetz der Stadt Luzern und auf das luzernische Sachenrecht stützt, fehlt dem Bundesgericht die Kompetenz zur Überprüfung des Vorentscheides, der hierüber ausführt, daß das genannte Baugesetz keine Bestimmung über die Haftbarkeit bei unbegründeten Baueinprüchen enthalte und daß die angerufenen sachrechtlichen Vorschriften (§§ 714 ff. BGB) mit dem Inkrafttreten des schweizerischen DR

aufgehoben worden seien. Es fragt sich also nur noch, ob und wie weit die eingeklagte Entschädigungsforderung aus den Art. 50 ff. DR sich rechtfertige.

Mit dieser Forderung verlangt die Rekurrentin Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sein soll, daß die Beklagte auf die öffentliche Bekanntmachung des klägerischen Bauprojektes hin eine, wie sich herausgestellt hat, unbegründete Einsprache erhob und diese Einsprache gerichtlich weiter verfolgte, indem sie dagegen die eingereichte Klage bestritt und die Klägerin zur Durchführung des Prozesses nötigte, so daß die Klägerin während all dieser Zeit an der Ausführung der Baute verhindert und dadurch im Geschäftsbetriebe, dem diese Baute hätte dienen sollen, geschädigt werden sei. Die schädigende Handlung der Beklagten besteht sonach darin, daß diese ein bloß vermeintliches Recht (eine in der behaupteten Weise nicht bestehende Baubefchränkung zu Gunsten ihres Grundstückes) in einem behördlichen Verfahren, nämlich in dem Einsprache- und dem sich daran anschließenden Zivilprozeßverfahren geltend machte. Nach feststehender Praxis nun (s. US 10 S. 575/76 Erw. 4; 14 S. 630/31 Erw. 6; 17 S. 162/63 Erw. 2; 19 S. 442 Erw. 2 u. 3; 21 S. 887/88 Erw. 3 und 25 II S. 101 Erw. 4, Entscheid vom 15. Mai 1908 i. S. Erzer gegen Meier*) liegt in dieser schädigenden Handlung nicht schon allein deshalb, weil das beanspruchte Recht nicht besteht, auch eine unerlaubte Handlung im Sinne der Art. 50 ff. DR, indem jeder Bürger befugt ist, für Ansprüche, die er zu besitzen vermeint, den behördlichen Schutz anzurufen und den Spruch der zuständigen Behörde zu provozieren, und sein Rechtsgegner die ihm dadurch zugefügte Schädigung, abgesehen von den ihm im Verfahren selbst nach den einschlägigen Bestimmungen erwachsenden Kostenersatzansprüchen etc., sich gefallen lassen muß. Wohl aber fällt nach dieser Rechtsprechung die Verfolgung eines unbegründeten Anspruches jedenfalls dann unter die Art. 50 ff., wenn sie in böswilliger oder grobfahrlässiger Weise geschehen ist, und genügt in besondern Fällen auch ein geringeres Maß von Verschulden, wenn nämlich, wie bei Strafflagen oder Arresten, der Schädiger sich sagen mußte, daß sein ungerechtfertigtes Vorgehen

* Oben Nr. 32 S. 279 ff.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

gegen den Gegner dessen Rechtsphäre besonders schwer verletzen könne.

4. Die Vorinstanz nimmt denn auch selbst an, daß die Beklagte, um ersatzpflichtig zu sein, ein Verschulden treffen müsse. Sie hält nun ein solches als durch die Akten ausgewiesen. Hierin liegt indessen eine rechtsirrtümliche Würdigung der Sachlage.

Zunächst ist zu bemerken, daß die Baueinsprache der Beklagten anfänglich objektiv gerechtfertigt war, insoweit es sich nämlich um die Tiefe der projektierten Baute handelt. Erst von dem Zeitpunkte an, als die Klägerin der Reklamation der Beklagten Rechnung trug und in diesem Punkte ihr Projekt entsprechend abänderte, läßt sich fragen, ob die Beklagte schuldhaft handelte, indem sie den erhobenen Einspruch aufrecht hielt.

Die Vorinstanz bejaht das, hauptsächlich mit dem Hinweife darauf, daß die Beklagte vor Beginn des Prozesses bei Personen, die später als Zeugen einvernommen wurden, über die zur Zeit der Servitutserrichtung bestandenen Terrainverhältnisse, die für die Bestimmung der Höhe von neun Fuß maßgebend sind, sich erkundigt und daß sie dabei Auskunft erhalten habe, nach der sie den erhobenen Baueinspruch als unbegründet habe ansehen müssen. Nun kann aber darin, daß sie es trotzdem auf den Prozeß ankommen ließ, ein zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden nicht erblickt werden, sondern hat sie damit noch innerhalb einer berechtigten Wahrung ihrer Interessen gehandelt. Sie brauchte die Aussagen der genannten Personen, selbst wenn sie hinreichend bestimmt waren, nicht ohne weiteres als für sich verbindlich und sie zur Preisgabe ihres vermeintlichen Rechts zwingend anzunehmen, besonders auch nicht die namentlich in Betracht fallende Aussage Wallers, des Rechtsvorfahren der Beklagten und frühern Servitutsverpflichteten. Vielmehr durfte sie verlangen, daß all diese Angaben im richterlichen Beweisverfahren erhärtet und auf ihren Wert geprüft würden, welches Verfahren allein eine objektive und zuverlässige Feststellung des wirklichen Sachverhaltes ermöglichte. Dieser Sachverhalt war für sie auch nicht etwa in klarer, jeden ernsthaften Zweifel ausschließender Weise dargetan. Haben doch auf der fraglichen Seite der Liegenschaft nach der Servitutserrichtung wesentliche Änderungen der Terrainverhältnisse stattgefunden,

infolge deren es dann im Prozesse einer eingehenden Untersuchung bedurfte, um den Zustand, wie er im genannten Zeitpunkte bestand, ganz klar zu legen. Dabei hat sich aus dieser Untersuchung — namentlich durch die Zeugendeposition Boffard — ergeben, daß, wenn die Klägerin darauf abstellte, es habe seit der Begründung der Servitut eine Niveauerhöhung des Terrains stattgefunden, das zwar nicht für die in Betracht kommende nordöstliche Ecke, wohl aber für andere Stellen des Grundstückes zutrifft. Und was diese Ecke anbelangt, so kann sich die Beklagte auf die Ansicht eines Fachmannes in geologischen Fragen, des Prof. Heim berufen, der auch an dieser Stelle eine Terrainerhöhung konstatierte. Diese Erhöhung muß freilich, wie aus den sonstigen Beweisergebnissen zu schließen ist, schon vor der Servitutserrichtung eingetreten sein und ist deshalb für die Lösung der Streitfrage unwesentlich; es läßt das aber die Tatsache unberührt, daß deswegen begründete Unsicherheit darüber obwalten konnte, wie die Bodenverhältnisse an der maßgebenden Stelle und im maßgebenden Zeitpunkte gestaltet waren. Daran ändert auch die Bestimmung im Kaufvertrage von 1870 nichts, wonach bei Überbauung der „Hopsenkranz“-Liegenschaft an der Fassade des Gebäudes gegen die „Gletschergarten“-Liegenschaft eine entsprechende Anzahl Fenster und Türen zu machen seien. Diese Bestimmung lautet nicht hinreichend zwingend, um die erwähnten Momente, die zu Gunsten des Standpunktes der Beklagten sprachen, so zu entkräften, daß sich diese hätte sagen müssen, auch eine geordnete Beweiserhebung im richterlichen Verfahren müsse notwendig gegen sie ausfallen, und den Prozeß aufzunehmen sei leichtfertig und gegenüber dem Prozeßgegner nicht zu verantworten. Bei der Würdigung des Verhaltens der Beklagten ist zudem mit in Betracht zu ziehen, daß es sich für die Beklagte nicht bloß darum handelte, von der derzeitigen Geltendmachung eines allfälligen Rechts abzusehen oder nicht, sondern darum, dem drohenden Verluste desselben durch Erhebung der Baueinsprache und Aufnahme des Prozesses vorzubeugen, ein Grund mehr, um sich zu fragen, ob nicht auch bei anscheinend geringen Chancen auf den richterlichen Entscheid abzustellen sei. Nach all dem kann die Erhebung der Einsprache und die Aufnahme des Prozesses unter den gegebenen Umständen nicht

unter Art. 50 ff. fallen, selbst dann nicht, wenn auch ein gewöhnliches Verschulden, nicht allein grobe Fahrlässigkeit die Beklagte haftbar machen würde. Man hätte gewiß auch, wenn die Beklagte statt im eigenen in fremdem Interesse, z. B. als Vormund hätte handeln müssen, unter den obwaltenden Umständen mit Fug von ihr gefordert, daß sie die Baueinsprache nicht verfäume und sie nicht zurückziehe, bevor die Möglichkeit eines Rechtsverlustes bestimmt ausgeschlossen sei.

5. Im weitern weist die Vorinstanz zu Ungunsten der Beklagten darauf hin, daß diese in der Antwort auf die Klage eine genauere Begründung der Baueinsprache unterlassen und eine solche erst in der Duplik, gestützt auf das inzwischen eingeholte Privatgutachten Heim, gegeben habe, woraus erhelle, daß sie anfänglich gar nicht in der Lage gewesen sei, anzugeben, inwiefern eigentlich das klägerische Bauprojekt gegen ihre Servitut verstoße. Damit wird nicht sowohl die Geltendmachung eines unbegründeten Anspruches als eine unzulässige, die Klägerin schädigende Verschleppung des Verfahrens gerügt. Nun kann es aber der Beklagten zunächst nicht zum Verschulden gereichen, wenn sie nicht von Anfang an in der Lage war, ihren vermeintlichen Anspruch — dessen Geltendmachung als solche nach dem oben gesagten nicht gegen Art. 50 verstößt — genügend zu substantiieren, und wenn sie sich noch im Laufe des Prozesses die dazu nötigen Aufschlüsse und Beweise zu verschaffen versuchte. Sache des kantonalen Richters war es, auf Grund des kantonalen Prozeßrechtes darüber zu verfügen, ob die Beklagte mit ihren nachträglichen Anbringen überhaupt noch zuzulassen sei. Wenn die Klägerin aus böswilliger Verschleppung des Prozesses eine Ersatzforderung aus Art. 50 herleiten wollte, so hätte es ihr vor allem obgelegen, darzutun, daß sie zunächst allfällige Mittel erfolglos ergriffen habe, die ihr das kantonale Prozeßrecht zur Verfügung stellte, um eine solche Verschleppung zu verunmöglichen, und daß es ihr also darum zutun gewesen sei, den drohenden Schaden abzuwenden. Diesen Nachweis hat sie aber nicht unternommen. Aus den Akten ergibt sich denn auch einzig, daß die Klägerin jeweilen Verzögerungen von Vorlehen der Beklagten gerügt, im übrigen aber deren Prozeßführung sich hat gefallen lassen. Und der Richter hat, soweit aus

dem Verhandlungsprotokoll ersichtlich, das Verhalten der Beklagten nur einmal als irrtümlich qualifiziert, nämlich bei der nebensächlichen Episode der Erhebung einer Uneinlänglichkeitsrede im Juni 1905, und auch damals ohne der Klägerin die von der Beklagten behauptete Schädigungsabsicht zur Last zu legen.

Die gleichen Gründe gelten entsprechend für die Behauptung der Klägerin, sie sei auch nach dem Rückzuge der Baueinsprache außer Stande gewesen, den Bau zu beginnen, da eine noch unerledigte Expertenfrage der Beklagten die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes hinsichtlich einer auf der Liegenschaft befindlichen Regelbahn erfordert habe. Die Vorinstanz erklärt hier zutreffend im Sinne obiger Erwägungen: die Klägerin habe diesen Punkt nicht nach dem Rückzug der Baueinsprache, sondern viel später erst zur Sprache gebracht und sie hätte von Anfang an den bestehenden Zustand durch Beweis zum ewigen Gedächtnis festlegen lassen können und sollen, wodurch dann das der Ausführung des Baues noch entgegenstehende Hindernis beseitigt worden wäre.

6. Nach all dem ist die Berufung der Klägerin abzuweisen, die der Beklagten dagegen gutzuheißen und damit die Klage, soweit sie nicht durch den Rückzug des Baueinspruches erledigt ist, zu verwerfen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen, die der Beklagten gutgeheißen und damit die eingeklagte Schadenersatzforderung gänzlich abgewiesen.