

„1. Der Beklagte habe an die Klägerin 2197 Fr. 20 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 1906 zu bezahlen.
 „2. Mit ihren abweichenden Begehren seien die Parteien abgewiesen.“

B. — Gegen dieses den Parteien am 2. August 1912 zugestellte Urteil hat der Beklagte und Widerkläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

„1. Die Klage sei abzuweisen, eventuell:
 „2. Die Widerbeklagte habe an den Widerkläger zu bezahlen 726 Fr. und sei der Widerkläger berechtigt, diesen Betrag mit der Forderung der Klägerin zu verrechnen.“

Ferner hat der Beklagte in der „Berufungsbegründung“ eventuell Reduktion der klägerischen Forderung auf 760 Fr. 86 Cts. beantragt.

C. — Die Klägerin und Widerbeklagte hat in ihrer Antwortschrift beantragt, es sei die Berufung in allen Teilen abzuweisen.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung in Beziehung auf die Widerklage nicht eingetreten.

Aus den Motiven:

1. — Die Klägerin verkaufte dem Beklagten mit Vertrag vom 1. November 1902 das von ihrem verstorbenen Ehemann betriebene Maßgeschäft für 4036 Fr. 20 Cts. Vom Kaufpreis waren 1200 Fr. sofort und der Rest in vierteljährlichen Raten von je zirka 350 Fr. zahlbar. Der Beklagte bezahlte die 1200 Fr. und leistete drei weitere Anzahlungen von je 100 Fr. Die Restanz von 2536 Fr. 20 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. November 1906 bildet den Gegenstand der vorliegenden Klage. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, ohne die Schuld an sich zu bestreiten. Dagegen erhob er Widerklage auf Bezahlung von 1680 Fr. durch die Klägerin und verlangte eventuell, es sei dieser Betrag mit der Forderung der Klägerin zu verrechnen.

2. — Der Streitwert erreicht nur bei der Hauptklage den Betrag von 2000 Fr. Die Berufung ist daher hinsichtlich der Widerklage nur zulässig, wenn die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche einander ausschließen (Art. 60 Abs. 3 D.G.). Diese Voraussetzung trifft nicht zu. Während die Klägerin mit der Hauptklage Erfüllung des Kaufvertrages vom 1. November 1902

verlangt, indem sie als Verkäuferin vom Beklagten Bezahlung der Kaufpreisrestanz fordert, beruht der vom Beklagten mit der Widerklage erhobene Anspruch auf der beim Kaufabschluss mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung, daß letztere beim Beklagten wohnen dürfe und ihm als Entgelt die Kost verabreichen und den Haushalt besorgen solle. Diese Vereinbarung wurde im März 1905, beim Umzug des Beklagten in eine andere Wohnung, erneuert und angeblich dahin ergänzt, daß der Beklagte der Klägerin gestattet, sich in ihrer freien Zeit in seinem Geschäfte zu betätigen. Der Beklagte behauptet nun, daß die Klägerin sich der Geschäftskasse bedient habe, um verschiedene Auslagen für den Haushalt zu bestreiten und daß sie Zahlungen an den Beklagten, namentlich Zinse von Untermietern, einkassiert und ihm nicht abgeliefert habe. Sie sei ihm aus diesem Titel im Ganzen 1680 Fr. nebst Zins seit dem 6. November 1911 schuldig geworden, welche Forderung der Widerkläger vor Bundesgericht auf 726 Fr. reduziert hat. Die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche beruhen danach auf verschiedenen Rechtsgeschäften, wenn auch der Kauf und die der Widerklage zu Grunde liegende Vereinbarung in der Hauptsache gleichzeitig abgeschlossen wurden. Die Widerklage kann denn auch gutgeheißen oder abgewiesen werden, ohne vom Schicksal der Hauptklage abhängig zu sein, und umgekehrt, d. h. die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche „schließen einander nicht aus“.

117. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1912 in Sachen Feuerlein, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Meyer, Bekl. u. Ber.:Bekl.

Inkompetenz des Bundesgerichts zur Ueberprüfung eines Urteils, in welchem der Inhalt einer, allerdings unter dem neuen Recht fortbestehenden Servitut auf Grund des unter dem alten Recht erfolgten Servitutbestellungsaktes festgestellt wird.

A. — Die Klägerin und Berufungsklägerin ist Eigentümerin der Parzelle Nr. 132 mit Haus Nr. 713 an der Brandschenkestraße in Zürich I, der Beklagte und Berufungsbeklagte dagegen

(seit 1910) Eigentümer der an Nr. 132 anstoßenden Parzelle 131 mit Haus Nr. 714, ebenfalls an der Brandschentenstraße gelegen. Beide Parzellen bildeten ursprünglich zusammen mit der heutigen Parzelle Nr. 133, auf der das Haus Nr. 719 (Eckhaus Brandschentenstraße und Flibergasse) steht, eine einzige Liegenschaft. Bei der im Jahre 1863 erfolgten Zerlegung dieser Liegenschaft in drei Parzellen wurde zu Gunsten der Parzellen 131 und 132 ein Durchgangrecht durch das Haus Nr. 719 und, im Zusammenhang damit, zu Gunsten der Parzelle 131 auch ein Durchgangrecht durch die Parzelle 132 konstituiert. Dieses letztere Durchgangrecht wurde in einem, die Parzelle 132 betreffenden Kaufbrief vom 12. August 1887 wie folgt umschrieben:

„Der Eigentümer des Hauses Affel. Nr. 714 und des dazugehörigen Ausgeländes hat über das Ausgelände von Affel. Nr. 713 in der Richtung gegen das Haus Affel. Nr. 719 einen 3 m (10') breiten Weg zum Fahren, Tragen und Gehen nach dem Punkte f in dem dem Teilungsvertrage vom 12. Juni 1863 zu Grunde liegenden Plane zu benützen.“

Seit dem Jahre 1910, d. h. seit das Haus Nr. 714 dem Beklagten gehört, wird im Erdgeschoß dieses Hauses, das bis dahin nur als Wohnhaus benutzt worden war, in drei Räumen (Bureau, Magazin und Packraum) ein Seidengeschäft betrieben. Die übrigen im Parterre befindlichen Lokalitäten sind an die Firma Werner & Merz vermietet, die sich speziell mit dem Vertrieb der Schuhcreme „Erdal“ befaßt. Infolgedessen wird der über die Parzelle 132 gegen das Haus 719 führende Weg seit dem Jahre 1910, außer für die Bedürfnisse der Bewohner des Hauses 714, auch für die Bedürfnisse der beiden im Erdgeschoß befindlichen Geschäfte benutzt.

B. — Durch Urteil vom 4. März 1912 hat das Bezirksgericht Zürich auf das von der Klägerin gestellte Rechtsbegehren: „Ist nicht festzustellen, daß dem Beklagten als Eigentümer des Grundstückes Kat. 131 und des darauf befindlichen Hauses Affel. Nr. 714 die über das Ausgelände des Grundstückes der Kläger (Kat. Nr. 132 Affel. Nr. 713) eingeräumte Servitut nur das Recht gibt, zum Herbei- und Wegschaffen der für die Privatbedürfnisse der den Bewohnern des Hauses dienenden Gegenstände,

„dagegen nicht zu dem aus einem Geschäftsbetrieb sich ergebenden „Transport von Handelswaren?“

erkannt:

„Die Klage wird abgewiesen.“

Dieses Urteil beruht auf der Erwägung, daß zwar das herrschende Grundstück zur Zeit der Errichtung der Servitut ein Wohngebäude gewesen sei, daß es jedoch diesen Charakter im wesentlichen auch heute noch habe und daher keine „durch eine Wesensveränderung herbeigeführte veränderte Benutzung der herrschenden Liegenschaft“ vorliege. Deshalb sei § 259 des zürch. Privatrechtl.-Gesetzbuches auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

C. — Infolge einer von der Klägerin gegen dieses Urteil eingelegten Appellation erkannte am 13. Juli 1912 die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich ebenfalls auf Abweisung der Klage, jedoch mit folgender Begründung:

Nach Art. 17 Abs. 2 der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum ZGB sei der vorliegende Fall auf Grund des neuen Rechts, speziell der Art. 738 und 739 ZGB zu beurteilen. Doch ändere dies an der Sache nichts; die von der Vorinstanz angeführten Gründe verlorren nichts an Bedeutung. Nur fasse das Bezirksgericht den Charakter des Hauses des Beklagten „ausschließlich als Wohnhaus“ doch etwas zu enge auf; denn die Benutzung der Räumlichkeiten des Hauses „wenigstens im Erdgeschoße als Bureau und kleinere Magazine“ sei von Anfang an gewiß nicht ausgeschlossen gewesen, und es sei daher bei der allgemeinen Fassung der Servitut („Wegrecht zum Fahren, Tragen und Gehen“) eine Ausübung, wie sie jetzt von der Klägerin angefochten werde, nicht unzulässig. Von diesem Standpunkt aus komme die Entrichtung einer Entschädigung für Erweiterung des dinglichen Rechtes „nicht mehr in Frage“, und es sei daher „ein weiteres Beweisverfahren (Eidnahme von Zeugen, Augenschein)“ nicht nötig.

D. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Klägerin, mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache zum Zwecke der Aktenvervollständigung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Das in Art. 56 OG für die Berufung an das Bundesgericht aufgestellte Requirat, daß es sich um eine solche Zivilrechtsstreitigkeit handeln müsse, welche von den kantonalen Gerichten „unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden“ ist oder „nach solchen Gesetzen zu entscheiden“ war, ist im vorliegenden Falle nicht erfüllt. Zwar erklärt die Vorinstanz in ihren Erwägungen: nach Art. 17 Abs. 2 Schl. ZGB kämen nicht die Bestimmungen des bisherigen, sondern diejenigen des neuen Rechts, speziell die Art. 738 und 739 ZGB zur Anwendung, und es hat somit den Anschein, als ob das angefochtene Urteil auf der Anwendung des neuen Rechts beruhe. In diesem Falle müßte nach Art. 79 Abs. 2 OG verfahren werden, da ja nach Art. 1 Abs. 1 Schl. ZGB die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 1912 ereignet haben, auch nach diesem Zeitpunkt noch unter Anwendung des alten Rechts zu beurteilen sind, im vorliegenden Falle aber ausschließlich solche Tatsachen in Betracht kommen, die sich vor 1912 ereignet haben (Konstituierung der Servitut im Jahre 1863, Umschreibung ihres Inhalts im Jahre 1887, Veränderung der Benutzungsweise des Hauses Nr. 714 im Jahre 1910). Damit stimmen denn auch die Art. 17 Abs. 1 und 21 Schl. überein, während der von der Vorinstanz zitierte Art. 17 Abs. 2 nur da Platz greift, wo das Gesetz den Inhalt eines dinglichen Rechtes unabhängig vom Willen der Beteiligten (vergl. Art. 3 Schl.) oder entgegen diesem Willen (vergl. Art. 2 Schl.) umschreibt. Indessen hat jene Bemerkung der Vorinstanz über die Anwendbarkeit des neuen Rechts hier nicht zur tatsächlichen Anwendung der Art. 738 und 739 ZGB geführt; denn in dem darauffolgenden Satze stellt das Gericht ausdrücklich fest, daß die streitige Servitut von Anfang an auch auf die „Benutzung der Räumlichkeiten des Hauses wenigstens im Erdgeschoße als Bureau und kleinere Magazine“ Bezug hatte und daß daher „eine Ausübung wie sie jetzt von der Klägerin angefochten wird“ von Anfang an zulässig war. Hierin liegt eine Auslegung des im Jahre 1863 erfolgten Servitutbestellungsaktes, die als solche naturgemäß nicht auf der Anwendung des schweizerischen Zivilgesetzbuches beruht, sondern auf derjenigen des

bisherigen kantonalen Rechts, und daher der Überprüfung des Bundesgerichts nicht unterliegt. Jene Bemerkung über die Anwendbarkeit der Art. 738 und 739 ZGB qualifiziert sich somit lediglich als eine, mit dem Urteilsdispositiv in keiner kausalen Verbindung stehende gelegentliche Meinungsäußerung, die für die Beurteilung der Kompetenz des Bundesgerichts nicht in Betracht kommen kann. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß die Vorinstanz, gestützt auf das bisherige kantonale Recht, schon den im Jahre 1863 erfolgten Servitutbestellungsakt in einer Weise auslegt, die zur Abweisung der Klage führen mußte und auch tatsächlich dazu geführt hat. Masdann aber ist klar, daß das angefochtene Urteil, weil es ausschließlich auf der Anwendung kantonalen Rechts beruht, und weil auf die darin entschiedene Frage auch nur das kantonale Recht anwendbar war, der Überprüfung des Bundesgerichts nicht unterliegt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

118. Arrêt de la II^e section civile du 7 novembre 1912
dans la cause veuve Baumgartner, déf. et rec., c. Demierre,
dem. et int.

L'art. 24 CO est une règle établie dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs (Art. 2 titre final CCS). — La rescision pour cause de lésion d'outré moitié d'une vente immobilière conclue sous l'empire de l'ancien droit se juge d'après le droit cantonal, l'admission de cette cause de rescision n'étant pas contraire à l'ordre public et aux mœurs. — L'art. 18 titre final CCS a trait aux droits réels à constituer et non à la validité des droits réels déjà constitués sous l'empire de l'ancien droit.

Par acte du 27 janvier 1910, Catherine Demierre, âgée de 69 ans, a vendu à sa sœur, dame veuve Baumgartner, des immeubles d'une contenance d'environ 19 poses taxés au cadastre 23 434 fr. L'acte de vente porte que la vente est