

eingetreten ist, ob die in Schupfart vollzogene Versteigerung den Vorschriften des Art. 229 OR, speziell des Art. 230, entsprochen habe, so konnte das nur in der Meinung geschehen sein, dass sie als ergänzendes kantonales Recht Anwendung finden, nicht aber in dem Sinne, dass sie unmittelbar kraft eidgenössischen Gesetzes Platz greifen.

3. — Kommt also für die Beurteilung des ersten Rechtsbegehrens ausschliesslich kantonales Recht zur Anwendung, so trifft das, aus den gleichen Gründen, auch für die Rechtsbegehren 2 und 3 der Klage zu.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Juni 1915

i. S. St. Gallische Kantonalbank, Klägerin, gegen Kuhn und Genossen, Beklagte.

1. Das intertemporale Recht des SchlT ZGB bezieht sich nur auf das Privat- und nicht auf das öffentliche Recht.
- 2. Auslegung der Art. 3, 4, 26 und 33 SchlT ZGB.

A. — Am 13. September 1909 erkannte der Gemeinderat von Buchs, dem die Beklagten angehörten, zu Gunsten der Klägerin einen Pfandbrief von 26,000 Fr. auf die Glockengiesserei nebst Kohlenmagazin und Hofstatt der Firma Max Grensing & Söhne in Buchs. Nach Art. 8 des st. galler Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 26. Januar 1832 ist der Pfandbrief eine Verschreibung auf doppeltes Unterpfand, d. h. es muss dabei der Wert des Unterpfandes das Doppelte der Kapitalsumme erreichen. Der Pfandbrief wird durch Erkenntnis des Gemeinderates auf Grund eines von zwei Gemeinderats-

mitgliedern und dem Gemeinderatsschreiber aufgestellten « Kopeientwurfes » begründet. Dieser Entwurf enthält eine Beschreibung über das Mass des Flächeninhaltes des Unterpfandes, die darauf haftenden Rechte und Beschwerden, sowie eine eidliche Schätzung über den Wert des Grundstückes, wie er aus dem Verkehr mit Gütern oder ihrem Ertrag in der Gemeinde ausgemittelt werden kann. Nach Art. 24 des Gesetzes ist der Gemeinderat für den Schaden, der aus der Nichtbefolgung der gesetzlichen Vorschriften über die Errichtung der « Kopeien » entsteht, verantwortlich. Gemäss Art. 25 haftet er für das verschriebene Kapital, bedeutende Beschädigung durch Naturereignisse ausgenommen, von dem Tage der Erkenntnis eines auf doppeltes Unterpfand erkannten Pfandbriefes vier Jahre lang mit und neben den Schätzern, die, wenn der Gemeinderat die Schätzungssumme nicht erhöht hat, in zweifacher Eigenschaft, nämlich als Schätzer und Gemeinderäte, zu befassen sind. Nachdem die Klägerin den am 13. September 1909 erkannten Pfandbrief am 13. September 1912 gekündet und am 14. Juli 1913 gegen die Hypothekarschuldnerin Betreibung auf Grundpfandverwertung eingeleitet hatte, wurde über die Hypothekarschuldnerin der Konkurs eröffnet, in welchem sich am 15. Juni 1914 bei der Verwertung der Pfandobjekte für die Klägerin ein Kapitalausfall von 7261 Fr. ergab. Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin gestützt auf Art. 25 des st. galler Gesetzes über das Hypothekarwesen von den Beklagten Ersatz dieses Betrages nebst Zins zu 5 % seit 26. Juni 1914. Die Beklagten haben auf Abweisung der Klage geschlossen. Sie bestreiten ihre Haftung aus Art. 25 leg. cit. in erster Linie mit Hinweis darauf, dass durch Art. 237 Ziff. 26 und Art. 209 des st. galler Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch das st. galler Gesetz über das Hypothekarwesen aufgehoben und die alten Pfandbriefe den Schuldbriefen des neuen Rechts gleichgestellt worden seien; überdies berufen sie sich auf

Art. 3 und Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB. Materiell stellen sie die Voraussetzungen ihrer Haftung in Abrede, weil der von der Klägerin geltend gemachte Schaden erst nach Ablauf der gesetzlichen Haftungsfrist von vier Jahren entstanden sei.

B. — Durch Urteil vom 16. Februar 1915 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen die Klage gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin zugleich mit der (inzwischen abgewiesenen) Nichtigkeitsbeschwerde an das kantonale Kassationsgericht die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen, die Klage sei gutzuheissen, eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. — Die Beklagten haben auf Abweisung der Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Ob die Beklagten für ihre Tätigkeit als Mitglieder des Gemeinderates, bezw. als vom Gemeinderat ernannte Schätzer zu haften haben, ist eine Frage des kantonalen öffentlichen Rechts. Daran ändert der Umstand nichts, dass diese Haftung im vorliegenden Fall im Gesetz über das Hypothekarwesen festgelegt ist, das in der Hauptsache privatrechtliche Verhältnisse regelt. Das Bundesgericht ist daher zur Entscheidung des Hauptberufungsbegehrens auf Gutheissung der Klage nicht zuständig.

2. — Dagegen fragt es sich, ob die Vorinstanz mit Recht eidgenössisches Recht angewendet habe, oder ob die Sache, als eine ausschliesslich nach kantonalem Recht zu beurteilende, gemäss Art. 79 Abs. 2 OG an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Diese Frage ist im letztern Sinne zu beantworten. Die Haftung der Fertigungsbehörde für die pfandversicherte Forderung ist ihrer rechtlichen Natur nach kein Bestandteil der privatrecht-

lichen Ordnung des Pfandrechts unter den Pfandparteien, sondern eine Vorschrift des kantonalen öffentlichen Beamtenrechts. Auf solche Bestimmungen ist aber das intertemporale Recht des SchlT ZGB, das sich einzig auf das Privatrecht bezieht, nicht anwendbar. Das öffentliche Recht kann in Bezug auf die Frage der zeitlichen Rechtsanwendung besonderen Grundsätzen folgen, die mit den für das Privatrecht geltenden Normen nicht übereinzustimmen brauchen. Uebrigens werden die Kantone nach Art. 6 ZGB in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Zu diesen öffentlich-rechtlichen Befugnissen gehört auch das den Kantonen gemäss Art. 843 ZGB vorbehaltene Recht, für die Errichtung von Schuldbriefen eine amtliche Schätzung vorzusehen, wozu auch die Befugnis zu zählen ist, eine Haftung der Schätzungsbehörde zu statuieren. Wo das ZGB dem kantonalen Recht solchermassen bestimmte Rechtsgebiete vorbehält, können aber in Bezug auf sie die eidgenössischen zeitlichen Rechtsanwendungsnormen nicht Platz greifen (vergl. im gleichen Sinne, was die intertemporalen Regeln des BGB in ihrer Beziehung zu dem den einzelstaatlichen Ausführungsgesetzen vorbehaltenen Recht anbelangt, HABICHT, Einwirkung des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 30). In solchen Vorbehaltsgebieten hat vielmehr das kantonale Recht die zeitliche Rechtsanwendung souverän zu bestimmen, da hier ein Konflikt zwischen altem kantonalem und neuem eidgenössischem Recht nicht entstehen kann, sondern höchstens ein solcher zwischen altem und neuem kantonalem Recht, der sich nicht nach dem ZGB beurteilt. Ob Art. 25 des st. gallischen Gesetzes über das Hypothekarwesen auf den vorliegenden Tatbestand zutrefte, muss daher der kantonale Richter nach seinem eigenen öffentlichen Recht, eventuell durch Ergänzung desselben aus andern ihm zur Verfügung stehenden Rechtsquellen entscheiden. Da im vorliegenden Falle

nicht anzunehmen ist, dass etwa das eidgenössische intertemporale Recht von der Vorinstanz als kantonales Recht angewendet worden sei, ist daher die Sache zu neuer Entscheidung gemäss Art. 79 Abs. 2 OG an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

3. — Wenn aber auch auf den vorliegenden Fall von Beamtenhaftung das eidgenössische intertemporale Recht angewendet werden wollte, so würde dieses doch nicht zur Anwendung des neuen Rechts führen können. Gemäss Art. 3 SchlT ZGB sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten des ZGB nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Nach der eigenen Feststellung der Vorinstanz kennt aber das neue Recht eine dem Art. 25 des st. galler Hypothekarwesen entsprechende Bestimmung nicht mehr. Es handelt sich daher im vorliegenden Fall nicht um einen verschiedenen Inhalt der Haftung des Gemeinderates nach altem und neuem Recht, sondern um die Frage, ob die Haftung nach allen ihren Tatbestandsmerkmalen schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sei, in welchem Falle auch das neue Recht, das sie unter seiner Herrschaft nicht mehr entstehen lässt, nicht zur Anwendung kommen würde. Wäre die Haftung aus Art. 25 des st. galler Hypothekargesetzes als eine Schadenersatzverbindlichkeit aus verletzter Amtspflicht zu betrachten, so könnte fraglich erscheinen, ob sie sich nach dem zur Zeit des schädigenden Erfolges (hier des Ausfalls des Pfandbriefes) oder der Amtspflichtsverletzung (der unrichtigen Schätzung) geltenden Recht beurteile (vergl. im erstern Sinne KUHLENBECK, Komm. zu Art. 170 EG zum BGB, Anm. V; im letztern Sinne HABICHT, a. a. O. S. 170 und AFFOLTER, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechtes, S. 302). Art. 25 des st. galler Hypothekargesetzes lässt nun aber die Schuldpflicht des

Gemeinderates schon mit dem Tage der Erkenntnis des Pfandrechtes entstehen; ebenso haftet der Gemeinderat nach der Auslegung des Kantonsgerichts selber sofort für das ganze Kapital wie ein Bürge, zwar hinter dem Unterpand und dem sonstigen Vermögen des Schuldners, aber nicht erst mit dem Eintritt des Schadens. Fällt aber der ganze Entstehungstatbestand einer (wenn auch nur bedingten) Obligation unter das alte Recht, so kann das neue Recht, das zur Zeit des Eintrittes der Bedingung gilt (hier des Ausfalles des Pfandbriefes, für den der Gemeinderat haftet), an der Existenz der Schuldverpflichtung nichts mehr ändern. Andererseits trifft auch Art. 4 SchlT ZGB auf solche bereits existente, wenn auch noch bedingte Verbindlichkeiten nicht zu; Art. 4 hat vielmehr einzig die beschränkte Anzahl von Fällen im Auge, wo eine Tatsache unter dem alten Recht noch keinen Rechtsanspruch, sondern nur eine Hoffnung auf den Erwerb eines Rechtsanspruches begründet hat (vergl. PRAXIS I S. 333; GIESKER-ZELLER, Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. 34 S. 66 f. und die dort in Anmerkung 121 zitierte Literatur). Was sodann den von den Beklagten überdies noch angerufenen Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB anbelangt, so bezieht er sich nur auf die Rechte und Pflichten der Pfandparteien, während es sich hier um eine Frage des öffentlichen Beamtenhaftungsrechtes handelt. Ebenso wird durch Art. 33 SchlT ZGB in Verbindung mit Art. 209 des st. galler EG zum ZGB dem Grundsatz des Art. 1 SchlT ZGB, wonach die vor dem 1. Januar 1912 eingetretenen Tatsachen hinsichtlich ihrer Wirkungen dem bisherigen Recht unterstehen, nicht derogiert, denn die Gleichstellung des alten kantonalen Pfandbriefes mit dem Schuldbrief des neuen Rechts kann, entsprechend dem rechtlichen Charakter der kantonalen Einführungsgesetze, nur für die Zukunft massgebend sein (vergl. PRAXIS II S. 57). Aus dem gleichen Grund versagt schliesslich auch die Berufung auf die

allgemeine Derogationsklausel des Art. 237 Ziff. 26 des kantonalen EG zum ZGB, durch welche das ganze st. galler Hypothekengesetz aufgehoben worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :

Das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 16. Februar 1915 wird aufgehoben und die Sache gemäss Art. 79 Abs. 2 OG zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

51. Arrêt de la 1^{re} section civile du 25 juin 1915
dans la cause **Dufaux** contre **Pictet et Zahar**.

OJF art. 56 et 57. — Recours en réforme interjeté au sujet de la régularité de la constitution d'un tribunal arbitral. — Non entrée en matière.

A. — Le 27 août 1903, un contrat de société a été signé entre le demandeur et recourant Charles Dufaux fils, domicilié actuellement à Genève, Lucien Pictet, également à Genève, et J.-A. Zahar, au Caire, ces deux derniers défendeurs et intimés. Ce contrat renfermait en particulier la clause ci-après : « En cas de contestations, » ... elles seront tranchées souverainement et sans appel » par trois arbitres nommés d'un commun accord entre » les parties, sinon par le Tribunal de première instance » de Genève. »

B. — Le 11 février 1907, les parties en cause, après avoir décidé la dissolution de la Société, ont désigné d'un commun accord comme liquidateur M. M. Herren....

C. — Le 29 avril 1909, M. M. Herren a déposé son rapport de liquidateur. Celui-ci n'ayant pas été approuvé par les parties, un tribunal arbitral fut désigné par elles le 29 juillet 1909.....

D. — La sentence rendue par ce tribunal arbitral a été

déposée le 27 juin 1910.... Par jugement du 15 février 1913, la Cour de Justice civile a déclaré cette sentence nulle et sans effet.

Le défendeur Pictet a fait alors procéder, d'entente avec son ex-associé Zahar, à la constitution d'un nouveau tribunal arbitral... Dufaux a interjeté appel contre cette décision, que la Cour de Justice civile a toutefois confirmée par arrêt rendu par défaut le 22 janvier 1915, et auquel Dufaux a fait opposition en date du 17 février 1915.

E. — Par arrêt du 30 avril 1915, la Cour de Justice civile a... « confirmé en tant que de besoin le jugement dont était appel », en mettant les dépens à la charge de l'appelant et en le déboutant de toutes autres conclusions.

F. — ... Recours en réforme au Tribunal fédéral.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

L'objet du litige que le recourant voudrait soumettre au Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme, porte sur la question de savoir si le tribunal arbitral désigné par le Tribunal de première instance de Genève par jugement du 13 juillet 1914 a été régulièrement et légalement constitué. Cette question est cependant soumise exclusivement au droit public cantonal, de sorte que le Tribunal fédéral est incompétent en la cause en vertu des art. 56 et 57 OJF et ne peut entrer en matière sur le recours. Il ne saurait en particulier rechercher si c'est à bon droit que le recourant prétend que les conditions prévues par le compromis arbitral passé entre parties n'existent pas en l'espèce ou n'ont pas été observées. En effet, le compromis arbitral rentre, comme le Tribunal fédéral l'a admis dans la cause Jörg c. Jörg du 28 mai 1915, par sa nature même dans le droit public et est en conséquence régi non par le droit fédéral, mais par le droit cantonal.