

générale de la doctrine (voir FLEINER : Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 3<sup>me</sup> édition, § 18, en particulier p. 300 à 305), soit à la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral (voir 41 I, p. 249 et suiv. et 42 I, p. 184) d'admettre que, du moins dans la très grande majorité des cas, de tels établissements ne constituent pas des exploitations industrielles ordinaires soumises au droit civil, mais que ce sont des branches de l'administration publique poursuivant un but d'utilité générale et que, à ce titre, elles sont soumises au droit public. Si le demandeur entendait dénier ce caractère au service électrique de la Commune de Fleurier, il lui aurait appartenu de prouver ou tout au moins d'alléguer qu'on se trouve en présence du cas tout à fait exceptionnel où la Commune exploite un établissement industriel dans un but purement lucratif sans avoir en vue, principalement ni même accessoirement, l'intérêt de la collectivité. Or il n'a pas même tenté cette démonstration. On est donc fondé à admettre que c'est en faveur d'une institution publique et par conséquent « dans l'intérêt public » que la restriction dont il s'agit a été apportée à la propriété du demandeur — d'où il suit, ainsi qu'on l'a dit ci-dessus, que les contestations relatives à cette servitude de droit public échappent à la compétence du juge civil. Celui-ci ne saurait évidemment rechercher ni si elle est conforme au droit public cantonal (ce que conteste le recourant en prétendant que le Règlement communal va au delà de ce qui est autorisé par la loi cantonale sur la police des constructions), ni si elle est compatible avec le droit public fédéral (lois fédérales sur l'expropriation et sur les installations électriques à faible et à fort courant), ni si elle implique la violation de droits constitutionnels du demandeur, ni enfin si elle se heurte à une convention de droit privé — ce qui paraît d'ailleurs exclu, vu l'art. 680, al. 3 CCS. Sur tous ces points — qui sont les seuls sur lesquels porte le recours — le Tribunal fédéral,

comme instance de droit civil, doit se déclarer incompetent. Au plus pourrait-on se demander si, en ce qui concerne la demande d'indemnité — sur laquelle le juge de droit public ne peut statuer —, la cause devrait être suspendue jusqu'à la solution de la contestation de droit public relative à la validité de la servitude. Mais le recourant lui-même n'attache à cette conclusion que la valeur d'un corollaire de la demande principale et il n'y a donc pas lieu de la réserver pour l'examiner séparément.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours en réforme.

## 72. Urteil des II. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1917

i. S. Renggli, Kläger, gegen Bloch, Beklagter.

Art. 58 Abs. 2 OG; kein Haupturteil, wenn nur über eine prozessuale Frage des Vollstreckungsrechts entschieden, der materiellrechtliche Bestand des geltend gemachten Anspruchs dagegen nicht berührt worden ist.

A. — Laut Vertrag vom 2. Februar 1915 trat Josef Bloch dem Emanuel Fisch, Holzhändler in Zürich, zwei Schuldbriefe, der eine von 12,413 Fr. 95 Cts. vom 18. Oktober 1912, der andere von 10,300 Fr. vom 23. November 1914, ab, welche auf dem dem Emanuel Fisch gehörenden, noch unvollendeten Haus Nr. 335 an der Hohlstrasse in Zürich lasteten. Als Gegenwert für den Schuldbrief von 12,413 Fr. 95 Cts. hatte Fisch an Josef Bloch oder dessen Rechtsnachfolger Holz zu liefern. Für den Fall, dass es dem Fisch nicht möglich sein sollte, dem Bloch für den Gesamtbetrag dieses Schuldbriefes Holz zu beschaffen, verpflichtete sich der

heutige Kläger, der überdies auf Rechnung des Fisch dem Bloch auch für den Schuldbrief von 10,300 Fr. Holz zu liefern hatte, die Holzlieferungen des Fisch zu vervollständigen. Die beiden Schuldbriefe sollten dem Fisch erst nach Lieferung des Holzes, die bis zum 8. Februar 1915 zu erfolgen hatte, ausgehändigt und unterdessen bei der Volksbank Wollhusen deponiert werden. Am 1. Februar 1916 verkaufte Fisch laut öffentlich beurkundetem und im Grundbuch eingetragenen Vertrag sein an der Hohlstrasse in Zürich gelegenes Wohnhaus dem Kläger, unter Ueberbindung der darauf lastenden Schuldbriefe, insbesondere desjenigen von 12,413 Fr. 95 Cts., der im Kaufvertrag als dem Kläger selbst gehörend bezeichnet wurde. Am 16. Februar 1916 leitete der heutige Beklagte, der, offenbar als Zedent des Josef Bloch, das Eigentum am Schuldbrief von 12,413 Fr. 95 Cts. für sich in Anspruch nahm, für diese Forderung nebst Zins Betreibung gegen Fisch auf Grundpfandverwertung ein, wogegen Fisch keinen Rechtsvorschlag erhob. Nachdem am 9. März 1916 über Fisch der Konkurs eröffnet worden war, stellte der Beklagte am 4. September 1916 das Verwertungsbegehren und bezeichnete dabei den Kläger als Dritteigentümer des Unterpandes. Das Betreibungsamt stellte deshalb dem Kläger am 7. September 1916 eine Ausfertigung des vom Beklagten gegen Fisch erlassenen Zahlungsbefehls zu. Da auch der Kläger keinen Rechtsvorschlag erhob, schritt das Betreibungsamt, nachdem es am 29. September dem Fisch und dem Kläger vom Verwertungsbegehren Kenntnis gegeben hatte, zur Aufstellung des Lastenverzeichnisses, in welchem im 5. Rang 12,413 Fr. 95 Cts. « Kapital laut Schuldbrief d. d. 18. Oktober 1912 dem Fritz Renggli bezw. dem Robert Bloch in Zürich » nebst Zinsen und Betreibungskosten figurieren. Dass der Schuldbrief von 12,413 Fr. 95 Cts. als dem Kläger bezw. dem Beklagten gehörig bezeichnet wurde, ist darauf zurückzuführen, dass im Grundbuch

in Uebereinstimmung mit dem Kaufvertrag vom 1. Februar 1916 der Kläger als Eigentümer des Titels genannt worden war, während der Beklagte die gleiche Schuldbriefforderung als ihm zustehend angemeldet hatte. Innert Frist bestritt der Beklagte das Lastenverzeichnis in dem Sinn, dass er den auf den Kläger lautenden Titel nicht anerkannte, worauf das Betreibungsamt dem Kläger am 24. Januar 1917 Frist zur Klage gegen den Beklagten ansetzte und der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage auf Anerkennung seines Grundpfandanspruches durch den Beklagten einleitete.

B. — Mit Entscheid vom 5. Juli 1917 hat das Obergericht des Kantons Zürich erkannt: « Auf die Klage wird materiell nicht eingetreten. » Zur Begründung dieses Urteils macht das Obergericht geltend, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Streit über die Anfechtung des Lastenverzeichnisses gemäss Art. 140 Abs. 2 und Art. 106 und 107 SchKG handle, da nach der neuern Praxis des Bundesgerichts der Dritteigentümer des Pfandes sich in der Pfandverwertungs-betreibung in der gleichen Rechtsstellung wie der Betriebene befinde, und daher keine Pfandansprache eines Dritten vorliege, wenn der Kläger geltend mache, dass der Schuldbrief, auf den der Beklagte seine Betreibung stütze, diesem nicht zustehe. Es handle sich vielmehr um eine blossе Bestreitung der in Betreibung gesetzten grundpfandversicherten Forderung des Beklagten, welche Bestreitung, nachdem der Kläger die Erhebung des Rechtsvorschlages versäumt habe, im gegenwärtigen Betreibungsverfahren und mit Einfluss auf dasselbe nicht mehr nachgeholt werden, sondern nur noch den Gegenstand einer nach Erledigung dieses Verfahrens einzureichenden Rückforderungsklage bilden könne. Die Klage sei daher nicht materiell abzuweisen, sondern bloss als im vorliegenden Verfahren unzulässig zu bezeichnen.

C. — Gegen diesen Entscheid hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei gutzuheissen; zugleich verlangte er Sistierung der Verhandlung bis nach Einlangen der Berufung in einem vor den Luzerner Gerichten pendenden Prozess, in welchem streitig ist, ob der Kläger laut Kaufvertrag vom 2. Februar 1915 verpflichtet sei, dem Beklagten für 12,619 Fr. 95 Cts. Holz zu liefern oder Schadenersatz zu leisten.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Nach Art. 58 Abs. 1 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Haupturteile, d. h. gegen solche Entscheidungen zulässig, die über den materiellrechtlichen Anspruch endgültig entscheiden. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu, da der angefochtene Entscheid nur erklärt hat, dass im gegenwärtigen Stadium des Betreibungsverfahrens auf die Klage nicht mehr eingetreten werden könne. Allerdings hat das Bundesgericht schon erkannt, dass auch Urteile, die nicht über die Hauptsache, sondern über prozessuale Fragen entscheiden, den Charakter von Haupturteilen tragen könne, nämlich dann, wenn mit dem Entscheid über die Prozesseinrede zugleich auch über den materiellen Anspruch endgültig entschieden worden ist (vergl. AS 27, II S. 127). Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor. Mit seiner Klage will der Kläger dem Beklagten das für ihn infolge Unterlassung des Rechtsvorschlages sowohl durch den persönlichen Schuldner als durch den Kläger entstandene Recht auf Fortsetzung der Betreibung bis zur Realisierung nehmen, weil in Tat und Wahrheit er, der Kläger, und nicht der Beklagte der Eigentümer des auf der Liegenschaft Hohlstrasse Nr. 335 in Zürich lastenden Schuldbriefes von 12,413 Fr. 95 Cts. sei. Die Vorinstanz hat nun aber in ihrem Entscheid

lediglich erkannt, dass, nachdem der Kläger unterlassen habe, Rechtsvorschlag zu erheben, er die vom Beklagten in Betreibung gesetzte Forderung im gegenwärtigen Betreibungsverfahren und mit Einfluss auf dasselbe nicht mehr bestreiten könne. Darüber, ob der Kläger materiell der Berechtigte am Schuldbrief von 12,413 Fr. 95 Cts. sei, hat sich dagegen das Obergericht nicht ausgesprochen; es hat vielmehr für den Fall, dass die materiellen Forderungsrechte, die der Beklagte durch die Betreibung geltend macht, ihm nicht zustehen sollten, dem Kläger ausdrücklich die Rückforderungsklage des Art. 86 SchKG vorbehalten, in welchem nachträglichen Verfahren er dann die Gründe anzubringen habe, aus denen er dem Beklagten die Gläubigerqualität in Bezug auf die Schuldbriefforderung bestreite. Solche Entscheide, durch die nur über eine prozessuale Frage des Vollstreckungsrechts erkannt und der materiellrechtliche Bestand des geltend gemachten Anspruchs nicht berührt wird, sind aber nach konstanter Praxis des Bundesgerichts keine Haupturteile (vergl. AS 25 II S. 189, 28 II S. 333). Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht denn auch, dass eigentlich die von der Vorinstanz beurteilte Frage nicht den Gerichten, sondern den Aufsichtsbehörden zur Entscheidung hätte vorgelegt werden sollen. So hat das Bundesgericht als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen schon erkannt, dass der Schuldner eine im Vorverfahren durch Unterlassung des Rechtsvorschlages anerkannte, in Betreibung gesetzte Forderung im Lastenbereinigungsverfahren nicht mehr bestreiten könne (vergl. AS Sep.-Ausg. 5 S. 115 f.). Das gleiche muss aber auch gelten für die Bestreitung der Forderung in der Pfandverwertungsbetreibung durch den Dritteigentümer des Pfandes, dem nach der neueren Praxis des Bundesgerichts, ebenso wie dem Schuldner, eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zuzustellen ist, damit er ebenfalls Gelegenheit zur Bestreitung der For-

derung und des Pfandrechts im Vorverfahren schon erhalte, und der überhaupt in allen Teilen die gleiche Rechtsstellung wie der Betriebene einnimmt (vergl. AS 42 III S. 1 ff. und 67; Praxis 5 Nr. 38, 57, 162 und 177).

2. — Stellt sich aber die angefochtene Entscheidung nicht als Haupturteil dar, so kann auf die Berufung nicht eingetreten werden und ist dem Sistierungsantrag des Klägers keine Folge zu geben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1917 i. S. der Eheleute Arnaboldi.

Art. 8 der Haager internationalen Uebereinkunft betreffend Ehescheidung; Unmöglichkeit der Scheidung einer Schweizerin von einem Ausländer, wenn sie während ihrer Ehe dem gleichen Staat wie ihr Ehemann angehörte und das Recht dieses Staates die Scheidung nicht kennt.

A. — Mit Entscheid vom 30. Oktober 1912 hat das Bezirksgericht Zürich die Klägerin, die vor ihrer Verhehlung in Ebnat, Kanton St. Gallen, heimatberechtigt war, von ihrem Ehemann italienischer Nationalität auf unbestimmte Zeit getrennt und die beiden aus der Ehe hervorgegangenen Kinder der Klägerin zur Pflege und Erziehung zugesprochen. Am 7. Juli 1916 verfügte das Schweizerische Politische Departement gemäss Schlussnahme des Bundesrates gestützt auf Art. 10 des Bundesgesetzes betreffend die Erwerbung des Schweizer Bürgerrechts und den Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903 die unentgeltliche Wiederaufnahme der Klägerin und ihrer beiden Kinder in das Bürgerrecht von Ebnat. Unmittelbar darauf leitete die Klägerin die vorliegende Klage gegen den Beklagten ein, mit der sie gänzliche Scheidung der Ehe verlangt.

B. — Mit Urteil vom 6. Juni 1917 hat das Obergericht des Kantons Zürich den Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 13. Oktober 1916 in allen Teilen bestätigt, welches die Klage unter Berufung auf ein früheres