

du droit d'exercer la puissance paternelle, mais de l'ensemble des dispositions sur la puissance paternelle il résulte que l'article 274 traite de la *personne* revêtue de cette autorité, tandis que l'article 273 en édicte les conditions en général et que les articles 275 et suivants en réglementent l'étendue et les effets ; l'article 274 ne distingue donc pas entre la puissance paternelle pleine et entière et le simple exercice de ce pouvoir.

L'article 156, du moins le texte allemand, vient corroborer ce point de vue. Il confie au juge le soin de prendre, en cas de divorce, les mesures nécessaires concernant non seulement les relations personnelles entre parents et enfants mais aussi la « Gestaltung » (organisation, attribution) des « droits » appartenant aux parents (*Elternrechte*). Le législateur suisse est allé plus loin que le législateur allemand qui, lui, s'est borné à régler le sort de l'enfant quant à la personne qui doit en prendre soin, en réservant expressément le droit du père de représenter l'enfant (art. 1635 CC all.). Il y a lieu d'observer, en outre, que, d'après l'article 157, il appartient au juge de prendre « à la requête de l'un des parents » les mesures commandées par des faits nouveaux tels que la mort du père ou de la mère ; ce qui signifie qu'en cas de décès du conjoint auquel le jugement de divorce a attribué les enfants, il incombe à l'époux survivant de s'adresser au juge pour qu'il les lui confie. Cette requête serait superflue si, comme la recourante le soutient, le décès rendait sans autre au survivant la puissance paternelle intégrale, comprenant le droit de l'exercer.

D'autre part, le Tribunal fédéral a déjà reconnu (RO 40 II p. 315 et suiv.) que le juge du divorce pouvait enlever les enfants au père et à la mère et que cette décision avait pour effet nécessaire la déchéance de la puissance paternelle de l'un et de l'autre. Le Tribunal fédéral a donc admis en principe, et l'arrêt le dit d'ailleurs expressément, que l'attribution des enfants impli-

que attribution de la puissance paternelle et entraîne la perte de l'autorité de celui auquel ils ne sont pas confiés. Enfin, d'après la jurisprudence (RO 45 II p. 502), le décès de l'adoptant ne rétablit pas non plus la puissance paternelle des père et mère de l'adopté. Il n'y a pas de motif d'abandonner ces principes.

Il résulte de ces considérations que le jugement prononçant le divorce des époux Thomas-Landry et attribuant l'enfant Jean-René au père a eu pour effet de priver la recourante non seulement de l'exercice de la puissance paternelle mais de cette puissance elle-même et que le décès du père n'a pas rendu l'autorité à la mère, le juge étant seul compétent pour rétablir dame Landry dans son droit si elle en fait la requête et s'il l'en reconnaît digne. Il va naturellement de soi que le refus éventuel du juge pourrait faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est rejeté.

## II. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

65. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1921

i. S. Löwengard gegen Bieter.

Beurkundung von Liegenschaftskäufen:  
Eine kantonale Bestimmung, wonach für die Beurkundung eines Grundstückkaufes die *lex rei sitae* massgebend ist, verstösst nicht gegen Bundesrecht.

A. — Gemäss einem von Notar Wehrli in Bern öffentlich beurkundeten Vertrag, betitelt : « Kaufversprechen

(Vorvertrag) », verpflichtete sich der Kläger Löwengard als Verkäufer und der Beklagte Rieter als Käufer über das Gut und Schloss Gottlieben, Bezirk Tägerweilen, Kanton Thurgau, einen Kaufvertrag abzuschliessen zu den in der Urkunde eingehend aufgeführten Bedingungen.

Auf Abschluss des definitiven Kaufvertrages belangt, bestritt der Käufer die Gültigkeit des Kaufversprechens, weil es der im Kanton Thurgau für die öffentliche Beurkundung vorgeschriebenen Form nicht entspreche.

B. — Beide kantonalen Instanzen, das Obergericht mit Urteil vom 10. März 1921, haben die Klage abgewiesen. Sie haben angenommen, das Kaufversprechen sei für den Beklagten nicht rechtsverbindlich, es hätte nach den Bestimmungen des thurgauischen Rechtes von einem thurgauischen Urkundsbeamten (Notar, Gemeinderatsschreiber oder Grundbuchverwalter) beurkundet werden müssen.

C. — Gegen das Urteil des Obergerichts richtet sich die vorliegende Berufung, mit der der Kläger neuerdings Zuspreehung der Klage beantragt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Insofern die Auslegung der Bestimmungen des kantonalen Einführungsgesetzes in Frage steht, kann das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid nicht überprüfen. Zu beurteilen ist im Berufungsverfahren nur, ob der von der Vorinstanz aus dem kantonalen Rechte abgeleitete Grundsatz, dass für die Beurkundung von Verträgen über im Kanton Thurgau gelegene Liegenschaften thurgauisches Recht als das Recht der gelegenen Sache anwendbar sei, gegen eine Norm des eidgenössischen Rechtes verstosse.

Das Bundesgericht hat diese Frage schon in seinem Urteil i. S. Grand gegen Menoud (AS 46 II 394) in eingehender Begründung verneint. In der Doktrin ist sie bestritten. Für die Anwendbarkeit der *lex rei sitae*

haben sich ausgesprochen : REICHEL zu Art. 55 SchlT z. ZGB N. 4; GUHL, Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht XVIII S. 266; BLUMENSTEIN ebenda XI S. 241; WIELAND zu Art. 657 N. 6. Gegen diese Auffassung und für die Freiheit der Parteien, ihre Verträge an jedem beliebigen Ort nach den Vorschriften der *lex loci contractus* beurkunden zu können, haben sich erklärt : LEEMANN zu Art. 657 N. 32; J.-Z. 17 S. 321; HUBER, Zum Schweiz. Sachenrecht S. 100; MUTZNER, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1921.

2. — Als durch den angefochtenen Entscheid verletzt, hat der Kläger in erster Linie den Art. 55 SchlT z. ZGB angerufen. Dass diese Bestimmung den Parteien das Recht gewährleisten wolle, ihre Verträge überall in der Schweiz beurkunden zu lassen, ergibt sich jedenfalls nicht schon aus ihrem Wortlaut. Wenn Art. 55 den Kantonen die Festsetzung der Erfordernisse der öffentlichen Beurkundung « auf ihrem Gebiet » überlässt, so kann das, was die Beurkundung von Verträgen über Liegenschaften anbelangt, ebensowohl heissen, die Kantone sollen berechtigt sein, Beurkundungsnormen für die Verträge aufzustellen, welche auf ihrem Gebiet gelegene Grundstücke betreffen, als auch, sie seien zuständig, die Beurkundung der auf ihrem Gebiet errichteten Verträge zu regeln.

Ebensowenig schlüssig ist, wenn der Kläger geltend macht, angesichts der durch das ZGB geschaffenen Rechtsvereinheitlichung, seien Vorbehalte zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung, wie der des Art. 55 SchlT, restriktiv zu interpretieren. Das Recht der öffentlichen Beurkundung ist ein Teil der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und damit des öffentlichen Rechtes. Als solches stünde sie an sich ausserhalb des dem Zivilgesetzgeber unterworfenen Gebietes. Wie in verschiedenen anderen Fällen war aber der Gesetzgeber, um seine zivilrechtlichen Normen realisierbar machen zu können, gezwungen, in das öffentliche Recht überzugreifen.

Diese ausnahmsweisen Eingriffe in kantonales Rechtsgebiet besonders weit, im vorliegenden Falle den zu Gunsten der Kantone gemachten Vorbehalt besonders eng auszulegen, besteht keine Veranlassung. Der Bundesgesetzgeber hat sich denn auch in allen seinen die öffentliche Beurkundung betreffenden Bestimmungen offensichtlich bemüht, die Kompetenzen der Kantone so wenig als möglich zu alterieren. Er beschränkte sich im wesentlichen darauf, die Wirkungen der Beurkundung zu bestimmen, wogegen er ihre Ausgestaltung, abgesehen von wenigen Ausnahmen (öffentliches Testament, Erbvertrag und Verpfändungsvertrag) nicht berührte. Dementsprechend blieb auch in den Vorberatungen des Gesetzes ein Antrag des Vereins bernischer Notare unberücksichtigt, wenigstens einen eidgenössischen Begriff der Beurkundung aufzustellen. (BLUMENSTEIN, Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht II S. 513, III S. 86.)

3. — Als wichtigstes Argument gegen die bundesrechtliche Zulässigkeit der Verweisung der Parteien auf die *lex rei sitae* wird in der Doktrin angeführt, die Freiheit in der Wahl des Abschlussortes sei im Vertragsrecht derart allgemein anerkannt, und entspreche einem für moderne Rechtsanschauungen derart selbstverständlichen Prinzip, dass es auch für den Grundstückverkehr eines ausdrücklichen Vorbehaltes bedurft hätte, um die Anwendung dieses Grundsatzes auszuschliessen.

Dem steht zunächst entgegen, dass immerhin in der innerkantonalen Regelung eine ganze Anzahl von Kantonen die *lex rei sitae* als massgebend erklärt haben, obwohl für die innerkantonalen Beziehungen eine weitere Auffassung zweifelsohne näher gelegen hätte, als für die interkantonalen. (Vgl. EinfG der Kantone Aargau § 3 — bezüglich der Gemeindeschreiber —, Baselland § 19, Graubünden Art. 165, Schaffhausen Art. 22, Schwyz § 22, Solothurn § 17, Wallis Art. 49, Zug § 20.)

Die Anwendung der *lex loci contractus* ist aber auch

deswegen für den Abschluss von Verträgen über dingliche Rechte an Liegenschaften nicht selbstverständlich, weil der Gesetzgeber für sie allgemein den Gesichtspunkt der Verkehrserleichterung hinter den Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit und des Schutzes der Vertragsparteien gegen Uebereilung, gegen die Abfassung ungenauer, unklarer, mit den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen nicht übereinstimmender Verträge, zurücktreten liess. Uebrigens muss es ja den Parteien auf jeden Fall frei stehen, statt selber sich zum Vertragsschluss vor den Beamten der gelegenen Sache zu begeben, sich durch einen Dritten vertreten zu lassen. Auch die Analogie mit dem öffentlichen Testament kann nicht angerufen werden. Für das öffentliche Testament ergibt sich die Freizügigkeit aus der besonderen Natur der letztwilligen Verfügung, insbesondere aus der Erwägung, dass eine solche Verfügung vom Erblasser jederzeit soll vorgenommen werden können.

4. — Sind diese zu Gunsten der *lex loci contractus* angeführten Argumente nicht stichhaltig, so sprechen andererseits für die Unterstellung der Beurkundung von Verträgen über Liegenschaften unter die *lex rei sitae* eine ganze Reihe von Erwägungen. In erster Linie ist darauf hinzuweisen, dass bei diesen Verträgen der Vertragsinhalt mit der Beschaffenheit der Liegenschaft, mit den Gebräuchen der Gegend, den Besonderheiten ihres Liegenschaftsverkehrs und der Organisation ihres Grundbuchwesens so nahe zusammenhängt, dass das Zerreißen dieser Beziehungen die Rechtssicherheit gefährden würde.

Das gilt insbesondere, wenn der Kanton der gelegenen Sache ein ausgebildetes Beurkundungsverfahren hat. Besteht die Beurkundung nur in der Beglaubigung der Unterschriften, so kann sie allerdings andernorts ebensogut vorgenommen werden. Eine ganze Anzahl von Kantonen aber hat die Beurkundung mit einer

Reihe von Kautelen umgeben. So stellen verschiedene Kantone den Parteien speziell ausgebildete Beamte zur Verfügung und weisen diese an, nicht nur die Erklärungen des Vertragswillens entgegenzunehmen, sondern den Vertragsschliessenden allgemein mit Rat und Tat beizustehen. Eine solche Beurkundung, am Orte der gelegenen Sache, von einem mit den Verhältnissen vertrauten Beamten vorgenommen, garantiert zweifelsohne in weit höherem Masse, dass der Vertragsinhalt den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des betreffenden Grundstückes entspricht, als eine von einem kantonsfremden Urkundsbeamten ausgeführte.

5. — Diese Zusammenhänge werden denn auch in der Doktrin nirgends bestritten. Auch die Anhänger der *lex loci contractus* geben sie indirekt zu, indem auch sie erklären, einem Kanton mit ausgebildetem Beurkundungswesen könne schon mit Rücksicht auf seine Verantwortlichkeit nicht zugemutet werden, die Eintragung in das Grundbuch auf Grund einer seinen Vorschriften nicht entsprechenden Beurkundung vorzunehmen (LEEMANN, J.-Z. 17 S. 321; vergl. auch den Entsch. des Bundesrates, J.-Z. 12 S. 359 i. S. Lüscher gegen Aargau). Sie leiten aber hieraus nicht den Grundsatz ab, dass ein in einem anderen Kanton beurkundeter Vertrag nichtig sei, sondern, dass in diesem Falle im Kanton der gelegenen Sache eine zweite Beurkundung vorgenommen oder doch die erste im Sinne des Rechtes dieses Kantons ergänzt werden müsse.

Dabei wird übersehen, dass wenn die Parteien schon durch den ersten Vertrag gebunden sind, die nachträgliche Mitwirkung des Grundbuchbeamten der gelegenen Sache zum mindesten vom Gesichtspunkt des Schutzes der Parteien aus, nur mehr eine reduzierte Bedeutung haben kann.

Die Zweiteilung der Grundlage des Grundbucheintrages in einen verbindlichen obligatorischen Vertrag und ein weiteres speziell den Eintrag vorbereitendes

Rechtsgeschäft der Parteien ist zudem dem System des ZGB fremd. Das ZGB geht grundsätzlich davon aus, dass der öffentlich beurkundete Vertrag direkte Eintragsgrundlage sein soll, und dass der Erwerber gestützt auf sie, direkt auf Eintragung klagen kann (Art. 665, Abs. 1 ZGB).

Vor allem aber wäre bei dieser Zweiteilung des Grundgeschäftes eine ausserordentliche Komplizierung des Verfahrens nicht zu vermeiden. Auch bei Bereitwilligkeit beider Parteien, die zweite Beurkundung vorzunehmen, würde diese doch immer unnötige Kosten und erheblichen Zeitverlust mit sich bringen. In erhöhtem Masse aber wäre mit diesen Nachteilen dann zu rechnen, wenn ein Vertragsteil nachträglich seine Mitwirkung verweigern wollte. Sei es mit der direkten Klage auf Eintragung in das Grundbuch, sei es in einem besonderen Verfahren, müsste in diesem Falle zuerst die Anpassung der ersten Urkunde an die Beurkundungsvorschriften des Kantons der gelegenen Sache erzwungen werden. Je grössere Differenzen zwischen diesem letzteren und demjenigen des Kantons des Vertragsschlusses bestünden, um so grössere Weiterungen würde diese Anpassung verlangen und um so grössere Schwierigkeiten würden ihr entgegenstehen. Dabei ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass sich auf Grund des Beurkundungsverfahrens des Kantons der gelegenen Sache auch materielle Unstimmigkeiten ergäben, und endlich muss auch damit gerechnet werden, dass der Beklagte überhaupt die Gültigkeit der ersten Urkunde in Frage ziehen und damit den Streit auf das dem urteilenden Richter fremde Recht des Kantons des Vertragsschlusses hinübertragen würde. Dieses Recht nachzuweisen, wäre der Kläger genötigt, eine Meinungsäusserung der zuständigen Behörden des Kantons des Abschlussortes beizubringen. Weitere Schwierigkeiten erwüchsen aber endlich dann, wenn Abschlussort und Ort der gelegenen Sache sich in verschiedenen Sprachgebieten befinden sollten. Abge-

sehen von dem übrigen Anpassungsverfahren müsste in diesem Falle auch noch eine Uebersetzung der ersten Urkunde vorgenommen werden.

In dem vom Kläger eingelegten Gutachten von Professor Huber wird allerdings die Ansicht vertreten, diese Komplikationen lassen sich zum grössten Teil vermeiden, wenn die Parteien sich schon in der ersten Urkunde zu einer Anpassung an das Beurkundungsrecht des Kantons der gelegenen Sache verpflichten würden. Dieser Auffassung kann jedoch deswegen nicht gefolgt werden, weil damit, wenn sich eine Partei weigerte, ihrer Verpflichtung nachzukommen, den Behörden des Ortes der gelegenen Sache zugemutet würde, einfach auf die erste Beurkundung abzustellen und die eigenen Beurkundungsnormen ausser Anwendung zu lassen.

6. — Weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Sinn und Geist des Art. 55 SchlT z. ZGB, noch aus dem übrigen Inhalt des ZGB ergibt sich somit ein Rechtssatz, der den Kantonen verbieten würde, für Verträge über dingliche Rechte an auf ihrem Kantonsgebiet gelegenen Liegenschaften die *lex rei sitae* vorzubehalten. Was aber für Hauptverträge gilt, muss auch für Vorverträge, die den Abschluss eines solchen Vertrages zum Gegenstand haben, zutreffen. Wenn auch nur indirekt, ist doch auch der Vorvertrag auf den Erwerb des betreffenden dinglichen Rechtes gerichtet, die Bindung der Parteien ist die nämliche, und die gleichen Beziehungen verbinden den Vertragsinhalt mit dem Ort der gelegenen Sache. Es wäre daher nicht einzusehen, warum den Kantonen nicht gestattet sein sollte, dieselben Kautelen aufzustellen für den Abschluss eines Vorvertrages wie für den Abschluss des Hauptvertrages.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des thurgauischen Obergerichts vom 10. März 1921 bestätigt.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

66. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. September 1921

i. S. Bourne & Co. Ltd. gegen Weberei Tösstal A.-G.

**K a u f.** Wirkung einer nach Vertragsabschluss eingetretenen wesentlichen Leistungerschwerung auf die Lieferpflicht des Verkäufers; Interessenausgleich durch Teilung des Schadens bezw. Zusprechung einer reduzierten Entschädigung wegen Nichterfüllung.

A. — Die Beklagte, Firma S. Bourne & Co. Ltd., welche in Nottingham (England) die Garnfabrikation betreibt, und mit der Klägerin, Weberei Tösstal A.-G. in Bauma, bereits in Geschäftsverbindung stand, verkaufte am 22. Juli 1915 durch ihren Zürcher Vertreter Enz der Klägerin 10,000 kg Voile Zwirn Nr. 100/2, 34/35 turns, zum Preise von 9 Fr. per kg, franko Fracht und Zoll Bauma, 4 % Skonto 30 Tage Kasse, lieferbar September bis November ab England, zirka 1000 kg per Woche.

Schon damals hatte die englische Regierung die Ausfuhr solcher Waren nach der Schweiz verboten, bis ein « official distributing committee » (welches dann in der Gestalt der SSS ins Leben gerufen wurde) gegründet sein würde, um den Uebergang in Feindesland zu verhindern. Die Beklagte teilte dies noch im Juli 1915 ihren Kunden, so auch der Klägerin mit, und bemerkte: Inzwischen bleibe ungewiss, ob es Wochen oder Monate lang gehe, bis sie die Erlaubnis zur Verschiffung von Ware nach der Schweiz erlangen könne; es bleibe ihr daher nichts anderes übrig, als unterdessen die Produktion dieser Garne einzustellen. Immerhin lehne sie « mit Bezug auf Nr. 100/2 und alle ihre Orders » jede Verantwortlichkeit für Lieferungsverzug ab, und anerkenne ihren Kunden das Recht auf Rücktritt nicht.