

française (art. 502) tantôt de l'expression allemande (art. 501), on constate, en effet, que cette distinction n'est pas reproduite, et qu'au lieu de considérer la signature comme un élément qui viendrait s'ajouter à l'attestation, il l'envisage simplement comme *le moyen* par lequel les témoins manifesteront leur volonté de confirmer la réalité des faits qu'ils sont appelés à attester, autrement dit comme une forme d'attestation suffisante. Or dès l'instant que l'un des textes légaux autorise cette interprétation, il convient évidemment d'y donner la préférence.

Que cette forme d'attestation s'adapte à la forme du testament prévue aux art. 500 et 501 Cc, cela n'est pas contestable. Aussi bien, de par la force des choses, les témoins, qui n'ont à intervenir qu'une fois le testament proprement dit rédigé et clôturé, se trouveront-ils alors devant un texte qui se bornera en général à rappeler les faits qu'ils ont à certifier, et le fait d'apposer leur signature au pied de ce texte constituera évidemment une manifestation suffisante de leur volonté.

La question est plus délicate en ce qui concerne le testament prévu à l'art. 502. Il se pourra, en effet, que le testament renferme de nombreuses dispositions et que les faits à certifier ne soient pas tous groupés au bas de l'acte. Or s'il ne ressort pas de l'acte que le notaire a pris soin d'attirer l'attention des témoins sur les faits qu'ils sont appelés à certifier, un doute pourra naître sur le point de savoir si les témoins se sont rendus compte de l'importance de leur mission. Ainsi, si tant est qu'il faille admettre que, même en cas de testament rédigé dans la forme prévue à l'art. 502 Cc, une signature puisse tenir lieu d'attestation, encore restera-t-il à rechercher dans chaque cas si par sa teneur ou sa disposition l'acte révèle l'existence d'un rapport suffisant entre la signature et les constatations qu'il renferme.

En l'espèce, étant donnée la place respective du mot « lu » et des signatures, on doit admettre que les témoins

ont bien entendu certifier la réalité de la lecture de l'acte, et ainsi le testament apparaît-il en définitive comme conforme aux prescriptions légales,

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que les conclusions de la demanderesse sont rejetées.

#### IV. SACHENRECHT

##### DROITS RÉELS

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Mai 1924

i. S. Alpgenossenschaften Öschinenholz, Inner-Öschinen und Öschinen-Schafberg gegen Staat Bern.

Art. 661 ZGB fordert zur Ersitzung zehnjährigen Besitz seit der Eintragung im Grundbuch.

A. — Bei der Bereinigung des Grundbuches von Kandersteg wurde für den Öschinensee ein Grundstückblatt errichtet und es wurden die drei beklagten Alpgenossenschaften, ehemals eine einzige Genossenschaft, der seit unvordenklicher Zeit die umliegenden Alpweiden gehörten, als Eigentümer des Sees eingetragen. Das bereinigte kantonale Grundbuch trat für die Gemeinde Kandersteg am 1. August 1912, das in bezug auf den erwähnten Eintrag damit übereinstimmende schweizerische Grundbuch am 1. August 1922 in Kraft. Seither wurden auf Grund einer Einigung der drei Alpgenossenschaften, dass der See zur Alp Öschinenholz gehöre, die Alpgenossenschaften Inner-Öschinen und Öschinen-Schafberg als Eigentümer gelöscht.

Entgegen diesem Grundbucheintrag nimmt der Staat

Bern als Rechtsnachfolger der Stadt Bern gestützt auf den von dieser im Jahre 1400 mit dem Ritter Anton zum Thurm abgeschlossenen Kauf über die Herrschaft Frutigen das Privateigentum am Öschinensee für sich in Anspruch. Am 3. Juli 1922 erwirkte er gemäss Art. 961 Ziffer 1 ZGB die vorläufige Eintragung seines behaupteten Rechts im Grundbuch und reichte sodann binnen der ihm zur gerichtlichen Geltendmachung dieses Rechts gesetzten Frist Klage ein mit dem Begehren, dass er als Eigentümer des Öschinensees erklärt und demgemäss seine Eintragung als solcher im Grundbuch angeordnet und die Löschung des entgegenstehenden Eintrags der Beklagten verfügt werde.

Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage. Sie bestritten, dass die Stadt Bern und von ihr der Kläger jemals das privatrechtliche Eigentum am See erworben habe; eventuell machten sie für sich die Ersitzung geltend.

B. — Durch Urteil vom 18. Januar 1924 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage zugesprochen.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell auf Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung. In der mündlichen Verhandlung haben sie diesen Antrag erneuert. Der Berufungsbeklagte hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — (Streitwert.)
2. — Durch das in Fragen des kantonalen Rechts endgültige Urteil der Vorinstanz steht für das Bundesgericht verbindlich fest, dass der Kläger unter der Herrschaft des kantonalen Rechts privatrechtlicher Eigentümer des Öschinensees geworden und bis zum Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches geblieben

ist. Die Prüfung des Bundesgerichts beschränkt sich daher, wie auch die Berufung anerkennt, auf die Frage, ob die Beklagten seither nach Massgabe von Art. 661 ZGB das Eigentum am See ersessen haben.

Diese Frage ist, abgesehen von andern Gründen, schon darum zu verneinen, weil seit der am 1. August 1912 in Kraft getretenen Eintragung der Beklagten im Grundbuch bis zu der die Vollendung einer allfällig begonnenen Ersitzung hindernden richterlichen Verfügung vom 3. Juli 1922 keine zehn Jahre verstrichen sind. Entgegen der in den Kommentaren von WIELAND und LEEMANN vertretenen Auffassung nämlich, dass das zeitliche Erfordernis des Art. 661 ZGB nur für den Besitz, nicht auch für den Grundbucheintrag gelte, die vor der Eintragung verstrichene Zeit gutgläubigen unangefochtenen Besitzes also für die Ersitzungsfrist mitzähle, muss nach Sinn und Zweck der Bestimmung zehnjähriger Besitz seit der Eintragung verlangt werden. Die Ersitzung nach Art. 661 ZGB bildet das Korrektiv zu dem durch Art. 975 sanktionierten Grundsatz, dass der ungerechtfertigte, d. h. ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft (Art. 974) erfolgte Eintrag dem Eingetragenen selbst bei gutem Glauben das Eigentum nicht verschafft. Dieser Diskrepanz zwischen der wirklichen und der durch das Grundbuch ausgewiesenen Rechtslage soll durch Art. 661, wie aus der Beratung der Expertenkommission und der daraus hervorgegangenen Fassung der Bestimmung, zumal der französischen, deutlich erhellt, zu Gunsten des gutgläubigen Besitzers eine zeitliche Grenze gesetzt werden dadurch, dass nach zehnjährigem Besitz eine Anfechtung seines buchmässigen Eigentums nicht mehr zugelassen wird. Die Ersitzung vollzieht sich also im Anschluss an das Grundbuch (Tabularersitzung) durch Heilung des in seiner Grundlage mangelhaften Eintrages und bedeutet insofern gleichzeitig die Verjährung der Löschungsklage nach Art. 975.

Daraus folgt aber, dass sie auch zeitlich nur vom Eintrag ihren Ausgang nehmen und nicht schon vorher beginnen kann. Ein früherer Beginn ist regelmässig schon wegen des dannzumal noch vorhandenen älteren Eintrags nicht möglich, weil die Publizität des Grundbuchs eine Ersitzung im Widerspruch zu demselben (Kontratabularersitzung) schon im Entstehen verhindert, und ebenso kann, vom Gesichtspunkt der Verjährung der Löschungsklage aus betrachtet, von einem Verjährungsbeginn nicht die Rede sein, so lange der ungerichtfertigte Eintrag noch gar nicht existiert. Ist ausnahmsweise, wie hier, ein früherer Eigentümer nicht eingetragen, so steht allerdings das Grundbuch dem Beginn der Ersitzung sofort mit dem Besitzerwerb nicht entgegen, aber die so beginnende Ersitzung stützt sich auch nicht auf das Grundbuch (Extratabularersitzung) und führt gemäss Art. 662 ZGB erst nach dreissig Jahren zum Eigentumserwerb und auch dann nur, wenn der wirkliche Eigentümer sich im Ausschlussverfahren nicht meldet. Eine begonnene Extratabularersitzung kann aber auch nicht etwa, nachdem der Ersitzende einen ungerichtfertigten Eintrag zu seinen Gunsten erwirkt hat, einfach als Tabularersitzung *f o r t g e s e t z t* werden, da eine Kombinierung der beiden Ersitzungsmöglichkeiten in der Weise, dass von der einen der frühere Beginn und von der andern die kürzere Frist entlehnt wird, selbstverständlich nicht angängig ist.

Aus diesen Erwägungen muss die behauptete Ersitzung des Eigentums am Öschinensee durch die Beklagten verneint werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 18. Januar 1924 bestätigt.

V. OBLIGATIONENRECHT  
DROIT DES OBLIGATIONS

25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. März 1924

i. S. Bank in Schaffhausen gegen Firma M. Stromeyer.

Prokura. Stillschweigende Einräumung einer Einzelprokura. Art. 459 OR. Guter Glaube des Dritten.

A. — Die Klägerin, Kommanditgesellschaft Stromeyer mit Sitz in Konstanz, führt seit 1891 in Kreuzlingen eine Filiale. Die Eintragung im Handelsregister des Kantons Thurgau vom 7. November 1891 erwähnt, dass die genannte Kommanditgesellschaft aus Wilhelm Stiegeler in Konstanz, als unbeschränkt haftendem Gesellschafter, und mehreren (näher bezeichneten) Kommanditisten bestehe, dass sie am 1. Januar 1891 in Kreuzlingen eine Zweigniederlassung errichtet habe unter der Firma M. Stromeyer, Lagerhausgesellschaft, Filiale Kreuzlingen, und dass die « Firma » Kollektivprokura erteile an Konrad Schilling, Kaufmann in Konstanz, und Hermann Straubinger, Kaufmann in Kreuzlingen.

Der tatsächliche Leiter der Kreuzlinger Filiale war ein Heinrich Johann Roth-Frommherz, welcher zwar im thurgauischen Handelsregister nicht eingetragen wurde, trotzdem aber bis 1917 die « Einzelprokura » für die Zweigniederlassung in Kreuzlingen besass.

Am 27. November 1917 erliess die Kommanditgesellschaft Stromeyer von Konstanz aus folgendes Zirkular, und sandte es u. a. auch der beklagten Bank in Schaffhausen, mit der sie in Geschäftsverkehr stand :

« Wir beehren uns, Sie davon zu benachrichtigen, » dass wir unser provisorisches Büro in Kreuzlingen erweitert, bezw. zu einem Vollbetrieb umgestaltet haben,