

l'enfant naturel reconnu, et s'il n'a pas été expressément abrogé, il n'en reste pas moins qu'il ne saurait être interprété qu'en rapport avec elles. Aussi bien la question n'est-elle pas de savoir de quels termes la loi cantonale se sert pour définir la situation de l'enfant naturel reconnu mais bien de savoir quels sont en réalité les effets qu'elle attache à la reconnaissance et si ces effets correspondent au moins d'une manière générale aux effets qui découlent de la reconnaissance du droit suisse. Or, comme on l'a déjà dit, ces effets sont essentiellement les mêmes. Au reste, on pourrait également faire remarquer, sur le terrain de la terminologie, que c'est en se référant justement à la reconnaissance du droit français que le rédacteur du code se servait de l'expression de « Standesfolge » (cf. *Huber, Schw. Privatrecht I*, p. 521).

Quant à l'argumentation qui consiste à dire que le fait que la législation cantonale confère à l'enfant naturel reconnu un droit dans la succession de son père et même dans celle des descendants légitimes de ce dernier, ne suffit pas pour autoriser à déclarer que l'enfant suit la condition du père, il n'y a pas lieu, évidemment, de s'y arrêter, puisque, en l'espèce, comme on l'a vu, la reconnaissance du droit genevois n'avait pas ce seul effet, mais établissait au contraire entre le père et l'enfant naturel reconnu une série de liens identiques en substance à ceux qui découlent de la reconnaissance du droit nouveau.

Le Tribunal fédéral prononce :

Les recours sont rejetés et l'arrêt attaqué est confirmé.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

41. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Mai 1931 i. S. Farny gegen Held.

ZGB Art. 673. — Voraussetzungen der Zuweisung des Grundeigentums an denjenigen, der für eigene Rechnung auf fremdem Boden mit der Einwilligung des Eigentümers ein Haus gebaut hat. Begriff des guten Glaubens im Sinne dieser Bestimmung.

A. — Am 8. März 1925 schloss der Beklagte mit dem Kläger (und dessen damaligem Associé) einen Architektenvertrag über den Neubau eines « angebauten » Einfamilienhauses (jetzt Polizeinummer 244) auf einer Bauparzelle an der Witikonstrasse in Zürich 7 ab, die der Beklagte dann am 10. März für 14,000 Fr. kaufte. Ausserdem einigten sich die Parteien formlos darüber, dass zum Zwecke der Kostenersparnis für den Beklagten der Kläger für seine eigene Rechnung auf der vom Beklagten erworbenen Bauparzelle ein gleichartiges Haus (jetzt Polizeinummer 242) anbaue. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihm mündlich versprochen, ihm den Boden für seine Baute nebst Umgelände zum Selbstkostenpreis abzutreten; der Beklagte behauptet, über diesen Boden sei mündlich ein Mietvertrag mit jährlichem Mietzins von 360 Fr. geschlossen worden. Die beiden Einfamilienhäuser wurden noch im Jahre 1925 in der in Aussicht genommenen Weise erstellt.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger Verurteilung des Beklagten zur Abtretung der von ihm überbauten, im Rechtsbegehren näher umschriebenen Hälfte der erwähnten Parzelle nebst Umgelände im Flächenmasse von 644 m² samt dem darauf befindlichen

Einfamilienhaus Polizeinumnummer 242 gegen Bezahlung von 4066 Fr. 95 Cts. zu Eigentum an den Kläger und demgemäss zur Mitwirkung bei der grundbuchamtlichen Eigentumsübertragung; eventuell Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von 60,031 Fr. 10 Cts. nebst 5% Zins seit 24. Januar 1927 an den Kläger.

C. — Das Obergericht des Kantons Zürich hat zunächst durch Vorurteil vom 16. Mai 1928 den Beklagten verurteilt, das streitige Grundstück dem Kläger zu Eigentum abzutreten und bei der grundbuchamtlichen Eigentumsübertragung mitzuwirken, und sodann durch Endurteil vom 17. Dezember 1930 den Kläger verurteilt, dem Beklagten für das abzutretende Land 6000 Fr. nebst 5% Zins seit 19. März 1925 zu bezahlen (unter Abzug der Entschädigung, welche der Beklagte für einen exproprierten Landstreifen bereits erhalten hatte).

D. — Gegen diese Urteile hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage, der Hauptantrag der Klage sei abzuweisen und der Beklagte sei lediglich im Sinne des Eventualbegehrens der Klage zu verpflichten, für den auf seinem Grund und Boden vom Kläger erstellten Bau 35,000 Fr. zu bezahlen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger leitet seinen Hauptantrag aus Art. 673 ZGB her, und die Vorinstanz hat ihn in Anwendung dieser Vorschrift zugesprochen. Sie lautet, in Verbindung mit Art. 671 ZGB: « Verwendet jemand zu einem Bau (auf seinem Boden fremdes Material oder) eigenes Material auf fremden Böden und übersteigt der Wert des Baues offenbar den Wert des Bodens, so kann derjenige, der sich in gutem Glauben befindet, verlangen, dass das Eigentum an Bau und Boden gegen angemessene Entschädigung dem Materialeigentümer zugewiesen werde ».

Im Gegensatz zu seinen Vorgängern zieht der heutige Vertreter des Beklagten die Anwendbarkeit des Art. 673 ZGB unter Hinweis darauf in Frage, dass sich die Parteien

zum voraus dahin geeinigt hatten, der Kläger dürfe für eigene Rechnung ein Haus auf dem Boden des Beklagten erstellen. Allein da sich die Parteivereinbarung in keiner Weise auf die Rechtsfolgen dieses vom Beklagten ausdrücklich gestatteten Bauens durch den Kläger auf seinem (des Beklagten) Boden erstreckte, so ist nicht einzusehen, weshalb dafür nicht die Art. 671 ff. ZGB massgebend sein sollten (vgl. BGE 54 II S. 425). Insbesondere kann dem Kläger nicht zugegeben werden, dass infolge jener Vereinbarung das Bauen des Klägers nicht ein blosser Realakt gewesen sei; denn es liesse sich nicht ernstlich behaupten, dass sie etwa eine zureichende Grundlage für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Baumaterials an den Beklagten hätte bilden können, in welchem Falle freilich für die Anwendung des Art. 673 ZGB kein Raum wäre.

2. — Voraussetzung der Anwendung des Art. 673 ZGB ist, dass sich der Kläger bei der Verwendung seines Baumaterials zum Hausbau auf dem Boden des Beklagten in gutem Glauben befunden habe. Der Beklagte spricht dem Kläger den guten Glauben ab, weil nicht der Fall vorliege, dass der bauende Kläger etwa (entschuldbarerweise) irrtümlich angenommen habe, der Baugrund gehöre ihm selbst. Allein dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Freilich greift bei Rechtsgeschäften der Schutz des guten Glaubens, soweit er gesetzlich überhaupt vorgesehen ist, nur insofern Platz, als jene « trotz Fehlens einer Voraussetzung gültig sind, wenn der Handelnde in entschuldbarem Irrtum an das Vorliegen der fehlenden Tatsache glaubte » (v. TUHR, Obligationenrecht S. 158). Wer eigenes Material auf fremden Boden verbaute, könnte dementsprechend in der Tat die Zuweisung des Grundeigentums nur verlangen, wenn er sich in entschuldbarem Irrtum als Eigentümer des in Wahrheit fremden Bodens angesehen hätte. Allein diese Auslegung erweist sich als zu eng; würde sie doch nicht einmal ermöglichen, denjenigen zu schützen, welcher zu bauen beginnt, nachdem

er sich des Bauplatzes durch einen befristeten und daher noch nicht beim Grundbuchamt zur Eintragung angemeldeten Kaufvertrag versichert hat, sofern sich dieser nachträglich aus irgend einem Grund als unverbindlich erweisen würde.

Ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs steht denn auch nichts entgegen, dem guten Glauben in weitergehendem Masse Schutz zu gewähren, m. a. W. den vom Gesetz geforderten guten Glauben immer dann gelten zu lassen, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint, gleich wie eine Anzahl anderer Vorschriften des ZGB, welche Rechtswirkungen an den guten Glauben knüpfen, auch nicht in dem dargelegten engeren Sinn ausgelegt werden können, z. B. Art. 92, 198, 300, 674 (vgl. BGE 41 II S. 221), die nach den romanischen Texten ununterschiedlich an die *bonne foi*, *buona fede*, anknüpfen, nach dem deutschen Text freilich zum Teil an die « gute Treue », womit aber nicht ein sachlicher Unterschied kann bezeichnet sein wollen, der ja auch in den romanischen Texten hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen. Auch in diesem weiteren Sinne könnte der gute Glaube dem Kläger freilich kaum zugestanden werden, wenn dargetan wäre, dass ein Mietvertrag über den vom Kläger in Anspruch genommenen Teil der Bauparzelle abgeschlossen worden sei, bevor er zu bauen begann; denn hieraus müsste wohl *e contrario* geschlossen werden, dass die in Art. 673 ZGB vorgesehene Eigentumsübertragung an den Kläger nach übereinstimmender Meinung der Parteien, namentlich nach der dem Kläger ersichtlichen Meinung des Beklagten nicht in Frage kommen sollte, was ausschliessen würde, dass der Kläger nachträglich doch in guten Treuen sie fordern dürfte. Allein die Vorinstanz hat gestützt auf eingehende Beweiswürdigung in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass ein solcher Vertrag nicht von vornherein geschlossen worden sei, sondern erst nachträglich vom Beklagten untergeschoben werden wollte.

Hatte aber der Kläger von vornherein ohne einen derartigen Vorbehalt sein Einverständnis damit erklärt, dass der Kläger auf seinem Boden zu bauen beginne, was zudem nicht weniger im Interesse des Beklagten als des Klägers geschah, so kann dem letzteren unredliches, moralisch zu missbilligendes Verhalten nicht zur Last gelegt werden. Übrigens ist schon im Urteile der staatsrechtlichen Abteilung in BGE 53 I S. 183 ausgesprochen worden, dass der gute Glaube demjenigen zugute zu halten ist, der für eigene Rechnung auf fremden Grund und Boden mit dem Willen des Eigentümers desselben baut. Dass der Kläger dies tat, ohne zuvor einigermassen für die Abklärung des rechtlichen Schicksals des zu bauenden Hauses zu sorgen, war zwar unbedacht, ist jedoch nicht geeignet, seinen guten Glauben zu zerstören. Insbesondere kann nicht als Voraussetzung des guten Glaubens des Klägers aufgestellt werden, dass ihm der Beklagte die spätere Abtretung des Bodens mündlich versprochen habe, was der Kläger freilich ebensowenig nachzuweisen vermocht hat. Sollte aber der Beklagte, wie er mit dem Schreiben des Klägers vom 5. August 1925 dartun will, bald nach Baubeginn dem Kläger zu erkennen gegeben haben, dass von der Abtretung des Bodens keine Rede sein könne, so käme hierauf nichts an, weil, wie die Vorinstanz zutreffend entschieden hat, die *mala fides superveniens* dem mit eigenem Material auf fremdem Boden Bauenden nicht schaden darf, sofern er sich darauf beschränkt, den einmal gutgläubig begonnenen Bau in der Weise zu Ende zu führen, wie es notwendig ist, damit er überhaupt wirtschaftlich nutzbar gemacht werden kann. Übrigens dürfte für den Kläger mindestens soviel während der ganzen Bauzeit selbstverständlich gewesen sein, dass er nicht für eigene Rechnung baue, um den Bau dann dem Beklagten weit unter den Baukosten überlassen zu müssen, worauf dieser mit seinen Anträgen abzielt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und die Urteile des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Mai 1928 und 17. Dezember 1930 werden bestätigt.

42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Mai 1931
 i. S. **Schulgemeinde Riedtwil-Hermiswil**
 gegen **Gebrüder Fink.**

Q u e l l e n r e c h t. Die Art. 706/7 ZGB sind nur anwendbar bei Abgrabung etc. von einem Nachbargrundstück aus (Erw. 1). Von zwei Dienstbarkeiten, die am gleichen Grundstück bestehen und sich ihrem Inhalt nach nicht mit einander vertragen, hat die ältere den Vorrang (Erw. 2).

A. — Der Brunnen beim Schulhaus der Klägerschaft wurde seit Menschengedenken aus einer Quelle gespiesen, die in einem im Goldisbergwald gelegenen Grundstück des Hans Affolter entsprang. Anlässlich der Grundbuchbereinigung im Kanton Bern (1913) meldete die Klägerschaft auf diesem Grundstück ein Quellen- und Brunnenleitungsrecht an, zu dessen Begründung sie « Besitzstand vor dem Jahre 1828 » angab. Dieses Recht blieb unangefochten, wurde am 31. März 1913 ins kantonale Grundbuch eingetragen und aus diesem 1929 ins eidgenössische Grundbuch übergeschrieben.

Zu Lasten des gleichen Goldisbergwaldgrundstückes war bereits am 11. April 1910 auf Grund eines am 26. Februar 1910 gefertigten Dienstbarkeitsvertrages zwischen der A.-G. Ziegeleien Bettenhausen und Riedtwil einerseits und Hans Affolter andererseits ein Lehmausbeutungsrecht ins kantonale Grundbuch eingetragen worden, nach welchem der dienstbarkeitsberechtigten A.-G. das Recht zustand, das ganze Waldgrundstück auf Lehm auszu-

beuten. Dieses Recht ist in der Folge mit dem ganzen Geschäft auf die beklagte Kollektivgesellschaft übergegangen.

Im Jahre 1928 versiegte der Brunnen beim Schulhaus der Klägerschaft infolge Abgrabung der Quelle bei der Lehmausbeutung, sodass die Klägerschaft genötigt war, eine andere Quelle zu kaufen und herzuleiten.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt sie die Beklagte auf Ersatz der daraus entstandenen Kosten im Gesamtbetrag von 8651 Fr. 75 Cts. unter Berufung auf Art. 706 und 707 ZGB und auf den Vorrang ihres Quellenrechtes vor dem Lehmausbeutungsrecht der Beklagten.

Die Beklagte bestritt sowohl die Anwendbarkeit der angerufenen Bestimmungen des ZGB als auch den Vorrang des Quellenrechtes der Klägerschaft.

C. — Mit Urteil vom 15. Dezember 1930 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen : Auf Art. 706/7 ZGB könne sich die Klägerschaft nicht stützen, weil sich diese nachbarrechtlichen Vorschriften nur mit dem Schutz der Quelle gegen Beeinträchtigung von einem benachbarten Grundstück aus befassen, während hier die Abgrabung auf dem Quellengrundstück selbst und durch einen an diesem Grundstück dinglich Berechtigten erfolgt sei. Wie diesem letztern gegenüber der Grundeigentümer nicht gestützt auf Nachbarrecht vorgehen könnte, ebensowenig könne es der (Quellen-) Dienstbarkeitsberechtigte, der sein Recht von ihm herleite. Dem Quellenberechtigten stünden nur die Rechtsmittel zum Schutz seiner Dienstbarkeit zu Gebote. Wenn aber wie hier von zwei Dienstbarkeiten die eine die andere beeinträchtige, so gehe nach einem Grundsatz, der schon nach bernischem Recht gegolten habe, die ältere der jüngern vor. Das sei hier das Lehmausbeutungsrecht, denn dieses sei bereits 1910 errichtet worden, während das Quellenrecht der Klägerschaft unter der Herrschaft des bernischen Rechtes nicht nachgewiesen und erst auf Grund des Eintrages