

offen stehen, eine bessere Ausbildung und damit höhere Aufwendungen erheischen (oben Erw. 4) und dass sein Fortkommen überhaupt, nicht nur wirtschaftlich erschwert worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. — Die Hauptberufung wird abgewiesen.
2. — Die Anschlussberufung wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. Oktober 1933 in dem Sinne abgeändert, dass der Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger 12,674 Fr. nebst 5 % Zins seit 14. Dezember 1931 zu bezahlen.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

10. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Februar 1934 i. S. Collet gegen Wegmann.

OG Art. 54: Für die Streitwertbestimmung fallen auch nicht rückständige Zinse oder Zinsverluste in Betracht.

In Erwägung :

dass die eingeklagte Forderung von 4668 Fr. 90 Cts. laut dem eigenen Kontoauszug der Klägerinnen vom 5. Mai 1932 zusammengesetzt ist aus 3717 Fr. 55 Cts. Saldoguthaben per 7. Februar 1928 (infolge Wechselbürgschaftszahlung von diesem Tage) und 5 ½ % Zinsen seit diesem Tage bis zum 30. April 1932 ;

dass bei Bestimmung des Streitwertes Zinse nicht in Betracht fallen (Art. 54 Abs. 1 OG), und zwar auch nicht rückständige Zinse (vgl. BGE 31 II S. 795) oder Zinsverluste (vgl. BGE 21 S. 917) ;

dass somit der Streitwert die Berufungssumme von 4000 Fr. (Art. 59 OG) nicht erreicht.

erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

11. Extrait de l'arrêt de la I^{re} Section civile du 6 février 1934 dans la cause Becher contre Habegger.

Le recours en réforme est recevable contre le jugement par défaut rendu en dernière instance cantonale, ce jugement fût-il susceptible de relief et fit-il l'objet d'un recours en cassation cantonal.

Résumé des faits :

Il s'agit d'une action en libération de dette consécutive à une poursuite dirigée le 30 septembre 1930 par le défendeur et recourant Becher contre le demandeur Habegger, pour la somme de 3016 fr.

Le Tribunal de la Singine, jugeant en première instance le 24 janvier 1933, a admis la demande à concurrence de Fr. 6087.—
sous déduction de la somme reconnue . . . » 2876.45

Solde Fr. 3210.55

Sur appel des deux parties — le défendeur modifiant sensiblement les éléments de son compte, tandis que le demandeur maintenait le sien — la Cour d'appel du Canton de Fribourg, par arrêt du 2 octobre 1933, a confirmé d'une manière générale le jugement de première instance, tout en portant le solde créancier de Habegger à 3910 fr. 35, ce qui comportait naturellement, comme en première instance d'ailleurs, l'admission de ses conclusions en libération de dette.

Le défendeur ne s'étant pas présenté aux débats, l'arrêt a été rendu selon la procédure par défaut, mais après examen de tous les moyens de fait et de droit des deux parties.

Le défendeur a recouru contre cet arrêt au Tribunal fédéral. Il a conclu au rejet de la demande et à ce que le demandeur fût condamné à lui payer 2846 fr. 90.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Extrait des considérants de droit :

La question préliminaire de la recevabilité du recours dirigé contre un jugement rendu par défaut (*Kontumazialurteil*) a reçu jusqu'ici une réponse uniformément affirmative. C'est l'avis de WEISS (*Berufung*, p. 43) et des auteurs qu'il cite. REICHEL (n. 2 d ad art. 58 OJF, p. 64), tout en reconnaissant que le recours sera souvent illusoire, par exemple lorsque le droit cantonal assimile le défaut du défendeur à la reconnaissance de la demande, ou le défaut du demandeur à la renonciation à la demande, n'en affirme pas moins catégoriquement : « Haupturteile sind auch die Kontumazialurteile. Das Bundesrecht kennt das Verbot der Berufung gegen Kontumazialurteile nicht ». Le recours, ajoute-t-il, pourra d'ailleurs avoir du succès lorsque le juge cantonal, malgré le défaut, examine (comme en l'espèce) tous les moyens des parties. HAFNER (*Die Anrufung*, *Zeitsch. f. schweiz. Recht*, N. F. 25) n'est pas moins catégorique (p. 169) et il observe, page 213 : « Ein Ausschluss des Rechtsmittels würde sich daher m. E. um so weniger rechtfertigen, als es bekanntlich Kantone (z. B. Zürich) gibt, welche gegen Kontumazialurteile nur die gewöhnlichen Rechtsmittel zulassen und ein besonderes (Einspruchs-, Purgations-) Verfahren nicht kennen ». Il en est de même dans les cantons de Schaffhouse, de Thurgovie et d'Appenzell Rh.-Ext. (v. RASCHER, *Das Kontumazialverfahren*, p. 41). De même encore au Tessin et à Neuchâtel (code actuel), où l'on ne connaît que le défaut en cours de procédure, avec exclusion de la partie défaillante qui n'a pas obtenu le relief (*Purgation*), mais sans possibilité de relief contre le jugement rendu par défaut, tout au moins en ce qui concerne le Tribunal cantonal (art. 355).

Le Tribunal fédéral s'est prononcé comme les auteurs pour la recevabilité du recours. Il a dit (RO 6 p. 459) : L'arrêt attaqué, bien que rendu par défaut, n'en est pas moins conforme aux exigences de l'art. 29 OJ (loi de 1874), c'est-à-dire « un jugement au fond rendu en dernière instance cantonale... » contre lequel « chaque partie », d'après le même article, a le droit de recourir au Tribunal fédéral. La loi ne fait aucune distinction entre les jugements rendus en contradictoire et ceux qui interviennent par défaut, et il est interdit au juge de faire des distinctions ou des restrictions là où la loi n'en a point établi.

Cette opinion est confirmée par l'arrêt RO 38 II p. 527, dont il convient de rappeler les considérants suivants :

Le recours est dirigé contre un *jugement au fond* au sens de l'art. 58 OJF, puisque le jugement attaqué prononce sur le fond même de la demande. Le fait qu'il s'agit d'une décision rendue par défaut est indifférent à cet égard. Il peut cependant arriver que le Tribunal fédéral, bien que compétent en principe pour connaître de la cause, ne puisse, en fait, aborder l'examen du fond du litige parce que les règles du droit de procédure cantonal rendent cet examen impossible. Ce sera le cas, par exemple, lorsque le juge cantonal aura dû admettre la demande uniquement en raison du défaut, sans, par conséquent, en examiner le bien-fondé au regard des pièces du dossier. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le Tribunal de Louèche, faisant application des dispositions du droit cantonal sur le défaut (art. 159 et suiv., surtout art. 168 Cpc val.), a estimé — opinion qui est déterminante pour le Tribunal fédéral — qu'il devait tenir compte, dans son jugement, de toutes les pièces du dossier, notamment des allégations des parties ainsi que des preuves avancées.

D'autre part, le fait que le jugement attaqué a été rendu par défaut a pour conséquence de lui conférer le caractère d'un prononcé de dernière instance cantonale au sens de l'art. 58 OJF. Etant le second jugement par

défaut prononcé sur la même demande, il ne pouvait plus faire l'objet d'un appel au Tribunal cantonal (art. 173 Cpc val.). La voie d'un pourvoi en cassation restait seule ouverte au demandeur sur le terrain cantonal ; mais le fait qu'un tel pourvoi a été effectivement interjeté auprès du Tribunal cantonal n'empêche pas la recevabilité du recours formé auprès du Tribunal fédéral (art. 77 OJF).

Ces considérations ont gardé toute leur valeur. L'intimé estime toutefois qu'il y a lieu de faire subir à la règle une exception, du fait des dispositions spéciales que contient, sur le jugement par défaut et les moyens de l'attaquer, la procédure fribourgeoise. La question n'est pas, à première vue, indiscutable. En effet, dans l'affaire RO 38 II p. 527 (J. d. T. 1913 p. 649), le jugement par défaut attaqué a été considéré comme un prononcé rendu en dernière instance cantonale parce que c'était le second jugement par défaut prononcé sur la même demande et qu'il ne pouvait plus dès lors (art. 173 Cpc val. de 1856) faire l'objet d'un appel au Tribunal cantonal, mais seulement d'un recours en cassation, lequel (art. 77 OJF) n'empêche pas la recevabilité du recours en réforme.

Or, la situation n'est pas la même à Fribourg. Conformément au système français (Cpc art. 149 et suiv.), adopté aussi en Allemagne et dans plusieurs cantons suisses (RASCHER, p. 87, 88 et 123) : Genève, art. 143, Vaud, art. 348 et suiv., Valais, ancienne procédure, lorsqu'il s'agit d'un premier jugement par défaut, art. 170, — Neuchâtel, ancien code, et Grisons — la procédure fribourgeoise donne à la partie défaillante le droit, dans le délai de 15 jours, « d'assigner en relief et en reprise de cause » (art. 489). Et ce droit est illimité, sauf en ce qui concerne les frais. Article 490 : « Le relief ne peut être refusé ; mais la partie condamnée est tenue des frais frustraires, à moins qu'elle ne justifie de l'impossibilité où elle a été de comparaître ». Ainsi, contrairement à une autre règle, suivie dans beaucoup de cantons : Saint-Gall, Zoug, Obwald, Schwyz, Argovie, Lucerne, Nidwald,

Bâle, Ville et Campagne (v. RASCHER, p. 83 et 121), et qui n'autorise le relief que si le défaillant prouve avoir été empêché de procéder, la loi fribourgeoise autorise le relief sans condition. Aussi n'est-ce pas sans apparence de raison que l'intimé considère le relief comme un moyen ordinaire d'obtenir un nouvel examen de la cause, comme un moyen assimilable à l'appel du jugement rendu par défaut au juge statuant en contradictoire. De même que le jugement de première instance, tant qu'il est susceptible d'appel, n'est pas définitif, de même en est-il du jugement par défaut, tant qu'il est susceptible de relief. Ce n'est pas, avant le relief, le dernier jugement de l'autorité cantonale puisque (art. 489) le relief oblige celle-ci à la « reprise de cause ».

Toutefois, il y a entre le jugement de première instance susceptible d'appel et le jugement par défaut susceptible de relief une différence essentielle : une fois le jugement de première instance rendu, la voie de l'appel est ouverte aux deux parties. La situation créée par le jugement par défaut est tout autre. Le droit de relief n'appartient pas aux deux parties, mais au défaillant seul. Par conséquent, si la faculté de recourir au Tribunal fédéral avait pour condition l'exercice préalable du droit de relief, le défaillant seul serait maître de la condition et pourrait, en ne demandant pas le relief, priver du même coup son adversaire de la possibilité de recourir. Cela est inadmissible. Il est vrai que, le plus souvent, l'intérêt de recourir sera moins grand pour la partie présente que pour la défaillante, parce que l'absence de cette dernière aux débats aura généralement permis à la première de triompher plus aisément. Cet intérêt existe cependant, car le gain du procès n'est pas toujours assuré à la partie présente. Ainsi, en l'espèce, les preuves avaient été administrées contradictoirement. Et si le juge fribourgeois (art. 479 Cpc) ne doit admettre les faits allégués par la partie défaillante que s'ils sont prouvés, il n'est pas tenu, d'autre part, d'admettre les faits allégués par la partie

présente ; il peut seulement le faire (art. 480). Aussi bien, le demandeur n'a-t-il pas obtenu complètement gain de cause. Ses contre-prétentions de 9000 fr. n'ont été admises que pour 6000 fr., et on n'aurait pu lui contester le droit de porter sa réclamation devant le Tribunal fédéral, en lui opposant le fait que son adversaire n'avait pas demandé le relief. Car la loi d'organisation judiciaire fédérale accorde aux deux parties la faculté de recourir en réforme.

Le présent recours est par conséquent recevable.

**12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 7. Februar 1934 i. S. Simon
gegen Schweizerische Eidgenossenschaft.**

Kein Vorfrageverfahren im Bundeszivilprozess : der Beklagte hat keinen Anspruch darauf, dass eine Prozesseinrede zum Gegenstand eines besondern Verfahrens gemacht werde. Gerichtlicher Vergleich und rechtskräftiges Urteil: Die Gleichstellung dieser beiden bezieht sich nur auf die Vollstreckbarkeit (Art. 78 Abs. 2 BZP).

Die Beklagte hat in erster Linie eine Uneinlässlichkeits-einrede erhoben mit der Begründung, gemäss Art. 78 Absatz 2 BZP sei ein gerichtlicher Vergleich, wie er hier vorliege, einem rechtskräftigen Urteil gleichzuachten. Er besitze also wie ein solches formelle und materielle Rechtskraft und bewirke dadurch in gleicher Weise wie ein Urteil des Bundesgerichtes, dass der Streit der Parteien ein für allemal in verbindlicher Weise erledigt sei. Eine Anfechtung des Vergleiches aus privatrechtlichen Gründen sei daher nicht zulässig.

In prozessualer Hinsicht ist hiezu zu bemerken, dass der Bundeszivilprozess die Institution der Vorfrage nicht kennt (SCHURTER-FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht des Bundes, S. 363). Die Beklagte hätte daher keinen Anspruch darauf, dass eine von ihr erhobene Prozesseinrede zum

Gegenstand eines besonderen Verfahrens gemacht werde, ohne dass sie sich materiell auf die Streitsache einzulassen brauchte ; sie verlangt dies denn auch gar nicht, sondern hat ein materielles Eventualbegehren gestellt und sich auch sowohl in den Prozessschriften, als in der Hauptverhandlung materiell zur Sache ausgesprochen. Dagegen stünde jedenfalls dem Gerichte das Recht zu, eine derartige Einrede, die für den ganzen Rechtsstreit präjudizielle Bedeutung hätte, vorweg zu entscheiden, sofern sich auf diese Weise unnütze Weiterungen und Kosten vermeiden lassen würden (SCHURTER-FRITZSCHE S. 364). Ob bei Gutheissung der Einrede ein Nichteintretensentscheid zu fällen wäre, wie das Bundesgericht dies unter derartigen Umständen schon getan hat (BGE 7 S. 196 ff.), oder ob die Klage materiell abgewiesen werden müsste, kann hier offen gelassen werden, da die Einrede der Beklagten ohnehin nicht Stich hält.

Wohl bestimmt Art. 78 Absatz 2 BZP, dass ein gültiger Vergleich einem rechtskräftigen Urteil gleichzuachten ist. Dieser vom Gesetz aufgestellte Grundsatz der Gleichstellung von Urteil und Vergleich hat jedoch seine Grenzen, die sich aus der gänzlich verschiedenen Rechtsnatur der beiden Institute ergeben : Das Urteil ist ein autoritativer Akt der Staatsgewalt, mit dem diese die Anwendung des objektiven Rechtes auf dem konkreten Fall durchsetzt ; es beruht auf einer allseitigen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht gemäss den verfahrensrechtlichen Vorschriften. Diese Art des Zustandekommens, die im Rahmen des Möglichen eine Sicherheit für die gerechte Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien bietet, rechtfertigt es, das rechtskräftige Urteil zur Erreichung einer möglichst weitgehenden Rechtssicherheit endgültig und unanfechtbar sein zu lassen, mit Ausnahme der seltenen Fälle einer Revision. Beim Vergleich dagegen liegt die Sache wesentlich anders. In prozessualer Hinsicht hat dieser zwar mit dem Urteil das Eine gemeinsam, dass er das Ende des Rechtsstreites