

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Die zivilrechtliche Beschwerde ist nur zulässig gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz (Art. 86 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege). Die Justizdirektion des Kantons Zürich, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat, wäre letzte Instanz, wenn es sich beim vorliegenden Streit um eine Vormundschaftssache handeln würde ; denn da sie die zweite vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist, wäre nach der Auslegung, die Art. 361 ZGB durch die Praxis gefunden hat, ein Weiterzug an eine dritte kantonale Instanz von Bundesrechts wegen unzulässig (BGE 47 II 17 E. 2). Diese Beschränkung des Instanzenzuges gilt indessen nur für die kraft eidgenössischen Rechtes den vormundschaftlichen Behörden übertragenen Obliegenheiten. Während dies für die Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 283 und für die Versorgung der Kinder gemäss Art. 284 ZGB zutrifft, ist mit Bezug auf die Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt den Kantonen die Bezeichnung der zuständigen Behörden freigestellt (ZGB Art. 285, 287 und 288). Sie können Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden oder in der Instanzenordnung auch beide zusammen damit betrauen, wie Zürich es hinsichtlich des Entzuges der elterlichen Gewalt getan hat (§ 70 EG zum ZGB). Sie können diese Aufgabe aber auch den vormundschaftlichen Behörden überlassen, wie es in Zürich gemäss § 71 des EG zum ZGB für Entscheidungen über die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt der Fall ist. Sind dergestalt die vormundschaftlichen Behörden zuständig erklärt, so sind ihre Massnahmen dennoch keine vormundschaftlichen im Sinne des eidgenössischen Rechtes, und eine Einschränkung des kantonalen Instanzenzuges auf die in Art. 361 bezeichneten Organe kann für sie nicht Platz greifen. Anders sind auch die Ausführungen in BGE 47 II 17 E. 2, die in Verbindung mit der Erwägung I das Gegenteil auszusprechen scheinen, nicht zu verstehen ;

jenes Urteil befasste sich zwar ebenfalls mit der Frage der elterlichen Gewalt, doch war formell der kantonale Entscheid als Vormundschaftssache ausgestaltet. Die vorliegend angefochtene Verfügung hingegen betrifft formell und sachlich nur die Frage der Wiederherstellung der elterlichen Gewalt ; sie hätte gemäss § 13 des zürcherischen Gesetzes über die Organisation und Geschäftsführung des Regierungsrates vom 26. Februar 1899 (Sammelband I S. 178) noch an den Gesamtregierungsrat weitergezogen werden können. Einen letztinstanzlichen Entscheid stellt sie somit nicht dar.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Vgl. auch Nr. 65. — Voir aussi n° 65.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

56. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1938 i. S. Oederlin gegen Moersdorff und Weiss.

Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag ; einseitige Aufhebung durch letztwillige Verfügung ; Anforderungen an den Inhalt dieser Verfügung ; Auslegung derselben.

ZGB Art. 513 ; 494 Abs. 3 ; 478.

Am 6. Juli 1934 starb in Zürich Frau Lilly Oederlin geb. Moersdorff. Als gesetzliche Erben hinterliess sie ihren Ehemann Edmund Oederlin, mit dem sie seit 1933 im Scheidungsprozess stand, und ihre beiden Kinder Sonja und Rosmarie Oederlin. Mit ihrem Ehemann hatte sie am 9. Juli 1925 einen Erbvertrag abgeschlossen, durch

den sie sich gegenseitig als Universalerben einsetzten. Am 16. Juni 1934 errichtete sie aber eine eigenhändige letztwillige Verfügung, in welcher sie erklärte, sie enterbe ihren Mann wegen seiner ehewidrigen Beziehungen zu einer andern Frau, setze die Kinder auf den Pflichtteil, vermache die verfügbare Quote ihrer Mutter Frau Witwe Lydia Moersdorff und ersuche die zuständige Behörde, die Kinder der elterlichen Gewalt ihres Vaters und seinem schädlichen Einfluss zu entziehen und in die Obhut eines Vormundes zu geben. Ausserdem ernannte sie Dr. G. Weiss zum Willensvollstrecker.

Mit ihrer gegen die Begünstigte und den Willensvollstrecker angehobenen Klage, soweit sie noch streitig ist, verlangen der Witwer und die beiden Kinder der Testatorin, dass die Enterbungsverfügung vollständig oder doch soweit aufgehoben werde, als sie den Pflichtteil des überlebenden Ehemannes verletze. Sie bestreiten nicht mehr, dass ein Enterbungsgrund gegenüber dem Ehemann Oederlin erfüllt und die Testatorin demzufolge gemäss ZGB Art. 513 berechtigt war, die Erbeinsetzung mit letztwilliger Verfügung einseitig aufzuheben, machen aber geltend, das erwähnte eigenhändige Testament der Erblasserin enthalte keine den gesetzlichen Formerfordernissen genügende ausdrückliche Aufhebung des Erbvertrages.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die beim Eintreten eines Enterbungsgrundes gegenüber dem Bedachten zulässige einseitige Aufhebung des Erbeinsetzungs- oder Vermächtnisvertrages hat gemäss Art. 513 ZGB in einer der Formen zu erfolgen, die für die Errichtung der letztwilligen Verfügungen vorgeschrieben sind. Aus der Bedeutung dieser Formvorschriften nach Gesetz und Rechtsprechung folgt, dass der Wille, vom Aufhebungsrecht Gebrauch zu machen, im Text der letztwilligen Verfügung derart bestimmt zum Ausdruck gebracht sein muss, dass die ausserhalb der Verfügung liegenden Erklärungen des Testators oder die

Begleitumstände nur noch zur Verdeutlichung herbeigezogen zu werden brauchen. Den Erbvertrag nicht aufzuheben vermöchte ein lediglich abweichende Sachverfügungen enthaltendes späteres Testament; denn dieses unterstünde der Anfechtung durch die Gegenpartei des Erbvertrages (ZGB Art. 494 Abs. 3). Vielmehr muss in der letztwilligen Verfügung der Wille zum Ausdruck gebracht sein, den Erbvertrag aus dem besondern Grunde des Art. 513 aufzuheben. Eine Redewendung, die auf den Erbvertrag Bezug nimmt und ausdrücklich von seiner Aufhebung spricht, ist aber nicht vorgeschrieben. Es genügt auch, wenn sich mittelbar aus dem Inhalt der Verfügung ergibt, dass die dem erbvertraglich Bedachten eingeräumte Begünstigung mit Rücksicht auf sein dem Erblasser gegenüber erwiesenes Verhalten widerrufen sein soll. Dies trifft vorliegend zu. Die Testatorin verweist auf das ehebercherische Verhältnis ihres Mannes, der nicht mehr bestreitet, dass er mit seinem Verhalten einen Enterbungsgrund geschaffen hat. Indem sie erklärt, ihn deswegen enterben zu wollen, spricht sie nach dem landläufigen, hier massgeblichen Sinn dieser Wendung den Willen aus, ihn von jeglicher Teilnahme an ihrer Erbschaft auszuschliessen. Hat dies sogar den Entzug seines gesetzlichen Erb- und Pflichtteils zur Folge (ZGB Art. 478), so bewirkt es umsomehr auch den Widerruf der ihm darüber hinaus vertraglich eingeräumten Erbenstellung. In diesem Sinne bedeutet die Enterbung entgegen gewissen Lehrmeinungen nicht nur den Entzug des gesetzlichen Pflichtteils, sondern den völligen Ausschluss von der Erbschaft.

Dass die Testatorin bei der Abfassung ihrer Verfügung ihre erbvertragliche Bindung nicht mehr in Erinnerung gehabt und ihr deshalb der Wille, sie aufzuheben, gefehlt habe, ist eine blosser Vermutung der Kläger. Eine dahin gehende, das Bundesgericht bindende Feststellung des kantonalen Richters fehlt. Der Inhalt des Testamentes bietet für diese Annahme keinen Anhaltspunkt, sondern lässt in Verbindung mit der Tatsache, dass die Testatorin

mit ihrem Mann im Scheidungsprozess stand, den Schluss zu, dass sie mit der Enterbung gerade auch die ihm eingeräumte erbvertragliche Begünstigung widerrufen wollte.

2. — Ist die Klage aus diesem Grunde abzuweisen, so braucht auf die Frage der Passivlegitimation des mitbeklagten Willensvollstreckers nicht eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1938 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

57. Arrêt de la II^e Section civile du 4 novembre 1938 dans la cause **Commune d'Albeuve** contre **Colliard et Chaperon**.

Captage des eaux souterraines.

Le propriétaire du fonds sous lequel se trouvent des eaux souterraines peut en principe les capter dans son intérêt exclusif, sans avoir égard au fait que par suite des travaux les eaux cessent de se déverser sur les fonds inférieurs. Cependant, si les fouilles pratiquées ont pour effet de couper ou de souiller une source qui jaillit sur un fonds inférieur, l'auteur des fouilles est tenu de payer des dommages-intérêts ou même de rétablir l'état antérieur des lieux, mais seulement lorsque à l'époque des travaux la source était déjà utilisée d'une manière considérable ou captée en vue de son utilisation (art. 706-707, 704 al. 3 CC). (Consid. 2).

Rôle de la bonne foi ? (Consid. 3).

Conditions de l'expropriation prévue à l'art. 711 CC. (Consid. 4).

A. — La Commune d'Albeuve est propriétaire du pâturage de En Lys qui confine au pâturage de Chenaux, lequel appartient en copropriété à Robert Colliard et à Auguste Chaperon. A sept mètres de la limite des fonds, sur En Lys, jaillissait une source formant la naissance

du ruisseau du Flon. A 1400 mètres de la source, sur la propriété de la Chenalettaz, une prise d'eau a été effectuée au ruisseau, en 1927, par la Société des eaux de la Mytha, dont fait partie la Commune d'Albeuve.

Au début de 1929, la Commune d'Albeuve a projeté de capter la source dans l'intérêt du pâturage de la Raveyre et d'autres fonds. A cet effet, elle a procédé d'abord à des travaux de bornage, destinés à savoir exactement sur quel fonds se trouvait la source, puis à des travaux de jaugeage pour lesquels, le 11 octobre 1929, des chéneaux ont été placés.

Le 12 octobre, soit le lendemain, Colliard et Chaperon ont effectué sur leur fonds, à quelques mètres de la source, des travaux qui ont mis à nu les filets d'eau alimentant celle-ci.

B. — En mai 1930, la Commune d'Albeuve a intenté action à Colliard et Chaperon. Elle conclut à ce qu'il soit prononcé que les défendeurs doivent s'abstenir de poursuivre les travaux par lesquels ils ont coupé la source, propriété de la demanderesse, et qu'ils doivent rétablir les lieux dans leur état antérieur ; subsidiairement, qu'ils doivent payer une indemnité de 8000 fr., et plus subsidiairement, qu'ils doivent consentir à une expropriation du superflu des eaux qu'ils ont fait sourdre sur leur fonds.

Les défendeurs ont conclu à libération.

Le Tribunal de la Gruyère a alloué à la demanderesse ses conclusions principales.

La Cour d'appel du Canton de Fribourg a rejeté l'action.

C. — La Commune d'Albeuve a recouru en réforme contre cet arrêt en reprenant ses conclusions. Subsidiairement, elle demande sur un point un complément d'enquête au sens de l'art. 82 OJ.

Considérant en droit :

1. — La Commune d'Albeuve prétend être propriétaire de la source litigieuse et elle réclame la protection des