

Pfandgrundstück zu vertreten haben. Eine Retention solcher Titel wie irgendwelcher Wertpapiere überhaupt muss sich auf den vom Gesetz geforderten Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Wertpapier als selbständigem beweglichem Vermögensstück stützen. Ein Zusammenhang mit dem Grundstück, worauf der Schuldbrief lastet, ist dagegen weder erforderlich noch andererseits genügend. Wollte das Gesetz für Forderungen der vorliegenden Art ein Vorzugsrecht auf einen Grundstückswert geben, so wäre übrigens nicht einzusehen, warum Gegenstand eines solchen Rechtes nicht, ohne Rücksicht auf den Besitz an Schuldbriefen, das Grundstück selbst zu bilden hätte, entsprechend der für die Sicherung von Forderungen der Bauhandwerker getroffenen Ordnung (Art. 837 ff. ZGB). Ob der Beklagten irgendwelche Vorzugsrechte an der Liegenschaft, etwa auf Grund von Art. 939 ZGB, zustehen, ist hier nicht zu prüfen. Nach dem Gesagten fehlt es jedenfalls an den Voraussetzungen eines Retentionsrechtes nach Art. 895 Abs. 1.

Endlich findet die Retentionsansprache keine Grundlage darin, dass der Besitz der Beklagten an den Schuldbriefen als Pfandbesitz (für andere Forderungen) begründet wurde. Ein kaufmännisches Retentionsrecht ist nicht geltend gemacht und steht, wie gesagt, ausser Betracht. Davon abgesehen enthält aber das schweizerische Recht keine Norm, wonach mit rechtsgeschäftlicher Pfandbestellung von Gesetzes wegen eine Pfandhaft für weitere, in der Pfandvereinbarung nicht berücksichtigte Forderungen verbunden wäre (vgl. das römische *pignus Gordianum* und Art. 2082 Abs. 2 Code civil fr.).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 3. Februar 1939 bestätigt.

**30. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Juni 1939**  
i. S. Faesi und Konsorten gegen Graf.

*Nachbarrecht*, Art. 684 ZGB. Übermässige Geruchsbelästigung durch den Betrieb einer Kaffeerösterei in einem Wohnquartier. Abhilfemassnahmen : Apparaturen zur Beseitigung der Röstdünste, eventuell Betriebseinschränkung auf bestimmte Tage und Stunden.

*Rapports de voisinage*, art. 684 CC. Diffusion exagérée d'odeurs incommodantes par une rôtisserie de café, dans un quartier destiné à l'habitation. Moyens d'y porter remède : pose d'appareils propres à absorber les vapeurs produites par la torréfaction ; éventuellement, obligation de ne torrifier que certains jours et à certaines heures.

*Rapporti di vicinato*, art. 684 CC. Esagerata diffusione di odori molesti da parte di un negozio di torrefazione del caffè, in un quartiere destinato ad abitazione. Mezzi per porvi rimedio : installazione di apparecchi atti ad assorbire i vapori prodotti dalla torrefazione ; eventualmente, obbligo di non procedere alla torrefazione in certi giorni e a certe ore.

A. — Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft Bahnhofstrasse 26 in Zollikon ; auf dieser betreibt sie seit dem Jahre 1935 eine Kaffeerösterei. Die Kläger, die in der Nachbarschaft der Beklagten wohnen, fühlen sich durch die beim Röstvorgang entstehenden Dünste übermässig belästigt. Sie hatten schon im Jahre 1936 Klage auf Beseitigung dieser Störung erhoben, die Klage jedoch unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen, nachdem die Beklagte sich vergleichsweise bereit erklärt hatte, gemäss dem Vorschlag des gerichtlichen Experten ein mit Kupferoxydspänen beschicktes Heizrohr einbauen zu lassen. Da diese Vorrichtung aber keine Abhilfe brachte, reichten die Kläger im Dezember 1937 neuerdings Klage ein.

B. — Die Kläger haben in erster Linie beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, einen Elektrofilter gemäss dem Vorschlag des Professors v. Gonzenbach einzubauen, bei dem die Kläger im Jahre 1935 ein Privatgutachten eingeholt hatten ; eventuell sei die Beklagte zu verpflichten,

eine andere dem Gericht zweckmässig erscheinende Vorrichtung anzubringen; weiter eventuell haben die Kläger beantragt, es sei der Beklagten der Betrieb der Kaffeerösterei gänzlich zu verbieten oder dieser in einem vom Gericht festzusetzenden Umfang zeitlich zu beschränken.

Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage ange-  
tragen.

C. — Das Bezirksgericht Zürich hat mit Urteil vom 4. Mai 1938 die Klage in dem Sinne geschützt, dass die Beklagte nur an 3 Tagen in der Woche jeweilen von 9-11 Uhr vormittags Kaffee rösten dürfe.

D. — Auf Berufung beider Parteien hin hat das Obergericht Zürich mit Urteil vom 16. Dezember 1938 der Beklagten untersagt, ihre Kaffeerösterei zu einer andern Zeit als an Wochentagen von 8-11 Uhr vormittags zu betreiben, im übrigen dagegen die Klage abgewiesen.

Dieser Entscheid beruht im Wesentlichen auf den folgenden Erwägungen: In den Röstdämpfen seien verschiedene Stoffe enthalten, die zwar nicht gesundheits-schädlich seien, aber besonders bei längerer Einwirkung als lästig empfunden werden, nämlich Essigsäure, die einen leicht stechenden, Methylamin, das einen unangenehmen, und Pyrrol, das einen leicht beissenden Geruch aufweise. Diese Gerüche, die selbst in ausserordentlich geringer Konzentration mit der Nase noch wahrzunehmen seien, machen sich namentlich bei Süd- und Westwind in den Liegen-schaften der Kläger stark bemerkbar. Der Betrieb der Beklagten sei zwar ein Kleinbetrieb, bei dem der Röst-apparat nur während weniger Stunden gebraucht werde; da das Haus der Beklagten aber in einer Mulde liege, bleibe der Geruch bei tiefem Barometerstand oder Föhnwetter längere Zeit hindurch liegen. Mit Rücksicht darauf, dass es sich bei dem fraglichen Quartier um ein Wohnquartier handle, müsse diese Geruchsbelästigung vom Standpunkt eines Durchschnittsmenschen aus als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB bezeichnet werden. Bei der Prüfung der Frage, wie der unzulässigen Immission zu begegnen sei,

hat die Vorinstanz das Begehren der Kläger um gänzliche Einstellung des Betriebes der Beklagten als zu weitgehend abgelehnt, da die Beklagte für ihren Unterhalt auf den Betrieb angewiesen sei. Einen Versuch mit dem von den Klägern vorgeschlagenen Elektrofilter zu machen, könne der Beklagten nicht zugemutet werden, da die Erstellerfirma keine hinreichende Garantie für dessen Wirksamkeit zu geben vermöge. Die Vorinstanz hat sich deshalb der vom Bezirksgericht gewählten Lösung der Beschränkung des Röstbetriebes in zeitlicher Hinsicht angeschlossen, aber weitergehend als die erste Instanz das Rösten an jedem Wochentag von 8-11 Uhr morgens als zulässig erklärt.

E. — Gegen das Urteil des Obergerichtes haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Sie beantragen erneut, die Beklagte sei zu verpflichten, ihre Röstanlage mit einem Elektrofilter zu versehen; eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Abklärung der Frage, ob durch Einbau eines solchen Filters die Belästigung behoben werden könne. Weiter eventuell beantragen sie die Wiederherstellung des bezirksgerichtlichen Urteils, d. h. Beschränkung des Röstbetriebes auf 3 Wochentage von 9-11 Uhr vormittags.

Die Beklagte hat die Anschlussberufung erklärt und beantragt wiederum gänzliche Abweisung der Klage.

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

1. — Die Feststellungen der Vorinstanz über die Beschaffenheit, die Dauer und die Wirkungen der beim Betrieb der Kaffeerösterei der Beklagten entstehenden Dünste einerseits und den Charakter des in Frage stehenden Quartiers als gutes Wohnquartier andererseits sind tatsächlicher Natur und daher gemäss Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlich. Bei der Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Belästigung einen solchen Grad erreiche, dass sie für ein Wohnquartier als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB zu bezeichnen sei, ist die Vorinstanz von rechtlich

richtigen Grundsätzen ausgegangen, indem sie auf die Wirkung der fraglichen Immission auf einen Durchschnittsmenschen abgestellt hat und nicht etwa nur auf die besonderen Bedürfnisse und Empfindungen gerade der Kläger. Im übrigen handelt es sich hiebei um eine Ermessensfrage, in welcher das Bundesgericht weitgehend auf die Beurteilung durch die Vorinstanz angewiesen ist und nur Anlass zum Einschreiten hätte, wenn unzweifelhaft ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorläge. Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Anschlussberufung auf gänzliche Abweisung der Klage, welche die Verneinung einer übermässigen Immission zur Voraussetzung hätte, ist daher abzuweisen.

2. — Ist die vom Betrieb der Beklagten auf die Liegenschaften der Kläger ausgeübte Immission unzulässig, so fragt sich, welche Vorkehrungen dagegen zu treffen seien. Eine gänzliche Einstellung des Betriebes scheidet schon deshalb aus, weil die Kläger ihr diesbezügliches Begehren fallen gelassen haben.

Von den sonst in Betracht fallenden Massnahmen verdient diejenige den Vorzug, welche eine möglichst umfassende Behebung der Übelstände bewirkt. Dies wäre, sofern die Behauptungen der Kläger zutreffen sollten, der Einbau eines Elektrofilters. Für die Kläger hätte diese Lösung den Vorteil, dass die Belästigung nicht nur auf bestimmte Zeiten eingeschränkt, sondern vollständig beseitigt würde. Der Vorteil für die Beklagte aber läge darin, dass sie in der Wahl des Zeitpunktes für das Rösten frei wäre und ihn den geschäftlichen Notwendigkeiten entsprechend ansetzen könnte, sowie dass sie bei einer allfälligen Vergrösserung des Betriebes infolge Umsatzsteigerung nicht durch Beschränkung der Röstzeiten gehemmt wäre.

Die Vorinstanz hat den Einbau eines Elektrofilters als unzulässig abgelehnt mit der Begründung, nachdem die erste Schutzvorrichtung den in sie gesetzten Erwartungen nicht entsprochen habe, könnte der Beklagten die Aufwendung weiterer Mittel für Apparate usw. nur zugemutet

werden, wenn eine hinreichende Garantie für deren Wirksamkeit bestünde; dies sei aber für den Elektrofilter nicht der Fall. Sie übersieht jedoch, dass es sich vorderhand noch gar nicht um die *Anschaffung* eines solchen Filters, der Fr. 3600.— kosten würde, handelt, sondern lediglich um die *probeweise Anbringung* desselben. Einen Versuch zu machen, kann der Beklagten aber um so eher zugemutet werden, als ja die Kläger bereit sind, für die Kosten eines solchen aufzukommen, wie sie sowohl im kantonalen Verfahren, wie auch in der Berufungsschrift erklärt haben.

Die Sache ist daher zur Vornahme dieses Versuches an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf Grund von dessen Ergebnissen wird sich dann die Vorinstanz neuerdings über die Frage auszusprechen haben, ob die Wirksamkeit des Filters derart gesichert erscheine, dass dessen Anschaffung der Beklagten zugemutet werden dürfe. Bei der neuen Entscheidung wird die Vorinstanz auch die Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Ausgabe für die Beklagte zu prüfen haben. Denn die Beklagte könnte nicht zur Anschaffung eines Apparates verpflichtet werden, dessen Kosten für sie unerschwinglich wären, so dass sie auf diesem Umwege zur Einstellung des Betriebes gezwungen würde, während doch gemäss dem von den Klägern in dieser Hinsicht mit Recht nicht angefochtenen Entscheid der Vorinstanz das gänzliche Verbot des Betriebes als zu weitgehend zu bezeichnen wäre.

3. — Sind die Ergebnisse des Versuchs derart, dass aus dem einen oder andern Grunde die Verpflichtung der Beklagten zu der Anschaffung des Elektrofilters ausser Betracht fällt, so bleibt nur die Möglichkeit der zeitlichen Beschränkung der Immission, die von den beiden kantonalen Instanzen gewählt worden ist. Dabei erweist sich die vom Bezirksgericht getroffene Lösung als die zweckmässigere; denn eine Ermächtigung der Beklagten, täglich von 8-11 Uhr zu rösten, würde dem Anspruch der Kläger auf möglichste Einschränkung der Belästigung nicht in

genügendem Masse gerecht, besonders wenn man in Betracht zieht, dass die Beklagte nach den Akten bisher mit verschwindenden Ausnahmen während höchstens 2 Stunden täglich geröstet hat und dass schon dies eine übermässige Belästigung der Nachbarschaft mit sich brachte. Auf der andern Seite bedeutet die Vorschrift des Bezirksgerichts, dass nur an drei Wochentagen von 9-11 Uhr geröstet werden dürfe, keineswegs eine zu weitgehende Einschränkung für die Beklagte, da nach den Akten die Rösterei in den letzten Jahren nie mehr als 20 Stunden monatlich im Betrieb war, während nach der Regelung des Bezirksgerichts der Beklagten monatlich mindestens 24 Stunden zur Verfügung stehen. Dagegen empfiehlt es sich, die Wahl der drei Tage nicht der Beklagten anheimzustellen, sondern sie zum vorneherein festzulegen, damit die Kläger genau wissen, wann sie mit einer Geruchsbelästigung zu rechnen haben und sich dementsprechend einrichten können. Dabei hätte die Vorinstanz auf die geschäftlichen Bedürfnisse der Beklagten gebührend Rücksicht zu nehmen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. — Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. — In Gutheissung der Hauptberufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1938 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 20, 31. — Voir aussi nos 20, 31.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

##### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 31. Arrêt de la I<sup>re</sup> Section civile du 13 juin 1939 dans la cause **Lathion c. Martignoni.**

Le mandat par lequel une personne s'engage envers une autre à acheter l'immeuble d'un tiers pour le rétrocéder au mandant n'est en principe pas soumis à la forme authentique.

Réserve est faite du cas où le mandant pourrait renoncer à son droit de révoquer le mandat ou la procuration, et du cas où le mandat tendrait à rendre possible la conclusion d'un contrat de vente qui, sans cela, échouerait devant l'exigence de la forme authentique.

Der Auftrag, die Liegenschaft eines Dritten zu erwerben, um sie dem Auftraggeber zu übertragen, bedarf grundsätzlich nicht der öffentlichen Beurkundung.

Vorbehalten bleiben der Fall der vertraglich vereinbarten Unwiderruflichkeit des Auftrages oder der Vollmacht, sowie der Fall, dass mit dem Auftrag der Abschluss eines Kaufvertrages angestrebt wird, der sonst am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung scheitern müsste.

Il mandato, in virtù del quale il mandatario si obbliga a comperare un immobile di un terzo per retrocederlo al mandante, non è soggetto, in massima, alla forma autentica.

E' riservato il caso, in cui il mandante rinuncia al suo diritto di revoca del mandato o della procura, come pure è riservato il caso, in cui il mandato mira a rendere possibile la conclusione di un contratto di vendita, che, altrimenti, non sarebbe possibile per l'esigenza della forma autentica.

Jean Martignoni était propriétaire, à Thovex, d'une maison d'habitation avec jardin et deux petits prés, estimés au cadastre 4500 francs. Comme il était dans une situation obérée et que ses immeubles allaient être vendus par l'office des poursuites au plus offrant, il conçut le projet, pour les garder, de les faire reprendre par sa femme. Or il fallait d'abord assurer celle-ci contre une intervention de Maurice Lathion, qui apparaissait comme un acquéreur possible du fait qu'il avait à se couvrir d'une perte de 723 fr., éprouvée en qualité de caution de Jean Martignoni. C'est le but de la convention conclue le 17 décembre 1937