

## I. SACHENRECHT

## DROITS RÉELS

69. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung  
vom 19. November 1953 i. S. Weinhandlung Widmer A.-G.  
gegen Gloor.

Vertraglicher Inhalt (zeitliche Begrenzung) eines vor dem Inkrafttreten des ZGB errichteten Fahrwegrechtes. Anwendbarkeit des alten kantonalen Rechtes für die Auslegung dieser Klausel auch nach Einführung des Grundbuches, und zwar auch hinsichtlich der Frage, ob eine neue Tatsache den vertraglichen Beendigungsgrund ausmache. Art. 1, 3 und 17 SchlT des ZGB (Erw. 1-3).

Ist Art. 2 ZGB auf altrechtliche Verhältnisse anwendbar? Art. 2 SchlT des ZGB (Erw. 5).

Droit de passage à char établi avant l'entrée en vigueur du CC. Contenu du contrat constitutif (limitation dans le temps). L'ancien droit cantonal est applicable à l'interprétation de cette clause même après l'introduction du registre foncier. Il l'est aussi lorsqu'il s'agit de savoir si un fait nouveau constitue le motif qui, d'après le contrat, devait mettre fin à la servitude. Art. 1, 3 et 17 Tit. fin. CC (consid. 1-3).

L'art. 2 CC est-il applicable aux rapports juridiques soumis à l'ancien droit? Art. 2 Tit. fin. CC (consid. 5).

Diritto di passo con carro, costituito prima dell'entrata in vigore del CC. Contenuto del contratto costitutivo (limitazione nel tempo). Il vecchio diritto cantonale è applicabile all'interpretazione di questa clausola anche dopo l'introduzione del registro fondiario, in particolare quando si tratta di sapere se un fatto nuovo costituisca il caso di estinzione della servitù previsto dal contratto. Art. 1, 3 e 17 tit. fin. CC (consid. 1-3).

L'art. 2 CC è applicabile ai rapporti giuridici soggetti al vecchio diritto? Art. 2 tit. fin. CC (consid. 5).

*Aus dem Tatbestand:*

A. — Zugunsten der nordwärts an den Stadtbach von Aarau grenzenden Fabrik-Liegenschaft Nr. 1017 besteht seit 1886 ein Fahrwegrecht zur Benutzung eines Strässchens zu Lasten der südlich, gegen die Laurenzenvorstadt hin,

gelegenen Parzelle Nr. 1019. Der Dienstbarkeitsvertrag enthält folgende Bestimmung :

« Sobald eine andere Zu- und Vonfahrt für die Fabriken und deren Umgelände erstellt ist, darf das Strässchen von den Eigentümern, Angestellten und Arbeitern der Fabrik nicht mehr betreten und befahren werden.»

B. — Diese Dienstbarkeit wurde bei der Grundbuchbereinigung eingetragen. Max Gloor ersteigerte das berechnigte Grundstück im Jahre 1924. Er erwarb von der Stadtgemeinde Aarau eine Grunddienstbarkeit für eine nördliche Zufahrt von der neu errichteten Mühlemattstrasse über den Stadtbach. Ferner gestattete ihm die Stadtgemeinde (gegen Beseitigungsrevers) die Errichtung einer 5 m breiten Betonbrücke über den Stadtbach, die 1944 zur Ausführung kam.

C. — Infolge dieser nördlichen Zufahrt zu den Fabriken hielt die Weinhandlung Widmer A.-G., die im Jahre 1946 das belastete Grundstück kaufte, das Fahrwegrecht nach der alten Dienstbarkeitsklausel als hinfällig. Sie erhob Klage auf Löschung der Dienstbarkeit. Der Beklagte wendete ein, die Zufahrt von Norden sei weder tatsächlich noch rechtlich gleichwertig. Nach dem übrigen Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages könne man gar nicht eine Zufahrt von Norden im Auge gehabt haben. Die Dienstbarkeit zur Benutzung des südlichen Strässchens bestehe daher weiterhin zu Recht.

D. — In beiden kantonalen Instanzen abgewiesen, hat die Klägerin gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 10. April 1953 Berufung eingelegt. Sie hält am erwähnten Begehren fest und trägt eventuell auf Rückweisung der Sache zu neuer Beurteilung an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Dienstbarkeit, deren Hinfall die Klägerin geltend macht, wurde unter dem alten aargauischen Rechte begründet, und der Hinfall wird in erster Linie aus einer Klausel der Begründungsakte von 1886 und

1890 hergeleitet. Deshalb erhebt sich vorweg die Frage nach dem anwendbaren Recht, die auch mit dem Eventualbegehren der Berufung aufgeworfen wird. Nun hat allerdings die Klägerin das belastete Grundstück Nr. 1019 erst 1946 gekauft, also seit Inkrafttreten des ZGB und nach der auf den 1. Oktober 1939 erfolgten Einführung des eidgenössischen Grundbuches in der Stadtgemeinde Aarau (gemäss Grossratsbeschluss vom 6. März 1939 und Regierungsbeschluss vom 21. Juli 1939). Sie kann sich daher auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches nach Art. 973 ZGB berufen (vgl. Art. 44 und 48 Abs. 3 des Schlusstittels des ZGB). Allein die streitige Dienstbarkeit war ja bei der Grundbuchbereinigung eingetragen worden, und es liegt auf der Hand (und ist unbestritten), dass der nähere Inhalt den Belegen entnommen werden muss, auf deren Klauseln sich denn auch die Klägerin selber beruft. Der Streit dreht sich eben um Sinn und Tragweite der die zeitliche Begrenzung umschreibenden Hinfallklausel. Grundlage der Klage ist somit eine auf dem alten aargauischen Rechte beruhende Vertragsbestimmung, die den Inhalt (die Dauer) einer altrechtlichen Dienstbarkeit zum Gegenstande hat. Das schweizerische ZGB lässt diese Rechtsgrundlage unberührt, wie es denn in Art. 17 Abs. 1 SchlT die unter dem alten Rechte begründeten dinglichen Rechte weiterhin anerkennt. Wenn Abs. 2 daselbst bestimmt, dass diese Rechte « in bezug auf ihren Inhalt » nach dem Inkrafttreten des ZGB, soweit dieses eine Ausnahme nicht vorsieht, unter dem neuen Rechte stehen, so ist damit (entsprechend Art. 3 SchlT) nur der gesetzliche, nicht auch ein rechtsgeschäftlicher Rechtsinhalt gemeint. Dieser untersteht vielmehr nach der Grundregel des Art. 1 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 und 3 SchlT nach wie vor dem alten Rechte (vgl. z. B. BGE 38 II 750, 39 II 203, 52 II 349 ; MUTZNER, Nr. 75 zu Art. 17 SchlT). Der abweichenden Ansicht von A. SCHNEIDER (SJZ 24 S. 33 ff) hält LEMANN (in der redaktionellen Anmerkung dazu) mit Recht entgegen, eine altrechtliche Dienstbarkeit

werde durch die Einführung des Grundbuches nicht zur neurechtlichen ; die alte Rechtsgrundlage bleibe bestehen. Übereinstimmend mit BGE 73 II 33 E. 1 ist daher an der erwähnten Rechtsprechung festzuhalten.

2. — Der gesetzliche Inhalt eines « Fahrwegrechtes » ist im vorliegenden Falle nicht streitig. Er wäre übrigens gleichfalls nicht nach Bundesrecht, sondern (kraft der in Art. 740 ZGB vorgesehenen Ausnahme von Art. 17 Abs. 2 SchIT) nach dem — jetzt geltenden — kantonalen Recht und dem Ortsgebrauch zu bestimmen. Sodann ist dem Beklagten darin nicht beizustimmen, dass nach Art. 1 Abs. 3 SchIT neues Recht anzuwenden sei, weil sich die Klägerin auf die 1944 eingetretene Tatsache der Brückenerstellung berufe. Es geht ja um den in den alten Verträgen vorgesehenen Untergangsgrund einer « andern Zu- und Vonfahrt für die Fabriken », und nicht darum, ob die Brücke über den Stadtbach nach ZGB einen gesetzlichen Grund für den Hinfall der streitigen Dienstbarkeit bilde.

3. — Indem das angefochtene Urteil von Art. 738 ZGB ausgeht, statt sich auf das alte kantonale Recht zu stützen, verkennt es anscheinend die oben dargelegte Rechtsgrundlage. Allein, vom unrichtigen Ausgangspunkt des ZGB aus gelangt es dann gleichwohl zutreffenderweise zur Kernfrage der Auslegung der altrechtlichen Dienstbarkeitsklauseln nach Massgabe der damaligen Verhältnisse. Damit war die Entscheidung auf den ihr zukommenden altrechtlichen Boden gestellt, wenn auch ohne Beiziehung gesetzlicher Bestimmungen des damaligen Rechtes. Da eben gar nicht der gesetzliche Dienstbarkeitsinhalt, sondern einzig und allein Sinn und Tragweite rechtsgeschäftlicher Bestimmungen über die zeitliche Begrenzung der Dienstbarkeit zu beurteilen waren, brauchte das Obergericht keine gesetzlichen Vorschriften zu erörtern. Die Gültigkeit der Dienstbarkeit samt jener Begrenzungsklausel stand ja ausser Streit. Allerdings weist die Klägerin auf § 523 des Aargauischen Bürgerlichen Gesetzbuches hin, der

bestimmte, die Vermutung streite für die Freiheit des Eigentums und gegen die Dienstbarkeit. Damit war aber die Klägerin nicht von der Beweislast für den Hinfall der Dienstbarkeit entbunden. Hat das Obergericht, wie dargestellt, richtigerweise auf die Auslegung der alten Vertragsklausel gemäss den Verhältnissen zur Zeit ihrer Vereinbarung abgestellt und sie dementsprechend auf die neuen Tatsachen angewendet, so ist (wie in BGE 38 II 750) auf die Berufung nicht einzutreten, da Bundesrecht nicht verletzt ist (Art. 43 Abs. 1 OG).

Dasselbe gilt hinsichtlich der vom Obergericht verneinten Frage, ob der Beklagte kraft der erwähnten Hinfallklausel verpflichtet gewesen wäre, sich selber um eine (tatsächlich und rechtlich gleichwertige) « andere Zu- und Vonfahrt » zu bemühen.

4. — ...

5. — Neu ist die (auf S. 6 und 7 der Berufungsschrift erhobene) Rüge, das Verhalten des Beklagten sei offensichtlich rechtsmissbräuchlich, verstosse also gegen Art. 2 ZGB, was das obergerichtliche Urteil sanktioniere. In dieser Hinsicht kann der Klägerin nicht verspätetes Vorbringen vorgehalten werden ; denn der Grundsatz des Art. 2 ZGB ist um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt und daher in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten (BGE 38 II 463, 40 II 344, 69 II 103). Die allgemeinen Bestimmungen der Einleitung des ZGB sind jedoch an und für sich nur auf Rechtsverhältnisse, die dem Bundesrecht unterstehen, anwendbar, was sowohl hinsichtlich des Art. 2 wie auch des Art. 8 ZGB entschieden worden ist (BGE 44 II 444/5 ; Urteil vom 28. Februar 1951 i. S. Elsener gegen Einwohnergemeinde Neuheim, S. 9). Beachtlich wäre freilich eine Rüge, die dahin ginge, das vom angefochtenen Urteil angewendete alte kantonale Recht selber verstosse (etwa gerade aus dem Gesichtspunkte des Art. 2 ZGB) gegen die heutige öffentliche Ordnung der Eidgenossenschaft und sei daher nicht anwendbar (was zugleich auf die Rüge einer Verletzung

von Art. 2 SchIT hinausliefe.) Davon ist jedoch nicht die Rede; vielmehr beruft sich die Klägerin auch ihrerseits auf das alte Recht, nämlich auf die erwähnte Vertragsklausel, indem sie dem Beklagten vorwirft, sich nicht so verhalten zu haben, wie es die Klausel nach der ihr nach ihrer Ansicht zuzuschreibenden ausdehnenden Bedeutung erfordere. Ist aber die von der Klägerin verfochtene Auslegung gemäss der insoweit vom Bundesgericht nicht nachzuprüfenden angefochtenen Entscheidung unrichtig, so kann von Rechtsmissbrauch nicht gesprochen werden, zumal ein fortdauerndes Interesse des Beklagten an der südlichen Zu- und Vonfahrt festgestellt ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Soweit auf die Berufung eingetreten werden kann, wird sie abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 10. April 1953 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 72. — Voir aussi n° 72.

## II. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

Vgl. Nr. 70, 71, 72. — Voir nos 70, 71, 72.

## III. VERSICHERUNGSVERTRAG

### CONTRAT D'ASSURANCE

70. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 10 novembre 1953 dans la cause *Helvetia, Société suisse d'assurance contre les accidents et la responsabilité civile contre Oppliger*.

*Art. 72 LCA, 50 et 51 CO.*

Du droit de recours de l'assureur de la responsabilité civile contre les tiers qui, comme l'assuré, sont responsables du dommage.

*Art. 72 VVG, 50 und 51 OR.*

Über das Rückgriffsrecht des Haftpflichtversicherers gegen Dritte, die gleich dem Versicherten für den Schaden haftbar sind.

*Art. 72 LCA, 50 e 51 CO.*

Del diritto di regresso dell'assicuratore della responsabilità civile contro i terzi che, come l'assicurato, sono responsabili del danno.

#### *Résumé de l'état de fait:*

En 1947, les Entreprises électriques fribourgeoises chargèrent Oppliger d'imprégner les poteaux de leur ligne du col de Lys, qui traverse des alpages. Oppliger fit exécuter cette tâche par une équipe de ses ouvriers. Les travaux coïncidèrent avec l'inalpe. Plusieurs pièces de bétail absorbèrent, en léchant les poteaux, le produit toxique qui servait à l'imprégnation. Elles périrent ou durent être abattues. Assurant les Entreprises électriques fribourgeoises contre la responsabilité civile, l'Helvetia admit que ces dernières étaient tenues du dommage en vertu de l'art. 58 CO et elle répara le préjudice subi par les propriétaires du bétail. Puis, estimant qu'Oppliger répondait également du dommage, notamment en vertu des art. 41 et 55 CO, elle l'actionna en paiement du montant qu'elle avait versé. Déboutée par les juridictions cantonales fribourgeoises, elle recourut en réforme au Tribunal fédéral.