

hierüber kann offengelassen bleiben, weil auch bei Anwendung des neuen Rechtes eine Ungiltigkeit der Servitut wegen Verletzung des Art. 730 Abs. 2 hier nicht anzunehmen ist. Beim Entscheid darüber, ob die Handlung, die in casu neben anderem den Gegenstand der Servitut bildet, nur „nebensächlich“ mit der „Grunddienstbarkeit“ verbunden sei, kommt es nicht auf die ökonomische Bedeutung dieser Handlung für die Parteien an; das Gesetz will vielmehr Handlungen überall als Gegenstand der Servitut zulassen, wo sie neben den in Art. 730 Abs. 1 ZGB genannten Gegenständen (Eigentumseingriffe und Ausübungseinschränkungen) auftreten (vgl. im gleichen Sinn die deutsche Praxis, Staudinger, Kommentar § 1018 II 2 a). Im vorliegenden Fall besteht die von der Vorinstanz angenommene Verpflichtung zur Bereitstellung der Eisenbahnwagen nur neben derjenigen der Duldung einer Überfahrt des Berechtigten auf einem Hilfsgeleise über das Stationsgebiet und ist daher nach Art. 730 Abs. 2 ZGB nicht zu beanstanden.

3. — Was sodann die von der Beklagten angerufenen eidgenössischen Eisenbahnspezialgesetze betrifft, so stehen sie der streitigen Dienstbarkeit ebenfalls nicht im Wege. Wie das Bundesgericht schon früher erkannt hat (N^o 26 II S. 11 und 12), ist der Eisenbahnkörper in Bezug auf Dienstbarkeiten, die daran erworben werden könnten, nur insofern dem kantonalen Recht entzogen, als eine Erziehung solcher Dienstbarkeiten unmöglich ist. Hingegen schließt die öffentliche Zweckbestimmung des Bahnareals nicht aus, daß, wie im vorliegenden Fall, die Bahnbehörden selbst dingliche Rechte an der öffentlichrechtlichen Sache bestellen. Die Beklagte hat sich daher in ihrem heutigen Vortrag mit Recht auf das Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 nicht mehr berufen. Sie kann dem Kläger aber auch nicht Art. 14 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 entgegenhalten. Wenn Art. 14 dieses Gesetzes bestimmt, daß die Baupläne für das Tracé, für die Stationen samt deren Einrichtung, sowie für sämtliche größeren Bauobjekte, einschließlich der wichtigeren Hochbauten, dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen sind, so enthält er eine im Interesse des Bahnbetriebes aufgestellte öffentlichrechtliche Vor-

schrift, die die zivilrechtliche Giltigkeit eines dinglichen Rechtes, wenn es selbst unter Verletzung dieser Bestimmung entstanden wäre, nicht beeinflussen kann. Überdies würde es gegen die gute Treue verstoßen, wenn diejenige Partei (die Bundesbahnen als Rechtsnachfolgerin der Bern-Luzern-Bahn), die in erster Linie dazu da gewesen wäre, die Genehmigung des Bundesrates einzuholen, sich darauf berufen könnte, daß dies nicht geschehen sei und auf diese Weise der Notwendigkeit enthoben würde, die ihr unbequem gewordene Dienstbarkeit enteignen zu müssen. Das gleiche gilt auch von Art. 2 des Bundesgesetzes über die Verbindungsgeleise vom 19. Dezember 1874.

4. — Hat aber die Vorinstanz darüber, ob die Beklagte das Recht des Klägers anzuerkennen habe, endgültig entschieden, so entzieht sich auch die damit zusammenhängende Schadenersatzfrage der Überprüfung des Bundesgerichts.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 29. Mai 1912 bestätigt.

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. November 1912

in Sachen Müller, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Hoffketter, Vekl. u. Ver.-Vekl.

1. Die in Art. 33 SchlT ZGB vorbehaltene Gleichstellung altrechtlicher Grundpfandrechte mit denjenigen des neuen Rechtes bezieht sich nur auf zukünftige Tatsachen, nicht auf eine unter dem alten Recht eingetretene Kündigung des grundversicherten Darlehens.
2. Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält auch eine Weisung an den Richter, die Rechtsverhältnisse der Parteien nach Treu und Glauben zu beurteilen; er gehört zu den um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Bestimmungen (SchlT 2).

A. — Der Beklagte schuldet dem Kläger laut einer Hypothekarobligation vom 20. Januar 1911 70,000 Fr., über deren Verzinsung und Rückbarkeit folgendes stipuliert worden war:

„Der Debitor verpflichtet sich, das Kapital von 70,000 Fr. „vierteljährlich auf den 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober jeweils mit 875 Fr. zu verzinsen.

„Bei richtiger, d. h. innert 4 Wochen erfolglicher Verzinsung „bleibt das Kapital kreditorscherseits bis 1. Oktober 1918 fest „und unkündbar.

„Nach Ablauf dieser Frist steht beiden Teilen das Recht zu, „das Kapital jederzeit auf drei Monate zur Rückzahlung zu „kündigen.“

Im Juni und Juli 1911 bezog der Kläger vom Beklagten verschiedene Waren im Fakturabetrag von 696 Fr. 55 Cts. Darunter befanden sich zwei Hahnen, die der Kläger in Luzern einschleifen ließ, weil sie, wie er behauptet, nicht richtig funktionierten. Hiefür legte er 12 Fr. aus, die er dem Beklagten belastete. Am 31. August zahlte er darauf seine Warenschuld unter Abzug der 12 Fr. Der Beklagte brachte nun diesen Betrag am 30. September seinerseits an dem Kapitalzins wieder in Abzug und bezahlte infolgedessen statt 875 Fr. nur 863 Fr. Der Kläger quittierte hiefür nur „a conto des Quartalzinses“ und klagte am 27. Oktober die 12 Fr. gerichtlich ein, unter Angabe des Rechtsgrundes: „Für Arbeit im Hotel Viktoria in Luzern und Spesen.“ Als nun am 4. November der Einzelrichter eine Expertise über die Beschaffenheit der Hahnen anordnen wollte, anerkannte der Beklagte, um die Kosten der Expertise zu vermeiden, die eingeklagte Forderung im Betrage von 12 Fr., wogegen der Kläger seinen Antrag auf Zuspriech einer Parteientschädigung fallen ließ. Noch am gleichen Tage kündete darauf der Kläger dem Beklagten die Hypothekarobligation auf 3 Monate, mit der Begründung, der Beklagte sei, da er die Forderung von 12 Fr. anerkannt habe, mit einem Teil des Quartalzinses im Rückstand. Am 9. November zahlte darauf der Beklagte die 12 Fr.

B. — Durch Urteil vom 13. August 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt auf das klägerische Rechtsbegehren:

„Die Aufkündigung des vom Beklagten dem Kläger geschuldeten „Kapitals von 70,000 Fr. de dato 4. November 1911 auf „4. Februar 1912 sei für den Beklagten rechtsverbindlich zu erklären und demgemäß der Beklagte zu verurteilen, 70,000 Fr.

„samt Zins à 5 % seit 1. Oktober 1911 am 4. Februar 1912 „dem Kläger zurückzubehalten,

erkannt: „ Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.“

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

„Die Klage wird abgewiesen.“

Das zweitinstanzliche Urteil ist im wesentlichen folgendermaßen begründet:

Der vom Beklagten angerufene Art. 2 ZGB sei auf den vorliegenden Fall anwendbar, weil er eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte Bestimmung enthalte und daher gemäß Art. 2 Schl. ZGB mit dem Inkrafttreten des Gesetzes auch auf solche Verhältnisse Anwendung finde, die im übrigen noch dem bisherigen Rechte unterstehen.

Die Frage, ob der Kläger durch die Geltendmachung eines Kündigungsrechtes unter den vorliegenden Umständen Treu und Glauben verlege (Art. 2 Abs. 1 ZGB), könne nicht schon darum bejaht werden, weil der rückständige Zinsrest bloß 12 Fr. betrage. Entscheidend sei dagegen, daß der Kläger die ihm noch zukommenden 12 Fr. als Forderung „für Arbeit im Hotel Viktoria in Luzern und Spesen“ eingeklagt und sich wegen dieser Forderung mit dem Beklagten vor Gericht verglichen habe. Durch sein Rechtsbegehren in jenem Prozesse habe der Kläger bekundet, daß auch er (wie der Beklagte) die 12 Fr. nicht als Zinsrückstand, sondern als Forderung aus einem anderen Rechtsverhältnisse betrachte, und durch den Abschluß des Vergleichs, daß der Anstand der Parteien wegen dieser 12 Fr. mit der Anerkennung der Forderung und der Übernahme der ordentlichen Kosten durch den Beklagten erledigt sei. Diese Stellungnahme des Klägers in jenem ersten Prozesse lasse es nach Treu und Glauben nicht zu, daß der Kläger nachträglich das Verhältnis wieder ganz anders auffasse, die ausstehenden 12 Fr. jetzt als Zinsrückstand erkläre und daraus ein Kündigungsrecht ableite, während er durch sein vorheriges Verhalten den Beklagten in den Glauben versetzt oder doch darin bestärkt habe, daß die Differenz wegen der 12 Fr. eine Kündigung des Kapitals nicht zur Folge haben könne.

Das Klagebegehren dürfe daher, weil es dem Art. 2 Abs. 1 ZGB widerspreche, nicht geschützt werden.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers Gutheißung, derjenige des Beklagten Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da der vorliegende Rechtsstreit die Ründbarkeit einer grundversicherten Forderung des alten Rechts betrifft und sämtliche in Betracht kommenden Tatsachen sich vor dem 1. Januar 1912 ereignet haben, so wäre, von Art. 2 ZGB abgesehen, gemäß Art. 1 und 28 SchlX das bisherige kantonale Recht anwendbar. Allerdings erleidet Art. 28 SchlX ZGB, wonach die Ründbarkeit der altrechtlichen Grundpfandforderungen nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen ist, insofern eine Ausnahme, als die kantonalen Einföhrungsgesetze gemäß Art. 33 SchlX „feststellen“ können, daß „im allgemeinen oder in bestimmter Beziehung eine Grundpfandart des bisherigen Rechtes einer solchen des neuen Rechtes gleichzuhalten sei“ — eine Möglichkeit, von welcher Baselstadt in § 227 seines Einföhrungsgesetzes Gebrauch gemacht hat. Allein diese Gleichstellung bezieht sich entsprechend dem rechtlichen Charakter der kantonalen Einföhrungsgesetze, nur auf die Zukunft, und es wird daher durch Art. 33 SchlX dem Grundsatz des Art. 1, wonach die vor dem 1. Januar 1912 eingetretenen Tatsachen hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkung dem bisherigen Recht unterstehen, nicht derogiert.

2. — Fragt es sich nun, ob Art. 2 Abs. 1 ZGB, auf den die Vorinstanz abgestellt hat, im vorliegenden Falle anwendbar sei, so ist davon auszugehen, daß diese Gesetzesbestimmung nicht etwa, wie aus ihrem Wortlaut geschlossen werden könnte, bloß eine Weisung an die Kontrahenten enthält, in der Ausübung ihrer Rechte und in der Erfüllung ihrer Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln, sondern, entsprechend dem Zweck der ganzen „Einleitung“ des ZGB, auch eine Weisung an den Richter, die dem Prozesse vorausgegangenen Handlungen der Parteien und den „Inhalt“ der dadurch umschriebenen „Rechtsverhältnisse“ (vergl. den Randtitel zu Art. 2—4) nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr zu beurteilen; denn, wenn ein Recht

nicht weiter ausgeübt werden darf, als Treu und Glauben es gestatten, so ist damit auch gesagt, daß der Richter schon den rechtsbegründenden Parteilwillen nicht anders auslegen soll. Es unterliegt denn auch keinem Zweifel (vergl. übrigens Stähelin, in Zschr. f. Schw. R. 48 S. 355 ff.), daß die Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 ZGB, über welche allerdings im Gegensatz zum sog. Schitaneverbot des Art. 2 Abs. 2 in den Materialien des Gesetzes keine Bemerkung zu finden ist, auf den, schon im gemeinen Recht mehr oder weniger allgemein anerkannten Grundsatz zurückgeht, wonach alle zivilrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen so auszulegen sind, wie Treu und Glauben im Verkehr es erfordern, — ein Grundsatz, der übrigens auch in § 157 BGB, wenigstens soweit er sich auf die „Verträge“ bezieht (vergl. ferner Art. 1134 Abs. 3 des französischen Code civil), seinen Ausdruck gefunden hat. Dieser Grundsatz aber gehört offenbar zu denjenigen Bestimmungen, die der Gesetzgeber als im Interesse der „öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit“ erlassen betrachtete, und die daher gemäß Art. 2 Abs. 1 des Schlußtitels sofort mit dem Inkrafttreten des ZGB auf alle der Beurteilung des Richters unterstehenden Tatsachen Anwendung zu finden haben, gleichgültig ob diese Tatsachen vor oder nach dem 1. Januar 1912 eingetreten sind.

3. — Da nach dem Gesagten die Vorinstanz die Frage der Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 ZGB auf den vorliegenden Fall mit Recht bejaht hat, die Klage aber einzig auf Grund dieser Bestimmung des eidgenössischen Rechts abgewiesen wurde (wobei die Vorinstanz gar nicht untersucht hat, ob der Kläger auch nach dem bisherigen kantonalen Recht kündigungsberechtigt gewesen wäre, bezw. ob der Grundsatz des Art. 2 Abs. 1 ZGB schon im bisherigen kantonalen Recht enthalten war), so ist das Bundesgericht zur materiellen Überprüfung des angefochtenen Urteils kompetent, und es ist daher zu untersuchen, ob nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr das Verhalten des Klägers hinsichtlich seiner Forderung von 12 Fr. in der Tat, wie die Vorinstanz annimmt, vom Beklagten dahin aufgefaßt werden mußte, daß der Kläger jene 12 Fr. nicht als Zinsrückstand, sondern als Forderung aus einem besondern Rechtsverhältnis betrachte und also den Zins als bezahlt anerkenne. Diese Frage ist aus dem von der

Vorinstanz angeführten Gründen zu bejahen. Der Kläger hatte die Wahl, die 12 Fr. als Zinsrückstand, oder aber als Forderung auf Ersatz des Minderwerts der gekauften Sache, bezw., wie er sich ausgedrückt hat, als „Forderung aus Arbeit“ einzuklagen. Hätte er das erstere getan, so würde der Beklagte auf den Beweis für die Unbegründetheit der Forderung von 12 Fr. zweifellos nicht verzichtet haben, da alsdann sein Interesse an dem Nichtzuspruch dieser 12 Fr. in keinem Mißverhältnis zu den Kosten der Expertise gestanden hätte. Machte aber der Kläger seinen Anspruch auf Bezahlung der 12 Fr. als „Forderung aus Arbeit“ geltend, so erweckte er dadurch beim Beklagten den Glauben, daß er den ganzen Kaufpreis von 696 Fr. 55 Cts. als gezahlt und also die von ihm seinerzeit vom Kaufpreis abgezogenen 12 Fr. nunmehr als Zahlung an den Kapitalzins betrachte, so daß von diesem nichts mehr geschuldet blieb. Im Vertrauen hierauf hat der Beklagte die Bestreitung der eingeklagten 12 Fr. fallen gelassen, und in diesem Sinne hat daher auch der Richter das Verhalten des Klägers auszulegen. Alsdann aber ist klar, daß der Beklagte am 4. November 1911, als der Kläger ihm die Hypothekarobligation von 70,000 Fr. kündete, nicht mit den 12 Fr. Kapitalzins, sondern höchstens mit der dem Minderungsanspruch des Klägers entsprechenden Schuld von ebenfalls 12 Fr. im Verzuge war, woraus sich ohne weiteres die Unzulässigkeit der Kündigung ergibt.

4. — Ist nach den vorstehenden Ausführungen die Klage mit Recht auf Grund des Art. 2 Abs. 1 ZGB abgewiesen worden, weil das Verhalten des Klägers den Beklagten in den Glauben verfehen mußte, der Kläger betrachte die Kapitalzinsangelegenheit als erledigt, so braucht auf die Frage, ob eventuell Art. 2 Abs. 2 anwendbar gewesen wäre, nicht eingetreten zu werden. Ebenso kann unerörtert bleiben, ob nicht schon der Darlehensvertrag den Sinn hatte, daß nur ein die Zahlung des Zinses gefährdender Verzug des Beklagten den Kläger zur Kündigung berechtigen solle, nicht dagegen die Zurückbehaltung eines minimalen Betrages auf Grund einer Meinungsdivergenz. Und endlich braucht auch die Frage nicht entschieden zu werden, ob dem Art. 2 Abs. 1 unter Umständen eine die Härte des Vertragsrechtes korrigierende Funktion (im Sinne von Gmür, Anm. 9 zu Art. 2) zukommen könne.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 13. August 1912 bestätigt.

**74. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. November 1912
in Sachen Antishanser & Stüssi, Bess. u. Ver.-Kl., gegen
Eidgenössische Bank A.-G., Kl. u. Ver.-Bess.**

*Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den bösgläubigen Fahrnis-
erwerber auch dann, wenn er (infolge Verpfändung bei einem Dritten)
nur im mittelbaren Besitze der Fahrnis ist.*

A. — Der Klägerin sind in den Monaten Juli bis September 1911 von ihrem damals kaum 20-jährigen Kommiss Karl Kupper u. a. folgende, auf den Inhaber lautende Werttitel entwendet worden:

Fr. 2,000	3 ³ / ₄ %	Obligationen der Zürich. Kantonalbank, Nr. 451,594/95 mit Coupons per 20. Sep- tember 1911,
Fr. 10,000	4 %	Obligationen von Leu & Cie., Nr. 96,396/97 mit Coupons per 15. August 1911 u. ff.,
Fr. 5,000	4 %	Obligationen der Gewerbebank, mit Coupons per 31. Januar 1912,
Fr. 25,000	4 ¹ / ₄ %	Obligationen der St. Galler Hypotheken- kasse, Nr. 482/86 mit Coupons per 31. De- zember 1911 u. ff.

Kupper war in der kritischen Zeit in der Wechselstube der Klägerin beschäftigt gewesen. Es lag ihm dort die Führung der Bücher über Ein- und Ausgang der durch die Wechselstube gekauften Papiere ob. Auch hatte er die betreffenden Vorbereau und Zinsabrechnungen auszustellen. Die Titel selbst wurden durch den Kassier Gruber oder durch den Prokuristen Knauer verwahrt; dem Kupper wurden sie nur auf das Pult gelegt, damit er die notwendigen Angaben daraus erfsehen könne.

Die entwendeten Titel verpfändete Kupper jeweilen bei der Be-