

ment, dass der Kläger sich dem Erblasser gegenüber unehrerbietig und pflichtwidrig benommen habe, nicht als eine genügende Angabe des Enterbungsgrundes, wie sie in Art. 479 ZGB verlangt wird, erachtet werden kann. Unter Angabe des Enterbungsgrundes im Sinne der erwähnten Gesetzesvorschrift kann nicht einfach die Erklärung des Testators, dass ein Enterbungsgrund im Sinne des Art. 477 ZGB vorliege, verstanden werden. Vielmehr ist notwendig, dass der Testator diejenigen Tatsachen, aus denen er glaubt, einen Enterbungsgrund herleiten zu können und auf die er seine Enterbungsverfügung stützen will, namhaft mache, oder doch zum mindesten so klar andeute, dass ein Zweifel darüber, welche konkreten Tatsachen er im Auge hatte, ausgeschlossen ist. Würde man die blossе Wiedergabe des Gesetzestextes oder die Anwendung ähnlicher allgemeiner Ausdrücke im Testamente als genügende Grundangabe erachten, so hätten es die durch die Enterbung begünstigten Erben resp. Bedachten, die gemäss Art. 479 Abs. 2 ZGB die Richtigkeit der angeführten Enterbungsgründe im Bestreitungsfall nachzuweisen haben, in der Hand, auf Vorkommnisse zurückzugreifen, die für den Erblasser selber bei seinem Entschlusse zur Enterbung gar nicht mitbestimmend gewesen waren, sei es, weil er selber darin keinen Enterbungsgrund erblickte, sei es, weil es sich hiebei um Vorkommnisse handelte, die der Erblasser absichtlich infolge Verzeihung oder aus einem andern Grunde nicht aufführen wollte. Das widerspräche aber dem Willen des Gesetzgebers, der durch die Aufstellung der Vorschrift, dass die Enterbungsgründe vom Testator im Testamente aufzuführen seien, gerade vermeiden wollte, dass über die Tatsachen, die für den Willen des Erblassers entscheidend waren, Streit entstehe und durch diese Vorschrift zum vorneherein die Frage nach Möglichkeit abklären wollte, ob es sich bei den angeführten Gründen um Enterbungsgründe im Sinne des Gesetzes handle

(vgl. auch BGE 48 II S. 436 Erw. 2). Muss daher die Enterbung wegen unehrerbietigen und pflichtwidrigen Benehmens des Klägers schon mangels einer genügenden Grundangabe aufgehoben werden, so kann hier dahingestellt bleiben, ob die von den Beklagten zum Beweise für dieses Benehmen angeführten, im Testamente selber aber nicht erwähnten Beschimpfungen — die durch das von der Vorinstanz durchgeführte Zeugenbeweisverfahren erwiesen worden sind — auch wirklich als Verletzungen familienrechtlicher Pflichten im Sinne von Art. 477 Abs. 2 ZGB erachtet werden könnten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 1926 bestätigt.

IV. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

22. Arrêt de la II^e Section civile du 3 mars 1926
dans la cause **S.A. Maisons N°s 32 et 34 Quai des Eaux-Vives**
contre **Société immobilière « Argentine ».**

Prescription acquisitive des servitudes (prescription ordinaire).
Sens et portée de l'art. 731 al. 3 Cc.

Il n'est pas nécessaire pour faire courir le délai de prescription que l'inscription ait fait l'objet de la communication prévue à l'art. 969 Cc.

Suffit-il que l'inscription prise avant le 1^{er} janvier 1912 ait été opérée en conformité de la loi cantonale ou faut-il qu'elle réponde également aux conditions fixées par le droit fédéral ?
Nécessité d'une possession. Point de départ de la possession en matière de servitudes ayant pour objet d'obliger le propriétaire du fonds servant à s'abstenir d'exercer certains droits inhérents à sa propriété.

A. — Matthey et Duroveray, qui possédaient un immeuble sur la commune des Eaux-Vives, ont, par actes Maquemer notaire, en date du 13 juin 1889, vendu une partie de cet immeuble, soit la parcelle N° 1164 A, à la Société anonyme des Maisons N°s 32 et 34 Quai des Eaux-Vives et l'autre partie, soit la parcelle N° 1164 B, aux époux Umiglia-Delale. Ces deux actes stipulaient en outre sous forme de servitudes en faveur de chaque parcelle et à la charge de l'autre certaines limitations du droit de bâtir ainsi que certaines restrictions touchant le mode d'exploitation des bâtiments (interdictions de certains genres d'industries etc.). Ces servitudes n'ont pas été inscrites au bureau des hypothèques.

Dès le lendemain, Umiglia faisait élection de command en faveur d'un sieur Arpin.

Le 17 décembre 1908, l'office des poursuites de Genève a fait vendre aux enchères au préjudice du fils Arpin qui en était devenu propriétaire la parcelle N° 1164 B, devenue entre temps la parcelle N° 2297. Cette parcelle fut adjugée à un sieur Lévy-Levaillant qui, le 18 janvier 1909, a fait élection de command en faveur de la Société immobilière « Argentine ».

La Société anonyme des Maisons N°s 32 et 34 Quai des Eaux-Vives, qui n'avait pas revendiqué de servitude sur la parcelle N° 2297 lors de la poursuite dirigée contre Arpin, a requis et obtenu, le 1^{er} mars 1911, du bureau des hypothèques de Genève l'inscription des droits de servitude fixés par les actes de vente du 13 juin 1889.

Par lettres des 9 septembre et 9 octobre 1924, la société « Argentine », prétendant n'avoir pas eu connaissance de cette inscription plus tôt, a demandé à la Société anonyme des Maisons N°s 32 et 34 Quai des Eaux-Vives de consentir à la faire radier.

B. — Cette dernière ayant refusé, la société « Argentine » l'a, par exploit du 27 novembre 1924, assignée devant le Tribunal de 1^{re} instance de Genève aux fins d'ouïr

dire et prononcer que l'acte du 13 juin 1889 n'est pas opposable à la société « Argentine » et que l'inscription de la servitude de non bâtir requise et opérée sans droit le 1^{er} mars 1911 est nulle et doit être radiée.

A l'appui de ses conclusions, la demanderesse faisait valoir en substance les arguments suivants :

La servitude n'ayant pas figuré dans le cahier des charges dressé lors de la poursuite dirigée contre Arpin s'est éteinte et ne pouvait dès lors être inscrite. Pour la vente du 17 décembre 1908, l'immeuble s'est trouvé purgé de toutes les servitudes non mentionnées au cahier des charges, à l'exception des servitudes continues et apparentes dans lesquelles ne rentre pas la servitude *non altius tollendi*. L'inscription du 1^{er} mars 1911 d'une servitude éteinte depuis deux ans est inopposable à la demanderesse qui n'est pas partie à l'acte Maquemer et qui n'a jamais été avisée de ladite inscription.

La défenderesse a conclu au déboutement. Elle a reconnu que le cahier des charges ne mentionnait pas la servitude dont elle se prévalait et qu'il prévoyait que pour les servitudes non inscrites l'acquéreur ne serait tenu que des servitudes continues et apparentes, mais elle affirmait avoir ignoré cette vente. Elle exposait en outre qu'elle avait fait inscrire sa servitude en mars 1911 à la demande d'un créancier hypothécaire, en prévision de l'entrée en vigueur du code civil suisse et en conformité de la législation cantonale alors en vigueur, et elle soutenait qu'ayant possédé la servitude pendant dix ans consécutifs sans protestation de la part de la demanderesse, elle l'avait acquise par prescription en vertu des règles du code civil suisse.

Par jugement du 29 mai 1925, le tribunal a adjugé à la demanderesse ses conclusions avec dépens.

Sur appel de la défenderesse, la Cour de Justice civile de Genève a confirmé ce jugement par arrêt du 8 décembre 1925 en condamnant la défenderesse aux dépens d'appel.

C. — La défenderesse a recouru en réforme en reprenant ses conclusions libératoires.

La demanderesse a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — L'instance cantonale a jugé, d'une part, que la servitude au bénéfice de laquelle la défenderesse prétend se trouver n'était pas établie avant l'entrée en vigueur du code civil suisse et, d'autre part, que le délai de prescription ne pouvait commencer de courir sous l'empire de l'ancien droit. Ces deux points échappant à la connaissance du Tribunal fédéral, la solution du litige dépend donc uniquement de la question de savoir si la défenderesse a pu acquérir cette servitude depuis le 1^{er} janvier 1912 en vertu des règles du code civil suisse concernant la prescription acquisitive des servitudes (art. 731 et 661).

2. — Il est manifeste tout d'abord, bien que l'opinion contraire ait été soutenue (cf. Schw. Jur.-Zeit. vol. 15 p. 9), que la disposition de l'art. 731 al. 3 aux termes de laquelle « la prescription acquisitive des servitudes n'est possible qu'à l'égard des immeubles dont la propriété peut elle-même s'acquérir de cette manière » ne doit pas s'interpréter à la lettre et ne signifie donc pas que pour acquérir par prescription une servitude sur un immeuble, il soit nécessaire que cet immeuble réunisse en même temps toutes les conditions voulues pour permettre la prescription d'un droit de propriété — ce qui, pour la prescription ordinaire, aurait notamment cette conséquence de restreindre la faculté de prescrire une servitude aux cas d'immeubles dont le registre ne révélerait pas le véritable propriétaire —, mais qu'elle vise uniquement à rappeler qu'il est certaines catégories d'immeubles qui à raison, soit de leur nature, soit de leur destination, échappent d'une manière générale aux règles relatives à la prescription acquisitive de la propriété, tels les immeubles faisant partie des

choses sans maître ou des biens du domaine public, et qu'à l'égard de ces mêmes immeubles la prescription des servitudes est également exclue.

Il n'est donc pas douteux que le fait que la demanderesse était inscrite comme légitime propriétaire du fonds prétendument servant ne constituait pas un obstacle à l'acquisition de la servitude invoquée.

3. — C'est également à tort qu'on voudrait prétendre, suivant — semble-t-il — l'opinion de l'instance cantonale, que le délai de prescription de l'art. 661 ne commencerait jamais à courir que du jour de la communication prévue à l'art. 969 Cc. Si, en effet, ainsi que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le relever (of. RO 50 II p. 119), la loi subordonne bien la prescription à la condition que l'inscription ait duré dix ans, comme la possession, elle ne dit toutefois pas que la connaissance de cette inscription par le propriétaire soit également une condition de la prescription. Aussi bien part-elle du principe que l'inscription n'aura pas lieu sans le consentement du propriétaire. Et quant à la règle énoncée à l'art. 969, elle n'a pas d'autre portée que celle d'un ordre à l'adresse du conservateur du registre foncier, si bien qu'il faut en conclure que son inobservation ne saurait entraîner aucune conséquence préjudiciable pour le bénéficiaire éventuel de la prescription et qu'elle n'est susceptible tout au plus que d'engager la responsabilité du canton envers celui à qui la communication aurait dû être faite (art. 955).

On pourrait se demander en revanche si les conditions dans lesquelles s'est faite l'inscription du 1^{er} mars ne devraient pas être retenues comme un motif à lui seul suffisant pour écarter la prétention de la défenderesse. La question pourrait prêter à discussion, car s'il est vrai que l'inscription a été opérée sous l'empire du droit cantonal et qu'à teneur de l'art. 114 de la loi genevoise d'application du code civil suisse modifié par la loi du 16 mars 1912, cette inscription était bien

censée produire « les effets attachés au registre foncier par le code civil », il n'en demeure pas moins qu'elle est intervenue à la seule réquisition de la défenderesse, à l'insu de la demanderesse et sans que celle-ci ait été mise en demeure d'une manière quelconque de sauvegarder ses droits, alors que l'inscription dont parle l'art. 661, comme toutes les inscriptions prévues par la législation fédérale en matière de droits réels, suppose au contraire le consentement préalable du propriétaire intéressé (cf. art. 963). Il n'est pas nécessaire toutefois de trancher la question car, dût-on même assimiler l'inscription du 1^{er} mars 1911 à l'inscription visée à l'art. 661 Cc, il resterait que pour pouvoir invoquer le bénéfice de la prescription, la défenderesse aurait encore à prouver qu'elle a possédé la servitude pendant dix ans, sans interruption, paisiblement et de bonne foi. Or il ressort des faits de la cause qu'en réalité elle n'a jamais eu la possession de ce droit.

4. — L'art. 919 al. 2 dispose qu'en matière de servitudes et de charges foncières la possession consiste dans l'exercice effectif du droit. S'il s'agit d'une servitude comportant pour le propriétaire du fonds servant l'obligation de souffrir de la part du propriétaire du fonds dominant certaine actes d'usage, l'exercice du droit consistera normalement dans l'accomplissement de ces actes. Lorsque, comme en l'espèce, l'objet de la servitude consiste uniquement dans l'obligation pour le propriétaire du fonds servant de s'abstenir de certaines facultés inhérentes à son droit de propriété, il n'est pas douteux que — du moment que le droit du propriétaire du fonds dominant consiste seulement à empêcher le propriétaire du fonds servant à faire usage de ces facultés — le propriétaire du fonds dominant ne sera pas réputé avoir perdu sa possession simplement parce que le propriétaire de l'autre fonds s'abstiendrait de lui-même de faire usage de ces facultés. Mais comme, d'autre part, cette abstention peut aussi bien avoir

pour cause des circonstances étrangères à la volonté du propriétaire du fonds dominant, il est non moins évident qu'elle ne suffira pas à elle seule à entraîner la possession de la servitude. Pour qu'on puisse parler de possession en pareil cas, il faut donc nécessairement qu'il y ait eu une défense préalable faite au propriétaire du fonds servant d'user sur sa propriété des facultés que la servitude a pour but d'empêcher.

En l'espèce, non seulement la défenderesse n'a pas allégué avoir jamais fait défense à la demanderesse d'user de son immeuble d'une manière contraire au but de la servitude, mais il n'a pas été établi non plus que cette dernière ait eu connaissance des prétentions de la défenderesse avant le mois d'octobre 1924.

Sans doute est-il vrai que d'après certains auteurs (cf. WIELAND, art. 919 rem. 3 a et OSTERTAG, art. 919 rem. 30) l'inscription tiendrait lieu d'une défense formelle et pourrait suffire à faire courir le délai de prescription. Que cette opinion soit conforme aux intentions du législateur, la question n'a pas à être examinée en l'espèce, car si on devait la trancher par l'affirmative ce ne pourrait être en tout cas que pour des raisons tirées des conditions particulières de la procédure d'inscription du droit suisse, c'est-à-dire du fait qu'aucune inscription ne peut être opérée sans le consentement préalable du propriétaire de l'immeuble et que, dans les cas (d'ailleurs limités ; cf. OSTERTAG, art. 969, rem. 3) auxquels se rapporte l'art. 969, le propriétaire pourrait être réputé avoir eu connaissance de l'inscription, soit de la défense, du jour où il aurait reçu la communication prévue audit article. Or il ressort de ce qui précède que ces conditions ne se retrouvent pas dans le cas particulier.

La défenderesse n'étant pas fondée à invoquer le bénéfice des dispositions relatives à la prescription acquisitive des servitudes et n'ayant aucun titre juridique à faire valoir à l'appui de son inscription, c'est

à bon droit que l'instance cantonale a admis les conclusions de la demande.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. April 1926

i. S. Schellenberg gegen Schellenberg.

Intertemporales Sachen- und Obligationenrecht; Schenkung; Wohnrecht (im Gegensatz zur Nutzniessung), besonders Lastentragung beim Wohnrecht; Grundbuch:

Vor 1912 privatschriftlich gültig abgegebenes bedingtes Schenkungsversprechen über ein Wohnrecht (zugunsten eines Dritten?) vermag unter neuem Recht den Rechtsgrund für die Eintragung des Wohnrechtes im Grundbuch abzugeben, auch wenn erst unter neuem Recht die Bedingung erfüllt wird (und der Dritte dem Schenkungsversprechen beitrifft). Bedeutung der Errichtung einer öffentlichen Urkunde mit dem Inhalt des altrechtlichen Schenkungsversprechens. (Erw. 1).

Die Entscheidung der Frage, ob der Wohnberechtigte die auf dem Haus lastenden Hypotheken zu verzinsen habe, ist in erster Linie durch die Auslegung des Schenkungsversprechens zu gewinnen, welches dem früheren kantonalen Recht untersteht (Erw. 2).

Unmöglichkeit der Eintragung einer Vereinbarung über die Lastentragung im Grundbuch (Erw. 1).

Die gesetzliche Ordnung der Lastentragung ist nur mangels einer Vereinbarung darüber massgebend, und zwar diejenige des ZGB (Erw. 2).

Ausschliessliches Wohnrecht mit Verbot der Vermietung ist nicht Nutzniessung. Bedeutung der Benützung des Hausgartens durch den Wohnberechtigten (Erw. 2).

Auch der an einem ganzen Gebäude ausschliesslich Wohnberechtigte trägt keine weiteren Lasten als diejenigen des gewöhnlichen Unterhaltes (Erw. 2).

ZGB Art. 738 Abs. 2, 745 ff., 776 ff., besonders 778, 971 Abs. 2, Schlusstitel Art. 18, besonders Abs. 3, Art. 50. OR Art. 242, 243. Grundbuchverordnung Art. 35 Abs. 2, 113.

A. — Mit Datum vom 1. Januar 1911 setzte Kaspar Schellenberg (Vater) privatschriftlich folgende als Schenkungsvertrag überschriebene und von ihm unterzeichnete Urkunde auf:

« Auf Neujahr 1911 lege ich meinen 2 Söhnen und der Tochter meine folgende Willensäusserung vor:

Sie erhalten von meinem Eigentum:

Mein Sohn Kaspar erhält das obere Haus Cat. Nr. 65 an der Hofstrasse zu eigen.

Mein Sohn Hans Conrad erhält das untere Haus Cat. Nr. 63 an der Hofstrasse zu eigen.....

Meine Tochter Anna hat zu beziehen von jedem Bruder:....

Mein Sohn Hans Conrad übernimmt in Folge Mehrwert seines Hauses die auf dem ganzen Grundstück haftende Schuld betragend 18,339 Fr.....

Bei einem Todesfall einer meiner Söhne hat die hinterlassene Sohnsfrau keinen Erbanspruch auf diese Schenkung der Häuser; ich wünsche, dass in jedem Falle die Häuser in der Familie Schellenberg verbleiben; die Sohnsfrau hat aber das lebenslängliche Wohnrecht, das aber aufgehoben würde bei einer allfälligen Verheirathung. Aftermiete ist ausgeschlossen. »

Gleichen Tages unterzeichneten auch die drei Kinder Schellenberg die Urkunde mit dem Vermerk: « Damit erklären sich einverstanden », und am 21. Januar 1911 wurde ein diesem Schenkungsvertrag inhaltlich entsprechender « Abtretungsvertrag » über beide Liegenschaften zusammen notarialisch beurkundet und gefertigt.

Nachdem der Sohn Hans Conrad Schellenberg am 27. Oktober 1923 gestorben war, ohne Nachkommen zu hinterlassen, errichteten seine Witwe, der Vater Kaspar Schellenberg, der Bruder gleichen Namens und die Schwester Anna Schellenberg am 28. März 1924 eine öffentliche Urkunde, der folgendes zu entnehmen ist: « Unterm 1. Januar 1911 ist die Liegenschaft Gr.