

der Vorinstanz, nicht vorhanden. Von einer solchen könnte nur gesprochen werden, wenn man angesichts der Bestimmung, der Vermieter habe ein Retentionsrecht für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins, nicht wüsste, wie es mit andern Forderungen des Vermieters zu halten sei, was jedoch nicht der Fall ist.

Besteht aber eine Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1 ZGB nicht, so fehlt dem Richter auch die Möglichkeit, gemäss Abs. 2 dieses Artikels die Rechtsnorm, nach welcher die Entscheidung zu treffen ist, frei nach seinem Rechtsempfinden zu bilden; denn die Rechtsnorm ist ja im Gesetz enthalten, und sie nicht anzuwenden, wäre Willkür. Diesem Vorwurf liesse sich nicht ausweichen mit dem Hinweis darauf, dass das Gesetz richtigerweise anders lauten sollte.

Ein Retentionsrecht der Beklagten ist daher, soweit es für die Entschädigungsforderung aus Art. 269 OR verlangt wird, zu verneinen. Damit entfällt auch ohne weiteres das auf Vergütung der Retentionskosten gerichtete Begehren.

### III. PROZESSRECHT

#### PROCÉDURE

##### 60. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. September 1935 i. S. Gebr. Tüscher & Cie gegen Arquint.

Unter «Tatsachen» versteht Art. 192 Ziff. 1 lit. c BZP nur den zur Beurteilung verstellten Tatbestand, also nicht auch Umstände, welche die Beweiskraft von Beweismitteln betreffen (in casu einer Expertise).

A. — Durch Urteil vom 20. Februar 1935 (teilweise publiziert in BGE 61 II 138 ff.) hat das Bundesgericht die von Gebr. Tüscher & C<sup>te</sup> gegen Hans Arquint eingereichte Klage auf Nichtigerklärung des Patentes Nr. 125,848 in

Aufhebung des Urteiles des bernischen Handelsgerichtes abgewiesen. Das Bundesgericht hat dabei auf die vom Handelsgericht bei Prof. Wiesinger in Zürich eingeholte Expertise abgestellt.

B. — Durch Eingabe vom 27. Juni 1935 hat die Klägerin um Revision des ihr am 29. Mai zugestellten bundesgerichtlichen Urteils ersucht.

#### Aus den Erwägungen :

1. — Die Revisionsklägerin sucht in weitläufiger Darlegung und unter Zuhilfenahme neuer Aktenstücke zu beweisen, der Experte Professor Wiesinger sei nicht, wie das Bundesgericht angenommen habe, eine anerkannte Autorität für die Beurteilung der streitigen technischen Fragen, einerseits auf dem Gebiet des Wagenkastenbaus, anderseits auf dem Gebiet der Materiallehre. Beides sei eine irrtümliche Annahme.

Es handelt sich also bei diesem Revisionsgrund um die *Eignung* des gerichtlichen Experten. Darnach fragt sich, ob die in der Revisionschrift behauptete Nichtqualifikation des Experten als «in den Akten liegende Tatsache» im Sinne des Art. 192 Ziff. 1 lit. c BZP angesprochen werden könne. Das ist zu verneinen; denn diese Bestimmung bezieht sich auf den *Tatbestand*, der zur Beurteilung verstellt wurde. Die ordnungsgemässe Rücksichtnahme auf den Prozesstoff ist es, die das Gesetz damit gewährleisten will (neben der ordnungsgemässen Rücksichtnahme auf die Rechtsbegehren nach lit. d und auf besondere Prozessvorschriften nach lit. a und b von Art. 192 Ziff. 1). Zum Tatbestand der causa gehört aber ohne Zweifel nicht die mehr oder minder vollkommene Fachkenntnis des Richters und infolgedessen auch nicht die Qualität («Autorität» etc.) des Experten, als einer Hilfsperson, deren sich der Richter zur Ergänzung seines eigenen Rüstzeuges bedient.

Somit kann die Frage, welche Autorität das Bundesgericht dem Experten Prof. Wiesinger beigemessen hat,

sei es für sich allein oder im Verhältnis zu den Mitgliedern des Handelsgerichts und zu der von der Klägerin angerufenen Literatur; grundsätzlich überhaupt nicht herangezogen werden zur Geltendmachung eines Revisionsgrundes nach Art. 192 Ziff. 1 lit. c. Schon aus dieser Erwägung heraus ist daher auf das ganze die Begutachtung durch Prof. Wiesinger beschlagende Kapitel der Revisionsschrift, ebenso auf die angerufene Literatur und das neu produzierte Gegengutachten von Dr. Wyss gar nicht einzutreten. Die Bereinigung von Anständen betreffend Ernennung und Absetzung von Experten, betreffend Ergänzung, Erläuterung, Berichtigung ihrer Gutachten, betreffend Anordnung von Oberexpertisen etc. gehört in das Verfahren vor der Urteilsfällung.

Nur der Vollständigkeit halber mag noch hervorgehoben werden, dass dem Bundesgericht ein Versehen bei Handhabung des Gutachtens in Wirklichkeit keineswegs hat nachgewiesen werden können, abgesehen davon, dass die Revisionsklägerin diesen Nachweis im wesentlichen mit neuen Aktenstücken (Vorlesungsverzeichnisse der ETH etc.) zu führen sucht, die als Grundlage für eine Revision nach Art. 192 Ziff. 1 lit. c zum vorneherein nicht in Betracht kommen. Prof. Wiesinger ist ja als Experte vom Handelsgericht ernannt worden, das ihn demnach ebenfalls als befähigt erachtete, die streitigen technischen Fragen als Fachmann zu beantworten. Wenn es seiner Expertise trotzdem nicht gefolgt ist, so hat das seinen Grund nicht darin, dass es ihm nachträglich nicht mehr die nötige Autorität beigemessen hätte, sondern darin, dass in den konkreten Fragen von « fachmännischen » Handelsrichtern eine von der seinigen abweichende Auffassung vertreten wurde. Und auch die Revisionsklägerin behauptet ja nicht etwa, seinerzeit gegen seine Ernennung zum Experten Einspruch erhoben zu haben. Dass aber die Expertise zu ihren Ungunsten ausgefallen ist, bildet natürlich keinen Revisionsgrund.

## 61. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. September 1935 i. S. Schadegg gegen Schadegg u. Genossen.

Art. 58 OG. Haupturteil. Haben die kantonalen Gerichte einzelne von mehreren hängig gewordenen Ansprüchen vorweg beurteilt und die andern zur späteren Beurteilung im nämlichen Verfahren zurückgestellt, so liegt kein Haupturteil, sondern ein blosses Teilurteil vor, gegen das die Berufung an das Bundesgericht nicht selbständig ergriffen werden kann, das aber auch bis zur Erledigung der übrigen Rechtsbegehren nicht in Rechtskraft erwächst.

Zwischen den Erben des am 18. November 1931 gestorbenen Landwirtes Jakob Schadegg-Sempach in Öttlishausen, nämlich der Witwe Katharina Schadegg-Sempach und dem Sohne Viktor Schadegg als Klägern und dem Sohn Jakob Schadegg als Beklagtem ist vor den thurgauischen Gerichten ein Rechtsstreit über folgende Streitfragen hängig geworden :

- « 1. Ist der Nachlass des am 18. November 1931 verstorbenen Jakob Schadegg-Sempach gerichtlich zu teilen ;
2. Ist die Liegenschaft in Öttlishausen den Klägern mit lebendem und totem Inventar zu Eigentum zuzusprechen ;
3. Ist gerichtlich festzustellen, dass der Beklagte Vorbezüge im Betrage von 18,711 Fr. 61 Cts. erhalten habe und dass diese dem Beklagten an seinem Erbteil anzurechnen seien ;
4. Ist gerichtlich festzustellen, dass der Frauengutsanspruch der Frau Wwe. Schadegg-Sempach 5500 Fr. betrage und der Klägerin Frau Wwe. Schadegg vorab zuzuteilen sei ;
5. Ist gerichtlich zu erkennen, es sei der Beklagte verpflichtet, den Klägern 5000 Fr. anzuerkennen und zu bezahlen ;
6. Ist gerichtlich festzustellen, dass der Beklagte durch Testament des Erblassers vom 16. März 1906 auf den Pflichtteil gesetzt worden sei. »

Sowohl das Bezirksgericht Bischofszell wie auch das