

dass es der Wille des Testators war, den Grütli Zentralverein, den er doch dauernd als Eigentümer und Verwalter des Kapitals bestimmte, zu verhalten die Zinsen dieses Kapitals einer ihm feindlichen Organisation in Grenchen zuzuweisen auch für die Zeit, während welcher eine Grütli Sektion in Grenchen wiederum bestand.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (III. Kammer) vom 19. Februar 1920 bestätigt.

43. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Juli 1920
i. S. Bucher gegen Kretz.

Art. 55 SchT z. ZGB. Oeffentliche Urkunde. Vorliegen einer solchen? Stellung des Bundesgerichts zu dieser Frage. — Unterschied zwischen einem Erbeinsetzungs- bzw. Vermächtnisvertrag und einem Rechtsgeschäft unter Lebenden.

A. — Unterm 20. Oktober 1912 schloss Josef Bucher, der Rechtsvorfahr der heutigen Beklagten Erben Bucher in « Hostettli » bei Kerns mit den Klägern Josef und Paul Kretz in Kerns einen Vertrag ab, wonach er ihnen die ihm gehörende Matte « Niederwil » auf die Dauer von zehn Jahren für einen jährlichen Zins von 1200 Fr. « vermietete » und ihnen überdies das Recht einräumte, sie um den Kaufpreis von 23,000 Fr. eigentümlich zu erwerben, falls er innert der Mietdauer mit Tod abgehen sollte oder nach Ablauf derselben das Grundstück nicht mehr selber antreten wollte. Einige Wochen später, am 10. November 1912 sodann ging Christian Ettlín als Vertreter des J. Bucher mit dem heutigen Kläger J. Bucher einen Mietvertrag über die ebenfalls jenem gehörende Liegen-

schaft « Hostettli » ein. Auch in diesem Verträge wurde dem « Mieter » ein Kaufsrecht unter den nämlichen Bedingungen, wie in dem vorerwähnten Verträge zwischen J. Bucher und den Klägern Gebrüder Kretz mit dem einzigen Unterschied, dass der Kaufpreis nur 11,000 Fr. betrug. Beide Verträge sind in Schrift verfasst und tragen die Ueberschrift « Oeffentliche Urkunde ». Im Eingange des Textes befindet sich die Formel « Kund und zu wissen sei hiemit etc. »; hernach folgen die Vertragsbestimmungen und die Unterschriften der Parteien. Der Schlusspassus des Aktes lautet: « Die Echtheit der Unterschriften der Kontrahenten bezeugt der öffentliche Schreiber: O. Egger. » Der Unterschrift des Urkundsbeamten ist der Amtsstempel beige setzt. Beide Verträge sind im Urkundenprotokoll eingetragen.

Nachdem J. Bucher am 25. Oktober 1918 gestorben war, machten die Kläger gegenüber den Beklagten das ihnen in den Verträgen vom 20. Oktober bzw. 10. November 1912 eingeräumte Kaufsrecht geltend. Da diese sich indessen weigerten, zur Fertigung Hand zu bieten, erhoben die Kläger die vorliegende Klage mit dem Begehren, die Beklagten seien gerichtlich zu verhalten, das Kaufsrecht anzuerkennen und den bezüglichen Kaufvertrag sofort öffentlich beurkunden zu lassen. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage. Sie nahmen den Standpunkt ein, die Verträge seien ihnen gegenüber nicht wirksam, weil sie nicht im Grundbuch vorgemerkt worden seien, die dingliche Wirksamkeit gegenüber Dritten, als welche sie als Erben des Kontrahenten J. Bucher betrachtet werden müssten, von der Vormerkung abhängen. Abgesehen davon seien die Verträge überhaupt nichtig, weil die vom Gesetz für Verträge über die Einräumung eines Kaufsrechts geforderte Form der öffentlichen Beurkundung nicht gewahrt sei; denn es gehöre zum Wesen der öffentlichen Urkunde, dass ihr Inhalt als Parteiwille verkündet werde, was aber hier nicht zutrefte, indem der öffentliche

Schreiber lediglich die Unterschriften der Kontrahenten beglaubigt habe. Und endlich müsse die Klage, selbst wenn angenommen werden wollte, die gesetzliche Form des Vertrages auf Einräumung eines Kaufsrechtes sei erfüllt, aus dem weiteren Grunde abgewiesen werden, dass es sich bei den Verträgen um Verfügungen auf den Todesfall handle, das Rechtsgeschäft demnach in die Form des Erbvertrages hätte gekleidet werden müssen, was aber nicht geschehen sei. Eventuell werde der Klage die Einrede der Herabsetzung entgegengehalten, da der Erblasser durch die beiden Verträge die Pflichtteilsrechte der Beklagten verletzt habe.

B. — Mit Urteil vom 30. Januar 1920 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald die Klage der Gebrüder Kretz sowohl als des J. Bucher geschützt. Es lehnte zunächst die Auffassung der Beklagten, dass ein Rechtsgeschäft auf den Todesfall in Frage stehe, als rechtsirrtümlich ab und führte zu der gegen die Form der Verträge gerichteten Einwendung der Beklagten aus, es sei allerdings richtig, dass die beiden Vertragsinstrumente an verschiedenen formellen Mängeln litten, doch seien diese nicht derart, dass daraus die Nichtigkeit der Verträge gefolgert werden müsse; denn die beiden Akte enthielten alle wesentlichen formellen Bestandteile, die zur Gültigkeit des Geschäftes erforderlich seien, einmal seien sie als « öffentliche Urkunde » betitelt und begannen mit der üblichen Solennitätsformel, sodann trügen sie neben den Unterschriften der Kontrahenten, auch Stempel und Unterschrift der Urkundsperson und seien im Urkundenbuch eingetragen. Damit werde aber erklärt, dass der öffentliche Schreiber die Urkunden verfasst und die Parteien zum Inhalte derselben ihr Einverständnis erklärt hätten. Dass dies tatsächlich geschehen sei ergebe sich übrigens auch aus dem Beweisverfahren. Durch die spezielle Bestätigung der Unterschriften der Parteien sei von der Urkundsperson eine einzelne Tatsache besonders bezeugt und hervorge-

hoben worden, doch beziehe sich die Unterschrift nicht nur auf diese Tatsache allein, sondern auf den ganzen Inhalt der Urkunde.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der von den Beklagten in erster Linie eingenommene Standpunkt dass — gleichgültig ob ihre übrigen Einwendungen Stich hielten oder nicht — die beiden Verträge ihnen als Erben des Kontrahenten J. Bucher nicht entgegengehalten werden könnten, weil sie nicht im Grundbuch vorgemerkt und daher Dritten gegenüber nicht wirksam seien, ist rechtsirrtümlich; denn die Erben können nicht als Dritte angesehen werden, vielmehr haben sie die Verträge des Erblassers gegen sich gelten zu lassen, wie dieser selbst. Dass aber J. Bucher wegen des Fehlens einer Vormerkung nicht an die Verträge gebunden gewesen wäre, behaupten die Beklagten selbst nicht.

2. — Was sodann die Einwendungen der Beklagten gegen die Form der beiden streitigen Rechtsgeschäfte betrifft, so ist davon auszugehen, dass nach Art. 216 OR Verträge, die ein Kaufrecht an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen und dass nach Art. 55 SchlT z. ZGB die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Im vorliegenden Falle fällt in Betracht, dass nicht nur die Vertragsinstrumente sich selbst als « öffentliche Urkunde » bezeichnen und im Eingange die für diese übliche Solennitätsformel « Kund und zu wissen sei etc. » enthalten, sondern es steht auch fest, dass der Urkundsbeamte seine Unterschrift und den Amtsstempel beigefügt hat, nachdem die Parteien die Erklärung abgegeben hatten, der

Inhalt der Urkunden sei ihr Vertragswille. Da die Vorinstanz feststellt, dass diese Art der Beurkundung die für alle öffentlichen Beurkundungen übliche sei und damit auch zum Ausdruck gebracht werden wolle, dass der Vertragswille dem Urkundsbeamten gegenüber ausgesprochen worden sei, so könnte eine Verletzung von Bundesrecht selbst dann nicht angenommen werden, wenn davon ausgegangen würde, der Begriff der öffentlichen Beurkundung als solcher gehöre — im Gegensatz zu den blossen Formalitäten der Errichtung — dem eidgenössischen Rechte an und es müssten von Bundesrechts wegen gewisse Mindestanforderungen erfüllt sein, damit eine Urkunde als öffentliche Urkunde anerkannt werden könne. Ob allenfalls die durch das kantonale Recht (Art. 7 ff. EG z. ZGB) aufgestellten Formvorschriften missachtet worden sind, kann im Berufungsverfahren nicht überprüft werden, da das Bundesgericht als Berufungsinstanz nur gegen die Verletzung von Bundesprivatrecht einzuschreiten befugt ist, und es muss daher bei der Feststellung der Vorinstanz sein Bewenden haben, dass vom Standpunkt des kantonalen Rechtes aus der Anerkennung der Vertragsinstrumente als öffentliche Urkunden nichts entgegenstehe.

3. — Rechtsirrtümlich ist aber auch die von den Beklagten weiter vertretene Auffassung, dass die Verträge als nichtig angesehen werden müssten, weil sie sich ihrem Inhalte nach als Erbverträge darstellten, die hiefür im Gesetze vorgesehene Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung in Verbindung mit der Unterschrift der Kontrahenten (Art. 512 ZGB) aber nicht gewahrt sei. Der Unterschied zwischen einem Erbvertrag (Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag) und einem Rechtsgeschäft unter Lebenden besteht darin, dass hier die rechtsgeschäftliche Bindung mit dem Abschlusse des Vertrages eintritt, während dies dort erst auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers geschieht. Danach darf der Erblasser über

die den Gegenstand eines Erbvertrages bildenden Sachen und Rechte unter Lebenden grundsätzlich frei verfügen, und es ist ihm nur eine mit dem Erbvertrage im Widerspruche stehende Schenkung oder Verfügung von Todes wegen darüber versagt, weil eben der Erbvertrag sich nicht auf das z. Z. seiner Errichtung vorhandene Vermögen, sondern auf den Nachlass bezieht (Art. 494 ZGB; GROME, System Bd. V S. 160 ff.; HERZFELDER, N. 1 zu § 2286 DBGB; TUOR, S. 276 f.). Stellt man aber hierauf ab, so kann im vorliegenden Falle von einem Erbvertrag nicht die Rede sein, denn ein solcher würde nur dann vorliegen, wenn dem J. Bucher nach dem Inhalte der Verträge über die beiden Grundstücke das freie Verfügungsrecht zugestanden hätte. Dies trifft aber nicht zu, indem er nach den Verträgen, die jeder für sich als ein einheitliches Rechtsgeschäft aufzufassen sind, seit dem 20. Oktober bezw. 10 November 1912 unabhängig vom Todesfall, kraft Pachtvertrages verpflichtet war den Klägern die Liegenschaften auf die Dauer von 10 Jahren zu überlassen, und mit dem Aufhören dieser Bindung die Kläger unter den in den Verträgen festgesetzten Bedingungen zur Geltendmachung des Kaufrechtes berechtigt waren. Wenn daneben bestimmt wird, dass das Kaufrecht auch früher ausgeübt werden könne, sofern nämlich der Verpächter vor Ablauf der Pachtzeit mit Tod abgehen sollte, so wird dadurch an der mit dem Vertragsschluss eintretenden Bindung nichts geändert, sondern nur eine Modalität mit Bezug auf den Zeitpunkt der Ausübung des Kaufrechtes geordnet. Der Umstand allein, dass eine Wirkung des Geschäftes auf den Tod eines Kontrahenten gestellt ist, vermag dieses nicht zu einem Geschäfte von Todes wegen zu stempeln, sofern nicht auch die rechtsgeschäftliche Bindung sich nur auf das zu diesem Zeitpunkte vorhandene Vermögen, d. h. den Nachlass beschränkt, was aber nach dem Gesagten hier nicht zutrifft.

4. —

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 30. Januar 1920 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

44. Arrêt de la I^{re} section civile du 13 juillet 1920
dans la cause Clerc contre C. F. F.

Les C. F. F., comme tout autre propriétaire foncier, doivent recevoir les eaux qui s'écoulent naturellement des fonds supérieurs; ils ne peuvent donc être rendus responsables du dommage attribuable à une modification de l'écoulement naturel des eaux par les propriétaires supérieurs.

A. — Joseph Clerc est propriétaire de divers immeubles sis au sud de la voie ferrée Fribourg-Lausanne, le long de la route cantonale Fribourg-Bulle, dans la partie de la commune de Villars-sur-Glâne qui est appelée « La Glâne ». Il y possède spécialement une maison d'habitation avec cour et jardin (art. *a a a c b b* du registre foncier) situés au sud de la route cantonale, sur une falaise au bord d'un ravin descendant vers la Sarine.

Dans la nuit du 23 au 24 décembre 1916, après de fortes chutes de neige, suivies d'une fonte subite et de pluies torrentielles, une venue d'eau anormale, provenant des terrains qui dominant au nord la voie ferrée, a provoqué des érosions dans les talus de la voie, chariant la terre et les graviers sur la route. Celle-ci a dirigé le torrent contre

la propriété de Joseph Clerc où des dégâts importants ont été constatés.

Le terrain situé au nord de la voie ferrée des C. F. F., au point où s'est produit l'accident de 1916, comprend deux cuvettes principales. L'une forme un bassin hydrographique spécial, avec pente dans la direction nord-sud, venant aboutir à la voie ferrée. L'autre s'étend aux terrains au sud de Cormanon; cette cuvette est limitée au sud par celle déjà décrite; sa pente, descendant du nord-est au sud-ouest, déverse les eaux dans l'étang de Villars.

B. — Par demande du 12 décembre 1917, Clerc a conclu à ce qu'il plût au Tribunal fédéral, jugeant comme instance unique, condamner avec dépens les C. F. F. : 1° à payer au demandeur une indemnité de 32 521 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 29 décembre 1916; 2° à exécuter à leurs talus artificiels au-dessus et au-dessous de la voie ferrée des travaux de protection à dire d'experts pour empêcher tout nouvel éboulement ou dommage aux immeubles du demandeur, sis à la Glâne.

A l'appui de ces conclusions, le demandeur fait valoir en substance : La construction du talus de la voie ferrée en 1862 a formé un barrage artificiel qui a supprimé l'écoulement des eaux provenant du plateau supérieur. Les C. F. F. n'ont, alors déjà, pas pris toutes les précautions nécessaires. Au moyen d'une coulisse avec canal de vidange, ils recueillent non seulement les eaux provenant de leur propriété, mais aussi celles des fonds supérieurs, soit de la propriété Sciboz et de différents terrains situés à Cormanon. La canalisation des C. F. F. a été modifiée défavorablement vers 1888. En cas de pluie abondante ou de crue subite des eaux, la coulisse devient insuffisante. Un premier accident est survenu en 1888 déjà. Malgré cet avertissement, les C. F. F. n'améliorèrent pas l'état des lieux. Aussi, dans la nuit du 23 au 24 décembre 1916, un second accident s'est produit au même endroit. Les C. F. F. négligèrent de prendre immédiatement les mesures nécessaires pour que l'eau ne s'accumulât pas