

tracht fallenden, übrigens zum Teil bloss persönlichen Nutzungsrechten der Beklagten am mittlern und untern Wasserlauf nicht deutlich unterschieden hat, so bedarf es einer Rückweisung der Sache an den kantonalen Richter zum Zwecke der Feststellung darüber, ob und inwieweit den Beklagten — eventuell welchen von ihnen; beim Beklagten Schaffhauser liegen besondere Verhältnisse vor — auf Grund eines Privat-rechtstitels Dienstbarkeitsrechte an dem Quellengrundstück zustehen. Nur insoweit dies der Fall sein und die betreffenden Dienstbarkeiten nicht etwa im Sinne des Eventualbegehrens der Klägerin ablösbar sein sollten, könnte eine Abweisung der Klage noch in Betacht kommen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 24. Mai 1916 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an den kantonalen Richter zurückgewiesen.

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. März 1917

i. S. Klaus und Genossen, Kläger,
gegen Stadt Zürich, Beklagte.

Begriff der Zugehör: nur solche Sachen, welche dem Eigentümer der Hauptsache gehören oder an welchen er Eigenbesitz ausübt.

A. — Die Kollektivgesellschaft Kugler & C^{ie}, welche zum Betriebe ihres Bankgeschäftes ein dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter Theodor Kugler gehörendes Haus benutzte, brachte im Jahre 1904 in dem Tresorraum, der zu diesem Zwecke im Keller erstellt worden war, 450 nach den von ihr vorgeschriebenen Massen

angefertigte Kassetten an, die durch Stäbe mit einander zu Schränken verbunden, dagegen nicht auch mit den Wänden oder dem Boden des Tresorraums fest verknüpft wurden. Diese Tresorkassetten wurden von der Firma Kugler & C^{ie} an Kunden vermietet, bis im Juli 1913 sowohl über Kugler & C^{ie} als über Theodor Kugler persönlich der Konkurs ausbrach. Am 18. Dezember 1914 kam zwischen den beiden Konkursverwaltungen ein Vergleich zustande, wonach der Erlös der inzwischen zum Preise von 7000 Fr. verwerteten Tresorschränke nebst Treppe und Schlüsselschrank der Privatmasse überlassen wurde.

Die Beklagte hat im Jahre 1915 zwei am 20. Februar 1901 auf der erwähnten Liegenschaft des Theodor Kugler errichtete Schuldbriefe im Betrage von je 45 000 Fr. erworben und ist am 14. März 1916 bei der Verwertung der Liegenschaft im Privatkonkurse mit einem 7000 Fr. übersteigenden Betrage zu Verlust gekommen, nachdem die Liegenschaft ohne die Tresorschränke versteigert worden war. Sie erhob nun auch Anspruch auf den Erlös der Tresorschränke nebst beweglicher Treppe und Schlüsselschrank, mit der Begründung; dass diese Objekte eine Zugehör der Liegenschaft gebildet hätten. Die Konkursverwaltung Theodor Kugler anerkannte den Anspruch. Hiegegen richtet sich die vorliegende, von andern Privatgläubigern des Theodor Kugler eingeleitete Kollokationsanfechtungsklage mit dem Rechtsbegehren:

« Ist der Kollokationsplan im Konkurse des Theodor Kugler dahin abzuändern, dass die Pfandansprache der Beklagten am Verkaufserlös der Tresorschränke im Betrage von 7000 Fr. abgewiesen und dieses Betreffnis den Klägern zugewiesen wird, unter dem Vorbehalt der Feststellung des auf den einzelnen Kläger entfallenden Betrages? »

B. — Durch Urteil vom 6. Dezember 1916 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen, weil die Tresorschränke in der Tat als Zugehör der Liegen-

schaft zu betrachten seien, und das der Beklagten zustehende Grundpfandrecht sich daher auch auf sie erstrecke.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Nach Art. 25 Schl T ZGB bestimmt sich der Umfang der Pfandhaft für alle Grundpfandrechte, also auch für die vor dem 1. Januar 1912 errichteten, nach dem neuen Rechte, d. h., was die « Zuehör » betrifft, nach Art. 805 ZGB. Nach der Auslegung, die diese letztere Gesetzesbestimmung durch das Bundesgericht erhalten hat (AS 42 II S. 116), wird aber von einem früher errichteten Grundpfandrecht auch eine später hinzugekommene Zuehör ergriffen, und zwar insbesondere auch eine solche, die ihre Eigenschaft als Zuehör nicht einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, sondern einfach dem Inkrafttreten des neuen Rechts verdankt.

Von diesem Standpunkte aus ist im vorliegenden Falle zu prüfen, ob die streitigen Tresorschränke nebst Treppe und Schlüsselschrank im Zeitpunkte der Konkurseröffnung gemäss Art. 644 und 805 ZGB eine Zuehör zu der verpfändeten Liegenschaft bildeten. Wenn ja, so erstreckte sich das im Jahre 1901 errichtete Grundpfandrecht unabhängig von dem bisherigen Rechtszustande nachträglich auch auf sie; wenn nein, so blieben sie ausserhalb des Pfandnexus.

2. — Bei der Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Sache als « Zuehör » oder « Pertinenz » einer bestimmten andern Sache (« Hauptsache ») erscheine, ist von denjenigen Gesichtspunkten auszugehen, die überhaupt zur Aufstellung des Begriffs der « Zuehör » geführt haben. Als solche kommen in Betracht: einerseits das Bestreben, dem Grundeigentümer die Mitverpfändung

gewisser beweglicher Sachen zu ermöglichen, andererseits das Bedürfnis nach einer Interpretationsregel für Rechtsgeschäfte, durch welche über die « Hauptsache » verfügt wird. In ersterer Hinsicht ist wesentlich, dass die Pertinenzqualität nur solchen Sachen zuerkannt wird, die in einer für jeden Dritten wahrnehmbaren dauernden Beziehung zu der Hauptsache stehen (weil sonst der Grundsatz, dass zur Verpfändung von Fahrnis Besitzübergabe erforderlich ist, umgangen werden könnte). Vom zweiten Gesichtspunkte aus muss dagegen das Hauptgewicht auf das Vorhandensein solcher Umstände gelegt werden, die es als wahrscheinlich annehmen lassen, dass der Eigentümer der « Hauptsache », als er über diese verfügte, zugleich auch über diejenige Sache verfügen wollte, welche als « Zuehör » in Anspruch genommen wird.

Der erste der beiden hievor namhaft gemachten Gesichtspunkte hat in Art. 805 Abs. 2 ZGB, der zweite in Art. 644 Abs. 1 und 805 Abs. 1 seinen Ausdruck gefunden, während Art. 644 Abs. 2 den Versuch einer für beide Zwecke passenden Begriffsbestimmung enthält und Art. 645 ein einzelnes Element dieser Definition näher umschreibt.

3. — Im vorliegenden Falle kann nun dahingestellt bleiben, ob diejenige Sache, über deren Zuehörqualität gestritten wird, an sich geeignet war, als « Zuehör » der hypothekierten Liegenschaft mitverpfändet zu werden; denn auf alle Fälle fehlt eines derjenigen Erfordernisse, die vorhanden sein müssten, damit eine Verfügung des Eigentümers der Liegenschaft sich auch auf die streitigen Tresorschränke hätte beziehen können.

Die erste und wichtigste Voraussetzung dafür, dass die Verfügung über eine Sache zugleich auch als Verfügung über eine andere Sache erscheine, besteht in einer gleichartigen Rechtsbeziehung des Verfügenden zu den beiden Sachen. Verfügt er über die « Hauptsache » als Eigentümer, so kann die Wirksamkeit seiner Verfügung nur

dann auf die angebliche Zugehör erstreckt werden, wenn er auch Eigentümer der letzteren ist oder doch daran Eigenbesitz ausübt. Nur in diesem Fall kann überhaupt die Frage aufgeworfen werden, ob er, wie Art. 644 Abs. 2 ZGB verlangt, die eine Sache dauernd für die Bewirtschaftung oder Benutzung der andern bestimmt habe. Hat dagegen bloss ein Mieter, Pächter, Usufruktuar oder Prekarist der Hauptsache eine derartige Beziehung hergestellt, und hat er dabei nicht etwa als Vertreter des Eigentümers gehandelt, so erscheint diese Beziehung nicht nur nicht als im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung « dauernd », sondern sie ist auch sonst nicht geeignet, die Wirksamkeit einer Verfügung des Eigentümers der Hauptsache auf die angebliche Zugehör auszudehnen.

Hieran wird dadurch nichts geändert, dass nach Art. 644 Abs. 2 ZGB der « klare Wille des Eigentümers der Hauptsache » durch die « am Orte übliche Auffassung » ersetzt werden kann. Auch die Ortsübung ist nur dann ausschlaggebend, wenn überhaupt eine Verfügung des Eigentümers der Hauptsache über die Nebensache in Betracht kommen kann; gehören dagegen die beiden Sachen verschiedenen Eigentümern, so ist unerheblich, ob im gegenteiligen Falle nach der Ortsübung eine Vermutung dafür bestehen würde, dass die Verfügung über die eine Sache sich auch auf die andere erstrecken sollte.

Im vorliegenden Falle fehlt es nun gerade an jener ersten und wichtigsten Voraussetzung für die Möglichkeit, die Wirkungen der Verfügung über die Hauptsache auch auf die Nebensache zu erstrecken; denn es ist unbestritten, dass die Liegenschaft, als deren Zugehör die Tresorschränke nebst Treppe und Schlüsselschrank von der Beklagten bezeichnet werden, dem Theodor Kugler persönlich gehörte, während doch jene Mobilien von der Kollektivgesellschaft Kugler & C^{ie} eingebracht worden waren und nicht etwa behauptet wird, dass Kugler & C^{ie} dabei als Vertreter Theodor Kuglers gehandelt hätten. Ist dann auch nachträglich infolge eines

zwischen den beiden Konkursverwaltungen abgeschlossenen Vergleichs der Verwertungserlös des « Tresors » der Privatmasse überlassen worden, so hatte doch Theodor Kugler *persönlich* nie über die Objekte verfügt. Diese haben daher weder durch seinen « klaren Willen », noch durch den « Ortsgebrauch » zu einer Zugehör seiner Liegenschaft gemacht werden können. Alsdann aber erstrecken sich auch die von Theodor Kugler errichteten Grundpfandrechte nicht auf sie, und die Beklagte hat daher kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus ihrem Erlös.

Alle andern, von den Parteien und den Vorinstanzen aufgeworfenen Rechtsfragen können bei dieser Sachlage unerörtert bleiben.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 6. Dezember 1916 aufgehoben und die Klage gutgeheissen.

VI. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

27. Arrêt de la I^{re} Section civile du 16 mars 1917
dans la cause
de Morsier frères et Weibel contre Demierre & C^{ie}.

Contrat de vente par livraisons échelonnées; refus de livrer motivé par le fait que l'acheteur affecte la marchandise à un emploi autre que celui prévu lors de la conclusion du contrat; refus injustifié; d'ailleurs le défaut de livraison d'une partie de la commande n'autorise pas l'acheteur à retenir le prix des livraisons partielles déjà exécutées.

A. — Le 25 janvier 1915 Demierre & C^{ie} ont conclu un contrat avec les architectes de Morsier frères et Weibel