

liegenden Falle, ausgeschlossen und können sich die Erben nicht zur ungeteilten Zuweisung der Sache an einen Miterben zu einem bestimmten Preise einigen, so bleibt, dem erwähnten Grundsatz gemäss, nur die Möglichkeit der Zuweisung im freien Wettbewerb aller Erben, d. h. an den Meistbietenden, und Verteilung des Erlöses. So ist es denn, entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung, nicht eine Ausnahme, sondern eine Bestätigung und Auswirkung des Grundsatzes der Anspruchsgleichheit der Erben auf die Erbschaftssachen, wenn Art. 612 ZGB vorschreibt, dass mangels Einigung der Erben über die Zuweisung der Sache diese nötigenfalls auf dem Wege der Versteigerung zu verkaufen sei. Es erhält damit jeder Erbe die Möglichkeit, durch Teilnahme an der Steigerung wenigstens den nach seiner Meinung angemessenen Erlös zu erwirken, falls ihm der Gegenstand an sich entgehen sollte.

Die Beklagten haben keinen Rechtstitel dargetan, der ihnen unter Ausschaltung der Anspruchsgleichheit der Miterben ein Vorrecht auf Zuweisung der umstrittenen Liegenschaft gewähren würde. Da es sich bei dieser nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, ist Art. 620 nicht anwendbar. Für ihre Behauptung, dass ihnen zufolge einer vertraglichen Vereinbarung mit den Miterben ein Anspruch auf Zuweisung des Gewerbes zustehe, berufen sich die Beklagten auf die eingangs erwähnte Äusserung des Vormundes der minderjährigen Erben. Dieser hatte zur Begründung seines Antrages auf Bildung einer Gemeinschaft zur Fortführung des Gewerbes unter anderem angeführt, dass den damals noch minderjährigen Beklagten die Möglichkeit einer spätern Übernahme des Geschäftes gesichert werden solle. Darin liegt aber, wie schon die Vorinstanz zutreffend bemerkt, keine Verpflichtung, weder für die Beklagten zur Übernahme des Geschäftes, noch für die übrigen Erben zur Anerkennung eines Vorrechtes der Beklagten. Diese behaupten ferner, es bestehe im Prozesse unter den Parteien Einigkeit darüber, dass die Lie-

genschaft ihnen zuzuweisen sei, streitig sei nur der Anrechnungswert, daraus ergebe sich die Anwendbarkeit von Art. 618 ZGB. Dem steht das eindeutig auf Anordnung der Steigerung gerichtete und im Prozesse nirgends abgeänderte Rechtsbegehren der Kläger gegenüber. Nach den Feststellungen der Vorinstanz waren die Kläger freilich willens, die Liegenschaft den Beklagten für Fr. 240,000.— zu überlassen, nicht aber zu einem Preise von Fr. 140,000.—, den sich die Beklagten höchstens anrechnen lassen wollten. Es ist abwegig, daraus zu folgern, dass die Parteien über die Zuweisung grundsätzlich einig seien; sie streiten sich über das wichtigste Element der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung. Dieser Streit kann sowohl nach den sachenrechtlichen wie nach den erbrechtlichen Regeln nur durch Anordnung der Steigerung gelöst werden (ZGB Art. 654, 651, 612). Die Bezeichnung der zur Mitwirkung zuständigen Behörde und des anzuwendenden Verfahrens ist Sache der kantonalen Instanz.

Vgl. auch Nr. 52. — Voir aussi n° 52.

#### IV. SACHENRECHT

##### DROITS RÉELS

#### 50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. November 1940 i. S. Wyss gegen Fuchs & Cie.

*Ablösung einer Dienstbarkeit durch den Richter. Voraussetzungen.*  
Art. 736 ZGB ist ein Anwendungsfall von Art. 2. Rührt das Missverhältnis der Interessen von einem Anwachsen der Belastung her, so ist mit zu berücksichtigen, ob dieses auf Ursachen innerhalb oder ausserhalb des Machtbereichs des Belasteten beruht.

*Libération judiciaire d'un fonds grevé d'une servitude. Conditions.*  
L'art. 736 CC règle un cas d'application de l'art. 2 CC. Lorsque la disproportion des intérêts mis en cause provient d'une aggravation des charges, il faut éventuellement tenir compte du fait que l'aggravation dépendait du grevé.

*Cessazione di una servitù fondiaria mediante sentenza. Presupposti.*  
L'art. 736 CC regola un caso di applicazione dell'art. 2 CC. Se la sproporzione degli interessi in gioco deriva da un aggravamento dell'onere, deve considerarsi se questo aggravamento dipenda e no dal proprietario del fondo serviente.

A. — Im Jahre 1865 verkaufte der damalige Eigentümer der Liegenschaft zur « Münz » in Zug, M. A. Wyss, seine gegenüber der « Münz » auf der andern Seite der Hintergasse (jetzt Zeughausgasse) gelegene, längsseits an das Wohnhaus der Frau Bossard anstossende Gartenparzelle an diese, unter Belastung der Gartenparzelle mit einer Dienstbarkeit zugunsten der « Münz », wonach die Parzelle in ihrem vorderen, der Hintergasse anliegenden Teile nur bis zur Höhe des Stubenfensters des Hauses Bossard, im hintern Teile 25 Fuss hoch überbaut werden dürfe. Im Jahre 1928 und dann wieder 1932 beabsichtigten die Rechtsnachfolger der Frau Bossard, die Firma Fuchs & C<sup>te</sup>, Weinhandlung, auf der belasteten ehemaligen Gartenparzelle, die inzwischen zu einem Fasslagerplatz umgewandelt worden war, einen Hauserweiterungsbau zu erstellen, wogegen die Eigentümer der « Münz » beidemale mit Erfolg Einspruch und Klage erhoben. Gegen ein neues, am 16. Mai 1936 vom Einwohnerrat Zug genehmigtes Bauprojekt erhoben die Erben Wyss wiederum Einspruch und Klage auf Untersagung des Baus, soweit dieser die Servitut verletze, eventuell Zahlung einer Entschädigung von Fr. 30,000.— für die ganze oder teilweise Ablösung derselben. Die Firma Fuchs beantragte Abweisung der Klage und, widerklageweise, gerichtliche Feststellung, « dass ein allfällig noch vorhandenes Interesse des berechtigten Grundstückes im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung und daher die Dienstbarkeit gegen vom Richter festzusetzende billige Entschädigung ganz oder teilweise abzulösen sei » gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB.

B. — Im wesentlichen in Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts hat das Obergericht des Kantons Zug am 25. September 1940 die Klage abgewiesen und die

Widerklage in dem Sinne gutgeheissen, dass die Servitut gegen eine Entschädigung von Fr. 4000.— teilweise, d. h. soweit sie durch das vorliegende Bauprojekt verletzt werde, abzulösen sei.

In tatsächlicher Beziehung stellt die Vorinstanz fest, dass sich seit Errichtung der Servitut im Jahre 1865 die baulichen Verhältnisse in der Hinter(jetzt Zeughaus-)gasse, wie auch die Mietverhältnisse in der « Münz » nicht geändert haben. Das Interesse der Berechtigten am Weiterbestand der Servitut sei daher ungefähr das gleiche wie damals. Aus dem Wortlaut der Dienstbarkeit selbst gehe nicht hervor, welches diese Interessen seien ; es sei anzunehmen, dass die Servitut die Verhinderung des Lichtentzugs durch einen Bau, die Fernhaltung von grossen Gebäuden im untern Teil der « Münz », eventuell auch die Verhinderung vermehrter Schallwirkung infolge eines Nachbarhauses bezweckt habe, welche Interessen heute noch beständen. Auf der andern Seite kommt die Vorinstanz, insbesondere auf Grund des Augenscheins, zu der Auffassung, dass die Belastung der Beklagten durch die Servitut erheblich grösser, eigentlich drückend geworden sei. Die Raumverhältnisse in der Liegenschaft Fuchs, sowohl bezüglich der Wohnung als der Weinhandlung, seien äusserst dürftig ; der servitutbelastete ehemalige Garten diene heute als Fasslagerplatz. Das vorliegende Bauprojekt trage den durch die Dienstbarkeit geschützten Interessen der Kläger weitgehend Rechnung, da es nicht das ganze Terrain beanspruche und die Lichtverhältnisse nicht wesentlich verschlechtere. Angesichts dieser Umstände kommt die Vorinstanz zu dem Schlusse, es käme einem Rechtsmissbrauch gleich, wenn die verlangte teilweise Ablösung der Servitut verweigert würde, weshalb der Fall des Art. 736 Abs. 2 ZGB vorliege. Eine Entschädigung von Fr. 4000.— erscheine den Verhältnissen angemessen.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Kläger mit dem Antrag auf Gutheissung

der Klage und Abweisung der Widerklage, eventuell Erhöhung der Entschädigung auf Fr. 27,000.—, und mit der Begründung, es sei ihnen nicht an einer Entschädigung, sondern an der Aufrechterhaltung der Servitut gelegen, an der sie nach wie vor ein wesentliches Interesse hätten. Die Berufungsbeklagten tragen auf Bestätigung des Urteils an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Das Bundesgericht umschrieb anfänglich den Anwendungsbereich des Art. 736 Abs. 2 ZGB dahin, Voraussetzung für die ganze oder teilweise Ablösung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung sei lediglich das Entstehen eines erheblichen Missverhältnisses zwischen der Belastung und dem Interesse des Berechtigten, das nicht nur durch Verminderung des Interesses des Berechtigten seit der Begründung der Dienstbarkeit, sondern auch durch Vergrößerung der Belastung eintreten könne, weshalb der schwerer Belastete die Ablösung auch dann verlangen könne, wenn das Interesse des Berechtigten an der Servitut gleich geblieben sei (BGE 43 II 37). In der Folge brachte die Rechtsprechung an dieser Auslegung einschränkende Vorbehalte an, indem sie eine bloss durch Geldschätzung gefundene Wertdifferenz zwischen den beidseitigen Interessen als zur Begründung der Ablösungspflicht nicht genügend erklärte. Nach BGE 50 II 467 « spricht das Gesetz wohl absichtlich nicht einfach von einem geringeren Wertverhältnis, sondern geht davon aus, dass die Dienstbarkeit von geringerer Bedeutung geworden sei. Die Ablösungspflicht beruht auf dem Gedanken der Verhütung eines Rechtsmissbrauchs durch den Berechtigten, wenn die Dienstbarkeit für ihn von geringer Bedeutung ist, während sie für den Belasteten eine unverhältnismässig schwere Last ist ». Wird derart Art. 736 ZGB als ein Anwendungsfall von Art. 2 ZGB anerkannt, so ist an die dort geforderten Voraussetzungen ein strenger Massstab anzulegen. Die Löschung bzw. Ablösung von Dienstbarkeiten nach

Art. 736 soll nicht auf eine Expropriation in privatem Interesse hinauslaufen, sondern auf die Fälle beschränkt bleiben, wo nach Treu und Glauben die Ausübung und Aufrechterhaltung der Servitut nicht mehr gerechtfertigt werden kann bzw. einem Rechtsmissbrauch gleichkäme. Diese Qualifikation kann der Rechtsausübung des Servitutsberechtigten zunächst nicht schon zufolge einer rein quantitativen Vergrößerung der Differenz der beiderseitigen Interessen zukommen. Rührt das Missverhältnis der Interessen von einem Anwachsen der Belastung her, so ist mit zu berücksichtigen, ob dieses Anwachsen auf Ursachen beruht, für die der Belastete die Verantwortung auf sich nehmen muss, oder auf ausserhalb seines Machtbereichs liegenden. Vorliegend wird die schwerere Belastung der Beklagten damit begründet, dass die Raumverhältnisse in ihrer an die belastete Gartenparzelle anstossenden Liegenschaft ungenügend geworden seien. Art, Umfang und Intensität der Bewirtschaftung und Nutzung der beklaglichen Liegenschaft sind aber gänzlich in der Willkür der Beklagten gelegene Faktoren. Wenn sie die auf der Nachbarliegenschaft betriebene Weinhandlung im Laufe der Jahre ausgebaut und vergrössert haben, so kann diese Entwicklung nicht dazu führen, dass die Kläger deswegen ihr wohl-erworbenes Recht, an dem sie noch das gleiche Interesse haben wie zur Zeit seiner Begründung, verlieren müssen, weil dessen Ausübung jetzt rechtsmissbräuchlich geworden sei. Desgleichen bilden das Anwachsen der an der beklaglichen Firma beteiligten Familien bzw. der Wunsch, weitere Zweige derselben im Geschäftshause selbst unterzubringen, rein persönliche, veränderliche Umstände und nicht objektive, am belasteten Grundstück haftende Interessen, die dasjenige des Berechtigten zurückzudrängen vermöchten. Wenn die belastete Liegenschaft in dem gegebenen Rechtsbestande für die von den Beklagten herbeigeführte intensivere Bewirtschaftung nicht mehr genügt, so müssen sie sich eben anderweitig bzw. auf vertraglichem Wege die nötige Ausdehnungsmöglichkeit ver-

schaffen, können aber nicht den Berechtigten gegen seinen Willen zur Aufgabe seines Rechts zwingen.

Lediglich deshalb, weil die Belastung des dienenden Grundstücks schwerer geworden ist, kann das Festhalten des Berechtigten an der Dienstbarkeit nicht als Rechtsmissbrauch bezeichnet werden, es wäre denn, dass das Interesse des Berechtigten auch qualitativ ein weniger schutzwürdiges, rein subjektives, z. B. ein blosses Liebhaberinteresse wäre. Das kann aber *in casu* nicht gesagt werden, nachdem die Vorinstanz feststellt, dass die Wohn- und Nutzungsverhältnisse in der Liegenschaft zur « Münz » noch die gleichen sind wie zur Zeit der Begründung der Servitut. Das Bedürfnis nach Licht und Luft und Ruhe in den in gleicher Weise wie 1865 benutzten Räumen ist zweifellos heute ein ebenso legitimes und wichtiges Interesse wie damals und wie der Wunsch der Beklagten nach mehr Bewegungsfreiheit. Anders wäre es, wenn etwa die fraglichen Räume in der « Münz » inzwischen von Wohn- bzw. Arbeitsräumen in Lokale umgewandelt worden wären, für welche direktes Sonnenlicht nicht wesentlich ist, wie z. B. Remisen, Autoboxen o. dgl. Handelt es sich aber um ein an sich begründetes, wichtiges Interesse, so ist es in erster Linie Sache des Berechtigten und ein Attribut seines Herrschaftsrechts, zu sagen, wieviel speziell *ihm* das Recht wert ist. Der Richter darf sich nicht an die Stelle der Parteien setzen und anordnen, was diese vielleicht im jetzigen Zeitpunkte tun würden. Es ist schliesslich nicht ausser Acht zu lassen, dass das Gesetz die Begründung einer Dienstbarkeit erlaubt, ohne dass der Berechtigte ein Interesse daran nachweisen müsste; umso mehr ist nachträglich in der Abschätzung desselben Zurückhaltung am Platze, wenn ihm die Servitut wegen Wegfalls bzw. Verminderung seines Interesses abgesprochen werden soll. Im vorliegenden Falle hätte der damalige Eigentümer der « Münz » ohne die Begründung der Dienstbarkeit vielleicht nicht einen höheren Kaufpreis verlangt, sondern die Parzelle überhaupt nicht verkauft. Wenn die

Kläger heute nicht eine Geldabfindung wollen, sondern an der Dienstbarkeit festhalten, so kann in dieser Haltung kein Handeln wider Treu und Glauben und kein Rechtsmissbrauch erblickt werden, weshalb die Anwendung des Art. 736 ZGB entfällt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das angefochtene Urteil aufgehoben, die Hauptklage in dem Sinne gutgeheissen, dass die Baueinsprache der Kläger vom 27. April 1936 gegen das Bauvorhaben der Beklagten geschützt wird, und die Widerklage abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 49. — Voir aussi n° 49.

## V. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1940 i. S. Marti & Cie gegen Steiger.

*Kollektivgesellschaft, Art. 567 Abs. 3 und 563 OR.*

1. Für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein *nicht* vertretungsberechtigter Gesellschafter beim oder durch den Abschluss von Rechtsgeschäften im Namen der Gesellschaft begeht, haftet diese nicht (Erw. 2).
2. Sobald mit Wissen aller Gesellschafter oder aus Fahrlässigkeit derselben ein Zustand geschaffen wird, der bei Dritten den Eindruck erwecken muss, dass *tatsächlich* eine andere, für sie günstigere Vertretungsordnung gehandhabt wird als die im Handelsregister eingetragene, so muss die Gesellschaft diese gegen sich gelten lassen und es ist der gute Glauben der Gegenpartei zu vermuten.

*Société en nom collectif, art. 567 al. 3 et 563 CO.*

1. Lorsqu'un sociétaire sans droit de représentation accomplit des actes juridiques au nom de la société, celle-ci ne répond pas du dommage que des tiers peuvent souffrir par ces actes ou leurs effets.