

intimo nesso con la vendita immobiliare medesima, della quale anzi esso costituisce condizione essenziale (vedi casi analoghi RU 28 II p. 250; 34 II p. 405 e seg. e le sentenze ivi citate).

3° — Ma l'intimo legame che esiste tra la penale e il contratto principale risulta evidente anche dall'esame delle eccezioni che gli attori ad essa oppongono e delle quali questo Tribunale, giudicando del merito della causa, dovrebbe conoscere.

Gli attori rimproverano al Comune di non averli immessi nel pacifico possesso della cosa venduta e di non aver eseguito a tempo le strade di accesso (exceptio non rite adimpleti contractus). Queste eccezioni concernono anzitutto il contratto immobiliare e la sua esecuzione, ma stanno anche in rapporto diretto con la clausola penale, comechè da essa possa dipendere la riduzione ed anche il diritto di farla valere, a mente del principio che chi domanda l'adempimento di un contratto bilaterale deve averlo, per parte sua, già adempito (art. 95 CO v). L'esame di queste obiezioni condurrà quindi necessariamente al quesito dell'adempimento del contratto non solamente dal punto di vista degli obblighi degli attori (di fabbricare), ma anche di quelli del convenuto: dunque a giudicare dell'adempimento del contratto in genere nelle sue parti principali.

Ma anche l'altra eccezione, quella della liceità della convenzione dal punto di vista dell'art. 17 CO v, non è una questione astratta, che possa decidersi indipendentemente dalle altre clausole del contratto immobiliare. Anche qui la portata generale del contratto, lo scopo cui tendevano le parti stipulando la penale in relazione cogli intenti del contratto principale, sono altrettante questioni pregiudiziali di indole concreta e che non possono avere adeguata risposta se non esaminando le disposizioni del contratto immobiliare nella loro generalità e nella loro relazione con le parti.

Il Tribunale federale pronuncia:

Non si entra nel merito delle appellazioni.

114. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1913 in Sachen **Waller-Hausler**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Hausler**, Kl. u. Ber.-Bekl.

1. *Zivilrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 1 OG. Verhältnis zur Berufung. Jene ist dieser subsidiär. Beide Rechtsmittel können nicht in einer Eingabe verbunden werden.*
2. *Uebergangsrecht. Verpfändungsvertrag nach altem Recht; Aufhebung unter dem neuen Recht. Für die Wirkungen der Aufhebung und die Auseinandersetzung ist das alte Recht massgebend.*

A. — Durch Urteil vom 13. Juni 1913 hat das OBG des Kantons Schaffhausen erkannt:

„1. Der am 8. Februar 1902 zwischen den Parteien abgeschlossene Leibgebingsvertrag ist mit heutigem Tage aufgelöst.

„2. Der Beklagte ist gerichtlich gehalten, dem Kläger eine lebenslängliche jährliche Alimentation im Betrage von 250 Fr. auszurichten.

„3. (Kosten).

„4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die erste Instanz“.

B. — Diese Mitteilung erfolgte am 7. Juli 1913. Schon am 3. gl. Mon. hatte der Beklagte „zur Vorfrage“ beim OBG die Berufung an das BG erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und auf Rückweisung der Sache an die kantonalen Instanzen zu neuer Beurteilung auf Grund des eidgenössischen statt des kantonalen Rechts. Dieser vorsorglichen Berufungserklärung lag eine kurze Begründungsschrift bei.

Mit Eingaben vom 26. Juli 1913 an das OBG und an das BG hat der Beklagte die Berufung gegen das Urteil des OBG erneuert und auf seine Eingabe vom 3. Juli 1913 verwiesen, die er bestätige und deren Anträge nebst Begründung er wiederhole. In der Eingabe an das BG fügte der Beklagte bei, er erhebe zugleich Beschwerde gemäß Art. 87 Ziff. 1 OG.

C. — Der Vertreter des Klägers hat sich in einer Eingabe vom 30. Juli 1913 an das OBG zu Händen des BG dagegen verwahrt, daß der Fall an dieses weitergezogen werde. In seiner Antwort auf die Berufung hat sodann der Kläger beantragt, es

sei wegen Nichtanwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes auf die Berufung nicht einzutreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien schlossen am 8. Februar 1902 einen Verpfändungsvertrag ab: der Kläger als Pfänder, der Beklagte (sein Schwiegersohn) und dessen Ehefrau als Pfandgeber. Der Kläger trat sein auf 4713 Fr. 89 Cts. inventarisiertes Nettovermögen den Pfandgebern ab, wogegen diese sich verpflichteten, ihn lebenslanglich und seinem Stande gemäß mit Wohnung, Kost, Kleidern und Wäsche zu versehen und im Krankheitsfalle zu versorgen. Es kam bald zu Streitigkeiten, in deren Verlauf der Kläger den Beklagten auf richtige Erfüllung des Vertrages belangte. Am 27. November 1907 verglichen sich die Parteien, indem der Beklagte sich verpflichtete, die Bestimmungen des Vertrages nicht mehr zu verletzen. Da die Mißhelligkeiten aber fortbauerten, kündigte der Beklagte mit Brief vom 20. Februar 1912 an den Vormund des Klägers den Vertrag „nach Art. 526 (neu) OR“ auf 6 Monate. Die Waisenbehörde Trasadingen nahm die Kündigung an und beauftragte den Vormund, über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung mit dem Beklagten in Unterhandlung zu treten und wenn nötig den Rechtsweg zu beschreiten. Da eine Einigung nicht erzielt werden konnte, leitete der Vormund des Klägers die vorliegende Klage ein, mit dem Rechtsbegehren, es sei der Beklagte zu verhalten, einen Betrag von 2350 Fr., eventuell einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag herauszubezahlen, weiter eventuell dem Kläger eine Jahresrente von 400 Fr., eventuell eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Rente zu entrichten. Im Prozeß hat der Beklagte sich auf Art. 526 und 527 neu OR in Verbindung mit den Übergangsbestimmungen des ZGB berufen, während der Kläger die Anwendbarkeit des alten Rechtes behauptet hat. Die erste Instanz hat den Beklagten zur Zahlung einer lebenslanglichen Jahresrente von 200 Fr., das ObG zur Zahlung einer solchen von 250 Fr. verurteilt; das ObG hat, gestützt auf Art. 1 Schl. ZGB, die Streitsache nach dem alten kantonalen Recht entschieden.

2. — Es fragt sich zunächst, ob in der Erklärung des Beklagten in seiner Eingabe vom 26. Juli 1913 an das BG, er erhebe „zugleich“ Beschwerde gemäß Art. 87 Ziff. 1 OG, eine

formrichtige zivilrechtliche Beschwerde wegen Anwendung kantonalen anstatt eidgenössischen Rechtes erblickt werden könne. Das ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Die Beschwerde des Art. 87 Ziff. 1 OG ist der Berufung gegenüber subsidiärer Natur, sie ist nur zulässig, wo die Berufung nicht statthaft ist, insbesondere wegen mangelnden Streitwertes, gerade wie die frühere Kassationsbeschwerde in Zivilsachen nach Art. 89 ff. alt OG. Nun war es aber feststehende Praxis des BG, daß die Verbindung verschiedener Rechtsmittel, insbesondere der Berufung mit der Kassationsbeschwerde, in einer und derselben Eingabe nicht zulässig sei (FAVEY, Les conditions du recours de droit civil p. 27). Daran ist festzuhalten, zumal da die Einlegung der Berufung und der Beschwerde nicht mehr an die nämliche Amtsstelle erfolgt (vergl. Art. 67 Abs. 1 mit Art. 90 alt und neu OG). Die Berufung und die Beschwerde im Sinn von Art. 87 Ziff. 1 OG haben auch grundsätzlich ein verschiedenes Ziel. Sodann ist die Beschwerde an sich nicht suspensiv, während die Berufung es stets ist. Endlich spricht für die Unzulässigkeit der Verbindung beider Rechtsmittel gerade auch die subsidiäre Natur der Beschwerde gegenüber der Berufung.

Dazu kommt im vorliegenden Fall, daß die Berufung dem Streitwerte nach statthaft ist und daß der Beschwerdebegrund der Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechtes nach Art. 57 OG auch einen Berufungsgrund bildet; zudem hat die Vorinstanz die Übergangsbestimmungen des ZGB angewendet und hatte sie natürlich anzuwenden, so daß die Berufung schon deswegen zulässig ist. Folglich ist die Beschwerde in casu auch wegen ihres subsidiären Charakters ausgeschlossen.

3. — In der Sache selber ist in erster Linie zu prüfen, ob für die Aufhebung des Verpfändungsvertrages durch einseitige Kündigung und für die Folgen dieser Aufhebung das alte — kantonale — oder das neue — eidgenössische — Recht maßgebend sei. Mangels einer Parteivereinbarung über das anwendbare Recht entscheidet sich diese Frage nach den allgemeinen Übergangsbestimmungen des ZGB Schl. Art. 1 bis 4. Es kann in der Tat trotz der Anrufung des Art. 526 neu OR durch den Beklagten nicht angenommen werden, daß die Parteien übereinstim-

mend die Liquidation des Rechtsverhältnisses ganz nach neuem Recht vornehmen wollten und sich damit selber dem eidgenössischen Recht unterworfen haben. Hiefür liegen in den Akten genügende Anhaltspunkte nicht vor und es stände jene Annahme auch mit der Haltung des Vertreters des Klägers im Prozeß und insbesondere in der bundesgerichtlichen Instanz nicht im Einklang.

Auf Grund des Gesetzes fragt sich, ob es sich bei der Liquidation des Verpfründungsverhältnisses um „rechtliche Wirkungen“, „rechtliche Verbindlichkeiten“ und „rechtliche Folgen“ des Verpfründungsvertrages handle. Dem ist so und folglich ist nach SchlT 1 Abs. 1 und 2 das alte kantonale Recht anwendbar. Zu den rechtlichen Wirkungen des einmal begründeten Vertrages gehören auch die in der Folge daraus entstehenden Rechtsbeziehungen, kurz sein gesamter Inhalt, insbesondere auch seine Kündigung. In der Doktrin und in der Gesetzgebung ist denn auch überwiegend anerkannt, daß das zur Zeit der Eingehung des Schuldverhältnisses geltende Recht grundsätzlich für dessen gesamten Inhalt maßgebend bleiben müsse (Gierke, Privatrecht I 200 Anm. 19, Ostertag in Schw. Jur.-Ztg. 8 S. 388 Ziff. 4 i. f.). Anders wäre nur zu entscheiden, wenn eine zwingende Norm des neuen Rechtes dessen Rückwirkung geböte, was nicht zutrifft.

Es kann nicht eingewendet werden, daß der Kündigungsgrund eine neue Tatsache sei, die sich laut SchlT 1 Abs. 3 nach dem neuen Recht beurteile. Einmal hat der Beklagte bei der Kündigung nur Art. 526 neu OR angerufen. Die Tatsache, die nach Art. 526 die Kündigung begründet (erhebliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, ohne Schenkungsabsicht), liegt aber schon im Vertrag selbst; es handelt sich also hier um eine unmittelbare Wirkung des Vertrages. Die Voraussetzungen der einseitigen Aufhebung nach Art. 527 aber, auf den sich der Beklagte im Prozeß berufen hat, d. h. das Unerträglichwerden des Verhältnisses infolge von Vertragsverletzungen oder die übermäßige Erschwerung der Fortsetzung aus andern wichtigen Gründen, stehen in so engem Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis als solchem, daß sie nicht als neue, selbständige Tatsachen angesehen werden könnten, sondern als ein bloßes Glied des Gesamttatbestandes. Unter diesen Umständen erscheinen auch die Folgen der Aufhebung des Vertrages — vermögensrechtliche Auseinandersetzung und Li-

quidation des Rechtsverhältnisses — richtigerweise einfach als „rechtliche Wirkungen“, „rechtliche Folgen“ des altrechtlichen Vertrages. (Vergl. Reichel, Komm. Anm. 6 und 7 zu SchlT 1.) Zwar ist Abs. 3 von SchlT 1 — wie auch Abs. 1 und 2 — dem Art. 882 aOR bewußt nachgebildet und die Praxis hatte Art. 882 Abs. 3 auf alle Fälle des gesetzlichen Erlöschens altzeitlicher Rechtsverhältnisse ausgebehnt. Wenn aber zur Begründung dieser Praxis ausgeführt wurde, das neue Recht normiere die Rechtsfolgen eines erst unter seiner Herrschaft eingetretenen Tatbestandes, der seine rechtliche Ordnung durch das alte Recht noch nicht empfangen hatte (BGE 16 S. 361), so träfe das in casu nicht zu. Da im Vertrag die Folgen der Auflösung nicht besonders geregelt sind, muß angenommen werden, daß die Parteien sich den kantonalrechtlichen Bestimmungen unterworfen haben, die bei Abschluß des Vertrages hierüber tatsächlich bestanden. Durch die Kündigung ist kein neues Rechtsverhältnis begründet worden, dessen Inhalt unabhängig vom Parteiwillen durch das revidierte OR umschrieben würde. Es ist daher auch für eine Anwendung des vom Beklagten weiter angerufenen Art. 3 SchlT kein Raum. Vergl. hinsichtlich des Übergangsrechtes beim Dienstvertrag das Urteil des BG vom 12. April 1913 in Sachen Terpol, Praxis 2 Nr. 127; danach beurteilt sich die Frage, ob eine unter dem neuen Recht eingetretene Tatsache einen wichtigen Grund zur Auflösung eines altrechtlichen Dienstvertrages bilde, ebenfalls nach dem alten Recht.

4. — Mit Recht hat also die Vorinstanz ihrem Urteil das alte schaffhausenerische Privatrecht zu Grunde gelegt. Die Berufung ist sonach als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Urteil kurzerhand zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf die zivilrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des ObG des Kantons Schaffhausen vom 13. Juni 1913 bestätigt.