

derungen hiefür richten sich nach dem Zweck der Ortsangabe. Das Gesetz verlangt diese, weil sie die Zeitangabe, der im Hinblick auf ZGB Art. 467 und 511 die überwiegende Bedeutung zukommt, vervollständigt, Anhaltspunkte für die Ermittlung der Echtheit der Urkunde zu bieten vermag und für die örtliche Rechtsanwendung von Bedeutung sein kann. Die Frage, welches die am weitesten gefasste Ortsbezeichnung ist, die diesen Anforderungen noch genügt, ob z. B. die Angabe einer Landesgegend oder einer Reisetrecke hinreichend wäre, ist hier nicht zu entscheiden, sondern jene, welchen engsten geographischen Raum das Gesetz unter dem Begriff des Ortes höchstens verstanden haben will. Nach dem Zweckgedanken ist dies der Ort im Sinne der politischen Gemeinde. Nähere Ortsbezeichnungen innerhalb der Gemeinde, wie z. B. des Quartiers, der Strasse, Hausnummer usw., sind vom Standpunkt des Gesetzes aus überflüssig. Sind sie unrichtig, so kann dies die Formgültigkeit des Testamentes sowenig beeinflussen, wie es der Fall wäre bei einer über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehenden Angabe der Tageszeit der Testamentserrichtung. Die Ortsangabe « Zollikerberg » auf dem streitigen Testament ist unrichtig. Sie enthält in sich aber den Hinweis auf die Gemeinde Zollikon, zu der das Quartier des Zollikerberges gehört, und da diese Ortsbezeichnung richtig ist, genügt die Datierung des Testamentes den gesetzlichen Anforderungen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 7. Oktober 1938 bestätigt.

IV. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. November 1938 i. S. Nörr gegen Weber.

Intertemporales Sachenrecht (Art. 1, 3, 17 und 18 des Schlusstitels des ZGB) :

Soweit der Inhalt einer unter altem Recht errichteten Dienstbarkeit nicht durch Rechtsgeschäft festgelegt ist, bestimmt er sich nach neuem Recht.

Veränderte Ausübung einer Wegdienstbarkeit (gegenüber dem Inhalt, wie er durch Rechtsgeschäft, kantonales Recht und Ortsgebrauch, Art. 740 ZGB, umschrieben und allenfalls durch die bisherige Ausübung, Art. 738 ZGB, näher bestimmt ist) :

Eine unzumutbare Mehrbelastung (Art. 739 ZGB) liegt nicht schon an und für sich in der Benutzung mit Motorfahrzeugen statt der frühern Verkehrsmittel, wohl aber in solcher Benutzung durch Kunden eines nun gerade auf Reparaturen an Motorfahrzeugen umgestellten Betriebes.

Die Parteien sind Grundnachbarn in Unterwetzikon. Die beiden Häuser sind durch einen 3 Meter breiten Weg getrennt, der zum grössern Teile zur Liegenschaft der Beklagten gehört. Zur Benutzung dieses Weges von der Morgenstrasse in den rückseitigen Hof der beiden Häuser ist jede der beiden Liegenschaften zu Gunsten der andern seit mehr als 50 Jahren mit einem « beständigen Fuss- und Fahrwegrecht » belastet, das im Grundprotokoll eingetragen ist. In beiden Häusern wurde schon früher auf der Hofseite eine Werkstätte betrieben. Der Vater des Klägers hatte dort eine Schlosserei, die der Sohn weiterführt; der Vater der Beklagten betrieb eine Spenglerei. Der Weg diente diesen Betrieben, indem deren Belieferung mit Material wie auch das Bringen und Abholen von Arbeitsstücken mit vierrädrigen Handwagen und gelegentlich mit einem Tiergespann bewerkstelligt wurde. Seit

dem November 1933 wird nun auf der Liegenschaft der Beklagten anstelle der frühern Spenglerei von einem Mieter eine Reparaturwerkstätte für Radio und für elektrische Anlagen an Motorfahrzeugen betrieben. Dieser Mieter hat hinter dem Hause ein 150 Liter fassendes Benzin-Tankfass aufgestellt. Eine vor dem Hause angebrachte Reklametafel mit einem Pfeil weist nach dem Hofe und lädt zum Bezuge von Treibstoff ein. Der Kläger findet, die durch diesen geänderten Betrieb bedingte Benutzung des Weges durch Motorfahrzeuge überschreite das der Beklagten zustehende Dienstbarkeitsrecht. Die Klage geht auf Feststellung der Unzulässigkeit solcher Wegbenutzung.

Die kantonalen Gerichte, das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 21. Oktober 1937, haben ausgesprochen, das Dienstbarkeitsrecht enthalte auch das Befahren des Weges mit Motorfahrzeugen jeder Art; auszu-schliessen sei jedoch das Befahren mit fremden Motorfahrzeugen zum Zwecke, daran Reparaturen vornehmen zu lassen oder für sie zu tanken.

Eine gegen dieses Urteil gerichtete Kassationsbeschwerde wurde am 19. September 1938 abgewiesen.

Mit der vorliegenden Berufung hält die Beklagte am Begehren um gänzliche Abweisung der Klage fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte hält statt des vom Obergericht angewendeten Art. 739 ZGB Bestimmungen des alten kantonalen Rechtes für anwendbar, unter dessen Herrschaft die Dienstbarkeit errichtet worden ist. Mit Unrecht. Wohl war die Errichtung eine vor 1912 eingetretene Tatsache im Sinne von Art. 1 des Schlusstitels des ZGB. Die Dienstbarkeit in ihrem dauernden Bestande lässt sich dagegen nicht einfach als solche weit zurückliegende Tatsache beurteilen. Andererseits ist auf die Anwendbarkeit des neuen Rechtes nicht kurzerhand deshalb zu schliessen, weil die veränderte Benutzung des Weges, die den Grund des

Streites bildet, erst 1933 begonnen hat. Der Streit dreht sich darum, ob diese Benutzung nach Massgabe des Dienstbarkeitsinhaltes geduldet werden müsse. Es ist somit von diesem Inhalt auszugehen. Dafür fällt zunächst Art. 3 SchlT in Betracht. Diese Bestimmung ist nicht eindeutig. Sie gibt der Auffassung Raum, die durch Rechtsgeschäft vor 1912 begründeten Verhältnisse seien, unter Vorbehalt der um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Bestimmungen des neuen Rechtes (wozu vgl. Art. 2 SchlT), nach wie vor nach dem alten Rechte zu beurteilen, gleichgültig wieweit ihr Inhalt tatsächlich durch Rechtsgeschäft umschrieben ist. Die Anwendung von Art. 3 SchlT braucht hier nicht allgemein geprüft zu werden. Im Gebiete des Sachenrechtes gehen jedenfalls die besondern Bestimmungen der Art. 17 ff. SchlT vor, auch soweit sie mit Art. 3 nicht im Einklang stehen sollten. Nun unterstellt Art. 17 Abs. 2 SchlT wie das Eigentum so auch die beschränkten dinglichen Rechte in Bezug auf den Inhalt vom Inkrafttreten des ZGB an dem neuen Rechte, ohne diese Rechtsanwendung auf zwingende Normen zu beschränken. Eine Ausnahme gilt für Verhältnisse, die nach dem neuen Rechte nicht mehr begründet werden können und deren Inhalt demgemäss vom neuen Recht auch nicht bestimmt wird (Art. 17 Abs. 3 SchlT). Das trifft für Wegrechte nicht zu. Für sie ist freilich noch auf Art. 18 Abs. 3 SchlT hinzuweisen, wonach der unter der alten Ordnung durch Rechtsgeschäft festgesetzte Inhalt dinglicher Rechte anerkannt bleibt, soweit er mit dem neuen Rechte nicht unverträglich ist. Durch Rechtsgeschäft festgesetzt ist indessen nur der Inhalt, der sich wirklich auf solche Weise geordnet findet, nicht auch, was bloss hätte so geordnet werden können. Hier liegt als rechtsgeschäftliche Verfügung nichts als die Umschreibung « beständiges Fuss- und Fahrwegrecht » vor. Es ist unbestritten, dass als « beständig » ein Wegrecht bezeichnet wird, das das ganze Jahr hindurch ausgeübt werden kann. Daraus ergibt sich für die Entscheidung der streitigen

Frage nichts. Was für Befugnisse ein durch Rechtsgeschäft nicht näher umgrenztes Fuss- und Fahrwegrecht umfasse, wird nach Art. 740 ZGB durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt. Auch daraus lässt sich indessen hier nichts Entscheidendes herleiten (vgl. die §§ 184 und 186 des zürcherischen EG zum ZGB). Weder der allgemeine noch der örtliche Begriff des Fuss- und Fahrwegrechtes gibt eine Grundlage dafür ab, dass dieses Recht noch weitere Befugnisse umfasse, als wie sie bis 1933 tatsächlich ausgeübt wurden. Was die Beklagte für sich und ihren Mieter in Anspruch nimmt, stellt daher eine Erweiterung der Dienstbarkeitsrechte dar. Deren Zulässigkeit ist nach dem Gesagten auf Grund des ZGB zu beurteilen. Es ist der gute Sinn der erwähnten Bestimmungen von Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 3 SchlT, dass dingliche Verhältnisse unter Vorbehalt dessen, was durch Wortlaut und Auslegung der rechtsgeschäftlichen Umschreibungen und Anordnungen festgelegt ist, den Wandel der Rechtsordnung mitmachen sollen, auch insoweit, als diese nicht in zwingenden Bestimmungen ihren Ausdruck gefunden hat. Diese Lösung entspricht auch der intertemporalen Ordnung des Nachbarrechtes. Dessen Inhalt bestimmt sich, was ebenfalls aus Art. 17 SchlT folgt, seit 1912 nach dem neuen Recht, obwohl es ja, als Inbegriff der Eigentumsbeschränkungen privatrechtlicher Natur, nachgiebiges Recht darstellt und denn auch rechtsgeschäftliche Abweichungen ausdrücklich vorgesehen sind (Art. 680 Abs. 2 ZGB). Soweit mit Bezug auf Dienstbarkeiten in frühern Entscheidungen eine andere Auffassung bekundet wurde (vgl. BGE 52 II 349, 53 II 109, 384), kann daran nicht festgehalten werden.

2. — Art. 739 ZGB mutet dem Eigentümer des belasteten Grundstückes gewisse Änderungen der Ausübung der Dienstbarkeit gegenüber deren bisherigem Inhalte (vgl. Art. 738) zu, nicht aber eine Mehrbelastung. Die kantonalen Gerichte haben nun mit Recht entschieden, dass das Befahren des Weges mit Motorfahrzeugen an und

für sich zugelassen werden müsse, da der Entwicklung der Technik und des Verkehrswesens Rechnung zu tragen sei. Ebenso zutreffend haben sie andererseits eine unzumutbare Mehrbelastung darin gesehen, dass Kunden der Beklagten oder ihres Mieters den Weg mit solchen Fahrzeugen gerade dazu benutzen, um diese oder dazu gehörende Einrichtungen ausbessern zu lassen oder für sie Treibstoff zu fassen. Eine derartige Benutzung der Dienstbarkeit nicht nur mit Motorfahrzeugen, sondern für sie, zufolge eines darauf umgestellten Werkstattebetriebes, braucht sich der Kläger nicht gefallen zu lassen. Er ist sofort dagegen aufgetreten, sodass sich die Beklagte auch nicht etwa auf eine durch gutgläubige Ausübung erwirkte Erweiterung ihrer Rechte (Art. 738 Abs. 2 ZGB) berufen kann.

Von der Einsprache des Klägers unberührt bleibt die Benutzung des Weges insoweit, als dafür sein Grund und Boden mit dem dazu gehörenden Luftraume gar nicht in Anspruch genommen wird; es wäre denn, dass ein solcher Gebrauch des Weges ihn seinerseits in der Ausübung des ja auch ihm zustehenden Dienstbarkeitsrechtes beeinträchtigte.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1937 im Sinne der Erwägungen bestätigt.

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Dezember 1938
i. S. Gertsch gegen Minoretti.

Pfandrecht. Verhältnis des Faustpfandgläubigers zum Schuldner des Faustpfandtitels; ZGB Art. 891, 906:
— der Faustpfandgläubiger eines Eigentümerpfandtitels des Schuldners kann nicht die Kündigung der Schuldbriefforderung gemäss Art. 906 Abs. 1 verlangen;
— von Gesetzes wegen ist der Faustpfandgläubiger nicht befugt, die ihm verpfändete Grundpfandforderung gegenüber dem