

sich nach dem öffentlichen Recht. Fehlt, wie zur Zeit noch in den meisten Kantonen, eine besondere Ordnung, so wird sie vorderhand durch analoge Anwendung der geltenden, auf oberirdische Wasserläufe und -becken zugeschnittenen Regeln des kantonalen öffentlichen Wasserrechts, seien es gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche, gesucht werden müssen und gefunden werden können. Hinsichtlich des häuslichen, landwirtschaftlichen oder gewerblichen Kleinbedarfs gilt grundsätzlich nichts Abweichendes. Freilich mag keine Veranlassung bestehen, solche Ausbeutung durch Private einer Konzessionspflicht zu unterstellen; und es mag sich auch fragen, ob ein Grundeigentümer nicht Entschädigung fordern könne für die Vorenthaltung eines bisher natürlicherweise gegebenen Wasserzufflusses, der die Art seines Grundstücks wesentlich bestimmte. Allein auch diese Fragen sind nach öffentlichem Recht zu entscheiden, da der Grundwasserstrom als Ganzes öffentliches Gut darstellt.

Ein privatrechtlicher, im Eigentum am Otterbachgute begründeter Anspruch steht dem Kläger demnach gegenüber dem das öffentliche Gewässer für die Durchführung einer öffentlichen Aufgabe ausbeutenden Kanton nicht zu. Etwas anderes ist nicht eingeklagt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Klage wird abgewiesen.

29. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1939  
i. S. Fellmann c. Zundel und Kons.

*Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB kann an Grundpfandtiteln gleich wie an andern Wertpapieren nur für solche Forderungen ausgeübt werden, die mit dem Wertpapier selbst zusammenhängen, gleichgültig ob ein Zusammenhang mit dem Grundstück besteht, worauf der Titel lastet.*

— Ein natürlicher Zusammenhang im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ist nicht schon dadurch hergestellt, dass die Forderung und

der Besitz des Gegenstandes aus dem nämlichen Rechtsverhältnis stammen.

— Aus dem Besitz zu Faustpfand für bestimmte Forderungen lässt sich nach Art. 895 Abs. 1 kein Retentionsrecht für andere Forderungen herleiten.

*Le droit de rétention de l'art. 895 CC ne peut s'exercer sur des titres fonciers — comme sur tout autre papier-valeur — que pour des créances qui sont, avec le titre lui-même, dans un rapport de connexité; peu importe que la créance et l'immeuble que grève le titre soient connexes.*

— Pour qu'il y ait connexité, il ne suffit pas que la créance et la possession de la chose dérivent d'un même rapport de droit.

— Selon l'art. 895 al. 1, le nantissement de l'objet pour certaines créances déterminées ne saurait justifier un droit de rétention pour d'autres créances.

*Il diritto di ritenzione previsto dall'art. 895 CC può essere esercitato su titoli relativi a pegno immobiliare come su altre carte-valori soltanto per crediti che sono col titolo stesso in un rapporto di connessione; nulla importa che il credito e l'immobile, su cui grava il titolo, siano connessi.*

— Affinchè esista connessione non basta che il credito ed il possesso della cosa derivino dal medesimo rapporto giuridico.

— Dal possesso dell'oggetto a titolo di pegno per determinati crediti non deriva, secondo l'art. 895 cp. 1 CC, un diritto di ritenzione per altri crediti.

Paul Zundel erwarb in Bern eine Liegenschaft und unternahm es, darauf ein Haus zu bauen. Am 3. März 1936 errichtete er auf dem Grundstück zwei Eigentümer-schuldbriefe und verpfändete den einen der Beklagten, die beim Bau als Treuhänderin für die Verwendung des Baukredites tätig war, den andern dem Dr. Raaflaub, je zur Sicherung von Ansprüchen aus Wechselgeschäften. Am 1. Mai 1936 wurde die Liegenschaft für einige Gläubiger, worunter die Klägerin zu Nr. 1, und am 29. Juni gl. J. für weitere Gläubiger, darunter die Kläger zu Nr. 2-4, gepfändet. Als sie im folgenden Jahre zur Verwertung gelangen sollte, gab die Beklagte, die inzwischen auch die Ansprüche des Dr. Raaflaub durch Abtretung erworben hatte, zum Lastenverzeichnis eine durch die beiden Schuldbriefe pfandgesicherte Forderung von insgesamt Fr. 46,084.50 ein. Diese Pfandansprache wurde von den Klägern insoweit angefochten, als sie andere als die nach dem Pfandvertrag durch die beiden Schuldbriefe zu sichernden Forderungen betraf.

Der Appellationshof des Kantons Bern hat mit Urteil vom 3. Februar 1939 der Beklagten über das vertragliche Pfandrecht hinaus ein Retentionsrecht für Honorar- und Auslagenersatzforderungen zuerkannt, die mit den Besorgungen der Beklagten für den Hausbau des Schuldners zusammenhängen. Indessen wurde dieses Retentionsrecht auf Forderungen beschränkt, die vor der Pfändung der Liegenschaft für die einzelnen Kläger entstanden waren.

Die Beklagte zieht dieses Urteil an das Bundesgericht mit dem Antrag, ein Retentionsrecht an den Schuldbriefen auch für (bestimmte) Forderungen anzuerkennen, die erst nach der Liegenschaftspfändung entstanden sind. Die Kläger beantragen Abweisung der Berufung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Es kann dahingestellt bleiben, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen die Pfändung einer Liegenschaft die künftige Entstehung von Retentionsrechten an den darauf lastenden Pfandtiteln (Schuldbriefen) mit Wirkung gegenüber den Pfändungsgläubigern hindert. Abgesehen von der Pfändung der Liegenschaft, fehlte es hier jedenfalls an dem nach Art. 895 ZGB für den Erwerb eines Retentionsrechtes erforderlichen Zusammenhang zwischen den Forderungen der Beklagten und den als retinierbar angesprochenen Schuldbriefen. Das hätte die Ablehnung der Retentionsansprache in vollem Umfange gerechtfertigt. Nur soweit der Appellationshof diese Ansprache geschützt hat, muss es mangels Weiterziehung durch die Kläger dabei bleiben.

Im Unterschied zu dem hier ausser Betracht stehenden Retentionsrecht « unter Kaufleuten », das nach Art. 895 Abs. 2 ZGB nur zur Voraussetzung hat, dass sowohl die Forderung wie auch der Besitz an dem als retinierbar angesprochenen Gegenstand aus dem geschäftlichen Verkehr der Parteien herrührt, verlangt Abs. 1 daselbst für das allgemeine Retentionsrecht, dass die Forderung

« ihrer Natur nach » mit dem retinierten Gegenstande zusammenhänge. Das ist nur der Fall, wenn sich die Forderung ihrem Inhalte nach auf den betreffenden Gegenstand bezieht, handle es sich um Ersatz für einen durch diesen Gegenstand herbeigeführten Schaden oder um Ansprüche aus Verwendungen oder andern Besorgungen oder auch um die Abwicklung eines Übertragungsgeschäftes (vgl. Art. 716 ZGB). Die im Schrifttum vertretene, vom Appellationshof übernommene Auffassung, es genüge, auch ohne solche Beziehung der Forderung zum retinierten Gegenstand, dass dessen Besitz auf dem nämlichen Rechtsverhältnis oder doch auf dem gleichen Komplex von Rechtsgeschäften beruhe wie die Forderung, verwischt den Unterschied zwischen dem gewöhnlichen und dem kaufmännischen Retentionsrecht und verkennt die besondern Voraussetzungen, die für jenes aufgestellt sind.

Die Forderungen, wofür die Beklagte Retentionsrecht an den Schuldbriefen beansprucht, haben mit diesen nicht zu tun ; es handelt sich nicht um Honorar und Auslagenersatz für irgendwelche die Schuldbriefe betreffende Besorgungen, wie etwa Verurkundung, Aufbewahrung oder grundbuchliche Anmeldung. Es fehlt also an einem Sachzusammenhang im Sinne des Art. 895 Abs. 1. Der Appellationshof will in Betracht ziehen, dass die Beklagte zur Erhaltung und Mehrung des Wertes des Grundstückes beigetragen hat, worauf die Schuldbriefe lasten, und dass ihre Forderungen gerade für solch werterhaltende und -mehrende Bemühungen und Aufwendungen erhoben werden. Damit lässt sich jedoch ein Retentionsrecht an den Schuldbriefen nicht begründen. Diese sind wie andere Wertpapiere Gegenstand eines Mobiliar-Retentionsrechtes gemäss Art. 895 ff. ZGB nur deshalb, weil sie eben als Wertpapiere am Mobiliarverkehr teilnehmen können. Die grundpfändliche Sicherheit spielt dabei keine Rolle, und es kann nicht zugegeben werden, dass Grundpfandtitel als Gegenstand einer Retention gewissermassen das

Pfandgrundstück zu vertreten haben. Eine Retention solcher Titel wie irgendwelcher Wertpapiere überhaupt muss sich auf den vom Gesetz geforderten Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Wertpapier als selbständigem beweglichem Vermögensstück stützen. Ein Zusammenhang mit dem Grundstück, worauf der Schuldbrief lastet, ist dagegen weder erforderlich noch anderseits genügend. Wollte das Gesetz für Forderungen der vorliegenden Art ein Vorzugsrecht auf einen Grundstückswert geben, so wäre übrigens nicht einzusehen, warum Gegenstand eines solchen Rechtes nicht, ohne Rücksicht auf den Besitz an Schuldbriefen, das Grundstück selbst zu bilden hätte, entsprechend der für die Sicherung von Forderungen der Bauhandwerker getroffenen Ordnung (Art. 837 ff. ZGB). Ob der Beklagten irgendwelche Vorzugsrechte an der Liegenschaft, etwa auf Grund von Art. 939 ZGB, zustehen, ist hier nicht zu prüfen. Nach dem Gesagten fehlt es jedenfalls an den Voraussetzungen eines Retentionsrechtes nach Art. 895 Abs. 1.

Endlich findet die Retentionsansprache keine Grundlage darin, dass der Besitz der Beklagten an den Schuldbriefen als Pfandbesitz (für andere Forderungen) begründet wurde. Ein kaufmännisches Retentionsrecht ist nicht geltend gemacht und steht, wie gesagt, ausser Betracht. Davon abgesehen enthält aber das schweizerische Recht keine Norm, wonach mit rechtsgeschäftlicher Pfandbestellung von Gesetzes wegen eine Pfandhaft für weitere, in der Pfandvereinbarung nicht berücksichtigte Forderungen verbunden wäre (vgl. das römische *pignus Gordianum* und Art. 2082 Abs. 2 Code civil fr.).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 3. Februar 1939 bestätigt.

**30. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Juni 1939**  
i. S. Faesi und Konsorten gegen Graf.

*Nachbarrecht*, Art. 684 ZGB. Übermässige Geruchsbelästigung durch den Betrieb einer Kaffeerösterei in einem Wohnquartier. Abhilfemassnahmen : Apparaturen zur Beseitigung der Röst-dünste, eventuell Betriebseinschränkung auf bestimmte Tage und Stunden.

*Rapports de voisinage*, art. 684 CC. Diffusion exagérée d'odeurs incommodantes par une rôtisserie de café, dans un quartier destiné à l'habitation. Moyens d'y porter remède : pose d'appareils propres à absorber les vapeurs produites par la torréfaction ; éventuellement, obligation de ne torréfier que certains jours et à certaines heures.

*Rapporti di vicinato*, art. 684 CC. Esagerata diffusione di odori molesti da parte di un negozio di torrefazione del caffè, in un quartiere destinato ad abitazione. Mezzi per porvi rimedio : installazione di apparecchi atti ad assorbire i vapori prodotti dalla torrefazione ; eventualmente, obbligo di non procedere alla torrefazione in certi giorni e a certe ore.

A. — Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft Bahnhofstrasse 26 in Zollikon ; auf dieser betreibt sie seit dem Jahre 1935 eine Kaffeerösterei. Die Kläger, die in der Nachbarschaft der Beklagten wohnen, fühlen sich durch die beim Röstvorgang entstehenden Dünste übermässig belästigt. Sie hatten schon im Jahre 1936 Klage auf Beseitigung dieser Störung erhoben, die Klage jedoch unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen, nachdem die Beklagte sich vergleichsweise bereit erklärt hatte, gemäss dem Vorschlag des gerichtlichen Experten ein mit Kupferoxydspänen beschicktes Heizrohr einbauen zu lassen. Da diese Vorrichtung aber keine Abhilfe brachte, reichten die Kläger im Dezember 1937 neuerdings Klage ein.

B. — Die Kläger haben in erster Linie beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, einen Elektrofilter gemäss dem Vorschlag des Professors v. Gonzenbach einzubauen, bei dem die Kläger im Jahre 1935 ein Privatgutachten eingeholt hatten ; eventuell sei die Beklagte zu verpflichten,