

débiteur ou l'obligation qu'il aurait assumée lui-même auparavant de faire de la chose un usage déterminé. Or, l'instance cantonale constate que c'est après le 3 décembre seulement, soit après avoir pris possession de la chose retenue que le défendeur a su que Graef était au-dessous de ses affaires. Cette constatation, qui n'est point en contradiction avec les pièces du dossier, lie le Tribunal fédéral.

5. — Enfin, même si l'on voulait admettre que la propriété du vin vendu n'a pas été transférée à Graef, le défendeur n'en pourrait pas moins se prévaloir de son droit de rétention. En effet, d'après l'art. 895 al. 3, le droit de rétention s'étend même aux choses qui ne sont pas la propriété du débiteur, pourvu que le créancier les ait reçues de bonne foi. Or, la mauvaise foi du défendeur n'a pas été établie.

6. — Le demandeur invoque en dernière ligne l'art. 203 LP, aux termes duquel les choses vendues et expédiées dont le débiteur n'a pas pris possession avant la déclaration de faillite, peuvent être revendiquées par le vendeur, à moins que la masse lui en verse le prix. Cette disposition n'est pas opposable au défendeur. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 38 II, p. 203 cons. 5), il suffit que le créancier ne soit pas de mauvaise foi pour qu'il soit protégé par la nature réelle de son droit de rétention contre la revendication prévue par l'art. 203 LP. Au surplus, l'art. 203 serait inapplicable, puisque le débiteur Graef a pris possession, avant sa déclaration de faillite, par l'intermédiaire du mandataire Blenk (v. JAEGER, Commentaire de la LP, II, ad art. 203 n. 5 p. 46).

7. — Quant au montant de la créance du défendeur envers Graef, il est implicitement reconnu par le demandeur. Il est également établi que le défendeur a produit sa créance dans la faillite de Graef, pour son propre compte et non pour celui du demandeur, ce qui exclut la possibilité d'admettre les conclusions subsidiaires articulées à la fin de l'acte de recours.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt attaqué confirmé dans toutes ses parties.

39. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Mai 1914 i. S.
Bossard und Fridlin, Kläger, gegen Heinrich, Beklagte.

Intertemporales Recht. Anwendbarkeit des bisherigen kantonalen Rechts auf die Bestimmung des Umfangs einer seit unvordenklicher Zeit bestehenden Servitut. Verhältnis zwischen den beiden ersten Absätzen des Art. 17 SchlT ZGB. Analogie mit den beiden ersten Absätzen des Art. 26 SchlT.

A. — Die Kläger sind Inhaber einer auf einer Liegenschaft der Beklagten lastenden, seit unvordenklicher Zeit bestehenden Wasserrechtsservitut. Die von ihren Rechtsvorgängern gefasste Quelle soll im Jahre 1894 einen Ertrag von 15 Minutenlitern gehabt haben. Infolge verschiedener Umstände (Erstellung von Häusern auf Nachbargrundstücken, Ausbeutung einer Kiesgrube durch die Beklagten, Verschiebungen im Erdreich nach dem Regensommer 1910 usw.) ging der Ertrag der erwähnten Quelle im Jahre 1911 bis auf 5 Minutenliter zurück, während in ihrer Nähe (beim « Unterleh », auf der Liegenschaft der Beklagten) eine neue Quelle zu Tage trat.

B. — Durch Urteil vom 14. März 1914 hat das Obergericht des Kantons Zug über das klägerische Rechtsbegehren :

« Die Beklagten seien pflichtig, anzuerkennen, dass das » Wasser, das von der verschütteten Kiesgrube der Beklagten beim Unterleh abfließt, von den Klägern gefasst, in deren alte Leitung und Brunnstube geleitet und » von ihnen wie bis anhin benützt werden könne. »
erkannt :

Das klägerische Rechtsbegehren wird abgewiesen.

Dieses Urteil beruht auf folgenden Erwägungen: Die Frage, ob neues oder altes Recht zur Anwendung komme, erledige sich an Hand des Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB im Sinne der erstern Alternative. In der Sache selbst handle es sich darum, ob der Rückgang der klägerischen Quelle auf einen von den Beklagten zu vertretenden Eingriff zurückzuführen sei, und ob die Kläger auch ohne einen solchen Eingriff berechtigt seien, die zur Ausübung der Dienstbarkeit in dem behaupteten frühern Umfange notwendigen Vorkehren in der Liegenschaft der Beklagten zu treffen. Die erste Frage sei unbedingt zu verneinen. Nach einer von der ersten Instanz eingeholten Expertise sei nämlich der Rückgang des Ertrages der Quelle auf eine ganze Reihe, von den Beklagten meist nicht zu vertretender Umstände zurückzuführen. Was die zweite Frage betreffe, so sei es nicht richtig, dass den Klägern früher ein absolutes Recht auf 14 Minutenliter zugestanden habe; sondern nach Art. 738 Abs. 2 ergebe sich der Inhalt der klägerischen Dienstbarkeit aus der Art, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei. Diese Ausübung habe « nach Massgabe der bestehenden Einrichtung » stattgefunden. Es sei soviel Wasser abgeleitet worden, « als mit der bestehenden Anlage erreicht werden konnte ». Dieser Masstab müsse auch für die künftige Berechtigung der Kläger wegleitend sein, wobei « allerdings den Klägern die Rechte für eine rationelle Fassung und Gestaltung ihrer Anlagen und Einrichtungen gewahrt sein sollen, den Beklagten aber die von ihrem Willen unabhängigen Veränderungen der Wasserverhältnisse in ihrer Liegenschaft, wie Senkungen des Grundwasserspiegels, nicht zur Last gelegt werden können. » Von einer weitergehenden Berechtigung der Kläger, nach Belieben in der Liegenschaft der Beklagten nach Wasser bis zu einem Quantum von 14 Minutenlitern zu graben und demgemäss das in der Kiesgrube austretende Wasser zu fassen und abzuleiten, könne keine Rede sein. Die Berufung der Kläger auf die Be-

stimmungen der Art. 707 und 706 ZGB gehe deshalb fehl, weil einmal nicht erwiesen sei, dass die Quellen der Kläger durch irgendwelche Vorkehren der Beklagten abgegraben, beeinträchtigt oder verunreinigt worden seien, und weil die Wiederherstellung des frühern Zustandes nicht darin bestehe, dass die Liegenschaft der Beklagten zur steten Lieferung von wenigstens 14 Minutenlitern an die Kläger verhalten werde, sondern einzig darin, dass den Klägern gestattet werde, durch rationelle Anlage der bestehenden Einrichtung soviel Wasser zu fassen und abzuleiten, als damit möglich sei.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung, mit dem Antrag auf Guttheissung der Klage.

D. — In der heutigen Verhandlung haben die Kläger die Erklärung abgegeben, dass sie den Beklagten das Recht zuerkennen, « das für die Bedürfnisse ihres Weid-scheuerleins erforderliche Wasser ebenfalls zu benutzen gemäss früher bestandener Zuleitung. »

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Bevor sie die Frage nach der Anwendbarkeit der Art. 706 und 707 ZGB auf den vorliegenden Fall untersuchte, hatte die Vorinstanz den Inhalt der klägerischen Servitut festzustellen. Erst wenn sie dazu gelangte, das im Klagbegehren näher gekennzeichnete Wasser als zum Wasserecht der Kläger gehörig zu erklären, erhob sich die weitere Frage, ob die Kläger gestützt auf Art. 707 berechtigt seien, dieses Wasser in ihre alte Leitung zurückzuführen, oder welche andere Massnahmen sie « zur Erhaltung und Ausübung ihrer Dienstbarkeit » im Sinne des Art. 737 zu ergreifen befugt seien, bezw. ob ihnen nur ein Schadenersatzanspruch im Sinne des Art. 706 zustehe, usw. Wurde dagegen der Inhalt der klägerischen Servitut dahin festgestellt, dass den Klägern kein Recht auf jenes Wasser zustehe, so wurden dadurch alle weitem Untersuchungen über die von den Klägern

im entgegengesetzten Falle zu ergreifenden Massnahmen gegenstandslos.

2. — Die darnach in erster Linie zu entscheidende Frage nach dem Inhalt der klägerischen Servitut ist nun von der Vorinstanz unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 738 Abs 2 ZGB beurteilt und entschieden worden, was damit begründet wird, dass nach Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB für den « Inhalt » der beschränkten dinglichen Rechte vom 1. Januar 1912 an das neue Recht gelte.

Diese Entscheidung der in Betracht kommenden Frage des intertemporalen Rechts beruht auf einer unrichtigen Auslegung der zitierten Übergangsbestimmung. Gleichwie Art. 17 Abs. 1 SchlT nur eine Einzelanwendung des in Art. 1 zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes darstellt, wonach die rechtlichen Wirkungen altzeitlicher Tatsachen noch nach dem alten Recht zu beurteilen sind, so qualifiziert sich Art. 17 Abs. 2 als eine blosser Anwendung des in Art. 3 aufgestellten weitem Grundsatzes, dass Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten direkt durch das Gesetz umschrieben wird, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts diesem unterstehen. Das Verhältnis zwischen den beiden ersten Absätzen des Art. 17. SchlT ist das gleiche wie z. B. dasjenige zwischen den beiden ersten Absätzen des Art. 26, in welchen deutlich unterschieden wird zwischen « Vertragswirkungen » einerseits und « von Gesetzes wegen eintretenden, vertraglich nicht abzuändernden Wirkungen » andererseits. Für die erstern gilt der Grundsatz des Art. 1 Abs. 1 und 2, für die letztern derjenige des Art. 3. Die Frage nach dem Inhalt einer Dienstbarkeit ist nun aber in erster Linie eine Frage der Vertragsauslegung, bzw. der Auslegung des Verhaltens der Beteiligten während einer gewissen Zeitdauer, und fällt daher nicht unter den Grundsatz des Art. 3, sondern unter denjenigen des Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT. Erst wenn feststeht, dass (infolge von Parteivereinbarung oder Ersitzung, bzw. Duldung) eine bestimmte Servitut begründet wor-

den ist, können diejenigen Gesetzesbestimmungen in Anwendung kommen, die den « Inhalt » der gesetzlich anerkannten Dienstbarkeiten festsetzen und auf welche sich Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB allein bezieht.

Im vorliegenden Falle war nun in der Tat zunächst nur streitig, welches der Gegenstand der den Klägern seit unvordenklicher Zeit zustehenden Wasserrechtsservitut sei, d. h. es handelte sich darum, den Umfang eines dinglichen Rechtes festzustellen, das zur Zeit des Inkrafttretens des ZGB bereits existierte und daher (gemäss Art. 17 A b s. 1 SchlT) in demjenigen Umfange, in welchem es damals bestand, ohne weiteres auch unter dem neuen Rechte anzuerkennen ist. War aber darnach die Frage nach dem Umfang der streitigen Wasserrechtsservitut nach dem frühern, kantonalen Recht zu entscheiden, so ist das vorliegende kantonale Urteil, das auf der Anwendung des neuen, eidgenössischen Rechts, insbesondere des Art. 738 Abs. 2 ZGB beruht, gemäss Art. 79 Abs. 2 OG aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung auf Grund des kantonalen Rechts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. — An dieser, durch das OG vorgeschriebenen Lösung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass je nach der Beantwortung der vom kantonalen Richter zu entscheidenden Frage nach dem Umfang der streitigen Servitut vielleicht doch noch Fragen des eidgenössischen Rechts zur Beurteilung gelangen könnten. Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, im voraus zu derartigen, nur eventuell zu entscheidenden Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

4. — Endlich kann gegenüber der strikten Vorschrift des Art. 79 OG auch der weitere Umstand nicht in Betracht fallen, dass die nunmehr vom kantonalen Richter vorzunehmende Anwendung des frühern kantonalen Rechts auf die Frage nach dem Umfang der streitigen Servitut möglicherweise zu keinem andern Resultate führen wird, als die dem angefochtenen Urteil zu Grunde liegende An-

wendung des neuen Rechts, insbesondere des Art. 738 Abs. 2 ZGB — womit der Prozess dann allerdings auch für das Bundesgericht definitiv erledigt wäre. Vergl. BGE 38 II S. 750.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 14. März 1914 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an den kantonalen Richter zurückgewiesen.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

40. Sentenza 19 marzo 1914 della II^a sezione civile nella causa Eredi Neuroni, attori, contro Società svizzera degli Alberghi, convenuta.

Quali opere a sensi dell'art. 58 CO (67 CO anter.) possono considerarsi anche dei riempimenti o delle gettate in un lago. Ma perchè il proprietario del fondo attiguo sia responsabile del danno causato da queste gettate, occorre la prova che egli sia divenuto proprietario della superficie ottenuta cogli eseguiti riempimenti.

L'albergo Belvedere, da tre anni proprietà della Società convenuta, e la casa Neuroni formano col vicino Albergo Regina, di proprietà Fanciola, un complesso di edifici posti sul lato sinistro del quai di Lugano, in un delta formato da terreni alluvionali del torrente Tassino che attraversa in un canale il giardino Belvedere per gettarsi lì vicino nel lago. I due edifici Belvedere e Neuroni sono adiacenti ad un muro divisorio che in parte, (nella parte superiore), è incontestabilmente proprietà comune. Già da una diecina di anni si manifestarono nei muri di questi edifici delle

screpolature causa un movimento rotatorio e di abbassamento al quale è soggetto il terreno. Nell'autunno del 1903 Bucher-Durrer, conduttore dell'albergo Belvedere a quell'epoca di proprietà Gabrini, faceva gettare all'estremo lembo del giardino del materiale nel lago a scopo di riempimento. La Municipalità di Lugano gli intimava di adoperare materiale più grosso; ma l'ingegnere comunale avendo trovato ancor troppo minute le pietre fatte venire da Calprino, Bucher-Durrer continuava nei lavori di riempimento con questi materiali minuti nonostante l'opposizione della Città. In settembre ed ottobre 1903 l'ufficio tecnico della Città gli comunicava che senza una cinghia di assesto, fatta con grosso pietrame, il materiale sarebbe scivolato trascinando seco anche parte della riva. Alcuni anni dopo, nel 1908, Bucher-Durrer faceva gettare nuovo materiale nella darsena, in confine della proprietà Neuroni. Sulla fine del 1910 comparvero nel muro divisorio e negli edifici attinenti altre maggiori screpolature, cosicchè ad istanza degli attori venne eretta il 9 gennaio 1911 una perizia Ferrazzini. Altra perizia avvenne il 30 gennaio 1911 per cura degli ing^{ri} Galli, Gaggini ed arch^o Maraini a richiesta del Comune di Lugano. Da queste perizie risultava che lo stabile sul quale il movimento del terreno esercitava maggiore influenza, era quello della convenuta, da cui i danni si comunicavano a quello Neuroni. Di conseguenza era anche il Belvedere che presentava le maggiori screpolature, in specie nel muro divisorio e in quello di facciata superiormente all'apertura della darsena. La causa principale del cedimento del terreno risiedeva, secondo i periti, nel carattere alluvionale del delta sul quale sono posti gli edifici. Questi cambiamenti del sottosuolo erano, secondo i periti, stati accelerati in parte dai riempimenti. Per rimediare a tale inconveniente, i periti consigliavano, oltre alle opere più urgenti di consolidamento degli edifici, l'erezione di un argine subacqueo e la sistemazione dell'ultimo tratto pianeggiante del canale del Tassino ostruito nel suo ultimo tratto e nel suo sbocco verso il muro