

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis partiellement en ce sens que les C.F.F. n'auront à verser aux demandeurs que la somme de 10,571 fr. avec intérêt de droit pour prix de la benzine réquisitionnée, mais non la somme de 680 fr. pour location des wagons-citernes.

IX. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. März 1917 i. S. Schindler, Klägerin, gegen Stadtgemeinde Zürich, Beklagte.

Art. 679 und 684 ZGB : Anwendbarkeit dieser Bestimmungen in Bezug auf im Gemeingebrauch stehende öffentliche Sachen ?

A. — Im Jahre 1895 erstellte die Beklagte auf Grund einer ihr vom Staat Zürich erteilten Konzession im Oberwasserkanal des städtischen Wasserwerks im Letten eine Badanstalt. Der Kanal, in dem sich die Badanstalt befindet, ist, obwohl er vom eigentlichen Flussbett abgetrennt wurde, öffentliches Gewässer wie dieses selbst. Da die Badanstalt in den letzten Jahren den Bedürfnissen nach vermehrten Badegelegenheiten nicht mehr genügte, verlangte die Beklagte im Jahre 1912 beim Staat Zürich die Bewilligung zur Erweiterung der Anstalt. Hiegegen erhob die Klägerin, die am jenseitigen östlichen Ufer des Wasserwerkkanals ein Landgut

besitzt, Einsprache, indem sie behauptete, sie werde durch die Erweiterung der Badanstalt in ihren Rechten verletzt. Schon jetzt sei der Lärm aus der Badanstalt, die an schönen Tagen eine Frequenz bis zu 5000 Personen aufweise, fast unerträglich. Durch die Erweiterung werde auch die bisher schon bestehende Unannehmlichkeit des beständigen Einblicks in die Badanstalt von ihrem Landgut aus erhöht. Ebenso sei auch eine Vermehrung der Eingriffe in ihr Eigentum zu erwarten, die sie bisher dadurch habe erdulden müssen, dass die Badenden von der Badanstalt aus an ihr Ufer geschwommen seien und sich auf ihrem Landgut eigenmächtig benommen hätten. Durch Entscheid vom 8. Oktober 1914 hat der Regierungsrat des Kantons Zürich die Einsprache der Klägerin gegen die Erteilung der Konzession zur Erweiterung der Badanstalt abgewiesen.

Mit der vorliegenden, beim Bezirksgericht Zürich eingereichten Klage verlangt nun die Klägerin, es sei ihre Bauinhibition gegen die Erweiterung der Badanstalt rechtlich begründet zu erklären ; eventuell sei gerichtlich festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, das im Streite liegende Bauprojekt zur Ausführung zu bringen. Die Klägerin stützt ihr Begehren in erster Linie auf einen von ihr am 17. Oktober 1877 mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag, wonach die Beklagte sich verpflichtete, dafür Sorge zu tragen, « dass der » Kanaldamm und der Kanal selbst nicht in einer das » Anstandsgefühl verletzenden Weise zum Baden benützt » werde. Weiterhin berief sich die Klägerin auf die Art. 137-141 des zürcher EG zum ZGB, sowie auf Art. 679 und 684 ZGB, indem sie geltend machte, dass der Betrieb der erweiterten Badanstalt eine übermässige Einwirkung auf ihr Grundstück zur Folge haben werde und daher von ihr nicht zu dulden sei ; eventuell sei die Beklagte jedenfalls zu verpflichten, diejenigen nach dem jetzigen Stand der Technik möglichen Vorrichtungen zu treffen, die geeignet seien, die Belästigungen durch die Badan-

stalt auf das kleinste Mass zu beschränken. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen, indem sie u. a. die Anwendung der Art. 679 und 684 ZGB auf die Badanstalt als einer im Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Sache bestritt und im übrigen in Abrede stellte, dass die Erweiterung der Badanstalt übermässige Einwirkungen auf das Grundstück der Klägerin nach sich ziehen würde.

B. — Durch Entscheid vom 2. November 1916 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen und die Beklagte bei ihrer Erklärung behaftet, diejenigen Einrichtungen am Dach und Unterbau der Badanstalt anzubringen, die nötig seien, um ein Hinausschwimmen der Badenden zu verhindern. Das Obergericht ging davon aus, dass der Vertrag vom Jahr 1877 der Erweiterung der Badeanstalt nicht im Wege stehe. Soweit die Klage auf Art. 679 und 684 ZGB gestützt wurde, nahm das Obergericht an, dass diese Bestimmungen grundsätzlich anwendbar seien, obschon der Wasserwerkkanal als öffentliches Gewässer und die Badanstalt als öffentliche Sache aufzufassen sei; dagegen verneinte es das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der genannten Gesetzesbestimmungen.

C. — Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei gutzuheissen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat die Klägerin diesen Antrag erneuert; die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Soweit die Klägerin ihre Baueinsprache gegen die Erweiterung der Badanstalt auf den am 17. Oktober 1877 mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag stützt, kann auf die Berufung nicht eingetreten werden,

weil es sich dabei um die Auslegung einer die Beziehungen zwischen der Stadtgemeinde Zürich als Beaufsichtigterin des öffentlichen Wasserwerkkanals und der Klägerin als Uferanstösserin regelnden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung handelt. Das gleiche wäre auch dann der Fall, wenn diese Vereinbarung nicht als ein öffentlich-rechtlicher, sondern als ein sachenrechtlicher Vertrag aufgefasst werden wollte, da sich die Auslegung eines unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechtes abgeschlossenen Vertrages, durch den dingliche Rechte begründet wurden, gemäss Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB auch nach dem Inkrafttreten des ZGB nach dem alten kantonalen Recht richtet (vgl. z. B. AS 39 II S. 151). Ebenso kann auf die Berufung auch insoweit nicht eingetreten werden, als die Klägerin ihre Klage auf Art. 137-141 des zürcher. EG zum ZGB, also auf kantonales Recht stützt, dessen Auslegung durch die Vorinstanz der Ueberprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist.

2. — Zu prüfen ist daher nur, ob sich die Klägerin gegen die Erweiterung der Badanstalt durch die Beklagte auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen des ZGB berufen könne. Die Beklagte hat dies mit Recht bestritten. Nach Art. 6 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Als Ausfluss dieses Grundsatzes, der auf der in der Bundesverfassung getroffenen Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen beruht, bestimmt Art. 664 Abs. 1 und 2 ZGB, dass die herrenlosen und die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates stehen, in dessen Gebiet sie sich befinden und das speziell an öffentlichen Gewässern im Zweifel kein Privateigentum bestehe. Da es sich im vorliegenden Fall unstrittig um ein öffentliches Gewässer handelt, und ein Nachweis für ein Privateigentum daran gar nicht angetreten wurde, kann das Gewässer als solches auch der zivilrechtlichen Haftbarkeit eines

privatrechtlichen Eigentümers nicht unterstellt werden. Die Vorinstanz ist jedoch davon ausgegangen, es handle sich bei einer Badanstalt nicht um den Gemeingebrauch am Gewässer als solchem, sondern um eine Anstalt im öffentlichen Dienst (Verwaltungsvermögen) wie ein Schulhaus oder ein Verwaltungsgebäude. Ob diese Auffassung zutrefte oder ob nicht vielmehr doch nur auf die Hauptsache, das Gewässer, abzustellen sei, gegenüber dem das Badehaus keine abweichende Eigenschaft der ganzen Sache zu bewirken vermöge, kann indessen dahingestellt bleiben. Wenn auch Verwaltungsvermögen des Kantons angenommen werden wollte, das vom kantonalen Recht als im privatrechtlichen Eigentum des Kantons stehend betrachtet würde, so würde sich doch gemäss Art. 664 Abs. 3 die Ordnung des Gemeingebrauchs dieser Sache allein nach kantonalem öffentlichem Rechte richten. Der Gemeingebrauch ist nach richtiger Auffassung weder ein dingliches Recht an der öffentlichen Sache, noch ein Vermögensrecht privatrechtlichen Inhalts, sondern ein reines öffentliches Recht, das jedem Staatsgenossen kraft seiner Zugehörigkeit zur öffentlichen Körperschaft zusteht. (GIERKE, Deutsches Privatrecht, II S. 25). Ebenso übt auch der Staat, wenn er Vorschriften über die Benützung der dem Gemeingebrauch dienenden öffentlichen Sachen erlässt, nicht ein aus dem Privatrecht abgeleitetes Recht aus, sondern er bestimmt hierüber kraft seines Hoheitsrechtes. Insbesondere handeln die Kantone, die auf Grund des Art. 664 Abs. 3 ZGB den Gemeingebrauch regeln, nicht etwa in Ausübung von Eigentumsrechten an den dem Gemeingebrauch unterworfenen öffentlichen Sachen, was sich schon daraus ergibt, dass die Kantone zur Regelung des Gemeingebrauchs auch in Bezug auf solche öffentliche Sachen befugt sind, die sich, wie z. B. Strassen und Plätze, unter Umständen nicht in ihrem, sondern im Eigentum der Gemeinden befinden. Uebt aber der Staat durch die Bewilligung

des Gemeingebrauchs nicht ihm zustehende Eigentumsrechte an den öffentlichen Sachen aus so stehen dem privaten Grundeigentümer, dessen Eigentum infolge der Ausübung des Gemeingebrauchs übermässigen Einwirkungen ausgesetzt ist, dagegen nicht die zivilrechtlichen Schutzmittel des Nachbarrechtes zu. Dieses umschreibt nur den Inhalt des Eigentums, während es den Eigentumsbegriff und die aus ihm fliessenden Befugnisse gegenüber dem Hoheitsrecht des Staates nicht abgrenzt. Insbesondere setzt die Klage aus Art. 684 ZGB immer voraus, dass der Nachbar, gegen den sie sich richtet, in Ausübung seines Eigentums die gesetzlich zulässigen Grenzen überschreitet, was bei der Regelung des Gemeingebrauchs durch den Staat nicht zutrifft. Dass die nachbarrechtlichen Bestimmungen des ZGB in Bezug auf die aus dem (durch das öffentliche Recht gestatteten) Gemeingebrauch sich ergebenden Einwirkungen nicht anwendbar sind, ergibt sich denn auch ohne weiteres, wenn der Fall ins Auge gefasst wird, wo ein privater Grundeigentümer gegen Einwirkungen (wie Staub, Lärm) auftreten wollte, die sich aus dem Gemeingebrauch einer an sein Grundstück anstossenden, nicht im Eigentum des Staates, sondern der Gemeinde befindlichen Strasse ergeben. Eine Klage auf Unterlassung dieser Einwirkungen nach Art. 684 ZGB könnte gegen den Kanton nicht angestrengt werden, weil er nicht Eigentümer der Strasse ist, während eine Klage gegen die Gemeinde oder den einzelnen Benützer der Strasse deshalb unmöglich wäre, weil nicht die Gemeinde, sondern der Kanton auf Grund des öffentlichen Rechtes den Gebrauch an der Strasse regelt und der einzelne Benützer sich darauf berufen kann, dass er kraft öffentlicher Verfügung zur Ausübung des Gemeingebrauchs berechtigt sei.

3. — Mit Unrecht hat sich die Vorinstanz dafür, dass ein privatrechtlicher Schutz auf Grund des Art. 684 ZGB möglich sei, auf Art. 138 zürcher. EG zum ZGB

berufen. Das alte zürcher Recht stand auf dem Standpunkt, dass öffentliche Gewässer, solange sie dem Gemeingebrauch dienen, dem Privatrecht entzogen und eigentumsunfähig seien. Solche Gewässer galten als herrenlos in dem Sinn, dass ihre Rechtsverhältnisse ausschliesslich vom Standpunkt des Hoheitsrechtes des Staates aus, also durch öffentliches Recht, geregelt wurden. Gegen die Verletzung des Eigentums Dritter durch hoheitliche Verleihung gab aber schon Art. 213 des zürcher privatrechtlichen Gesetzbuches einen gerichtlichen Schutz, indem die benachbarten Ufereigentümer berechtigt erklärt wurden, gegen Verletzungen oder Gefährdung ihres Eigentums durch Errichtung von Wasserwerken Einsprache zu erheben. Als dann das zürcher Privatrecht vor dem neuen Recht des ZGB weichen musste, wurden die mit den bisherigen Bestimmungen im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften der Art. 137 ff. EG zum ZGB gerade deshalb in das EG aufgenommen, weil der zürcher Gesetzgeber davon ausging, dass das ZGB, speziell dessen Art. 679 und 684, gegen Schädigungen des Eigentümers, die aus Hoheitsakten des Staates herrühren, keine Anwendung finde. Kommen aber die Art. 679 und 684 ZGB im vorliegenden Fall überhaupt nicht zur Anwendung, so kann auf die Berufung nicht eingetreten werden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

41. Arrêt de la II^e section civile du 20 juin 1917
dans la cause Léon Givaudan contre dame Lilianne Givaudan.

La fixation de subsides en application de l'art. 170 al. 3 CC ne constitue pas un jugement au fond, au sens de l'art. 58 OJF.

Par jugement du 18 mai 1917 communiqué le jour suivant aux parties, le Tribunal de première instance de Genève, siégeant en Chambre de conseil comme autorité chargée de prendre les mesures protectrices de l'union conjugale prévues aux art. 169 et ss. CC, a condamné le recourant Léon Givaudan, industriel à Paris, à verser à sa femme, dame Lilianne Givaudan à Genève, dont il vit séparé depuis plusieurs années, une pension mensuelle de 1200 fr., payable d'avance en application de l'art. 170 al. 3 CC.

Léon Givaudan a adressé au Tribunal fédéral contre cette décision une déclaration de recours en réforme déposée le 4 juin 1917 par laquelle il conclut à l'annulation des mesures prises par l'instance cantonale. La partie intimée a déposé une réponse où elle soulève en premier lieu la question de l'irrecevabilité du recours.

Statuant sur ces faits et considérant
e n d r o i t :

Les subsides alloués à un des époux à teneur de l'art. 170 al. 3 CC constituent une des mesures protectrices de l'union conjugale prévues aux art. 169 et s. CC et les décisions prises en application de ces dispositions légales ont été généralement remises par les cantons à une instance unique et parfois même à un seul magistrat (voir GMÜR ad art. 169 note 21) ; elles ont en raison du but qu'elles poursuivent un caractère provisoire qui empêche de les considérer comme des jugements au fond au sens de l'art. 58 OJF ; elles ne subsistent en effet que tant et aussi longtemps que la situation anormale de l'union