Enfin la décision cantonale ne mentionne pas même les pièces et dépositions relatives à la conduite et aux progrès des enfants Perrin à l'école. Il résulte cependant de divers témoignages que ce sont des élèves propres, assidus, et donnant pleine satisfaction à leurs maîtres ; ce fait est corroboré par leurs certificats scolaires. Ces circonstances sont loin d'être indifférentes et, en tout cas, les autorités cantonales ne pouvaient les passer absolument sous silence.

5. — En conséquence l'état des faits sur lequel se fonde la décision frappée de recours ne répond pas aux exigences de l'art. 88 OJF, car on n'y trouve que le résultat incomplet de l'instruction ouverte par les autorités de tutelle ; et il y a lieu d'appliquer dès lors les art. 88, 94 et 82 OJF. Cette solution s'impose d'autant plus que le seul grief admis par l'instance cantonale réside dans des « négligences graves » commises au détriment des enfants. Pour offrir le caractère de gravité que doivent avoir les négligences dont l'art. 285 CCS fait l'une des causes de la déchéance de la puissance paternelle il faut qu'elles impliquent une conduite coupable des parents à l'égard de leurs enfants et qu'elles puissent avoir, pour ceux-ci, des conséquences fâcheuses au point de vue de leur santé physique comme de leur intelligence et de leur moralité. A la vérité, l'art. 284 CCS prévoit aussi, et pour des cas analogues, une mesure moins rigoureuse, puisqu'il permet aux autorités de tutelle de retirer aux parents simplement la garde des enfants « moralement abandonnés ». L'art. 284 CCS est donc applicable toutes les fois que cette dernière mesure paraît suffisante pour porter remède à une situation déterminée, et ses effets ne se confondent pas avec ceux d'une déchéance de la puissance paternelle. En procédant ainsi, on pourrait obliger Perrin à subvenir à l'entretien de sa famille, l'autorité tutélaire ayant le droit en vertu de l'art. 289 CCS de le contraindre à employer une partie de son salaire pour payer les frais occasionnés par le déplacement de ses enfants.

Dans ces conditions, la décision qui a prononcé la déchéance de la puissance paternelle doit se fonder sur un état de faits assez précis et détaillé, pour que l'autorité supérieure puisse examiner si, en l'espèce, la disposition de l'art. 284 CCS n'aurait pas été applicable plutôt que celle de l'art. 285 CCS.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

L'arrêt de la Cour de justice civile de Genève est annulé et l'affaire est renvoyée à l'instance cantonale dans le sens de l'art. 88 OJF.

---

3. Sachenrecht. — Des droits réels.

72. Urteil der II. Zivil-Abteilung vom 30. Oktober 1912 in Sachen Schweizerische Bundesbahnen, Kreis II, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Balmer, Kl. u. Ber.-Bekl.

Grunddienstbarkeit *des Fahrens auf einem Schmalspurgeleise über das Bahnhofgebiet bis an die Geleise der Bahn, mit Pflicht der Bahn, die zum Ein- und Ausladen notwendigen Eisenbahnwagen zur Verfügung zu halten. Art. 730 Abs. 2 ZGB ist nicht öffentlicher Ordnung im Sinne von SchlT 2. Handlungen können Gegenstand der Grunddienstbarkeit sein, wenn sie neben den in Art. 730 Abs. 1 genannten Gegenständen erscheinen.*

A. — Durch Urteil vom 29. Mai 1912 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

„1. Die Beklagtschaft habe das Recht des Klägers, als Besitzer „des Wohnhauses mit Magazin bei der Station Schüpfheim, auf „das bestehende Hilfsgeleise durch das Stationsgebiet und in gleicher Höhe mit demselben bis an das Stationsgeleise anzuerkennen.

„2. Habe die Beklagtschaft dem Kläger die Benutzung des fraglichen Hilfsgeleises in der bisherigen Weise zu gestatten und die „zum Aus- und Einladen nötigen Bahnwagen gemäß Anordnung „des Stationspersonals, wie es seit 30 Jahren geschah, zur Verfügung zu stellen.

„3. Habe die Beklagtschaft dem Kläger wegen Besitzesstörung „den seit Mitte Mai 1909 entstandenen Schaden zu vergüten und „daher per abgeführten Bahnwagen bis zur Beförderung der klä„gerischen Ware auf dem Geleise 2 Fr. 50 Cts. zu bezahlen."

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es seien Dispositive 2—3 des angefochtenen Urteils aufzuheben.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diesen Antrag erneuert. Der Anwalt des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 24. August 1878 verkaufte der Staat Bern, als Eigentümer der Bahnlinie Bern-Luzern dem Friedrich Felder, Käsehändler in Entlebuch, eine bei der Station Schüpfheim gelegene Liegenschaft. In Ziffer 2 des Vertrages wird dem Käufer das Recht eingeräumt, bis Ende 1879 das zu seinem Gebrauch nötige Wasser unentgeltlich vom Stationsbrunnen zu beziehen. Ziffer 3 bestimmt, daß der Käufer bis auf Widerruf berechtigt sei, zu seinem Garten Grund und Boden der Bahn einzubeziehen. Endlich wird dem Käufer in Ziffer 4 (ohne irgendwelche Einschränkung, wie in Ziffer 2 und 3) gestattet, durch das Stationsgebiet und in gleicher Höhe mit demselben, ein schmalspuriges Hilfsgeleise bis an das Stationsgeleise nach der kürzesten Linie, auf seine eigenen Kosten, zu erstellen. Einige Zeit später erbaute Friedrich Felder auf dem gekauften Grundstück ein Haus mit Magazin und Käsekeller. Das Bahnpersonal erstellte jetzt das in Ziff. 4 des Kaufbriefes vorgesehene Hilfsgeleise und Felder kam für die Kosten, die dadurch verursacht wurden, auf. Im Jahre 1887 verkaufte Felder die Liegenschaft mit den gleichen Rechten und Beschwerden, wie er sie seinerzeit übernommen hatte, an den Kläger weiter. Seitdem benutzte der Kläger das Hilfsgeleise unbeanstandet. Auf Anordnung der schweiz. Bundesbahnen, an welche die Linie Bern-Luzern beim Rückkauf durch die Eidgenossenschaft übergegangen war, stellte jedoch das Bahnpersonal vom 15. Mai 1909 an das Überführen der Bahnwagen zum Hilfsgeleise ein. Der Kläger erwirkte hierauf am 29. Oktober 1909 beim Gerichtspräsidenten von Schüpfheim

einen Entscheid, wonach ihm die Beklagte die Benützung des Hilfsgeleises in der bisherigen Weise vorläufig weiter zu gestatten hatte. Zugleich wurde aber dem Kläger vom Gerichtspräsidenten eine Frist von 3 Monaten zum Einklagen seines behaupteten Rechtes gesetzt. Dieser Entscheid wurde in zweiter Instanz bestätigt, worauf der Kläger am 17. März 1910 die vorliegende Klage erhob. Die Beklagte bestritt das Vorhandensein einer Realservitut und führte aus, die Gestattung des Hilfsgeleises sei nur als persönliche Begünstigung an Felder aufzufassen. Überdies stehe der Servitut, wie sie vom Kläger geltend gemacht werde, das Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 entgegen, sowie das Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872.

2. — Das Bundesgericht hat auf die Berufung jedenfalls insofern einzutreten, als die Frage zu prüfen ist, ob die streitige Servitut im Widerspruch mit den Eisenbahnspezialgesetzen steht. Fraglich ist dagegen, ob auch der von der Beklagten angerufene Art. 730 Abs. 2 ZGB auf die vor dem 1. Januar 1912 entstandenen Servituten anwendbar ist und ob es sich deshalb auch in dieser Beziehung um eine nach eidgenössischem Recht zu entscheidende Streitigkeit handelt. Eine Bestimmung, die um der öffentlichen Ordnung willen erlassen ist (Art. 2 SchlT ZGB), kann zwar in Art. 730 Abs. 2 kaum erblickt werden, da dabei weder ein Interesse des Staates noch des Publikums im allgemeinen in Frage steht und eine von Art. 730 Abs. 2 abweichende Regelung auch nicht mit den Anforderungen unserer Zeit an jede Rechtsordnung unvereinbar wäre. Dagegen fragt es sich, ob nicht Art. 730 Abs. 2 den Inhalt des dinglichen Rechtes beschlägt und darum gemäß Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB auch auf alte Servituten anwendbar ist, oder ob die den Inhalt der Servituten betreffenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß der in den Marginalien ausgedrückten Systematik des Gesetzes nur in den Art. 737 ff. ZGB zu suchen sind, während es sich in Art. 730 Abs. 2 um eine Voraussetzung für die Entstehung der Servitut handelt, so daß die beim Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches schon bestehenden Servituten anerkannt blieben, auch wenn sie dem neuen Recht widersprechen würden (Art. 17 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB). Die Entscheidung

hierüber kann offengelassen bleiben, weil auch bei Anwendung des neuen Rechtes eine Ungiltigkeit der Servitut wegen Verletzung des Art. 730 Abs. 2 hier nicht anzunehmen ist. Beim Entscheid darüber, ob die Handlung, die in casu neben anderem den Gegenstand der Servitut bildet, nur „nebensächlich" mit der „Grunddienstbarkeit" verbunden sei, kommt es nicht auf die ökonomische Bedeutung dieser Handlung für die Parteien an; das Gesetz will vielmehr Handlungen überall als Gegenstand der Servitut zulassen, wo sie neben den in Art. 730 Abs. 1 ZGB genannten Gegenständen (Eigentumseingriffe und Ausübungseinschränkungen) auftreten (vgl. im gleichen Sinn die deutsche Praxis, Staudinger, Kommentar § 1018 II 2 a). Im vorliegenden Fall besteht die von der Vorinstanz angenommene Verpflichtung zur Bereitstellung der Eisenbahnwagen nur neben derjenigen der Duldung einer Überfahrt des Berechtigten auf einem Hilfsgeleise über das Stationsgebiet und ist daher nach Art. 730 Abs. 2 ZGB nicht zu beanstanden.

3. — Was sodann die von der Beklagten angerufenen eidgenössischen Eisenbahnspezialgesetze betrifft, so stehen sie der streitigen Dienstbarkeit ebenfalls nicht im Wege. Wie das Bundesgericht schon früher erkannt hat (AS **26** II S. 11 und 12), ist der Eisenbahnkörper in Bezug auf Dienstbarkeiten, die daran erworben werden könnten, nur insofern dem kantonalen Recht entzogen, als eine Ersitzung solcher Dienstbarkeiten unmöglich ist. Hingegen schließt die öffentliche Zweckbestimmung des Bahnareals nicht aus, daß, wie im vorliegenden Fall, die Bahnbehörden selbst dingliche Rechte an der öffentlichrechtlichen Sache bestellen. Die Beklagte hat sich daher in ihrem heutigen Vortrag mit Recht auf das Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 nicht mehr berufen. Sie kann dem Kläger aber auch nicht Art. 14 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 entgegenhalten. Wenn Art. 14 dieses Gesetzes bestimmt, daß die Baupläne für das Tracé, für die Stationen samt deren Einrichtung, sowie für sämtliche größeren Bauobjekte, einschließlich der wichtigeren Hochbauten, dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen sind, so enthält er eine im Interesse des Bahnbetriebes aufgestellte öffentlichrechtliche Vor-

schrift, die die zivilrechtliche Giltigkeit eines dinglichen Rechtes, wenn es selbst unter Verletzung dieser Bestimmung entstanden wäre, nicht beeinflussen kann. Überdies würde es gegen die gute Treue verstoßen, wenn diejenige Partei (die Bundesbahnen als Rechtsnachfolgerin der Bern-Luzern-Bahn), die in erster Linie dazu da gewesen wäre, die Genehmigung des Bundesrates einzuholen, sich darauf berufen könnte, daß dies nicht geschehen sei und auf diese Weise der Notwendigkeit enthoben würde, die ihr unbequem gewordene Dienstbarkeit enteignen zu müssen. Das gleiche gilt auch von Art. 2 des Bundesgesetzes über die Verbindungsgeleise vom 19. Dezember 1874.

4. — Hat aber die Vorinstanz darüber, ob die Beklagte das Recht des Klägers anzuerkennen habe, endgültig entschieden, so entzieht sich auch die damit zusammenhängende Schadenersatzfrage der Überprüfung des Bundesgerichts.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 29. Mai 1912 bestätigt.

---

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. November 1912 in Sachen Müller, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Hofstetter, Bekl. u. Ber.-Bekl.

1. Die in Art. 33 SchlT ZGB vorbehaltene Gleichstellung altrechtlicher Grundpfandrechte mit denjenigen des neuen Rechtes bezieht sich nur auf zukünftige Tatsachen, nicht auf eine unter dem alten Recht eingetretene Kündigung des grundversicherten Darlehens.

2. Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält auch eine Weisung an den Richter, die Rechtsverhältnisse der Parteien nach Treu und Glauben zu beurteilen; er gehört zu den um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Bestimmungen (SchlT 2).

A. — Der Beklagte schuldet dem Kläger laut einer Hypothekarobligation vom 20. Januar 1911 70,000 Fr., über deren Verzinsung und Kündbarkeit folgendes stipuliert worden war: