

de l'art. 106 du règlement genevois d'application de la loi sur les routes du 14 mars 1899 et qui prescrit que « les ouvertures provisoires ou définitives sur une cour ou vide quelconque et présentant un danger spécial devront être pourvues d'une barrière. »

Le défendeur Foudral n'a pas contesté son obligation de payer une indemnité et s'est borné à nier qu'elle pût être fixée à un chiffre supérieur à la somme de 6000 fr., maximum prévu par la loi sur la responsabilité des fabricants; il a même conclu à la réduction de ce chiffre à 5400 fr., l'accident survenu devant être considéré comme résultant d'un cas fortuit. Enfin, il s'est déclaré prêt à payer au demandeur pour solde et à la suite de divers versements effectués à lui-même ou à des tiers pour son compte, une somme de 1098 fr. 50. Ces conclusions avaient été admises par le Tribunal de première instance, mais, sur recours de Bellora, la Cour de justice civile de Genève a, par arrêt du 9 novembre 1912, élevé la somme accordée au demandeur à 1699 fr. 50, se refusant ainsi à admettre l'existence soit d'un acte punissable, soit d'un cas fortuit.

B. — Par acte du 20 novembre 1912, Bellora a recouru en réforme contre cet arrêt au Tribunal fédéral et a repris dans sa déclaration de recours les conclusions soutenues par lui devant l'instance cantonale.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La question de savoir si l'accident a été causé par un acte du défendeur susceptible, à teneur de l'art. 6 al. 3 de la loi sur la responsabilité civile des fabricants, de faire l'objet d'une action au pénal, est en l'espèce exclusivement une question du droit cantonal de police, soit une question qui échappe à l'examen du Tribunal fédéral. En effet, si les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur le caractère punissable d'un acte lorsqu'il n'existe pas de jugement pénal en l'espèce (voir dans un sens RO 28 II p. 288 et dans l'autre 37 II p. 568), cependant, et dès que les faits constatés nécessitent l'application d'une règle de droit pénal, le juge civil, quand il examine cette question préalable de l'exis-

tence d'un acte punissable, interprète uniquement des règles de droit cantonal.

2. — Dans ces conditions, et du moment que la punissabilité de l'acte reproché à Foudral échappe à la cognition du Tribunal fédéral, la seule question que celui-ci ait à examiner est celle de la diminution éventuelle du maximum légal. Or, ce point n'est plus en discussion: en effet, d'une part le défendeur Foudral seul aurait eu intérêt à le faire discuter à nouveau; d'autre part, le recours interjeté par Bellora tend uniquement à l'obtention d'une indemnité dépassant le maximum légal; et sur ce point l'arrêt de la Cour de justice civile doit, pour les motifs indiqués ci-dessus, être considéré comme définitif.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

**25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Januar 1913
in Sachen Ursprung, Impetrant u. Ver.-Kl.,
gegen Böhler-Bieri, Impetrat u. Ver.-Befl.**

Der Entscheid über Bewilligung oder Verweigerung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes (nach Art. 961 ZGB) ist kein Haupturteil.

A. — Durch Entscheid vom 13. September 1912 hat der „Einzelrichter für nichtstreitige Rechtsachen“ des Bezirksgerichts Zürich ein Begehren des Kunststeinfabrikanten Ursprung in Zürich um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf einer Liegenschaft des Impetraten Böhler u. a. deshalb abgewiesen, weil der Impetrant die von ihm gelieferten Kunststeine dem betreffenden Neubau nicht selbst eingefügt habe, was nach Art. 837 ZGB eine unerlässliche Voraussetzung des Bauhandwerkerpfandrechtes sei.

B. — Ein vom Impetranten Ursprung gegen diesen Entscheid

ergriffener Rekurs ist am 2. November 1912 von der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts abgewiesen worden, weil ein Bauhandwerkerpfandrecht im Sinne des Art. 837 ZGB in der Tat von demjenigen nicht beansprucht werden könne, der zu dem betreffenden Bau bloß besonders hergerichtetes Baumaterial geliefert habe, wie dies beim Kunststeinlieferanten der Fall sei. Infolgedessen ist die Rekurskammer auf die Frage, ob das Gesuch auch aus andern Gründen abzuweisen sei, nicht eingetreten.

C. — Gegen diesen, ihm am 12. November zugestellten Entscheidung hat der Impetrant am 2. Dezember 1912 die Berufung an das Bundesgericht zu ergreifen erklärt, mit dem Antrage:

„Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, es sei die vorläufige Eintragung des Baupfandrechtes zu bewilligen für die nachbezeichneten Bauten und Forderungsbeiträge:

„1. Neubau Freudenberg-Susenbergstraße, Restguthaben 4686 Fr. 50 Ctz.

„2. Neubau Freudenbergstraße 132, Restguthaben 213 Fr. 35 Ctz.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der mit der vorliegenden „Berufung“ angefochtene Entscheid der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts vom 2. November 1912 und der dadurch mittelbar angefochtene Entscheid des „Einzelrichters für nichtstreitige Rechtsfachen“ vom 13. September 1912 sind in Anwendung der Art. 961 Abs. 3 ZGB und 22 Abs. 4 der bundesrätlichen Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910, sowie der §§ 6 und 3 Ziff. 12 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum ZGB erlassen worden. Der von den genannten Instanzen abgewiesene Anspruch des heutigen „Berufungsklägers“ war somit nicht ein gemäß Art. 839 ZGB geltend gemachter Anspruch auf definitive Eintragung des Pfandrechtes, bezw. ein Anspruch auf Anerkennung des Rechtes als solchen, sondern lediglich ein gemäß Art. 961 Ziff. 1 ZGB und 22 Abs. 4 der Grundbuchverordnung erhobener Anspruch auf vorläufige Eintragung des prätendierten Rechtes, d. h. auf Erlass einer Art vorsorglicher Verfügung, durch welche das behauptete dingliche Recht gegen den Ablauf der Frist des Art. 839 Abs. 2 gesichert werden sollte. Derartige Entscheide über Bewilligung oder Ver-

weigerung vorsorglicher Maßnahmen sind nun aber keine Haupturteile im Sinne des Art. 58 OR; vielmehr kommt diese Eigenschaft nach ständiger Praxis nur denjenigen Entscheiden zu, durch welche über Bestand oder Nichtbestand eines zivilrechtlichen Anspruches als solchen definitiv entschieden wird. Das Bundesgericht hat denn auch bereits in einem andern Falle (Praxis I Nr. 140*) festgestellt, daß die Entscheide über Bewilligung oder Verweigerung vorläufiger Eintragungen im Sinne des Art. 961 ZGB keine Haupturteile sind.

2. — Bei der vorläufigen Eintragung der Baupfandrechte handelt es sich nun allerdings um eine Maßnahme, mit deren Bewilligung oder Nichtbewilligung unter Umständen das Pfandrecht selber steht und fällt — sofern nämlich, was hier dahingestellt bleiben kann, Art. 839 Abs. 2, der von der definitiven Eintragung handelt, entsprechend seinem Wortlaut dahin auszulegen ist, daß die Eintragung als solche, nicht bloß die Anmeldung des Pfandrechtes, innert drei Monaten stattfinden müsse; denn ein rechtskräftiges Urteil des ordentlichen Richters, wie es nach Art. 839 Abs. 3 im Falle der Bestreitung des Pfandrechtes für dessen definitive Eintragung nötig ist, wird sehr oft innerhalb jener dreimonatlichen Frist nicht erhältlich sein. Daraus folgt indessen nicht, daß in einem solchen Falle das Bundesgericht entgegen der Bestimmung des Art. 58 OR zur Überprüfung des Entscheides über Bewilligung oder Nichtbewilligung der provisorischen Eintragung kompetent sei, sondern nur, daß derjenige kantonale Richter, in dessen Hand der Entscheid über die vorläufige Eintragung gelegt ist, eine restriktive Interpretation des Art. 961 ZGB vermeiden und also die provisorische Eintragung, durch die ja bloß bis zum Entscheid über das beanspruchte Pfandrecht dessen Rang gesichert und der gutgläubige Erwerb eines mit ihm kollidierenden dinglichen Rechtes verhindert wird, stets dann bewilligen sollte, wenn es sich nicht um ein offenbar trölerisches oder schändliches Begehren handelt, u. a. W. daß an die in Art. 961 Abs. 3 verlangte „Glaubhaftmachung“ der „Berechtigung“ keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden sollten. Auf dieser Auffassung beruht denn auch offenbar § 3 Ziff. 12 des zürcherischen Einführungsgesetzes, der

* RO 38 II S. 371 f.

den Entscheid über die vorläufige Eintragung dem Einzelrichter für nicht streitige Rechtsfachen zuweist. Hat nun aber, wie im vorliegenden Falle, der kantonale Richter die Bewilligung der vorläufigen Eintragung deshalb verweigert, weil er über die, ihm gar nicht unterbreitete, übrigens sehr diskutierbare und prinzipiell wichtige materiellrechtliche Frage eine andere Auffassung hat, als der Impetrant, und sollte der letztere infolge dessen und infolge der Kürze der Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit verloren haben, den definitiven Eintrag zu bewirken, so liegt es nicht in der Macht des Bundesgerichts als Berufungsinstanz, diese Tatsache ungeschehen zu machen. Das Bundesgericht kann hier ebensowenig Abhilfe treffen, wie in zahlreichen andern Fällen, in denen die Geltendmachung eines materiellen Rechts durch die Verweigerung einer provisorischen Verfügung erschwert oder verunmöglicht oder sonstwie illusorisch gemacht wird (Verweigerung der Rechtsöffnung gegenüber einem seine Aktiven verschleiernenden Schuldner, Verweigerung des Arrestes gegenüber einem Schuldner, der im Begriffe ist, flüchtig zu werden, Verweigerung eines Besitzzschutzmittels gegenüber einem die Sache selbst zerstörenden Nichtbesitzer, usw.).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Februar 1913
in Sachen **Gamper und Genossen**, Kl. u. Hauptber.-Kl.,
gegen **Muther**, Bekl. u. Anschlussber.-Kl.

Uebergangsrecht. Das Recht des Quelleneigentümers zum Einspruch gegen zukünftige Grabungen eines Grundeigentümers, welche die Quelle schädigen, richtet sich nach neuem Rechte, auch wenn die Grabungen schon unter dem alten Rechte begonnen haben und damals unberechtigt inhibiert wurden.

A. — Die Kläger haben im Jahre 1896 eine Wasserversorgungsanlage eingerichtet, welche ihre Häuser in Kengetswil, Ortsgemeinde Anetswil, mit Trinkwasser versieht und einen laufenden

Brunnen speist. Die Quellsfassung befindet sich in einem Grundstück des Klägers Hollenstein südlich der Straße Lachen=St. Margrethen, in welchem das Wasser durch Röhren gefasst wird, um von da nach einem Reservoir geleitet zu werden.

Im Sommer 1911 erstellte der Beklagte auf einem Grundstück, das ihm gehört und sich in der Nähe des Hollensteinschen Grundstückes befindet, einen Pumpbrunnen. Die Kläger behaupten, auf ihre Einsprache hin habe der Beklagte sich damals bereit erklärt, die Anlage zu entfernen, falls die Kläger dadurch geschädigt werden sollten. Der Beklagte bestreitet, eine solche Zusicherung gegeben zu haben.

Im Dezember 1911 ließ der Beklagte auf seinem Grundstück nach Wasser graben. Die Kläger erwirkten gegen diese Grabungen am 27. Dezember 1911 ein gerichtliches Verbot; der Beklagte ließ jedoch die Grabungen fortsetzen, und zwar mit erhöhter Arbeiterzahl. Am 29. Dezember erging darauf ein zweites gerichtliches Verbot, dem Nachachtung geschenkt wurde.

Die Parteien sind darüber einig, daß die Grabungen des Beklagten, die seither nicht wieder aufgenommen worden sind, tatsächlich noch kein Wasser zu Tage gefördert haben, so daß auch eine Beeinträchtigung der klägerischen Wasserversorgungsanlage noch nicht stattgefunden hat. Darüber, ob diese Anlage im Falle der Fortsetzung der Grabungen beeinträchtigt würde, gehen dagegen die Behauptungen der Parteien auseinander.

Beide gerichtlichen Verbote wurden am 12. Januar 1912 von der Rekurskommission des Obergerichts geschützt, jedoch unter Ansetzung einer Frist von 10 Tagen, innerhalb welcher von den Klägern gerichtliche Klage auf Aberkennung des vom Beklagten beanspruchten „Rechts auf Wasserableitung“ einzuleiten sei.

B. — Innerhalb der angeetzten Frist wurde die vorliegende Klage eingeleitet, wobei die Kläger die Rechtsfrage folgendermaßen formulierten:

„Ist Klägerschaft in gerichtlicher Bestätigung der Präsidialverfügungen vom 27. und 29. Dezember 1911 bei ihren beanspruchten Wasserrechten im Sinne der Klagebegründung gerichtlich zu schützen und sind die Eingriffe des Beklagten in diese Rechte als unzulässig zu erklären?“

Der Streitwert wurde anlässlich der Verhandlung vor dem