

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 verschleudernden Schuldner, Verweigerung des Arrestes gegenüber einem Schuldner, der im Begriffe ist, flüchtig zu werden, Verweigerung eines Besitzschutzmittels gegenüber einem die Sache selbst zerstörenden Nichtbesitzer, usm.).

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 Rengetswil, 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 Präzedenzentscheidungen 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

Friedensrichter auf über 2000, jedoch unter 4000 Fr. festgestellt, und es hat keine Partei gegen diese Feststellung Einsprache erhoben.

Durch Urteil vom 15. Juni 1912 erkannte das Bezirksgericht Münchwilen als I. Instanz:

„Es ist die Rechtsfrage verneinend entschieden.“

Dieses Urteil wurde damit begründet, daß der Beklagte die Wasserfassungsarbeiten noch im Jahre 1911 hätte beendigen können, wenn er nicht durch das gerichtliche Verbot daran gehindert worden wäre; dieses gerichtliche Verbot sei ungesetzlich gewesen, weil nach thurgauischem Privatrecht der Beklagte berechtigt gewesen sei, auf seinem Grundstück ohne Rücksicht auf die klägerische Wasserversorgung so tief zu graben, als ihm beliebt. Deshalb müsse dem Beklagten gestattet werden, die Grabungen, an denen er in ungesetzlicher Weise gehindert worden sei, nachträglich vorzunehmen.

C. — Nachdem die Kläger gegen dieses Urteil appelliert hatten, fällte das Obergericht des Kantons Thurgau am 15. Oktober 1912 über die von ihm folgendermaßen „berichtigte“ Rechtsfrage:

„Sind die Appellanten berechtigt, gegen die Wasserfassung im „Grundstück des Appellanten Einsprache zu erheben?“
folgenden Entscheid:

„Die Rechtsfrage wird verneinend entschieden im Sinne, daß „der Appellant befugt ist, auf seinem Grundstück so tief nach „Wasser zu graben, als er bereits am 31. Dezember 1911 ge-graben hatte.“

Dieses Urteil ist folgendermaßen begründet: Die von den Klägern aufgestellte Rechtsfrage, ob die Wasserrechte der Kläger zu schützen und Eingriffe des Beklagten in diese Wasserrechte als unzulässig zu erklären seien, sei ungenau und zu allgemein gefaßt. Das Gericht sehe sich veranlaßt, die Rechtsfrage unter Hinweis auf § 225 Abs. 2 ZPO zu berichtigen. Die vorgenommenen Grabungen seien nach altem, kantonalem Recht zu beurteilen. Die rechtliche Wirkung von Tatsachen beurteile sich nach altem Recht, soweit sie während des Bestehens des alten Rechtes eingetreten seien. Vorbehalten sei nur die Rückwirkung solcher Bestimmungen, welche um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen auf-

gestellt seien. „Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum ZGB Art. 1 und 2.“ Das alte thurgauische Gewohnheitsrecht gestatte dem Grundeigentümer ein freies Grabrecht. Er dürfe in seinem Grundstücke „nach Belieben nach Wasser graben, wenn auf seinem Grund und Boden nicht nachweisbar Servituten lasten“. Den Klägern habe daher die Befugnis nicht zugestanden, gegen die Grabungen im Grundstück des Beklagten Einsprache zu erheben. Die Erwirkung des gerichtlichen Verbotes sei deshalb nicht berechtigt gewesen, und da eine „Rechtsausnützung bei Eintritt des neuen Rechts bereits vorgelegen“ habe, sei dem Beklagten zu gestatten, „den Graben wieder soweit zu öffnen, als noch im Jahre 1911 derselbe bereits geöffnet“ gewesen sei. Nach klägerischem Zugeständnis sei der Graben auf 2 Meter Tiefe ausgehoben gewesen.

Es möge noch erwähnt werden, daß „der von den Klägern bezogene Standpunkt“ ein unhaltbarer sei, die Quelle liege „gar nicht im Grundstück der Kläger noch des Beklagten, sondern auf der Höhe bei Aneiswil“. Als Quelle bezeichne der allgemeine Sprachgebrauch den Ort, wo Wasser zu Tage trete. Das Wasser trete erst an den Grabungsstellen zu Tage. Hier liege also die Quelle. Die Grabungen seien nach altem Recht nur zu beurteilen, soweit im Jahre 1911 wirklich gegraben worden sei. Die Präsidialbefehle vom Dezember seien nicht aus bloßer Schikane erwirkt worden, sondern in Ausübung eines vermeintlichen Einspracherechts. Es sei daher nicht auszurechnen, wie weit „hätte ohne diese Befehle 1911 noch gegraben werden können“. Auf ein Beweisverfahren über die klägerische Behauptung, der Beklagte habe im Sommer 1911 erklärt, seinen Pumpbrunnen wieder zu entfernen, sofern ein Schaden für die Wasserversorgung eintrete, sei gegenwärtig nicht einzutreten, da ein Schadenseintritt noch nicht behauptet werden könne. Wenigstens sei vor erster Instanz eine solche Behauptung nicht aufgestellt worden. Die Klage sei zudem „nicht auf Entfernung dieses Brunnens gestellt“.

D. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag: „Es seien in Aufhebung des genannten Urteils die „kantonalen Gerichte, eventuell das Obergericht anzuweisen, die

144 Oberste Zivilgerichtsinanz. — II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

„Streitsache der Parteien nach den maßgebenden Bestimmungen „des schweiz. ZGB (Art. 706, 707, 919 ff., 926 ff. u. Art. 1 Abs. 3, „Art. 17 und 37 der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen) zu beurteilen, resp. hierfür die notwendigen Beweiserhebungen zu veranlassen.“

Der Beklagte hat, ebenfalls rechtzeitig und in richtiger Form, die Anschlußberufung ergriffen, mit dem Antrag: „1. Die Klage „sei sofort und gänzlich abzuweisen und die Klägerschaft als nicht „berechtigt zu erklären, gegen die Wasserfassung im Grundstück „des Beklagten Einspruch zu erheben. 2. Eventuell sei die Streitsache zu neuer, ergänzender rechtlicher Beurteilung an die kantonalen Gerichte zurückzuweisen.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Vor allem sind der Sinn und die Tragweite des vorliegenden kantonalen Urteils zu ermitteln. Insbesondere ist womöglich festzustellen, welche Streitfrage entschieden werden wollte, in welchem Sinne sie entschieden worden ist, und auf der Anwendung welchen Rechtes der Entscheid beruht.

Die Kläger hatten mit ihrer Rechtsfrage nicht nur einen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der im Jahre 1911 vom Beklagten vorgenommenen Grabungen, sondern, unter ausdrücklicher Anrufung des ZGB (insbesondere der Art. 706 und 707), auch einen Entscheid über die Frage verlangt, ob und inwieweit der Beklagte in Zukunft zu graben berechtigt sei. In diesem Sinne hat denn auch die erste Instanz die von den Klägern formulierte Rechtsfrage aufgefaßt, indem sie dem Beklagten, unter vollständiger „Verneinung“ der Rechtsfrage, die Befugnis zuerkannt hat, die Grabungen nach Belieben fortzusetzen. Das Obergericht hat nun allerdings, unter Berufung auf eine Bestimmung der kantonalen Zivilprozessordnung, die Rechtsfrage abgeändert. Allein mit dieser Abänderung scheint das Gericht lediglich beabsichtigt zu haben, die Rechtsfrage konkreter zu fassen, als es die Kläger getan hatten. Darüber, ob dies nötig war, und ob durch die neue Rechtsfrage eine klarere prozessuale Situation geschaffen wurde, als durch die von den Klägern gewählte Formulierung, hat sich das Bundesgericht nicht auszusprechen. Dagegen ist hier festzustellen, daß auch die vom Ober-

gericht formulierte Rechtsfrage keine Beschränkung auf die noch im Jahre 1911 vorgenommenen Grabungen enthält. Eine solche Beschränkung findet sich sodann auch nicht etwa in den Erwägungen oder im Dispositiv des Urteils. In den Erwägungen wird im Gegenteil erklärt, es sei dem Beklagten zu gestatten, „den Graben wieder soweit zu öffnen, als noch im Jahre 1911 derselbe bereits geöffnet war“; im Dispositiv aber wird nicht erklärt, daß der Beklagte befugt gewesen sei, so und so tief zu graben, sondern vielmehr: daß er dazu befugt sei.

Nun hat das Obergericht allerdings die Frage, in welchem Umfange der Beklagte zu graben berechtigt oder nicht berechtigt sei, sowohl im Dispositiv als in den Erwägungen direkt nur dahin beantwortet, daß er berechtigt sei, so tief zu graben, als er schon im Jahre 1911 gegraben hatte, bezw. daß er befugt sei, den Graben „wieder so weit zu öffnen“, als er bereits im Jahre 1911 geöffnet worden war, während über die weitere Frage, ob der Beklagte auch noch tiefer graben dürfe, nichts gesagt ist. Indessen liegt es nahe, aus der Gestattung des Grabens bis auf eine bestimmte Tiefe a contrario auf die Nichtgestattung des Tiefergrabens zu schließen. Andererseits könnte freilich auch die Ansicht vertreten werden, das Obergericht habe nur die Frage beantworten wollen, ob der Beklagte berechtigt sei, so tief zu graben, als er schon im Jahre 1911 gegraben hatte, und die weitere Frage, ob er auch noch tiefer graben dürfe, habe es offen lassen wollen. Für diese Auffassung des Urteils könnte der Umstand angeführt werden, daß das Gericht im Dispositiv erklärt, die Rechtsfrage werde „verneinend“ entschieden, sowie daß sämtliche Kosten den Klägern auferlegt wurden, was doch darauf hindeuten scheint, daß den Klägern überhaupt kein Inhibitionsrecht gegenüber den vom Beklagten projektierten Grabungen zuerkannt werden wollte; desgleichen der Umstand, daß in den Erwägungen des Urteils das schweizerische Zivilgesetzbuch, auf Grund dessen allein allfällige zukünftige Grabungen verboten werden konnten, mit keinem Worte erwähnt ist. Wiederum zu Gunsten der Auffassung, daß dem Beklagten das Tiefergraben verboten werden wollte, spricht dagegen der Umstand, daß die Frage, ob der Beklagte tiefer graben dürfe, als er schon im Jahre

1911 gegraben hatte, angesichts der Erfolglosigkeit der früheren Grabungen die praktisch wichtigste Frage des ganzen Prozesses war, und daß es deshalb höchst auffällig wäre, wenn das Obergericht gerade diese Frage unentschieden gelassen hätte.

Unklar ist sodann auch, ob das obergerichtliche Urteil, unter wörtlicher Interpretation des Dispositivs, dahin zu verstehen sei, daß der Beklagte auf der ganzen Ausdehnung seiner Liegenschaft so tief graben dürfe, als er im Jahre 1911 an einer einzelnen Stelle gegraben hatte (zirka 2 m tief), oder ob ihm nur, im Sinne der Erwägungen, das Recht eingeräumt werden wollte, den Graben wieder so weit zu öffnen, als er bereits im Jahre 1911 geöffnet worden war, — so daß eine Ausdehnung der Grabungen in horizontaler Richtung ausgeschlossen wäre.

In Bezug auf die weitere Frage, welches Recht im vorliegenden kantonalen Urteil zur Anwendung gebracht worden sei, sind ebenfalls verschiedene Auffassungen möglich. Einerseits erklärt nämlich das Obergericht in seinen Erwägungen, die Grabungen seien „nach altem Recht nur zu beurteilen, soweit im Jahre 1911 „wirklich gegraben worden“ sei, — woraus geschlossen werden könnte, das Gericht habe die Frage, wie tief der Beklagte in Zukunft graben dürfe, unter Anwendung des neuen Rechts entscheiden wollen. Andererseits ist jedoch, wie bereits konstatiert, im ganzen Urteile das schweizerische Zivilgesetzbuch mit keinem Worte erwähnt, was doch darauf hinzudeuten scheint, daß das Urteil nicht auf der Anwendung dieses Gesetzbuches beruht. Hinwiederum wäre daraus, daß dem Beklagten das Recht, zu graben, ausdrücklich nur soweit zugesprochen wurde, als er „bereits am 31. Dezember 1911 gegraben hatte“, eher der Schluß zu ziehen, daß das Obergericht die Frage, wie weit der Beklagte in Zukunft graben dürfe, als dem neuen Recht unterstehend betrachte; denn sonst hätte es keinen Sinn gehabt, darauf abzustellen, wie weit die Grabungen bereits unter der Herrschaft des alten Rechts vorgeritten gewesen seien.

2. — So unklar und zweideutig das angefochtene Urteil nach den vorstehenden Ausführungen ist, so ergibt sich daraus doch immerhin soviel, daß die Hauptfrage des Prozesses diejenige war, ob und in welchem Umfange der Beklagte in Zukunft zu graben

berechtigt sei. Diese Frage war nun aber nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden. Umstritten war ja nicht die Existenz einer Servitut, deren Begründung noch unter der Herrschaft des alten Rechtes stattgefunden haben konnte, und deren Bestand daher von der Beurteilung altrechtlicher Tatsachen abhängig war, so daß nach Art. 1 Abs. 1 und 2, sowie 17 Abs. 1 Schl. ZGB das frühere kantonale Recht anzuwenden gewesen wäre. Streitig waren auch nicht etwa die „rechtlichen Wirkungen“ der vorgenommenen Grabungen, oder des eingetretenen Schadens, oder des im Dezember 1911 erwirkten gerichtlichen Verbotes, bezw. der im Januar 1912 eingeleiteten Klage, — von welchen verschiedenen Gesichtspunkten aus die Kläger sich auf Art. 1 Abs. 3 Schl. ZGB berufen, während der Beklagte wiederum den Art. 1 Abs. 1 und 2 für anwendbar hält. Vielmehr handelt es sich einfach um die Frage, welchen Inhalt das, jeder Partei an ihrer Liegenschaft unbestrittenermaßen zustehende Eigentumsrecht habe; diese Frage aber war nach Art. 3 und 17 Abs. 2 für die Zeit nach dem 1. Januar 1912 unter Anwendung des neuen Rechtes zu entscheiden. Dabei war auf das frühere kantonale Recht weder in dem Sinne Rücksicht zu nehmen, daß untersucht wurde, wie tief der Beklagte im Jahre 1911 hätte graben können, wenn er nicht, unter Verletzung des damaligen kantonalen Rechtes, daran gehindert worden wäre (Urteil der ersten Instanz), noch in dem Sinne, daß dem Beklagten gestattet wurde, denjenigen Zustand wieder herzustellen, in welchem sich seine Grabungen am 31. Dezember 1911 befunden hatten (Erwägungen der zweiten Instanz), noch endlich in dem Sinne, daß ihm das Recht eingeräumt wurde, auf seiner ganzen Liegenschaft so tief zu graben, als er am 31. Dezember 1911 an einer einzelnen Stelle gegraben hatte (Dispositiv der zweiten Instanz, sofern dieses wörtlich zu interpretieren ist). Vielmehr war die Zulässigkeit einer jeden, nach dem Inkrafttreten des ZGB vorgenommenen oder vorzunehmenden Grabung einfach und ausschließlich nach dem neuen Rechte zu beurteilen, gleichviel ob es sich dabei nur um die Fortsetzung, Vollendung oder Wiederherstellung früherer, oder aber um ganz neue Grabungen handelte.

Nach kantonalem Recht wären dagegen allerdings die Rechts-

wirkungen der dem Kläger Gamper angeblich im Sommer 1911 vom Beklagten erteilten Zusicherung (betr. Beseitigung eines damals errichteten Pumpbrunnens) zu beurteilen gewesen. In Bezug auf diesen Punkt liegt jedoch zur Zeit kein kantonales Haupturteil vor, da das Obergericht ausdrücklich erklärt, es „trete darauf gegenwärtig nicht ein“. Das Bundesgericht hat sich daher mit jener Zusicherung nicht weiter zu befassen.

3. — Da, wie ausgeführt, die Hauptfrage des Prozesses, die Frage nämlich, ob und in welchem Umfange der Beklagte in Zukunft zu graben berechtigt sei, nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden war, so ist das Bundesgericht zur Beurteilung des Falles, wenigstens was diese Hauptfrage betrifft, die denn auch allein den Gegenstand der beiden Berufungen bildet, kompetent; und zwar ist die Kompetenz des Bundesgerichts sowohl dann gegeben, wenn angenommen wird, der kantonale Richter habe auf jene Hauptfrage richtigerweise das eidgenössische Gesetz angewendet, als auch dann, wenn angenommen wird, er habe sie unter Anwendung des frühern kantonalen Rechts entschieden. Denn nach Art. 56 OG ist die Berufung nicht nur dann zulässig, wenn eine Zivilstreitigkeit von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden ist, sondern auch dann, wenn sie nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden war, und nach Art. 57 ist das Bundesrecht nicht nur dann verletzt, wenn ein eidgenössischer Rechtsatz unrichtig angewendet, sondern auch dann, wenn er zu Unrecht nicht angewendet worden ist. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß in Bezug auf diejenige Frage, die nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden war, auch wirklich ein Entscheid vorliege. Auch diese Voraussetzung trifft aber im konkreten Falle zu; denn selbst dann, wenn das Obergericht die Frage offen gelassen haben sollte, ob der Beklagte tiefer graben dürfe, als er schon im Jahre 1911 gegraben habe (vergl. oben Erw. 1), hat es ihn doch jedenfalls berechtigt erklärt, so tief zu graben, als er schon damals gegraben hatte. Die Frage, ob er dies tun dürfe, unterstand aber, wie ausgeführt, dem eidgenössischen Rechte.

4. — Ist somit das Bundesgericht zur Beurteilung beider Berufungen kompetent (da sie sich beide auf die Frage beziehen, ob und inwieweit der Beklagte in Zukunft graben dürfe), so

ist es dagegen nicht in der Lage, auf Grund der vorliegenden Akten ein Endurteil zu fällen. Nicht nur fehlt in dem zu überprüfenden kantonalen Urteile jegliche Stellungnahme zu der grundsätzlich äußerst wichtigen Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Art. 706 und 707 ZGB auf Fälle, in denen, wie hier, noch kein Schaden eingetreten ist, — so daß es sich in dieser Beziehung für das Bundesgericht gar nicht um die Überprüfung eines kantonalen Urteils, sondern um eine Art erst- und letztinstanzlicher Entscheidung handeln würde —, sondern es sind auch die tatsächlichen Verhältnisse des konkreten Falles durchaus ungenügend abgeklärt. Insbesondere ist nicht festgestellt, ob die Kläger, wie sie behaupten, im Besitze einer Quelle oder eines Brunnens sind, die „für die Bewirtschaftung oder Bewohnung eines Grundstückes oder für Trinkwasserversorgungen unentbehrlich sind“ (Art. 707 ZGB), oder ob es sich nur um eine solche Quelle oder einen solchen Brunnen handelt, die „in erheblicher Weise benutzt oder zum Zwecke der Verwertung gefaßt worden sind“ (Art. 706), bezw. ob im vorliegenden Falle überhaupt (im Sinne des zuletzt zitierten Artikels) eine „erhebliche“ „Benutzung oder Fassung zum Zwecke der Verwertung“ stattgefunden habe, ferner ob die projektierten Arbeiten voraussichtlich eine „Abgrabung, Beeinträchtigung oder Verunreinigung“ jener Quelle oder jenes Brunnens zur Folge haben werden, — eine Frage, deren Beantwortung ihrerseits unter anderm davon abhängt, ob das Wasser, nach welchem der Beklagte graben will, überhaupt den gleichen Ursprung hat, d. h. der gleichen Quelle oder dem gleichen unterirdischen Wasserlauf entstammt, wie das von den Klägern gefaßte, usw. Erst nachdem alle diese tatsächlichen Verhältnisse festgestellt sein werden (wozu es natürlich einer Expertise bedarf), und nachdem der kantonale Richter auf Grund der bezüglichen Feststellungen einen vollständigen und unzweideutigen Entscheid über die seiner Beurteilung unterliegende Streitfrage gefällt haben wird, — erst dann wird das Bundesgericht seinerseits in der Lage sein, die Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Art. 706 und 707 auf den vorliegenden Fall zu prüfen, bezw. zu überprüfen.

Das angefochtene Urteil ist daher im Sinne des Art. 82 Abs.

2 OG aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 15. Oktober 1912 wird aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an das genannte Gericht zurückgewiesen.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Februar 1913
in Sachen **Thätische Bahn, Kl. u. Ver.-Kl.,**
gegen **Egger, Befl. u. Ver.-Befl.**

Intertemporales Recht: Die Auslegung einer unter der Vorschrift des alten Rechts begründeten Servitut, sowie deren Untergang, welcher durch langjährige Duldung des Zuwiderhandelns gegen die Servitut und durch Verjährung schon vor dem 1. Januar 1912 eingetreten ist, beurteilen sich nach kantonalem Recht.

A. — Am 31. August 1876 erwarben die Erben des J. M. Kaspar das sogenannte Landquarteffekt, bestehend aus dem Hotel Landquart samt allen dazu gehörenden Gebäulichkeiten und 11,392 Quadratruthen Grund und Boden. Am 24. Oktober 1876 verkauften sie dem Schmiedmeister Wahl ein Stück dieses Bodens. Im Kaufbrief wurde bestimmt: „Das Kaufsobjekt darf ohne Einwilligung der jeweiligen Landquarteeigentümer mit keinen anderen Gebäulichkeiten überbaut werden, als zum Betrieb des Schmiedgewerbes notwendig ist, ebensowenig dürfen die bestehenden Gebäulichkeiten zum Betriebe eines andern Gewerbes verwendet oder umgebaut werden.“ Wahl errichtete in der Folge auf dem Grundstück eine Schmiede und verkaufte dasselbe am 11. März 1896 an Bäckermeister Thoma weiter, „mit gleichen Rechten und Lasten, wie es der bisherige Besitzer bis anhin besessen und genossen“ habe. Thoma eröffnete im Hause eine Bäckerei und einen Spezereiladen. Im Juni 1904 ging die Liegenschaft auf den heutigen Beklagten über, dem die Servitut in gleicher Weise überbunden wurde, wie

bisher. Am 28. März 1905 forderte der Beklagte die Klägerin als indirekte Rechtsnachfolgerin der Erben des J. M. Kaspar auf, allfällige Rechte, die sein Eigentum belasten und ihm die Ausübung irgend eines Gewerbes verhindern könnten, innert 8 Tagen geltend zu machen. Die Klägerin bestritt dem Beklagten das Recht, ihr derartige Zumutungen zu machen und Termine zu stellen und verwies auf ein Urteil des Bezirksgerichts Landquart vom 8. Februar 1892, das seinen Rechtsvorgänger Wahl pflichtig erklärte, ein von der Schmalpurbahn Landquart-Davos eingeklagtes Servitutsrecht anzuerkennen. Im Jahre 1911 löste der Beklagte ein Wirtschaftspatent zum Ausschank von Wein und Bier in seinem Laden und vermietete in dem ihm gehörenden Neubau ein Lokal zum Betrieb einer Wirtschaft. Die Klägerin ersuchte den Beklagten, den Wirtschaftsbetrieb einzustellen und leitete, da sich der Beklagte weigerte, der Aufforderung Folge zu leisten, die vorliegende Klage ein, mit dem Begehren, „der Beklagte sei nicht berechtigt, in irgend welcher Weise das Wirtschaftsgewerbe auszuüben, weder durch Betrieb einer eigentlichen Wirtschaft, noch durch Verkauf von Getränken über die Gasse“.

B. — Durch Urteil vom 2./4. März 1912 wies das Bezirksgericht Unter-Landquart, und durch Urteil vom 1. Oktober 1912 das Kantonsgericht von Graubünden die Klage ab. Zur Begründung führte das Kantonsgericht aus, der ursprüngliche Parteinille, wie er sich aus dem Vertrage vom 31. August und 24. Oktober 1876 ergebe, sei dahin auszulegen, daß dem Käufer Wahl außer dem Schmiedegewerbe der Betrieb sämtlicher Gewerbe verboten werden sollte. Nun habe der Rechtsnachfolger Wahl, Thoma, auf dem Grundstück eine Bäckerei eröffnet, ohne daß die Servitutsberechtigten dagegen Einspruch erhoben hätten, weshalb die Servitut als durch Verzicht erloschen betrachtet werden müsse. Überdies sei die Servitut verjährt, weil die Servitutsberechtigten während mehr als 10 Jahren einen dem Servitutsrecht entgegen gesetzten Zustand geduldet hätten. Als entgegengesetzten Zustand sei einmal die Errichtung der Bäckerei durch Thoma im Jahre 1896 zu verstehen, so daß die Verjährung schon von diesem Zeitpunkt an zu laufen begonnen habe. Sodann sei festgestellt, daß Thoma und nach ihm der Beklagte, wie dies in Landquart allgemein be-