

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

71. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1937

i. S. Hugentobler gegen Streckeisen und Konsorten.

Quellenrecht:

Art. 706/7 ZGB. Wiederherstellung eines unentbehrlichen Brunnenzuflusses kann bei irgendeiner Art der Beeinträchtigung verlangt werden (Erw. 3.) — Art der Wiederherstellung: unter Umständen genügt das Anbringen einer Schutzvorrichtung (Erw. 2).

Art. 708 ZGB gibt demjenigen, der von sich aus eine einwandfreie Wasserfassung erstellt, keinen Anspruch gegen Nachbarn, ihre Sodbrunnen aufzugeben und sich von ihm gegen Entgelt mit Wasser versorgen zu lassen (Erw. 1).

Die auf dem Seerücken gelegene thurgauische Gemeinde Birwinken entbehrt noch der eigenen Wasserversorgung. Die Einwohner decken ihren Wasserbedarf durch Sodbrunnen, die sich zum grossen Teil in der Nähe der Gehöfte befinden und nur wenige Meter in den Boden versenkt sind. Während in die meisten dieser Brunnen auch Abwasser aller Art gelangen können, besitzt der Beklagte auf einer Liegenschaft, wo vordem eine Käseerei betrieben wurde, ein Wasserbecken mit hygienisch einwandfreiem Wasser, das aus den tiefern Bodenschichten eintritt und durch die Anordnung des Gebäudes vor Verunreinigung von aussen her geschützt ist. Im Herbst 1933 liess der Beklagte dieses Becken erweitern. Während der Grabungen musste das Wasser jeweilen herausgepumpt werden. Nach der Darstellung der Kläger senkte sich infolgedessen der Wasserstand in ihren Sodbrunnen, so dass sie nicht mehr genug Wasser hatten. Es ist anerkannt, dass dieser Wassermangel seit der zweiten Hälfte Januar 1934 behoben ist, nachdem jene Arbeiten vollendet worden waren und sich das Reservoir des Beklagten wieder angefüllt

hatte. Die Kläger sehen aber in dieser erweiterten Anlage, woraus der Beklagte nicht nur sich selbst, sondern auch andere Ortseinwohner mit Wasser versorgen will (gegen vertraglich festzusetzendes Entgelt), eine ständige Gefahr für ihre eigenen Brunnen. Mit ihrer Klage wollen sie den Beklagten dazu verhalten wissen, den frühern Zustand wiederherzustellen, d. h. jedenfalls dafür zu sorgen, dass ihnen jederzeit das für die Bewirtschaftung ihrer Grundstücke wie auch für den Haushalt nötige Wasser zur Verfügung stehe. Die eventuellen Schadenersatzbegehren sind im Laufe des Rechtsstreites fallen gelassen worden.

Die kantonalen Gerichte haben das Wiederherstellungsbegehren auf Grund der Ergebnisse einer Expertise in dem Sinne geschützt, dass der Beklagte die näher bezeichneten technischen Massnahmen zu treffen habe, die laut Nachtragsgutachten vom 12. August 1936 geeignet sind, ein Absenken des Wasserstandes in seinem Reservoir um mehr als 50 cm unter den normalen Stand zu verhindern (Anbringen eines Schwimmerschalters). Der Beklagte zieht das Urteil des Obergerichtes vom 2. September 1937 an das Bundesgericht weiter mit dem erneuten Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Dass die vom Beklagten ausgebaute Anlage reineres Wasser abgeben kann als die Sodbrunnen der Kläger, steht deren Anspruch auf Erhaltung des Wasserertrages dieser Brunnen nicht entgegen. Dieser Anspruch hätte nur allenfalls vor öffentlichrechtlichen Massnahmen zurückzutreten. Ebenso ist Art. 708 ZGB hier nicht anwendbar, da der Beklagte gar nicht die gemeinschaftliche Fassung des Grundwassers vorgeschlagen, sondern das auf seinem Grundstück befindliche Wasserbecken von sich aus erweitert hat und damit als Alleinunternehmer aufgetreten ist. Übrigens könnte den Klägern eine gemeinschaftliche Fassung nicht aufgezwungen werden (BGE 41 II 662). Um so weniger kann der Beklagte verlangen, dass sie ihre

eigenen Brunnen aufgeben, um sich seiner Wasserversorgung anzuschliessen.

2. — Es ist unbestritten, dass die Sodbrunnen der Kläger für die Bewirtschaftung und Bewohnung ihrer Grundstücke unentbehrlich sind. Einer Beeinträchtigung, sei es durch Abgraben oder durch Verunreinigen des Wassers, kann daher mit dem Begehren um Wiederherstellung des frühern Zustandes entgegengetreten werden (Art. 707 ZGB). Die dem kantonalen Urteil zugrunde liegende Expertise hat ergeben, dass den Sodbrunnen in der Tat Wasser entzogen oder vorenthalten wird, wenn der Beklagte sein erweitertes Reservoir bis auf eine gewisse Tiefe hinab ausnützt. Der Beklagte beanstandet die Annahme des Obergerichtes, die Brunnen der Kläger würden nicht gelegentlich auch durch das Wetter beeinträchtigt. Allein diese Annahme steht mit keinem Aktenstück in Widerspruch. Sie ist auch gar nicht wesentlich, denn die Feststellung des wesentlichen ursächlichen Zusammenhanges bliebe nach den Ausführungen des Obergerichtes auch ohne diese Annahme bestehen. Daher wäre es zwecklos, die Sache zur Abnahme des vom Beklagten in diesem Punkte angebotenen Gegenbeweises an das Obergericht zurückzuweisen. Der Beklagte hält ferner dafür, die Kläger hätten ihr Rechtsbegehren in unzulässiger Weise geändert. Es handelt sich jedoch bloss um eine Verdeutlichung dieses Begehrens, indem die Anordnung von Massnahmen verlangt wird, die die von Anfang an verlangte Wiederherstellung des frühern Zustandes herbeiführen sollen. Diese Massnahmen greifen in die Rechte des Beklagten weniger stark ein, als wenn er das frühere kleine Becken wiederum herstellen müsste.

Der Haupteinwand des Beklagten geht dahin, eine wie auch immer geartete Wiederherstellung, insbesondere auch das Anbringen einer Schutzvorrichtung, könne ihm nicht zugemutet werden, weil beim normalen Betrieb des Reservoirs überhaupt keine Einwirkung auf die Brunnen der Kläger stattfinde. Letzteres trifft freilich zu, hat aber nur

zur Folge, dass der Beklagte an solchem normalem Betriebe nicht gehindert werden soll. Im übrigen verlangen die Kläger mit gutem Grund, vor missbräuchlicher Ausnützung der neuen Anlage zu ihrem Nachteil gesichert zu sein. Nur so wird ihrem dinglichen Anspruch auf Erhaltung der Ergiebigkeit ihrer Sodbrunnen die gebührende Geltung verschafft. Es handelt sich nicht darum, bloss ungewissen künftigen Eingriffen entgegenzutreten. Die nun vorhandene Anlage mit dem jederzeit entleerbaren Reservoir greift bereits in die Rechtssphäre der Kläger ein. Um diesen Übelstand wettzumachen, bedarf es einer Schutzvorrichtung, welche die den Sodbrunnen abträgliche übermässige Absenkung des Wasserstandes verhindert. Darauf haben die Kläger mit Rücksicht auf die schutzwürdigen Bedürfnisse ihrer Grundstücke Anspruch. Sie brauchen sich nicht gefallen zu lassen, auf den guten Willen des Beklagten angewiesen zu werden.

Dass diese Sicherheit auf eine andere, den Beklagten weniger belastende Weise geschaffen werden könnte, ist nicht dargetan. Die von der Vorinstanz gewählte Lösung nimmt darauf Bedacht, dass der Wasservorrat des Reservoirs bei jeweiliger Zustimmung der Kläger sowie in dringenden Fällen (Brand usw.) durch vollständiges Absenken ganz ausgenutzt werden kann. Zur Wegnahme der Plombierung ist die Mitwirkung des Ortsvorstehers vorgesehen, in dessen Verwahrung der Schlüssel sich ordentlicherweise zu befinden hat.

3. — Die Ansicht, nur ein Abgraben oder Verunreinigen im engern Sinne, nicht auch ein « blosses Beeinträchtigen » begründe den Wiederherstellungsanspruch (so LEEMANN, 2. Aufl., N. 39 zu Art. 706/7 ZGB), ist abzulehnen. Das Wort « beeinträchtigt » wurde in die Bestimmung über die Schadenersatzpflicht (jetzt Art. 706) ergänzend eingefügt, damit sie auch jene besondern Fälle umfasse, in denen eine Quelle etwa zufolge Sprengungen gar nicht wieder aufgefunden werden kann (Sten. Bull. 1906, S. 562 f.). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Fälle nicht bereits durch das

Wort « abgegraben » gedeckt waren. Jedenfalls bedurfte der nachfolgende Artikel (nun 707) keiner solchen Ergänzung, da er gerade die Möglichkeit einer Wiederherstellung voraussetzt. Ist aber diese Möglichkeit gegeben, so kann die Wiederherstellung des unentbehrlichen Brunnenzuflusses verlangt werden, durch welche Vorkehren auch immer, und gleichgültig ob ganz oder nur teilweise, der Zufluss beeinträchtigt worden ist. Die französische Fassung jener Ergänzung (« même partiellement ») ist irreführend. Es kann keine Rede davon sein, dass teilweises Abgraben nur zu Schadenersatz und nicht, wenn dadurch unentbehrliches Wasser entzogen wird, zu Wiederherstellung verpflichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 2. September 1937 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

72. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. September 1937 i. S. Kunst & Spiegel A.-G. gegen Basler Lebensversicherungsgesellschaft.

Miete, Retentionsrecht.

1. Rechtszustand nach Auflösung des Mietvertrages, wenn der Vermieter dem Mieter die Sache auf Zusehen hin weiter zum Gebrauch überlässt oder der Mieter eigenmächtig darin verbleibt. Anspruch des Vermieters auf eine dem Mietzins entsprechende Vergütung. Erw. 1-3.
2. Retentionsrecht des Vermieters für solche mietzinsähnliche (im Gegensatz zu Schadenersatz-) Forderungen.

Entstehungsgeschichte (Erw. 8) und Tragweite (Erw. 9) von Art. 272 OR.

3. Zu den retentionsgeschützten Forderungen gehört auch die Forderung des Vermieters für Heizung. Erw. 10.
4. Retentionsrecht für Betriebs- und Retentionskosten. Erw. 11.

A. — Die Klägerin hatte der Beklagten im Hause Bahnhofstrasse 70 in Zürich verschiedene Räumlichkeiten vermietet. Vom 1. Juli 1933 an blieb die Mieterin mit der Zahlung der Mietzinse im Rückstand. Sie wurde deshalb zu verschiedenen Malen betrieben. Gleichzeitig wurden Retentionsverzeichnisse aufgenommen und Fristen gemäss Art. 265 OR angesetzt. Am 23. März 1934 verlangte die Vermieterin die Ausweisung der säumigen Mieterin, worauf diese Ende April 1934 die Mietsache verliess.

B. — Die Klägerin fordert heute von der Beklagten an Mietzins für die Zeit vom 1. Juli 1933 bis 30. April 1934, für Heizungs- sowie für Betriebs- und Retentionskosten, ferner als Schadenersatz wegen vorzeitiger Vertragsauflösung insgesamt Fr. 32,205.40. An diese Forderung anerkennt die Beklagte einen Betrag von Fr. 24,000.—. Die verbleibenden Fr. 8205.40, abgerundet auf Fr. 8000.—, bilden Gegenstand des zweiten Rechtsbegehrens der heute zu beurteilenden Klage. In einem ersten Rechtsbegehren wird die Feststellung angebeht, dass die Retention in den Betreibungen Nr. 5188, 5189 und 5190 des Betriebsamtes Zürich 1 zu Recht bestehe.

C. — Die Klage ist von beiden kantonalen Instanzen im vollen Umfange gutgeheissen worden, vom Bezirksgericht Zürich am 8. Juli 1936 und vom Obergericht Zürich am 15. Januar 1937.

D. — Die Beklagte verlangt auf dem Berufungsweg Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und völlige Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Mietvertrag der Parteien ist am 1. Oktober 1925 in Kraft getreten. Er konnte nach den vertraglichen Abreden ordentlichweise, unter Einhaltung einer Kün-