

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und die Urteile des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Mai 1928 und 17. Dezember 1930 werden bestätigt.

42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Mai 1931
 i. S. **Schulgemeinde Riedwil-Hermiswil**
 gegen **Gebrüder Fink.**

Q u e l l e n r e c h t. Die Art. 706/7 ZGB sind nur anwendbar bei Abgrabung etc. von einem Nachbargrundstück aus (Erw. 1). Von zwei Dienstbarkeiten, die am gleichen Grundstück bestehen und sich ihrem Inhalt nach nicht mit einander vertragen, hat die ältere den Vorrang (Erw. 2).

A. — Der Brunnen beim Schulhaus der Klägerschaft wurde seit Menschengedenken aus einer Quelle gespiesen, die in einem im Goldisbergwald gelegenen Grundstück des Hans Affolter entsprang. Anlässlich der Grundbuchbereinigung im Kanton Bern (1913) meldete die Klägerschaft auf diesem Grundstück ein Quellen- und Brunnenleitungsrecht an, zu dessen Begründung sie « Besitzstand vor dem Jahre 1828 » angab. Dieses Recht blieb unangefochten, wurde am 31. März 1913 ins kantonale Grundbuch eingetragen und aus diesem 1929 ins eidgenössische Grundbuch übergeschrieben.

Zu Lasten des gleichen Goldisbergwaldgrundstückes war bereits am 11. April 1910 auf Grund eines am 26. Februar 1910 gefertigten Dienstbarkeitsvertrages zwischen der A.-G. Ziegeleien Bettenhausen und Riedwil einerseits und Hans Affolter anderseits ein Lehmausbeutungsrecht ins kantonale Grundbuch eingetragen worden, nach welchem der dienstbarkeitsberechtigten A.-G. das Recht zustand, das ganze Waldgrundstück auf Lehm auszu-

beuten. Dieses Recht ist in der Folge mit dem ganzen Geschäft auf die beklagte Kollektivgesellschaft übergegangen.

Im Jahre 1928 versiegte der Brunnen beim Schulhaus der Klägerschaft infolge Abgrabung der Quelle bei der Lehmausbeutung, sodass die Klägerschaft genötigt war, eine andere Quelle zu kaufen und herzuleiten.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt sie die Beklagte auf Ersatz der daraus entstandenen Kosten im Gesamtbetrag von 8651 Fr. 75 Cts. unter Berufung auf Art. 706 und 707 ZGB und auf den Vorrang ihres Quellenrechtes vor dem Lehmausbeutungsrecht der Beklagten.

Die Beklagte bestritt sowohl die Anwendbarkeit der angerufenen Bestimmungen des ZGB als auch den Vorrang des Quellenrechtes der Klägerschaft.

C. — Mit Urteil vom 15. Dezember 1930 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen : Auf Art. 706/7 ZGB könne sich die Klägerschaft nicht stützen, weil sich diese nachbarrechtlichen Vorschriften nur mit dem Schutz der Quelle gegen Beeinträchtigung von einem benachbarten Grundstück aus befassen, während hier die Abgrabung auf dem Quellengrundstück selbst und durch einen an diesem Grundstück dinglich Berechtigten erfolgt sei. Wie diesem letztern gegenüber der Grundeigentümer nicht gestützt auf Nachbarrecht vorgehen könnte, ebensowenig könne es der (Quellen-) Dienstbarkeitsberechtigte, der sein Recht von ihm herleite. Dem Quellenberechtigten stünden nur die Rechtsmittel zum Schutz seiner Dienstbarkeit zu Gebote. Wenn aber wie hier von zwei Dienstbarkeiten die eine die andere beeinträchtige, so gehe nach einem Grundsatz, der schon nach bernischem Recht gegolten habe, die ältere der jüngern vor. Das sei hier das Lehmausbeutungsrecht, denn dieses sei bereits 1910 errichtet worden, während das Quellenrecht der Klägerschaft unter der Herrschaft des bernischen Rechtes nicht nachgewiesen und erst auf Grund des Eintrages

im kantonalen Grundbuch vom Jahre 1913 und nachfolgender 10-jähriger unangefochtener Ausübung durch Ersetzung gemäss Art. 731 und 661 ZGB zur Entstehung gelangt sei. Die Beklagte schulde auch nicht etwa nach Art. 41 OR Schadenersatz, da der Nachweis fehle, dass sie die Beeinträchtigung des Quellenrechtes als Folge ihrer Lehmausbeutung vorausgesehen hätte. Sie habe nicht wissen können und noch weniger wissen müssen, dass die Lehmausbeutung zu einer Schädigung der Klägerschaft in ihrem Quellenrecht führen werde.

D. — Gegen dieses Urteil erklärte die Klägerschaft rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag, die Klage grundsätzlich gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zur Feststellung der Höhe der Schadenersatzsumme zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Art. 706/7 ZGB nur im Fall einer Schädigung der Quelle von einem Nachbargrundstück aus zur Anwendung gelangen können. Allerdings wird diese Voraussetzung im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert, woraus gefolgert werden könnte, jene Bestimmungen seien auch anwendbar, wenn nicht ein Nachbar auf seinem Grundstück, sondern ein am Quellengrundstück Berechtigter auf diesem letztern Grundstück selbst abgegraben hat. Im nämlichen Sinn liesse sich auch auf den Umstand hinweisen, dass die Vorschriften über Quellen und Brunnen nicht unter dem Marginale « Nachbarrecht » (Art. 684 f. ZGB) eingereiht wurden, sondern eine besondere Gruppe bilden. Allein die Entstehungsgeschichte der Art. 706/7 ZGB spricht dafür, dass nur die in den kantonalen Gesetzen ganz verschieden beantwortete und daher einer einheitlichen Lösung bedürftige Frage der Abgrabung von Quellen vom Nachbargrundstück aus behandelt werden wollte (vgl. Erläuterungen 2. Ausg. S. 110/1), sodass angenommen

werden kann, diese Voraussetzung sei nur wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht ausdrücklich formuliert worden. Tatsächlich bestand auch für den Gesetzgeber gar keine Veranlassung, darüber hinaus noch in das Verhältnis zwischen Quelleneigentümer und Quellendienstbarkeitsberechtigtem einzugreifen. Der letztere ist dem erstern gegenüber hinreichend durch die Rechte aus dem Dienstbarkeitsvertrag gesichert, sodass es hier sowenig wie bei irgend einer andern Dienstbarkeit eines weitergehenden gesetzlichen Schutzes bedarf. Dabei vermag es keinen Unterschied auszumachen, ob die Dienstbarkeit als selbständiges und dauerndes Recht begründet wurde und ein eigenes Grundbuchblatt erhielt (und infolgedessen gleichsam als Nachbargrundstück des Quellengrundstücks aufgefasst werden könnte) oder nicht; denn im einen wie im andern Fall bestehen hier zwischen Quelleneigentümer und Nutzungsberechtigtem vertragliche Beziehungen, die zum Schutz des letztern ausreichen.

Anders liegt die Sache dagegen im Verhältnis zum (tatsächlichen) Nachbarn des Quellengrundstücks. Hier bestand, nachdem man einmal den natürlichen Zusammenhang der unterirdischen Wasser erkannt hatte, ein dringendes Bedürfnis nach einem Einschreiten des Gesetzgebers. Ohne eine gesetzliche Beschränkung des Grundeigentums zu Gunsten benachbarter Quellen wäre der Quellenberechtigte (Eigentümer oder Nutzungsberechtigter) gegenüber einer Abgrabung der Quelle vom Nachbargrundstück aus schutzlos gewesen, weil die Grabungen — abgesehen von einem Rechtsmissbrauch — durch das Eigentum am Nachbargrundstück gedeckt gewesen wären.

Kann sich aber der Quellenberechtigte dem Eigentümer gegenüber nicht auf Art. 706/7 ZGB berufen, so muss ihm dies auch gegenüber einem Dritten versagt bleiben, der in vertragsgemässer Ausübung eines beschränkten dinglichen Rechtes am Quellengrundstück die Quelle beeinträchtigt hat. Im Bereich seines Rechtes steht dieser letztere Dienstbarkeitsberechtigte an der Stelle des Eigentümers.

2. — Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Schädigung der Quelle von der Beklagten nicht in Überschreitung, sondern in vertragsgemässer Ausübung ihres Lehmausbeutungsrechtes herbeigeführt wurde. Nach dem Gesagten kann dieser Konflikt zwischen der Servitut der Beklagten und dem — bestrittenen — Quellenrecht der Klägerschaft nicht auf dem Boden der Art. 706/7 ZGB, sondern nur auf Grund des Dienstbarkeitsrechtes gelöst werden. Und dabei gilt, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, der Grundsatz, dass von zwei Dienstbarkeiten, welche sich nicht miteinander vertragen, die ältere den Vorrang hat. Dieser Grundsatz ist allerdings im ZGB nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, allein er muss anerkannt werden als Ausfluss aus dem allgemein gültigen Satz, dass man von seinem Auktor nicht mehr Rechte erwerben kann, als dieser selbst (noch) hat — einem Satz, den das ZGB nur zu Gunsten des gutgläubigen Dritten eingeschränkt hat, was indessen hier ausser Betracht fällt, da ein Grundbucheintrag zu Gunsten der Beklagten besteht.

Die Vorinstanz stellt nun — in Anwendung kantonalen Rechtes und daher für das Bundesgericht verbindlich — fest, dass das Lehmausbeutungsrecht der Beklagten schon im Jahre 1910 begründet wurde, dass dagegen das von der Klägerschaft beanspruchte Quellenrecht jedenfalls bis zum Jahre 1912 nicht zur Entstehung gelangte. Ob die Klägerschaft seit dem Jahr 1911 durch Ersitzung ein dingliches Recht an jener Quelle erworben habe, kann, weil ohne Einfluss auf den Entscheid, dahingestellt bleiben mit Rücksicht darauf, dass der Quelleneigentümer am vorliegenden Verfahren nicht als Partei beteiligt ist. — Die Klägerschaft hat es daher, weil ihr Recht auf alle Fälle das jüngere ist, zu dulden, wenn in bestimmungsgemässer Ausübung des Lehmausbeutungsrechtes ihre Quelle abgegraben wurde. Dass die Ausbeutung sich im Rahmen des Vertrages hielt, ist von der Vorinstanz ausdrücklich festgestellt worden. Eine Schadenersatzpflicht der Beklagten käme unter diesen Umständen

höchstens unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs in Frage, d. h. dann, wenn die Beklagte ohne jeglichen Nachteil für ihre eigenen Interessen die Quelle hätte schonen können. (Offenbar aus dieser Überlegung heraus hat die Vorinstanz noch untersucht, ob nicht eine Haftung der Beklagten nach Art. 41 f. OR bestehe; der von der Klägerschaft gerügte innere Widerspruch zwischen dieser Erwägung und der Zuerkennung des Vorrangs des Lehmausbeutungsrechtes liegt daher in Wirklichkeit nicht vor.) Mit der Feststellung der Vorinstanz, dass die Schädigung der Quelle als Folge der Lehmausbeutung nicht voraussehbar war, ist jedoch auch diesem Anspruch der Boden entzogen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 15. Dezember 1930 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1931

i. S. Jucker-Wegmann A.-G.

gegen Verkaufsstelle Schweiz. Papierfabriken « Papyrus ».

Sind die für die Beurteilung der Zulässigkeit von Boykotten aufgestellten Grundsätze auch anwendbar, wenn ein Unternehmen, das in seiner Branche faktisch eine Monopolstellung einnimmt, die Geschäftsbeziehungen zu einem bisherigen Kunden abbricht?

A. — In der Schweiz bestehen insgesamt 16 Papierfabriken, wovon sich 12 zu einem als Genossenschaft organisierten Verkaufskartell zusammengeschlossen haben,