

120. **Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. Dezember 1913**  
in Sachen **Weinmann,**

Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Fellenberg,** Kl. u. Ber.-Bekl.

**Obligatorischer Vertrag über Errichtung eines Wasserrechts.**

*Formelles Erfordernis: Schriftlichkeit, dagegen nicht öffentliche Beurkundung. — Inkompetenz der Zivilgerichte und damit auch des Bundesgerichts zur Entscheidung der Frage, ob ein Wasserrecht als « selbständiges und dauerndes Recht » im Sinne der Art. 655 Ziff. 2, 780 Abs. 3 und 943 ZGB in das Grundbuch aufgenommen werden könne. — Untersuchung der Frage, ob im konkreten Fall die Begründung eines vorstandsfreien Wasserrechts zugesagt worden sei. — Inwiefern können bei der Entscheidung dieser Frage neben dem schriftlichen Vertrag auch die mündlichen Verhandlungen der Kontrahenten und die begleitenden Umstände berücksichtigt werden?*

A. — Die Parteien haben am 14. März 1912 einen schriftlichen „Kaufvertrag“ mit folgenden, für den gegenwärtigen Prozess wesentlichen Bestimmungen abgeschlossen:

„§ 1. Herr E. Weinmann überträgt an Herrn Fellenberg das „Recht, auf seinen unten bezeichneten, in der Gemeinde Herrliberg „gelegenen Liegenschaften nach Wasser zu graben, dasselbe zu fassen „und zur beliebigen Verwendung oder Verwertung abzuleiten: (folgt das Verzeichnis der 4 in Betracht kommenden Liegenschaften, worunter der „Großacker“).

„Die Abtretung dieses Wasserrechtes erfolgt in unumschränkter „Weise, es dürfen jedoch durch den Käufer oder Rechtsnachfolger „die bereits gefassten und auf dem Grundstück Josenweid und Josen- „weidrieb gelegenen Quellen (und auch die im „Ebnet“ und Reb- „acher allenfalls noch zu fassenden Quellen) des Herrn Flaab in „keiner Weise durch Grabungen beeinträchtigt werden.“

„§ 2. Als Vergütung verpflichtet sich Herr Fellenberg, dem „Verkäufer, Herrn Weinmann für jeden Minutenliter mittleren „Ertrages des gefassten Wassers Franken Hundertunddreißig zu „bezahlen.“

„§ 4. Die Eintragung der Wasserrechtsabtretung in das Grund- „buch erfolgt sofort nach Erstellung der betreffenden Fassungen.“

Gestützt auf diesen „Kaufvertrag“ hat der Kläger in den be-

treffenden Grundstücken des Beklagten nach Wasser gegraben und die Wasserleitung, die für eine von ihm betriebene Kuranstalt bestimmt ist, erstellt. Die ganze Wasserversorgung kommt ihm auf zirka 65,000 Fr. zu stehen, wovon zirka 15,000 Fr. für den Erwerb des Wasserrechts vom Beklagten und zirka 50,000 Fr. Baukosten. Er behauptet, und hat darüber rechtzeitig Zeugenbeweis anerbieten, daß er von Anfang an und mit Wissen des Beklagten beabsichtigt habe, sein Wasserrecht zu Gunsten der Ingenieurfirma Guggenbühl & Müller (die die Wasserleitung erstellt hat), oder auch zu Gunsten einer Bank, zu verpfänden. Nach seiner Auffassung hat eine solche Verpfändung nur dann einen Sinn, wenn das Wasserrecht vorstandsfrei im Grundbuch eingetragen wird.

B. — Durch Urteil vom 31. Mai 1913 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, das dem Kläger laut Vertrag vom 14. März 1912 verkaufte Quellenrecht als selbständiges Recht vorstandsfrei ins Grundbuch eintragen zu lassen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach der Auffassung beider Parteien ist die Frage, ob das dem Kläger „verkaufte“ Quellenrecht als vorstandsfrei einzutragen sei, identisch mit der Frage, ob es ein „selbständiges und dauerndes“ Recht im Sinne der Art. 655 Ziff. 2, 780 Abs. 3 und 943 Ziff. 2 ZGB darstelle und daher „als Grundstück in das Grundbuch aufzunehmen“ sei. Von diesem Standpunkte aus glaubt der Kläger mit dem Nachweis, daß sein Wasserrecht als ein „selbständiges und dauerndes“ Recht habe bestellt werden wollen, ohne weiteres auch den Nachweis erbracht zu haben, daß es sich um ein vorstandsfreies Recht gehandelt habe; der Beklagte aber glaubt, dem Anspruch des Klägers auf Eintragung eines vorstandsfreien Rechtes nur dadurch begegnen zu können, daß er zugleich die Natur des fraglichen Wasserrechtes als eines „dauernden und selbständigen“ Rechtes bestreitet.

Von dieser Auffassung sind auch die beiden kantonalen Instanzen ausgegangen. Mit dem Nachweis, daß der Kläger ein „selbständiges

und dauerndes" Recht erwerben wollte und daß der Beklagte dies wissen mußte, glaubt die I. Instanz ohne weiteres auch den Nachweis erbracht zu haben, daß es sich um ein vorstandsfreies Recht gehandelt habe. Und die zweite Instanz betrachtet diesen Zusammenhang als dermaßen selbstverständlich, daß sie zur Begründung des Dispositivs, worin der Beklagte zur Eintragung eines vorstandsfreien Quellenrechtes verpflichtet wird, überhaupt nur auf die Ausführungen der I. Instanz über die Natur dieses Rechtes als eines „selbständigen im Sinne des Art. 780 Abs. 3 ZGB" hinweist.

2. — Dieser Standpunkt der Parteien und der Vorinstanzen ließe sich allenfalls vertreten, wenn im System des ZGB die Quelle ein von dem Grund und Boden, dem sie entspringt, unabhängiges Rechtsobjekt, d. h. eine Sache für sich wäre, das Quellenrecht also in diesem Sinne als „selbständiges" Recht bestellt werden könnte; denn, wer sich zur Übertragung des Eigentums an einer Sache verpflichtet, hat seinem Gegenkontrahenten im Zweifel das unbelastete Eigentum daran zu verschaffen. Nun bestimmt aber Art. 704 ZGB ausdrücklich, daß Quellen „nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen" zu Eigentum erworben werden können, und daß das „Recht an Quellen auf fremdem Boden" nur als Dienstbarkeit begründet werden kann. Wer sich aber zur Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichtet, braucht im Zweifel nicht dafür zu sorgen, daß diese Dienstbarkeit vorstandsfrei eingetragen werde; sondern der Servitutberechtignte hat das dienende Grundstück in demjenigen rechtlichen Zustande hinzunehmen, in welchem es sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befindet, also mit den allfällig bereits darauf lastenden andern Servituten oder Hypotheken. Dies trifft auch dann zu, wenn es sich um ein „dauerndes und selbständiges Recht" im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmungen handelt; denn (vergl. Protokoll der Expertenkommission, Sachenrecht S. 26) auch dieses dauernde und selbständige Recht bleibt ein Recht an fremder Sache und unterscheidet sich von den übrigen Rechten an fremder Sache nur dadurch, daß es, nachdem es einmal begründet ist, „als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen" und dank dieser Fiktion in der nämlichen Form, wie ein wirkliches Grundstück, veräußert und verpfändet werden kann. Hinsichtlich der Voraussetzungen seines

Zustandekommens untersteht dagegen auch ein solches „dauerndes und selbständiges" Recht den Vorschriften über die Begründung der Dienstbarkeit, d. h. es kann, wie jede andere Dienstbarkeit, nur durch eine Eintragung auf dem Folio des belasteten Grundstückes bestellt werden. Ob dieser Eintrag vorstandsfrei zu erfolgen habe, d. h. ob der Eigentümer des belasteten Grundstückes verpflichtet sei, für die in Art. 812 Abs. 2 ZGB vorgesehene Zustimmung der Grundpfandgläubiger zu sorgen, ist eine Frage für sich, ebenso wie es eine Frage für sich ist, ob die Dienstbarkeit, nachdem sie einmal begründet sein wird, „als Grundstück" ein besonderes Grundbuchfolio wird erhalten können, oder nicht. Es ist sehr wohl möglich, daß ein, an einer bereits mehrfach belasteten Gegenschaft bestelltes dingliches Recht, weil es auf eine Dauer von 30 oder mehr Jahren und weder als Grunddienstbarkeit noch als höchstpersönliches Recht bestellt worden ist (vergl. Grundbuchverordnung), „als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen" werden kann; und ebenso ist es umgekehrt möglich, daß bei einem vorstandsfreien Recht die Eintragung „als Grundstück" verweigert wird, weil es entweder nicht „dauernd" ist, oder weil es als höchstpersönliches, unübertragbares Recht bestellt wurde, oder endlich, weil es sich um eine Grunddienstbarkeit handelt, eine Löschung von dem berechtigten Grundstück also ausgeschlossen ist.

3. — Die nach den vorstehenden Ausführungen keineswegs identischen Fragen nach der Eigenschaft des streitigen Wasserrechts als eines vorstandsfreien einerseits, und nach der Natur dieses Rechts als eines „dauernden und selbständigen" andererseits, fallen auch deshalb auseinander, weil die erstere den Inhalt und Umfang eines Privatrechts betrifft, wobei sich der Eigentümer des zu belastenden Grundstückes und der zukünftige Inhaber der Dienstbarkeit als Privatrechtssubjekte gegenüberstehen, während es sich bei der Frage, ob das betreffende Recht „als Grundstück ins Grundbuch aufzunehmen" sei, um die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, wobei sich nur der Servitutinhaber und der Grundbuchführer, letzterer als Organ der Staatsgewalt, gegenüberstehen. Denn im Gegensatz zur Frage, ob die Dienstbarkeit vorstandsfrei einzutragen sei, kann es dem Eigentümer des belasteten Grundstückes gleichgültig sein, ob die

Servitut, nachdem sie einmal begründet ist und ihr Umfang feststeht, ein besonderes Blatt im Grundbuch erhält und dadurch verkehrsfähig wird, oder ob dies dem Servitutinhaber verweigert wird. Aus diesem Grunde bestimmt denn auch der bereits erwähnte Art. 7 der Grundbuchverordnung — und zwar ohne dem Eigentümer der dienenden Liegenschaft ein Interventions- oder Einspracherecht zuerkennen —, daß das „selbständige und dauernde Recht“, sofern es „als Dienstbarkeit“ bereits „besteht“, auf einseitiges Begehren des Berechtigten „als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen“ werden kann.

4. — Nach dem Gesagten sind die Zivilgerichte und damit auch das Bundesgericht zur Beurteilung der Frage, ob es sich im vorliegenden Falle um ein selbständiges und dauerndes Recht im Sinne des Art. 780 Abs. 3 ZGB handle, inkompetent, da der Entscheid hierüber nach Art. 102 ff. der Grundbuchverordnung den Aufsichtsbehörden zusteht.

Die weitere von der Vorinstanz erörterte Frage, ob der Vertrag vom 14. März 1912, — vorausgesetzt, daß er die Errichtung eines „selbständigen und dauernden“ Wasserrechts betraf, — der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte, ist (mit Oftertag, Anm. 8 zu Art. 943, und Leemann, Anm. 17 Abs. 2 zu Art. 655, sowie Juristenzeitung 10 S. 172, und entgegen Wieland, Anm. 6a zu Art. 779) zu verneinen. Denn, gleichwie das Verhältnis einer Dienstbarkeit zu den bereits von früher her auf dem dienenden Grundstück lastenden Hypotheken (vergl. oben Erw. 2), so kann auch die bei ihrer Begründung zu beachtende Form, als Voraussetzung ihres Zustandekommens, nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Servitut, nachdem sie einmal begründet sein wird, ein besonderes Grundbuchfolio wird erhalten können oder nicht. Erst die Übertragung eines bereits „als Grundstück“ eingetragenen Bau- oder Wasserrechts bedarf daher der in Art. 657 vorgeschriebenen öffentlichen Beurkundung.

5. — Bei der Beurteilung der somit allein übrig bleibenden Frage, ob der Beklagte verpflichtet sei, die streitige Dienstbarkeit vorstandsfrei zu errichten, fällt vor allem in Betracht, daß nach Art. 732 ZGB der Vertrag über Errichtung einer Grunddienstbarkeit „zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf“.

Diese Bestimmung scheint allerdings, nach dem Wortlaut des Art. 781 Abs. 3, außer auf die Grunddienstbarkeiten, nur noch auf die „Dienstbarkeiten andern Inhalts“ im Sinne des Abs. 1, also auf die persönlichen Dienstbarkeiten, unter Ausschluß nicht bloß der Nutznießung und des Wohnrechts, sondern auch des Bau- und des Wasserrechts, anwendbar zu sein. Allein, da in diesem Falle für den Vertrag über Errichtung eines Bau- oder Wasserrechts überhaupt jede Gesetzesbestimmung fehlen würde, so ist es unumgänglich, die Vorschrift des Art. 781 Abs. 3 auch auf ihn anzuwenden und also für diesen Vertrag ebenfalls die Beobachtung der schriftlichen Form zu verlangen. Ist es nun auch zulässig, bei der Auslegung eines der schriftlichen Form bedürftigen Vertrages die mündlichen Verhandlungen und die begleitenden Umstände dann zu berücksichtigen, wenn es sich um die Interpretation eines an sich unklaren Ausdrucks handelt (vergl. BGE 23 S. 1689 und Oser, Anm. 4 zu Art. 12 OR), so darf doch (mit Rücksicht auf den Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Form als eines Schutzmittels gegen Übereilung) der Parteiville nicht in dem Sinne ergänzt werden, daß auf Grund mündlicher Vereinbarungen oder sonstiger Indizien eine weitergehende Verpflichtung der in Betracht kommenden Partei angenommen wird, als sich aus dem schriftlich fixierten Vertragsinhalt ergibt.

Im vorliegenden Falle geht nun aus dem schriftlichen Vertrage nicht hervor, daß der Beklagte sich zur Bestellung eines vorstandsfreien Wasserrechts, also zur Beibringung von Rücktrittserklärungen seitens seiner Hypothekargläubiger, verpflichtet habe. Insbesondere läßt sich eine solche Verpflichtung des Beklagten nicht aus der Bemerkung im Vertrage ableiten, daß die Abtretung des Wasserrechts „in unumschränkter Weise“ erfolge. Denn hiebei handelte es sich dem ganzen Zusammenhange nach offensichtlich bloß um den Umfang des Wasserrechts in örtlicher und technischer Beziehung, nicht um dessen rechtliches Verhältnis zu den bereits eingetragenen dinglichen Rechten. Ebensonenig aber ergibt sich die behauptete Verpflichtung des Beklagten zur Errichtung eines vorstandsfreien Wasserrechts aus den im Vertrag gebrauchten Ausdrücken „überträgt“, „Abtretung“, „Kaufpreis“, „Käufer“, „Verkäufer“, „Eigentumsrecht“ (se. an den „gefaßten Quellen“), usw.

Denn, angenommen selbst, es ließen sich diese Ausdrücke, wie der Kläger behauptet, nur auf ein „selbständiges und dauerndes“ Recht im Sinne des Art. 780 Abs. 3 ZGB beziehen, so wäre damit, nach den Ausführungen in Erw. 2 und 3 hievon, für die Frage, ob das vom Beklagten zu bestellende Wasserrecht vorstandsfrei sein sollte, nichts gewonnen. Der Umstand endlich, daß der Vertrag eine zeitliche Begrenzung des Wasserrechts oder eine die Übertragbarkeit ausschließende Bestimmung nicht enthält, wäre wiederum nur für die, hier nicht zu prüfende Frage von Bedeutung, ob es sich um die Errichtung eines „selbständigen und dauernden“ Rechtes handelte.

6. — Ist somit der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf ein vorstandsfreies Wasserrecht schon deshalb abzuweisen, weil eine Verpflichtung des Beklagten zur Errichtung eines solchen jedenfalls aus dem vorliegenden schriftlichen Vertrage nicht hervorgeht, so mag immerhin konstatiert werden, daß auch aus den mündlichen Verhandlungen und den begleitenden Umständen eine derart weitgehende Verpflichtung des Beklagten sich nicht ergeben würde.

Selbst wenn erwiesen wäre (wofür Zeugenbeweis angeboten ist), daß der Kläger die Absicht hatte, das ihm vom Beklagten zu bestellende Wasserrecht, sobald es im Grundbuch eingetragen sein würde, sei es zu Gunsten der Firma Guggenbühl & Müller, sei es zu Gunsten einer Bank, zu verpfänden, — eine Absicht, die nach der Darstellung des Klägers auch aus den hohen Erstellungskosten der Wasserleitung hervorgehen soll —, so wäre daraus doch wiederum bloß der Schluß zu ziehen, daß der Kläger der Meinung war, ein „selbständiges und dauerndes“ Recht im Sinne der Art. 655 Ziff. 2, 780 Abs. 3 und 943 Ziff. 2 ZGB zu erwerben, nicht auch, daß es sich für ihn nur um ein vorstandsfreies Recht handeln konnte. Denn dafür, daß die Grundstücke des Beklagten, auf denen die Dienstbarkeit des Wasserrechts zu errichten sein wird, etwa dermaßen mit Hypotheken belastet seien, daß das Wasserrecht im Falle einer Zwangsversteigerung der dienenden Liegenschaften gemäß Art. 812 ZGB und 141 Abs. 3 SchRG (in Art. 58 SchlZ ZGB) unterzugehen Gefahr laufen würde, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Hatte somit der Beklagte, auch abgesehen vom Wortlaut des Vertrages, keinen Grund zu der Annahme, daß der Kläger besonders darauf halte, ein vorstandsfreies Recht zu erwerben, so könnte sich der Kläger nach Art. 1 OR, selbst dann, wenn alle begleitenden Umstände zu berücksichtigen wären, nicht darauf berufen, daß er den Vertrag in diesem Sinne aufgefaßt habe; denn die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung beider Kontrahenten ging einfach auf die Errichtung eines Wasserrechts, und nicht eines vorstandsfreien Wasserrechts.

Eine ausdehnende Interpretation verbietet sich übrigens im vorliegenden Falle um so mehr, als die Parteien die Eintragung des Vertrages im Grundbuch vorgesehen hatten und darum eine Fassung wählen mußten, die ihren Willen klar und vollständig zum Ausdruck brachte.

Endlich ist auch nicht anzunehmen, daß der Beklagte sich zur Errichtung eines vorstandsfreien Wasserrechts verpflichtet haben würde, ohne sich vorher über die Bereitschaft seiner Hypothekargläubiger zur Ausstellung von Rücktrittserklärungen zu vergewissern. Daß aber der Beklagte dieser Bereitschaft sicher gewesen sei, oder auch nur, daß er in dieser Hinsicht bei seinen Hypothekargläubigern irgendwelche Schritte unternommen habe, hat der Kläger selber nicht behauptet.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin teilweise gutgeheißen und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, daß

a) das Begehren des Klägers, der Beklagte sei zur Errichtung eines vorstandsfreien Quellenrechtes zu verurteilen, abgewiesen wird;

b) auf das Begehren, der Beklagte sei zur Eintragung eines selbständigen Quellenrechtes zu verurteilen, nicht eingetreten wird.