

## 29. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Mai 1925

### i. S. Wild gegen Stadtgemeinde Zürich.

OG Art. 53 : Geht das klägerische Rechtsbegehren, sei es auch nur eventuell, auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so bestimmt es den Streitwert unwiderleglich, auch wenn der Kläger überklagt.

ZGB Art. 691 Abs. 2 : Das Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht kann nicht beansprucht werden, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass der Ansprecher das Enteignungsrecht mit Erfolg geltend machen kann.

A. — Der Umbau der linksufrigen Zürichseebahn im Gebiete der Stadt Zürich erheischte die Verlegung der Leitungen, durch welche Gas und Wasser den westlich der Parkringstrasse liegenden Grundstücken zugeführt und die Abwasser aus ihnen abgeführt werden, von der Parkringstrasse weg in die genannten Grundstücke selbst, wo sie hinter den Häusern durchgeführt wurden. Diese Arbeit wurde im Auftrag und für Rechnung der Schweizerischen Bundesbahnen von der Beklagten ausgeführt. Über die Inanspruchnahme des Grundstücks Kataster Nr. 2215, Parkringstrasse Nr. 39, durch die neu einzulegenden Leitungen schloss die Beklagte im Februar 1921 mit dessen damaligem Eigentümer Richard Ott einen Vertrag ab, welchem folgende Bestimmungen zu entnehmen sind :

« 1. R. Ott gestattet der Stadt Zürich die Einlegung, den Unterhalt und die Bedienung einer öffentlichen Dole..., einer öffentlichen Wasserleitung... und einer öffentlichen Gasleitung... samt den nötigen Hausanschlüssen durch sein Grundstück Kat. Nr. 2215.... Das Servitutsrecht auf Einlegung der öffentlichen Leitungen ist zu Gunsten der Stadt Zürich und zu Lasten der Parzelle Nr. 2215 im Grundbuch einzutragen. Dem Eigentümer von Parzelle Nr. 2215 wird das Recht auf Anschluss an diese öffentlichen Leitungen eingeräumt.

5. Für die Errichtung der Dienstbarkeit und die Inkonvenienzen bei der Verlegung der Hausanschlüsse bezahlt die Stadt Zürich an R. Ott eine einmalige Entschädigung von 2000 Fr. (Zweitausend).

6. Die Entschädigung nach § 55 dieses Vertrages wird von der Stadt anlässlich der Servitutseintragung im Grundbuch bar und ohne Zins ausbezahlt... »

Die Beklagte bezahlte die Entschädigung von 2000 Fr. an Richard Ott, bevor die Eintragung der vereinbarten Dienstbarkeit in das Grundbuch stattfand, und die Eintragung unterblieb dann überhaupt.

Im Jahre 1923 verkaufte nach dem Tode des Richard Ott dessen Erbe gleichen Namens das Grundstück an den Kläger, welchem nicht bekannt war, dass es mit Durchleitungsrechten belastet sei. Nachdem längere Vergleichsverhandlungen zu keinem Ergebnis geführt hatten, nahm die Beklagte schliesslich den auf Art. 691 ZGB gestützten Standpunkt ein, der Kläger müsse trotz seines guten Glaubens das von ihr seinerzeit durch Zahlung der vom früheren Eigentümer geforderten Ersatzsumme an diesen erworbene Durchleitungsrecht dulden, obwohl es nicht im Grundbuch eingetragen sei. Hierauf erhob der Kläger die vorliegende Klage mit dem Hauptantrag, die Beklagte sei zu verurteilen, die erwähnten Dolen und Leitungen sofort zu beseitigen....., und dem Eventualantrag, die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger gegen Einräumung des Durchleitungsrechtes für obige Leitungen und des Rechtes der Beibehaltung der erstellten Dole eine Entschädigung von 4000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 1. April 1925 zu bezahlen.

B. — Durch Urteil vom 5. Dezember 1924 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses am 4. Februar 1925 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24. Februar die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen auf Gutheissung der Klage (Haupt- oder Eventualantrag),

eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zur Ermittlung und Festsetzung der von der Beklagten zu bezahlenden Entschädigung.

*Das Bundesgericht zicht in Erwägung :*

1. — Da der Kläger eventuell Bezahlung der Geldsumme von 4000 Fr. fordert, kann die Beklagte nicht einwenden, der Streitwert erreiche die Berufungssumme nicht, weil der Kläger unter keinen Umständen auf eine den Betrag von 2000 Fr. übersteigende Geldsumme Anspruch habe ; denn wenn die Klage, sei es auch nur eventuell, auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme geht, so wird der Streitwert unwiderleglich durch das klägerische Rechtsbegehren bestimmt (Art. 53 OG).

2. — Nach Art. 691 Abs. 2 ZGB kann das Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht in den Fällen nicht beansprucht werden, in denen das kantonale Recht oder das Bundesrecht auf den Weg der Enteignung verweist. Die Vorinstanz hat angenommen, Bundesrecht komme hier nicht in Frage, da für Wasser- und Gasleitungen eine bundesrechtliche Regelung der Expropriation zu Gunsten öffentlicher Unternehmungen nicht bestehe, und weiter ausgeführt, dass auch nicht auf Grund des zürcherischen Gesetzes betreffend die Abtretung von Privatrechten der Ausnahmefall der Verweisung auf den Weg der Enteignung vorliege : weder bestimme dieses Gesetz, dass öffentliche Unternehmungen das Privateigentum nur auf dem Wege der Enteignung und keinesfalls durch Ausübung bestehender privater Berechtigungen in Anspruch nehmen können, noch räume es allgemein den Gas- und Wasserversorgungen der Gemeinden das Expropriationsrecht ein ; sodann sei auch nicht etwa das Expropriationsrecht erteilt worden, weder in allgemeiner Art für das städtische Gaswerk oder Wasserzu- und -ableitungen, welche die Stadt besorge, noch für das spezielle Projekt der Verlegung der Leitungen anlässlich der Erstellung des Ulmbergtunnels, und

endlich sei nicht geltend gemacht worden und auch nicht anzunehmen, dass « das Expropriationsrecht etwa sogar direkt aus dem Eisenbahnprojekt der Verlegung der linksufrigen Seebahn gefolgt sei ». Indessen erweist sich zunächst die Annahme der Vorinstanz, dass für die Verweisung auf den Weg der Enteignung Bundesrecht nicht in Frage komme, als rechtsirrtümlich. Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 ist nämlich der Unternehmer eines öffentlichen Werkes zur Ausführung aller Bauten, welche infolge Errichtung desselben behufs Erhaltung ungestörter Kommunikationen notwendig werden, seien es z. B. Wasserbauten oder welche immer, verpflichtet, und gemäss Art. 2 Abs. 2 *l. c.* erstreckt sich die Abtretungspflicht auch auf diejenigen Rechte, deren der Bauunternehmer zur Erfüllung der in Art. 6 enthaltenen Verpflichtungen bedarf. Danach stand für die Verlegung der in Betracht kommenden Leitungen das Expropriationsrecht den Schweizerischen Bundesbahnen zu ; hierauf allein aber kommt es an und nicht darauf, ob das Expropriationsrecht der Beklagten zustand, da diese laut ihrem eigenen Vorbringen im Auftrag und für Rechnung der Schweizerischen Bundesbahnen die Leitungen verlegte, einzig aus dem Grunde, weil der Umbau der Bahnanlage die Beseitigung der bisherigen Gas- und Wasserzu- und -ableitungen für die Liegenschaften westlich der Parkringstrasse notwendig machte. Hievon abgesehen könnte der Vorinstanz aber auch darin nicht beigegeben werden, dass eine das Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht ausschliessende Verweisung auf den Weg der Enteignung nur dann zutrefte, wenn das Enteignungsrecht ausschliessliche Geltung für sich beanspruche oder die Enteignungsbefugnis für die in Betracht kommende Durchleitung bereits erteilt worden sei, sei es durch spezielle oder auch nur generelle Ermächtigung. Vielmehr hat die vorberatende Kommission des Ständerates,

welche die endgültig gewordene Fassung des Vorbehalts des Enteignungsrechts vorschlug, damit zum Ausdruck bringen wollen, dass es zur Ausschliessung des Rechts auf Durchleitung aus Nachbarrecht genüge, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass der Ansprecher das Enteignungsrecht mit Erfolg geltend machen könne (vgl. Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1907 S. 90), und die von ihr gewählte Ausdrucksweise ist, mindestens im deutschen Text, zu vieldeutig, um einen Anhaltspunkt für die gegenteilige einschränkende Auslegung der Vorinstanz abgeben zu können, während die romanischen Texte dieser Auslegung eher, wenn auch nicht zwingend, entgegenstehen (« la faculté d'établir ces ouvrages sur fonds d'autrui ne peut être dérivée du droit de voisinage dans les cas soumis à la législation cantonale ou fédérale en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique », « queste prestazioni non possono essere richieste in virtù dei rapporti di vicinato nei casi per i quali il diritto federale o cantonale concede l'espropriazione »). Die Vorinstanz stellt nun aber selbst nicht als zweifelhaft hin, dass der Beklagten das Enteignungsrecht erteilt worden wäre, wenn sie die durch den Bahnumbau notwendig gewordene Verlegung ihrer Gas- und Wasserzu- und -ableitungen hätte vornehmen müssen, ohne sich hiefür auf das den Schweizerischen Bundesbahnen zustehende Expropriationsrecht stützen zu können, und es dürfte hierüber im Ernste auch kein Zweifel bestehen können.

Handelt es sich somit vorliegend um einen Fall, wo das Bundesrecht auf den Weg der Enteignung verweist und überdies angenommen werden darf, dass auch das kantonale Recht auf den Weg der Enteignung verweisen würde, sofern das Bundesrecht für die Anwendung des kantonalen Rechts noch Raum liesse, m. a. W. um einen Fall, wo sich die Beklagte bzw. die Schweizerischen Bundesbahnen, deren Geschäfte die Beklagte führte, das beanspruchte Durchleitungsrecht auch gegen

den Willen des Grundeigentümers durch Enteignung hätten verschaffen können, so kann die Beklagte es nicht aus Nachbarrecht gemäss Art. 691 Abs. 1 und 3 ZGB beanspruchen. Darauf aber, ob allfällig die Eigentümer der Nachbargrundstücke ein Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht hätten in Anspruch nehmen können, kommt überhaupt nichts an, da die Beklagte beim Abschluss des Vertrages vom Februar 1921 nicht die Geschäfte dieser Grundeigentümer führte. Somit brauchen die weiteren streitigen Fragen nicht mehr erörtert zu werden, insbesondere nicht, ob ein Recht auf Durchleitung, das gestützt auf Nachbarrecht beansprucht werden konnte, auch dann ohne Eintragung im Grundbuch gegenüber dem gutgläubigen Grundstückserwerber gelte, wenn es ohne amtliches Verfahren ausschliesslich durch private Vereinbarung der beteiligten Grundeigentümer festgesetzt wird, ferner ob dem Vertrag vom Februar 1921 nachträglich die Bedeutung einer derartigen Vereinbarung über die Umschreibung des Rechts auf Durchleitung aus Nachbarrecht beigegeben werden dürfe, obwohl er nicht im Hinblick auf ein nachbarrechtliches Durchleitungsrecht der Beklagten abgeschlossen worden ist, welches die Beklagte damals gar nicht behauptet hatte, und endlich ob die Beklagte nachbarrechtliche Ansprüche in der Art der vorliegend streitigen als Strasseneigentümerin überhaupt geltend machen könne.

Aus der Verneinung eines Rechts der Beklagten auf Durchleitung aus Nachbarrecht folgt ohne weiteres, dass ihr das streitige Durchleitungsrecht nicht zusteht; denn mangels Eintragung im Grundbuch ist die ihr vom früheren Eigentümer der Liegenschaft des Klägers eingeräumte Dienstbarkeit überhaupt nie zur dinglichen Grundstücksbelastung geworden (Art. 731, 781, 971 ZGB). Entgegen der Auffassung der Beklagten kann der Vertrag vom Februar 1921 auch nicht etwa als Expropriationsvertrag angesehen werden, weil den Akten

kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, dass vor Vertragsabschluss irgend etwas zur Einleitung des Expropriationsverfahrens gegen Ott vorgekehrt worden wäre; daher braucht nicht erörtert zu werden, welche besonderen Rechtsfolgen sich aus dieser Qualifizierung des Vertrages ergäben. Endlich erweist sich auch der Vorwurf offenbaren Rechtsmissbrauches als unbegründet; denn die Klage auf Beseitigung der streitigen Leitungen ist der einzige Rechtsbehelf, welcher dem Kläger zur Seite steht, um der Beklagten die Expropriation aufzunötigen, die allein ihr das Recht auf den Bestand der streitigen Leitungen zu verschaffen vermag.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 1924 aufgehoben und der Hauptklageantrag zugesprochen.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 1925

i. S. Weibel gegen J. Haab & Söhne.

Art. 20 OR. Verpflichtung eines Bäckers in einem Darlehensvertrag, während 10 Jahren seinen ganzen Mehlbedarf bei einer bestimmten Mühle zu decken; es liegt hierin kein Verstoss gegen die guten Sitten. — Verhältnis von Art. 20 OR zu Art. 21 OR.

Art. 163 Abs. 3 OR: Kriterien für die Herabsetzung einer übermässig hohen Konventionalstrafe.

A. — Der Beklagte Weibel übernahm im Jahr 1920 die Bäckerei in Dallenwil. Da er für die Ausgestaltung des Betriebs Geld nötig hatte, gewährten ihm die Kläger,

J. Haab & Söhne, Neumühle Baar, am 1. Dezember 1922 ein « zum üblichen Zinsfuss », für einmal 5½%, verzinsliches, in jährlichen Raten von 500 Fr. rückzahlbares Darlehen von 5000 Fr.; die Fälligkeit der ersten Rate war auf den 1. Dezember 1923 festgesetzt. Als Deckung für das jeweilige Guthaben der Kläger verpfändete der Beklagte denselben zwei Schuldbriefe von 3000 Fr. bzw. 4000 Fr. « auf Haus Nr. 111 in Dallenwil, Vorgang 17,900 Fr. bzw. 20,900 Fr. ».

Auf demselben Bogen, wie der Schuldschein (« Obligo ») und die Faustpfandverschreibung, findet sich ein, vom Beklagten ebenfalls unterzeichneter « Verpflichtungsschein » folgenden Inhalts:

« ... (Darlehensgewährung)... Als teilweise Gegenleistung verpflichtet sich Herr Jakob Weibel und seine Angehörigen, indem er für einen Mindestbezug von 1200 Ztr. pro Jahr garantiert, sämtliches Mehl, welches er oder seine Rechtsnachfolger zum Backen oder Verkaufen nötig haben und gleichgültig wo sie eine Bäckerei betreiben, von J. Haab & Söhne oder deren Anweisung zu beziehen und jeweilen den bezogenen Posten Mehl zu bezahlen, bevor ein zweiter abgerufen wird.

» Diese Verpflichtung wird von dem Unterzeichneten für die Dauer von 10 Jahren eingegangen und dauert somit bis 1. Dezember 1932.

» Im Falle der Verpflichtete dennoch von anderer Seite Mehl bezieht, hat er 1 Fr. per Zentner des von anderer Seite bezogenen Mehles an J. Haab & Söhne zu bezahlen. Das Gleiche gilt für den Fall, dass er weniger als das garantierte Mindestquantum bezieht, d. h. er hat für jeden Zentner Minderbezug als 1200 Ztr. 1 Fr. per Zentner zu bezahlen. »

Ferner werden im Falle des Nichtbezuges des festgesetzten Mindestquantums, der Nichtbezahlung der fälligen Fakturen, nicht pünktlicher Entrichtung der verfallenen Kapitalzinsen und Abzahlungen oder « wenn