

3533

Privatrechtliche Baueinsprache. Reparatur einer Leitung im Erdreich: Prüfung eines Durchleitungsrechtes (Art. 691 ZGB), einer Leitungsdienstbarkeit (Art. 731 ff. ZGB) und einer prekaristischen Gestattung.

Sachverhalt:

Die Kläger bewohnen das Grundstück Parzelle X und die Beklagten die benachbarte Liegenschaft Parzelle Y in Herisau. Die beiden Grundstücke werden durch eine unterirdische Wasserleitung miteinander verbunden. Die Beklagten reichten ein Baugesuch für die Erstellung von vier Autoabstellplätzen auf ihrer Parzelle ein. Dagegen erhoben die Kläger Einsprache und begründeten diese unter anderem damit, dass die beschädigte Wasserleitung, welche über die Parzelle der Beklagten zur Parzelle der Kläger führe, vor dem Bau der Abstellplätze repariert werden müsse. Das Büro der Tiefbau-/ Umweltschutzkommission der Gemeinde Herisau erteilte die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und stellte fest, bei der Wasserleitung handle es sich um ein privates Durchleitungsrecht, weshalb es die Beklagten auf den Zivilrechtsweg verwies.

Aus den Erwägungen:

1.1 Zu prüfen ist zunächst, auf welcher Grundlage die Nutzung der umstrittenen Leitung durch die Kläger beruht. Neben einer Leitungsdienstbarkeit und einem nachbarrechtlichen Durchleitungsrecht kommen hier sowohl eine obligatorische Verpflichtung wie auch eine prekaristische Gestattung als Grundlage der Leitungsnutzung in Frage. Von vornherein ausgeschlossen werden kann indes eine zwischen den Parteien dieses Verfahrens bestehende obligatorische Verpflichtung. Eine solche wurde nicht nachgewiesen. Es bleibt somit zu prüfen, welcher der übrigen Nutzungstitel hier in Frage kommt.

1.2 Das Bestehen einer Leitungsdienstbarkeit setzt gemäss Art. 731 f. ZGB zunächst voraus, dass die Dienstbarkeit selbst im Grundbuch eingetragen wurde und ein schriftlicher Vertrag über deren Errichtung besteht. Dabei kann vom Erfordernis des Grundbucheintrages ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die betreffende Leitung äusserlich wahrnehmbar ist, wenn es sich also um eine oberflächliche Leitung handelt. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der

Fall. Auf den im Recht liegenden Fotos ist erkennbar, dass die fragliche Leitung unterirdisch verläuft. Auch haben die Parteien selber ausgeführt, dass deren Verlauf nicht restlos geklärt sei. Aus dem Grundbuchauszug vom 23. April 2008 ist ersichtlich, dass keine entsprechende Last im Grundbuch eingetragen ist. Es besteht somit keine Leitungsdienstbarkeit.

1.3 Gemäss Art. 691 ZGB ist jeder Grundeigentümer gehalten, die Durchleitung von Brunnen, Drainierrohren, Gasrohren und dergleichen sowie von elektrischen oder unterirdischen Leitungen gegen vorgängigen vollen Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu gestatten, insofern sich die Leitung ohne Inanspruchnahme seines Grundstückes gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten durchführen lässt. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht also für jeden Grundeigentümer innerhalb des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses die Pflicht, Durchleitungen zu dulden. Dieser Pflicht entspricht das Recht auf Einräumung einer Durchleitungsdienstbarkeit. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so ist der betreffende Grundeigentümer von Gesetzes wegen verpflichtet, ein Durchleitungsrecht einzuräumen. Es handelt sich dabei um ein sogenanntes Legalservitut oder auch Zwangsdienstbarkeit genannt (*Heinz Rey*, Basler Kommentar, ZGB II, 3. A., Basel 2007, N 1 f. zu Art. 691).

Dass vorliegend eine Leitung im oben erwähnten Sinne besteht, kann nicht ernsthaft bestritten werden, führt doch vom höher gelegenen beklaglichen zum tiefer gelegenen klägerischen Grundstück ein Wasserrohr. Da die betreffenden Liegenschaften unmittelbar nebeneinander liegen, sind sie zweifellos benachbart (*Robert Haab et al.*, Zürcher Kommentar zum ZGB, Band IV/1, Das Eigentum, 2. A., Zürich 1977, N 5 ff. zu Art. 691). Ein Grundbucheintrag ist zur Errichtung eines Durchleitungsrechts nicht erforderlich (*Erhard Romer*, Die Behandlung der Leitungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 1946, S. 85 f.). Unklar ist hingegen, ob ein Durchleitungsrecht auch ohne einen schriftlichen Dienstbarkeitsvertrag bestehen kann. Denn ein solcher wurde hier gerade nicht abgeschlossen. Die Lehrmeinungen gehen diesbezüglich auseinander. *Rey* vertritt die Ansicht, in der Errichtung einer Leitung durch formlose Gestattung sei kein Entstehungsgrund einer Durchleitungsdienstbarkeit zu erblicken, solange nicht ein schriftlicher Dienstbarkeitsvertrag bestehe (*Rey*, a.a.O., N 22 zu Art. 691). *Bucher* scheint gleicher Meinung zu sein und bloss mündlich vereinbarte Grunddienstbarkeiten oder persönli-

che Dienstbarkeiten wie Wegrechte oder Durchleitungsrechte als formungültig zu betrachten (*Booker*, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 56 [1975] S. 71). Anderer Ansicht ist offenbar *Liver*, welcher das Durchleitungsrecht als entstanden betrachtet, wenn der Grundeigentümer die Erstellung der Leitung gegen vorgängigen vollen Ersatz des dadurch entstandenen Schadens „gestattet“ hat (*Peter Liver*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2a, Grunddienstbarkeiten, 3. A., Zürich 1980, N 7 zu Art. 732). Selbst wenn man der Lehrmeinung von *Liver* folgen würde, wäre überdies der Nachweis zu erbringen, dass dem Eigentümer des belasteten Grundstückes der entstandene Schaden vollumfänglich ersetzt worden wäre. Dies wurde von den Klägern aber weder bewiesen, noch behauptet. Entsprechend käme das Bestehen einer Dienstbarkeit nur noch dann in Frage, wenn ein Grundbucheintrag zufolge Ersitzung (Art. 662 ZGB) bestünde. Ein solcher Eintrag ist dem Grundbuch jedoch nicht zu entnehmen. Auch die Tatsache, dass früher eine Wasserkorporation bestanden hat, vermag den fehlenden Grundbucheintrag nicht zu ersetzen. Gestützt auf Art. 21 SchlT ZGB könnten zwar altrechtliche Grunddienstbarkeiten auch ohne Grundbucheintrag bis auf weiteres in Kraft bleiben. Doch hätten die Kläger, wollten sie sich darauf berufen, dann den rechtlichen Bestand der Grunddienstbarkeit nach den dafür geltenden Normen des kantonalen Rechts glaubhaft machen müssen (BGE 83 II 141 ff., E. 3b).

Demnach kann festgestellt werden, dass weder eine obligatorische Verpflichtung der Beklagten gegenüber den Klägern noch eine dingliche Berechtigung der Kläger betreffend die Nutzung und Reparatur der Wasserleitung besteht. Als Nutzungsgrundlage in Frage kommt somit nur noch die formlose Gestattung.

1.4 Unter der sogenannten prekaristischen Gestattung ist eine Nutzungsmöglichkeit auf Zusehen hin zu verstehen. Werden beispielsweise Leitungen auf einem fremden Grundstück zur Benützung im Rahmen einer prekaristischen Gestattung erstellt, so begründet dieser Umstand zwar kein subjektives Recht des Erstellers auf Beibehaltung der Leitung. Doch kommt ihr insofern rechtliche Bedeutung zu, als die Inanspruchnahme des fremden Bodens nicht widerrechtlich ist, solange kein Widerruf stattfindet (*Haab et al.*, a.a.O., N 2 zu Art. 676). Vorliegend wurde die umstrittene Wasserleitung wahrscheinlich während Jahrzehnten durch die Kläger bzw. deren Rechtsvorgänger genutzt. Weder für das Bestehen eines schriftlichen

Dienstbarkeitsvertrages noch eines entsprechenden Grundbucheintrages vermochten die Kläger den Nachweis zu erbringen. Hingegen sind die Voraussetzungen einer prekaristischen Gestattung erfüllt: eine unbestrittene und formlose Nutzung auf Zusehen hin. Indem die Beklagten die Kläger mit Schreiben vom 3. März 2009 aufgefordert haben, die Reparatur der Leitung selber vorzunehmen, haben sie deren Nutzungsberechtigung an der Leitung bis auf weiteres auch explizit anerkannt.

1.5 Die Kläger verlangen, dass die Reparatur der Wasserleitung durch die Beklagten vorzunehmen sei. Der Einbau und die spätere Nutzung der umstrittenen Leitung wurden vorliegend auf Zusehen hin gestattet. Die Leitungsanlagen fallen damit gemäss dem sogenannten Akzessionsprinzip (Art. 671 Abs. 1 ZGB) in das Eigentum des Grundeigentümers auf dem jeweiligen Grundstück, auf dem sie liegen. Das zu reparierende Leitungsteilstück befindet sich auf der Liegenschaft der Beklagten, weshalb dieses in ihr Eigentum fällt. Sie sind somit berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Leitung zu reparieren. Denn die bloss vorläufige Gestattung des Einbaus oder der Nutzung einer Leitung begründet kein subjektives Recht auf Weiterführung der Nutzung (*Haab et al.*, a.a.O., N 2 zu Art. 676), so dass die Beklagten nicht verpflichtet werden können, die Reparatur an die Hand zu nehmen. Somit ist auch bedeutungslos, wer oder was den Schaden an der Leitung effektiv verursacht hat. Ebenso wenig greift der von den Klägern vorgebrachte Art. 690 Abs. 2 ZGB als Klagegrundlage. Denn es geht vorliegend nicht um eine Entwässerung, sondern um die prekaristische Gestattung der Leitungsnutzung. Die klägerischen Begehren Ziff. 1a und 1b sind somit abzuweisen.

1.6 Wie bereits ausgeführt wurde, können die Kläger aus der prekaristischen Gestattung der Leitungsnutzung kein subjektives Recht ableiten, auf welches sie einen Reparaturanspruch stützen könnten. Somit können sie sich auch nicht ermächtigen lassen, die Instandstellung selber und auf eigene Kosten in die Wege zu leiten. Damit ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

KGer, 17.09.2009