

[AZA 0/2]
5C.212/2000/min

II. Z I V I L A B T E I L U N G *****

2. April 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivil- abteilung, Bundesrichter Bianchi, Bundesrichter Raselli und Gerichtsschreiber Herzog.

In Sachen

J.A._____, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Conrad, Schwertstrasse 1, Post-fach 1760, 5401 Baden,

gegen

1. J.S._____,

2. E.S._____, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Erich Rüegg, Oberstadtstrasse 7, 5400 Baden,

betreffend

Grunddienstbarkeit, hat sich ergeben:

A.- J.A._____ ist Eigentümer des Grundstückes GB W._____ Nr. 4380, Parzelle 5294. Das angrenzende Grundstück GB W._____ Nr. 549, Parzelle 1948, gehört J.S._____ und E.S._____. Ursprünglich waren die auf den beiden Parzellen stehenden Wohnhäuser so zusammengebaut gewesen, dass die Parzellengrenze durch die gemeinsame Brandmauer verlief. Weil J.S._____ und E.S._____ die auf ihrem Grundstück befindliche Baute abbrechen wollten, was die Instandstellung der ehemaligen Brandmauer - nunmehr Fassade des auf Parzelle 5294 stehenden Gebäudes - notwendig machte, einigten sie sich gemäss Bestätigungsschreiben vom 17. Januar 1990 mit J.A._____ wie folgt:

"[...]

2. Die Erstellung der Brandmauer wird nach den ein- schlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 180 und den behördlichen Vorschriften zu unseren Lasten in

Auftrag gegeben.

3. Die Gestaltung der Fassade erfolgt nach Ihrem Vorschlag-Nr. 2. Die vorgesehene Verglasung ist ausschliesslich mit undurchsichtigem strukturiertem Glas auszuführen. Dadurch entstehende Mehrkosten gehen zu Ihren Lasten.

4. Der giebelseitige Dachvorsprung von 40-50 cm Breite wird zu unseren Lasten ausgeführt.

5. Eine allfällig vorhandene Sickerleitung wird zu unseren Lasten ergänzt und angeschlossen, ebenso sichern wir eine äussere Kellerwandbeschichtung auf der Grenzmauer zu.

6. Die Ergänzungen im Grundbuch betreffend dem Uebertritt für Unterhaltsarbeiten und das Ueberbauungsrecht für den Dachvorsprung sowie Grenzbaurecht räumen wir Ihnen zu unseren Lasten ein.. "

In der Folge entstanden unter den Parteien Differenzen darüber, ob es sich bei der in der Fassade vorgesehenen Verglasung um fest verschraubte oder normal zu öffnende Fenster handeln müsse. Da J.A._____ auf dem Einbau normal zu öffnender Fenster beharrte, weigerten sich die Eheleute J.S._____ und E.S._____, einen Dienstbarkeitsvertrag zu unterzeichnen.

B.- Mit Klage vom 10. November 1995 beantragte J.A. _____ dem Bezirksgericht Baden, ihm die folgenden Rechte als unentgeltliche Servitute zuzusprechen und das Grundbuchamt B. _____ zur Vornahme der entsprechenden Eintragungen anzuweisen:

1. "Der jeweilige Eigentümer von Parzelle 5294 ist berechtigt, auf einer Länge von 7 m die östliche Abschlussmauer seines Wohnhauses auf Parzelle 5294 bis 20 cm auf Parzelle 1948 zu stellen und das Dach mit maximal 70 cm auf Parzelle 1948 überragen zu lassen. Allfällige Fenster in dieser Abschlussmauer sind mit einer undurchsichtigen Verglasung zu versehen.. "

2."Der jeweilige Eigentümer von Parzelle 5294 ist berechtigt, die seinem Grundstück auf Parzelle 5294 dienende Sickerleitung durch Parzelle 1948 zu führen.. "

3. "Der jeweilige Eigentümer von Parzelle 5294 ist berechtigt, die Nachbarparzelle 1948 zwecks Aus- führung von Unterhaltsarbeiten an der östlichen Fassade seines Wohnhauses zu betreten oder betreten

zu lassen. Für Schäden, die der jeweilige Eigentümer von Parzelle 5294 oder seine Hilfspersonen im Zusammenhang mit diesem Zutrittsrecht verursachen, ist der jeweilige Eigentümer von Parzelle 5294 haftbar.. "

Mit Urteil vom 17. Juni 1998 hiess das Bezirksgericht die Klage gut. Auf Appellation der Beklagten hin hob das Obergericht des Kantons Aargau, 2. Zivilkammer, das Urteil des Bezirksgerichts auf und wies die Klage ab.

C.- Gegen den Entscheid des Obergerichts erhebt der Kläger eidgenössische Berufung mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und den erstinstanzlichen Entscheid zu bestätigen. Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Kläger beansprucht hinsichtlich der ehemaligen Brandmauer, die nunmehr die östliche Abschlussmauer seines Hauses bildet, für einen Teil der Mauer und den Dachvorsprung die Einräumung eines Überbaurechtes zulasten des beklagteschen Grundstückes; ferner das Durchleitungsrecht für eine Sickerleitung und das Zutrittsrecht für Unterhaltsarbeiten.

Die Verweigerung des beantragten Überbaurechtes könnte nach Auffassung des Klägers den Abbruch und die Zurückversetzung der Mauer zur Folge haben. Damit verbundene Baukosten und eine dadurch verursachte Verkleinerung des Gebäudes übersteigen den erforderlichen Streitwert von Fr. 8'000.-- (Art. 46 OG) ohne weiteres; der Zulässigkeit der Berufung steht demzufolge nichts entgegen.

2.- a) Das Obergericht erwog im Wesentlichen, hinsichtlich der auf der Parzellengrenze stehenden Brandmauer sei Miteigentum zu vermuten. Für den Abbruch ihres Gebäudes hätten die Beklagten nicht der Zustimmung des Klägers bedurft, sei doch dadurch - jedenfalls bei sorgfältiger Ausführung - nicht in dessen Eigentum eingegriffen worden. Es könne demnach nicht die klägerische Zustimmung zur Veränderung des bestehenden Zustandes als Gegenleistung gelten. Die Brandmauer sei zwar höchstwahrscheinlich sanierungsbedürftig gewesen und die Beklagten verpflichtet, diese Schäden beheben zu lassen und für den Schutz der Brandmauer und damit des klägerischen Gebäudes vor Witterungseinflüssen zu sorgen; sie hätten aber keine weiteren Pflichten gehabt, weder gesetzliche noch vertragliche, noch sittliche. Auch sonst sei keine Gegenleistung des Klägers ersichtlich. Soweit daher die Beklagten über das Notwendige hinaus Leistungen - namentlich die Einräumung von Dienstbarkeiten - versprochen hätten, handle es sich um eine Schenkung. Schenkungsversprechen über dingliche Rechte an Grundstücken müssten öffentlich beurkundet werden (Art. 243 Abs. 2 OR), weshalb die schriftliche Vereinbarung vom 17. Januar 1990 nicht verbindlich sei. Im Weiteren verwarf die Vorinstanz die der Formungültigkeit entgegengesetzte Einrede des Rechtsmissbrauchs sowie einen vom Kläger in analoger Anwendung von Art. 674 ZGB geltend gemachten realobligatorischen Anspruch auf Einräumung der verlangten Dienstbarkeiten.

b) Der Kläger rügt, die Vorinstanz sei nicht auf sein Argument eingegangen, es fehle an der für die Annahme einer Schenkung notwendigen subjektiven Voraussetzung des animus donandi. Allein aus dem Vorliegen der Unentgeltlichkeit dürfe nicht auf den animus donandi geschlossen werden.

Im Übrigen habe durchaus Anlass zur Einräumung der umstrittenen Rechte bestanden. Seine Gegenleistung habe in der Zustimmung zum Abbruch und zur Neugestaltung des Nachbargebäudes bestanden. Durch den Abbruch des Hauses der Beklagten sei die alte Brandmauer entblösst und der Witterung ausgesetzt worden, womit sich nicht nur einschneidende Änderungen in der Ästhetik, sondern auch der Isolations- und sonstigen Schutzverhältnisse ergeben hätten. Da eine Änderung der Zweckbestimmung eines im Miteigentum stehenden Objekts - hier der Brandmauer - nur mit Zustimmung aller Miteigentümer möglich sei, verletze es Bundesrecht, wenn die Vorinstanz annehme, die Beklagten hätten ihr Haus ohne Zustimmung des Klägers abreißen dürfen. Durch dessen Zustimmung sei ihnen die Möglichkeit eröffnet worden, ohne weitere Umtriebe und rechtliche Auseinandersetzungen ihr Hausprojekt zu realisieren.

Ob der Kläger daraus gegenüber der bisherigen Situation einen Vorteil gezogen habe, sei unerheblich.

3.- a) Brandmauern als auf der Grenze stehende Vorrichtungen, die sowohl der Abgrenzung der Grundstücke dienen wie auch beiden Parteien zum Vorteil gereichen, stehen im Miteigentum, wobei sich dieses nicht auf den Boden, sondern auf die Vorrichtung bzw. die Brandmauer erstreckt (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1974, N. 4 und 10 zu Art. 670 ZGB). Nach Ansicht des Klägers hatte er aufgrund seiner Stellung als Miteigentümer der Brandmauer ein Recht, die Zustimmung zum Abbruch des Hauses der Beklagten zu verweigern, so dass deren Erteilung ein Entgegenkommen darstelle.

Dabei beruft er sich auf Art. 648 Abs. 2 ZGB, wonach die Veränderung der Zweckbestimmung einer im Miteigentum stehenden Sache der Übereinstimmung aller Miteigentümer bedarf, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben.

Die Vorinstanz verwirft diese Auffassung mit der Begründung, dass bei sorgfältiger Durchführung des Abbruchs des beklagten Gebäudes kein Eingriff in das Grundeigentum des Klägers erfolgt sei. Die einzigen Pflichten der Beklagten hätten darin bestanden, Schäden an der ehemaligen Brandmauer zu beheben sowie deren Schutz und damit der nunmehrigen klägerischen Gebäudefassade zu gewährleisten. Alle darüber hinaus gehenden Leistungen der Beklagten seien deshalb in Ermangelung einer Gegenleistung als Schenkung zu betrachten.

b) Die Frage, ob der durch den Abbruch des Gebäudes der Beklagten bedingte Funktionswandel der Brandmauer von einer Innen- zu einer Aussenmauer eine zustimmungsbedürftige Zweckänderung im Sinne von Art. 648 Abs. 2 ZGB darstellt (verneinend wie die Vorinstanz auch Obergericht Zürich, in: ZR 36/1937 S. 270 f.; Meier-Hayoz, Berner Kommentar,

5. Aufl., Bern 1981, N. 52 zu Art. 648 ZGB), ist indes nicht näher zu erörtern. Erweist sich nämlich, dass die Abrede der Parteien mangels Schenkungswillens ohnehin nicht als Schenkung gewürdigt werden kann, ist die Frage nach einer allfälligen Gegenleistung von vornherein unerheblich. Damit erübrigt sich dann aber auch die nähere Prüfung, ob eine Änderung des Zwecks der Brandmauer zustimmungsbedürftig sei.

4.- a) Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, mit der jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert (Art. 239 Abs. 1 OR).

Das Obergericht hat - entgegen der Darstellung der Beklagten - keine für das Bundesgericht verbindlichen Tatsachenfeststellungen bezüglich eines beim Vertragsschluss vorliegenden Schenkungswillens der Beklagten getroffen (Art. 63 Abs. 2 OG). Indem es vom Fehlen einer Gegenleistung auf einen Schenkungswillen geschlossen hat, hat es vielmehr eine objektivierte Auslegung nach Massgabe des Vertrauensprinzips vorgenommen, welche als Rechtsfrage durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüfbar ist (BGE 123 III 165 E. 3a S. 168; 125 III 263 E. 4a S. 266, je mit Hinweisen).

b) Objektives Element einer Schenkung ist die Bereicherung des Empfängers; subjektives Element ist der Schenkungswille (animus donandi) des Zuwendenden sowie der Annahmewille des Empfängers. Zwischen den Parteien muss Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestehen. Auch bei der gemischten Schenkung (negotium mixtum cum donatione) ist vorausgesetzt, dass dem Leistungsaustausch ein Begünstigungs- oder Zuwendungswille des Schenkers zugrundeliegt. Das Bundesgericht hat jüngst bestätigt, dass bei der gemischten Schenkung das subjektive Merkmal des animus donandi ein unverzichtbares Erfordernis darstellt, weshalb nicht alleine aus dem möglicherweise erheblichen Missverhältnis der ausgetauschten Leistungen auf einen Zuwendungswillen geschlossen werden dürfe (BGE 126 III 171 E. 3a-b S. 173 f. mit Hinweisen; 116 II

225 E. 3e/aa S. 234). Bloss aufgrund des möglicherweise erheblichen Wertes der eingeräumten Servitute für das klägerische Grundstück sowie des Fehlens einer äquivalenten Gegenleistung des Klägers darf deshalb nicht eine (allenfalls gemischte) Schenkung angenommen werden.

Es hiesse die Interessenlage der Parteien und namentlich den inneren Zusammenhang der einzelnen Vertragsklauseln zu verkennen, würden vereinzelt derselben isoliert betrachtet und argumentiert, dass die Beklagten an sich nicht gehalten gewesen wären, dem Kläger die umstrittenen Rechte einzuräumen. Mit dem offensichtlich im Interesse der Beklagten stehenden Abbruch ihres mit dem anderen Gebäude durch die Brandmauer verbundenen Hauses entstand ein Komplex tatsächlicher und rechtlicher Probleme. Die Vereinbarung der Parteien vom 17. Januar 1990 diente dazu, diese einer gütlichen, die beidseitigen Interessen berücksichtigenden Lösung zuzuführen.

Erfahrungsgemäss sind Verträge das Ergebnis von Verhandlungen, bei denen die Parteien mehr oder weniger vor- und nachgeben, was es im Einzelfall schwierig machen kann, zu beurteilen, ob die Vereinbarung unter allen in Betracht fallenden Aspekten ausbalanciert sei oder nicht, oder ob jeder einzelnen Leistungsabrede eine entsprechende Gegenleistung gegenübergestellt werden kann. Im Rahmen einer am Vertrauensprinzip orientierten Auslegung geht es nicht an, eine von den Parteien als Gesamtlösung verstandene Vereinbarung nachträglich gleichsam in Einzelteile zu zergliedern, eine Einzelklausel der Gesamtvereinbarung - im vorliegenden Fall die Einräumung der Dienstbarkeiten - herauszugreifen und diese als Schenkung zu interpretieren, nur weil ihr keine spezifische Gegenleistung gegenübergestellt werden kann. Eine solche Vorgehensweise trüge dem Charakter der Vereinbarung vom 17. Januar 1990 als Gesamtlösung der mit dem geplanten Neubau verbundenen Probleme keine Rechnung und kann von vernünftigen und redlichen Parteien in guten Treuen nicht so verstanden worden sein.

Mithin bestehen keine überzeugenden Anhaltspunkte, die es gebieten, auf einen animus donandi der Beklagten, d.h.

auf eine - allenfalls gemischte - Schenkung zu schliessen.

Demzufolge kann im Engagement der Beklagten, wie es in der in Frage stehenden Vereinbarung zum Ausdruck kommt, und soweit es über die nach dem Gebäudeabbruch notwendig gewordene Instandstellung der Brandmauer hinaus geht und dem Kläger namentlich die streitigen Dienstbarkeiten zugesichert wurden, kein Schenkungsversprechen erblickt werden.

c) Ist aber die Zusicherung der beschränkten dinglichen Rechte nicht als Schenkungsversprechen zu qualifizieren, war sie nicht beurkundungsbedürftig (Art. 732 ZGB).

Somit braucht auch die in der Literatur umstrittene Frage nicht entschieden zu werden, ob Art. 243 Abs. 2 OR - richtig ausgelegt - für die Schenkung dinglicher Rechte an Grundstücken, auch wenn es sich um Grunddienstbarkeiten handelt, die öffentliche Beurkundung vorschreibt. Mangels Entscheiderheblichkeit sind bei dieser Sachlage ebenso wenig die Rechtsmissbrauchseinrede des Klägers sowie seine auf Art. 674 ZGB gestützten Ausführungen zu prüfen.

5.- Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Ziff. 6 der Vereinbarung vom 17. Januar 1990 spricht von einem "Grenzbaurecht", derweil das Bezirksgericht im Wege normativer Auslegung offenbar auf ein Überbaurecht erkannt hat. Das Obergericht hat sich weder dazu noch überhaupt zu den einzelnen Klagebegehren geäussert.

Die Sache ist daher zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Der Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens rechtfertigt es, die entsprechenden Kosten den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG). Sie haben zudem dem Kläger eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 und 5 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 2. Zivilkammer, vom 29. Juni 2000 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.-- wird den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.- Die Beklagten haben den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. April 2001

Im Namen der II. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: