

klar, daß der vorliegende Fall als ein schwerer zu bezeichnen ist und es sich rechtfertigt, eine bedeutende Genugthuungssumme zu sprechen. Denn der Kläger hat zufolge der Strafverfolgung und des Urteils einen Freiheitsentzug erlitten, der (Untersuchungshaft inbegriffen) vom Dezember 1881 bis 6. Oktober 1894 dauerte; dieser Freiheitsentzug bestand sodann in Zuchthaus und war Kläger also dem Arbeitszwang unterworfen; während der Dauer desselben, welche seine besten Mannesjahre in Anspruch nahm, galt er als schwerer Verbrecher. In Anbetracht der gesamten Verhältnisse des Falles rechtfertigt es sich, dem Kläger aus den zwei Gesichtspunkten des ökonomischen Schadens (im Sinne der Erwägung 4), sowie des tort moral eine Abersalsumme von 12,000 Fr. zuzusprechen.

6. Kläger hat als weitem Schadensfaktor geltend machen wollen, daß die erlittene Zuchthausstrafe seine Gesundheit zerstört, insbesondere auch seinen Schlaganfall vom Dezember 1894 herbeigeführt habe, und der beklagte Kanton auch dafür entschädigungspflichtig sei. In dieser Beziehung ergiebt sich jedoch aus der ärztlichen Expertise (s. speziell Resume des Gutachtens) nur so viel, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der Haft und dem jetzigen Gesundheitszustande des Klägers zwar möglich sei, dagegen ein Nachweis mangle. Es wird also eine Wahrscheinlichkeit im Sinne fraglichen Kausalzusammenhanges nicht ausgesprochen; die bloße Möglichkeit aber genügt nicht, um daraus die Haftung der beklagten Partei abzuleiten. Es ist daher aus dem erwähnten Gesichtspunkte ein Schadenersatz nicht zu sprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der beklagte Kanton Zug wird verurteilt, dem Kläger Josef Schicker den Betrag von 12,000 Fr. (zwölftausend Franken) samt Zins à 5 Prozent vom Tage der Klage (18. Februar 1895) zu bezahlen.

IX. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten. — Différents de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

39. Urteil vom 26. Februar 1896 in Sachen
Meyer gegen Bundesfiskus.

A. Im Jahre 1865 trat die Firma Laurentz Meyer in Herisau der Gemeinde Herisau zum Bau einer Militärkaserne von ihrer Liegenschaft den nötigen Boden, 120,000 Quadratfuß, schenkungsweise ab. Dabei behielt sie sich die aus der Kaserne sich ergebende Jauche vor. Die Schenkung wurde von der Gemeinde Herisau mit dem erwähnten Vorbehalte angenommen; letzterer ist in der vom Mai 1865 datierten Annahmeerklärung dahin formuliert, „daß aller von der Kaserne sich ergebender salv. Abfluß zu allen und jeden Zeiten zu ihrer (der Schenkerin) alleinigen Verfügung stehe“, und es ist beigefügt, daß die Gemeinde die Erfüllung mit Bereitwilligkeit übernommen habe. Die Kaserne wurde gebaut und war seither regelmäßig mit Truppen besetzt. Die Firma Laurentz Meyer hat jeweilen den „Abfluß“ aus den Abtrittgruben bezogen und für ihre Liegenschaften verwendet, auch davon an andere Liegenschaftsbesitzer gegen Bezahlung abgegeben. Der Verkaufspreis betrug früher für eine landesübliche Güllefuhr, eine sogenannte Truße, einen Franken. Im Dezember 1865 ging die Kaserne von der Gemeinde Herisau an den Kanton Appenzell-Außerrhoden und von diesem gemäß Vertrag vom 1. Februar 1882 an die schweizerische Eidgenossenschaft über. In beiden Abtretungsurkunden ist das Recht der Firma Laurentz Meyer auf den „Abfluß“ erwähnt, in letzterer in folgender Formulierung:

„Diese vom Kanton an die Eidgenossenschaft abgetretenen Rechte sind frei, ledig und los, und es lasten auf denselben weder Pfandrechte und Servituten irgend welcher Art, außer hinsichtlich der Leerung der Abtrittgruben in der Kaserne, welche bei Abtretung des nunmehr zur Kaserne gehörenden Bodens von der Firma Laurentz Meyer, als damaliger Eigentümerin der betreffenden Lie-

genenschaft, ausbedungen worden ist, ohne daß sie irgend welche Vergütung dafür zu leisten hat. Dieses Nutzungsrecht wird von der Eidgenossenschaft anerkannt, unter der Bedingung jedoch, daß sie sich das Recht der Auslösung dieser Servitut nach den Grundsätzen wechselseitiger Billigkeit für jede Zeit vorbehält, u. s. w."

Der Abtretungsvertrag zwischen dem Kanton Appenzell-Außere Rhoden und der schweizerischen Eidgenossenschaft ist im Servitutenprotokoll von Herisau eingetragen.

B. Im März 1894 wurden in der Kaserne Herisau Einrichtungen getroffen, um die Aborte der Kaserne mit dem Hochdruckwasser der Gemeinde Herisau auszuspülen. Die Rechtsnachfolger der Firma Laurenz Meyer erhoben hiegegen Einsprache, weil durch die neuen Spülvorrichtungen der „Abfluß“ verwässert und in Folge dessen entwertet werde, was eine Beeinträchtigung ihrer Rechte aus dem der Schenkung vom Jahre 1865 beigefügten Vorbehalte bedeute. Allein sowohl die gütlichen Vorstellungen, in denen sich die Rechtsnachfolger der Firma Laurenz Meyer zu Unterhandlungen betreffend Ablösung ihrer Rechte bereit erklärt hatten, als auch ein gerichtliches Verbot blieben erfolglos, und als dann eine letzte Eingabe, in der für die Ablösung 12,000 Fr. gefordert wurden, abschlägig beschieden worden war, stellten die erwähnten Rechtsnachfolger mit Klageschrift vom 21. April 1894 gegen die schweizerische Eidgenossenschaft die Begehren an's Recht:

„1. Die schweizerische Eidgenossenschaft als Beklagte habe den Anspruch der Kläger auf den Abfluß (Jauche) der Kaserne in Herisau laut Ziffer 2 litt. a des Aktes vom Mai 1865 als zu Recht bestehend anzuerkennen und zu respektieren, und demnach die beabsichtigte Abortspülung zu unterlassen.

2. Die Beklagte habe, sofern sie dennoch auf ihrem erklärten Vorhaben, die in der Kaserne Herisau eingerichteten Abortspülungen in Gebrauch zu setzen, beharre, das bezüglichliche Recht mit Geld auszulösen, und hiefür das Expropriationsverfahren einzuschlagen, unter Kostenfolge."

Zum zweiten Begehren gaben die Kläger, allen Rechten unbeschadet, die Erklärung ab, sie halten sich nicht für berechtigt, in diesem Prozesse eine bestimmte Entschädigungsforderung an die Beklagte zu stellen, resp. diese zu zwingen, auf eine solche For-

derung in diesem Prozesse einzutreten, sondern sie gehen von der Ansicht aus, daß die Beklagte zur Expropriation anzuhalten sei; Kläger seien aber bereit, sofern die Beklagte sich, ohne Präjudiz für die Kläger, damit einverstanden erkläre, zur Vereinfachung der Sache schon in diesem Prozesse eine bestimmte Entschädigungsforderung zu stellen und zu begründen. Der Rechtsstandpunkt der Kläger ist folgender: Durch den Akt vom Mai 1865 sei zu ihren Gunsten eine dingliche Nutzungsberechtigung auf die Kaserne Herisau begründet worden. Die Prätenzion der Beklagten auf Benützung der eingerichteten Spülvorrichtungen sei ein Eingriff, bezw. eine Zerstörung des konstituierten Rechtes. Dieses gehe auf die Nutzung eines natürlichen Produktes, welches als solches einen Geldwert habe; die Prätenzion der Beklagten bedeute aber eine künstliche bezw. gewaltsame, den Geldwert aufhebende Veränderung des Produktes. Darin liege eine Rechts- und Vertragsverletzung. Wenn aber trotzdem die Beklagte aus Gründen des öffentlichen Wohles darauf bestehen sollte, die Spülung vorzunehmen, so läge ein Konflikt von Pflichten und Interessen vor, welcher durch Aneignung des Rechtes der Kläger durch die Beklagte im Sinne von Art. 23 B.-V. und des Bundesgesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 zu lösen sei. Die Kläger werten ihr Nutzungsrecht auf über 12,000 Fr.

In der Antwort wird in tatsächlicher Beziehung angebracht, daß unter dem „Abfluß“ im Sinne des Aktes vom Mai 1865 die Flüssigkeit zu verstehen sei, wie sie sich jeweils in den Abtrittgruben vorfinde, die somit nicht ausschließlich animalische Sekretion sei, sondern auch andere Bestandteile enthalten könne und tatsächlich immer enthalte. Irgend ein Verbot, daß der Eigentümer der Kaserne nicht berechtigt sei, Wasser zc. in die Gruben gelangen zu lassen, oder die Aborte zeitweise zu spülen und zu reinigen, sei bei Schaffung der Servitut nicht festgestellt worden. Es habe denn auch seit dem Bestehen der Kaserne beständig eine Bepflügelung der Aborte stattgefunden, und zwar aus den großen hölzernen Wasserbehältern, die in beiden Flügeln des Gebäudes in den Vorräumen der Aborte aufgestellt und mit Wasser gefüllt gewesen seien. Dieses sei allerdings in erster Linie zu Löschzwecken,

dann aber eben auch zum Reinigen der Aborte bestimmt gewesen. Gegen die frühere Art der Bepflügelung hätten die Kläger keinerlei Einwendungen erhoben. Dieselbe sei nun lediglich durch eine zweckentsprechendere Einrichtung ersetzt worden, wobei jedoch zu bemerken sei, daß es sich nicht um eine konstant laufende Bepflügelung der Aborte handle, sondern um eine solche, die nicht willkürlich von jedermann benutzt werden könne, und nur in der Weise vorgenommen werde, daß ein zu diesem Dienste befohlener Mann, versehen mit dem Schlüssel zum Anschluß an die Leitung, den Schlauch anlege und, so lange jeweils die Kaserne mit Truppen besetzt sei, regelmäßig eine einmalige tägliche Reinigung durch Spülen besorge. Dadurch werde den Gruben nicht mehr Wasser zugeführt als früher, so daß die Jauche gleichwertig und vollständig brauchbar sei, wie denn auch die Kläger dieselbe auch seit der Benützung der neuen Einrichtung bezogen und verwendet hätten. In rechtlicher Beziehung wird bemerkt: Die zu Gunsten der Klägerschaft s. Z. errichtete Servitut auf den unentgeltlichen Bezug des von der Kaserne sich ergebenden Abflusses sei von der Beklagten nie bestritten, sondern stets anerkannt worden. Allein diese Servitut gebe den Klägern kein Recht, die von der Beklagten als Eigentümer in der Kaserne vorgenommene neue Spüleinrichtung zu untersagen, eventuell die Expropriation ihrer Servitut zu verlangen: a. weil diese Servitut die Eigentümerin an sich nicht hindern könne, eine derartige Reinigungsvorrichtung zu treffen; b. weil die vorgenommene Einrichtung nur an Stelle der von jeher und zweifellos mit Wissen der Klägerschaft bestandenen Spülung getreten sei; c. weil der Klägerschaft aus dieser Abänderung keinerlei Schaden entstehe und sie nach wie vor eine verwendbare Jauche erhalte; d. eventuell weil die Einrichtung eine aus sanitätspolizeilichen Gründen notwendige sei, denen gegenüber das Privatinteresse ohne jeden Entschädigungsanspruch zurücktreten müsse. Die Kläger gäben ihrem Rechte einen Umfang, der ihnen nicht zukomme, und zudem erhielten dieselben auch bei der bestehenden Einrichtung ein brauchbares Düngemittel. Die Jauche sei gegenüber der früher erhaltenen nicht einmal minderwertig. Aber auch wenn dies der Fall wäre, so könnte nicht Ausübung des Rechtes, sondern bloß eine Entschädigung

für den Minderwert verlangt werden. Die Beklagte gibt zu, daß der Streitwert des Hauptbegehrens 3000 Fr. übersteige, und daß das Bundesgericht zur Erledigung der Streitfache kompetent sei. Von dem Vorschlage der Kläger, eventuell schon in diesem Prozesse die Entschädigungssumme festsetzen zu lassen, könne die Beklagte keinen Gebrauch machen. Ihr Schluß geht auf Abweisung der Klage, unter Kostenfolge.

In der Replik wird zugegeben, daß in der Kaserne eine Anzahl Wasserkasten vorhanden gewesen seien. Ihr Inhalt sei jedoch nicht zur Reinigung der Aborte verwendet worden. Das Wasser sei vielmehr zu Feuerlöschzwecken bestimmt gewesen und im Spätjahr nach Abzug der Truppen durch den Kasernenverwalter und seine Arbeiter in's Freie getragen worden. Eine Reinigung der Kaserne habe allerdings nach Entlassung der Truppen und eine Generalreinigung jeweilen im Spätjahr nach Schluß der militärischen Saison stattgefunden. Allein zu diesen Reinigungen sei niemals Kastenwasser, sondern nur gesottenes Wasser mit Soda verwendet worden, das dann allerdings in die Aborte gebracht worden sei. Alle diese Reinigungen hätten nur einen verhältnismäßig geringen Wasserverbrauch bedingt, der um so weniger den Düngwert der Jauche beeinträchtigt habe, als diese im Herbst meist vor der Hauptreinigung habe weggenommen werden können. Dem gegenüber bilde die Anlage der neuen Spülvorrichtungen eine tiefgreifende Neuerung. Jedenfalls liege eine große Differenz im Wasserzusaß vor, da die Wasserverwendung bei der frühern Art der Reinigung eine sparsame habe sein müssen, während jetzt unbeschränkt Wasser zugeföhrt werden könne und zugeföhrt werde, da man jedenfalls im Interesse der Reinlichkeit und der Salubrität auf den Düngwert der Jauche nicht Rücksicht nehmen werde. Hierin liegt eine beständige Gefährdung der Rechte der Kläger, die schutz- und mehrlos der Willkür des Verpflichteten preisgegeben wären. Die Spülvorrichtung könnte allerdings in einer Weise gebraucht werden, daß dadurch der Düngwert der Jauche nicht wesentlich aufgehoben würde. Allein für einen derart beschränkten Gebrauch werde den Klägern von der Beklagten keine Garantie geboten. Daß die Nutznießer die Jauche auch seit der Benützung der neuen Spülvorrichtung bezogen und verwendet

hätten, beweise nicht, daß der Düngwert derselbe geblieben sei. Es möge sich die Kasernenverwaltung bisher eine gewisse Zurückhaltung und Mäßigkeit im Wasserverbrauche auferlegt haben, allein es müsse die Wirkung der betreffenden Vorrichtungen nach ihrer maximalen Wirkungsfähigkeit beurteilt werden.

In der Duplik wird bestritten, daß der Inhalt der Wasserbehälter nicht zur Reinigung der Kaserne benutzt und nicht in die Abtrittgruben gelangt sei. Die Kläger werden dabei behaftet, daß von Anfang an eine Verwässerung des Grubeninhalts mit Wissen und Willen der Klägerschaft und ohne jeden Schaden stattgefunden habe. Übrigens habe die Eidgenossenschaft bei einer Anzahl von Kasernen ähnliche Spüleinrichtungen angebracht, ohne daß der Absatz der Jauche zu Düngzwecken deshalb auf Schwierigkeiten gestoßen sei. Es wird dann namentlich geltend gemacht, daß die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Benützung der Spülvorrichtungen und einer daraus sich ergebenden Beeinträchtigung des Rechtes der Kläger die Klage noch nicht als begründet erscheinen ließen, sondern daß von den Klägern der Beweis geleistet werden müsse, daß ihre Rechte wirklich verletzt seien, die Jauche unbrauchbar gemacht werde.

C. Im heutigen Vorstande wiederholen die Vertreter der Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge. Advokat Janggen wiederholt überdies die bereits am 10. Oktober 1895 abgegebene Erklärung, daß sich die Beklagte verpflichte, „dafür zu sorgen, daß in der Kaserne Herisau regelmäßig nur eine tägliche Spülung der Aborte vorgenommen und das damit betraute Personal angehalten werde, mit dem Wasser zu sparen; Fälle von Epidemien etc. und bezügliche ärztliche Anordnungen jederzeit unbedingt vorbehalten.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist nach den Erklärungen der Parteien über den Wert des Streitgegenstandes durch Art. 48 Ziff. 2 D.-G. gegeben.

2. Die Kläger wollen, wie namentlich aus der Klagsbegründung hervorgeht, gegenüber der Beklagten ein Nutzungsrecht zur Anerkennung bringen, das ihnen an der Kaserne in Herisau

zustehen und das durch den Gebrauch von neulich darin angebrachten Vorrichtungen beeinträchtigt sein soll. Und zwar wird, wie mehrfach betont worden ist, ein dingliches Recht in Anspruch genommen, das, weil es sich um ein Recht an einer fremden Sache handelt, nur eine Servitut sein kann. Man hat es also mit einer konfessorischen Klage zu tun. Dem entspricht auch der erste Klagsantrag. Dieser geht nämlich in seinem Schlusse, der einzig kondemnatorischer Natur ist, dahin, es habe die Beklagte die Benutzung der Vorrichtungen, durch welche die Kläger in ihren Rechten verletzt werden sollen, zu unterlassen. Ein solcher Anspruch entspricht vollständig dem Standpunkte eines Servitutberechtigten, der sich gegen Eingriffe in sein Recht wehren will. Anders verhält es sich mit dem zweiten Klagsantrage, der zum ersten in ein Verhältnis der Alternative gesetzt ist. Dieser geht dahin, es sei die Beklagte zu verhalten, das Recht der Kläger mit Geld auszulösen, und hiefür das Expropriationsverfahren einzuschlagen. Ein solcher Antrag rechtfertigt sich aus der Stellung eines Servitutberechtigten, der sich in seinem Rechte verletzt glaubt, allein nicht. Diesem erwächst aus einer Verletzung seines Rechtes lediglich der Anspruch, die Beseitigung des ihn beeinträchtigenden und die Wiederherstellung des frühern Zustandes, sowie Ersatz des ihm entstandenen Schadens, nach Umständen auch Sicherheit gegen drohende Störungen zu verlangen (vergl. Windscheid, Pandekten, 6. Auflage, I, § 217). Dagegen fließt aus seiner Servitutberechtigung keineswegs der Anspruch, im Falle der Verletzung die Ablösung seines Rechtes in Geld zu verlangen. Hierzu müßte ihn eine besondere Norm des objektiven Rechts ermächtigen. Eine solche ist aber nicht ersichtlich. Zwar haben sich die Kläger in einer schriftlichen Eingabe vom 30. Januar 1896 und auch heute wieder auf Art. 7 der Verfassung des Kantons Appenzell-Außerrhoden und auf die §§ 51, 52 und 36 des Gesetzes über die Liegenschaften in genanntem Kanton, vom 28. April 1889, berufen. Erstere Bestimmung spricht die Gewährleistung des Eigentums und den Grundsatz der Zwangsabtretungspflicht aus Gründen des öffentlichen Wohles aus, in welchen Fällen jederzeit volle Entschädigung zu leisten sei, und letzterer Satz ist in den §§ 51 und 52 l. c. näher ausgeführt,

während § 36 eine Spezialbestimmung über Erstellung und Unterhalt von Zaunelästen enthält. Daraus folgt nun aber keineswegs, daß der in der Ausübung seines Rechtes beeinträchtigte Servitutberechtigte verlangen könne, daß sein Recht abgelöst und er in Geld ausgewiesen werde. Insbesondere verleiht die Anerkennung einer Zwangsabtretungspflicht gegen volle Entschädigung einem Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten nicht das Recht, zu fordern, daß er expropriert werde. Ob eine Expropriation vorzunehmen sei, darüber entscheidet lediglich derjenige, dem im öffentlichen Interesse das Expropriationsrecht verliehen ist. Von ihm einzig hängt es ab, ob er sich desselben bedienen wolle. Erst wenn er, kraft seines Expropriationsrechtes, das Eigentum oder andere dingliche Rechte Dritter in Anspruch nimmt, entsteht für diese ein Recht auf Entschädigung. Dagegen kann der Expropriationsberechtigte nicht auf dem Rechtswege gezwungen werden, das Enteignungsrecht auszuüben. Vorliegend hat nun die Beklagte keineswegs erklärt, daß sie die Kläger expropriieren wolle, und es ist ihr das Expropriationsrecht auch nicht durch die hiefür zuständige Behörde erteilt worden. Läge aber auch ein Expropriationsfall vor, so würden die Kläger daraus doch nicht einen Anspruch im Sinne ihres zweiten Klagsantrages herleiten können, sondern lediglich einen Entschädigungsanspruch, und zwar müßte dieser, wie die Kläger selbst zugeben, in einem besondern Verfahren geltend gemacht werden. Eher hätte von den Klägern ein Schadenersatzanspruch wegen dauernder Beeinträchtigung in der Ausübung ihres Rechtes erhoben werden können. Ein solcher hätte wohl grundsätzlich gutgeheißen werden müssen. Denn der Umstand, daß die Beeinträchtigung des Rechtes aus Gründen des öffentlichen Wohles erfolgt ist, würde einen Schadenersatzanspruch nicht ausschließen, wie die Beklagte meint. Allein ein solches Begehren ist aus dem zweiten Klagsantrage nicht herauszulesen, und es kann daher der letzere jedenfalls nicht gutgeheißen werden.

3. Bei der Prüfung des ersten Klagsantrages fragt es sich in erster Linie, ob hergestellt sei, daß den Klägern ein dingliches Nutzungsgrecht an der Liegenschaft der Beklagten mit dem behaupteten Inhalte und in dem behauptetem Umfange zustehe oder nicht. In

dieser Beziehung ist vorerst darauf zu verweisen, daß die Beklagte in ihrer Antwort ausdrücklich erklärt hat, daß sie die f. Z. zu Gunsten der Klägerschaft errichtete Servitut auf den unentgeltlichen Bezug des von der Kaserne sich ergebenden Abflusses nie bestritten, sondern stets anerkannt habe. Die Nutzungsberechtigung der Kläger steht danach prozessualisch fest, und zwar ist sie wohl auch von der Beklagten als dinglich betrachtet worden, sonst hätte sie sich nicht des Ausdruckes Servitut, der übrigens mehrfach wiederkehrt, bedienen dürfen. Zudem könnte sie jetzt kaum einen andern Standpunkt einnehmen, nachdem sie im Vertrage vom 1. Februar 1882, allerdings nicht den Klägern, sondern dem Kanton Appenzell-Außerrhoden gegenüber, das Nutzungsrecht der Kläger anerkannt und ebenfalls als Servitut bezeichnet hatte. Heute hat der Anwalt der Beklagten eine andere Konstruktion des Rechtsverhältnisses versucht. Er hat ausgeführt, man habe es bloß mit einer persönlichen Verpflichtung zu tun, nicht mit einer dinglichen Last. Allein abgesehen davon, daß sich die Beklagte damit in Widerspruch setzt mit ihrem frühern Verhalten und mit ihren schriftlichen Vorkehren, ist auch nach dem Inhalt und dem Zweck der Berechtigung anzunehmen, daß eine dingliche Last habe konstituiert werden wollen. Darauf weist schon der Umstand hin, daß die Berechtigung im gleichen Akte verkündet wurde, wie die Abtretung des Bodens; man darf daraus schließen, daß nicht das unbeschränkte Eigentum übertragen werden, sondern daß sich der frühere Eigentümer einen gewissen Abnußen des Grundstückes vorbehalten wollte. Dann aber spricht der Ausdruck, daß „zu allen und jeden Zeiten“ der „Abfluß“ zur Verfügung der Abtreterin stehen soll, unstreitig gegen die Annahme einer bloß obligatorischen Verpflichtung der Schenknehmerin. Wer sich so bindet, gibt einen Teil der Befugnisse des Eigentümers einem Dritten preis, d. h. er errichtet auf seinem Grundstück eine Servitut. Diese Rechtsform entspricht wohl auch am besten dem Inhalt der Berechtigung: Die vorausgesetzte Verwendung des abgetretenen Bodens versprach einen für ländliche Zwecke wohl verwendbaren Abnußen, und zwar auf längere Zeit hin. Da war es denn natürlich, daß sich der frühere Eigentümer diesen Abnußen gleichsam als Entgelt für die Schenkung in Form einer

dinglichen Berechtigung vorbehielt. Übrigens hat die Beklagte weder die Aktivlegitimation der Kläger, noch ihre Passivlegitimation bestritten, während doch, wenn die Verpflichtung als bloß obligatorische zu betrachten wäre, der Übergang von den ursprünglichen Kontrahenten auf die Prozeßparteien auf der aktiven und passiven Seite nicht ohne weiteres feststünde. Dem könnte nun entgegengehalten werden, daß die Berechtigung der Kläger sich weder unter den Begriff der Prädialservitut, noch unter denjenigen der Personalservitut, die Ausdrücke in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen, einreihen läßt. Es ist dabei vorauszuschicken, daß von keiner Seite Bestimmungen des kantonalen Rechtes, die diese Materie der Servituten regeln würden, angeführt worden sind; man ist deshalb auf die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze verwiesen. Zum Begriffe einer Prädialservitut nun fehlt vorliegend das herrschende Grundstück; das Recht ist nicht zum Vorteil des übrigbleibenden Terrains der Rechtsvorfahrin der Kläger vorbehalten worden. Aber auch eine gewöhnliche Personalservitut liegt nicht vor; eine solche erlischt mit dem Tode des Berechtigten, was ebenfalls auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis nicht zutrifft. Allein in der Rechtsentwicklung ist das letztere Erfordernis als Element des Begriffs einer persönlichen Dienstbarkeit nicht festgehalten worden. Nicht nur kann als Personalservitut bestellt werden, was sonst regelmäßig den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildet, sondern es ist auch die Vererblichkeit auf der aktiven Seite mit dem Begriffe einer Personalservitut nicht unvereinbar (vergl. Windscheid, Pandekten, 6. Auflage, Bd. I, § 201, Note 7, und § 215, Note 7; Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 215 f.; Zachariä: Über die sogenannten irregulären Personalservituten, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXVII; Seufferts Archiv, IX, Nr. 10; XXIII, Nr. 112; XXIX, Nr. 111). Es steht also nichts entgegen, daß man die Berechtigung der Kläger, durch die nach dem Errichtungsakte dauernd das Eigentum des abgetretenen Grundstückes in einer gewissen Richtung zu Gunsten der Abtreterin und ihrer Rechtsnachfolger beschränkt werden sollte, als (vererbliche) Personalservitut betrachtet. Ihr Inhalt besteht darin, daß der jeweiligen Berechtigten auf den „Abfluß“, der sich bei der bestimmungsgemäßen

Verwendung des abgetretenen Grundstückes daraus ergeben muß, Anspruch hat. Bei der Auslegung des Wortes „Abfluß“ ist davon auszugehen, daß sich, worüber die Parteien einig sind und wie auch die Experten bestätigen, aus einer Kaserne eine gute Jauche ergibt, die um ihrer Vorzüge willen gesuchter ist und besser bezahlt wird als die gewöhnliche Jauche. Dieses Produkt von besonderer Düngkraft wollte sich die Rechtsvorfahrin der Kläger offenbar vorbehalten; darauf ging der für den Inhalt des Rechtes maßgebende Wille der Parteien. War aber danach die Dualität der Jauche ein wesentliches Moment bei der Konstituierung der Servitut, so kann der Auffassung der Beklagten, die Kläger hätten bloß Anspruch auf den jeweiligen sich ergebenden Grubeninhalt, nicht beigetreten werden; auch genügt es nicht, daß dieser überhaupt noch irgendwelche Düngkraft besitze, sondern es muß mit den Klägern gesagt werden, daß ihnen ein Grubeninhalt von bestimmter Qualität zugesichert worden sei. Kleinere Veränderungen in der Zusammensetzung und unbedeutende Schwankungen im Düngwert des Grubeninhaltes könnten allerdings nicht in Betracht fallen. Wohl aber enthielte eine wesentliche Verschlechterung der Jauche, wie sie behauptet wird, eine Beeinträchtigung der Rechte der Kläger. Denn es liegt auf der Hand und wird namentlich von dem Spezialexperten Frischknecht bestätigt, daß größere Zusätze kalten Wassers die Düngkraft der Jauche beeinträchtigen oder gar aufheben; solche brauchen sich also die Kläger, die auf eine gute Jauche Anspruch haben, nicht gefallen zu lassen. Damit stimmt auch der Gebrauch des Ausdruckes „Abfluß“ überein. Maßgebend für die Auslegung desselben ist der örtliche Sprachgebrauch zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit. Und nun berichtet der Sachverständige Frischknecht, darunter seien die natürlichen Exkremente von Menschen und Thieren verstanden; es werde auch hier und da in kleinen Quantitäten gesottenes Spül-, Seifen- oder Sodawasser in den Abflußkasten geleert; sobald dies aber in bedeutendem Maße geschehe, werde damit der Abfluß verschlechtert; ungesottenes, kaltes Spülwasser sei unter dem Namen Abfluß ganz ausgeschlossen, dasselbe habe nicht bloß keinen Düngwert, sondern vermindere den Gehalt des Futters an Nährstoff. Zu diesem Gutachten bemerken die Haupt-

experten Schlatter, Kilchmann und Hirt, unter Abfluß habe man früher den Inhalt der Dünggruben verstanden, in welche außer den menschlichen und tierischen Excrementen das Küchenabwasser geleitet worden sei. Eine regelmäßige Beimischung von größeren Mengen Spülwassers umfasse der alte Ausdruck Abfluß nicht. Vorliegend seien unter diesem Ausdruck die Fäkalien und das Reinigungswasser der Abtritte nach damaliger Übung, durch Reinigung mit Gelte, Kübel und Bürste, und andere Schmutzwässer zu verstehen, darunter falle das Spülwasser aus einer eigens konstruierten Druckwasserleitung nicht, weil eine solche Einrichtung außerhalb der Erfahrung und des Gedankenkreises der damaligen Kontrahenten gelegen sei. Also durfte nach der Berechtigung, wie sie im Errichtungsakte begründet wurde, wohl das gekochte Spül- und Schmutzwasser in die Gruben geleitet, aber es durfte deren Inhalt nicht mit größeren Mengen kalten Wassers versetzt werden. Auch die Beklagte scheint übrigens früher das Recht der Kläger etwas anders aufgefaßt zu haben als heute; denn wenn sie im Jahre 1882 schon die Auslösung der Dienstbarkeit in's Auge gefaßt hat, so ist sie dazu offenbar geführt worden durch die Erwägung, daß durch neue Spüleinrichtungen das Recht der Kläger beeinträchtigt werden möchte, und daß dieser Konflikt durch Ablösung der Dienstbarkeit zu heben sei. Nun wird aber weiter eingewendet, auch schon vor dem Jahre 1894 habe eine Auspülung der Abtritte mit kaltem Wasser stattgefunden, ohne daß die Kläger dagegen Reklamationen erhoben hätten. Hierin kann die Einrede des Verzichts, oder doch des teilweisen Verzichts der Kläger auf ihr Recht erblickt werden. Angenommen jedoch, die tatsächliche Unterlage dieser Einrede wäre zugestanden oder bewiesen, so dürfte immerhin daraus allein, daß eine mißbräuchliche Wasserbeimischung während längerer Zeit stattgefunden hat, nicht auf einen Verzicht auf das Recht selbst geschlossen werden. Es läge eben so nahe, eine bloße Duldung anzunehmen, ein Gewährenlassen, das nun nach Anbringung durchaus neuer Spülvorrichtungen sein Ende erreicht hat. Freilich steht die Klage auf dem Standpunkt, daß erst durch die neuen Einrichtungen das Nutzungsrecht der Kläger beeinträchtigt worden sei, was die Annahme eines teilweisen Verzichts unterstützen würde. Allein es ist darauf hinzuweisen, daß die Kläger in der Replik die Behauptung, daß schon früher

kaltes Wasser in größeren Mengen den Gruben zugeführt worden sei, bestritten haben, und in rechtlicher Beziehung ist doch immer auf den Schenkungsvertrag vom Jahre 1865 zurückzugehen. Es kann deshalb auch aus dem Verhalten der Kläger auf einen Verzicht auf ihr Recht nicht geschlossen werden, und es wird bloß für die Frage der Rechtsverletzung in tatsächlicher Beziehung in Betracht fallen, daß die Kläger lediglich den jetzigen mit dem unmittelbar vorausgehenden Zustand vergleichen und bloß die Unterlassung der Benutzung der neuen Spüleinrichtung verlangen.

4. Ob nun diesem Begehren zu entsprechen sei, hängt nach dem Gesagten einzig noch davon ab, ob durch die neue Einrichtung das Nutzungsrecht der Kläger verletzt, m. a. W., ob tatsächlich die Sauche mit größeren Mengen kalten Wassers versetzt werde oder nicht. Dies ist nach dem Resultate der Beweisführung zu bejahen, und zwar auch dann, wenn man bloß die jetzige Art der Spülung mit der bisher gebräuchlichen vergleicht.

(Dies wird im Urtheil des nähern ausgeführt; daselbe fährt dann fort):

Es ist deshalb den Klägern ihr erstes Begehren, soweit es einen kondemnatorischen Schluß enthält, zuzusprechen. Daran kann die Erklärung, die die Beklagte am 10. Oktober 1895 abgegeben und heute wiederholt hat, nichts ändern. Denn wenn sie sich damit auch verpflichtet wollte, nur einmal täglich spülen zu lassen und zwar sparsam, so wird doch nach der Beweisführung auch schon bei dieser Art der Benutzung die Berechtigung der Kläger beeinträchtigt, so daß dadurch der Klagsanspruch nicht hinfällig wird. Andererseits können weitere Maßnahmen, um die Kläger vor künftigen Mißbrauch zu schützen, richterlich nicht getroffen werden. Es hätte sich in dieser Beziehung lediglich darum handeln können, ob die Beklagte zur Sicherheitsbestellung gegenüber spätern Gefährdungen zu verhalten sei. Allein ein solches Begehren ist überhaupt nicht gestellt worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Den Klägern wird die Klage insofern zugesprochen, als die Beklagte verhalten wird, die streitige Spülung zu unterlassen.