

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

60. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. September 1919

i. S. Michael Weniger-Weiher-Legat
gegen Wirth und Mitbeteiligte.

Art. 17 und 3 SchlT zum ZGB, 730, 782, 788 ZGB. Unzuständigkeit des Bundesgerichts zur Auslegung vor dem 1. Januar 1912 geschlossener Verträge auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit oder Reallast. — Reallast oder Dienstbarkeit verbunden mit der Pflicht des Belasteten zu gewissen akzessorischen positiven Leistungen i. S. von Art. 730 Abs. 3 ZGB? Anspruch auf Befreiung von den letzteren gegen Verzicht auf die Gegenleistung des Dienstbarkeitsberechtigten wegen infolge Veränderung der Verhältnisse eingetretener finanzieller Unerschwinglichkeit?

A. — Die Firma Michael Weniger & C^{ie} hatte in den 1820iger Jahren auf Grund eines Abkommens mit dem Stadtrate von St. Gallen auf einem von ihr erworbenen Grundstücke im oberen Tale der Steinach bei St. Georgen einen Weiher erstellt. Das ihn speisende Wasser entspringt nicht auf der Weiherliegenschaft selbst, sondern fliesst ihr von anderen Grundstücken zu. Durch die Anlage des Weihers sollte es zum Zwecke der Versorgung der unterhalb gelegenen Wasserwerke mit Triebkraft gesammelt und gestaut werden. Mit Vertrag vom 25. Juli 1827 verpflichteten sich, unter Aufhebung des erwähnten Abkommens, einerseits Michael Weniger & C^{ie}, den Weiher mit Zubehör unverändert zu erhalten, sodass er seinem Zwecke als Wassersammler gänzlich entspreche, und einen Aufseher zu bestellen, der den Abzug des Wassers und den Zug der Fallen nach einer im Vertrage niedergelegten Ordnung besorge, andererseits die Besitzer der unterhalb gelegenen Wasserwerke, an die

Weihereigentümerin einen für jeden von ihnen einzeln festgesetzten Wasserzins zu zahlen. Im Jahre 1831 wies Michael Weniger die Weiher-Liegenschaft mit allen daran haftenden Rechten und Pflichten einer von ihm errichteten Familienstiftung, dem « Michael Weniger-Weiher-Legat » zu. Nach dem Stiftungsakte hatte es dabei die Meinung, dass aus den Wasserzinsen allmählich ein Kapital angesammelt werde, dessen Erträge zusammen mit einem Teil der neu eingehenden Zinsen den genussberechtigten Angehörigen des Stifters und deren Nachkommen zufallen sollten. « Zur gütlichen Austragung der mehrjährigen Anstände wegen Reinigung und Unterhalt des Weniger-Weihers » wurde dann am 27. Dezember 1863 zwischen den « Nutzniessern » der Stiftung und den Wasserwerksbesitzern an der Steinach ein weiterer, den früheren von 1827 teilweise ersetzender Vertrag geschlossen. Danach übernahm die Stiftung als Eigentümerin des Weihers es, diesen in seinem ursprünglichen Gehalte wiederherzustellen und das im Laufe der Zeit darein eingeschwemmte Geschiebe zu beseitigen, den Damm « um 4 ½ Fuss von 0 Pegel » zu erhöhen und den Weiher auch künftig auf ihre Kosten zu reinigen und zu unterhalten, welche Verpflichtungen als « Grunddienstbarkeit » zu Gunsten der Wasserwerke auf der Weiher-Liegenschaft eingetragen werden sollten. Ferner wurde die frühere Vereinbarung über die Regelung des Abflusses durch die Bestimmung ersetzt, dass es den am Wasser Berechtigten überlassen sein solle, sich über dessen Benützung und Abzug nach Gutfinden zu verständigen, unter dem Vorbehalte, dass von dieser Verständigung dem Weihereigentümer jeweilen Kenntnis gegeben und der Abzug nicht so bestimmt werde, dass dadurch der Damm gefährdet werden könnte. Die Wasserwerkbesitzer ihrerseits verpflichteten sich, für die bezeichnete Herstellung und Unterhaltung des Weihers den Wasserzins auf insgesamt 4404 Fr. 60 Cts. jährlich zu erhöhen und die jeden von ihnen daran treffende Leistung « auf den Wasser-

triebwerken nebst dazu gehörenden Gebäulichkeiten samt Grund und Boden als immerwährende Grunddienstbarkeit oder Realast » vormerken zu lassen. Um künftige Streitigkeiten zu vermeiden, sollte die Grösse des Weihers durch Sachverständige ausgemittelt und mittelst Vermarkung und Planaufnahme » für immer » festgestellt werden.

Im Jahre 1885 schlossen sich die Wasserwerkbesitzer, welche mit der Michael Weniger-Weiher-Stiftung die Verträge von 1827 und 1863 abgeschlossen hatten, zu der Rütowiher-Korporation zusammen. Nachdem Stiftung und Wasserwerkbesitzer seit 1911 vergeblich über die Auslegung der erwähnten beiden Verträge und deren Ersetzung durch eine neue Vereinbarung unterhandelt hatten, reichten im Jahre 1918 sowohl die Rütowiher-Korporation als solche wie die sie bildenden Wasserwerkbesitzer einzeln gegen die Michael Weniger-Stiftung eine Klage ein, mit der sie die genauere Feststellung ihrer Rechte in einer Reihe von Punkten anstrebten. Im Verfahren vor Bundesgericht ist davon nur noch das vierte Klagebegehren streitig: « es sei festzustellen, dass die Kläger das Recht zur periodischen Kontrolle des Weihers, des Wasserstandes, der Abflussverhältnisse usw. hätten und zu diesem Zwecke das Weihergebiet jederzeit betreten dürften. »

Die Stiftung stellte widerklageweise die Begehren:

1. es sei zu erkennen, dass der Vertrag vom 27. Dezember 1863 nicht rechtsgiltig zustandegekommen sei;
2. die Widerbeklagten haben ihr an die bis anhin durch Betrieb, Unterhalt und Reinigung des Weniger-Weiher über die Wasserzinsen hinaus entstandenen Mehrkosten 30,000 Fr. zu vergüten;
3. für die Zukunft seien die Wasserzinsen auf einen Betrag zu erhöhen, aus dem jederzeit die Kosten des Unterhalts, Betriebs und der Reinigung des Weihers nebst zugehörigen Einrichtungen und eine angemessene Entschädigung für Mühewalt bestritten werden könnten, und es sei dieser Betrag bis auf weiteres auf 10,000 Fr.

jährlich, eventuell auf eine Summe nach richterlichem Ermessen festzusetzen;

4. die Verpflichtung der Widerklägerin zur Wasserabgabe an die Widerbeklagten sei als im Sinne des Art. 788 ZGB jederzeit ablösbar zu erklären,

5. eventuell sei jedenfalls der Widerklägerin das Recht einzuräumen, sich des Betriebes, Unterhalts sowie der Instandstellung und Reinigung des Weihers gegen Verzicht auf Wasserzins zu entschlagen.

Von diesen Begehren sind das erste und zweite schon im kantonalen Appellationsverfahren fallen gelassen worden. Zur Begründung des dritten, vierten und fünften wird vorgebracht: ein so grosses und kostspieliges Werk wie der Weniger-Weiher wäre nicht erstellt worden, wenn der Erbauer nicht die Aussicht gehabt hätte, dadurch neben der Deckung der Kosten noch einen gewissen Gewinn zu erzielen. Auf dieser Grundlage seien denn auch seiner Zeit im Jahre 1827 die Wasserzinsen festgesetzt worden. Auch der Stiftungsakt von 1831 zeige, dass man mit einem erheblichen Ueberschusse jener über die Kosten gerechnet habe. Als sich dann in den 1850iger Jahren herausgestellt habe, dass die Wasserzinsen nicht mehr ausreichten, um die Unkosten zu bestreiten und das Stiftungsvermögen angemessen zu öffnen, sei es zu dem neuen Vertrage von 1863 gekommen, « in der beiderseitigen Auffassung und Willensmeinung, dass durch den darin vereinbarten höheren Wasserzins der Zweck des Legates wieder sichergestellt werden solle. Die spätere Entwicklung der Verhältnisse habe indessen diese Erwartung neuerdings zu nichte gemacht. Während 1863 die vollständige Reinigung des Weihers mit Dammerhöhung noch 19,000 Fr. gekostet habe, sei sie im Jahre 1904 bloss für den halben Weiher schon auf 32,000 Fr. zu stehen gekommen. Während des Krieges seien alle Kosten weiter in einem Masse gewachsen, dass die Stiftung dem sicheren Ruin entgegengehe, wenn nicht der Wasserzins wieder hinaufgesetzt werde. Nach dem über

den Parteiwillen beim Abschluss der Verträge von 1827 und 1863 Gesagten bilde diese Erhöhung nur die selbstverständliche Folge der veränderten Sachlage: die Deckung der Kosten sei dabei das Mindeste, worauf die Widerklägerin Anspruch habe. Werde dem dahingehenden Begehren nicht entsprochen, so müsste ihr zur Vermeidung weiteren Schadens jedenfalls die Möglichkeit vorbehalten werden, die Rechte der Widerbeklagten am Weiher gegen Entschädigung abzulösen. Da es sich um eine auf dem Grundstück haftende Leistung — Wasserlieferung — handle, genüge hiezu nach Art. 788 ZGB, dass die Last mehr als dreissig Jahre bestanden habe: weitere Voraussetzungen seien nicht erforderlich. Zum mindesten gebiete es unter diesen Umständen die Billigkeit, dass die Stiftung sich von der wegen der Kosten unerschwinglich gewordenen Verpflichtung zur Reinigung, Instandhaltung und zum Betriebe des Weihers durch Verzicht auf die Gegenleistung den Wasserzins befreien könne, in der Meinung dass es den Klägern überlassen sei, dafür selbst zu sorgen.

Die Kläger beantragten Abweisung der Widerklage. Sie bestreiten die Angaben der Widerklägerin über das Verhältnis zwischen Wasserzins und Kosten sowie die Berechtigung der daraus gezogenen Schlussfolgerungen und behaupten, die ihnen am Weiher-Grundstück zustehenden Berechtigungen stellten sich nicht als Reallasten, sondern als Grunddienstbarkeiten dar. Deren Löschung könnte daher nur unter den nicht vorliegenden Voraussetzungen des Art. 736 begehrt werden.

B. — Durch Urteil vom 22. März 1919 ist das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen I. Zivilkammer auf die Klage der Rütiweiher-Korporation wegen fehlender Aktivlegitimation nicht eingetreten. Im übrigen, d. h. im Verhältnis zwischen der Beklagten und den ebenfalls als Klägern aufgetretenen einzelnen Wasserwerkbesitzern, hat es die Klage in der Hauptsache, hinsichtlich Begehren 4 « im Sinne der Motive » gutgeheissen und die Wider-

klage abgewiesen. In den das Klagebegehren 4 betreffenden Erwägungen wird ausgeführt: Die Beklagte erhebe Einspruch dagegen, dass den Klägern die Befugnis zuerkannt werde, das Weihergebiet « jederzeit » zu betreten. Nun beanspruchten aber die Kläger jene Befugnis nur zum Zwecke der Kontrolle über den Zustand des Weihers, Wasserstand und Abflussverhältnisse. Es komme deshalb auf dasselbe hinaus, ob man im Klagebegehren bezw. Urteilsdispositive das Wort « jederzeit » streiche oder nicht. Denn in bezug auf die Kontrolle könnten die Kläger die Zeit frei bestimmen. Soweit jene das Betreten des Grundstückes wünschenswert mache, müsse die Beklagte es sich gefallen lassen. Soweit dies nicht der Fall sei und die Absicht der Kontrolle dabei nur vorgeschützt werden sollte, könnte sie sich ihm auch dann widersetzen, wenn das Wort « jederzeit » stehen bleibe. Die Klage sei daher in diesem Punkte in dem Sinne zu schützen, dass dasselbe nur die Freiheit in der zeitlichen Einrichtung der Kontrolle, nicht die Befugnis bedeuten solle, letztere in missbräuchlicher Weise zum Schaden des Grundeigentümers über das sachlich gerechtfertigte Mass auszudehnen.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten und Widerklägerin mit dem Antrage auf Abweisung des Klagebegehrens 4 und Guttheissung der Widerklagebegehren 3, 4 und 5. Die zur Rütiweiher-Korporation gehörenden 19 Wasserwerkbesitzer, die infolge Nichtweiterziehung des Urteils durch die Korporation als solche einzig noch als Kläger aufgetreten, haben auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Frage, welche Ansprüche den Parteien auf Grund der Verträge vom 25. Juli 1827 und 27. Dezember 1863 gegen einander zustehen, beurteilt sich, da beide Vereinbarungen vor dem 1. Januar 1883 bzw. 1. Januar 1912 abgeschlossen worden sind, nicht nach eidgenös-

sischem, sondern nach altem kantonalen Rechte. Dies ist nach Art. 882 alt OR ohne weiteres klar und bedarf keiner Begründung, soweit Rechte und Verpflichtungen obligatorischer Natur in Betracht kommen. Es trifft aber auch zu für die durch die erwähnten Verträge geschaffenen dinglichen Rechtsverhältnisse. Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, stellt sich die Bestimmung des Art. 17 Abs. 2 SchlT zum ZGB, wonach Eigentum und beschränkte dingliche Rechte in bezug auf ihren Inhalt nach dem Inkrafttreten des ZGB unter neuem Rechte stehen, lediglich als Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes des Art. 3 ebenda dar. Sie gilt demnach nur insoweit, als das Gesetz den Inhalt der betreffenden Rechte unabhängig vom Willen der Beteiligten umschreibt. Soweit solche zwingende Normen nicht bestehen, sondern die nähere Bestimmung des Inhalts des zu begründenden Rechts, wie dies für Dienstbarkeiten und Reallasten in weitem Umfange zutrifft, der Vereinbarung zwischen den Parteien überlassen ist, bleibt letztere für die gegenseitigen Rechte und Pflichten auch nach dem 1. Januar 1912 mit den Wirkungen, die sie bis dahin hatte, massgebend. (Art. 17 Abs. 1 und Art. 1 SchlT). Es untersteht deshalb auch die Auslegung derartiger altrechtlicher Verträge auf Bestellung einer Dienstbarkeit oder Reallast, die nichts anderes als ein Teil der Feststellung ihrer Wirkungen ist, gemäss den eben erwähnten intertemporalen Regeln nach wie vor ausschliesslich dem beim Abschluss geltenden, also dem kantonalen Rechte und entzieht sich der Kognition des Bundesgerichts (AS 38 II S. 750, 39 II S. 52, S. 203 ff., 40 II S. 214 Erw. 2; MUTZNER, Kommentar zu Art. 17 SchlT Nr. 74 bis 76).

2. — Dieses kann demnach jedenfalls auf die Berufung insoweit nicht eintreten, als sie sich gegen die Gutheissung des allein noch streitigen Begehrens 4 der Hauptklage richtet. Ob und in welchem Umfange den Klägern auf dem Grundstücke der Beklagten Kontrollbefugnisse

zustehen und ob sie mit Rücksicht darauf jenes betreten dürfen, hängt in erster Linie von der im Verträge von 1863 getroffenen Regelung des gegenseitigen Verhältnisses ab. Da die Beklagte nicht behauptet, dass der Anerkennung eines danach anzunehmenden Rechtes zu solcher Kontrolle zwingende Normen des ZGB entgegenstehen würden, kommt demnach die Verletzung eidgenössischen Rechtes nicht in Frage. Im übrigen könnte auch die Anwendung des gesetzlichen Dienstbarkeitsrechts des ZGB in diesem Punkte nicht zur Gutheissung der Berufung führen. Wenn die Vorinstanz erklärt, die den Klägern zugebilligte Kontrolle sei zur Erhaltung und Ausübung der ihnen zustehenden Wasserbezugsrechte notwendig, so beruht diese Schlussfolgerung, die zwar keine bloss tatsächliche, sondern zugleich auch eine rechtliche ist, so sehr auf der Würdigung tatsächlicher, insbesondere der örtlichen Verhältnisse, dass sie vom Bundesgerichte bis zum zwingenden, hier nicht geleisteten Gegenbeweise ihrer Unrichtigkeit wohl oder übel hingenommen werden muss. Danach müsste aber das streitige Kontroll- und Betretungsrecht der Kläger schon auf Grund von Art. 737 Abs. 1 ZGB anerkannt werden.

3. — Gleiches gilt für das Begehren 3 der Widerklage. Mag man die damit verlangte Erhöhung des Wasserzinses vom Boden der Voraussetzungslehre betrachten, davon ausgehend, die Parteien haben bei der vertraglichen Festsetzung des Zinses angenommen, dass dieser zum mindesten zur Deckung der Unterhaltskosten ausreichen müsse, weshalb es ihrer Willensmeinung entspreche, dass bei Steigerung der Kosten auch der Zins entsprechend erhöht werde, oder will man den Anspruch, wie dies die Beklagte heute unter Berufung auf die Entscheidung bei SEUFFERT, Bd. 72 S. 249 versucht hat, aus dem Gesichtspunkte der Ausfüllung einer Lücke in den Parteivereinbarungen rechtfertigen, immer handelt es sich dabei um die Auslegung der Verträge von 1827 und 1863, die Feststellung des Parteiwillens bei deren Abschluss, die

nach dem Gesagten der Ueberprüfung des Bundesgerichts entzogen ist. Es ist deshalb nicht zu untersuchen, ob nicht eventuell von einem jener Standpunkte aus die Forderung hätte geschützt werden können.

4. — Anders verhält es sich mit dem durch Widerklagebegehren 4 in Anspruch genommenen Rechte zur Ablösung der auf dem Grundstücke der Widerklägerin zu Gunsten derjenigen der Widerbeklagten haftenden Berechtigungen. Die Bestimmungen der Art. 736 und 788 Ziff. 2 ZGB über die Ablösung bestehender Dienstbarkeiten und Reallasten sind ohne Frage zwingender Natur, was für Art. 788 Ziff. 2 schon daraus hervorgeht, dass er die Ablösung ausdrücklich selbst für den Fall einer vertraglich als unablösbar begründeten Last vorsieht. Sie finden demnach auch auf vor dem 1. Januar 1912 begründete Dienstbarkeiten und Reallasten Anwendung, sodass die Berufung hier als zulässig erachtet werden muss. In der Sache selbst hängt die Entscheidung davon ab, welches der rechtliche Charakter der fraglichen Belastungen ist, ob man es dabei mit einer Grunddienstbarkeit oder mit einer Reallast zu tun hat. Trifft letzteres zu, so steht der begehrten Ablösung nichts entgegen, während darüber Einverständnis herrscht, dass die Bedingungen, welche Art. 736 für die Ablösung von Grunddienstbarkeiten aufstellt, nicht gegeben wären.

Für die Beantwortung jener Frage ist es unerheblich, dass die Verpflichtungen der Widerklägerin zum Teil unbestreitbarermaßen auf positive Handlungen: Reinigung und Instandhaltung des Weihers. Reglierung des Abflusses daraus auf ihre Kosten gehen. Im Gegensatz zum gemeinen Rechte kann nach ZGB die Grunddienstbarkeit nicht nur in einem Dulden oder Unterlassen des belasteten Grundeigentümers bestehen, es kann dazu auch die Verpflichtung dieses zu einem Tun treten, wenn sie nicht den Hauptinhalt des Rechtes ausmacht, sondern mit ihm nur nebensächlich verbunden ist, dazu dient, die Ausübung des hauptsächlichen Rechtes zu

ermöglichen und zu fördern. Solcher Art sind aber die eben erwähnten positiven Verbindlichkeiten der Widerklägerin. Die ihnen entsprechenden Ansprüche haben keine selbständige Bedeutung; sie stehen in untrennbarem Zusammenhang mit dem anderen Rechte der Kläger, welches ihre Voraussetzung bildet — das über das Grundstück der Widerklägerin fliessende Wasser zu ihren, der Kläger Liegenschaften in einer bestimmten, deren Versorgung mit Triebkraft gewährleistenden Weise zugeleitet zu erhalten — und würden ohne weiteres gegenstandslos werden, wenn dieses letztere Recht infolge Versiegens des Wassers oder aus anderem Grunde untergehen sollte. Jene Inanspruchnahme des Grundstückes der Widerklägerin für die Versorgung der gewerblichen Betriebe der Kläger mit Wasserkraft ist es, welche den wesentlichen Inhalt der Berechtigung der Kläger, den eigentlichen primären Zweck der getroffenen Vereinbarungen ausmacht und ihnen den rechtlichen Charakter verleiht. Sie ist aber nicht, wie es für die Annahme einer Reallast erforderlich wäre, in die Form einer Verpflichtung der Widerklägerin zu einer positiven Leistung gekleidet worden, für die das belastete Grundstück haften würde. Es handelt sich dabei entgegen der Prämisse, von der das bei den Akten liegende Rechtsgutachten Hoffmann ausgeht, nicht etwa darum, dass die Widerklägerin den Klägern ein gewisses Quantum Wasser zu verschaffen, d. h. zu liefern und für die Erfüllung dieser Lieferungs-pflicht mit dem Weihergrundstück einzustehen hätte. Das Wasser, auf das die Verträge von 1827 und 1863 sich beziehen, wäre den Klägern ohnehin zugeflossen und es hätte die Widerklägerin auch ohne jene Verträge diesen Abfluss nicht hindern dürfen, weil ihr über dasselbe keine Verfügungsrechte zustanden, kraft deren sie es den weiter unten gelegenen Grundstücken hätte entziehen dürfen. Ihre Verpflichtung erschöpft sich darin, den Eigentümern der letzteren eine bessere Ausnützung der treibenden Kraft des bereits vorhandenen, nicht von ihr zu beschaffen-

den Wassers dadurch zu ermöglichen, dass es auf ihrer Liegenschaft angesammelt und gestaut wird, mit anderen Worten die dazu nötigen Anlagen auf ihrem Boden zu dulden und bestehen zu lassen, und sich jeder die Verwirklichung jenes Zwecke gefährdenden Eigentumsausübung zu enthalten. Sollte das Wasser versiegen und infolgedessen den Klägern nicht mehr zukommen, so würde deshalb die Widerklägerin keine weitere Leistungspflicht treffen, weder in der Weise, dass sie anderes Wasser zu stellen hätte, noch dass sie für das Interesse der Kläger, es zu erhalten, mit ihrem Grundstück haftbar wäre. Hat man es demnach bei dem, was vom Standpunkte der Kläger den Hauptinhalt des Rechtes ausmacht, auf Seite der Widerklägerin nicht mit einer Verbindlichkeit zum Handeln, sondern zu einem blossen Dulden und Unterlassen-Gestattung der Benützung des belasteten Grundstückes durch Dritte zu einem bestimmten Zwecke und Nichtverhinderung derselben — also mit einer Dienstbarkeit nach Art. 730 Abs. 1 ZGB zu tun, so müsste aber das auf Art. 788 gestützte Ablösungsbegehren auch dann abgelehnt werden, wenn man in den daneben der Widerklägerin obliegenden positiven Leistungen (Regierung des Abflusses, Instandhaltung der Weiheranlagen usw.) nicht bloss nebensächliche Handlungen im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ebenda, sondern den Charakter einer Reallast tragende besondere Ansprüche sehen wollte. Denn nach Art. 788 Abs. 3 ZGB ist die Ablösung auch solcher Rechte, welche unter den Begriff der Reallast fallen und auch sofern im übrigen die Voraussetzungen dafür erfüllt wären, ausgeschlossen, wenn die Last mit einer unablösbaren Grunddienstbarkeit in Zusammenhang steht, welcher Fall hier nach dem Gesagten zutreffen würde.

5. — Es bleibt somit lediglich zu prüfen, ob nicht, wie in letzter Linie geltend gemacht wird, ein anderer besonderer Grund, nämlich das im Laufe der Zeit eingetretene Missverhältnis zwischen Aufwendungen für die

Erfüllung und Gegenleistung (Wasserzins) der Widerklägerin das Recht gebe, sich jenes positiven Teils ihrer Verpflichtung zu entziehen, d. h. den sie dazu verbindenden Vertrag als dahingefallen zu erklären und die Ausführung der betreffenden Arbeiten unter Verzicht auf die Gegenleistung, den Wasserzins den Klägern zu überlassen. Auch hier handelt es sich um einen der Kognition des Bundesgerichts unterstehenden Punkt, da dabei das Erlöschen einer altrechtlichen Verbindlichkeit durch unter der Herrschaft des neuen Rechts eingetretene angeblich rechtsvernichtende Tatsachen — unerträgliche Steigerung der zur Erfüllung erforderlichen Aufwendungen seit dem Kriege — und nicht die Existenz der Verbindlichkeit an sich im Streite steht. Grundsätzlich wäre die Frage wohl zu bejahen.

Wenn schon das positive schweizerische Recht gleich den anderen modernen Gesetzgebungen die in der gemeinrechtlichen Lehre vertretene sog. *clausula rebus sic stantibus* als allgemeine Schranke des Weiterbestehens vertraglicher Verpflichtungen nicht kennt, so hat immerhin auch es sich der Einsicht nicht verschliessen können, dass es Fälle gibt, wo die seit Uebernahme der Verpflichtung eingetretene Veränderung der Verhältnisse die Hinfälligerklärung jener fordert, obwohl ein unter die sonst anerkannten generellen Erlöschungsgründe der Obligationen fallender Tatbestand genau genommen nicht vorliegt. Nur so lässt es sich erklären, dass es bei einer Reihe von Vertragstypen ausserordentlichen die Sachlage gegenüber dem Vertragsschluss verschiebenden Umständen selbst dadurch Rechnung trägt, dass es den Parteien bei deren Eintritt ausdrücklich das Recht einseitigen Rücktrittes vom Vertrage gewährt (vergl. z. B. Art. 373, 352, 545 letzter Absatz, 83 OR usw.). Darf daraus ein allgemeines Prinzip nicht hergeleitet werden, sondern wird regelmässig zu sagen sein, dass wer einen Vertrag für längere Zeit abschliesst, damit auch die Gefahr einer für ihn nachteiligen Wendung der Dinge

übernimmt, gleichwie er die Vorteile einer ihm günstigen Verschiebung der Sachlage in Anspruch nehmen darf, so verhält es sich doch da anders, wo aussergewöhnliche, billigerweise nicht vorauszusehende Umstände zur Folge haben, die Leistungspflicht für den Schuldner derart oneros zu gestatten, dass das Beharren dabei seinem ökonomischen Ruine gleichkommen würde. Trifft dies zu, so erscheint es nicht nur als Gebot der Billigkeit, ihn von dem unter ganz anderen Verhältnissen geschlossenen Verträge zu befreien, sondern es lässt sich diese Befreiung auch strengrechtlich sehr wohl begründen, sei es dass man auf den Grundsatz von Treu und Glauben als Schranke aller Rechtsausübung abstellt, sei es dass man eine vom Schuldner nicht verschuldete und daher nicht zu vertretende relative Unmöglichkeit der Erfüllung annimmt oder endlich einfach das vom Gesetz für gewisse Rechtsverhältnisse gewährte Rücktrittsrecht analog zur Anwendung bringt. Eine solche Lösung scheint sich insbesondere in dem Falle aufzudrängen wo, wie hier, der Dienstbarkeitsverpflichtete in Verbindung mit der seinem Grundstück auferlegten, ihrer Natur nach auf ewig oder doch auf Jahrhunderte bestimmten Dienstbarkeit, sich zu gewissen positiven Leistungen verpflichtet hat, deren wirtschaftliche Bedeutung sich bei Begründung der Verpflichtung nicht überblicken liess. Konnte auch den Parteien bei Abschluss des Servituts-Vertrages nicht entgehen, dass die damit verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten mit der Zeit sich möglicherweise in ihrer wirtschaftlichen Tragweite ändern werden, so überstieg es doch die Grenzen menschlicher Erkenntnis und Berechnung, den Umfang dieser Aenderung auf Jahrzehnte vorauszusehen. Wäre es richtig, was die Widerklage behauptet, dass infolge der in den letzten Jahren eingetretenen ausserordentlichen Preissteigerung die Last der Reinigung und des Unterhalts des Weihers im Erfolge zum finanziellen Ruin der Widerklägerin führen müsste, so würde es sich deshalb fragen, ob nicht diese von der

Last zu entbinden wäre, in der Meinung, dass die Dienstbarkeitsberechtigten befugt wären, gegen Befreiung von der Pflicht zur Zahlung des Wasserzinses die Bedienungs- und Unterhaltsarbeiten selbst zu übernehmen. So wie die Dinge liegen, besteht indessen kein Anlass hiezu heute definitiv Stellung zu nehmen, weil das dahinzielende Rechtsbegehren nach der Art. wie es im vorliegenden Verfahren gestellt und begründet worden ist, auch auf dieser Grundlage nicht geschützt werden könnte.

Von den Klägern aufgefordert, sich verbindlich darüber auszusprechen, welchen Sinn das Widerklagebegehren 5 haben solle, ob die Kläger damit ohne weiteres von der Wasserzinspflicht entbunden sein sollen, wenn sie Bedienung und Unterhalt des Weihers auf ihre Kosten besorgen, hat die Widerklägerin in der Replik erwidert, sie anerkenne keine Pflicht, unter dieser Voraussetzung auf die Erhöhung des Wasserzinses zu verzichten. Sie bezweckt also mit der Widerklage nicht etwa, wie es die Fassung des betreffenden Antrages vermuten liesse, die verbindliche Feststellung, dass die Kläger die streitigen Leistungen in Zukunft gegen Entlastung von der Wasserzinspflicht selbst zu prästieren hätten, sondern will sich lediglich die Möglichkeit gewahrt wissen, diese Uebernahme allenfalls, wenn es ihr gutscheinen sollte, und zu einem von ihr zu bestimmenden Zeitpunkte zu verlangen. Darauf brauchen sich aber die Kläger nicht einzulassen. Es kann ihnen nicht zugemutet werden, ein langwieriges und kostspieliges Beweisverfahren darüber, ob die behauptete finanzielle Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege, über sich ergehen zu lassen, solange die Widerklägerin nicht entschlossen ist, daraus die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Will die Widerklägerin eine Entscheidung hierüber erwirken, so kann es nur in der Weise geschehen, dass sie für den Fall, als dieselbe zu ihren Gunsten ausfällt, zugleich auch wirklich den Rücktritt vom Verträge, d. h. den Verzicht auf den Wasserzins unter Einwilligung in die Uebernahme des

Unterhalts der Anlagen durch die Kläger erklärt. Solange sie dies ablehnt, fehlt ihr ein rechtlich schützenswertes Interesse an der begehrten Feststellung, das nötig wäre, um die Kläger zur Einlassung auf diesen Teil der Widerklage zu verhalten. Es geht nicht an und würde gegen Treu und Glauben verstossen, wenn die Widerklägerin während der Jahre, wo der Unterhalt nur die verhältnissmässig geringen regelmässigen Kosten verursacht, ihn weiter besorgen und die Wasserzinsen einziehen könnte, um dann, wenn wieder der Augenblick einer Hauptreinigung des Weiher herannaht, sich desselben zu entschlagen.

Abgesehen hievon hat die Widerklägerin es auch unterlassen, das Material zu den Akten zu bringen, dessen es bedürfte, um zuverlässige Berechnungen über das Zutreffen der tatsächlichen Bedingungen für ihre Befreiung von der Leistungspflicht durchzuführen. Um ein richtiges Bild über das Verhältnis des Wasserzinses zu den durch den Weiherunterhalt verursachten Auslagen zu gewinnen, kann nicht bloss eine beliebige Anzahl von Jahren herausgegriffen werden. Die Vergleichung muss sich auf die ganze ungefähr 40 Jahre umfassende Periode von einer Weiherhauptreinigung zur anderen erstrecken, wobei selbstverständlich unter die Ausgaben nur solche Posten gestellt werden dürfen, die durch die Servitutsverpflichtungen der Widerklägerin veranlasst wurden, nicht Auslagen, die auch ohne jene entstanden wären, wie Verbesserungen und Reparaturen an den zur Weiherliegenschaft gehörenden Gebäulichkeiten, die der Bewerbung des landwirtschaftlichen Teiles des Gutes dienen, Aufwendungen für das letztere, die Verwaltung des Legates usw. Die von der Klägerin zu den Akten gegebenen Buchauszüge sind deshalb, weil sie nur die Jahre von 1880 bis 1911 umfassen und jene Ausscheidung der verschiedenen Ausgabenkategorien vermissen lassen, nicht ausreichend, um eine sichere Grundlage für die Beurteilung zu schaffen. Wollte man auf sie abstellen, so müsste daraus übrigens eher geschlossen werden, dass die Zinsen

ausreichen, um die Kosten zu bestreiten. Denn wenn sich danach auch ein Ausgabenüberschuss von 12,000 Fr. ergibt, so sind darin eben eine Reihe von Auslagen der oben erwähnten Art inbegriffen, die sich nicht auf die Servitutsleistungen beziehen und bei deren Ausschaltung sich das Bild offenbar wesentlich verschieben würde. Dazu kommt, dass die Widerklägerin auch keine Auskunft über das Vermögen der Stiftung gegeben hat, das auf Grund des Stiftungsaktes allmählich gebildet worden ist. Sollte sich bestätigen, dass, wie die Kläger behaupten, darin Rücklagen aus Wasserzinsen inbegriffen sind, so könnte sich die Widerklägerin auf die angebliche Unmöglichkeit der Erfüllung zum mindestens solange nicht berufen, als es unter Hinzunahme der Erträge jenes Teiles des Stiftungsvermögens möglich ist, den Ueberschuss der Ausgaben über die Wasserzinseinnahmen zu decken. Es hätte deshalb zur Substantiierung der Widerklage gehört, dass die Verhältnisse auch in dieser Beziehung abgeklärt und die nötigen Angaben darüber gemacht worden wären.

Der Antrag auf Einholung einer Expertise darüber, dass in Zukunft die Ausgaben in einem Masse anwachsen werden, welche es ausschliesse, sie auch nur annähernd aus den jährlichen Wasserzinsen zu tilgen, vermag den vermissten Urkundenbeweis nicht zu ersetzen, weil es eben nicht darauf ankommt, ob später möglicherweise eine Unmöglichkeit der Erfüllung eintreten werde, sondern einzig, ob sie nach den gegenwärtig bestehenden Verhältnissen anzunehmen sei. Einer allenfalls später zu Tage tretenden Entwicklung der Verhältnisse nach jener Richtung ist genügend dadurch Rechnung getragen, dass der Klägerin die Möglichkeit gewahrt wird, in jenem Zeitpunkte auf ihr Begehren zurückzukommen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. März

1919, hinsichtlich des Widerklagebegehrens 5 im Sinne der Erwägungen, bestätigt.

61. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. September 1919.

i. S. **Altermatt** gegen **Ammann**.

Art. 684 ZGB. Der Einspruchsprozess gehört nicht zu den Streitigkeiten, die ihrer Natur nach einer vermögensrechtlichen Schätzung nicht unterliegen (Art. 61 OG). Streitwert des Immissionsprozesses. — Der Weidgang mit Herden- geläute zur Nachtzeit auf einer Wiese, die im Baugebiet einer Ortschaft mit städtischen Verhältnissen liegt, ist eine über- mässige, durch Lage und Beschaffenheit der Grundstücke nicht gerechtfertigte Einwirkung.

A. — Der Kläger ist Eigentümer des im Stadtgebiet von Frauenfeld gelegenen, in der Hauptsache aus Wiesland bestehenden landwirtschaftlichen Gutes zum « Algisser ». Er hat dieses an einen gewissen Hunziker verpachtet, der einen ansehnlichen Viehstand hält. Die Liegenschaft « Algisser » wird — wie sich aus den ins Recht gelegten Plänen ergibt — südlich begrenzt durch die mit Villen bebaute Ringstrasse, nördlich durch die im Jahre 1910 zur Erschliessung von Bauland erstellte Speicher- strasse; in östlicher und westlicher Richtung dagegen stösst das Algissergut an offenes Land, doch ist es auf allen Seiten mit einer Einfriedigung umgeben. Vor zirka 9 Jahren hat der Beklagte A. Altermatt, Kaufmann in Frauenfeld vom Kläger einen ehemals zum Algissergut gehörenden, an der vorgenannten Speicherstrasse ge- legenen Bauplatz erworben und auf diesem eine Villa erbaut. Schon seit längerer Zeit liegen nun der Beklagte und der Pächter Hunziker mit einander im Streit. Jener beklagte sich darüber, dass dieser vom frühen Morgen bis spät in die Nacht hinein sein Vieh auf dem Algissergute mit Glockengeläute weiden lasse und auf seine berech- tigten Vorstellungen hin, das Geläute zu unterlassen,

dieses noch mit Johlen und Peitschenknallen begleitet habe. Der Beklagte erwirkte daher im Frühjahr 1917 beim Gerichtspräsidenten von Frauenfeld einen Befehl, durch den dieser dem Hunziker unter Androhung einer Busse von 100 Fr. im Wiederholungsfalle verbot, sein Vieh in der Zeit von 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens mit Geläute weiden zu lassen. Anfänglich unterzog sich Hunziker dem richterlichen Befehl, doch hielt er sich im darauffolgenden Jahre nicht mehr daran und der Beklagte sah sich daher von neuem veranlasst, den Richter anzurufen. Dieser erklärte die angedrohte Busse als verfallen und erneuerte den seinerzeit erlassenen Befehl, indem er für den Fall der Zuwiderhandlung eine Busse von 200 Fr. androhte. Auch dieses Verbot befolgte Hunziker nicht und der Gerichtspräsident erklärte in der Folge auf Begehren des Beklagten hin auch die Busse von 200 Fr. als verfallen. Ein von Hunziker gegen diese Verfügung eingelegter Rekurs wurde durch Ent- scheid der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 11. Juli 1918 abgewiesen.

Mit der vorliegenden Klage beantragt nunmehr Adolf Ammann als Eigentümer des Gutes zum « Algisser »: « Es sei der Beklagte pflichtig, ein dingliches Recht des Klä- gers und seiner Rechtsnachfolger sowie ihrer jeweiligen Pächter anzuerkennen, das auf dem Algissergut durch die Eigentümer oder Pächter gehaltene Vieh unein- geschränkt, also auch zur Nachtzeit, auf dem ganzen Gute mit Glocken weiden zu lassen, eventuell sei das Ein- spracherecht des Beklagten gegen das Weiden auf den Fall zu beschränken, dass im untern Teile des Gutes, gegen die beklagtische Villa hin bis zu einer Distanz von 75 Meter, eventuell einer gerichtlich festzustellenden anderen Distanz geweidet werde, und es sei auch für diesen Fall das Einsprucherecht nur für die Zeit von 10½ Uhr abends bis 4 Uhr morgens anzuerkennen.» Zur Begründung dieses Begehrens machte er geltend, dass das Algissergut nicht im Stadtgebiet, sondern auf dem