

VI. Civilstreitigkeiten
zwischen Kantonen einerseits und Privaten
oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons
d'une part et des particuliers ou des corporations
d'autre part.

98. Urteil vom 1. Juli 1893 in Sachen Graubünden gegen Schweizerische Eisenbahnbank.

A. Die Schweizerische Eisenbahnbank in Basel bewarb sich im Jahre 1890 bei den Bundesbehörden um die Konzession für den Bau und Betrieb einer schmalspurigen Eisenbahn von Chur über Reichenau nach Thufis. Diesem Projekte stand u. a. das Projekt einer normalspurigen Eisenbahn von Chur nach Thufis und einer schmalspurigen Fortsetzung nach Filisur-Bellaluna entgegen, für welches Projekt das fusionierte Komite für die bündnerische Centralbahn eine Konzession bereits besaß. Am 18./21. November 1890 kam zwischen der Eisenbahnbank und dem bündnerischen Centralbahnkomite ein Vertrag zu Stande, durch welchen das Komite sich u. a. verpflichtete, dem Bundesrate die Erklärung abzugeben, daß es auf die ihm erteilte Konzession für die Strecke Chur-Thufis-Filisur unter der Voraussetzung verzichte, daß der Eisenbahnbank die von ihr nachgesuchte Konzession für Chur-Thufis bewilligt werde, wogegen die Eisenbahnbank unter der gleichen Voraussetzung sich verpflichtete, dem Komite zu Liquidierung seiner finanziellen Verpflichtungen die Summe von 95,000 Fr. eventuell von 100,000 Fr. zu bezahlen. Art. 4 und 5 dieses Vertrages lauten: „Art. 4: Die Eisenbahnbank verpflichtet sich, keinen andern Paß nach dem Engadin zu bauen, als den Schyn-Albula, „sofern bis Ende 1891 im Kanton Graubünden und von Seite „des Bundes die nötigen Subventionen zum Baue der Bahn bis „Samaden votiert sind.
 „Art. 5: Dieselbe verpflichtet sich ferner, beim Bau der Strecke

„Chur-Thufis soweit möglich und sofern dies ohne namhafte Erhöhung der Baukosten geschehen kann, die für Normalbahnen vorgeschriebenen Maximalsteigungen und Minimalradien einzuhalten. Der Bau der Linie Chur-Thufis soll im Jahre 1891 begonnen und ohne Unterbrechung fortgesetzt werden.“ Die Schweizerische Eisenbahnbank bewarb sich gleichzeitig auch um die Konzession für eine Schmalspurbahn von Landquart nach Chur. Mit Rücksicht hierauf wurde dem Vertrage zwischen der Eisenbahnbank und dem bündnerischen Centralbahnkomite nachträglich noch die Bestimmung beigelegt: „Daß eine eventuelle Nichterteilung der Konzession für die Strecke Landquart-Chur die Ausführung des Baues der Linie Chur-Thufis nicht hindern solle „und daß die Eisenbahnbank sich verpflichte, den Bau im Jahre „1891 zu beginnen.“ Am 2. Dezember 1890 fand auf Veranlassung der Regierung des Kantons Graubünden, welche zur Vernehmung über das Konzessionsbegehren der Eisenbahnbank war aufgefördert worden, eine Konferenz zwischen dieser Regierung und Vertretern der Eisenbahnbank statt, in welcher über verschiedene Punkte, speziell über die Höhe der Taxen verhandelt und eine Einigung erzielt wurde. In dem über diese Verhandlungen aufgenommenen, beidseitig unterzeichneten Protokolle, findet sich, nach Erwähnung der zwischen der Eisenbahnbank und dem bündnerischen Centralbahnkomite nachträglich vereinbarten Vertragsbestimmung die Stelle: „Auf geäußerten Wunsch erklären die Herren Bankdelegierten, daß die Bank diese Zusicherung auch der Regierung „gegenüber abgebe.“

B. Durch Bundesbeschluß vom 20. Dezember 1890 wurde der „Schweizerischen Eisenbahnbank in Basel zu Händen einer zu bildenden Aktiengesellschaft“ die Konzession für den Bau und Betrieb einer Schmalspurbahn von Chur nach Thufis erteilt. In dieser Konzession waren indessen die Taxen in einer von dem Konzessionsbegehren abweichenden Weise festgesetzt worden. Das Konzessionsbegehren sah folgende Taxen vor:

Für Personen:				Für Gepäc:	
I. Klasse	25	cts.	per Kilm.	10	cts. per 100 Kilo-
II. „	15	„	„	gramm über die freien 10 Kg.	
III. „	7	„	„	hinaus.	

Dagegen gewährte die Konzession nur:

Für Personen:	Für Gepäck:
I. Klasse 10 Ets. per Kilm.	5 Ets. per 100 Kilogramm
II. " 7 " "	und per Kilometer über die
III. " 5 " "	freien 10 Kg. hinaus.

Die Eisenbahnbank erklärte, bei den bewilligten Taxen könne das Unternehmen nicht existieren. Sie suchte daher beim schweizerischen Eisenbahndepartement um Abänderung der Konzession in dem Sinne nach, daß die Taxen folgendermaßen festgestellt würden:

Für Personen:	Für Gepäck:
I. Klasse 20 Ets. per Kilm.	10 Ets. per 100 Kilogramm
II. " 15 " "	und per Kilometer über die
III. " 7 " "	freien 10 Kg. hinaus.

Gleichzeitig ersuchte sie die Regierung des Kantons Graubünden diese möchte den Bundesbehörden die Genehmigung der Taxerhöhungen empfehlen. Die Regierung des Kantons Graubünden erwiderte telegraphisch am 13. März 1891 „Empfehlung der Taxerhöhung ohne Zusicherung Baubeginn und Betriebseröffnung Chur-Thusis wird nicht erfolgen, Departement in diesem Sinne Kenntnis gegeben.“ Sie ersuchte gleichzeitig das Schweizerische Eisenbahndepartement, einen Entscheid einstweilen nicht zu treffen indem sie auseinandersetzte, daß die Taxerhöhung unter der Voraussetzung vereinbart worden sei, daß mit dem Baue der Linie Chur-Thusis im Jahre 1891 begonnen werde und daß sie diese Erhöhung nur unter dieser Voraussetzung empfehlen könne. Nach neuerlichen Äußerungen von Vertretern der Eisenbahnbank sei es aber zweifelhaft, ob diese, wie sie früher versprochen habe, mit dem Baue noch in diesem Jahre beginnen wolle. Die Eisenbahnbank telegraphierte am 18. März 1891 an die Regierung: „Ihre Depesche erforderte Ausschusssitzung. In dieser wurde heute beschlossen, Ihnen gewünschte Erklärung abzugeben, daß wir uns zum Baue nach erfolgter Taxregulierung verpflichten; diesbezügliche Erklärung erfolgt brieflich“ und richtete gleichzeitig folgende Zuschrift an die Regierung: „In Antwort auf Ihre Depesche vom 13. d. M. und in Bestätigung unserer heutigen am Fuße

„kopierten telegraphischen Mitteilung beehren wir uns, den durch unsern Ausschuss gefassten Beschluß wie folgt in Wortlaut zu Ihrer Kenntnis zu bringen: Die Schweizerische Eisenbahnbank gibt der hohen Regierung des Standes Graubünden die Erklärung ab, sofort nachdem für die Linie Chur-Thusis die begehrteten Taxen von 20, 15 und 7 Rappen für die drei Personentklassen und 10 Rappen pro 100 Kilos für das Gepäck vom hohen Bundesrat genehmigt sind, die Planausarbeitung für die Linie Chur-Thusis derartig zu fördern, um noch in diesem Jahre den Bau energisch an die Hand nehmen zu können. Es liegt im eigensten Interesse der Eisenbahnbank, diesen Bau so zu betreiben, daß die Betriebseröffnung auf den 15. Juni 1893 erfolgen kann. Die Eisenbahnbank übernimmt hiezu die Verpflichtung, immerhin in der Voraussetzung, daß sie darin nicht durch etwaige Verzögerung der Bauplangenehmigung gehindert wird. Diese durch die Bank eingegangene Bauverpflichtung stützt sich auf die Voraussetzung, daß die Regierung dafür sorgt, daß die Eisenbahnbank, beziehungsweise ihr Rechtsnachfolger von jeder Wuhrpflicht auf dem linken Rheinufer von Rothenbrunnen aufwärts enthoben wird. Für diesen Fall würde die Bank zur Förderung der Angelegenheit jetzt schon das linksufrige Tracé als das definitive annehmen.“ Hierauf erwiderte die Regierung mit Zuschrift vom 19. gleichen Monats, daß sie nun zur Empfehlung der gewünschten Taxen bereit sei, insofern die Eisenbahnbank auf die Klausel betreffend die Wuhrpflicht verzichte. Die Eisenbahnbank telegraphierte am 23. gleichen Monats an die Regierung: „Streichen zweiten Absatz unserer Bauverpflichtung, so daß nur erster Absatz bis Worte „gehindert wird“ bestehen bleibt. Heute Morgen Sitzung in Bern. Empfehlen sofort Bundespräsident Ihre Zustimmung zur Taxregulierung zu telegraphieren, beifügend, daß schriftliche Empfehlung nachfolge.“ Am 24. März 1891 telegraphierte daraufhin die Regierung an das Schweizerische Eisenbahndepartement: „Nachdem Eisenbahnbank uns bezüglich Beginn und Beendigung der Eisenbahnlinie Chur-Thusis bestimmte Erklärungen abgegeben, stehen wir nicht an, Ihnen unter Berufung auf unsere mündliche Unterredung die Gewährung der von der Eisenbahnbank verlangten Taxerhöhungen zu empfehlen;

„bezügliche schriftliche Einlage geht heute ab,“ und bestätigte dies gleichzeitig brieflich, hinzufügend: „Die Bank hat sich uns „gegenüber schriftlich verpflichtet, sofern ihr jetzt diese Ansätze bewilligt werden, noch im Laufe dieses Jahres mit den Bauarbeiten zu beginnen, worauf wir großen Wert legen.“ Am 1. April 1891 richtete die Regierung auch an die bündnerischen Abgeordneten in den eidgenössischen Räten in gleichlautendem Schreiben die Bitte, sie möchten das Gesuch der Eisenbahnbank um Bewilligung der Taxerhöhung „an den geeigneten Stellen unterstützen.“ Durch Bundesbeschluß vom 17. April 1891 bewilligte die Bundesversammlung daraufhin wirklich, auf den Antrag des Bundesrates vom 10. gleichen Monats, die Konzessionsabänderung im Sinne der gewünschten Taxerhöhung. Durch Bundesbeschluß vom 17. April 1891 erhielt die Eisenbahnbank auch die Konzession für eine Schmalspurbahn Landquart-Chur.

C. Am 23. September 1891 ließ die Eisenbahnbank durch einen Delegierten der Regierung des Kantons Graubünden in einer Konferenz eröffnen: Der leitende Ausschuss der Bank erkläre es als eine Unmöglichkeit, erfolgreiche Schritte zur Finanzierung der Linie Landquart-Thusis beziehungsweise der Strecke Chur-Thusis zu tun. Infolge dessen habe derselbe einstimmig den Beschluß gefaßt, mit der Aktiengesellschaft Landquart-Davos, unter Vorbehalt der Ratifikation durch den Verwaltungsrat, ein Abkommen zu treffen, auf Grund dessen diese Gesellschaft die beiden Konzessionen für die Strecke Landquart-Chur und Chur-Thusis übernehme und zwar so, daß die Gesellschaft die tunlichst baldige Inangriffnahme und Durchführung des Baues der ganzen Strecke Landquart-Thusis in's Auge zu fassen, jedoch eine eigentliche Verpflichtung hiezu nur für die Strecke Chur-Thusis einzugehen hätte. An Übernahme der Verpflichtung würde aber die Bedingung geknüpft, daß die Gesellschaft erst dann zum Baue angehalten werden könne, nachdem ihre eigenen Rentabilitätsverhältnisse die Verteilung von 5 % an die Aktionäre gestatten und die Behörden des Kantons Graubünden für die bestehenden und noch zu bauenden Linien gänzliche Befreiung von Staats- und Gemeindesteuern beschlossen haben werden. Die Eisenbahnbank sei bereit, sich bei der Gesellschaft Landquart-Davos dafür zu verwenden, daß deren Verwal-

tungsrat um zwei von den kantonalen Behörden oder andern Interessenten vorzuschlagende Mitglieder vermehrt werde. Die Bank habe sich davon überzeugt, daß sie das für den Bau notwendige Aktien- und Obligationenkapital auf dem Geldmarkt nicht aufbringe; ihr eigenes Gesellschaftskapital aber reiche nicht hin, um das Kapital selbst zu übernehmen. Um dennoch zum Ziele zu gelangen, habe man jenen Ausweg gesucht und gefunden. Die Regierung des Kantons Graubünden erklärte durch Schreiben vom 8. Oktober 1891 diese Vorschläge der Eisenbahnbank als „angebrachtermaßen“ unannehmbar, indem sie ihrerseits Gegenanschläge machte. Die daraufhin eingeleiteten Unterhandlungen führten indeß zu keiner Verständigung. Der Kleine Rat des Kantons Graubünden brachte daher die Angelegenheit mit Botschaft vom 30. November 1891 vor die Ständekommission, indem er dieselbe um Erteilung einer Vollmacht zum Zwecke gerichtlichen Vorgehens gegen die Eisenbahnbank ersuchte. Er bemerkte, die Kompetenz der Ständekommission zu Erteilung der Prozeßvollmacht ergebe sich aus Art. 1 der Ausführungsbestimmungen zu Art. 57 der kantonalen Verfassung, wonach zu Anhebung eines Zivilprozesses von Seite des Fiskus gegen einen Dritten, falls Dringlichkeit vorliege, die Ständekommission oder auch nur der Kleine Rat allein kompetent sei. Daß Dringlichkeit vorliege, verstehe sich bei Forderungen gegen ein Aktienunternehmen, das sich Eisenbahnbank nenne, im gegenwärtigen Zeitpunkte von selbst. Unter keinen Umständen wäre ein Zuwarten bis zum ordentlichen Zusammentritte des Großen Rates gerechtfertigt. Durch Beschluß vom 2. Dezember 1891 erteilte die Ständekommission dem Kleinen Räte die gewünschte Prozeßvollmacht.

D. Mit Klageschrift vom 31. August und 15. September 1892 erhob hierauf Advokat Forrer in Winterthur, gestützt auf eine vom Kleinen Räte gemäß dem Beschlusse der Ständekommission vom 2. Dezember 1891 ihm erteilte Prozeßvollmacht d. d. 27. August 1892, Namens des Kantons Graubünden, beim Bundesgerichte Klage gegen die Schweizerische Eisenbahnbank, indem er die Rechtsbegehren stellte: I. Die beklagte Partei ist schuldig, auf ihre Kosten und Rechnung, nach Maßgabe der Bundeskonzession (vom 18./20. Dezember 1890, abgeändert am 16./17. April 1891)

eine schmalspurige Eisenbahn von Chur nach Thuzis zu erstellen und zu betreiben. II. Die beklagte Partei ist schuldig, innert der vom Bundesgerichte zu bestimmenden Fristen a. dem Bundesrate die vorschriftsmässigen technischen und finanziellen Vorlagen einzureichen, b. nach stattgefundener Plangenehmigung den Anfang mit den Erdarbeiten für die Erstellung der Bahn zu machen, c. den Bau zu vollenden, sowie d. die Bahn dem Betriebe zu übergeben und ununterbrochen zu betreiben. III. Die klagende Partei ist im Falle der Nichtbeachtung einer dieser Fristen berechtigt, auf Rechnung und Gefahr der beklagten Partei die in den vorhergehenden Rechtsbegehren unter a—d bezeichneten Handlungen selbst vorzunehmen, und die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu diesem Behufe Geldvorschüsse zu leisten, deren Höhe jeweilen durch das Bundesgericht bestimmt wird. Vorbehalten werden: 1. Die Hoheitsrechte des Bundes nach Maßgabe der Eisenbahngesetzgebung, insbesondere des Bundesgesetzes betreffend den Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872; 2. Die allfälligen Schadenersatzforderungen der klagenden gegenüber der beklagten Partei. — Zur Begründung dieser Anträge wird in eingehender Erörterung u. a. ausgeführt: Durch die Erklärung der Beklagten vom 18. März 1891 und die Annahme dieser Erklärung seitens der Regierung des Kantons Graubünden, sei, nachdem die Beklagte am 23. März 1891 die Klausel betreffend die Wahrungspflicht habe fallen lassen und nachdem ihr die gewünschte Taxerhöhung von der Bundesbehörde bewilligt worden sei, zwischen den Parteien ein unbedingter bindender Vertrag zu Stande gekommen. Vertragspersonen seien einerseits die Beklagte, andererseits der Kanton Graubünden als privatrechtliche Persönlichkeit als Träger von privatrechtlichen Befugnissen und Verbindlichkeiten. Gegenstand dieses Vertrages sei die einseitige Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger, eine Schmalspurbahn von Chur nach Thuzis zu bauen. Eine solche Leistung eigne sich dazu, Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung zu sein und es könne nicht entgegengehalten werden, daß die Beklagte die Bahn für sich selbst, ihr selbst zu Eigentum bauen und als ihr Eigentum betreiben würde, das rechtliche Interesse der Klägerschaft an der Leistung demnach fehle. Zwar haben in frühern

ähnlichen Fällen die Schweizerische Centralbahngesellschaft und die Nordostbahngesellschaft letztern Standpunkt eingenommen; allein derselbe sei teils von den betreffenden Parteien selbst tatsächlich fallen gelassen worden — so von der Schweizerischen Centralbahn in ihrem Streite mit dem Kanton Solothurn betreffend die Wasserfallenbahn, und von der Nordostbahn in der Sache gegen das Komite für die Eisenbahn Dielsdorf-Niedermeningen, — teils sei derselbe gerichtlich zurückgewiesen worden (so in dem Streite der Nordostbahn gegen das Komite für die rechtsufrige Zürichseebahn). Das wirtschaftliche Interesse des Gegenkontrahenten an der Erstellung und dem Betriebe einer Eisenbahn durch die betreffenden Gegenden liege denn auch jeweilen auf der Hand und es sei nicht einzusehen, warum dieses Interesse kein rechtliches sein sollte. Der Gegenstand des Vertrages sei auch genügend bestimmt, da das Bau- und Betriebsprojekt durch die Konzession hinlänglich umschrieben sei. Selbstverständlich bleiben die Hoheitsrechte des Bundes überall vorbehalten. Die Beklagte weigere sich demnach, einen gültigen privatrechtlichen Vertrag zu erfüllen und zwar ohne jeden stichhaltigen Grund. Allerdings sei in der Konzession davon die Rede und scheine die Beklagte vorausgesetzt zu haben, daß sie die Bahn nicht selbst bauen und betreiben müsse, sondern dafür eine besondere Gesellschaft gründen werde. Allein dies sei gleichgültig; dem Kanton Graubünden gegenüber habe sich die Beklagte selbst zum Bau und Betriebe verpflichtet. Demgemäß sei das erste und Hauptrechtsbegehren der Klage begründet. Gleichzeitig mit Beurteilung dieses Begehrens müssen aber auch die nötigen Anordnungen getroffen werden, damit der Kläger zu seinem Rechte gelangen könne, ohne den Richter für ein zweites Haupturteil anrufen zu müssen. Diesem Zwecke dienen die weiteren Klagebegehren, welche, wie des nähern ausgeführt wird, rechtlich begründet seien.

E. In ihrer Vernehmlassung auf diese Klage beantragt die Beklagte, ohne gleichzeitig zur Sache zu verhandeln: Das Bundesgericht wolle sich inkompetent erklären und aus diesem Grunde die Klage abweisen, unter Kostenfolge für den klagenden Kanton. Sie gibt in ihrer Vernehmlassungsschrift zunächst eine eingehende Darstellung der Geschichte der bündnerischen Eisenbahnbestrebungen

seit dem Scheitern des Projektes einer Luftmanierbahn, speziell der zwischen der Beklagten, dem bündnerischen Centralbahnkomite und der Regierung des Kantons Graubünden gepflogenen Unterhandlungen, wobei sie u. a. behauptet, es sei der Beklagten von der Regierung des Kantons Graubünden Steuerfreiheit zugesichert, bis jetzt aber das sachbezügliche Gesetz noch nicht erlassen worden; ferner wird angeführt, am 30. Juni 1892 habe Dr. Stöcklin, Anwalt in Basel, Namens einer Anzahl bündnerischer Kreise und Gemeinden, gestützt auf den zwischen der Beklagten und dem bündnerischen Centralbahnkomite abgeschlossenen Vertrag vom 18./21. November 1890, gegen die Beklagte bei den baslerischen Gerichten eine Klage auf Anerkennung und Erfüllung dieses Vertrages, auf Zahlung von 95,000 Fr. sowie auf Bau und Betrieb einer Bahn von Chur nach Thusis eingereicht. In rechtlicher Beziehung sodann wird wesentlich geltend gemacht: Die Regierung des Kantons Graubünden rufe das Bundesgericht als Zivilgericht, gemäß Art. 27 Ziff. 4 O.-G. an. Wesentliche Voraussetzung der Anwendung des Art. 27 Ziff. 4 cit. sei aber das Vorhandensein einer civilrechtlichen, auf einem privaten Rechtsgeschäfte eines Kantons in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt beruhenden Streitigkeit. Diese Voraussetzungen liegen aber hier durchaus nicht vor. Die Regierung von Graubünden habe sich an den Verhandlungen zwischen der Beklagten und dem Centralbahnkomite nicht als Vertreterin des Fiskus, der Staatskasse, sondern in ihrer publizistischen Stellung, zu Wahrung der öffentlichen Verkehrsinteressen, wozu sie nach Art. 46 R.-V. berechtigt und verpflichtet gewesen sei, beteiligt. Sie habe fortwährend in der gleichen Eigenschaft gehandelt; nicht als Fiskus des Kantons Graubünden oder für denselben habe sie im November 1890 und später, speziell im März und April 1891, mit der Beklagten und mit dem Bundesrate korrespondiert, sondern in ihrer Stellung als öffentliche Behörde; ebenso habe sie als öffentliche Behörde und nicht als Vertreterin des Fiskus an den dem Abschlusse des Vertrages vom 18./21. November 1890 vorangegangenen Konferenzen und an der Konferenz vom 2. Dezember 1890 teilgenommen. Aus diesem ganzen zusammenhängenden und einheitlichen Verkehr könne die Regierung nicht nachträglich ein Moment herausreissen, sich dabei

die Rolle des Fiskus vindizieren und damit eine ihr abgegebene Erklärung im Gegensatz zu ihrem ganzen Verhalten, als eine dem bündnerischen Fiskus erteilte und damit plötzlich privatrechtlich gewordene Erklärung, künstlich konstruieren. Der bündnerische Fiskus hätte gar keinen Anlaß gehabt, gegenüber der Beklagten aufzutreten; derselbe habe für das Bahnprojekt keinerlei finanziellen Beitrag geleistet oder versprochen. Die Regierung habe im Interesse der beteiligten Landesgegenden gewisse Wünsche, speziell hinsichtlich der Taxen, geltend gemacht; sie sei aber nie von der Höhe ihrer öffentlich rechtlichen Stellung auf dem Wege einer Subvention in das fiskalische Gebiet heruntergestiegen. Ebenso wenig handle es sich um eine Konzession, welche der klagende Kanton erteilt hätte und aus welcher derselbe gewisse Rechte ableiten könnte. Die Eisenbahnkonzessionen werden vom Bunde erteilt und den Kantonen siehe nur das Recht zu, sich über die betreffenden Vorlagen auszusprechen. Dies habe der betreffende Kanton vom kantonalen öffentlich rechtlichen Standpunkt aus und nicht im Sinne irgend eines privatrechtlichen Fiskalgeschäftes zu tun. Die im Dezember 1890, März und April 1891 stattgefundenen Verhandlungen über die Taxen und die dabei abgegebenen Erklärungen und Versprechungen seien danach nicht privatrechtlicher Natur. Das Verlangen von Versprechungen, wie die Regierung es im März 1891 als Vorbedingung ihrer Empfehlung der Taxerhöhung gestellt habe, sei von ihr in ihrer publizistischen Stellung ausgegangen. Den bündnerischen Fiskus berühren diese Taxen nicht. Ein civilistischer Vertrag sei demnach zwischen den Parteien nicht abgeschlossen worden. Wäre ein solcher beidseitig beabsichtigt gewesen, so wäre er selbstverständlich bei der großen Tragweite des Gegenstandes auch in eine beidseitig erkennbare, privatrechtliche Form gekleidet worden, wobei denn allerdings dem klagenden Kanton nichts anderes übrig geblieben wäre, als auch seinerseits „in fiskalischer Weise sich zu erkennen zu geben.“ Der Kläger sei denn auch gar nicht im Stande anzugeben, welcher privatrechtliche Name dem behaupteten Vertrage eigentlich zukomme. Daß ein privatrechtliches Rechtsgeschäft nicht vorliege, ergebe sich deutlich daraus, daß von einer privatrechtlichen Verpflichtung der klagenden Regierung offenbar nicht die Rede sein könne. Wenn die

bündnerische Regierung nach Erhalt der gewünschten Erklärung der Beklagten das Empfehlungsschreiben an den Bundesrat nicht abgesandt hätte, so hätte sie natürlich nicht auf dessen Ausstellung gerichtlich belangt werden können und das gleiche gelte auch für den Fall, wenn die Regierung später, z. B. anlässlich der Einreichung der Statuten der zu gründenden Eisenbahngesellschaft oder bei der Übertragung der Konzession auf diese Gesellschaft oder bei der Frage der Plangenehmigung, ihre Genehmigung verzögern oder verweigern würde. Die klagende Regierung wolle die Beklagte aus einem Vorgange civilrechtlich belangen, aus welchem sie ihrerseits eine civilrechtliche Haftung jedenfalls ablehnen würde.

F. Replikando erklärte die Klagepartei einfach, sie halte an der Zuständigkeit des Bundesgerichtes fest, bestreite die gegnerische Behauptung, es sei der Beklagten irgendwie Steuerfreiheit zugesichert worden und protestiere gegen den Vorbehalt der Beklagten, je nach dem Entscheide über die Zuständigkeitsfrage sich weiter einzulassen.

G. In ihrer Duplik weist die Beklagte die letztere Verwahrung als rechtsirrtümlich zurück und bringt noch an: Nach Art. 1 der Ausführungsbestimmungen zu Art. 57 der graubündnerischen Kantonsverfassung von 1880 (welche zur Zeit der Klageanhebung noch gegolten haben) sei im Kanton Graubünden zu Anhebung eines Prozesses Namens des Fiskus, von Dringlichkeitsfällen abgesehen, ein Beschluß des Großen Rates erforderlich, welcher in casu mangle. Ein Dringlichkeitsfall liege hier offenbar nicht vor, wie sich schon daraus ergebe, daß die Regierung sich von ihrer Bottschaft an die Standeskommission vom November 1891 bis zur Einreichung der Klage volle 9 1/2 Monate Zeit gelassen habe, während welcher Zeit der bündnerische Große Rat mehrmals zusammengetreten sei. Wenn trotzdem die Regierung es unterlassen habe, an den Großen Rat zu gelangen, so zeige dies, daß sie vom Fehlen der privatrechtlichen Natur ihres Verhältnisses zur Beklagten überzeugt sei oder mindestens sehr gegründete Zweifel daran hege. An der Inkompetenz des Bundesgerichtes werde daher unbedingt festgehalten und zugleich konstatiert, daß vom Großen Rate, als dem allein zuständigen Repräsentanten des bündnerischen

Fiskus, bis auf den heutigen Tag keine Klage gegen die Beklagte beschlossen worden sei.

H. Bei der heutigen Verhandlung trägt der Anwalt des Klägers auf Abweisung der von der Beklagten erhobenen Inkompetenzeinrede unter Kostenfolge an; rücksichtlich seiner Bevollmächtigung erklärt er, er sei eventuell bereit, eine Vollmacht des Großen Rates beizubringen, bestreite übrigens der Gegenpartei das Recht, die Befugnis der Regierung zu Ausstellung der Vollmacht zu bemängeln. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Zuspruch der von ihm aufgeworfenen Kompetenzeinrede an und hält an der Bestreitung der Vollmacht des gegnerischen Anwaltes fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die vom Kleinen Rate des Kantons Graubünden dem Anwalte des Kantons ausgestellte Prozeßvollmacht ist genügend. Wenn allerdings nach dem kantonalen Staatsrechte der Kleine Rat nicht befugt wäre, einen Prozeß Namens des Kantons anzuheben, so wäre eine von ihm ausgestellte Prozeßvollmacht nicht genügend. Allein nach Art. 1 der Ausführungsbestimmungen zu Art. 57 A.-B. von 1880 sind nun der Kleine Rat und die Standeskommission zu Anhebung von Civilprozessen gegen Dritte Namens des Kantons dann befugt, wenn Dringlichkeit vorliegt. Sie haben dies im vorliegenden Falle ausgesprochen und darauf gestützt ist dem Anwalte Prozeßvollmacht vom Kleinen Rate erteilt worden. Das Bundesgericht hat nun nicht zu überprüfen, ob Dringlichkeit wirklich vorgelegen habe; vielmehr sind nach dem kantonalen Staatsrechte offenbar der Kleine Rat und die Standeskommission befugt, hierüber selbst zu entscheiden und wenn sie die Frage bejahen, den Prozeß von sich aus anzuheben; sie haben ihrer Oberbehörde, dem Großen Rate, über ihre sachbezüglichen Schlußnahmen Rechenschaft abzulegen, dagegen ist der Prozeßgegner nicht befugt, die von ihnen ausgestellte Prozeßvollmacht deshalb zu bemängeln, weil die Frage der Dringlichkeit unrichtig beantwortet worden sei. Es handelt sich in letzterer Richtung um eine innere Frage der kantonalen Verwaltung; Dritten gegenüber ist die vom Kleinen Rate ausgestellte Vollmacht für den Kläger verbindlich.

2. Bei Prüfung der Frage, ob die Kompetenzeinrede der Be-

Klagten begründet sei, ist nicht zu untersuchen, ob das vom Kläger behauptete Recht wirklich bestehe, sondern nur, ob dasselbe, sofern es besteht, dem Privatrechte angehört. Allerdings wird die Zuständigkeit des Zivilrichters nicht dadurch allein begründet, daß die Partei ihren Anspruch als einen privatrechtlichen bezeichnet, sondern die Kompetenz des Zivilrichters hängt davon ab, welches die rechtliche Natur des eingeklagten Anspruches in Wahrheit ist. Allein auf der andern Seite ist bei Entscheidung der Kompetenzfrage nicht zu prüfen, ob die vom Kläger behaupteten Tatsachen erwiesen seien und ob aus denselben nach den Regeln des Privatrechtes der eingeklagte Anspruch sich wirklich ergebe. Dies ist nicht Sache der Kompetenzprüfung, sondern der Sachentscheidung. Bei der Kompetenzprüfung ist nur zu untersuchen, ob der vom Kläger behauptete Tatbestand dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehört, nicht dagegen, ob derselbe nach den Normen des geltenden objektiven Rechtes ein subjektives Privatrecht in concreto wirklich erzeuge (vergl. Entscheidungen, Amtliche Sammlung XV, S. 908 Erw. 1, ibidem XVII, S. 796 u. ff.).

3. Hievon ausgegangen, kann die Kompetenz des Bundesgerichtes in vorliegendem Falle süglich nicht bestritten werden. Die Klage macht nicht etwa einen Anspruch aus der der Beklagten von der Bundesbehörde erteilten Konzession geltend, sondern sie behauptet einen besondern zwischen den Parteien abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrag, durch welchen die Beklagte sich dem Kläger gegenüber zum Bau und Betriebe einer Schmalspurbahn von Chur nach Thusis verpflichtet habe. Sie behauptet also als Fundament des eingeklagten Anspruches ein Privatrechtsverhältnis. Die Pflicht der Beklagten zum Bau und Betriebe der Schmalspurbahn Chur-Thusis wird nicht etwa aus einer öffentlich-rechtlichen Beziehung der Parteien, aus einem zwischen der Regierung des Kantons Graubünden als Trägerin der Staatsgewalt und der Beklagten als Glied des Gemeinwesens bestehenden Rechtsverhältnisse abgeleitet, sondern vielmehr aus einem Rechtsgeschäfte des Privatrechtes; der eingeklagte Anspruch ist also ein privatrechtlicher. Wenn die Beklagte einwendet, die Regierung des Kantons Graubünden sei um Mitwirkung bei den Konzessionsverhandlungen u. s. w. in ihrer publizistischen Stellung, als öffentliche

Behörde, angegangen worden und habe als solche gehandelt, so ist dies nicht schlüssig. Denn der Kläger behauptet ja eben, daß anlässlich jener an sich gewiß auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes sich bewegenden Verhandlungen über Konzessionserteilung und Abänderung, zwischen ihm und der Beklagten noch ein besonderer privatrechtlicher Vertrag sei abgeschlossen worden. Ob diese Behauptung richtig ist, ob durch die zwischen den Parteien ausgetauschten Erklärungen ein privatrechtlicher Vertrag wirklich abgeschlossen worden und ob dieser Vertrag gültig und klagbar, ob Realerfüllung statthaft sei u. s. w., dies alles ist nicht bei Prüfung der Kompetenzfrage, sondern bei Beurteilung der Hauptsache zu untersuchen und zu entscheiden. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist dadurch begründet, daß der Kläger einen dem Privat- und nicht dem öffentlichen Rechte angehörigen Tatbestand, daß er einen privatrechtlichen, von ihm in privatrechtlicher Eigenschaft abgeschlossenen Vertrag behauptet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die von der Beklagten aufgeworfene Einrede der Inkompetenz des Gerichtes wird als unbegründet abgewiesen.

99. Urteil vom 6. Juli 1893 in Sachen Solothurn gegen Gemeinde Zuchwil.

A. Das Wasserbaugegesetz des Kantons Solothurn vom 4. Juni 1858 regelt in seinem Abschnitt I unter b (§§ 8—20) die „Aufsicht, Unterhalts- und Schutzpflicht“ in betreff der öffentlichen Gewässer. Dasselbe stellt unter anderm in § 11 den Grundsatz auf, daß die Sicherung der Ufer, Bette und der Schutz gegen Überschwemmung dem beteiligten Eigentum obliege, mit der Maßgabe, daß bei allen größern und wichtigern Schutzbauten sich der Staat angemessen zu beteiligen habe. § 18 macht den Gemeinderäten zur Pflicht, unter Mitwirkung der Pflichtigen für ihre Einung ein Reglement zu erlassen, welches die zu unterhaltende Gewässerstrecke, die nötigen Vorschriften über Bauart,