

sprüche des Rekurrenten und der übrigen Interessenten auf die Prämie, sowie auf einen allfälligen sonstigen „Länderlohn“ zuständig. Denn in dem Entscheide wird ausdrücklich erklärt, es seien die Polizeibehörden nicht nur kompetent, solche Prämien, wie die im vorliegenden Falle streitige, den Berechtigten auszubezahlen, sondern auch, darüber zu entscheiden, wer zum Bezuge derselben berechtigt und ob darüber hinaus noch ein „Länderlohn“ geschuldet sei. Damit stimmt die in der Vernehmlassung geäußerte Ansicht des Regierungsrates überein, daß der Pfleger Key „den Zivilrichter ausgeschaltet und den Entscheid über die Prämie ausdrücklich in die Hand der Polizeibehörde gelegt“ habe, wozu er „natürlich berechtigt“ gewesen sei. Hierin liegt nun aber eine offenbare Verkennung des Prinzips der Gewaltentrennung.

Zuzugeben ist, daß ohne Verletzung dieses Grundsatzes der Entscheid über die Verteilung einer zivilrechtlich nicht geschuldeten Prämie den Polizeibehörden anheimgestellt werden kann, da hiebei nicht der Zivilrichter „ausgeschaltet“ wird, sondern einfach an die Stelle freien Beliebens das Ermessen einer Behörde tritt. Dagegen ist derjenige, welcher eine Prämie gemäß einer vorhergegangenen Auslobung schuldet, oder von welchem behauptet wird, daß er sie schulde, nicht befugt, den Zivilrichter „auszuschalten“. Der Pfleger Key konnte an die Prämie, die er aus freien Stücken aussetzte, im Momente der Auslobung jede beliebige Bedingung knüpfen; er konnte aber nicht nachträglich bestimmen, daß über seine bereits entstandenen Verpflichtungen eine andere als die verfassungsmäßig vorgesehene Behörde zu entscheiden habe.

3. Da nach dem Gesagten der angefochtene Entscheid den Grundsatz der Gewaltentrennung verletzt, so ist derselbe aufzuheben. Immerhin hat diese Aufhebung weder den Sinn, daß die Polizeibehörde nicht berechtigt gewesen sei, die Verteilung des ihr übergebenen Geldes nach freiem Ermessen oder nach den Wünschen bezw. Instruktionen des Key vorzunehmen, noch den Sinn, daß der Regierungsrat nicht befugt gewesen sei, der Polizeibehörde über die Verteilung dieses Geldes Weisungen zu erteilen, sondern nur den Sinn, daß mit dieser Verteilung nicht zugleich über die weitergehenden Rechte, welche der Rekurrent gegenüber den Urhebern der Auslobung zu haben glaubt, entschieden werden durfte.

Dennach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird dahin gutgeheißen, daß der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Argau vom 6. November 1908 im Sinne der Motive aufgehoben wird.

Vergl. auch Nr. 11 Erw. 3, sowie Nr. 24 Erw. 3.

III. Verletzung des Grundsatzes nulla poena sine lege.

Violation du principe nulle peine sans loi.

Vergl. Nr. 11 Erw. 3.

IV. Unverletzlichkeit des Eigentums. Inviolabilité de la propriété.

23. Urteil vom 10. März 1909

in Sachen Hof Camana gegen Gemeinde Saffien.

Anwendung der Bestimmungen über die Verwendung von Korporations- und Gemeindevermögen auf das Vermögen einer « Fraktion », d. h. einer Gemeindeunterabteilung (als welche sich der « Hof Camana » qualifiziert). Infolgedessen Erlass des Inhalts, dass die Taxen für Nutzungen des Fraktionswaldes und der Erlös von Holzverkäufen aus diesem Walde in die Gemeindekasse fließen sollen. — Keine Verletzung der Eigentumsgarantie, sofern die Auslegung und Anwendung des bezüglichen kantonalen Rechts sich nicht als gänzlich unhaltbar darstellt, was in casu nicht gesagt werden kann. — Keine Verletzung der Rechtsgleichheit, wenn der Zustand, gegen welchen im einzelnen Falle seitens der Regierung angekämpft wird, vielleicht auch noch in andern Fällen besteht.

A. Was die tatsächlichen Verhältnisse des Falles anbetrifft, so wird zunächst auf die Urteile des Bundesgerichts vom 17. März

1904 in Sachen der Gemeinde Saffien gegen den Großen und den Kleinen Rat von Graubünden (NS 30 I Nr. 13) und vom 13. Februar 1908 in Sachen des Hofes Camana gegen die Gemeinde Saffien (34 II Nr. 23) verwiesen. Außerdem ist anzuführen:

Nachdem über die Gemeinde Saffien durch die Aufsichtsbehörde die Kuratel verhängt worden war (siehe das Urteil des Bundesgerichts von 1904, Fakt. A) und nachdem eine vom Kurator der Gemeindeversammlung vorgelegte revidierte Gemeindeverfassung, wonach die Erträgnisse der Hofwälder in die öffentlichen Nutzungen einbezogen werden sollten, von der Versammlung abgelehnt worden war, beschloß der Kleine Rat des Kantons Graubünden am 17. März 1905: „1. Die Gemeindeverfassung von Saffien wird folgendermaßen abgeändert: a) In § 6 ist nach dem Passus „Erträgnisse des Gemeindevermögens“ einzuschalten: „inklusive Ertrag von Holzverkäufen aus den Hofwäldern und Nutzungstaxen für diese Wälder“. b) Als § 22^{bis} wird eingefügt: Zu den Erträgnissen des Gemeindevermögens gemäß § 6 Al. 2 dieses Statuts gehören auch die Nutzungstaxen der Hofwälder von Thal, Camana, Hof, Broscalschg, Balön, Plazeralwald, Güm, Neukirch (Salpenna) und Grafen. Die Taxen für diese Nutzungen werden jeweilen vom Gemeindevorstand festgesetzt unter möglichster Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung. Der Gemeindevorstand läßt das benötigte Holz durch den Förster im Sinne der Gemeindevaldordnung anweisen und auszeichnen. Die Taxen werden folgendermaßen festgesetzt: a) Für Bürger: 1. Nutzholz 8 Fr. per Fm. Obermesser; 2. Nutzholz 6 Fr. per Fm. unter 30 Cm. mittl. Durchmesser; 3. Brennholz 3 Fr. per Fm. b) Für Niedergelassene: 1. Nutzholz 12 Fr. per Fm. Obermesser; 2. Nutzholz 9 Fr. per Fm. Untermesser; 3. Brennholz 4 Fr. 50 Cts. per Fm. — 2. Diese Verfassungsänderung tritt sofort in Kraft und es wird der Kurator der Gemeinde mit deren Durchführung beauftragt.“ Nach Erlass des bundesgerichtlichen Urteils vom 13. Februar 1908 betreffend das Eigentum am Camaner Hofwald beschloß sodann der Kleine Rat am 28. April 1908: „Der Kurator wird eingeladen, eine Gemeindeversammlung in Saffien zu veranlassen und

„der Gemeinde Gelegenheit zu geben, im Sinne von Ziff. II über die Ausführung der Gemeindeverfassung Beschluß zu fassen und eventuell die Wahl eines Gemeindevorstandes vorzunehmen.“ Der in Bezug genommene Passus II der Begründung lautet wörtlich: „Der rechtliche Stand der ganzen Angelegenheit ist nun, wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, der, daß vom Bundesgericht zwar der Hof Camana statt der Gemeinde Saffien als Eigentümer des streitigen Waldes erklärt, daß aber an der Rechtsbeständigkeit der klein- und großrätlichen Entscheide betreffend Qualifikation der Höfe als kommunalrechtliche Gebilde oder öffentliche Korporationen nichts geändert worden ist, sondern daß das Bundesgericht diese Qualifikation durch die kantonalen Behörden ausdrücklich vorbehalten hat. Diesfalls ist nun aber hierseits nichts neues mehr zu verfügen, indem von den zuständigen Kantonsbehörden längst festgestellt worden ist, daß es sich bei den fraglichen Höfen in Saffien um öffentlich-rechtliche Korporationen handle, deren Vermögen nach öffentlichem Recht zu verwalten sei. Dieselbe rechtliche Gültigkeit hat, weil damit durchaus übereinstimmend, die vom Kleinen Rat unterm 22. März 1905 dekretierte Verfassungsänderung. So wie die Verfassung damals geändert wurde, muß sie zur Anwendung kommen.“

B. Art. 48 der KV von Graubünden bestimmt in den Abs. 4 und 5:

Abs. 2: „Jeder Gemeinde steht das Recht der selbständigen Gemeindeverwaltung, mit Einschluß der niedern Polizei zu. Sie ist befugt, die dahin einschlagenden Ordnungen festzusetzen, welche jedoch den Bundes- und Kantonsgesetzen und dem Eigentumsrechte Dritter nicht zuwider sein dürfen.“

Abs. 5: „Die in billigem Maße zu taxierenden Erträgnisse des Gemeindevermögens sind in erster Linie dazu bestimmt, die Gemeindeforderungen zu decken. Die Erhebung von Gemeindesteuern ist subsidiär nach billigen und gerechten Grundsätzen zulässig. Besondere Auslagen, welche einzelnen Gattungen des Privateigentums zu gute kommen, wie solche für Wahren und Wasserleitungen, können mit Berücksichtigung des denselben gewährten Nutzens auf diese verlegt werden. Das Nähere bestimmt das Gesetz.“

Das kantonale Gesetz über Verwendung von Korporationsvermögen vom 1. Januar 1849 lautet in seinen Art. 1 und 2:

Art. 1: „Jede Gemeinde und jeder Kreis, sowie überhaupt jede Korporation (andauernde Gemeinheit von Personen zur Erreichung eines öffentlichen Zweckes) ist verpflichtet, für den ungeschmälersten Bestand ihres Vermögens besorgt zu sein und darf dasselbe zu keinen Privat Zwecken verwenden.“

Art. 2: „Werden einer Korporation zugehörnde Grundstücke, wie etwa Alpen, Weiden, oder werden Wälder derselben veräußert, so darf der Erlös zu keinen andern als gemeinnützigen öffentlichen Zwecken verwendet werden.“

Nach dem Gesetz über die Niederlassung von Schweizerbürgern vom 1. September 1874 kann jeder Schweizer den Mitgenuß am Gemeindevermögen beanspruchen, insbesondere an Alpen, Weiden und Wäldern (Art. 12) und können die Niedergelassenen für den Mitgenuß der Gemeindevorteile zur Zahlung einer billigen, dem zu erlangenden Vorteil entsprechenden Vergütung an die Gemeindekasse angehalten werden (Art. 13). In den Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz ist vorgeschrieben:

„a) Die Bürger haben für den Genuß der Gemeindevorteile Nutzungstaxen zu bezahlen, welche $\frac{2}{3}$ der von den Niedergelassenen zu entrichtenden Taxen betragen.

„b) Für den Mitgenuß der Niedergelassenen an den Gemeindevorteilen können Taxen bis 75 % des vollen Handels- resp. Nutzungswertes festgesetzt werden.

„c) Bevor Steuern auf das Privatvermögen gelegt werden können, müssen die Bürger 50 % und die Niedergelassenen 75 % desselben (des Handels- resp. Nutzungswertes) bezahlen.“

Im Jahre 1890 wurde vom Volk des Kantons Graubünden ein Gesetzesentwurf über „die Regelung der Verhältnisse der politischen Gemeinden zu ihren Fraktionen“ verworfen, aus dem hier folgende Bestimmungen hervorzuhoben sind:

§ 2: „Fraktionen im Sinne dieser Bestimmungen sind Abteilungen einer politischen Gemeinde, welche besondere Vermögensrechte (Eigentum oder Nutzung) besitzen.

„Dieselben bilden einerseits integrierende Bestandteile der poli-

„tischen Gemeinde und anderseits öffentliche Korporationen, welche nur nach dem öffentlichen Rechte ihr Vermögen verwalten und über dasselbe verfügen können.“

§ 3: „Jede dieser Fraktionen ist in Gemäßheit des Gesetzes von 1849 über Verwendung von Korporationsvermögen verpflichtet, für den ungeschmälersten Bestand ihres Vermögens zu sorgen, und darf dasselbe seinem öffentlichen Zwecke nicht entfremden. Sie steht zunächst unter Aufsicht und Kontrolle der politischen Gemeinde, der sie angehört.“

§ 5: „Die politische Gemeinde hat überdies das Recht und die Pflicht, über die Verwaltung und die Verwendung der Erträge des öffentlichen Vermögens, das in ihren und der Fraktionen Händen liegt, verbindliche Bestimmungen innert den Schranken der Kantons- und Bundesgesetzgebung zu erlassen.“

§ 7: „Das Recht, die laut Niederlassungsgesetz und Verfassung für den Genuß der Gemeindevorteile zu erhebenden Taxen zu bestimmen, steht auch mit Rücksicht auf das Fraktionsvermögen der Gesamtgemeinde (politische Gemeinde resp. Bürgerversammlung) zu.

„Der Betrag dieser Taxen sowie auch ein allfälliger Überschuß der Nutzungserträge fällt in die Kasse der politischen Gemeinde.“

Die Art. 2, 3 und 7 dieses Entwurfs, Art. 7 mit dem Zusatz, daß die Gemeinde nachgewiesene Bedürfnisse der Fraktion zu befriedigen hat, sind vom Kleinen Räte in eine im November 1891 aufgestellte „normale Gemeindeordnung für Fraktionsgemeinden“ aufgenommen worden, über deren Bedeutung in der Einleitung ausgeführt ist: „Da nun ein vom hochl. Großen Räte vor einem Jahre gemachter Versuch, diese Verhältnisse durch ein kantonales Gesetz zu regeln, mißlungen ist, der Kleine Räte aber anderseits die Pflicht hat, darüber zu wachen, und nötigenfalls von sich aus dafür zu sorgen, daß die Gemeinden eine geordnete Verwaltung führen, so muß er bei fehlendem Gesetz auf anderm, d. h. auf dem Wege der direkten Interpretation, den einschlägigen Verfassungsbestimmungen Geltung verschaffen. Dabei wird er besondere Verhältnisse angemessen berücksichtigen, an bestimmten Grundsätzen aber immer festhalten und sich von denselben auch bei der

„Prüfung der Gemeindeordnungen leiten lassen. Diese Grundsätze haben dem Wesen nach in der nachfolgenden Normalgemeindeordnung ihren Ausdruck gefunden. Was die letztere statuiert, wird nach unserer Ansicht von der Staatsgesetzgebung, insbesondere von der Kantonsverfassung unzweifelhaft gefordert. Die Anwendung mag sich in den verschiedenen Fällen vielleicht einigermaßen verschieden gestalten, allein im großen und ganzen werden die leitenden Grundsätze für die Instruktion von Regierungskommissären, Entscheidung von Rekursen und Beurteilung von Gemeindeordnungen maßgebend sein und müssen wir den Fraktionsgemeinden anraten, von vornherein hierauf Rücksicht zu nehmen und ihre Statuten darnach zu gestalten.“

C. Mit staatsrechtlichem Rekurs vom 23. Juni 1908 hat der Hof Samana beim Bundesgericht den Antrag gestellt: „Der Erlaß des Kleinen Rates vom 28. April 1908, daß die Taxen für Nutzungen und der Erlös von Holzverkäufen aus dem Walde des Hofes Samana in die Kasse der Gemeinde Safien zu fallen habe, sei aufzuheben.“ Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt: Der Hof Samana sei, wie sich aus seinen Rechtschriften im Prozeß betreffend das Waldeigentum und den dort angeführten Urkunden ergebe, was sein Verhältnis zum Hofwald betreffe, eine privatrechtliche Realgenossenschaft nach § 87 Abs. 3 des bündnerischen BR und keine Korporation, namentlich keine solche öffentlich-rechtlicher Natur. Die Nutzungsrechte an der Hofwaldung seien subjektiv-dingliche Rechte oder Realrechte im eigentlichen Sinne, weil sie an den Grundbesitz, an Häuser, Ställe, Güter mit ihren Zäunen und an Alpstöße mit ihren Semnhütten und Ställen geknüpft seien. Die Besitzer dieser Realrechte bildeten daher eine Realgenossenschaft. Eine Umbildung in eine Korporation nach § 87 Abs. 4 litt. c habe nicht stattgefunden; die Rechtsverhältnisse in Bezug auf den Hofwald seien dieselben wie früher. Der angefochtene Erlaß verleihe den Art. 40 Abs. 5 RB. Unter Gemeindevermögen im Sinne dieser Bestimmung könne nur das Vermögen der Gemeinde selber, nicht dasjenige von Fraktionen verstanden werden. Das folge deutlich aus § 7 des verworfenen Gesetzesentwurfes von 1890, wo von Fraktionsvermögen — im Gegensatz zum Gemeindevermögen — die Rede sei und wodurch ausdrücklich habe bestimmt werden wollen, daß auch die

Taxen für die Nutzung des Fraktionsvermögens in die Gemeindekasse fließen sollten. Darnach könne nicht einmal das Vermögen einer öffentlich-rechtlichen Korporation innerhalb der Gemeinde als Gemeindevermögen behandelt und betrachtet werden, wie es im angefochtenen Erlaß hinsichtlich des dem Rekurrenten gehörigen Waldes geschehe. Die Taxen für die Nutzung dieses Waldes und der Erlös aus Holzverkäufen seien denn auch feststehendermaßen bisher nicht in die Kasse der Gemeinde Safien gelangt. Nun seien aber Samana und die übrigen Höfe in Safien gar keine Fraktionen, und die Gemeinde sei deshalb auch keine Fraktionsgemeinde. Denn die Höfe hätten keinerlei kommunale Rechte und Funktionen, weder in Bezug auf das Schulwesen, noch in Bezug auf das Armenwesen, noch in anderer Beziehung. Ferner sei verletzt Art. 9 Abs. 4 RB, der die Unverletzlichkeit des Eigentums und anderer Privatrechte, mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, garantiere. Für den Erlaß des Kleinen Rates, der in der empfindlichsten Weise in das Eigentum des Rekurrenten eingreife, fehle es durchaus an einer gesetzlichen Grundlage. Der Versuch, ein derartiges Gesetz zu schaffen, sei gescheitert, und die Normalgemeindeordnung des Kleinen Rates sei selbstverständlich kein Gesetz. Weiterhin liege eine Verletzung des Art. 40 Abs. 2 RB vor, weil darnach wiederum die Gemeinde Safien ohne gesetzliche Grundlage nicht befugt sei, im Wege der Gemeindeverfassung in der fraglichen Weise über das Eigentum des Rekurrenten zu verfügen. Und auch der Kleine Rat könne nicht an Stelle der Gemeinde eine solche Verfassung festsetzen. Endlich verstoße der angefochtene Erlaß gegen Art. 4 RB. Es gebe noch in verschiedenen Gemeinden von Graubünden öffentlich-rechtliche Korporationen, aus deren Waldungen keine Taxen oder Erlöse für Holzverkäufe in die Gemeindekassen bezogen werden, um die Gemeindebedürfnisse zu decken. Um nur einen Fall anzuführen, bestehe in der Gemeinde Davos die öffentliche Fraktion Monstein, die einen Wald besitze, dessen Erträgnisse die Korporationsgenossen beziehen, ohne dafür Taxen an die Gemeinde Davos zu entrichten, obgleich die letztere Gemeinde Steuern erheben müsse. Dies könne dem Kleinen Rate nicht unbekannt sein. Die Genossen des Hofes Samana sollen aber nach dem kleinräthlichen Erlaß gerade gegenteilig behandelt werden.

D. Der Kleine Rat von Graubünden und die Gemeinde Safien

haben auf Abweisung des Rekurses angetragen. In der Bernehmlassung des erstern ist beiläufig bemerkt, daß der Rekurrent zuerst an den Großen Rat hätte gelangen sollen, während die Gemeinde Saffien die Frage aufwirft, ob der Rekurs nicht verspätet sei, da die die angefochtene Bestimmung enthaltende Gemeindeverfassung schon durch Beschluß des Kleinen Rates vom 17. März 1905 der Gemeinde auferlegt worden sei; doch wird bemerkt, daß auch die Gemeinde es begrüßen würde, wenn das Bundesgericht materiell entscheide. Die Ausführungen der Rekursantwort in der Sache selbst sind, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Gemeindeverfassung mit der angefochtenen Bestimmung, wonach die Nutzungstaxen für die Hofwälder und der Erlös von Holzverkäufen aus diesen in die Gemeindefasse zu fließen haben, ist allerdings schon durch Beschluß des Kleinen Rates vom 17. März 1905 der Gemeinde Saffien auferlegt worden. Allein es scheint, daß die Ausführung dieser Vorschrift im Einverständnis mit dem Kleinen Rat zunächst unterblieben ist, indem ihr vorerst mehr nur provisorischer Charakter beigelegt wurde, und daß mit dem Erlaß des Kleinen Rates vom 28. April 1908 die Meinung verbunden war, daß erst dadurch jene Ordnung definitiv verbindlich werden sollte. Es darf dies namentlich auch daraus geschlossen werden, daß der Kleine Rat in seiner Bernehmlassung mit keinem Wort die Frage, ob der Rekurs rechtzeitig erhoben sei, aufgeworfen hat. Bei dieser Sachlage kann sich aber der Rekurrent über die fragliche Bestimmung der Gemeindeverfassung durch Anfechtung des Erlasses vom 18. April 1908, dem gegenüber die Rekursfrist des Art. 178 Ziff. 3 OG gewahrt ist, beschweren.

Auch der Umstand, daß der Rekurrent an den Großen Rat hätte gelangen können, steht dem Eintreten auf den Rekurs nicht im Wege. Die vorgängige Erschöpfung der kantonalen Instanzen ist nach der Praxis zwar bei staatsrechtlichen Rekursen wegen Verletzung des Art. 4 BV eine Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels. Hier beschwert sich der Rekurrent aber in erster Linie wegen Verletzung der Kantonsverfassung. Zudem ist die Auffassung des Großen Rates über die streitige Frage aus seinen

früheren Rekursentscheiden zur Genüge bekannt (siehe die Urteile des Bundesgerichts von 1904 und 1908), sodaß es begreiflich erscheint, wenn der Rekurrent die Beschwerde an diese Behörde als überflüssige Formalität unterlassen hat, und auch kein Anlaß bestehen kann, ihn vorerst an den Großen Rat zu verweisen.

2. Laut Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 1908 ist der Samanerwald Privateigentum des Rekurrenten, des Hofes Samana, und nicht der Gemeinde Saffien. Die zum Inhalte des Eigentums gehörigen Nutzungen und Befugnisse am Wald müssen daher an sich dem Rekurrenten zustehen. Als Nutzungen des Waldeigentums stellen sich u. a. die Taxen dar, welche der Rekurrent den Hofgenossen als Entgelt für ihre Holzbezüge auflegt oder auflegen könnte, sowie der Erlös aus Holz, das an Dritte verkauft wird. Wenn nun durch die angefochtene Vorschrift der der Gemeinde Saffien vom Kleinen Rat aufoktroierten Verfassung bestimmt wird, daß die Holztaxen, die bezogen werden sollen, und der Erlös der Holzverkäufe aus den Hofwäldern, also auch aus dem Samanerwalde, in die Gemeindefasse fallen, somit nicht dem Rekurrenten, sondern der Gemeinde gehören, so liegt hierin eine Beschränkung, und zwar intensiver Art, der Befugnisse des Rekurrenten als Eigentümers des Waldes. Und der Rekurrent kann sich hiegegen, gestützt auf Art. 9 Abs. 4 BV, wonach das Eigentum und andere Privatrechte, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, unverletzlich sind, zur Wehre setzen, insofern der Eingriff nicht auf einer gesetzlichen Bestimmung ruhen sollte; denn die Eigentumsgarantie, wie sie sich in den meisten Kantonsverfassungen findet, schützt das Eigentum nicht im Sinne eines abstrakten, über dem positiven Rechte stehenden Inbegriffs von Befugnissen in Ansehung der Sache, sondern nur in derjenigen konkreten Umschreibung und Begrenzung, wie es sich aus der kantonalen Gesetzgebung ergibt (US 34 I S. 161 und die dortigen Nachweise). Daß es sich bei der angefochtenen Bestimmung nach der Auffassung des Kleinen Rates um eine aus der besondern Stellung des Rekurrenten fließende öffentlich-rechtliche Gebundenheit hinsichtlich der Nutzung seines Waldes im Verhältnis zur Gemeinde handelt, schließt die Anrufung der verfassungsmäßigen Gewährleistung des Eigentums noch nicht aus, weil jener Vor-

behalt des Gesetzes speziell auch für Eigentumsbeschränkungen gilt, die auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegen, wie er ja überhaupt hier als Garantie gegen Übergriffe der Verwaltung seine hauptsächlichste Bedeutung hat (US 23 I S. 161; 34 I S. 96). Auch der Rekurrent hat daher aus Art. 9 Abs. 4 RW einen Anspruch darauf, in seinem Eigentumsrechte am Wald aus publizistischen, gemeindeverwaltungsrechtlichen Gründen zu Gunsten der Gemeinde nur nach Maßgabe des Gesetzes eingeengt zu werden.

Bei der Frage sodann, ob die angefochtene Norm der Gemeindeverfassung auf gesetzlicher Grundlage beruhe, kommt dem Bundesgericht, was die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechtes anbetrifft, keine freie Kognition zu, sondern es kann sich von der Auffassung der zuständigen kantonalen Behörden nur entfernen, wenn diese sich als gänzlich unhaltbar darstellt. Und zwar trifft dies im wesentlichen auch zu für Art. 40 Abs. 5 der RW, der als gemeindeverwaltungsrechtliche Spezialvorschrift naturgemäß in erster Linie und im Zweifel maßgebend von den zu seiner Handhabung berufenen kantonalen Behörden zu interpretieren ist.

3. Nun geht die Argumentation des Kleinen Rates, wie auch der Gemeinde Saffien, dahin, daß der Rekurrent, der Hof Camana, ein öffentlich-rechtliches Subjekt mit kommunalem Charakter, eine Art Unterabteilung der Gemeinde, eine „Fraktion“ sei, daß vom öffentlich-rechtlichen Standpunkte aus der dem Rekurrenten gehörige Hofwald als Gemeindevermögen im Sinne des Art. 40 Ziff. 5 RW und der Gesetze vom 1. Januar 1849 und 1. September 1874 erscheine, daß daher dessen Ertrag, d. h. die Nutzungstaxen und der Erlös von Holzverkäufen, nur zu Gemeindezwecken verwendet werden dürfe und in die Gemeindefasse zu fließen habe. Darnach sollte durch die Bestimmung des verworfenen Gesetzentwurfs betreffend die Regelung der Verhältnisse der politischen Gemeinden und ihrer Fraktionen, derzufolge die Taxen für die Nutzung des Fraktionsvermögens und ein allfälliger Überschuß der Nutzungserträge in die Kasse der politischen Gemeinde fallen, kein neues Recht geschaffen, sondern lediglich ein bereits in der Verfassung enthaltenes Prinzip ausgesprochen werden und wäre der Kleine Rat nach Verfassung und Gesetz befugt gewesen, eine entsprechende Vorschrift auf dem Verordnungswege, nämlich in der Normal-

gemeindeordnung von 1891, worauf sich die angefochtene Gemeindeverfassung stützt, aufzustellen. Jene Auffassung des Kleinen Rates und der Gemeinde Saffien kann aber keineswegs als haltlos bezeichnet werden, wobei von vornherein mitzubeachten ist, daß die Rechtsverhältnisse des Rekurrenten in den Akten nicht hinlänglich klar gestellt sind und überhaupt die verwickelten bündnerischen Gemeindeverhältnisse sich einer nähern Kenntnis des Bundesgerichts, wie sie nur durch direkte Anschauung vermittelt werden könnte, entziehen. Was zunächst die rechtliche Qualifikation des Rekurrenten anbetrifft, so liegt nach § 87 Schlußabsatz des bündnerischen PR der Unterschied zwischen privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen juristischen Personen darin, daß die erstern nur einen privaten, die letztern dagegen „einen öffentlichen, d. h. irgend einen gemeinheitlichen, sei es politischen, sei es Bildungs- oder Unterstützungszweck haben.“ Zieht man in Erwägung, welche hervorragende Bedeutung in einem Gebirgstal wie Saffien die Wälder (und auch die Alpen) für das gesamte wirtschaftliche Leben und die allgemeine Wohlfahrt haben, so erscheint es keineswegs als von vornherein ausgeschlossen, daß im Besitz und in der Verwaltung von Wäldern seitens einer Korporation oder Genossenschaft die Erfüllung eines gemeinheitlichen Zweckes, eine politische Funktion im weitern Sinne erblickt wird. Von diesem Standpunkte aus mag der Rekurrent als öffentlich-rechtlicher Verband angesehen werden, selbst wenn er, was nicht recht abgeklärt ist, daneben keinerlei anderweitige publizistische Aufgaben haben sollte. Für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rekurrenten kann ferner angeführt werden, daß, soweit ersichtlich, die Wittgliebtschaft ohne weiteres mit dem Grundbesitz oder dem bloßen Wohnen innerhalb eines bestimmten Hofbezirkles verbunden ist, so daß man es in gewissem Sinne mit einem territorialen Verbände zu tun hat, wie denn ja auch der Rekurrent sich aus einer alten Markgenossenschaft entwickelt hat (Urteil vom 13. Februar 1908, Erw. 4). Bedenkt man sodann, daß die erwähnten publizistischen Momente wesentlich das Rechtsleben innerhalb der Gemeinde betreffen, daß der zu einer rechtlichen Einheit verbundene Hof geographisch ein Teil der Gemeinde ist, daß überhaupt die ganze Gemeinde Saffien sich aus solchen Höfen zusammensetzt, so ist,

immer bei der dem Bundesgerichte zustehenden beschränkten Kognition, auch dagegen nichts einzuwenden, daß der Rekurrent, speziell auch in Ansehung seines Hofwaldes, als kommunaler Verband, als eine Art rechtlicher Unterabteilung der Gemeinde, eine Fraktion, betrachtet und behandelt wird. Es ist nicht ersichtlich, daß der Ausdruck „Fraktion“ im bündnerischen Gemeinderecht einen festen Rechtsbegriff anzeigen würde, etwa in dem Sinne, daß ein Verband, um Fraktion einer Gemeinde zu sein, ein bestimmtes Mindestmaß der sonst der Letztern zugetheilten Aufgabe durchführen müßte. Mangels einer gesetzlichen Definition oder einer klaren Umschreibung durch ständige Praxis ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß jede Unterabteilung der Gemeinde von rechtlicher Bedeutung eine Fraktion ist und daß daher auch auf einen Verband mit beschränkter kommunaler Aufgabe, welche Voraussetzung nach dem Gesagten beim Rekurrenten wohl als gegeben angesehen werden konnte, diese Bezeichnung zutrifft.

4. Nach diesen Ausführungen kann sich der Rekurrent aus dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie nicht darüber beschweren, daß er als Unterabteilung, Fraktion, der Gemeinde Saffien in der Verfügung und Nutzung seines Hofwaldes denjenigen Beschränkungen unterworfen wird, die sich nach kantonalem Staats- und Verwaltungsrecht aus solcher Stellung ergeben. Fragt es sich aber, ob er sich darnach speziell die angefochtene Beschränkung betreffend die Nutzung des Hofwaldes gefallen lassen muß, so fällt in Betracht: Schon aus Art. 1 und 2 des Gesetzes von 1849 über Verwendung von Korporationsvermögen ergibt sich eine starke Gebundenheit der öffentlich-rechtlichen Verbände in der Verfügung über ihr Vermögen: das in ungeschmälertem Bestand zu erhaltende Vermögen darf zu keinen Privat Zwecken und auch der Erlös darf nur zu gemeinnützigen öffentlichen Zwecken verwendet werden. Die Deutung liegt von vornherein nahe, daß unter Verhältnissen, wie sie in Saffien bestehen, als gemeinnütziger, öffentlicher Zweck, für den der Erlös des Vermögens der Höfe und speziell der Hofwälder — über die Naturalnutzung der Hofangehörigen hinaus — zu verwenden ist, in allererster Linie die Befriedigung der Gemeindebedürfnisse, an der ja die Höfe und die Hofleute in höchstem Maße interessiert sind, in Betracht kommen sollte. Wenn es so-

dann im Gesetz von 1874 über die Niederlassung von Schweizerbürgern heißt, daß jeder Niedergelassene Mitgenuß am gesamten Gemeindevermögen, insbesondere an Alpen, Weiden und Wäldern hat, wogegen er eine billige Vergütung an die Gemeindefasse zahlen soll, so ist die Auffassung möglich und vertretbar und jedenfalls nicht haltlos, daß hier von Gemeindevermögen in einer weitern publizistischen Bedeutung die Rede ist, nach der das Vermögen der Gemeinde und ihrer Unterabteilungen, Fraktionen, vom verwaltungsrechtlichen Standpunkte aus zu einer Einheit zusammengefaßt wird. In diesem Sinne kann namentlich die besondere Hervorhebung der Alpen, Weiden und Wälder verwertet werden, da ja die genannten Objekte sich vielfach nicht im Besitz der Gemeinde, sondern der Fraktionen befinden werden, für welchen Fall das Gesetz wohl die Niedergelassenen gleichfalls mitbenutzungsberechtigt erklären will. Dann wird man es aber auch zulassen müssen, daß der Begriff des Gemeindevermögens nach Art. 40 Ziff. 5 KB von den kantonalen Behörden in ähnlichem Sinn bestimmt wird, was dazu führt, daß die Taxen für die Nutzung des Fraktionsvermögens der Gemeinde zugeteilt sind. Der Gedanke, auf dem die erwähnte Verfassungsnorm beruht, kann in der Tat sehr wohl darin gefunden werden, daß die Interessen von Gesamtgemeinde und Fraktionen sich decken, daß die Überschüsse des Fraktionsvermögens der Gesamtheit zu gute kommen sollen, daß unter allen Umständen die Gesamtgemeinde erst Steuern erheben soll, nachdem auch die Taxen für die Fraktionsnutzungen und allfällige Erlöse aus Fraktionsvermögen nicht zur Deckung der Gemeindeausgaben hinreichen — alles Postulate, die unverkennbar auf eine rationelle und gesunde Gemeindeverwaltung und speziell darauf abzielen, das Vermögen der Fraktionen, das öffentliches Gut ist, auch als solches zu behandeln. Der Umstand, daß am Schluß des Art. 40 Abs. 5 KB für die nähere Ausführung auf ein Gesetz verwiesen wird, das bis heute nicht zu Stande gekommen ist, braucht der direkten Anwendung der verfassungsmäßigen Grundsätze in der Praxis nicht entgegenzustehen. Ebensovienig kann sich der Rekurrent darauf berufen, daß ihm gegenüber, was den Hofwald anlangt, erst jetzt die Verfassung in Verbindung mit den erwähnten Gesetzen im angeführten Sinne gehandhabt wird. Denn

einmal hat sich der Kleine Rat schon seit den 80 er Jahren bemüht (Urteil vom 17. März 1904) die Rechte der Gesamtgemeinde Safien in Ansehung der Hofwälder zur Verwirklichung zu bringen. Und sodann kann die Tatsache, daß ein Rechtszustand aus irgendwelchen Gründen während bestimmter, längerer Zeit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Grundsätzen von Verfassung und Gesetz bestanden hat, kein Privileg auf weitere Fortdauer begründen.

5. Ist nach dem Gesagten die Beschwerde aus Art. 9 Abs. 4, sowie auch diejenige aus Art. 40 Abs. 5 RB zu verwerfen, so folgt daraus ohne weiteres, daß der Rekurrent dem angefochtenen Erlaß gegenüber sich auch nicht auf Art. 40 Abs. 2 und die dortige Garantie des Eigentums gegenüber den Gemeindeordnungen berufen kann.

6. Auch die Beschwerde des Rekurrenten wegen Verletzung der Rechtsgleichheit ist unbegründet. Die bloße Tatsache, daß der Zustand, gegen den der Kleine Rat in Safien ankämpft, vielleicht auch noch anderwärts im Kanton besteht, vermag einen solchen Vorwurf nicht zu stützen. Abgesehen davon, daß die fraglichen Verhältnisse in der Rekurschrift in keiner Weise näher dargelegt sind, ist es sehr wohl möglich, daß der Kleine Rat aus nicht zu beanstandenden sachlichen Gründen, mangels eines Rekurses usw., bis jetzt keine Veranlassung hatte, sich mit den betreffenden andern Fällen zu befassen. Von ungleicher Behandlung könnte erst gesprochen werden, wenn der Kleine Rat ohne sachliche Motive vorliegend anders entschieden hätte, als bisher, oder wenn er wiederum ohne sachliche Gründe bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen im einen Falle einschreiten würde, im andern Falle nicht. Weder das eine noch das andere ist vom Rekurrenten dargetan, ja im Grunde nicht einmal behauptet. Aus den Akten und frühern Rekursfällen ergibt sich vielmehr, daß der Kleine Rat als Aufsichtsbehörde auch bei andern Gemeinden darnach strebt, daß öffentliches Gut, speziell Fraktionsgut, nicht rein privaten Charakter annimmt oder daß es die Eigenschaft als öffentliches Gut, soweit sie ihm gebührt, wieder zurückerhält (siehe z. B. Schmid, Rekurspraxis des Kleinen Rates von Graubünden, S. 54 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 1897 in Sachen der Korporation Matitsch-

Luvreu, und vom 26. September 1907 betreffend die Gemeinde Luzein, NS 33 I Nr. 97).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

24. Urteil vom 17. März 1909
in Sachen **Braunwaldbahn-Gesellschaft** gegen
Regierungsrat des Kantons Glarus.

Verletzung der Eigentumsgarantie durch eine der gesetzlichen Grundlage entbehrende Verfügung des Regierungsrates, dahingehend, es sei ein bestimmter Stacheldrahtzaun innert 1½ Jahren zu beseitigen. — Verletzung des Prinzips der Gewaltentrennung durch regierungsrätliche Verantwortlicherklärung des Zaunbesitzers für allfälligen Viehschaden. — Uebergreif in Kompetenzen von Bundesbehörden (insbesondere des Bundesrates) durch die erwähnte Verfügung betr. Beseitigung des Stacheldrahtzaunes, wenn der Zaunbesitzer eine Eisenbahngesellschaft ist?

A. Die Rekurrentin hat längs ihrer Linie eine Einfriedigung mit Stacheldraht erstellt. Mit Schreiben vom 2. März 1908 legte sie den Plan der Einfriedigung dem eidgenössischen Eisenbahndepartement zur Genehmigung vor. Am 14. April 1908 schrieb das Eisenbahndepartement an den Verwaltungsrat der Braunwaldbahn, daß die Vorlage über die Einfriedigung weder ihm noch der Kantonsregierung Veranlassung zu Einwendungen gebe. Von einer formellen Genehmigung der Planaufgabe müsse das Eisenbahndepartement dagegen absehen, da laut dem Berichte des Kontrollingenieurs die Einfriedigung bereits zum Teil erstellt sei.

Am 3. Juni 1908 reklamierte ein Joh. Heiz im untern Lochberg bei Braunwald beim Präsidenten des Verwaltungsrates der Braunwaldbahn, A. Bèbié-Hesti, wegen der Erstellung des Drahtzaunes längs seiner Liegenschaft, da die Viehverfügungsgesellschaft Müti-Braunwald die Haftpflicht für allen Schaden ablehne, der dem Vieh aus dieser Stacheldrahteingäunung entstehen könnte.