

42. Auszug aus dem Urteil vom 17. Juli 1941

i. S. Schwelz. Eidgenossenschaft gegen Kanton Thurgau.

1. Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einem Kanton über vermögensrechtliche Ansprüche aus dem öffentlichen Recht werden im direkten verwaltungsrechtlichen Prozess nach Art. 17 ff. VDG beurteilt, auch in Fällen, in denen ausserdem die Kompetenz des Bundesgerichts nach Art. 48, Ziff. 1 OG gegeben wäre.
 2. Die Vorschriften über die Teilung der Militärverwaltung zwischen Bund und Kantonen (Art. 20, Abs. 1, BV, MO und die einschlägigen Bestimmungen, insbesondere auch diejenigen über die Rechte und Pflichten der Kantone) sind zwingende Normen des öffentlichen Rechts. Die darin getroffene Kompetenzausscheidung kann nicht durch Vereinbarungen zwischen dem Bund und einem Kanton verschoben werden.
 3. Es kann höchstens, aus Gründen administrativer Zweckmässigkeit, eine Vertretung in der Durchführung der Aufgaben stattfinden, unter der Voraussetzung, dass der gesetzlich verpflichtete Teil die Kosten ersetzt, die dem Andern aus der Übernahme technischer Verrichtungen erwachsen, die nicht zu dessen Aufgabenkreis gehören.
 4. Verträge zwischen dem Bund und einem Kanton über die Teilung der Militärverwaltung fallen dahin oder müssen der neuen Sachlage angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse in einer Weise ändern, dass die Vollziehung des Vertrages nunmehr ganz oder teilweise gegen zwingende Vorschriften verstossen würde oder schlechterdings nicht mehr durch das behördliche Ermessen gedeckt wäre.
-
1. Les litiges entre la Confédération et un canton touchant des prétentions pécuniaires de droit public sont déferés au juge par la voie du procès administratif direct prévu aux art. 17 ss. JAD, même dans les cas où le Tribunal fédéral serait aussi compétent de par l'art. 48 ch. 1 OJ.
 2. Les dispositions qui répartissent les tâches de l'administration militaire entre la Confédération et les cantons (art. 20 al. 1, CF, OM et les dispositions applicables en la matière, notamment celles qui touchent aux droits et aux devoirs des cantons) sont des règles impératives de droit public. La Confédération et les cantons ne peuvent modifier conventionnellement la répartition des pouvoirs qui en ressort.

3. C'est tout au plus si, par des motifs tenant à l'économie administrative, il peut y avoir une représentation pour l'exécution des tâches prescrites. Encore faut-il que l'administration légalement compétente rembourse les frais que cause à l'administration représentante l'exécution d'actes administratifs étrangers à l'activité normale de cette dernière.
 4. Les conventions conclues entre la Confédération et un canton sur la répartition des tâches de l'administration militaire tombent en caducité ou doivent être adaptées à la nouvelle situation lorsque les circonstances se modifient de telle sorte que l'exécution des clauses conventionnelles emporterait la violation de dispositions impératives ou ne serait plus en aucune manière couverte par le pouvoir d'appréciation de l'autorité.
1. Le contestazioni tra la Confederazione e un Cantone relative a pretese pecuniarie di diritto pubblico vanno promosse mediante il processo amministrativo diretto a' sensi degli art. 17 e seg. GAD, anche nei casi in cui il Tribunale federale fosse pure competente in virtù dell'art. 48 cifra 1 OGF.
 2. Le disposizioni che ripartiscono tra la Confederazione ed i Cantoni i compiti dell'amministrazione militare (art. 20 cp. 1 CF, OM e le disposizioni applicabili in materia, particolarmente quelle riguardanti i diritti e i doveri dei Cantoni) sono regole imperative di diritto pubblico; la Confederazione e i Cantoni non possono modificare per via convenzionale la ripartizione delle competenze che ne risultano.
 3. Tutt'al più, può aver luogo, per motivi d'opportunità amministrativa, una rappresentanza per l'esecuzione dei compiti prescritti, a condizione però che la parte legalmente tenuta rimborsi all'altra parte le spese che le derivano dall'esecuzione di compiti tecnici che non entrano nella sua attività normale.
 4. Le convenzioni concluse tra la Confederazione e un Cantone circa la ripartizione dei compiti dell'amministrazione militare diventano caduche e debbono essere riadattate alla nuova situazione di fatto, allorchè le circostanze si modificano in modo tale che l'esecuzione delle clausole convenzionali venga a violare in tutto o in parte disposizioni imperative o non sia più coperta dal potere di apprezzamento dell'autorità.

A. — Nach Art. 158 MO beschafft der Bund die Korpsausrüstung aller, auch der kantonalen Truppeneinheiten. Nach Art. 159 I MO verwalten und unterhalten aber die Kantone die Korpsausrüstung ihrer Einheiten und Truppenkörper, während der Bund das übrige Korpsmaterial verwaltet und unterhält. Desgleichen trägt der Bund nach Art. 96 die Kosten der Wiederherstellung des kantonalen Korpsmaterials nach eidgenössischen Diensten. Zur Verwaltung des Korpsmaterials gehört die Aufbewahrung und Instandhaltung zwischen den Diensten; hiezu müssen die für die Lagerung nötigen Räume zur Verfügung stehen.

B. — Der Kanton Thurgau war Eigentümer des Zeughausareals in Frauenfeld. Auf diesem Land standen zwei Zeughäuser. Das eine war vom Bund gemietet für das Artilleriekorpsmaterial. Im andern waren die Magazine für das Korpsmaterial der kantonalen Einheiten.

Durch Kaufbrief vom 23. April 1912, eingetragen im Grundbuch des Kreises Frauenfeld, trat der Kanton dem Bunde die Zeughausliegenschaft mit den beiden Zeughäusern ab, wobei der Preis des Landes, 12 515 m², auf Fr. 6.— per m² und derjenige für die Gebäude auf Fr. 107,567.—, total auf Fr. 182,675.— bestimmt war. Im gleichen Vertrag wurden ausserdem dem Bunde abgetreten ca. 2174 m² Wiesland « in der Stelli » samt den darauf befindlichen zwei Munitionsmagazinen.

« Diese Abtretung geschieht gratis als Gegenleistung des Kantons Thurgau für die vom Bunde gemäss Ziff. 3 der Vertragsbestimmungen übernommene Besorgung der kantonalen Materialbestände.

Die Objekte werden gewertet zu Fr. 15,579.—. »

Der Kaufbrief enthält « Fernere Bestimmungen », von denen die Ziffern 3 und 4 hier anzuführen sind :

« 3. Mit dem Übergang des jetzigen kantonalen Zeughauses an den Bund übernimmt die eidg. Kriegsmaterial-Verwaltung auf ihre Kosten die gesamte Verwaltung und den Unterhalt des Korpsmaterials und der Munition der Kantonal-thurg. Einheiten und Truppenkörper gemäss Art. 52 der Militärorganisation ohne irgendwelche Entschädigung seitens des Kantons Thurgau und ohne Beeinträchtigung des dem Kanton gemäss Gesetz zustehenden Verfügungsrechtes für kantonale Bedürfnisse. »

« 4. Der Bund erstellt auf seine Kosten alle notwendig werdenden Abänderungen, Erweiterungen, Neueinrichtungen etc., die mit dem Unterhalt und der kriegsgemässen Magazinierung des sämtlichen Korpsmaterials verbunden sind oder in der Folge notwendig werden sollten, ohne dafür den Kanton Thurgau finanziell in Anspruch zu nehmen. »

Durch BB vom 6. Oktober 1911 (GS 800) war der Bundesrat ermächtigt worden, das fragliche Zeughausareal in Frauenfeld nebst den Munitionsmagazinen zu erwerben und die Anlage nach den vorgelegten Plänen auszubauen. Der Vertragsentwurf mit den Nebenbestimmungen lag den eidgenössischen Räten vor.

Anlass zum Abschluss des Vertrages gab der Platzmangel, der auf dem Waffenplatz Frauenfeld seit Jahren herrschte bezüglich der Unterbringung sowohl des Schulmaterials, als auch der Kasernen- und weitem Instruktionsbedürfnisse (Botschaft des Bundesrates vom 12. September 1910, BBl IV 584, Botschaft des Regierungsrates Thurgau an den Grossen Rat vom 4. November 1911). Der Erwerb der Zeughausliegenschaft ermöglichte dem Bund, darauf für jene Bedürfnisse ein neues Zeughaus, zwischen den beiden bereits bestehenden, und andere Einrichtungen zu erstellen. Zur Übernahme der Leistung für das kantonale Korpsmaterial durch den Bund bemerkt die Botschaft des Bundesrates :

« Nach Art. 96 der Militärorganisation erfolgt die Instandstellung des Materials, das infolge eidgenössischen Dienstes beschädigt wird, zu Lasten des Bundes. Es ist nun für die Verwaltung des letztern vorteilhafter, diese Arbeit selbst zu besorgen, als sie gegen Entschädigung durch die kantonalen Verwaltungen vornehmen zu lassen. Einmal wieder in stand gestellt, erfordert das Material seit Einführung der jährlichen Wiederholungskurse von einem Dienst zum andern nur noch wenig Arbeit, sodass die Unterhaltskosten während der Magazinierung gering sind. »

Nach der kantonalen Botschaft, S. 2, hatten die Organe des Bundes die unentgeltliche Übernahme der Verwaltung und des Unterhalts des kantonalen Korpsmaterials vorgeschlagen. Die Botschaft sagt hiezu noch :

« Handelt es sich auch beim Unterhalt des Korpsmaterials nur um den sog. Zwischenunterhalt, so entstanden dem Kanton unter diesem Titel jährlich Unkosten von mehreren hundert Franken. Die Unterbringung des Korpsmaterials selber erforderte grössere Räumlichkeiten. »

Durch die Übernahme des Korpsmaterials durch den Bund hat der Kanton nur noch für Zeughausräumlichkeiten für die persönliche Ausrüstung zu sorgen. »

Die Übernahme der erwähnten Leistung durch den Bund stiess in der Kommission des Ständerates auf Bedenken, wobei die Kommission Rückweisung der Vorlage beantragte behufs neuer Unterhandlungen mit dem Regierungsrat von Thurgau.

« Bei diesen Verhandlungen soll darauf hingewirkt werden, dass das zur Aufbewahrung des kantonalen Korpsmaterials bestimmte

Zeughaus nobst einem entsprechenden Areal von der käuflichen Übernahme durch den Bund entweder ausgeschlossen wird, oder dass der Kanton Thurgau für die Magazinierung des Korpsmaterials und für den ihm obliegenden Unterhalt eine entsprechende Entschädigung leiste, wogegen auf die (käufliche) Übernahme der beiden Munitionsmagazine zu verzichten wäre. Für den Fall, dass der Kanton Thurgau das Zeughaus seines Korpsmaterials zu Eigentum behalten würde, müsste die gegenseitige Benützung der Durchfahrt zugesichert werden. Dem Kanton Thurgau kann es natürlich freigestellt werden, den Unterhalt seines Korpsmaterials selbst zu besorgen. »

Der Regierungsrat lehnte solche Änderungen ab und kündigte den Mietvertrag über das Artilleriezeughaus ; hiebei bemerkte er u. a. :

« Die Unterbringung des Korpsmaterials im Infanterie-Zeughaus ist bis jetzt nach übereinstimmendem Urteil sehr zweckmässig gewesen, und es wird dem Kanton niemals einfallen, die Räume mietweise weiter benutzen zu wollen, welche er seinerzeit mit grossen Kosten erstellte. Ohne vertragliche Abtretung der Magazinierung und des Unterhalts des Korpsmaterials an den Bund würde der Kanton riskieren, dass ihm seinerzeit dieser Mietvertrag vom Bunde gekündigt werden könnte und dass er sich wieder vor der Notwendigkeit befände, Räumlichkeiten für die Unterbringung des Korpsmaterials schaffen zu müssen » (Botsch. des RR, S. 4).

Der vom Bund für die Gebäude bezahlte Kaufpreis entspricht nach der kantonalen Botschaft den Selbstkosten des Kantons und auch ungefähr dem damaligen Bauwert. Das Land hatte der Kanton seinerzeit zu Fr. 2.55 bis Fr. 4.50 den m² erworben.

Im Jahre 1912 hatte der Kanton Thurgau an kantonalen Truppeneinheiten 4 Füs. Bataillone, eine Schützenkompagnie und 2 Dragonerschwadronen.

Aus dem Erlös für die Zeughausliegenschaft erstellte der Kanton ein neues kantonales Zeughaus für die persönliche Ausrüstung seiner Einheiten (Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kts. Thurgau an den Grossen Rat über das Jahr 1913, S. 328).

Gemäss Ziff. 3 der « Ferneren Bestimmungen » des Kaufbriefes hatte nach dem Übergang der Zeughausliegenschaft an den Bund dieser dem Kanton (in dem einen Zeughaus) den nötigen Raum für die Magazinierung des Korpsmaterials der kantonalen Einheiten zur Verfügung zu

stellen und dieses zu unterhalten und zu verwalten und zwar alles « unentgeltlich ». Der eidgenössische Zeugwart und sein Personal besorgen den *Unterhalt* des kantonalen Korpsmaterials unter der Aufsicht des kantonalen Zeughausverwalters, der in dieser Beziehung eidgenössische Funktionen ausübt. Die *Verwaltung* besorgt der kantonale Zeughausverwalter. Die Vergütung für diese Verrichtungen desselben ist inbegriffen in der Entschädigung, die der Bund laut Zeughausvertrag an den Kanton bezahlt. Durch Vertrag vom 20. Juli/4. August 1917 wurde diese Entschädigung auf Fr. 3000.— bestimmt, welcher Betrag 1936 um 12 ½ % gekürzt wurde.

Im Jahre 1938 drohte der Kanton mit der Kündigung des Vertrages in Anbetracht der durch die neue Truppenordnung und insbesondere die Organisation des Grenzschutzes bedeutend vermehrten Arbeit der kantonalen Zeughausverwaltung für den Bund. Der Bund offerierte dann eine Entschädigung von Fr. 6000.—, womit sich der Kanton « für einmal » zufrieden erklärte. Bei diesem Anlass waren von Seite der Organe des Bundes Vorbehalte inbezug auf die Rechtsbeständigkeit der Ziffern 3 und 4 des Kaufvertrages von 1912 gemacht worden.

Die Selbstkosten des Bundes für Unterbringung, Verwaltung und Unterhalt des Korpsmaterials der sog. Grenztruppen werden in der Klage auf ungefähr Fr. 4300.— (1939) angegeben, welcher Ansatz nicht bestritten wurde.

C. — Gestützt auf ein Rechtsgutachten der Justizabteilung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes regte die Kriegsmaterialverwaltung im Auftrag des eidgenössischen Militärdepartementes mit Schreiben vom 23. März 1939 beim kantonalen Militärdepartement die « Anpassung des Vertrages (von 1912) an die Verhältnisse des Grenzschutzes » an, nachdem hierüber schon mündliche Verhandlungen stattgefunden hatten; es handelte sich um die Ziffern 3 und 4 der « Ferneren Bestimmungen » dieses Vertrages. Der Regierungsrat lehnte die Schlussfolgerungen des Rechtsgutachtens ab und wünschte, dass

die Angelegenheit vom Bundesgericht entschieden werde.

D. — Mit *Klage* vom 19. Juni 1940 hat die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Militärdepartement gegen den Kanton Thurgau folgende Rechtsbegehren beim Bundesgericht gestellt :

« 1. Die Ziffern 3 und 4 der « Fernern Bestimmungen » des Kaufbriefes vom 23. April 1912, abgeschlossen zwischen der Schweiz. Eidgenossenschaft als Käuferin und dem Kanton Thurgau als Verkäufer betreffend die kantonale Zeughausanlage in Frauenfeld seien nichtig zu erklären.

2. Es sei festzustellen, dass der Kanton Thurgau die Kosten für Verwaltung, Magazinierung und Unterhalt des Materials seiner kantonalen Grenztruppen zu tragen hat.

3. Eventuell, falls das Rechtsbegehren 1 nicht gutgeheissen würde, sei festzustellen, dass die « Fernern Bestimmungen » des Kaufbriefes vom 23. April 1912 auf die Kosten für Verwaltung, Magazinierung und Unterhalt des Materials der kantonalen Grenztruppen des Kantons Thurgau nicht anwendbar sind ; — unter Kostenfolge. »

Für die Zuständigkeit des Bundesgerichts wird verwiesen auf VDG Art. 17, eventuell 18^d.

In der *Klage* wird anerkannt, dass der Bund im Kaufvertrag von 1912 die Verpflichtung nach Ziffer 3 und 4 ohne zeitliche Beschränkung übernommen habe, welche Verpflichtung aber in Widerspruch stehe zu Art. 159 MO. Seit 1912 hätten die Verhältnisse sich stark verändert, was die Vertragspartner nicht vorausgesehen hätten und auch nicht hätten voraussehen können. Andernfalls hätte der Bund diese Klauseln nicht zugelassen ; es sei ohnehin schon schwer verständlich, dass er sie unter den damaligen Verhältnissen eingegangen sei.

Es wird die *clausula rebus sic stantibus* angerufen, und es werden Ausführungen gemacht über die bundesgerichtliche Praxis in der Frage. Allerdings seien die Voraussetzungen hier nicht gegeben, die das Bundesgericht in bezug auf die Klausel bei privatrechtlichen Verträgen aufgestellt habe (BGE 48 II 247, 59 II 377 ff.), dass nämlich die Leistungspflicht für den Schuldner den wirtschaftlichen Ruin bedeuten würde und das Beharren auf dem Verträge durch den Gläubiger eine wucherische Ausbeutung der

Zwangslage des Schuldners sei. Aber diese Kriterien könnten auf das Verhältnis zwischen den Partnern Bund und Kanton nicht bezogen werden. Wohl aber könne der Bund sich auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen; denn ein Recht dürfe nicht weiter ausgeübt werden, als diese Grundsätze es gestatten und schon der rechtsbegründende Parteiwille sei nach ihnen auszulegen (38 II 462/3). Und wenn ein Vertrag für ausserordentliche, nicht voraussehbare Verhältnisse eine Normierung nicht vorsehe, so weise er eine Lücke auf, die nach dem vermutlichen Parteiwillen zu ergänzen sei (47 II 317/8). Bei Voraussicht der Entwicklung der Dinge hätte der Bund jene Verpflichtung niemals eingegangen, und der Kanton hätte sie auch nicht verlangen können. Der Kanton möge aus demselben Grunde für die Verwaltung der eidgenössischen Zeughäuser besser entschädigt werden, wozu der Bund ja auch grundsätzlich bereit sei; aber die Verwaltungskosten für sein kantonales, in den Zeughäusern des Bundes eingelagertes Material habe er selber zu tragen, da er diese Last auch hätte, wenn dieses Material im kantonalen Zeughaus läge.

Als ehrliche Parteien müssten sich Bund und Kanton sagen, dass es nicht Inhalt der « Fernern Bestimmungen » sei, die heutigen Verhältnisse zu ordnen. Eine Neuordnung und zwar eine vollständige, am besten unter förmlicher Aufhebung der « Fernern Bestimmungen », sei am Platz. In diesem Sinne werde auf die *clausula rebus sic stantibus* abgestellt.

Neben der Klausel wird folgender Gesichtspunkt geltend gemacht:

Zweck der verschiedenen seit 1912 getroffenen Abkommen könne nur die Vereinfachung der Verwaltungstätigkeit von Kanton und Bund in Erfüllung der ihnen durch die Militärgesetzgebung überbundenen Aufgaben sein. Der Inhalt dieser Aufgaben werde durch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Militärgesetzgebung zwingend vorgeschrieben. Diese Vorschriften über die Lasten-

verteilung zwischen dem Bund und den Kantonen könnten gar nicht Gegenstand vertraglicher Vereinbarung sein. Was vereinbart werden könne, sei lediglich die Bewertung der Leistungen eines jeden Teils, insoweit eine Leistung aus praktischen Gründen von dem gesetzlich nicht dazu verpflichteten Teil auf Rechnung des verpflichteten Teils erbracht werde. Grundlegend bleibe der Gesichtspunkt der amtlichen Verwirklichung einer zwingenden Norm (BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 50 ; ferner : Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern für das Bundesgericht, S. 36 und 46). Die vom Gesetz (der MO) zwingend festgelegten Verpflichtungen könnten nicht verschoben werden. Wenn nach Art. 159 MO die Kantone die Korpsausrüstung der kantonalen Einheiten und Truppenkörper zu unterhalten haben, so könne nicht der Bund durch « Vertrag » diese Pflicht auf seine Kosten übernehmen. Wenn die Magazinierung der Korpsausrüstung und Munition der kantonalen Truppenkörper und Einheiten Sache der Kantone sei, so gehe es nicht an, dass diese Aufgabe dem Bund überbunden werde, ohne dass ihm der Kanton vollwertigen Ersatz leiste, also unter Respektierung der prinzipiellen Verpflichtung. Und wenn der Kanton dem Bund sein Zeughaus verwalte, so habe auch der Kanton Anspruch auf volle Entschädigung. Darauf komme es an, ob die von Bund und Kanton getroffenen Anordnungen dem Gesetz, in unserem Falle den zwingenden Normen der Militärgesetzgebung, entsprechen (BURCKHARDT, Vertrag 47 ; Organisation 61). Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Ersatzleistungen des einen Teils und den vom andern Teil besorgten Aufgaben des von Gesetzes wegen verpflichteten Teils könne nicht rechtmässig sein. Auf alle Fälle sei das heute bestehende Missverhältnis nicht rechtmässig. Daher müssten die « Verträge » aufgehoben werden, soweit sie sich als rechtswidrig herausstellen, m.a.W. infolge der veränderten Umstände zu einem Missverhältnis geführt hätten und

dadurch rechtswidrig geworden seien (BURCKHARDT, Vertrag 51/52 ; Organisation 48). Die « Fernern Bestimmungen » von 1912 seien daher zum mindesten heute als rechtswidrig zu betrachten. Das seien die Ergebnisse des Gutachtens des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes.

Zu Rechtsbegehren 2 :

Die von den Kantonen zu stellenden Grenztruppen seien kantonale Truppen nach MO Art. 153 (Wortlaut gemäss BG vom 22. Dezember 1938, GS 55, 345). Für diese Qualifikation sei allein massgebend, ob Einheiten vom Kanton gestellt werden oder nicht. Art. 153 unterscheide in dieser Hinsicht auch nicht zwischen Feldarmee und Grenztruppen. Dann könne aber kein Zweifel darüber bestehen, dass die Kantone auch aufzukommen haben für die Magazinierung, den Unterhalt und die Verwaltung des Korpsmaterials der kantonalen Grenztruppen, das heisst die Kosten der Grenzschutzmagazine. Die Kantone hätten denn auch nicht bestritten, dass sie die Mehrkosten der Verwaltung und des Unterhalts für das Kriegsmaterial der kantonalen Truppen der Feldarmee zu tragen hätten, die durch die Modernisierung ihrer Bewaffnung und Ausrüstung entstanden sind, obschon heute eine Infanteriekompagnie bedeutend mehr Material besitze als früher, das dementsprechend auch mehr Raum beanspruche. Dass bei der Auswahl der Grenzmagazine taktische Rücksichten genommen werden mussten, ändere nichts an der rechtlichen Lage. Die Kantone könnten sich auch nicht mehr beklagen, sie hätten sowohl für die Grenzschutzmagazine als auch für die Verwaltungskosten des Materials der Stammbataillone aufzukommen, nachdem der Bund ihnen durch die Verfügung des eidgenössischen Militärdepartementes vom 11. Januar 1939 bereits entgegengekommen sei. Wenn die *negotiorum gestio* des Bundes bei der Auswahl der Grenzschutzmagazine und die Abschlüsse von Mietverträgen anstelle der Kantone vom Rechtsstandpunkte betrachtet nicht immer geschickt gewesen sei, so

bleibe zu bedenken, dass der Bund dabei wohl in den meisten Fällen einem Gebot der Stunde gefolgt sei. Da nur kurzfristige Verträge abgeschlossen worden seien, hätten es die Kantone inzwischen in der Hand gehabt, neue, ihnen besser passende Verträge abzuschliessen. Für die grundsätzliche Frage der Kostentragung sei irrelevant, wer tatsächlich zuerst für die Magazine gesorgt habe. Aus diesen Erwägungen sei eindeutig der Schluss zu ziehen, dass die Grenztruppen kantonale Truppen seien und dass die Kantone folglich auch die Kosten für Verwaltung, Magazinierung und Unterhalt des Materials ihrer kantonalen Grenztruppen zu tragen hätten.

E. — Der Kanton Thurgau, vertreten durch den Regierungsrat, hat die Abweisung der Klage beantragt.

Die Ziffern 3 und 4 des Kaufvertrages von 1912 seien auf die Initiative der Organe des Bundes vereinbart worden. Über deren Tragweite hätten sich diese Organe volle Rechenschaft gegeben, wie aus den Bedenken der ständerätlichen Kommission hervorgehe. Es handle sich dabei nicht um die blosser Gegenleistung des Bundes für die unentgeltliche Abtretung der beiden Munitionsmagazine mit Umgelände; vielmehr habe der Kanton zum Vertrag, wie dessen Vorgeschichte zeige, überhaupt nur deswegen Hand geboten und in die Abtretung der kantonalen Zeughäuser eingewilligt, weil in Verbindung damit der Bund die Verpflichtung übernommen habe, das kantonale Korpsmaterial zu verwalten. Der Bund habe an der getroffenen Lösung noch das grössere Interesse gehabt als der Kanton. Unter diesem Gesamtaspekt seien die Ziffern 3 und 4 zu würdigen.

Der Vertrag enthalte keine Lücke, die nach den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* auszufüllen wäre. Beim Abschluss seien sich beide Teile bewusst gewesen, dass der Umfang des kantonalen Korpsmaterials sich nach oben und unten verändern könnte; das ergebe sich klar aus Ziffer 4. Die sachkundigen beidseitigen Organe hätten gewusst, dass das Korpsmaterial je nach dem Stande der

Militärtechnik starken Schwankungen unterworfen sei. Der Kanton habe den Vertrag schon längst erfüllt. Die Klausel könne aber nur Anwendung finden auf Vertragsverhältnisse, bei denen beide Teile noch Leistungen zu erbringen hätten (50 II 488⁴, s. auch 485). Der Klausel stehe zudem das höhere Prinzip *pacta sunt servanda* gegenüber.

Wären die Ziffern 3 und 4 nichtig, so wären sie es von Anfang an gewesen; eine auf die Zukunft beschränkte Nichtigkeit, wie sie die Klage beanspruche, gebe es nicht. Eine von Anfang an vorhandene Nichtigkeit der Ziffern 3 und 4 komme ernstlich nicht in Betracht. Die Nichtigkeit müsste auch den ganzen Vertrag umfassen, da feststehe, dass der Kanton ohne diese Bestimmungen ihn nicht abgeschlossen hätte, welche Konsequenz die Klägerin selber nicht ziehe (62 II 45).

Auch das klägerische Argument aus der zwingenden Natur des Art. 159 MO sei nicht schlüssig. Die Kantone erscheinen zweifelsohne berechtigt, Verwaltung und Unterhalt ihres Korpsmaterials durch eigene Organe oder durch vertraglich gebundene Dritte vornehmen zu lassen. Es sei nicht einzusehen, wieso nicht der Bund auch solch ein vertraglich gebundener Dritter sein könnte. Nach Art. 22 BV habe der Bund das Recht, die für militärische Zwecke bestimmten Gebäude der Kantone gegen billige Entschädigung zur Benützung oder als Eigentum zu übernehmen. Nach Art. 22 Abs. 2 BV sollen die Normen für die daherige Entschädigung durch die Bundesgesetzgebung geregelt werden. Der Bundesgesetzgeber habe aber dieses Bundesgesetz nie erlassen, sondern es vorgezogen, die Entschädigungen auf dem *Vertragswege* zu vereinbaren (BURCKHARDT, Kommentar zur BV, 3. Aufl., 1931, S. 153). Der Bund habe also hier, wo auch öffentlich-rechtliche Momente mitspielen, vom Instrument des Vertrages Gebrauch gemacht. Als unzulässig würde es wohl nur erscheinen, wenn der Bund den Kanton durch Vertrag von einer gesetzlichen Pflicht entbinden wollte. Es sei

aber nicht dasselbe, wenn der Bund dem Kanton vertraglich und im Sinne einer aus dem gesamten Vertrag heraus zu beurteilenden Gegenleistung die Erfüllung einer kantonalen Verpflichtung abnehme. Gesetzlich bleibe zur Erbringung der entsprechenden Leistung nach wie vor der Kanton verpflichtet, der aber seinerseits diese Leistung vertraglich weitergeleitet habe. Auch die Klägerin gehe davon aus, dass eine den Kantonen obliegende Aufgabe wieder dem Bunde überbunden werden könne, dies allerdings unter der Voraussetzung, dass die Kantone vollwertigen Ersatz leisten. Dieser Ersatz sei aber hier von den Parteien in denjenigen Verpflichtungen erblickt worden, die der Kanton im Verträge von 1912 zu erfüllen übernommen hatte und auch erfüllt habe.

Zu den Klagebegehren 2 und 3 :

Die kantonalen Militärdirektoren der Grenzkantone hätten es wiederholt abgelehnt, die Grenztruppen als kantonale Truppen behandeln zu lassen und für sie die Leistungen aus Art. 159 MO zu erbringen. Im vorliegenden Falle sei aber die Frage, ob die Grenztruppen des Kantons Thurgau kantonale oder eidgenössische Truppen seien, wohl nicht zu entscheiden, da der Bund nach Ziffer 3 und 4 des Vertrages für die Kosten des Unterhaltes, der Verwaltung und Magazinierung ihres Korpsmaterials aufzukommen habe, auch wenn die thurgauischen Grenztruppen kantonale Truppen sein sollten. Wo Verwaltung, Magazinierung und Unterhalt der kantonalen Korpsausrüstungen vor sich zu gehen hätten, bestimmten die Kantone. Hinsichtlich der Grenztruppen habe nun aber der Bund verfügt, dass die Grenzschutzmagazine, in welchen die Korpsausrüstungen der Grenztruppen aufbewahrt werden, in die Nähe der Standorte der Grenztruppen, also gegen die Grenze hin, vorgeschoben werden müssten. Der Bund habe auch entsprechend gehandelt, indem er solche Grenzschutzmagazine an verschiedenen Orten gemietet habe. Dadurch sei ein faktischer Zustand geschaffen worden, gegen den die Kantone nichts einzuwenden hätten,

sofern sie nicht mit den bezüglichlichen Kosten belastet werden. Durch die Magazinierung des Korpsmaterials der Grenztruppen in besonderen Grenzmagazinen sei das Zeughaus Frauenfeld einigermaßen entlastet worden. Ziffer 3 und 4 der « Fernern Bestimmungen » des Kaufvertrages vom 23. April 1912 sagten nun nicht, dass der Bund das Korpsmaterial der kantonalen Truppen nur im Zeughaus Frauenfeld zu verwalten und zu unterhalten habe, sondern die Bestimmung sei allgemein gefasst. Wo immer auch das Korpsmaterial kantonalen Truppen zu verwalten und zu unterhalten sei, habe der Bund diese Arbeiten auf sich genommen.

F. — In der *Replik* hat die Klägerin an ihren Begehren festgehalten.

Es wird bestritten, dass der Wortlaut speziell der Ziffer 4 des Vertrages auf die Initiative der Organe des Bundes zurückgehe. Übrigens sei es unwesentlich, welche Partei die streitigen Klauseln vorgeschlagen habe. Auch der Kanton sei an der durch den Vertrag geschaffenen Neuordnung der Verhältnisse sehr interessiert gewesen, wie die Botschaft des Regierungsrates zum Vertrag deutlich zeige.

Wenn auch schon seit vielen Jahren seitens der Kriegsmaterialverwaltung die Abmachungen des Kaufbriefes als ungerecht empfunden worden seien, so habe doch bis zur Schaffung der kantonalen Grenztruppen keine direkte Veranlassung vorgelegen, deren Aufhebung zu verlangen.

Es wird daran festgehalten, dass die Verpflichtungen nach Ziffer 3 und 4 Gegenleistungen seien für die unentgeltliche Abtretung der Munitionsmagazine mit Umgebände seitens des Kantons.

Die Durchschnittsvergütung von Fr. 400.— für Verwaltung und Unterhalt des in einem Zeughausfach liegenden Korpsmaterials sei schon für die Verhältnisse vor dem Weltkrieg niedrig gewesen (Berechnung nach dem frühern Mietzins des Artilleriezeughauses).

Der Bund könne sich auf die *clausula rebus sic stantibus*

berufen, weil er aus dem Vertrag fortlaufend Leistungen zu machen habe.

Es handle sich nicht darum, dass der Bund getroffene Abmachungen nicht halten wolle, sondern dass diese Abmachungen ihrem ursprünglichen Sinne gemäss angewendet werden. Es widerspreche jeder Vernunft und sei daher vollständig ausgeschlossen, dass derartige Bestimmungen unterzeichnet worden wären, wenn die Möglichkeit einer Erweiterung der kantonalen Truppen im heutigen Ausmass (Grenzschutz) auch nur geahnt worden wäre. Bund und Kanton müssten sich sagen, dass es nicht Inhalt der « Fernern Bestimmungen » von 1912 sein könne, die heutigen Verhältnisse zu ordnen. Da der Beklagte sich nicht dieser Auffassung anschliessen könne, sei nichts anderes übrig geblieben, als die Nichtigkeit zu erwirken. Es bleibe selbstverständlich dem Richter vorbehalten, nicht eine Nichtigkeit *ex tunc* auszusprechen, sondern die angefochtenen Bestimmungen von dem ihm gerecht erscheinenden Zeitpunkt an als aufgehoben, d. h. als nicht mehr anwendbar, zu erklären. Die Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen sei jedenfalls auf den Zeitpunkt auszusprechen, auf welchen das Weiterbestehen der betreffenden Bestimmungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr verantwortet werden kann, spätestens aber auf den 1. Januar 1939, auf welches Datum der Zeughausvertrag vom 20. Juli/4. August 1917 gekündigt worden sei. Die Behauptung des Beklagten, dass der Kanton den Kaufvertrag ohne die Ziffern 3 und 4 der « Fernern Bestimmungen » gar nicht abgeschlossen hätte, sei aus der Luft gegriffen und werde bestritten. Die Nichtigkeit bleibe auf die beiden Ziffern beschränkt. Art. 20 OR könne auch nicht zur Anwendung gelangen, weil es sich materiell gar nicht um einen privatrechtlichen Vertrag, sondern um eine Abmachung des öffentlichen Rechts handle.

Gewiss könne der Kanton seine Leistungen nach MO Art. 159 dem Bunde übertragen, aber nur gegen vollwer-

tigen Kostenersatz, wie er hier bei weitem nicht vorliege.

Der Ort der Aufbewahrung des kantonalen Korpsmaterials richte sich nach den Korpssammelplätzen, die nach taktischen Gesichtspunkten durch die Generalstabsabteilung bestimmt würden. Es sei also unrichtig, dass die Kantone jenen Ort bestimmen könnten. Das habe schon für die Feldarmee gegolten und gelte nun auch für die Grenztruppen.

G. — In der *Duplik* hält der Beklagte fest an seinem Abweisungsantrag.

Die Klage, so wird bemerkt, beschränke sich nicht darauf, die durch die Schaffung der Grenztruppen verursachten Mehrleistungen abzulehnen, sondern wolle auch die künftigen Leistungen im bisherigen Umfange beseitigen. Der Beklagte mache eventuell geltend, dass zum mindesten die bisherigen Leistungen weiter zu erbringen seien.

Zu beachten sei auch, dass der Wert des vom Kanton abgetretenen Landes seit 1912 ganz erheblich gestiegen sei. Das sei bei der Gegenüberstellung der beidseitigen Leistungen zu berücksichtigen, wobei der Vertrag als ein Ganzes zu würdigen sei.

Dass alle Kantone, die Grenztruppen zu stellen haben, vor der Miete der Magazine für das Korpsmaterial derselben begrüsst worden seien, sei in dieser allgemeinen Form unrichtig. Aus dem Schreiben der eidgenössischen Kriegsmaterialverwaltung an das thurgauische Militärdepartement vom 22. April 1937 gehe hervor, dass die eidgenössische Verwaltung selber der Meinung gewesen sei, der Bund trete als Mieter auf, andernfalls hätte es ihr ja gleichgültig sein können, ob der Kanton baue oder miete. Tatsächlich seien denn auch sämtliche Mietverträge von der eidgenössischen Kriegsmaterialverwaltung abgeschlossen worden.

H. —

I. — Die in der Klageschrift erwähnte Verfügung des eidgenössischen Militärdepartementes vom 11. Januar 1939 hat folgenden Wortlaut :

« Das Korpsmaterial der Stammbataillone wird als allgemeine Materialreserve erklärt. Es bleibt gelagert wie bisher, steht in erster Linie nach wie vor zur Verfügung der Stammbataillone, wird aber in die Verwaltung des Bundes übernommen. »

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der vorliegende Rechtsstreit ist im Verfahren des direkten verwaltungsrechtlichen Prozesses vom Bundesgericht zu beurteilen (VDG Art. 17, 20/1). Aus den nachfolgenden Ausführungen wird sich ergeben, dass die Ansprüche, die der Bund gegen den Kanton Thurgau erhebt, dem öffentlichen Recht, und zwar demjenigen des Bundes, angehören. Sie könnten zwar wohl auch als zivilrechtliche betrachtet werden in dem weiten Sinn, den dieser Begriff in Art. 48 OG hat, sodass die Kompetenz des Bundesgerichts auch nach Art. 48¹ gegeben wäre. Aber VDG Art. 17 geht als besondere Zuständigkeitsnorm der allgemeinen des Art. 48 vor (BGE 66 I S. 305, Erw. 2).

2. — Ein Zeughaus ist eine öffentliche Sache. Es dient unmittelbar einer öffentlichen Aufgabe, der Verwaltung des Heerwesens. Es gehört zum sog. Verwaltungsvermögen des Staates (FLEINER, Institutionen des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 351 ff.). Soweit nicht dieser Zweckbestimmung wegen das öffentliche Recht zur Anwendung kommt, untersteht aber auch ein Zeughaus der Privatrechtsordnung. Es ist im Eigentum des Gemeinwesens. Verträge, welche die privatrechtliche Seite der Sache betreffen, sind solche des Privatrechts. Das gilt im allgemeinen auch von dem Kaufvertrag zwischen dem Kanton Thurgau und dem Bund über die Zeughausliegenschaft in Frauenfeld vom Jahre 1912, durch dessen Eintragung im Grundbuch der Bund Eigentümer geworden ist.

Bei dieser Feststellung über die rechtliche Natur des Geschäftes ist aber doch nicht zu übersehen, dass man es nicht mit einem Vertrage zu tun hat, der auf privatwirtschaftlichen Zwecken und Motiven beruht. Massgebend für dessen Abschluss und den Inhalt konnte nicht, wie bei

Geschäften unter Privaten, das persönliche Belieben der Parteien sein. Für die beidseitigen Organe waren die Vorbereitung und die Gestaltung des Vertrages eine amtliche Tätigkeit, wobei sie an allfällig bestehende Vorschriften gebunden waren und im übrigen nach pflichtgemäßem administrativem Ermessen zu handeln hatten. Das Ziel des Vertrages, die Verwaltung des Heerwesens, die eine gemeinschaftliche Angelegenheit des Bundes und der Kantone ist, zu fördern, musste begleitend sein auch für dessen Modalitäten. Wenn der Kaufvertrag auch ein solcher des Privatrechts ist, so wurden hier doch in dieser Form Aufgaben der Verwaltung verfolgt.

3. — Nach den « Fernern Bestimmungen » des Vertrages übernimmt der Bund auf seine Kosten dem Kanton gegenüber die gesamte Verwaltung und den Unterhalt des Korpsmaterials und der Munition der kantonalen Einheiten und Truppenkörper « ohne irgendwelche Entschädigung seitens des Kantons » (Ziff. 3) und wird er, wiederum auf seine Kosten, alle Anlagen erstellen, die hiefür notwendig sind oder es werden sollten (Ziff. 4). Hierin liegt eine Abmachung zwischen zwei Körperschaften des öffentlichen Rechts, dem Bunde und einem Gliedstaat, die unmittelbar die Erfüllung einer Obliegenheit der öffentlichen Verwaltung betrifft. Das ist ohne Frage ein Gegenstand rein des öffentlichen Rechts. Es wird dadurch ein publizistisches Rechtsverhältnis unter den Beteiligten direkt begründet. Der Vertrag enthält in den Ziffern 3 und 4 ein Element des öffentlichen Rechts, und er ist insofern ein gemischter Vertrag.

Freilich besteht auch noch ein besonderer innerer Zusammenhang der Ziffern 3 und 4 mit dem privatrechtlichen Teil des Vertrages : Die Abtretung der beiden Munitionsmagazine mit Umgelände wird als Gegenleistung für die vom Bunde übernommene Besorgung des kantonalen Korpsmaterials bezeichnet. Statt den im Vertrag angegebenen Wert dieser Objekte, Fr. 15,579.— als Preis zu bezahlen, hätte danach der Bund jene Leistung auf sich

genommen. Die Vergütung des Kantons hiefür läge im Verzicht auf die genannte Summe, und wenn man beachtet, dass es sich um eine fortlaufende Leistung ohne zeitliche Grenzen handelt, so erschiene als jährliche Vergütung der Zins des Betrages (zu 5 % jährlich Fr. 779.—, zu 4 % Fr. 623.—). Mindestens in diesem Umfang ist die Leistung entgeltlich; unentgeltlich ist sie höchstens, soweit die Selbstkosten des Bundes höher sind.

4. — Die Militärverwaltung ist zwischen Bund und Kantonen geteilt nach BV Art. 20 I und der MO. Die einschlägigen Bestimmungen, insbesondere auch diejenigen über die Rechte und Pflichten der Kantone, sind zwingende Normen des öffentlichen Rechts. Eine solche Kompetenzausscheidung kann nicht durch Vereinbarungen zwischen dem Bund und einem Kanton verschoben werden. Eine Befugnis der Behörden, nach ihrem Ermessen von der rechtlichen Ordnung abzusehen, besteht hier nicht. Das wurde festgestellt, als einige Kantone einen Teil ihrer militärischen Kompetenzen, wenigstens der « Ausübung nach », vertraglich an den Bund abtreten wollten (SALIS III Nr. 1236, LEO WEBER, ZbJV 25 45, FLEINER, Bundesstaatsrecht 42, 607, SCHINDLER, Die Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Kantonen im Wehrwesen 145).

Das Gesagte trifft zu sowohl für die *verfassungsmässige* Zuständigkeitsordnung im Wehrwesen, wie auch für die gesetzliche. Die letztere bindet die beidseitigen Behörden nicht weniger als die erstere. Auch die obersten Organe des Bundes, die eidgenössischen Räte, haben sich an die Bundesgesetze zu halten und dürfen keiner Vereinbarung zustimmen, deren Inhalt gesetzwidrig ist.

5. — Nach Art. 159 MO verwalten und unterhalten die Kantone die Korpsausrüstungen der kantonalen Einheiten und Truppenkörper und zwar auf eigene Kosten (abgesehen von der Wiederherstellung dieses Materials nach eidgenössischen Diensten, die nach Art. 96 dem Bunde obliegt), während der Bund das übrige Korpsmaterial verwaltet. Mit der genannten Bestimmung steht ein Abkom-

men in Widerspruch, nach dem der Bund anstelle eines Kantons das kantonale Korpsmaterial unentgeltlich verwaltet und unterhält.

Aus Gründen administrativer Zweckmässigkeit wird es angezeigt sein können, dass kantonales Korpsmaterial durch Personal des Bundes besorgt wird oder umgekehrt, wenn besondere Umstände vorliegen z. B. am Orte der Aufbewahrung das eine Material im Verhältnis zum andern zu wenig umfangreich ist, um eine getrennte Verwaltung zu rechtfertigen. Hier mag eine Vertretung nach der technischen Seite stattfinden, wobei die ausführenden Organe des einen Teils in einem gewissen Sinn auch zu solchen des andern werden. Aber mit der Ordnung des MO steht eine solche Vertretung doch nur in Einklang unter der Voraussetzung, dass der gesetzlich verpflichtete Teil die Kosten ersetzt, die dem andern daraus erwachsen, dass er jene technischen Einrichtungen übernimmt. Es bestehen in der Tat Zeughausverträge dieser Art zwischen dem Bund und verschiedenen Kantonen (SCHINDLER, bereits zitierte Schrift, 127 ff., der derartige Verträge als allgemein rechtswidrig betrachtet), und gerade in Frauenfeld lässt ja der Bund sein Material durch den Kanton gegen Entschädigung verwalten.

Bei derartigen Verträgen über gegenseitige Aushilfe in der Besorgung des Korpsmaterials wird man es noch als zugänglich ansehen können, dass die Entschädigung nicht nach dem jeweiligen genauen Betrag der Selbstkosten, sondern in einer Pauschalsumme bestimmt wird, die diese Kosten durchschnittlich ungefähr deckt, oder dass, wenn die beidseitigen Leistungen sich im grossen und ganzen die Wage halten, die Vergütungen wettgeschlagen werden (so ein Vertrag mit St. Gallen im BBl 1913 IV 285 f.).

6. — Hält man sich an den Wortlaut des Vertrages von 1912, so hätte der Bund in Ziffern 3 und 4 die gesetzlich dem Kanton Thurgau obliegende Besorgung des kantonalen Korpsmaterials übernommen, ohne dass der Kanton die Kosten auch nur ungefähr vergüten würde. Diese

Kosten beliefen sich jährlich auf Fr. 2400.— und die in der Überlassung der Munitionsmagazine liegende Entschädigung deckt nur einen kleinen Teil davon.

Der Kanton Thurgau macht indessen geltend, seine Gegenleistung sei auch darin zu finden, dass er die Zeughausliegenschaft überhaupt dem Bunde abgetreten habe, was er nicht getan haben würde, wenn dieser ihm die fragliche Last nicht abgenommen hätte.

Bei einem jährlichen Aufwand des Bundes für das kantonale Korpsmaterial von ca. Fr. 2400.— sind ungefähr Fr. 1600.— nicht gedeckt durch die Abtretung der Munitionsmagazine, was etwa dem Zins von einem Kapital von Fr. 40,000.— entsprechen mag. Hätte ohne die Ziffern 3 und 4 des Vertrages der Preis umso viel höher angesetzt werden können? Nach dem was in Ziffer 2 über die sachliche, administrative Seite des Kaufvertrages bemerkt wurde, handelt es sich darum, ob nach richtigen Verwaltungsgrundsätzen ein solcher höherer Preis zu verantworten, ob er für die beidseitigen Behörden noch Ausdruck pflichtgemässen Ermessens gewesen wäre.

Der Kaufpreis (Fr. 182,675.—), der bei den Gebäuden die Kosten deckt und beim Land über dem Erwerbspreis, den der Kanton früher ausgelegt hat, steht, kann nicht als unangemessen tief bezeichnet werden. Es darf indessen nicht übersehen werden, dass Umstände vorlagen, die, wenn der Vertrag die Ziffern 3 und 4 nicht enthalten würde, einen höhern Preis gerechtfertigt hätten. Das eine Zeughaus war vom Kanton als Magazin für das kantonale Korpsmaterial erstellt worden, und dies war seine bestimmungsgemässe Verwendung. Die Widmung für einen kantonalen Zweck stand der Abtretung an den Bund entgegen. Der Kanton bedurfte des Zeughauses, um seiner Pflicht nach Art. 159 I MO nachzukommen, die er nach der Abtretung nur noch erfüllen konnte, wenn der Bund ihm das Gebäude, soweit notwendig, zur Verfügung stellte (der Bau eines neuen kantonalen Zeughauses für jenen Zweck kam nicht in Frage und der Bund wollte auch gar nicht die

fraglichen Räume für eigene Bedürfnisse erwerben). Wenn schliesslich trotzdem und entgegen den Bedenken der ständerätlichen Kommission auch das Infanteriezeughaus an den Bund übergang, so geschah es offenbar deshalb, weil die Zeughausliegenschaft sich als eine Einheit darstellte, die nicht wohl dem Eigentum nach unter Bund und Kanton aufgeteilt werden konnte. Für den Kanton war aber der Verlust dieses Zeughauses eine sehr unbefriedigende Sache; seine Stellung war erheblich verschlechtert, wenn er darauf angewiesen war, die für seine Bedürfnisse unentbehrlichen Magazine nunmehr vom Bunde zu mieten. Es leuchtet ein, dass unter solchen Umständen ein Gemeinwesen sich nur sehr ungern eines Objektes entäussert, das es für seine Zwecke geschaffen hat und das ihm hiefür nach wie vor notwendig ist. War andererseits die Übernahme der Gesamt liegenschaft, namentlich vom Standpunkt des Bundes aus, sehr erwünscht, so ist es doch begreiflich und lässt sich vom administrativen Gesichtspunkt aus sehr wohl begründen, der eine entschiedene Wahrung der finanziellen Interessen der Kantone in angemessenen Grenzen bei Vereinbarungen mit dem Bunde nicht ausschliesst, dass der Kanton für den Nachteil einen Ausgleich beanspruchte und zwar in der Weise, dass, statt eines höhern Kaufpreises, der Bund die Last aus Art. 159 I MO, welcher der Kanton nicht mehr mit eigenen räumlichen Mitteln nachkommen konnte, diesem abnahm. Wenn die massgebenden eidgenössischen Stellen dem zustimmten, dieser Ausweg vielleicht sogar von seiten des Bundes vorgeschlagen wurde, so war es gewiss nicht, um dem Kanton ein Geschenk zu machen. Die Erklärung kann nur darin gefunden werden, dass der Gegenwert, soweit er nicht schon in der Überlassung der Munitionsmagazine lag, in dem Vertrag im übrigen erblickt wurde, das heisst in dem Opfer, das der Kanton durch die Abtretung der ganzen Liegenschaft, einschliesslich der Infanteriekaserne, brachte und in den Vorteilen, die der Vertrag dem Bunde bot, Momente die in ihrem Zusammenhang einen höhern Kaufpreis

gerechtfertigt hätten, falls es zu einem Vertrag ohne die Ziffern 3 und 4 gekommen wäre. Deshalb kann man nicht sagen, jene Leistung des Bundes sei, von den Munitionsmagazinen abgesehen, eine unentgeltliche. Es ist eine Gegenleistung des Kantons vorhanden, von der angenommen werden darf, sie entspreche ungefähr der Leistung. Wenn es in Ziffer 3 heisst: « Ohne irgendwelche Entschädigung seitens des Kantons Thurgau », so will damit nur klargestellt werden, dass der Kanton nicht noch eine weitere Vergütung in Form einer jährlichen Entschädigung zu erbringen habe, wie sie in Zeughausverträgen zwischen Bund und Kantonen vorgesehen zu sein pflegen.

Hat danach der Bund für seine Leistungen nach Ziffern 3 und 4 des Vertrages ein einmaliges Äquivalent (neben den Munitionsmagazinen) erhalten, das einer angemessenen jährlichen Entschädigung im grossen und ganzen gleichkommen dürfte, so fehlt das Missverhältnis, das dazu führen würde, die Übernahme der kantonalen Obliegenheit durch den Bund als mit Art. 159 I MO unvereinbar zu erklären. Es wäre gewiss besser gewesen, wenn man, worauf die Anregung der ständerätlichen Kommission wohl im Grunde ging, durch eine andere Regelung auch den Schein eines solchen Widerspruchs vermieden hätte. Würdigt man aber die Umstände zur Zeit des Abschlusses des Vertrages nach ihrer wirklichen sachlichen Tragweite, so wird man, trotz der ungewohnten Form des vom Kanton gegebenen Gegenwerts anerkennen müssen, dass die Ziffern 3 und 4 nicht etwa in dem Sinn zu beanstanden sind, dass sie von Anfang an rechtswidrig und nichtig gewesen wären. Insoweit erscheint das Klagebegehren 1 als nicht begründet.

7. — Die Klage behauptet aber, dass dann jedenfalls später ein Missverhältnis zwischen Leistung des Bundes und Gegenleistung des Kantons eingetreten sei, das die Parteien nicht hätten voraussehen können und nicht gewollt haben würden. In dieser Hinsicht wird die *clausula rebus sic stantibus* angerufen. Ein solches Missverhältnis

kann indessen nur in Betracht kommen von der Schaffung der Grenztruppen im Kanton Thurgau an, deren Korpsmaterial für Unterhalt und Verwaltung dem Bund jährliche Kosten von ungefähr Fr. 4300.— (1939) verursacht. Vorher haben sich seine Aufwendungen nicht wesentlich über das erhöht, womit beim Vertragsabschluss gerechnet werden musste, zumal von den sachverständigen Organen des Bundes.

Ob jene Kosten für Grenztruppen unter die Regel des Art. 159 I fallen würden, ist unter den Parteien streitig. Hier sei vorweg genommen, dass es zu bejahen ist (für diejenigen Grenztruppen, die sich aus Wehrmännern desselben Kantons zusammensetzen; die gemischten Truppenkörper sind anerkanntermassen keine kantonalen Einheiten). Für die von ihm gestellten Grenztruppen hätte also nach der gesetzlichen Ordnung der Kanton Thurgau das Korpsmaterial zu unterhalten und zu verwalten, wovon ihn der Bund entlastet haben würde, wenn der Vertrag von 1912 für diesen Punkt massgebend ist. Nur hierauf kann die Berufung auf die Klausel Bezug haben.

Stellt man ab auf den klaren Wortlaut der Ziffern 3 und 4 des Vertrages, so kann kein Zweifel sein, dass diese Bestimmungen auch das Korpsmaterial der Grenztruppen betreffen, soweit es kantonale Truppen sind. Der Bund hat ja danach die gesamte Verwaltung und den Unterhalt des Korpsmaterials der kantonalen Einheiten auf seine Kosten übernommen und sich verpflichtet, gleichfalls auf seine Kosten, alle Erweiterungen und Neueinrichtungen zu erstellen, die in der Folge hiezu notwendig sein sollten.

Die Voraussetzungen der Anwendung der Klausel auf privatrechtliche Verträge treffen hier, wie auch in der Klage zugegeben wird, nicht zu. Es ist auf das grundsätzliche, die frühere Praxis zusammenfassende und etwas berichtigende Urteil BGE 59 II 374 ff. hinzuweisen, nach welchem Urteil die Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung infolge der eingetretenen Veränderung der Umstände dann als Auflösungs- oder Änderungsgrund

gilt, wenn das Beharren des Gegners auf dem Vertrag, so wie er abgeschlossen wurde, geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses darstellt. Es ist klar, dass nicht von wucherischer Ausbeutung des Bundes die Rede sein kann, wenn der Kanton darauf besteht, dass auch die Besorgung des Korpsmaterials der Grenztruppen nach dem Vertrag Sache des Bundes ist.

Bei publizistischen Abkommen, insbesondere solchen zwischen öffentlichen Körperschaften, stellt sich aber die Frage, ob und wie weit sie trotz veränderter Umstände in Kraft bleiben, anders als bei Verträgen des bürgerlichen Rechts. Das hängt wiederum damit zusammen, dass die Behörden rechtlich viel stärker gebunden sind als private Vertragsparteien nach Zivilrecht. Sie haben sich ja beim Abschluss solcher Vereinbarungen an die bestehenden Vorschriften des öffentlichen Rechts zu halten und sollen im übrigen nach pflichtgemäßem administrativem Ermessen handeln. Ändern sich die Verhältnisse in einer Weise, dass die Vollziehung des Vertrages nunmehr ganz oder teilweise gegen zwingende Vorschriften verstossen würde oder schlechterdings nicht mehr durch das behördliche Ermessen gedeckt wäre, so muss der Vertrag, soweit es der Fall ist, dahinfallen oder der neuen Sachlage angepasst werden. Dies gilt namentlich für Verträge, welche die Verhältnisse auf längere Zeit regeln; andernfalls würde sich ein Zustand rechtlicher Beziehungen und wiederkehrender Leistungen ergeben, der vom Standpunkt des öffentlichen Rechts aus nicht haltbar wäre.

Wenn der Vertrag der Parteien in seinen Ziffern 3 und 4, wie ausgeführt wurde, noch in Einklang gebracht werden kann mit der Bestimmung von Art. 159 I MO, so nur deshalb, weil angenommen werden darf, für die vom Bund übernommene Leistung sei ein einigermaßen hinlänglicher Entgelt des Kantons im Vertrag in seiner Gesamtheit enthalten. Diese Überlegung trifft aber nur zu, was die gewöhnlichen kantonalen Einheiten, nicht aber was die neuen Grenztruppen anlangt. Durch die letztern sind die

Aufwendungen des Bundes für Verwaltung und Unterhalt des Korpsmaterials in einem Masse gewachsen, dass ein starkes Missverhältnis zu jener Gegenleistung des Kantons eingetreten ist dergestalt, dass für die durch die Grenztruppen bedingten Mehrkosten die Regelung des Vertrages aufgehört hat, mit Art. 159 I MO übereinzustimmen und in diesem Umfang die Anwendung des Vertrages gegen zwingendes Recht verstossen würde. Der Bund würde für die gesetzlich dem Kanton obliegende Verwaltung und Instandhaltung des Korpsmaterials der Grenztruppen aufzukommen haben, ohne vom Kanton die angemessene Vergütung zu erhalten oder erhalten zu haben, die allein eine solche Verschiebung der gesetzlichen Pflicht als statthaft erscheinen lässt. Das entscheidende Moment ist hierbei der objektive Widerspruch des Vertrages zum Gesetz, der infolge der neuen Sachlage sich herausgestellt hat, und nicht etwa die Vorstellung, welche die beidseitigen Behörden über die finanzielle Bedeutung von Ziffer 3 und 4 des Vertrages gehabt haben. Darum ist hier auch unbehelflich der Hinweis des Kantons auf die Verpflichtung des Bundes aus Ziffer 4, alle künftig für die kriegsmässige Magazinierung des Korpsmaterials notwendig werdenden Einrichtungen zu erstellen, sofern man hieraus folgern möchte, dass doch an die Möglichkeit wichtiger Änderungen der Truppenordnung, wie die Aufstellung der Grenztruppen eine ist, gedacht worden sei.

Ziffer 3 und 4 des Vertrages können aber doch nicht ganz allgemein als rechtlich unwirksam erklärt werden in Hinsicht auf die durch die Besorgung des Korpsmaterials der kantonalen Grenztruppen erwachsenden Kosten. Es ist ja nicht der Charakter der Truppen als Grenztruppen, der diese Unverbindlichkeit zur Folge hat, sondern das erwähnte quantitative Missverhältnis, das zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist. Soweit trotz des Hinzukommens der Grenztruppen ein solches Missverhältnis der vertraglichen Leistungen nicht entsteht, ist auch keine Nichtigkeit des Vertrages vorhanden. Es muss

daher berücksichtigt werden, dass im Zusammenhang mit der Schaffung der Grenztruppen zufolge der Verfügung des eidgenössischen Militärdepartementes vom 11. Januar 1939 für den Bund *auf dem Boden des Vertrages* eine Entlastung in der Weise sich ergeben hat, dass das Korpsmaterial der kantonalen Stammeinheiten aufgehört hat, kantonales Korpsmaterial zu sein. Die Nichtigkeit der Ziffern 3 und 4 ist nur in dem Masse auszusprechen, in dem Aufwendungen auf das kantonale Korpsmaterial, inbegriffen dasjenige der Grenztruppen, die Kosten übersteigen würden, die der Bund hätte, wenn es keine Grenztruppen gäbe, das heisst, wenn das Korpsmaterial der Stammeinheiten kantonales Material verblieben wäre.

Nur in diesem Sinne sind die Klagebegehren 1 und 3 teilweise gutzuheissen.
