

Gemeinden haben bei der Einräumung der genannten Rechte an das zu erstellende Gaswerk nicht privatwirtschaftlich und als Persönlichkeiten des Privatrechts, als den Vertragsgegnern gleichgeordnete Rechtssubjekte, gehandelt, vielmehr haben sie dabei einen öffentlichen Zweck verfolgt, nämlich die ihnen als Gemeinwesen obliegende wirtschaftliche Aufgabe, für die Strassenbeleuchtung zu sorgen und den Privaten die Möglichkeit des Gasbezugs zu verschaffen, und es ist dies in der Form der Erteilung einer Konzession geschehen, eines Rechtsaktes, bei dem sie der Konzessionärin in obrigkeitlicher Stellung, als Personen des öffentlichen Rechts gegenüber standen. Damit werden auch die durch die Konzessionserteilung als Verwaltungsakt begründeten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien grundsätzlich vom öffentlichen Rechte beherrscht. Es könnte sich nur fragen, ob nicht für einzelne solcher Rechtsbeziehungen, namentlich solche, bei denen das vermögensrechtliche Moment in den Vordergrund tritt, Ausnahmen zu machen seien, insofern nämlich, als sie nach ihrer Natur oder der ihnen durch die Konzession gegebenen Ausgestaltung als privatrechtlich gelten müssten, oder doch als den entsprechenden Verhältnissen des Privatrechts derart ähnlich und gleichbedeutend, dass sie im Streitfall ebenfalls der zivilgerichtlichen Beurteilung unterliegen würden. Allein von dem hier zu beurteilenden Rechtsverhältnis lässt sich das nicht sagen. Es handelt sich darum, auf Grund des zwischen den Parteien streitigen Art. 6 der Konzession genauer zu bestimmen, welches der Maximalpreis sei, den die Beklagte für das abgegebene Gas konzessionsgemäss fordern kann, und zwar ist das zu entscheiden nicht sowohl oder doch nicht in erster Linie hinsichtlich der Gemeinden selbst als Abnehmerinnen, sondern hinsichtlich der privaten Abnehmer. Das vermögensrechtliche Interesse, das die Klägerinnen zu wahren haben, ist daher nicht sowohl ein persönliches und fiskalisches, als ein solches der Gemeindeangehörigen über-

haupt, und somit seine Wahrung eine dem Gemeinwohl dienende allgemeine Aufgabe. Wenn die Vorinstanz die Klage als eine solche auf Feststellung von Leistungen, die Dritten — den privaten Abnehmern — geschuldet werden, ansieht und sich auf Art. 112 Abs. 1 OR beruft, so darf diese Auffassung und die Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung freilich in dem Sinne als zutreffend gelten, dass für die vermögensrechtlichen Verhältnisse des öffentlichen Rechts mangels besonderer Bestimmungen die entsprechenden Normen des Privatrechts soweit ebenfalls massgebend sein können, als nicht der öffentlichrechtliche Charakter des Verhältnisses etwas anderes verlangt. Das ändert aber nichts daran, dass die Beurteilung des Verhältnisses, weil öffentlichen Rechts, der Ueberprüfung durch das Bundesgericht gemäss Art. 57 OG entzogen ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

18. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. März 1917  
i. S. Brüstlein & Cie, Beklagte und Berufungsklägerin,  
gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft, Beklagte und  
Berufungsbeklagte.

Berechnung des Streitwertes bei gleichzeitiger Klage und Widerklage (Art. 60 Abs. 3 OG). — Schadenersatzanspruch des Bundes gegen die Bauunternehmung einer Strassenbahn wegen Beschädigung von Schwachstromleitungen. Unerlaubte Handlung, Schuldanerkennung und Uebernahme der Schadenshaftung durch Konzession als Ersatzgründe. Unzuständigkeit des Bundesgerichtes, weil der letztere Ersatzgrund öffentlichen Rechtes ist und die Vorinstanz entscheidend auf ihn abgestellt hat.

A. — Die beklagte Firma hat im Jahre 1913 als Unter-

nehmerin à forfait auf der bernischen Staatsstrasse die elektrische Strassenbahn Steffisburg-Thun-Interlaken erstellt. Die Inanspruchnahme des Strassengebietes erfolgte auf Grund einer am 13. November 1905 vom Regierungsrat des Kantons Bern erteilten « Bewilligung » « für die Benützung der Staatsstrasse zum Bau und Betrieb der bezeichneten elektrischen Strassenbahn ». In Art. 12 dieser Konzession sind zunächst Vorschriften zum Zwecke der Schonung des Strassenverkehrs, des Schutzes des Publikums und der Wiederherstellung der Strassenfläche aufgestellt. Daran anschliessend wird bestimmt: « Ausserdem haben die Konzessionäre die Folgen aller durch die Bauarbeiten der Strassenbahn hervorgerufenen Beschädigungen an öffentlichem und privatem Eigentum, insbesondere an Gas-, Wasser- oder andern Leitungen, Strassendohlen, Kloaken etc. allein zu tragen ».

Bei der Ausführung des Bahnbaues wurden die Telegraphen- und Telephonanlagen der Eidgenossenschaft, der heutigen Klägerin, längs des Thunersees an verschiedenen Stellen zerstört oder beschädigt. Laut Bescheinigung der Spar- und Leihkasse Steffisburg vom 21. November 1912 hinterlegte die Beklagte bei dieser Bank 2000 Fr. zu Handen der Klägerin « als Garantie für den der Bahn zufallenden Schadenersatz infolge Linienschädigung durch Sprengarbeiten während des Bahnbaues ». Die Hinterlegung erfolgte in Anwendung des Bundesratsbeschlusses betreffend die Depositionspflicht elektrischer Unternehmungen und Bahnen vom 14. November 1902.

B. — Im verliegenden Prozess hat nunmehr die Klägerin von der Beklagten Bezahlung von 3244 Fr. 95 Cts. nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 1914 eingefordert, abzüglich 2070 Fr. 50 Cts., welchen Betrag sie bereits am 17. Juni 1915 von der Beklagten dadurch erhalten habe, dass diese die Spar- und Leihkasse Steffisburg angewiesen habe, ihr die deponierten 2000 Fr. samt erlaufenen Depotzinsen herauszugeben. Die 3244 Fr. 95 Cts. stellen die Summe von acht Teilbeträgen dar, die die Klägerin

laut vorgelegten Rechnungen verausgabt hat als Reparaturkosten der fraglichen Telegraphen- und Telephonlinien, Mehrkosten infolge der Umleitung der Gespräche, für die Hebung von Verwicklungen und Drahtbrüchen, für provisorische Kabellegung, Drahtabnahme wegen Holzfällen, Hebung verschiedener Störungen wegen Felssturzes u. s. w.

In rechtlicher Beziehung hat sich die Klägerin in erster Linie dadurch berufen, dass laut einer seinerzeit mit der Beklagten getroffenen Verständigung diese für allen aus der Beschädigung der Leitungen entstandenen Schaden aufzukommen habe; zur Deckung solchen Schadens sei jene Kautions hinterlegt worden. Sodann verweist sie auf die « Bewilligung » des bernischen Regierungsrates vom 13. November 1905, besonders deren oben erwähnten Art. 12, und auf die von der Bundesversammlung erteilte Konzession der in Frage stehenden Strassenbahn, die in Art. 10 für die Benützung der öffentlichen Strassen die von den bernischen Behörden aufgestellten Vorschriften als massgebend erkläre. Endlich beruft sie sich noch des nähern auf die Bestimmungen des OR über die unerlaubten Handlungen.

C. — Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angefragt und widerklagsweise auf Rückerstattung der Kautions von 2000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 9. Juni 1915, die der Klägerin zu Unrecht aushingegen worden sei..

D. — Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat durch Urteil vom 6. Oktober 1916 die Klage gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen. Auf die Begründung seines Entscheides wird, soweit erforderlich, im rechtlichen Teile eingetreten.

E. — Vor Bundesgericht hat nunmehr die Beklagte unter näherer Begründung ihren Antrag auf Abweisung des Klage- und Zusprechung des Widerklagebegehrens wieder aufgenommen. Die Klägerin beantragt in ihrer Rechtsantwort in erster Linie Nichteintreten auf die Berufung, eventuell deren Abweisung.

Das Bundesgericht zieht  
i n E r w ä g u n g :

1. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist mit Bezug auf den Streitwert zweifellos gegeben. Schon deswegen, weil die Widerklage auf 2070 Fr. 50 Cts. geht ; das bringt die Zuständigkeit auch für die Hauptklage mit sich, da beide sich offensichtlich ausschliessen (Art. 60 Abs. 3 OG). Der Streitwert ist aber auch für die Hauptklage allein gegeben: er bemisst sich nicht nur nach den noch geforderten 3244 Fr. 95 Cts. = 2070 Fr. 50 Cts. + 1174 Fr. 45 Cts., sondern nach dem Gesamtbetrage. Denn mit der Hauptklage will die Klägerin Anerkennung der Forderung in diesem ganzen Betrag. Die Klägerin hat übrigens in dieser Beziehung die Zulässigkeit der Berufung ernstlich nicht in Abrede gestellt.

2. — Dagegen bestreitet sie die Zuständigkeit des Bundesgerichts in Hinsicht auf das anzuwendende Recht, indem sie ausführt : Die Schadenersatzpflicht der Beklagten beurteile sich auf Grund der seinerzeit erteilten kantonale-bernerischen Konzession in Verbindung mit der Bundeskonzession. Nun hatte sie freilich im mündlichen Vortrag vor Handelsgericht die Klage anders begründet, nämlich unter dem Gesichtspunkte einer Anerkennung der Klageforderung durch die Beklagte und unter dem der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, wobei sie freilich auch schon auf die Konzession Bezug genommen hatte. Allein die Vorinstanz hat die Frage, ob jener erst in der Replik vorgebrachte Klagegrund nicht mehr berücksichtigt werden könne, in Anwendung kantonalen Prozessrechtes und also für das Bundesgericht verbindlich, verneinend entschieden, indem sie auf den genannten Klagegrund eingetreten ist und die Klage sogar in erster Linie aus diesem Grunde, also aus dem Gesichtspunkte der durch die Konzession überbundenen Schadenersatzpflicht gutgeheissen hat. Sie führt nämlich hierüber aus : Es sei an die eidgenössische Verwaltung keine Auffor-

derung nach Art. 8 Elektr. Ges. zur Aenderung oder Beseitigung der auf dem Strassengebiet angebrachten Schwachstromleitungen ergangen. Im Gegenteil überbinde die Konzession vom 13. November 1905 den Konzessionären ausdrücklich die Verpflichtung, die Folgen aller durch die Bauarbeiten hervorgerufenen Beschädigungen an öffentlichem und privatem Eigentum zu tragen, und die Bundeskonzession nehme hinsichtlich der Benützung des Strassengebietes auf das in der kantonalen Konzession aufgestellte Pflichtenheft Bezug. Offenbar ist nun die Frage, ob eine Schadenersatzpflicht *ex concessione*, wie sie die Vorinstanz annimmt, bestehe, vom Bundesgericht nicht zu überprüfen, da es sich hiebei um die Anwendung kantonalen öffentlichen Rechtes handelt. Es lässt sich dafür einfach auf die einschlägigen Ausführungen des Bundesgerichtes in seinem Entscheid i. S. Elektrizitätsgesellschaft Basel gegen Schweiz. Bundesbahnen vom 13. Oktober 1916 (EB 42 II N° 82 S. 522) verweisen. Damit ist einer Ueberprüfung des Bundesgerichtes in materieller Hinsicht der Boden überhaupt entzogen. Denn auf die andern, an sich der bundesgerichtlichen Zuständigkeit unterstehenden Klagegründe ist dann nicht einzutreten. Auch wenn sie unbegründet wären, bliebe doch, wie in der Berufungsantwort mit Recht bemerkt wird, die Gutheissung der Klage auf Grund der Konzession. Dieser Teil der Urteilsbegründung für sich allein schon vermag den Vorentscheid zu stützen und ist für die Vorinstanz ausschlaggebend gewesen. Soweit die letztere in ihren Erwägungen noch auf die Hinterlegung der 2000 Fr. und die Anerkennung der Schadenersatzpflicht zu sprechen kommt, geschieht das nicht im Sinne der Bejahung eines weitern, selbständigen Verpflichtungsgrundes, sondern nur in dem einer Verstärkung der *ex concessione* bestehenden und gerichtlich zu schützenden Schadenersatzpflicht. In dieser Beziehung aber kann es sich für das Bundesgericht lediglich fragen, ob die Vorinstanz die Konzession mit Recht zur Anwendung ge-

bracht, oder, enger ausgedrückt, ob deren Anwendung gegen bundesrechtliche Normen verstosse. Nun besteht aber kein Rechtssatz des Bundesrechtes, der eine derartige konzessionsweise Ueberbindung des Schadenersatzes verbieten würde. Weder sind die bundesrechtlichen Normen über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen derart ausschliesslich anwendbar, dass nicht durch Konzession eine weitergehende Ersatzpflicht begründet werden könnte, noch stehen die Bestimmungen des Elektr. Ges. dem entgegen (vergl. wiederum das angeführte Urteil in Bd. 42). Ohne Bedeutung für die zu beurteilende Eintretensfrage ist endlich die Behauptung der Beklagten, der Konzessionär habe die Schadenersatzpflicht nur in Bezug auf Schädigungen seines eigenen, nicht auch des Eigentums Dritter, wie der Klägerin, überbinden können. Auch diese Frage ist eine solche des öffentlichen Rechtes und die Verletzung einer bundesrechtlichen Norm in keiner Weise ersichtlich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

**19. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. März 1917  
i. S. Schweiz. Bundesbahnen gegen Hochuli.**

Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts auf die Frage, ob einem Beamten des Rechtsbureaus einer Kreisdirektion der SBB Organfunktion zukomme, und ob infolgedessen die von ihm namens der SBB vorgenommenen Prozesshandlungen als von der Partei selbst ausgehend anzuerkennen seien, oder ob er sich den Vorschriften über die Prozessvertretung unterziehen müsse. — Entscheidung dieser Frage in einem konkreten Falle.

A. — In einem, die Verpachtung einer Bahnhofrestauration betreffenden Prozesse ist vor den aarg. Gerichten

namens der Kreisdirektion III der SBB ein Beamter ihres Rechtsbureaus, Dr. jur. C. Spahn, aufgetreten; insbesondere in den mündlichen Verhandlungen erschien er namens der SBB; die Rechtsschriften unterzeichnete er « als Verfasser », während sie ausserdem noch von dem Vorsteher des Rechts- und Finanzbureaus, also einem Mitglied der Kreisdirektion, unterzeichnet wurden; kurze Zuschriften an die Prozessleitung unterzeichnete er allein.

Nachdem das Bezirksgericht die Prozesshandlungen des Dr. Spahn als vollgültig betrachtet und in der Sache selbst einen Entscheid gefällt hatte, erklärte Dr. Spahn namens der SBB in einer, wie es scheint, von ihm allein unterzeichneten, nicht bei den Akten liegenden Eingabe die Appellation an das Obergericht.

B. — Durch Urteil vom 8. Dezember 1916 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

« Auf die Appellation wird nicht eingetreten. »

Die Erwägungen dieses Urteils lauten wörtlich:

« 1. Gemäss § 51 ZPO dürfen, so weit die Prozessordnung » selber keine Ausnahme macht, nur patentierte Anwälte » im Prozess für die Parteien schriftliche Rechtsvorkehren » erstatten. Nach § 13 des Advokatengesetzes sind Rechts- » schriften nur entgegenzunehmen, wenn sie entweder » von der Partei wirklich und persönlich verfasst oder von » einem im Aargau zugelassenen Anwalt als Verfasser » unterzeichnet sind. Dr. C. Spahn, der die Appellation als » Verfasser unterzeichnet hat, ist nun kein im Aargau zuge- » lassener Anwalt, da er das aargauische Anwaltspatent » nicht besitzt und entgegen dem Grossratsbeschluss » vom 28. November 1899 die für die Zulassung vorge- » sehene Kautionsleistung nicht geleistet und sich auch entgegen » dem obergerichtlichen Kreisschreiben vom 7. April » 1916 nicht um die Zulassung zur Ausübung des Anwalts- » berufes beworben hat. Es treffen auf ihn auch die Aus- » nahmen der §§ 46 und 51 Absatz 3 der ZPO nicht zu; » die von ihm eingereichte Appellation ist daher zu