

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

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

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

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

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

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

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

die Pflichtigen und die Verteilung der Baulast unter dieselben, sowie die Organisation enthalten solle. § 19 bestimmt: „Dem Staat gegenüber haftet die Gemeinde für die Erfüllung der Unterhaltspflicht der Ufer und Bette von öffentlichen Gewässern in ihrer Einung, unter Vorbehalt ihres Rückgriffes gegen die reglementarisch Pflichtigen.“ In seinem Abschnitt III., §§ 27—45, enthält das Gesetz Bestimmungen über „Korrektion von Gewässern und Austrocknung von Mösern und anderm Land.“ § 27 schreibt vor: „Für Korrektion von öffentlichen Gewässern, wodurch das bisherige Flußbett ganz oder zum Teil verlassen oder wesentlich verändert oder der Wasserpiegel eines solchen Gewässers tiefer gelegt wird, gelten die jedesmal zu diesem Zwecke aufgestellten gesetzlichen Bestimmungen.“

B. Am 24. November 1869 bewilligte der Kantonsrat des Kantons Solothurn einen Kredit von 13,500 Fr. für Regulierung der Emme durch Anwendung eines rationellen Uferschutzbausystems, jedoch unter der Bedingung, daß dem Kantonsrat vor Ausführung der Bauten Plan und Kostenrechnung nebst Projekt betreffend Übereinkommen mit den anderweitigen Beteiligten vorgelegt werde. Hierauf wurde am 30. Januar 1870 zwischen Abgeordneten der Gemeinde Nieder-Gerlafingen, Biberist, Derendingen, Luterbach und Zuchwyl eine Übereinkunft betreffend gemeinschaftliche Verpflichtung gegenüber dem Staate für eine Emmeregulierung vereinbart, welche unter anderm folgende Bestimmungen enthält: „1. Die Gemeinden Nieder-Gerlafingen, Biberist, Derendingen, Luterbach und Zuchwyl verpflichten sich, in Anwendung der §§ 8—20 des Wasserbaugesetzes an einer Regulierung der Emme durch den Staat in nachbezeichneter Weise mitzuwirken..... 3. Die genannten Gemeinden verpflichten sich, unter Vorbehalt bisheriger Wuhrpflicht von Privaten, jede für die in ihrer Einung liegenden Arbeiten das erforderliche Holzmaterial zu liefern und allfällige Fuhrungen für Steine als eine öffentliche Leistung..... zu besorgen..... 4. An die übrigen Kosten übernehmen die Gemeinden 30%, welche auf jede im Verhältnisse der in ihrer Einung liegenden Uferlänge, der Größe des im Überschwemmungsgebiete gelegenen Landes und mit besonderer Berücksichtigung des durch die Korrektion gewonnenen

„Strandbodens verteilt wird. Diese Beträge sind nach Fortschritt der Arbeit an den Staat zu bezahlen. 5. Diese letztern Kosten können nach § 11 des Wasserbaugesetzes auf das beteiligte Eigentum verlegt werden. Die zwischen einzelnen Gemeinden und Privaten oder Privatgesellschaften bestehenden Verträge über Uferschutzpflicht bleiben vorbehalten. 6. Wo infolge dessen Pflichten und Lasten von Gemeinden ganz oder teilweise auf Privaten übertragen werden, können denselben auch die Rechte und Befugnisse der Gemeinden ganz oder teilweise eingeräumt werden. 7. Ebenso bleiben allfällig zwischen dem Staat und den Privatgesellschaften am Emmenkanal und den Eisenbahngesellschaften abzuschließende Verträge, welche deren Beteiligung an den Kosten der Regulierungsarbeiten feststellen, vorbehalten. In diesen Verträgen soll jedoch bestimmt werden, daß die genannten Gesellschaften für ihren in den Gemeinden liegenden Grundbesitz der gesetzlichen Besteuerung durch die Gemeinden unterliegen. 8. Die Verteilung der Beitragspflicht geschieht alsdann nach § 18 des Wasserbaugesetzes. Das in diesem Paragraphen vorgesehene Reglement muß für alle Gemeinden dieselben Grundsätze enthalten und wird deshalb dessen Feststellung der in Art. 11 genannten Kommission unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Großen Rat übertragen.“ Art. 11 sieht die Einsetzung einer Kommission, in welcher sämtliche Gemeinden vertreten sind, zu Überwachung der Interessen von Gemeinden und Privaten an dem Unternehmen vor und bestimmt deren Kompetenzen. Der Regierungsrat legte hierauf, unter Berufung auf dieses Übereinkommen, in der Kantonsratsitzung vom 4. März 1870 dem Kantonsrate Bericht und Antrag über die Emmekorrektion vor, in welchen die Kosten des ganzen Korrektionsunternehmens auf zusammen 200,000 Fr. veranschlagt wurden. Der Regierungsrat ging dabei von der Ansicht aus, diese Korrektion falle unter die §§ 8 bis 20 des Wasserbaugesetzes und könne daher ohne Erlaß eines Spezialgesetzes durchgeführt werden. Der Kantonsrat pflichtete zwar im übrigen den Anträgen des Regierungsrates bei, dagegen beschloß er, auf Antrag seiner Kommission und im Gegensatz zu der Auffassung des Regierungsrates, ferner: „Im weitern ist der Regierungsrat beauftragt, die durch § 27 des Gesetzes

über Wasserbau und Entpumpungen vom 4. Juni 1858 geforderte gesetzliche Vorlage über die Emmenkorrektur zu hinterbringen.“ Die kantonsrätliche Kommission hatte ausgeführt, es treffe hier § 27 des Gesetzes zu, da durch die Korrektur das Flussbett wesentlich verändert und neue Ufer geschaffen werden. Der Regierungsrat des Kantons Solothurn legte den vom Kantonsrat geforderten Gesetzesentwurf erst am 2. Dezember 1876 vor, nachdem inzwischen die Emmenkorrektur teilweise bereits ausgeführt war. Dieser Entwurf wurde in der Volksabstimmung vom 7. Januar 1877 mit großer Mehrheit verworfen und es ist ein die Emmenkorrektur regelndes Gesetz überhaupt nicht zu Stande gekommen; dagegen wurde vom Kantonsrat am 20. November 1878 beschlossen, das Unternehmen auf Grundlage der Übereinkunft vom 30. Januar 1870 zu Ende zu führen.

C. Bei Beginn der Verhandlungen über die Übereinkunft vom 30. Januar 1870 hatten die Abgeordneten der Gemeinde Zuchwyl erklärt, daß sie an denselben nur in dem Sinne teilnehmen, „daß ihrer Gemeinde das Protokoll offen gehalten bleibe.“ Während die übrigen Gemeinden die Übereinkunft genehmigten, beschloß die Gemeinde Zuchwyl am 8. Dezember 1871: „Die Gemeinde gibt aus ihren Schacken das nötige Staudenholz, dagegen beschließt sie, von Frohnungen oder baarem Gelde als Beitrag nichts leisten zu wollen.“ Erst am 1. Februar 1877 beschloß die Gemeinde Zuchwyl, der Übereinkunft vom 30. Januar 1870 für die Zukunft beizutreten. Dieser Beschluß lautet: „1. Über die „sämtlichen bis dahin in der Emme im Gemeindebezirk ausgeführten Arbeiten sei am Gemeindebeschluss vom 8. Dezember 1871 unbedingt festzuhalten. 2. Was sodann die zur gegenwärtigen Stunde noch erforderlichen Arbeiten anbetrifft, sei dem „ursprünglichen, von den Gemeinden entworfenen Vertrage beizutreten, unter der Bedingung jedoch, daß die Gemeinde Zuchwyl „über das bisher Geschehene in keiner Weise belastet werde. 3. Da die Gemeinde das erforderliche Holz nicht genügend besitzt, so beschränkt sie sich auf die Lieferung der nötigen Pfähle. Die in den Schackenwaldungen noch vorhandenen Holzarten, namentlich die Schwarzdornen, sollen verwendet werden. Für die Lieferung des übrigen Holzes soll der Gemeinderat mit dem Tit.

„Baudepartement des Kantons den erforderlichen Vertrag abzuschließen.“ Der Regierungsrat nahm durch Beschluss vom 13. Februar 1877 von diesem Gemeindebeschlusse Vormerk und ermächtigte das Baudepartement, die bisher auf dem Gemeindebezirke von Zuchwyl verausgabten 1054 Fr. 12 Cts. als Beitrag des Staates auf den außerordentlichen Kredit von 10000 Fr. zu verrechnen. In dem Protokolle über die Gemeindeversammlung vom 1. Februar 1877 ist bemerkt, daß in erster Linie die versammelten Bürger beschlossen haben, das Traktandum (die Emmenkorrektur) „als eine reine Bürger Sache behandeln zu wollen.“ In betreff der Bedeutung dieses Beschlusses ist zu bemerken: Das solothurnische Gemeindegesetz vom 16. September 1871 kannte prinzipiell nur Eine Gemeinde, die Bürgergemeinde, räumte aber in seinem § 2 auch den steuerpflichtigen Niedergelassenen in gewissen Angelegenheiten das Stimmrecht an dieser Gemeinde ein, insbesondere bei „Beratung und Feststellung der Einnahmen und Ausgaben und bei Ablage der Rechnungen derjenigen Fonds, deren Ausfälle durch Steuern oder Leistungen (Ansaßengeld ausgenommen) gedeckt werden und überhaupt bei allen Beratungen und Beschlüssen, welche durch Steuern zu deckende Ausgaben zur Folge haben....“ Am 23. Januar 1877 hatte sodann der Kantonsrat des Kantons Solothurn einen Beschluß gefaßt, in welchem er konstatierte, daß durch Art. 43 Lemma 4 B.-B. vom 29. Mai 1874 und Art. 58 der kantonalen Staatsverfassung vom 12. Dezember 1875 das Gemeindegesetz dahin modifiziert sei, daß neben der Bürgergemeinde eine Orts- oder politische Gemeinde bestehe, auf deren Organisation die gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden seien. Der Kantonsrat beauftragte darauf gestützt den Regierungsrat, Neuwahlen der sämtlichen Gemeindebehörden in diesem Sinne anzuordnen. Infolge dieses Beschlusses wurde die Ausschcheidung der Einwohner- oder politischen und der Bürgergemeinde vollzogen; in Zuchwyl wurden die Wahlen, wodurch besondere Einwohner- und Bürgergemeindebehörden bestellt wurden, am 11. Februar 1877 und 4. März gleichen Jahres getroffen.

D. Nach Aufstellung des Kantonsingenieurs betrug die Gesamtauslagen für die Emmenkorrektur Ende 1881 198,782 Fr. 90 Cts., woran die Gemeinden gemäß Art. 4 der Übereinkunft

vom 30. Januar 1870 30 % oder rund 60,000 Fr. zu vergüten hatten. Die (in Art. 11 der Übereinkunft vom 30. Juni 1870 vorgesehene) Kommission, die sogenannte Emmenkommission, nahm am 17. Januar 1882 die Verteilung dieser Summe auf die Gemeinden vor, indem sie der „Gemeinde Zuchwyl (incl. Erben Hänggi)“ einen Betrag von 10,500 Fr. zuteilte. Die Vertreter der Gemeinden erhielten den Auftrag, diese Kostenverteilung ihren Gemeinden zu unterbreiten und deren Entscheidungen in der nächsten Versammlung kund zu geben. In der folgenden Sitzung vom 24. Januar 1882 erklärten die Vertreter der Gemeinde Zuchwyl, Zuchwyl wünsche, daß die dieser Gemeinde zugewiesenen Kosten auf die Verpflichteten als: Gemeinde, J. Hänggi sel. Erben und Centralbahn, durch das Baudepartement verteilt werden. Ferner wünsche Zuchwyl, es sollen jeder Gemeinde diejenigen Kosten zugeteilt werden, welche für Korrektur im betreffenden Gemeindebezirk verausgabt wurden. Durch Beschluß des Regierungsrates wurde die von der Emmenkommission vorgenommene Verteilung der Gemeindebeiträge genehmigt und die Frist zu Bezahlung dieser Beiträge auf 30. Oktober 1883 festgesetzt. Die Gemeinde Zuchwyl bezahlte auf diesen Zeitpunkt nicht. Die kantonalen Behörden forderten hierauf wiederholt die Einwohnergemeinde Zuchwyl zu Bezahlung des der Gemeinde Zuchwyl zugeschriebenen Betrages von 10,500 Fr. auf. Die Einwohnergemeinde bestritt jedoch ihre Zahlungspflicht und erwirkte, nachdem der Staat am 1. Februar 1890 gegen sie Betreibung angehoben hatte, Rechtsvorschlag.

E. Mit Klageschrift vom 19. Januar 1891 reichte danach der Fiskus des Kantons Solothurn gegen die Gemeinde (die Einwohnergemeinde) Zuchwyl Klage ein mit dem Rechtsbegehren: Die beklagte Gemeinde sei verpflichtet, der Klägerschaft zu bezahlen: 1. Hauptsumme 10,500 Fr.; 2. Zins seit 30. Oktober 1883 à 5 %; er führte aus, die Gemeinde sei zu Zahlung dieser Summe sowohl nach dem Wasserbaugesetze als nach dem Vertrage vom 30. Januar 1870 verpflichtet.

F. Die Beklagte stellte in ihrer Bernehmlassung die Anträge: 1. Die Verantwortlerin ist nicht gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten, eventuell 2. Abweisung des Klage-

begehrens unter Kostenfolge. Zu Begründung ihres ersten Antrages erhebt sie in erster Linie die Einrede der Verjährung, indem sie behauptet, sämtliche Arbeiten in der Einung Zuchwyl seien im Frühling 1877 vollendet gewesen. Nach Art. 4, Abs. 2 der Übereinkunft vom 30. Januar 1870 seien die streitigen Beiträge nach dem Fortschreiten der Arbeit an den Staat zu bezahlen. Sie seien also je auf Ende eines Jahres fällig geworden; die Verjährung laufe danach von Ende 1877 an und es sei daher, da gegen die Beklagte erst am 1./10. Februar 1890 Betreibung angehoben worden sei, der Klageanspruch verjährt. Im weitem bestritt die Beklagte ihre Passivlegitimation, indem sie wesentlich ausführte: Der Beschluß der Gemeinde Zuchwyl vom 1. Februar 1877, durch welchen die Gemeinde für die Zukunft dem Vertrage vom 30. Januar 1870 beigetreten sei, sei nicht ein Beschluß der Einwohner-, sondern der Bürgergemeinde Zuchwyl. In der Folge habe der Einwohnergemeinderat Zuchwyl den kantonalen Behörden wiederholt erklärt, daß die Emmenkorrektionsangelegenheit die Einwohnergemeinde nicht berühre, sondern Sache der Bürgergemeinde sei. Dagegen habe sich der Bürgergemeinderat von Zuchwyl stets mit der Angelegenheit der Emmenkorrektur beschäftigt; zu den Delegiertenversammlungen der Gemeinden seien stets nur Abgeordnete der Bürgergemeinde, nicht der Einwohnergemeinde, beigezogen worden; in der sogenannten Emmenkommission sei nie die Einwohnergemeinde, sondern stets nur die Bürgergemeinde vertreten gewesen, und zwar letztere nicht als Gemeinde, sondern als beteiligte Liegenschaftsbesitzerin. An der Emmenkorrektur beteiligte Liegenschaftsbesitzer in der Einung Zuchwyl seien nur die Bürgergemeinde Zuchwyl, die Besitzer des Emmenholzes (die Erben Hänggi) und die Schweizerische Centralbahn. Diese Landbesitzer seien faktisch und mit Genehmigung des Regierungsrates an Stelle der Gemeinde Zuchwyl getreten. Mit der Schweizerischen Centralbahn habe der Regierungsrat am 23. November 1876 eine Übereinkunft getroffen, laut welcher dieselbe als Besitzerin von an der Emmenkorrektur beteiligtem Land in der Einung Zuchwyl sich durch eine Aversalsumme von 10,000 Fr. von sämtlichen diesbezüglichen Lasten befreit habe. Ebenso haben die Erben Hänggi, die Besitzer des Emmenholzes, Beiträge direkt an die

Regierung bezahlt und mit Sitz und Stimme an der Emmenkommission teilgenommen. Auch die Bürgergemeinde habe sich stets als direkt beteiligt erachtet; am 28. Februar 1878 habe der Bürgergemeinderat den allgemeinen Beschluß gefaßt, daß die Kosten der Emmenkorrektur durch die Forstkasse, welche eine bürgerliche Kasse sei, vorschußweise bezahlt werden sollen; ebenso habe die Bürgergemeinde wiederholt Beschlüsse betreffend Holzlieferungen und Steinfuhren für die Emmenkorrektur gefaßt. Die Einwohnergemeinde Zuchwyl sei daher zur Sache passiv nicht legitimiert. Auch abgesehen hievon müsse die Klage abgewiesen werden. Die Bestimmungen der Art. 8—20 des Wasserbaugesetzes vom 4. Juni 1858 finden auf die Emmenkorrektur keine Anwendung. Um die Beitragspflicht für diese Korrektur gesetzlich zu regeln, hätte es, wie der Kantonsrat des Kantons Solothurn selbst anerkannt habe, eines Spezialgesetzes bedurft. Da ein solches nicht zu Stande gekommen sei, so habe das Unternehmen der gesetzlichen Basis ermangelt und der Staat sei darauf angewiesen gewesen, sich mit den Beteiligten gütlich zu verständigen. Eine solche Verständigung habe er in den letzten Jahren auch mit der Einwohnergemeinde Zuchwyl versucht; es sei aber keine Einigung zu Stande gekommen. Die Einwohnergemeinde Zuchwyl als solche habe eben an der Emmenkorrektur absolut kein Interesse und habe deshalb ihre Beteiligung abgelehnt. In den geforderten 10,500 Fr. seien auch 30 % (478 Fr. 65 Cts.) derjenigen Auslagen inbegriffen, welche der Staat in den Jahren 1873—1876 für Arbeiten in der Einung Zuchwyl gehabt habe. Für diesen Betrag hafte die Gemeinde mit Rücksicht auf die im Beschlusse der Gemeindeversammlung Zuchwyl vom 1. Februar 1877 aufgestellte Bedingung unter keinen Umständen. Da die Einwohnergemeinde zu keinerlei Verhandlungen betreffend die Emmenkorrektur beigezogen worden ist, so könne sie die Angaben des Staates hinsichtlich des Betrages der Korrekturkosten nicht anerkennen und ebensowenig den von der Emmenkorrektur angenommenen Verteiler. Der Regierungsrat habe offenbar wegen der dem Unternehmen mangelnden gesetzlichen Basis mit Einforderung der streitigen Beträge so lange gezögert; da er erst im Jahre 1890 Betreibung angehoben habe, bestreite die Gemeinde

jedenfalls, daß sie vom 30. Oktober 1883 an zinspflichtig sei. Die lange Verzögerung der Einforderung der Beiträge habe die Angelegenheit auch sonst schwierig gemacht. Die Gemeinde werde vom Staate nicht als eigentliche Schuldnerin sondern bloß als Vermittlerin in dem Sinne belangt, daß sie für allfällige Zahlungen Rückgriffsrecht auf die beteiligten Grundeigentümer habe. Diese (Bürgergemeinde, Schweizerische Centralbahn und Erben Hänggi) bestreiten aber nun sämtlich das Rückgriffsrecht der Einwohnergemeinde, indem sie sich auf die dem Staate direkt geleisteten Zahlungen und die mit ihm geschlossenen Verträge berufen und teilweise die Verjährung vorschützen.

G. In seiner Replik macht der klagende Fiskus gegenüber den von der Beklagten erhobenen Einwendungen im wesentlichen geltend: Die in Betracht fallenden Arbeiten in der Gemeinde Zuchwyl seien in den Jahren 1870—1882 ausgeführt worden. Die Beiträge haben erst auf Grund der Endabrechnung, wie sie im Jahre 1882 aufgestellt worden sei, eingefordert werden können. Die Gemeinde Zuchwyl habe die aufgestellte Kostenverteilung in den Sitzungen der Emmenkommission vom 17. und 24. Januar 1882 anerkannt. Die Einrede der Verjährung sei also unbegründet. Ebenso die Einwendung der mangelnden Passivlegitimation. Bis zum Jahre 1877 habe es im Kanton Solothurn nur eine einheitliche Gemeinde (die Bürgergemeinde) gegeben. Bis zu der im Laufe des Jahres 1877 erfolgten Ausscheidung zwischen Einwohnergemeinde und Bürgergemeinde seien also die allgemeinen örtlichen und die bürgerlichen Angelegenheiten durch die nämlichen Behörden und die nämlichen Personen besorgt worden. Die Verhandlungen der kantonalen Behörden mit den Gemeinden in Sachen der Emmenkorrektur seien daher bis 1877 einfach mit den „Gemeinden“ geführt worden, ohne daß diese je zu erkennen gegeben hätten, daß sie das Vertragsverhältnis als eine rein bürgerliche und nicht als eine municipale, die Gemeinde als politische Korporation und Einung beschlagende, Angelegenheit betrachteten. Gemäß dem Wasserbaugesetze lasse die Unterhaltungspflicht der Ufer und Bette öffentlicher Gewässer als öffentliche Last auf der Ortsgemeinde. Der Regierungsrat des Kantons Solothurn habe sich von Anfang an, wie dies die Fassung des

Art. 1 der Übereinkunft vom 30. Januar 1870 deutlich ergebe, auf den Standpunkt gestellt, die Emmenkorrektur sei auf Grund der Bestimmungen des Wasserbaupolizeigesetzes auszuführen. Demnach sei die Beitragspflicht für die Emmenkorrektur nach Ausschcheidung der Bürger- und Einwohnergemeinde als öffentliche Last auf die Einwohnergemeinde übergegangen. Dies sei auch von den solothurnischen Gerichten in zwei Fällen, in Sachen des Staates Solothurn gegen die Einwohnergemeinde Derendingen und gegen die beklagte Einwohnergemeinde Zuchwyl anerkannt worden. In letztem Falle habe es sich um eine Ersatzforderung des Staates für die gemäß Art. 3 des Übereinkommens vom 30. Januar 1870 den Gemeinden obliegenden Materiallieferungen gehandelt. Die Einwohnergemeinde Zuchwyl habe wie heute geltend gemacht, die Verpflichtung sei nicht von der Einwohner-, sondern von der Bürgergemeinde eingegangen worden und es sei somit die Bürgergemeinde haftbar. Durch vom Obergericht am 15. Januar 1885 bestätigte Entscheidung des Amtsgerichtes vom 24. September 1884 sei indeß diese Einrede verworfen worden mit der Begründung: Die vorgenommene Emmenkorrektur diene den Zwecken der Allgemeinheit; es sei Sache der politischen Korporation, die öffentlich-rechtlichen Interessen zu befriedigen, nicht Pflicht einer korporativen Genossenschaft. Die Bürgergemeinde, die mit der politischen Gemeinde bis zum Jahre 1877 zusammenfiel, habe infolge der Konstituierung der Einwohnergemeinde Rechte und Pflichten, die öffentlich-rechtliche Verhältnisse berühren, auf diese übertragen. In ganz gleichem Sinne sprechen sich die Entscheidungen des Amtsgerichtes und Obergerichtes vom 6. Oktober 1880 und 19. März 1881 in Sachen der Einwohnergemeinde Derendingen aus. Der Beschluß der Gemeinde Zuchwyl vom 1. Februar 1877 sei zu seiner Zeit erfolgt, wo zwar die Ausschcheidung der Bürgermeinde und Einwohnergemeinde im Prinzip bereits beschlossen gewesen sei, dagegen haben damals in der Gemeinde Zuchwyl noch keine besondern Organe für die beiden Gemeinden bestanden. Nach Konstituierung der Einwohnergemeinde sei diese von Rechts wegen in Rechte und Pflichten der Bürgergemeinde eingetreten und es habe daher ihrerseits keiner besondern Beitritts zu dem erklärungsübereinkommen vom 30. Januar 1870

bedurft. Die Staatsbehörden haben ihre sämtlichen Mitteilungen betreffend die Emmenkorrektur stets nicht an die „Bürgergemeinde“ sondern an die betreffenden beteiligten „Gemeinden“ gerichtet. Die Einwohnergemeinde Zuchwyl sei daher bei den betreffenden Verhandlungen stets, wenn auch allerdings durch die Organe der Bürgergemeinde Zuchwyl, vertreten gewesen. Die Verhandlungen des Staates mit den Besitzern des Emmenholzes (den Erben Hänggi) und der Schweizerischen Centralbahn stehen mit den Vorschriften des Vertrages vom 30. Januar 1870 im Einklang und können den Rechten der Gemeinde nicht präjudizieren. Im weitem wird die eingeklagte Forderung von 10,500 Fr. sammt Zins seit 30. Oktober 1883 unter ausführlicher Begründung aufrecht erhalten.

H. In ihrer Duplik hält die Beklagte an den Ausführungen und Anträgen der Vernehmlassungsschrift fest.

I. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist von keiner Seite bestritten worden; dieselbe muß aber von Amtes wegen geprüft werden. Da die übrigen Voraussetzungen des Art. 27 Ziffer 4 D.-G. unzweifelhaft vorliegen, so hängt die Kompetenz des Bundesgerichtes davon ab, ob die Streitigkeit als eine „civilrechtliche Streitigkeit“ im Sinne des citierten Art. 27 erscheint (vergleiche Entscheidungen, Amtliche Sammlung XIII, S. 340 Erw. 1). Dies ist zu bejahen. Wenn zwar die eingeklagte Leistung als eine öffentliche, der Gemeinde vom Staate kraft seines Hoheitsrechtes durch Verwaltungsgezet auferlegte, Leistung erschiene, so wäre die Streitigkeit als eine öffentlich-rechtliche zu betrachten und die Kompetenz des Bundesgerichtes daher nicht begründet. Allein dies ist nun nicht der Fall. Allerdings beruft sich der klagende Fiskus auch auf die Bestimmungen des kantonalen Wasserbaugesetzes. Allein er kann seine Forderung doch nicht aus diesem Gesetze als solchem, sondern nur aus dem Beitritte der Beklagten zu dem Vertrage vom 30. Januar 1870 herleiten. Die Regierung des Kantons Solothurn ist zwar ursprünglich unverkennbar davon ausgegangen, die Emmenkorrektur qualifiziere sich als eine unter

die §§ 8—20 des Wasserbaugesetzes fallende Uferschutzbaute, rücksichtlich welcher die Beitragspflicht durch die genannten Gesetzesbestimmungen grundsätzlich bereits geregelt sei; die Vereinbarung vom 30. Januar 1870 enthalte daher nur die Anerkennung und genauere Regulierung einer grundsätzlich bereits durch das Gesetz den Gemeinden auferlegten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung. Allein diese Anschauung war unhaltbar, da die Emmenkorrektur keine bloße Uferschutzbaute im Sinne der §§ 8—20 des Wasserbaugesetzes, sondern eine das Flussbett wesentlich ändernde Korrektur eines öffentlichen Gewässers im Sinne des § 27 des citierten Gesetzes war. Dies ist denn auch vom Kantonsrat des Kantons Solothurn durch seinen Beschluss vom 4. März 1870 ausdrücklich anerkannt und deshalb der Regierungsrat beauftragt worden, die durch § 27 leg. cit. geforderte gesetzliche Vorlage über die Emmenkorrektur zu hinterbringen. Da nun eine gesetzliche Regulierung der Emmenkorrektur niemals zu Stande kam, so besteht eine Norm des öffentlichen Rechtes, aus welcher der Staat seine streitige Forderung ableiten könnte, nicht. Dieselbe kann nur auf den Vertrag vom 30. Januar 1870 begründet werden; durch diesen Vertrag wurde nicht eine nach dem geltenden Verwaltungsrechte der Gemeinde obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung anerkannt und geregelt, sondern eine Verpflichtung vertraglich neu begründet, welche den Gemeinden kraft öffentlichen Rechtes nicht oblag. Die Verpflichtung der Gemeinde aus dem Vertrage vom 30. Januar 1870 und damit auch die gegenwärtige Streitigkeit, erscheint daher als eine privatrechtliche. Die Art. 8 bis 20 des Wasserbaugesetzes finden als solche, als staatshoheitlich gesetzte Rechtsnormen auf das hinsichtlich der Emmenkorrektur zwischen dem Staate und der Gemeinde bestehende Rechtsverhältnis keine Anwendung; ihr Inhalt kann hiefür nur als *lex contractus*, nur insoweit als dies zwischen den Parteien durch den Vertrag vom 30. Januar 1870 vereinbart worden ist, in Betracht kommen.

2. Ist somit auf Beurteilung der Sache einzutreten, so erscheint zunächst die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung als unbegründet. Denn die Faktoren, welche vertragsmäßig für die Verteilung der in Art. 4 des Vertrages vom

30. Januar 1870 normierten Korrektionsbeiträge unter die Gemeinden maßgebend sein sollten, konnten doch erst nach Vollendung der Korrektur durch die Endabrechnung festgestellt werden; erst von da, also erst von Anfang 1882 an, erscheinen daher diese Beiträge als einlagbar. Die Verjährung ist daher, da sie im Februar 1890 durch Anhebung der Betreibung unterbrochen wurde, nicht eingetreten.

3. Dagegen ist die Einwendung der mangelnden Passivlegitimation begründet. Wenn es sich freilich um eine öffentlich-rechtliche, der Gemeinde als solcher durch Verwaltungsrecht auferlegte, Leistung handelte, so wäre wohl unbedenklich anzunehmen, daß die Verpflichtung bei Ausscheidung der Bürger- und Einwohnergemeinde auf letztere übergegangen sei. Allein dies ist eben, wie in Erwägung 1 gezeigt, nicht der Fall, vielmehr handelt es sich um eine privatrechtliche, durch privatrechtlichen Vertrag begründete Leistung. Der Beschluss vom 1. Februar 1877 nun, durch welchen die Gemeinde Zuchwyl der Übereinkunft vom 30. Januar 1870 in der hier fraglichen Richtung für die Zukunft beitrug, ist von der Bürgergemeinde Zuchwyl gefaßt worden; allerdings bestand damals eine besonders organisierte Einwohnergemeinde, neben der Bürgergemeinde, noch nicht. Wohl aber die sogenannte Steuergemeinde des Art. 2 des Gemeindegesetzes, d. h. es waren in Gemeindeangelegenheiten, welche durch Steuern zu deckende Ausgaben zur Folge hatten, neben den Bürgern auch die steuerpflichtigen Niedergelassenen stimmberechtigt. Dessenungeachtet hat über den Beitritt zu dem Vertrage betreffend die Emmenkorrektur nicht die sogenannte Steuergemeinde beschlossen, sondern eine ausschließlich aus Bürgern bestehende Gemeindeversammlung, mit der ausdrücklichen Begründung, daß das Traktandum als eine bürgerliche Angelegenheit zu behandeln sei. Wenige Tage nach dem Beschlusse vom 11. Februar 1877 sodann wurde die Ausscheidung zwischen Einwohner- und Bürgergemeinde in Zuchwyl tatsächlich vollzogen und wurden für die beiden Gemeinden verschiedene Organe bestellt. Nach dieser Ausscheidung wurden zu den Verhandlungen der sogenannten Emmenkorrektur u. dgl. stets die Organe der Bürgergemeinde, nicht der Einwohnergemeinde, eingeladen und nahmen an denselben teil. Der Regierung des Kantons Solothurn

war dies selbstverständlich bekannt; dieselbe hat also (bis zu dem Zeitpunkte, wo es sich um Einforderung der Beiträge handelte) stets mit den Organen der Bürgergemeinde Zuchwyl, als der an der Emmenkorrektur beteiligten Gemeinde, verkehrt, wie ja denn auch in der That die Bürgergemeinde als Grundbesitzerin an der Korrektur beteiligt war. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, daß für die, wie gezeigt, rein privatrechtliche Verpflichtung aus dem Vertrage vom 30. Januar 1870 resp. der Beitrittserklärung vom 1. Februar 1877 die Einwohnergemeinde Zuchwyl hafte; ein Nachweis dafür, daß diese in die von der Bürgergemeinde übernommene Verpflichtung succediert habe, ist nicht erbracht. Die vom Kläger für seine entgegenstehende Meinung vorgebrachten Entscheidungen der solothurnischen Gerichte vermögen hieran nichts zu ändern. Das Bundesgericht ist an dieselben unzweifelhaft nicht gebunden, wobei bemerkt werden mag, daß die Entscheidung in Sachen gegen die Einwohnergemeinde Zuchwyl nicht die hier in Rede stehende Verpflichtung aus der Beitrittserklärung vom 1. Februar 1877 und aus Art. 4 des Vertrages vom 30. Januar 1870, sondern die Verpflichtung zu Materiallieferungen, wie sie in Art. 3 des Vertrages vom 30. Januar 1870 statuiert ist und bereits durch Beschluß vom 8. Dezember 1871 war übernommen worden, betrifft. Sachlich sodann beruhen diese Entscheidungen auf der irrthümlichen Annahme, daß es sich um eine öffentlich-rechtliche, schon kraft Gesetzes der Gemeinde auferlegte, Verpflichtung handle.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

100. Urteil vom 21. Juli 1893 in Sachen Weber und Konforten gegen Schwyz.

A. Mit Klageschrift vom 9. Januar 1892 erhoben Karl Weber Fischer, Ignaz Höfliger und Theodor Fuchs, alle drei wohnhaft in Bäch, Gemeinde Freienbach, Kantons Schwyz gegen den Fiskus des Kantons Schwyz beim Bundesgerichte Klage mit dem Rechtsbegehren: „Hat nicht Beklagter den Klägern das unbedingte Fischereirecht im Zürichsee bei Bäch gegen Norden bis zur Kantongrenze im See und von Westen bei der Steinhütte bis gegen Osten zum Kreuzstein beim Frauenwinkel anzuerkennen, unter „Kostenfolge?“ Die Kläger bemerken zunächst, daß sie gemeinsam klagen gemäß Art. 6 eventuell Art. 43 des eidgenössischen Civilprozesses, und daß sie den Hauptwert der Streitsache für jeden einzelnen der Kläger auf wenigstens 3000 Fr. schätzen. In der Sache selbst führen sie aus: Gemäß der schwyzerischen Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetze betreffend die Fischerei gehöre das Recht zur Ausübung und Gestattung des Fischfanges in den öffentlichen Gewässern dem Staate, insofern nicht besondere Rechte von Gemeinden, Korporationen oder Privaten nachgewiesen werden. Westlich und östlich der von den Klägern für ihre Fischereigerechtigkeit beanspruchten Seestrecke habe der Regierungsrat des Kantons Schwyz solche besondere Rechte bereits anerkannt und zwar gegenüber dem Josef Müller in Bäch für den Susthof und gegenüber dem Kloster Einsiedeln hinsichtlich des Frauenwinkels. Aus den ganz gleichen Gründen, wie Josef Müller zum Susthof und das Kloster Einsiedeln gestützt auf Urkunden und bisherige Rechtsausübung beanspruchen auch die Kläger ihr eingeklagtes Fischereirecht. Ihr Fischereirecht finde sich in folgenden Urkunden verbrieft: a. Karl Weber berufe sich auf einen Teilbrief entzweischend des Josef Weber sel. Erben in Bäch, Hof Bollerau von 1799. Laut diesem Teilbriefe gehöre zu dem von den Rechtsvorfahren des Karl Weber erworbenen Teile: „Das alte Haus des Johannes Weber sammt der Fischereigerechtigkeit wie er selbes besäßen und benuzet hat.“ b. Ignaz Höfliger be-