

elle arrive donc, *sur la base des mêmes textes légaux*, à une autre conclusion que les organes administratifs. Admettre cette dualité de compétences serait créer l'état d'incertitude et de trouble auquel le législateur a précisément voulu parer en édictant l'art. 15 de la loi de 1878.

En résumé, la question de savoir si le dénoncé doit la taxe militaire, dans quelle mesure, *pourquoi* et jusqu'à quand elle est due, rentre dans la compétence exclusive des autorités administratives et n'intéresse plus le juge pénal. Celui-ci n'a que deux points à examiner : 1. le contribuable a-t-il reçu les deux sommations légales, contenant les mentions voulues ? 2. le non paiement de la taxe exigée est-il imputable à la faute du prévenu ?

La Cour de Cassation est, d'ailleurs, arrivée à la conviction, qu'en fait le non-paiement de la taxe réclamée à Buffat tombait bien sous le coup de la loi de 1901.

La Cour de Cassation prononce :

Le recours est admis, l'arrêt cantonal annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale compétente, pour nouvelle décision, basée sur les considérants de droit qui précèdent.

IV. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

Vgl. Nr. 32. — Voir n° 32.

A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ

(RECHTSVERWEIGERUNG)

ÉGALITÉ DEVANT LA LOI

(DÉNI DE JUSTICE)

35. Urteil vom 15. Juli 1927

i. S. **Einwohnergemeinde Kriens gegen Obergericht Luzern.**

Art. 86 SchKG bezieht sich nur auf privatrechtliche Ansprüche, hindert aber die Kantone nicht eine gleiche Rückforderungsklage im Falle der Zahlung infolge Betreibung auch bei bestimmten an sich öffentlichrechtlichen Forderungsverhältnissen zu gewähren. Kognition des Bundesgerichts hinsichtlich der Frage, ob die kantonale Gesetzgebung hierfür die nötige Grundlage biete. — Nichtschuld oder blosser Gegenanspruch des Betriebenen auf Schadenersatz, wenn Tatsachen, die zum Forderungstatbestand gehören, durch ein deliktisches Verhalten von öffentlichen Organen herbeigeführt worden sind, für die das gläubigerische Gemeinwesen haftet. (Unnötige Mehrkosten bei Durchführung eines Unternehmens, an das die beteiligten Grundeigentümer verhältnismässig beitragspflichtig sind.)

* A. — In Ausführung des § 132 EG zum ZGB und der bundesrätlichen Verordnung vom 15. Dezember 1910 über die Grundbuchvermessungen hat der Grosse Rat des Kantons Luzern am 17. Juli 1912 ein Dekret über den gleichen Gegenstand erlassen. Danach ist die Vergebung und Durchführung der Vermarkung und Vermessung der Grundstücke zur Anlegung des Grundbuches Sache der Einwohnergemeinden. Für gewisse grundlegende Be-

* Gekürzter Tatbestand.

schlüsse (Vermessungsprogramm, Finanzierungsplan, Vertrag zwischen Gemeinde und Geometer, usw.) ist die Genehmigung des Reqrats vorbehalten, der überdies durch sein Baudepartement und das ihm unterstellte kant. Vermessungsamt, unter Vorbehalt des Rekurses an die Gesamtbehörde, eine gewisse näher umschriebene Aufsicht über das ganze Verfahren ausübt. Die Gemeinderäte haben für die Dauer der Vermessung eine Ausführungskommission zu wählen, die die Gemeinde gegenüber den kant. Behörden, den Grundeigentümern und dem Geometer vertritt, das Rechnungswesen der Vermessung führt und nach Durchführung des Vermessungswerks den endgiltigen Kostenverteilungsplan aufzustellen hat. Die Kosten der Vermarkung haben die Grundeigentümer zu tragen, diejenigen der Vermessung nach Abzug der Staats- und Bundesbeiträge zu $\frac{1}{4}$ die Gemeinde und zu $\frac{3}{4}$ die Grundeigentümer.

Bei Auflegung des endgiltigen Kostenverteilungsplans über die für das Gebiet der Einwohnergemeinde Kriens durchgeführte Vermarkung und Vermessung zeigte sich, dass die Kosten den Voranschlag beträchtlich (für die Vermarkung um mehr als das Doppelte) überstiegen, was zu Einsprachen verschiedener Grundeigentümer führte. Zu den beteiligten Grundeigentümern gehörten auch die Korporationsgemeinde Luzern und die Ortsbürgergemeinde Luzern, die nach dem Kostenverteilungsplane über von ihnen schon bezahlte 8859 Fr. 39 Cts. und 655 Fr. 92 Cts. hinaus noch Kostenbeiträge von 16,256 Fr. und 2897 Fr. 70 Cts. leisten sollten. Am 7. September 1922 fand in Kriens eine Interessentenversammlung statt, die sich mit der Kostenfrage befasste. Auf ein von den Initianten dieser Versammlung am 26. September 1922 gestelltes Begehren beschloss der Regierungsrat von Luzern am 2. Dezember 1922, über die Ursachen der Kostenüberschreitung einen Sachverständigenbericht einzuholen. Der Sachverständige (Geometer Meister in Aarau) fasste das Ergebnis seiner Erhebungen, unter einge-

hender Begründung, dahin zusammen, dass die Vermessungskommission Kriens « neben ihrer sonst korrekten Amtsführung Fehler begangen habe, die wesentlich zur Verteuerung der Arbeit beigetragen haben. Der Unternehmer der Vermessung hat im allgemeinen eine sehr gute Arbeit geleistet. Durch unfachmässige Behandlung aber verschiedener Teilarbeiten, durch Vermengung von Regie- und Akkordarbeit zum Nachteil der Vermarkungs- und Vermessungskasse, sowie durch Unkorrektheiten bei der Verrechnung seiner Arbeiten hat Grundbuchgeometer F. dem Vermarkungsgeschäft sehr empfindlichen Schaden zugefügt. Die hier festgestellten Praktiken des Herrn F. stehen ohne Zweifel im Grundbuchvermessungsgeschäft einzig da. » Daraufhin stellten die Korporationsgemeinde Luzern, die Ortsbürgergemeinde Luzern und einige andere Grundeigentümer an den Regierungsrat das Begehren, es sei der Eingabe vom 26. September 1922 weitere Folge zu geben und kraft des Aufsichtsrechtes der Regierung über die Vermessungen der Gemeinderat Kriens zu verhalten, eine spezifizierte Kostenrechnung mit richtiggestellter Verteilung unter Berücksichtigung der Aussetzungen des Experten aufzustellen: auch möchten für die beim Vermessungswerk vorgekommenen Verfehlungen die Verantwortlichkeiten festgestellt werden. Der Regierungsrat lehnte jedoch mit Beschluss vom 5. Januar 1924 das begehrte Einschreiten ab. Abgesehen davon dass der reglements-mässige Instanzenzug und die Frist für eine Beschwerdeführung gegen den Kostenverteilungsplan nicht eingehalten seien, würde dem Regierungsrat auch die Zuständigkeit zu solchen Verfügungen fehlen. Nach dem grossrätlichen Dekret vom 17. Juli 1912 habe er lediglich die richtige Verteilung der Vermarkungs- und Vermessungskosten auf die Pflichtigen und die technische Richtigkeit des Vermessungswerkes, die hier ausser Frage stehe, zu prüfen, während ihm eine Nachprüfung der Vermarkungsrechnung, d. h. der zu verteilenden

Kosten selbst nicht zustehe. Auch ein Einschreiten von Amtes wegen kraft der Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung falle infolgedessen ausser Betracht. Das sonst bestehende allgemeine Beschwerde- und Rekursrecht gegen Verfügungen der Gemeindebehörden vermöge dafür da keine Grundlage zu geben, wo durch Spezialerlass der Umfang des Aufsichtsrechtes anders und enger geordnet sei. Die Eingabesteller hätten sich somit, so fährt die Schlusserwägung 4 fort, an die Vermessungskommission von Kriens und an den dortigen Gemeinderat zu halten, der seinerzeit den Grundbuchgeometer gewählt habe. « Glauben die Eingabesteller, dass sie an die Gemeinde als Vermarktungskosten eine Nichtschuld bezahlt haben, oder zu bezahlen haben würden, oder glauben sie, dass der Geometerunternehmer bei der Vermarktung sich Unkorrektheiten habe zu Schulden kommen lassen, die sich zu einer zivil- oder strafrechtlichen Verfolgung eignen, so ist es ihnen unbenommen, hiegegen den zuständigen Richter anzurufen und die Beträge, die ihnen ihres Erachtens in Abzug zu bringen sind, sowie die Verantwortlichkeiten durch diesen feststellen zu lassen (vgl. § 66 litt. e Satz 2 und § 69 des Organisationsgesetzes). » Ein Wiedererwägungsgesuch der Korporationsgemeinde Luzern gegen diesen Beschluss ist am 17. Oktober 1925 abgewiesen worden.

Der erwähnte § 66 e des kantonalen Organisationsgesetzes vom 8. März 1899 lautet : « Der Regierungsrat entscheidet letztinstanzlich alle Verwaltungsstreitigkeiten. Unter diese sind zu zählen : e). alle Anstände und Zwiste, welche sich über Ausschreibung oder Verteilung von Steuern, Abgaben, Frohndiensten erheben, betreffen diese Zwiste die Pflicht oder das Mass der Besteuerung oder Belastung. Zivilrechtliche Fragen, welche sich hinsichtlich von Steuern ergeben, z. B. wegen Verjährung, bereits geleisteter Zahlung usw. hat der Richter zu entscheiden. »

In der Folge setzte die Einwohnergemeinde Kriens die Kostenbeiträge nach Verteilungsplan vom Juni 1922 mit Zinsen und Betriebskosten gegen die Korporationsgemeinde Luzern und die Ortsbürgergemeinde Luzern in Betreibung. Diese schlugen Recht vor. Beide kantonalen Instanzen (Amtsgerichtsvizepräsident Luzern-Stadt und Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts) erteilten jedoch der Gläubigerin die definitive Rechtsöffnung, in der Annahme, dass infolge des Entscheides des Regierungsrates vom 5. Januar 1924 und des darin festgestellten Ausschlusses eines weiteren administrativen Rechtsmittels gegen den Kostenverteilungsplan dieser vollstreckbar im Sinne von § 22 des kantonalen Anwendungsgesetzes zum SchKG geworden sei und infolgedessen einem gerichtlichen Urteile nach Art. 80 Abs. 2 SchKG gleichstehe. Es bleibe daher, so heisst es in Erw. 5 des Rechtsöffnungsentscheides des Obergerichts vom 3. März 1925 « nichts übrig als die Rechtsöffnung zu bewilligen und die Rekurrentin für die schon im Regierungserkenntnis vom 5. Januar 1924 vorbehaltenen Zivilansprüche, die eventuell auf zivil- oder strafrechtlichem Wege erstritten werden könnten, betreibungsrechtlich auf den Weg der Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) zu verweisen. » Daraufhin zahlten die Korporationsgemeinde Luzern und die Ortsbürgergemeinde Luzern die von ihnen geforderten Summen (einschliesslich Zinsen und Verfahrenskosten) mit 18,132 Fr. 42 Cts. und 3194 Fr. 25 Cts.

Am 29. April 1926 erhoben sie gegen die Einwohnergemeinde Kriens beim Amtsgericht Luzern-Stadt Klage mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägerinnen diese Beträge mit Zins seit der Zahlung zurückzuerstatten. Zur Begründung der Zuständigkeit des Amtsgerichts Luzern-Stadt beriefen sie sich auf § 45 Abs. 2 der kantonalen ZPO, wonach beim Gerichte des Betreibungsortes u. a. angehoben werden kann « die Rückforderungsklage wegen bezahlter Nichtschuld nach

Art. 86 Abs. 2 SchKG » : sollte das Vorliegen der Voraussetzungen für einen solchen Anspruch, d. h. die Bezahlung einer Nichtschuld verneint werden, so werde die Klage eventuell als selbständige Schadenersatzklage für von der beklagten Gemeinde zu vertretendes rechtswidriges Verhalten der Vermessungskommission und des von ihr angestellten Geometers geltend gemacht. Die Einwohnergemeinde Kriens erhob in nichteinlässlicher Antwort die Einrede der sachlichen und örtlichen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes. Die Rückforderungsklage des Art. 86 SchKG beziehe sich nach der bundesgerichtlichen Praxis nur auf in Betreibung gesetzte zivilrechtliche Forderungen, nicht auf öffentlichrechtliche Ansprüche. Auch eine kantonale Vorschrift oder Praxis, welche bei auf Betreibungszwang hin erfolgter Zahlung für solche Ansprüche den Weg der gerichtlichen Rückforderung öffnen würde, fehle in Luzern. Da es sich bei den Beiträgen der Grundeigentümer an die Vermessungs- und Vermarktungskosten um öffentlichrechtliche Verpflichtungen handle, komme die Entscheidung über die Beitragspflicht dem Grundsatz wie der Höhe nach ausschliesslich den Verwaltungsbehörden zu : die von ihnen vorgenommene Verlegung sei endgültig und könne wegen der öffentlichrechtlichen Natur des Streites darüber vom Richter nicht abgeändert werden : darauf würde es aber hinauslaufen, wenn der Richter sich im vom Beitragspflichtigen angestregten Rückforderungsprozesse wegen Zahlung einer Nichtschuld die Befugnis anmassen wollte zu entscheiden, ob die Auflage mit Recht erfolgt sei oder nicht. Als Schadenersatzklage aber müsste die vorliegende Klage beim Richter des Wohnortes der Beklagten, also beim Amtsgericht Luzern-Land angebracht werden (§ 35 ZPO).

Das Amtsgericht Luzern-Stadt schloss sich diesen Einwendungen an, erklärte sich als unzuständig und die Beklagte für nicht gehalten, dermalen auf die Klage einlässlich zu antworten. Auf Rekurs der Klägerinnen

hob indessen das Obergericht I. Kammer diesen Entscheid auf, bejahte die Zuständigkeit des Amtsgerichts Luzern-Stadt und hielt die Beklagte zur Einlassung auf die Klage an.

B. Gegen den Entscheid des Obergerichts vom 9. Mai 1927 hat die Einwohnergemeinde Kriens den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, der Entscheid sei aufzuheben und festzustellen, dass die richterlichen Behörden für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht zuständig seien. Sie hält an der im kantonalen Verfahren vertretenen Auffassung fest. An der danach gegebenen Rechtslage ändere, entgegen der Ansicht des Obergerichtes, auch die Schlusserwägung 4 des regierungsrätlichen Entscheides vom 5. Januar 1924 nichts. Das Obergericht habe die eidg. Gerichtsstandsnorm des Art. 86 SchKG für ein Streitverhältnis in Anspruch genommen, das nicht darunter falle, infolgedessen diese Gerichtsstandsregel verletzt (Art. 189 Abs. 3 OG) und den Geltungsbereich des eidgenössischen und kantonalen Rechts unrichtig abgegrenzt. Soweit es sich um die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen handle, sei ferner § 35 der kant. ZPO und Art. 59 BV missachtet. Nach beiden Richtungen (Bejahung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte und Zurückweisung bzw. Nichtbehandlung der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Amtsgerichtes Luzern-Stadt) liege zudem Willkür (Art. 4 BV) vor.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Art. 86 SchKG hat zwar nur privatrechtliche Forderungen im Auge und räumt bloss bei der Zahlung solcher infolge Betreibung dem Betriebenen von Bundesrechts wegen das Mittel der Rückforderung im ordentlichen Prozesse wegen Nichtschuld ein. Er hindert indessen die Kantone nicht, eine gleiche Klage dem Betriebenen auch bei der Betreibung für Ansprüche zu gewähren, die dem kantonalen öffentlichen Rechte

angehören. Nur dies und nicht mehr hat das Bundesgericht in dem von der Rekurrentin angerufenen Urteile vom 30. Januar 1908 in Sachen Nestlé and Anglo-Swiss Condensed Milk Company (BGE 34 I 61) ausgesprochen, wie klar aus der Urteilsbegründung erhellt. Sie geht davon aus, dass die Entscheidung über publizistische Ansprüche nach allgemeiner Regel im Zweifel in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden falle und daher vom Rechtsweg ausgeschlossen sei, soweit der letztere nicht ausnahmsweise kraft positiver Gesetzesvorschrift oder infolge einer ständigen Praxis als zulässig erscheine; es könne nicht Wille des Bundesgesetzgebers gewesen sein, in die kantonale Behördenorganisation auf einem grundsätzlich den Kantonen anheimgegebenen Rechtsgebiete in der Weise einzugreifen, dass dem Pflichtigen bloss deshalb, weil er auf Betreibung hin bezahlt hat, durch eidgenössischen Rechtssatz die Möglichkeit eröffnet würde, eine richterliche Überprüfung der öffentlich-rechtlichen Tatsache der Schuldpflicht herbeizuführen, ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Umfange das kantonale Recht die richterliche Kontrolle der Verwaltung vorsieht, eine Anrufung des Richters bei der Bestreitung publizistischer Ansprüche gestattet. Auf demselben Boden steht auch die Doktrin (JÄGER Kommentar zu Art. 86 SchKG Nr. 6, BLUMENSTEIN Handbuch S. 319).

Im heute angefochtenen Entscheide hat sich das Obergericht Luzern aber für die Zuständigkeit der Gerichte nicht etwa auf Bundesrecht, d. h. auf die Annahme gestützt, dass nach diesem, weil es sich um eine infolge Betreibung geleistete Zahlung handle, den heutigen Rekursbeklagten die gerichtliche Rückforderung für den Fall der Nichtschuld ohne Rücksicht auf die zivil- oder öffentlichrechtliche Natur der durch Zahlung getilgten Forderung offenstehen müsse. Vielmehr beruft es sich auf den oben wiedergegebenen « Vorbehalt » zum Schlusse (Erw. 4) des regierungsrätlichen Entscheides

vom 5. Januar 1924 und die dort angeführten kantonalen Gesetzesvorschriften. Von der unrichtigen Anwendung einer eidgenössischen Gerichtsstandsnorm durch Ausdehnung auf einen Tatbestand, der von ihr nicht betroffen wird, und von irrtümlicher Abgrenzung des Herrschaftsbereiches des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Rechte (Art. 2 Üb.-Best. z. BV) kann demnach von vorneherein nicht die Rede sein. Die andere Frage aber, ob das kantonalluzernische Recht für die Zulassung des Rechtsweges in einem Falle wie dem vorliegenden die nötige Grundlage biete, ist vom Bundesgericht nur aus dem beschränkten Gesichtspunkte des Art. 4 BV, der Willkür und Missachtung klaren Rechtes nachzuprüfen.

2. — Um die Anhandnahme der Klage danach als zulässig erscheinen zu lassen, ist es nicht nötig, dass eine kantonale Gesetzesvorschrift bestehe, welche das Institut der gerichtlichen Rückforderung wegen Nichtschuld bei Zahlung infolge Betreibung ausdrücklich auch auf öffentlichrechtliche Forderungsverhältnisse von der Art des hier in Frage stehenden ausdehnen würde. Es genügt, dass das kantonale Recht zur Bestreitung des betreffenden Anspruches an sich, sei es allgemein oder doch für bestimmte Bestreitungsgründe, die Anrufung des Zivilrichters gestattet. Trifft dies zu, so wird dem angeblich Leistungspflichtigen auch nicht verwehrt werden können, die richterliche Entscheidung über den Bestand des Anspruchs auf dem Wege einer Rückforderungsklage herbeizuführen, wenn die die Leistung auferlegende administrative Verfügung trotz der Möglichkeit der Anfechtung im Rechtswege für einmal als vollstreckbar und als Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 2 SchKG behandelt wird. Die Vollstreckbarkeit im Sinne dieser Bestimmung erfordert nicht, dass gegen die Entscheidung der Administrativbehörde, deren Vollstreckung durch Gewährung der Rechtsöffnung begehrt wird, überhaupt kein Rechtsbehelf mehr gegeben

sei, sondern nur dass dagegen keine ordentliche Weiterziehung mehr möglich ist. Im Urteile in Sachen Odoni gegen Tessin vom 9. Juli 1922 (BGE 48 I 213) hat das Bundesgericht ausgesprochen, dass für Steuerauflagen beim Ausschluss weiterer administrativer Rechtsmittel die Rechtsöffnung auch dann bewilligt werden dürfe, wenn die kantonale Gesetzgebung dem Besteuernten gegen die Verfügung der letztinstanzlich zuständigen Verwaltungsbehörde noch die Möglichkeit der Anrufung des Richters auf dem Wege des Zivilprozesses gibt, weil es sich dabei um einen ausserordentlichen Rechtsbehelf handle, der die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsentscheidendes nach Art. 80 Abs. 2 SchKG nicht ausschliesse. Was hier für den besonderen Fall der Steuer ausgeführt wurde, trifft auch für andere öffentliche Abgaben zu. Bei dieser vollstreckungsrechtlichen Ordnung wird aber die vom Belasteten erhobene und ihm gesetzlich gewährleistetete gerichtliche Klage, wenn nicht der Fassung des Klagebegehrens, so doch dem Erfolge nach regelmässig notwendigerweise auf eine Rückforderung des infolge Betreibung schon Geleisteten wegen Nichtschuld hinauslaufen. Die der Einwohnergemeinde Kriens auf Grund des Kostenverteilungsplanes vom Juni 1922 gewährte Rechtsöffnung vermag also die Rekursbeklagten nicht zu hindern, beim Vorliegen eines die materielle Schuldpflicht ausschliessenden Grundes den Richter mit einer Rückforderungsklage anzugehen, wenn dessen Zuständigkeit über den Bestand oder Nichtbestand des Anspruches, der Gegenstand der Betreibung bildete, nach der erwähnten Richtung zu entscheiden, nach der kantonalen Behördenorganisation grundsätzlich trotz der öffentlichrechtlichen Natur der Leistung selbst gegeben ist. Dies konnte aber hier, wenigstens in gewissen noch zu erörterndem Umfange ohne Willkür angenommen werden.

Nach Art. 67 *e* des kantonalen Organisationsgesetzes vom 8. März 1899 ist die Kompetenz des Regierungs-

rates zur Entscheidung von « Anständen, welche sich über Ausschreibung und Verteilung von Steuern, Abgaben und Frohndiensten erheben, mögen sie nun die Pflicht oder das Mass der Besteuerung oder Belastung betreffen », keine unbeschränkte, sondern nur soweit gegeben, als die Anwendung des öffentlichen diese Verhältnisse beherrschenden Rechtes in Frage steht. Es sind davon nach ausdrücklicher Vorschrift von Satz 2 der litt. *e* die Fälle ausgenommen, wo die Leistungspflicht aus einem dem Zivilrecht angehörenden Grunde bestritten wird und das Zutreffen der Voraussetzungen für einen solchen zivilrechtlichen Befreiungsgrund es ist, was im Streite liegt. Stützt sich der Rekurs gegen die die Steuer oder sonstige Abgabe auferlegende Verfügung auf eine solche Einwendung und lässt sich nicht etwa aus der Natur des betreffenden Verhältnisses herleiten, dass es sich um einen Bestreitungsgrund handelt, der auf dasselbe nicht übertragen, ihm gegenüber von vorneherein grundsätzlich nicht geltend gemacht werden kann, so hat demnach der Regierungsrat den Beschwerdeführer damit an den ordentlichen Richter zu weisen.

Ein zivilrechtlicher Streit in diesem Sinne würde nun allerdings hier soweit kaum angenommen werden können, als die Klägerinnen und heutigen Rekursbeklagten lediglich behaupten, dass die Vermessung und Vermarkung sich bei zweckmässigerem Vorgehen technisch genügend und vollständig mit geringerem finanziellen Aufwande hätte durchführen lassen Indessen haben auch die Rekursbeklagten ihre Klage nicht bloss auf diese Behauptung gestützt. Ihr Hauptstandpunkt ist vielmehr der, dass die Vermessungskommission Kriens und der von der Gemeinde mit der Ausführung der Vermarkung und Vermessung betraute Geometer F. durch rechtswidriges, schuldhaftes, ihre Verantwortlichkeit und Schadenersatzpflicht nach sich ziehendes Verhalten ein Anwachsen der Kosten weit über den nötigen

Betrag verursacht hätten und dass neben ihnen auch die Gemeinde für dieses Verhalten allenfalls dadurch Benachteiligten hafte. Die Frage, ob eine solche Verantwortlichkeit und Haftung der Gemeinde Privaten gegenüber für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der gedachten Organe und Hilfspersonen wirklich bestehe und ob die erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind, ist nun aber, wie auch die Rekurrentin ausdrücklich einräumt, nach luzernischem Recht zweifellos Justizsache, so dass verbindlich darüber für beide Teile nur der Richter im ordentlichen Prozesse urteilen kann und zwar auch soweit für das Bestehen oder Nichtbestehen der Haftung nicht die Normen des OR, sondern kantonales Verantwortlichkeitsrecht zur Anwendung kommen sollte. Der Richter muss daher auch zur Entscheidung der weiteren Frage angegangen werden können, welche Wirkungen allenfalls mit der Annahme der behaupteten Haftung verbunden sind, ob daraus, wie die Rekurrentin behauptet, höchstens Schadenersatzansprüche an sie entspringen könnten, die die Beitragspflicht der Grundeigentümer nach Kostenverteilungsplan selbst unberührt lassen würden, oder ob nicht die weitere Folgerung zu ziehen sei, dass infolge dieser Ursache der Kosten ein Ersatzanspruch der Gemeinde an die Interessenten nach Art. 23 ff. des Grossratsdekretes vom 17. Juli 1912 von vorneherein nicht entstehen konnte, wie die Rekursbeklagten geltend machen. Denn auch hier liegt die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Einwohnergemeinde für unerlaubte Handlungen ihrer Organe und Bediensteten, die rechtliche Tragweite einer solchen Verantwortlichkeit im Streite, und damit eine bei der Verteilung öffentlicher Abgaben sich ergebende « zivilrechtliche Frage », also ein Anstand, der ohne Zwang und jedenfalls ohne Willkür unter Art. 67 litt. e des kant. Organisationsgesetzes gebracht werden kann. Für die Entscheidung über die Zuständigkeit muss aber der

Inhalt des Klageanspruches massgebend sein, wie er sich aus dem Klagebegehren und dessen Begründung ergibt. Es genügt also, dass die Klage die Nichtschuld aus jenem Rechtsgrunde herleitet. Ob er zutrefte, ist einlässlich zu prüfen; sollte es zu verneinen sein, so würde daraus die materielle Abweisung der Klage und nicht die Unzuständigkeit der Gerichte zu deren Beurteilung folgen..... Entgegen den Vorbringen der Rekurrentin verhält es sich auch keineswegs so, dass die Unmöglichkeit jener materiellrechtlichen Konstruktion von vorneherein klar zutage läge. Die Annahme, dass da, wo Tatsachen, die zum Entstehungstatbestand einer Forderung gehören durch unerlaubtes rechtswidriges Verhalten des Gläubigers oder einer Person, für die er einzustehen hat, herbeigeführt worden sind, die Forderung selbst nicht zu entstehen, rechtlich wirksam zu werden vermag und nicht bloss dem Schuldner ein Gegenanspruch auf Schadenersatz erwächst, ist durchaus vertretbar. Sie entspricht der Regelung, welche das OR in Art. 60 Abs. 3 für das von ihm beherrschte Gebiet trifft. Es kann deshalb auch im vorliegenden Falle nicht entscheidend sein, dass Art. 125 Ziff. 3 OR die Tilgung durch Verrechnung wider den Willen des Gläubigers gegenüber Forderungen des Gemeinwesens aus öffentlichem Rechte ausschliesst. Denn im vorliegenden Falle ist es nicht eine Verrechnung im technischen eigentlichen Sinne, sondern ein Hinderungsgrund anderer Art für das Bestehen eines rechtlich verfolgbaren Forderungsanspruchs, was die Klage geltend macht. Hätten die Rekursbeklagten ohne die dem administrativen Kostenverteilungsplan für einmal zukommende Vollstreckbarkeit die Zahlung der von ihnen geforderten Kostenbeträge als rechtlich nicht geschuldet ablehnen können, so wird ihnen auch die Möglichkeit nicht versagt werden können, das infolge Betreibungszwanges Gezahlte im ordentlichen Prozesse zurückzufordern, wenn sich die Bestreitung der Schuldpflicht auf einen

Rechtsgrund stützt, zu dessen Geltendmachung grundsätzlich der Rechtsweg offensteht.

Auf dieser Auffassung beruht denn auch offenbar der Entscheid des Regierungsrates vom 5. Januar 1924.

Die Rückforderungsklage wegen Nichtbestehens einer Forderung vermag sich bei dieser Sachlage auch nicht etwa an der Rechtskraft des « Urteils », d. h. der Verwaltungsverfügung zu stossen, gestützt auf die Rechtsöffnung erteilt wurde, weil von einer solchen Rechtskraft da nicht gesprochen werden kann, wo dem Pflichten zur Bestreitung der administrativen Auflage noch der Prozessweg offensteht und diese daher nur wegen der ausserordentlichen Natur des gedachten Rechtsmittels für einmal als Rechtsöffnungstitel behandelt werden darf (vgl. das oben erwähnte Urteil in Sachen Odoni BGE 48 I S. 213). Zugleich erledigt sich mit dem Gesagten auch die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichtes Luzern-Stadt. Sie würde sich erst erheben, wenn der mit der vorliegenden Klage befasste Richter materiell zum Schlusse kommen sollte, dass die behauptete Verantwortlichkeit der Rekurrentin für die Vermessungskommission und den Geometer sie nur zum Schadenersatz zu verpflichten vermöge, dagegen die Schuldpflicht der Rekursbeklagten für die Kostenbetreffnisse nach Verteilungsplan als solche, d. h. die Entstehung eines entsprechenden Kostenersatzanspruchs noch nicht habe ausschliessen können. Die auf die entgegengesetzte Prämisse gegründete Klage bleibt auch dann eine solche auf Rückforderung einer infolge Betreibung gezahlten N i c h t s c h u l d, die daher am Gerichtsstand des Betreibungsortes nach § 45 ZPO anhängig gemacht werden kann, und nicht eine Schadenersatzklage, wenn die Tatsache der Nichtschuld aus der Begründung des angeblichen Forderungstatbestandes durch ein die Verantwortlichkeit der Gemeinde nach sich ziehendes widerrechtliches Verhalten hergeleitet wird. Freilich spricht § 45 ZPO nur von der Rückfor-

derungsklage « gemäss Art. 86 SchKG ». Doch ist damit zweifellos einfach die Rückforderung unter den besonderen Umständen, wie sie in Art. 86 SchKG vorausgesetzt sind, gemeint, nämlich eines Betrages, der im Betreibungsverfahren infolge Unterlassung des Rechtsvorschlages oder Erteilung der Rechtsöffnung bezahlt werden musste. Es ist nicht anzunehmen und wird auch nichts dafür vorgebracht, dass das Prozessgesetz einen Unterschied danach hätte machen wollen, ob die Möglichkeit einer solchen gerichtlichen Rückforderung, wie für privatrechtliche Forderungen schon durch das SchKG gewährleistet ist oder (so bei kantonalförmlichrechtlichen Ansprüchen) besonders aus dem kantonalen Rechte muss begründet werden können. Bundesrechtlich steht der Anerkennung des Gerichtsstandes des Betreibungsortes auch im letzteren Falle nichts entgegen, weil sich Art. 59 BV nur auf interkantonale Verhältnisse bezieht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird abgewiesen.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

36. Urteil vom 28. Oktober 1927

i. S. Georgopoulos gegen Basel-Stadt.

Eine gesetzliche Bestimmung, wonach allgemein der Betrieb von Kinematographentheatern in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern verboten wird, verletzt die Gewerbefreiheit. Zulässig ist dagegen allgemein das Verbot der Reklame für solche Theater nahe bei Schulhäusern, dem durch eine an die Betriebsbewilligung geknüpfte Bedingung Geltung verschafft werden kann.

A. — Jean Georgopoulos reichte im März 1927 der Baupolizeibehörde in Basel ein Gesuch um Bewilligung