

de la vente de l'immeuble et du paiement de la créance du recourant, que cette hypothèque garantissait ; il ne peut donc s'agir que de la répétition de la somme payée au dit recourant, et, à propos de cette réclamation, la prétendue nullité de l'hypothèque en question apparaît uniquement comme base de cette action personnelle, et elle ne saurait faire l'objet d'une conclusion indépendante. Il est indifférent que, dans l'espèce, le demandeur ait cru devoir lui donner la forme d'un chef spécial de la demande ; en effet la question de savoir s'il s'agit d'une action réelle ou personnelle, ne saurait dépendre de semblables artifices des parties, ayant évidemment pour seul but d'éluder la disposition de l'art. 59 de la constitution fédérale.

Il est également indifférent que le rapport de droit, sur lequel l'action se fonde, — c'est-à-dire dans le cas actuel la nullité de l'hypothèque en question, — soit régi par le droit genevois ou par le droit neuchâtelois. La question de savoir s'il s'agit ou non d'une réclamation personnelle est seule décisive pour ce qui a trait à l'application de l'art. 59 précité, et cette question doit indubitablement être résolue dans le sens de l'affirmative. Or comme il n'est pas contesté que le recourant est solvable et domicilié à la Chaux-de-Fonds, le recours doit être déclaré fondé, en application de cette disposition constitutionnelle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis, et l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile de Genève, le 17 Septembre 1892, est déclaré nul et de nul effet.

V. Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen.

Différends de droit public entre Cantons.

106. Urtheil vom 21. Oktober 1892 in Sachen
Graubünden gegen Tessin.

A. Am 25. August 1885 verfiel der Kleine Rath des Kantons Graubünden die tessinische Alpgenossenschaft Moterasch wegen Mißachtung der viehpolizeilichen Vorschriften bei der am 15. Juli gl. J. stattgefundenen Alpladung in eine Buße von 300 Fr. Gestützt wurde das kleinrätliche Bußdekret auf einen Bericht des Sanitätsrathes von Graubünden vom 18. August, dahingehend, daß die Alp Moterasch, deren Eigenthümerin zwar die Bürgergemeinde Aquila sei, die aber zur Hälfte auf bündnerischem Gebiete liege, mit an Maul- und Klauenseuche krankem Vieh bestoßen und das Alpvieh auf bündnerisches Gebiet zur Weide getrieben worden sei, ohne daß die Alpgenossenschaft den Behörden der bündnerischen Gemeinde Brin die nöthigen Gesundheitscheine abgegeben, oder von dem Auftreten der Seuche Mittheilung gemacht hätte (Art. 11, 4 und 12 des eidgenössischen Viehseuchengesetzes). Beim Einzug der vom Kleinen Rathe des Kantons Graubünden gesprochenen Buße ergab sich aber bezüglich der Territorialhoheit auf fraglichem Alpgebiete Streit. Während die Regierung des Kantons Graubünden die im Siegfriedatlas (Blatt 412) eingezeichnete Kantonsgrenze als die richtige geltend machte, bestritt die Bürgergemeinde Aquila, von welcher die Buße verlangt wurde, dieselbe und behauptete, das ganze Greinagebiet, wovon der Sanitätsrath von Graubünden einen Theil zur Alp Moterasch gezählt hatte, liege auf tessinischem Boden. In Folge dessen verweigerte die tessinische Regierung die Vollstreckung des Bußurtheils. Am 18. August 1886 fand sodann zwischen Abgeordneten beider Kantone ein Augenschein zur Feststellung der Kantonsgrenze statt, mit nachheriger Konferenz in Olivone. Ueber deren Resultat

gehen die Parteien nicht einig. Graubünden behauptet, der Vertreter der tessinischen Regierung habe die im Siegfriedatlas eingezeichnete Grenze vom Piz Ner zum Piz Coroi und von dort zum Piz Saglianera anerkannt. Tessin dagegen bestreitet dies und will die von seinem Vertreter ausgesprochene Anerkennung an die Bedingung geknüpft haben, daß sich ein Weg finden lassen würde, den Eigenthümern von Aquila den friedlichen Besitz ihrer Alp zu jeder Zeit, namentlich bei Epidemien, zu sichern.

Ueber die Buße haben sich die Parteien, wie beidseitig anerkannt wird, nicht verständigt und kurz nachher gab es einen neuen Anstand. Die Gemeinde Somwir besitzt auf der Greina die Alp Carpet, die mit Schafen und Rindvieh befahren wird und nach Angabe von Somwir an die Alp Moterasch stößt. Ende August 1886 wurden nun vom Gemeindevorstand von Aquila im Begleite zweier anderer Tessiner ungefähr 150 Schafe wegen angeblicher Beweidung ihrer Alp auf der Greina weggenommen, nach Aquila geführt und erst gegen Hinterlegung eines Betrages von 300 Fr. dem Delegirten der Somwirer Gemeinde abgeliefert. Hierüber fanden zwischen beiden Gemeinden Verhandlungen statt, über deren Verlauf die Gemeinde Aquila folgendes berichtet: Die Gemeinde Somwir habe ihr am 6. September 1886 gemäß einer frühern Verabredung mit ihrem Delegirten geschrieben, sie sei bereit, die von Aquila geforderten 250 Fr. aus dem geleisteten Depositum zu zahlen, sofern ihr der Beweis erbracht werde, daß die betreffenden Schafe auf Gebiet der Gemeinde Aquila weidend, als Pfand festgenommen worden seien. Als Beweis habe die Gemeinde Aquila die Erklärung des Gemeindevorstandes gegeben und da die Gemeinde Somwir darauf nicht repliziert, so habe man sie zuerst angefragt, dann peremptorisch aufgefordert, sich bis zum 20. gl. Mts. zu erklären, ob sie die aus dem Depositum restirenden 50 Fr. beziehen wolle; erfolge keine Antwort, so würde Aquila die 50 Fr. zurücksenden und jede weitere Reklamation als präkludirt betrachten. Am 21. Oktober seien sodann die 50 Fr. mit der Bemerkung an Somwir zurückgesandt worden, daß der Streit nun abgethan sei. Somwir habe hierauf erst am 28. jenes Monats erwidert, daß sie das Depositum intakt lassen wolle, die 50 Fr. indessen nicht zurückgesandt.

Am 6. August 1887 rief die Gemeinde Somwir die Intervention des Kleinen Rathes des Kantons Graubünden an, indem sie behauptete, die Pfändung der Schafe habe auf ihrem Gemeindegebiet, circa eine Stunde oberhalb der Kantonsgrenze in der Nähe von Camona stattgefunden; die von Aquila erhobene Forderung von 250 Fr. habe sie nicht anerkannt und die ihr zurückgesandten 50 Fr. sofort beim Kreisamt Dissentis hinterlegt. Bei dem hierauf folgenden Schriftenwechsel zwischen der bündnerischen Regierung und dem Staatsrath von Tessin kam der frühere Streit bezüglich der Territorial- und Gerichtshoheit auf der Greina, wo nach Angabe von Aquila die Pfändung der Schafe stattgefunden haben soll, neuerdings zur Sprache. Die Gemeinde Aquila beharrte in einer längern Eingabe an das Baudepartement des Kantons Tessin darauf, die Kantonsgrenze auf der Greina falle mit ihrem Privateigenthum an den dort bestehenden Alpen zusammen und da auch der Staatsrath des Kantons Tessin diese Anschauung theilte, so brachte der Kanton Graubünden die Sache vor das Bundesgericht.

B. Mit Eingabe vom 2. Mai 1891 stellt nämlich Advokat Hold Namens der Regierung von Graubünden folgende Begehren:

1. Die im Siegfriedatlas (Blatt 412) bezeichnete Grenze zwischen Graubünden und Tessin sei als zu Recht bestehend zu betrachten.
2. Die Gebietshoheitsrechte des Kantons Graubünden haben sich auch auf dasjenige Privateigenthum zu erstrecken, welches die tessinische Gemeinde Aquila über diese Grenze hinaus auf Bündnergebiet besitze.
3. Alle diesem Grundsatz zuwiderlaufenden Handlungen seitens der Gemeinde Aquila, in casu die Pfändung vom 2. September 1886 seien als rechtswidrig aufgehoben und der diesfalls hinterlegte Pfandschilling unter Kostenvergütung an Somwir zurückzuerstatten.

4. Unter Kostenfolge.

Zur Begründung des ersten Begehrens beruft sich die Eingabe auf den Siegfriedatlas, auf alte Marken, auf die topographische Gestaltung, indem im Gebirge überall bezüglich der Kantons-

grenzen das Gesetz der Wasserscheide zur Anwendung komme, sowie darauf, daß diese Grenze tessinischerseits niemals bestritten, sondern anno 1886 förmlich anerkannt worden sei. Durch Feststellung der Kantonsgrenze sei sodann die Territorialhoheit festgestellt. Es komme oft vor, daß Privateigenthum auf zwei Kantonsgebieten liege. Dadurch werde die Territorialhoheit nicht geändert.

C. Namens der Regierung des Kantons Tessin stellt Advokat Plinio Bolla in Olivone das Begehren, es sei unter Abweisung der klägerischen Anträge anzuerkennen, daß die Nordgrenze des Kantons Tessin gegen Graubünden durch den Kamm des Gebirges gezeichnet sei und daß sie demnach gegen Norden vom Piz Saglianera, 3122, abweichend bis zur Einmündung des Somwirerthales 2235, (beim Augenschein wurde sodann verlangt, bis zum Piz Atgietschen) zum Piz Diesrut 2424 und gegen Osten vom Piz Diesrut bis zum Piz Ner 1767 laufe. Ebenfalls unter Kostenfolge. Zur Begründung wird angeführt: Die vom Kanton Graubünden behauptete Anerkennung der im Siegfriedatlas angegebenen Grenze durch die tessinischen Behörden sei niemals erfolgt; auf der Konferenz vom August 1886 habe der tessinische Vertreter eine solche Anerkennung nur bedingungsweise ausgesprochen, und da die Bedingung bündnerischerseits nicht erfüllt worden sei, so sei die Vereinbarung als gescheitert zu betrachten. Der Siegfriedatlas sei sodann an und für sich nicht entscheidend, da er nicht unter Mitwirkung der Parteien errichtet worden sei, sondern wahrscheinlich auf bündnerischen Angaben beruhe. In frühern Karten, so namentlich in der Karte zur neuen Statistik der Schweiz von Franscini (Winterthur 1847) finde sich eine andere Grenze, die dem Gebirgskamm (Piz Saglianera bis zum Piz Diesrut) folge und dies sei die einzige natürliche Grenze. Das Gesetz der Wasserscheide gelte nicht unbedingt, sondern nur mit Ausnahmen. Marksteine seien keine vorhanden, wenigstens keine solche, die sich auf die Kantonsgrenze beziehen; letztere sei vielmehr durch den Umkreis der Berge gebildet. Auch werde bündnerischerseits die Alp Moterasch mit der Greina verwechselt. Letztere reiche nur bis zur Höhe des Thales Moterasch und habe schon vor der Greina der Bürgergemeinde von Aquila angehört. Von dort weg fange bei

Greina an, die von Lugnez im Jahre 1494 erworben worden sei.

D. Bezüglich dieses Erwerbes ergibt sich aus den von den Parteien beigebrachten Urkunden folgendes:

1. Durch Urkunde vom 23. Oktober 1494 und Revers dazu vom gleichen Tage (Akt. 27 und 57) verliehen Bogt und Geschworne und ganze Gemeinde in Lugnez zu „stätten, ewigen Erblehen“ dem Wid Brun und Peter Schogt als Vertreter der Gemeinde zu Egre (jetzt Aquila) im Blensferthal ihres gemeinen Landes Alp Greina, welche Blegnohalb an Dra da Tramain (in der Reversabschrift heißt es Dra de Term) stoßt, Lugnezherhalb an die Furgel Summerung und Balltanishalb, was zur Greina gehört um 5 Fl. jährlichen Zins an den Bogt von Lugnez und einen Ehrschatz von 80 Fl., mit Vorbehalt, daß die Lugnezher ihre nicht zum Handel bestimmten Rösse auf der Alp sömmern dürfen.

2. Am 21. Januar 1503 (Akt. 28, Revers Akt. 58) verkauft Jakob von Mündt, Landvogt in Lugnez dem Peter Schogt von Dagre und Dumeng de Schyma Daingt im Blensferthal, als Vertreter der Gemeinde Egre die 5 Fl. jährlichen Zins, welche Egre wegen Erblehens der Greina den Lugnezern schuldet, um 120 Fl.

In dem Revers zu ewiger Urkunde erklären Peter Schogt und Dumeng Schyma, daß sie die Alp Greina von den Lugnezern zu Erblehen empfangen, diese aber sich das Recht vorbehalten, ihre Rösse in der Greina zu sömmern und daß die Greina bis auf Ura da Term reiche, somit die von Lugnez das Recht haben, bis dahin mit ihren Rössen zu weiden.

3. Der Loskauf von 1503 scheint indessen in späterer Zeit in Vergessenheit gerathen zu sein, denn im Jahre 1610 verlangten die Leute von Lugnez in einem Gerichtstag zu Flanz und unter Vorweisung der Urkunde von 1494, daß die Alp Greina mangels Zahlung des jährlichen Erblehenzinses von Seite derjenigen von Aquila, als ihnen zugefallen erklärt werden solle. Durch Spruch vom 12. November 1610 entschied aber der Bogt von Flanz dahin, daß nachdem die von Megra durch Urkunde bewiesen hatten, vor mehr als 100 Jahren den jährlichen Erblehenzins von 5 Fl. abgelöst zu haben, dieselben ewiglich nicht mehr schuldig seien,

solchen Zins zu geben und die Alp Greina denen von Degra zinsfrei gehöre, vorbehalten die Sömmernung der Kasse von Lugnez.

Der Vertreter der tessinischen Regierung behauptet nun, daß durch den Vertrag von 1503 das unbeschränkte Eigenthum an der Alp Greina auf die Gemeinde Aquila übergegangen sei und man sich damals in voller Feudalzeit befunden habe, während welcher zwischen dominium und imperium nicht unterschieden worden sei und da die Landschaft Lugnez damals einen kleinen autonomen Staat gebildet habe, dem auch die Gerichtsbarkeit zugestanden sei, so habe die Gemeinde Aquila mit dem Eigenthum auch die volle Herrschaft und die Gerichtsbarkeit erhalten. In der That seien die Hoheitsrechte auf der Greina stets von Tessin ausgeübt worden. Tessin habe die Grundsteuer bezogen und alle Polizeiübertretungen bestraft, wogegen für die Alp Scherboden, welche ebenfalls der Gemeinde Aquila angehöre, aber auf graubündnerischem Gebiet liege, die Grundsteuer stets von Graubünden bezogen worden sei.

Jedenfalls müsse das dritte Begehren des Kantons Graubünden verworfen werden. Sonwix habe die Abrechnung für Schaden und Buße auf 250 Fr. anerkannt; unter allen Umständen handle es sich aber um eine privatrechtliche Streitigkeit, die nicht vor Bundesgericht, namentlich wenn dasselbe als Staatsgerichtshof angegangen sei, gehöre.

E. Am 11. August 1891 fand auf der Greina beim sogenannten großen Stein, an der Stelle, wo (auf dem Siegfried-Atlas) der Weg von Diesrut nach Moterasch die Kantonsgrenze schneidet (Höhenpunkt 2260) ein gerichtlicher Augenschein statt. Die von Tessin behauptete Grenzlinie wurde hiebei im Sinne des in der Klagebeantwortung gestellten Begehrens näher beschrieben. Ebenso erklärten die tessinischen Abgeordneten auf Befragen, daß die im Siegfriedatlas eingezeichnete und nun von Graubünden geltend gemachte Grenzlinie „auch die Grenze gebildet habe zwischen der ursprünglichen Alp Moterasch und der im Jahre 1494 resp. 1503 seitens der Korporation Aquila (Egra) „von der Gemeinschaft Lugnez erworbenen Alp Greina.“ Vorgelesen wurde von bündnerischer Seite ein mehr als mannshoher

Felsblock, den Graubünden als Markstein bezeichnet und auf welchem sich auf der Ost- und Westseite ein ziemlich roh und nicht tief eingegrabenes griechisches Kreuz befindet. Andere Steine, die als Marksteine gelten könnten, sind von keiner Partei vorgelesen worden.

F. In der Replik hält der Kanton Graubünden daran fest, daß der große Stein — *ura da term* oder *motta da tierm* — ein die Territorialgrenze beider Kantone scheidender Markstein sei. Auf den Marksteinen werden regelmäßig nur Kreuze eingegraben; in concreto sei die Bedeutung dieses Grenzsteines um so größer, als er in Uebereinstimmung mit der von Alters her geltenden Anschauung über die natürlichen Territorialgrenzen der Wasserscheide stehe. Diese Anschauung komme überall, auch bei den ältern Karten von Graubünden, zum Ausdruck. Die von Graubünden behauptete Grenze finde sich sowohl im Dufour- als im Siegfried-Atlas eingezeichnet. Der Kanton Tessin habe niemals dagegen protestirt und somit dieselbe stillschweigend anerkannt. Unrichtig sei, daß im Jahre 1494 zwischen Lugnez und Degra-Aquila abgeschlossene Erblichensvertrag seit 1503 in einen förmlichen Kaufvertrag umgewandelt worden sei, wonach auch das anno 1494 bei Lugnez verbliebene Obereigenthum an Aquila übergegangen sei, — und zwar schon deshalb unrichtig, weil damals sowohl das Lugnez als das Bleniothal in feudaler Gewalt gestanden seien und somit über die Verleihung und den Erwerb von Hoheitsrechten nicht hätten gültig verfügen können. Letztere seien durch die privatrechtlichen Eigenthumsverhältnisse nicht berührt worden. Auch figurire das „*Ura da term*“ schon in den ältern Urkunden als Grenzpunkt für die der Gemeinde Aquila in Erblichens abgetretene Alp Greina. Schon damals habe also dieser Stein die Grenze zwischen Aquila und Lugnez und nach heutigem Begriff zwischen Tessin und Graubünden repräsentirt. Daß dem so sei, beweise auch der Umstand, daß im Jahre 1610, anlässlich des Streites über das Eigenthum an der Alp Greina, die Gemeinde Aquila sich vor dem Gerichte von Glanz als *forum rei sitae* eingelassen habe. Gegenüber solchen Thatfachen könne von Präjudizien, die eine Verrückung der kantonalen Hoheitsgrenzen zur Folge gehabt hätten, nicht die Rede sein. Solche Präjudizien

gebe es mit Bezug auf die Hoheitsrechte eines Staates überhaupt nicht, ebensowenig wie eine Verjährung. Im Uebrigen sei der Einzug der kantonalen Grundsteuer nach bündnerischem Gesetz den Gemeindevorständen überbunden und es könne bei dieser Organisation allerdings ein Steuerobjekt der Kontrolle der kantonalen Finanzverwaltung entgehen. In casu scheine dies aber nicht der Fall gewesen zu sein, indem laut Auszug aus dem Steuerregister der Gemeindevorstand von Brin die Grundsteuer aller auf bündnerischem Gebiet befindlicher Tessineralpen Scherboden und Greina unter der Bezeichnung Greina zusammengefaßt habe.

G. In der Duplik weist der Kanton Tessin zuerst darauf hin, daß aus den gleichen Gründen, die für den Markstein bei Punkt 2260 angeführt werden, auch beim Passo Crap gegen Val Camadra eine solche Marke existiren müßte, falls die von Graubünden behauptete Grenze die richtige wäre. Was den Markstein gegen Val Moterasch anbelange, so sei derselbe nichts anderes als die alte Eigenthumsgrenze zwischen der Alp Moterasch und der Alp Greina vor deren Vereinigung in der Hand eines und desselben Eigenthümers. Daß ein solcher Grenzstein — Ura da term — damals existirt habe, gehe aus der Urkunde von 1494 deutlich hervor; aus derselben sowie aus der bündnerischerseits eingelegten Urkunde von 1503 ergebe sich aber ferner, daß die Alp Greina nur bis zum Ura da term, nicht bis zum Passo Crap, wie sie auf dem Siegfriedatlas eingezeichnet stehe, gereicht habe. Das Gebiet jenseits von Ura da term bis zum Passo Crap habe aber schon damals zu Aquila gehört. Zum Beweise dafür lege Tessin drei Urkunden folgenden Inhaltes vor:

Im Jahre 1548 und noch später, im Jahre 1554 sei zwischen den tessinischen Gemeinden Semione und Aquila Streit entstanden wegen Beweidung der Plätze Nialpe und Galinerio, die jede Gemeinde für sich beanspruchte. Die von Semione behaupteten hierbei, daß Nialpe und Galinerio zum Gebiet der Alp Camadra gehören; diese Alp sei ihr Eigenthum und erstrecke sich bis zum orlo da termino (ura da terma) « e abinde ed oltra essi d'Aquila in termine dei domini della Longaneza e della pianura della Agrena. » — Die Bürger von Aquila dagegen behaupteten, daß Nialpe und Galinario zum Gebiete der Greina,

also ihnen angehöre, „als von den Vätern ererbtes Eigenthum der Vorfahren von Aquila“, und daß die Alp Camadra die Höhe von Crap nicht übersteige. Schon damals hätten sich also die Aquilesen für die Strecke zwischen Ura da term und Passo Crap nicht auf ihren Kauf von Lugnez, sondern auf einen vorherigen Besitz berufen. Der Thalvogt Ulrich Wilderich von Unterwalden, vor welchem der Streit gebracht worden sei, hätte auch in Wirklichkeit zu Gunsten von Aquila entschieden und somit auch die Richtigkeit ihrer Behauptungen anerkannt.

Im Jahre 1781 sei sodann zwischen den Gemeinden Aquila und Semione ein neuer Streit bezüglich der Grenzen zwischen der Camadra und der Greina ausgebrochen. Darauf habe sich der Thalvogt sammt einem Schiedsrichterkollegium, denen der Streit zur Entscheidung übertragen worden sei, an Ort und Stelle begeben und auf der Höhe von Crap an einer Stelle, deren Beschreibung genau der im Siegfriedatlas eingezeichneten Kantons-grenze bei Punkt 2360 entspricht, ein Kreuz auf einen Stein ausshauen lassen mit A nach der Greinaseite (gleichbedeutend mit Aquila) und S nach der Camadrasseite, scilicet Semione (Urkunde Aft. 78). Nach Entdeckung dieser Urkunde sei nunmehr deutlich, daß die mit der Aufnahme der eidgenössischen topographischen Karten beauftragten Personen den im Jahre 1781 von einem Schiedsgericht gesetzten Grenzstein zur Angabe der Grenze zwischen dem Eigenthum zweier tessinischen Gemeinden, als Grenzstein zwischen Tessin und Graubünden angesehen haben. Angenommen daher, die Gebietshoheit des Kantons Graubünden reiche jetzt noch bis dahin, wo das Eigenthum von Lugnez vor dem Kauf von 1494 gereicht habe, so wäre die Kantons-grenze nicht beim Passo Crap, sondern bei Ura da term, wo die eigentliche Ebene der Greina ende, anzunehmen. Allein durch den Kauf von 1503 habe Lugnez auch die Gebietshoheit über diesen Theil verloren. Sollte Lugnez auch damals noch unter einem Herrn gestanden sein, so habe es sich doch thatsächlich, wie andere Gegenden Nöthens, selbst regiert (Zscholke, Geschichte der Schweiz, Kap. 26). Daß die Gemeinde Lugnez das Obereigenthum besessen habe, beweise ferner der Umstand, daß sie dasselbe anno 1503 an Aquila abgetreten habe. Das Obereigenthum habe aber auch

das imperium involviret. Um dies recht deutlich zu legen, sei über den Verkauf der 5 Fl. ein förmlicher Kaufvertrag abgeschlossen und der Vorbehalt des Pferdeweiderechts nicht in diesen Vertrag aufgenommen, sondern darüber von Aquila eine besondere Urkunde errichtet worden. Dazu komme noch ein weiterer Umstand. Laut einer andern Urkunde (Akt. 79) habe der Landammann und Rath von Lugnez am 4. August 1554 in dem Streit zwischen Aquila und Semione an den Vogt im Pleniorthale geschrieben, um die Rechte von Aquila bezüglich der Greina zu unterstützen; damit habe Lugnez selber jenen Gerichtsstand als *forum rei sitae* anerkannt. Daß die Aquilesen im Jahre 1610 nach Lanz gegangen seien, erkläre sich daraus, daß Lugnez damals den Vertrag von 1503 nicht gekannt habe. Nur wegen dieser Unkenntniß hätten die Lugnezener damals behauptet, die Alp Greina liege im Lugnezertal. Die Gemeinde Aquila habe auch nie die Grundsteuer von der Alp Greina an Graubünden bezahlt, dagegen aber die Polizei auf jener Alp stets ausgeübt. Die von Graubünden eingelegten alten Karten beweisen nichts, zumal sie ganz andere, rein phantastische Grenzen angeben. Ebensovienig seien die Dufour- und Siegfried-Karten öffentliche Urkunden, denen eine Beweis kraft zu Gunsten Graubündens beigelegt werden könne. Tessin habe die darin eingezeichnete Grenze niemals anerkannt. Die natürliche Grenze könne nur durch die Gebirgskette, welche die Greinaebene umziehe, gebildet sein.

H. Nach beendigtem Schriftenwechsel wurden die Parteien vom Instruktionsrichter angefragt:

1. Wo der Passo Crap liege, bezw. ob derselbe nicht mit Scaletta zusammenfalle;

2. Wo die Alp Camadra der Gemeinde Semione liege;

3. Ob der im Jahre 1781 vom Schiedsgericht gesetzte Markstein noch vorhanden sei und wenn ja, wo derselbe sich befinde.

Die Antworten der Parteien auf diese Fragen stimmen nicht überein.

Ad 1 behauptet Graubünden, Passo Crap (scil. Steintritt) und Scaletta (d. h. Steintreppe) seien identisch und die Stelle werde wegen ihrer Gefährlichkeit so genannt. Tessin behauptet dagegen, Scaletta und Passo Crap seien zwei besondere Stellen. Passo

Crap befinde sich circa 200 Meter höher gegen Osten und zwar gerade beim Punkt 2360 des Siegfried-Atlas, wo ein isolirter Felsblock (Crap heiße Stein, Felsblock) liege.

Ad 2 gibt Graubünden an, die Alp Camadra liege westlich von Scaletta; die Strecke sodann zwischen Scaletta bis zur streitigen Kantonsgrenze heiße Giglianera (Steinhühnerweide). Tessin dagegen behauptet, daß Giglianera östlich des Punktes 2360 liege und von demselben noch durch das sogenannte Nialpe getrennt sei. Die Alp Camadra reiche bis zur streitigen Kantonsgrenze und der zwischen letzterer und dem Scalettapaß liegende Theil derselben heiße Campagnóra.

Ad 3 haben sich beide Parteien lediglich auf die Angaben dritter Personen berufen, dagegen wurde namentlich von Tessin das Vorhandensein eines Marksteines in der Nähe von Punkt 2360 behauptet.

I. Ueber die Aufnahme und die hierin eingezeichneten Ortsbenennungen um Auskunft ersucht, erklärte das eidgenössische topographische Bureau, die Aufnahme des Blattes 412 sei im Jahre 1858 von Oberst Siegfried besorgt worden. Notizen über die Aufnahme der Kantonsgrenze finden sich bei den Akten nicht vor. Es könne daher nicht gesagt werden, ob für die Verzeigung offizielle Delegirte anwesend gewesen, oder dieselbe nach Angabe von Hirten und Alpbewohnern eingezeichnet worden sei. Bei der Gewissenhaftigkeit, mit welcher Oberst Siegfried gearbeitet habe, sei immerhin anzunehmen, daß er sich genau über den Verlauf der Grenze erkundigt habe. In der Originalaufnahme fehlen die Namen Piz Medel, Passo Crap, Piz Gaglianera und Piz Bial. Hingegen stehe zwischen Ghiacciaia di Camadra und Ghiacciaia di Greina das Wort „il Gallinario“ eingeschrieben. Im Jahre 1873 habe L. Held das Blatt revidirt. Derselbe habe in der Gegend La Greina von Gensjäger Balli und den Bewohnern der Alp Camadra und Moteräsch obige Lokalnamen erhoben, die Kantonsgrenze aber intakt gelassen. Herr Held habe untersucht, ob dieselbe genau nach der Wasserscheide laufe. Von wem die Angabe Passo Crap herrühre, wisse Herr Held nicht mehr.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Grenzlauf zwischen zwei Staaten ist entweder ein ge-

sichtlich hergebrachter oder durch vertragsmäßige Vereinbarung festgestellt. Allgemein verbindliche Regeln über den Grenzlauf der Staatsgebiete giebt es nicht. Daß nun in concreto die Grenze zwischen den Kantonen Tessin und Graubünden auf der Greina durch Vereinbarung bestimmt worden sei, wurde von keiner Seite behauptet; dagegen hat Graubünden die Behauptung aufgestellt, daß die von ihm beanspruchte Grenzlinie auf der Konferenz vom August 1886 von dem tessinischen Abgeordneten unbedingt anerkannt worden sei. Dieser Behauptung steht aber die ausdrückliche Erklärung des damaligen tessinischen Abgeordneten entgegen und ein Beweis ist für dieselbe weder erbracht noch anerboden worden. Gegen die Annahme, daß damals überhaupt eine definitive Vereinbarung getroffen worden sei, spricht übrigens der Umstand, daß ein Protokoll über die geführten Verhandlungen, wie dies bei definitiven Grenzvereinbarungen doch regelmäßig der Fall ist, nicht aufgenommen wurde und im Fernern auch nicht erwiesen ist, daß der tessinische Delegirte die nöthige Vollmacht besessen habe, um eine verbindliche Erklärung abzugeben.

2. Somit hängt der Entscheid des vorliegenden Grenzstreites davon ab, ob die von Graubünden beanspruchte Grenzlinie als eine geschichtlich hergebrachte anzusehen sei. Hiefür kann nun der Umstand, daß diese Grenzlinie im Dufour- und im Siegfried-Atlas seit etwa dreißig Jahren figurirt, ohne daß tessinischerseits Einsprache dagegen erhoben worden sei, allerdings eine gewisse Präsumtion zu Gunsten Graubündens begründen; maßgebend sind aber diese topographischen Aufnahmen für sich allein nicht, zumal durchaus nicht feststeht, auf welcher Grundlage die darin eingezeichnete Grenze beruht, insbesondere ob bei der Feststellung der Grenze Abgeordnete der beiden Kantone mitgewirkt haben. Noch viel weniger aber kann auf die übrigen Karten und Kartenpausen, die von beiden Parteien eingelegt worden sind, so namentlich auf die Francinische Karte abgestellt werden, indem dieselben als reine Privatarbeiten erscheinen, über deren Grundlagen gar nichts bekannt ist. Nach den in der Klagebeantwortung enthaltenen und von den tessinischen Abgeordneten beim Augenscheine abgegebenen Erklärungen ergibt sich indeß die Entscheidung des vorliegenden Grenzstreites aus der rechtlichen Würdigung der in den Jahren

1494 und 1503 zwischen Aquila und Lugnez abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Denn wie oben angegeben worden, haben die Vertreter des Kantons Tessin beim Augenschein die Erklärung abgegeben, daß die von Graubünden beanspruchte, im Siegfried-Atlas eingezeichnete Kantonsgrenze auch die Grenze gebildet habe zwischen der ursprünglichen, schon früher der Gemeinde Aquila angehörigen Alp Moterach und der im Jahre 1494 seitens der Korporation Aquila (Egre) von der Gemeinschaft Lugnez erworbenen Alp Greina. Und in der Antwort des Kantons Tessin auf die Klage von Graubünden ist anerkannt, bezw. darauf abgestellt, daß zwar bis zum Jahre 1494 resp. 1503 die damals seitens Aquila erworbene Alp Greina zum Gebiete der Landschaft Lugnez gehört habe, im Jahre 1503 aber zufolge Loskauf des Erbheinzinses aus diesem Gebiete ausgeschieden und in dasjenige von Aquila übergegangen sei. Danach ist über offenbar das Schicksal der vorliegenden Klage davon abhängig, ob diese letztere Behauptung des Beklagten richtig sei. Allerdings hat später Tessin in der Duplik die beim Augenschein abgegebene Erklärung theilweise zurücknehmen und gestützt auf die von ihm produzierten Urkunden behaupten wollen, daß die seitens Aquila erworbene Alp Greina nicht bloß gegen Süden, sondern auch gegen Westen nur bis zum sog. großen Stein reicht und der westlich von demselben gelegene Theil der Alp Greina früher schon der Gemeinde Aquila gehört habe. Allein wie weiter unten zu zeigen ist, kann auf diese neue, von der beim Augenschein in Uebereinstimmung mit der Antwortschrift von Tessin abgegebenen Erklärung abweichende Darstellung nicht abgestellt werden.

3. Werden nun die zwischen Aquila und Lugnez in den Jahren 1494 und 1503 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte mit Bezug auf ihre rechtlichen Wirkungen näher untersucht, so ist die von Tessin behauptete These einer dadurch eingetretenen Gebietsänderung zu verneinen. Durch den Vertrag von 1494 wurde nämlich der Gemeinde Aquila nichts anderes als ein beständiges dingliches Nutzungsrecht gegen einen Ehrschatz von 80 Fl. und einen jährlichen Zins von 5 Fl. eingeräumt; das nackte Eigenthumsrecht nebst einem gewissen Nutzungsrecht (Sommerung der Pferde) behielt sich dagegen die Landschaft Lugnez für immer vor. Es ist

dies wie Tessin selbst anerkennt, ein bloßer Erblichensvertrag, der irgendwelche Aenderung der beidseitigen Gebiete, bezw. der Grenze zwischen dem Gebiete der Landschaft Lugnez und demjenigen der Gemeinde Aquila, resp. der Herrschaft Bellenz, nicht zur Folge haben konnte. Allein auch der Vertrag vom Jahre 1503 hat eine solche Wirkung nicht gehabt. Derselbe ist nichts anderes als ein Verkauf des Erblichenszinses, welcher das nackte Eigenthum und die Lehensherrlichkeit der Landschaft Lugnez durchaus unangetastet gelassen hat. Es ist dies übrigens im Revers zu diesem Vertrage ausdrücklich anerkannt, indem darin von den Vertretern von Aquila neuerdings bestätigt wird, daß sie die Alp Greina zu Erblichens empfangen und die Lugnezer sich das Recht vorbehalten haben, ihre Kasse in der Greina zu fömmern. In Uebereinstimmung hiemit sagen auch die Lugnezer in ihrem Brief an den Thalvogt von Blenio von 1554, daß sie die Alp Greina denen von Aquila zu Erblichens gegeben haben, und etwas anderes, als daß die Alp den Aquilesen zinsfrei gehöre, ist auch im Urtheil von 1610 nicht enthalten. Uebrigens steht auch keineswegs fest, daß nach damaligem Rechte der bloße Eigenthumsübergang auch eine Gebietsänderung zur Folge gehabt haben würde, sondern es müßte eine solche Absicht der Parteien wohl durch besondere Momente klargelegt sein. In casu hat nun aber die Gemeinde Aquila sich im Jahre 1610 in ihrem Streit mit Lugnez ohne Einrede vor dem Gerichte zu Plaz, als dem Forum der belegen Sache, eingelassen, trotzdem ihr ja der Verkauf des Erblichenszinses von 1503 genau bekannt war, und damit anerkannt, daß die Alp Greina zum Gebiete der Landschaft Lugnez gehöre. Der Brief von Lugnez an den Thalvogt von Blenio ist dagegen für diese Frage ohne Bedeutung. Denn Lugnez war in dem betreffenden, zwischen den Gemeinden Semione und Aquila obschwebenden Streite gar nicht als Partei betheilig, sondern ist lediglich als Gewährsperson aufgetreten, konnte somit den Gerichtsstand von Blenio weder ablehnen, noch anerkennen. Haben aber die Verträge von 1494 und 1503 eine Aenderung in der Territorialhoheit nicht bewirkt, so braucht nicht untersucht zu werden, ob diejenigen, welche dieselben abgeschlossen haben, befugt gewesen wären, eine solche Aenderung vorzunehmen.

4. In der Duplik hat die tessinische Regierung eventuell noch geltend gemacht, daß nach den vorliegenden Urkunden die im Jahre 1494 resp. 1503 von Lugnez an Aquila verliehene Alp Greina auch westlich nur bis zum sogenannten großen Stein, Ura da term, gereicht, so daß die Strecke von Uro da term bis zum Piz Coroi schon damals zu Aquila gehört habe. Dies gehe in deutlicher Weise aus der Urkunde von 1554 hervor. In der That wird in dieser Urkunde, im Gegensatz zu denen von Semione, welche behaupteten, ihre Alp Camadra reiche bis zum Orlo di termino, von den Aquilesen gesagt, daß das Gebiet Rialpe und Galinerio ihnen als „von den Vätern ererbtes Eigenthum der Vorfahren von Aquila“ angehöre und daß die Alp Camadra die Höhe von Crapo nicht übersteige. Allein so wahrscheinlich es erscheinen mag, daß die von Semione angerufene Grenzmarck (orlo da termino) mit der in der Urkunde vom 23. Oktober 1494 und 16. Januar 1503 enthaltene Grenzbezeichnung Uro da term identisch sei, so mangelt doch jeder bestimmte Anhaltspunkt dafür, daß dieser Markstein mit dem sogenannten großen Stein, bei welchem der Augenschein stattgefunden hat, eins und dasselbe ist. Tessin selbst hat dies anfänglich bestritten. Auch über die Lage von Rialpe und Galinerio und Passo Crap herrscht keine Klarheit. Ebenso wenig ist bewiesen, daß bei der Aufnahme des Siegfried-Atlas der im Jahre 1781 errichtete Grenzstein zwischen der Alp Camadra der Gemeinde Semione und der Alp Greina der Gemeinde Aquila irrthümlich als ein Landesgrenzstein betrachtet worden sei. Wo der betreffende Grenzstein sich befindet, steht überhaupt nicht fest. Keiner der Parteivertreter hat denselben je gesehen, sondern sie berufen sich nur auf Hörensagen und haben eine Feststellung seines Standortes durch Augenschein oder andere Beweismittel nicht verlangt. Die Beschreibung desselben im Dokument von 1781 ist aber keineswegs so klar, daß er ohne Augenschein lediglich auf Grundlage der vorliegenden Akten ermittelt werden könnte. Im Uebrigen war Lugnez bei den Prozessen zwischen Semione und Aquila nicht betheilig und es können daher die in den bezüglichen Urkunden von 1554 und 1781 enthaltenen Angaben nicht unbedingt Beweiskraft gegen Graubünden besitzen, und zwar abgesehen davon, daß seitens

Tessin niemals behauptet worden ist, daß die Lugnezener das ihnen zustehende Pferdeweiderecht, welches sie sich schon im Jahre 1494 vorbehalten haben, nicht auf das ganze Gebiet der Greina, also auch westlich des sogenannten großen Steins ausgeübt haben. Alles, was tessinischerseits in der Duplik vorgetragen und beigebracht worden ist, ist also nicht geeignet, die beim Augenschein in Uebereinstimmung mit der Darstellung in der Antwort abgegebene Erklärung der tessinischen Abgeordneten, daß das Gebiet der ursprünglichen lugnezischen Alp Greina mit der von Graubünden beanspruchten Grenzlinie zusammenfalle, zu entkräften und dessen Unverbindlichkeit für den Kanton Tessin zu bewirken.

5. Tessin behauptet allerdings noch, auf dem streitigen Gebiet stets die Polizei ausgeübt und die Grundsteuer bezogen zu haben. Allein letzteres ist von Graubünden ebenfalls behauptet und keine Partei hat den rechtsgenügenden Beweis für ihre Behauptung geleistet. Und was das erstere anbelangt, so ist kein einziger Fall namhaft gemacht, in welchem eine auf der Greina begangene Uebertretung von Tessin bestraft worden wäre und — was erst entscheidend wäre — mit Wissen der bündnerischen Behörden. — Das erste und zweite Klagebegehren ist demnach gutzuheissen.

6. Dagegen ist dem weitern Begehren Graubündens, daß Tessin resp. die Gemeinde Aquila zur Rückerstattung des von der Gemeinde Somvir an Aquila geleisteten Depositums verpflichtet werde, nicht zu entsprechen. Denn die Frage der Gültigkeit der betreffenden Pfändung, zu deren Aufhebung das Depositum geleistet wurde, ist rein civilrechtlicher Natur und hängt zudem nach Art. 66 D.-R. nicht davon ab, ob die Stelle, wo die Pfändung stattfand, auf graubündnerischem oder tessinischem Gebiete liege, sondern davon, ob dieselbe im Besitze des Pfändenden sich befinde oder nicht. Die erste Frage hätte nur für die Bestimmung des Gerichtsstandes eine Bedeutung; in dieser Beziehung ist aber von Graubünden ein Antrag nicht gestellt worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Die im Siegfried-Atlas (Blatt 412) zwischen den Kantonen Tessin und Graubünden angegebene Kantonsgrenze wird als zu

Recht bestehend erklärt und die Hoheitsrechte Graubündens auf das auf sein Gebiet hinübereingehende Privateigenthum der Gemeinde Aquila werden anerkannt.

2. Auf das Begehren um Aufhebung der Pfändung vom 2. September 1886 und Rückerstattung des hinterlegten Pfandschillings wird nicht eingetreten.

107. Urtheil vom 9. Dezember 1892 in Sachen Aargau gegen Solothurn.

A. Am 31. März 1873 ertheilte der Regierungsrath des Kantons Solothurn an Albert Fleiner in Aarau und C. F. Bally in Schönenwerd die Konzession zur Anlage eines, aus der Aare abgezweigten, Kanals vom hohen Borde Erlinsbach bis zur solothurnisch-aargauischen Kantonsgrenze, gemäß dem vorgelegten Plane. Am 25. Juni 1873 gestattete der Regierungsrath des Kantons Solothurn die Uebertragung dieser Konzession auf ein Konsortium zu Händen einer zu bildenden Aktiengesellschaft. Auf Nachsuchen des Konsortiums bewilligte der Regierungsrath des Kantons Solothurn am 24. April 1880 eine Ergänzung dieser Konzession und am 12. September 1888 bestätigte er, daß diese Ergänzung ihrem ganzen Inhalte nach auch für allfällige Rechtsnachfolger der gegenwärtigen Eigentümer des Gewerbekanal bestehen bleibe. Von einer Konzessionsgebühr ist in diesen Konzessionsurkunden nicht die Rede. Der konzedirte Gewerbekanal wurde erstellt; derselbe zweigt beim hohen Borde in Erlinsbach auf solothurnischem Gebiete aus der Aare ab und führt, nach Ueberschreitung der solothurnisch-aargauischen Grenze, auf dem Gebiete des letztern Kantons oberhalb der Aarebrücke zu Aarau, wieder in die Aare zurück. Unmittelbar nach Ueberschreitung der aargauischen Grenze, an der Stelle, welche auf dem Plane Akt. 3 als erstes Gefälle bezeichnet ist, sind in der ganzen Breite des Kanals Turbinenkammern erstellt; dagegen sind keine Turbinenhäuser angelegt worden. Die Wasserkräfte sind also zur Zeit dort noch gänzlich unbenützt und es bestehen auch keine Fabrik-