Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Refurs wird grundsätzlich dahin gutgeheißen, daß die Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 26. Dezember 1907 und 7. Februar 1908 aufgehoben werden in der Meinung, daß die Steuerbehörden des Kantons und der Gemeinde Olten eine neue Taxation der Rekurrentin auf der Grundlage des bundesgerichtlichen Urteils vorzunehmen haben.

III. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

82. Urteil vom 1. Juli 1908

in Sachen **Puz und Buchen** gegen **Gemeinde Luzern**
(**Kleinen Rat des Kantons Graubünden**).

Zulässigkeit des Rechtsweges: Es kommt auf den Anspruch so wie er erhoben und begründet ist an. — Ein Streit über Eigentum an einer Sache (einer Alp) kann trotz dem öffentlichrechtlichen Charakter der Parteien ein privatrechtlicher Streit sein.

A. In Bezug auf die dem Refurs zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse wird zunächst auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen der Rekurrenten gegen den Großen Rat des Kantons Graubünden vom 26. September 1907 (BGE 33 I Nr. 97) verwiesen. Außerdem ist anzuführen:

Am 23. April 1907 belangten die Rekurrenten, die Fraktionen Puz und Buchen, die Refursbeklagte, die Gemeinde Luzern, vor dem Bezirksgericht Oberlandquart mit folgender Klage: „Es sei die Gemeinde Luzern zur Anerkennung des Eigentumsrechtes der „Kläger an 132/150 der auf Klosterfer Gebiet gelegenen Alp

„Casanna samt Zubehörenden und daraus fließenden Nutzungen, „insbesondere auch des Eigentumsrechtes der Kläger an 132/150 „des auf Recht hin hinterlegten Erlöses aus verkauftem Holz „aus den Alpwaldungen von Casanna im Werte von 15,000 Fr. „zu verurteilen.“ In der Begründung der Klage wird u. a. ausgeführt, daß die Alp Casanna der privatrechtlichen Alpgenossenschaft Casanna gehöre und daß die Rekurrenten Eigentümer von 132 der 150 Alpanteilsrechte seien, welches Eigentum ihnen von der Refursbeklagten streitig gemacht werde. Mit Beschwerde vom 10. Mai 1907 verlangte die Refursbeklagte vom Kleinen Rat Graubünden gestützt auf Art. 248 der kantonalen ZPD (wonach der den Gerichtsstand nicht anerkennende oder die gerichtliche Natur der Klage bestreitende Beklagte sich beim Kleinen Rat zu beschweren hat), daß er die gerichtliche Natur der erhobenen Klage negiere, eventuell verfüge, daß der Prozeß nicht geführt werden dürfe auf Kosten des Korporationsgutes, sondern nur auf Kosten der schuldigen Fraktionsgenossen. Durch Entscheid vom 24. Januar 1908 erklärte der Kleine Rat die Beschwerde der Refursbeklagten als begründet und verfügte, daß das Bezirksgericht Oberlandquart nicht kompetent sei, die Klage der Rekurrenten gegen die Refursbeklagte zu beurteilen. Die Begründung stellt ab auf das erwähnte Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 1907, insbesondere Erwägung 2 und die dortigen Feststellungen, daß die Anteilsrechte der beiden Fraktionen in Bezug auf die Alp Casanna im Verhältnis zur Gesamtgemeinde sich als (öffentliches) Sondergut der Fraktionen darstelle, das nach der Gemeindeverfassung der Oberaufsicht der Gemeinde unterstehe. Der Kleine Rat führt aus, über öffentliches Eigentum habe nicht der Zivilrichter zu entscheiden, sondern die Administrativbehörde, die allein darüber befinden könnte, ob das Eigentum an den fraglichen Anteilsrechten, sowie am Holzerglös, der Gemeinde oder den Fraktionen gehöre.

B. Gegen diesen Entscheid des Kleinen Rates haben die Fraktionen Puz und Buchen den staatsrechtlichen Refurs ans Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei der Entscheid insoweit aufzuheben, als dadurch das Bezirksgericht Oberlandquart unzulässig erklärt werde für die Klage der Rekurrenten betreffend das

Eigentum an der Alp Casanna. Als Beschwerdebegründe werden geltend gemacht Verletzung des Art. 58 BV und des Art. 9 RV (Garantie des verfassungsmässigen Richters). Zur Begründung wird bemerkt, daß der angefochtene Entscheid im Widerspruch zum bundesgerichtlichen Urteil vom 26. September 1907 stehe, da dort keineswegs ausgesprochen sei, daß die Rekurrenten nicht das Privateigentum an der Alp Casanna, bezw. an den 132 Alpanteilen haben können und haben. Das Bundesgericht stelle im Gegenteil fest, daß die Rekurrenten in dieser Hinsicht Eigentümer seien. Zudem der Kleine Rat das Bezirksgericht Oberlandquart als für diesen Eigentumsanspruch unzuständig erklärt habe, habe er die Rekurrenten in dieser Beziehung ihrem ordentlichen Richter entzogen. Dagegen sei durch das bundesgerichtliche Urteil die Frage, wem der hinterlegte Holzerlös gehöre (zu Gunsten der Gemeinde) erledigt, weshalb die Rekurrenten ihren bezüglichen Anspruch nicht aufrecht erhielten.

C. Der Kleine Rat von Graubünden und die Gemeinde Luzern haben auf Abweisung des Rekurses angetragen. Die ganze Argumentation der Antworten geht dahin, daß es sich bei der Alp Casanna im Verhältnis der Parteien nur um öffentliches Korporationsgut handle und handeln könne, weshalb die Rekurrenten der Rekursbeklagten gegenüber keine privatrechtliche Eigentumsklage, wie es geschehen sei, anheben und der Zivilrichter über das Verhältnis nicht entscheiden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Rekurrenten beschwerten sich nicht darüber, daß der Kleine Rat über die Frage, ob ihre Klage in die richterliche Kompetenz falle, überhaupt entschieden, sondern über die materielle Lösung, die der Kleine Rat der Kompetenzfrage in Bezug auf ihren Eigentumsanspruch betreffend die Alp Casanna gegeben hat. Gemäß feststehendem Rechtsgrundsatz beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtswegs nach der Natur des Klageanspruchs, so wie er erhoben wird. Nach der Formulierung der Klage, mit der die Rekurrenten die Rekursbeklagte vor Bezirksgericht Oberlandquart belangt haben, in Verbindung mit der Klagebegründung, kann aber kein Zweifel sein, daß die Rekurrenten der Rekursbeklagten gegenüber das Privateigentum an der Alp Casanna, bezw. an den

132 Alpanteilsrechten, beanspruchen, wie denn auch die Rekursbeklagte und der Kleine Rat in den Rekursantworten der Klage diesen Charakter ausdrücklich beilegen. Die Klage hat also, so wie sie erhoben ist, durchaus privatrechtliche Natur. Bei dieser Sachlage durfte richtigerweise die Zuständigkeit des Zivilrichters selbst dann nicht verneint werden, wenn, wie der Kleine Rat anzunehmen scheint, die Rekurrenten im Verhältnis zur Rekursbeklagten überhaupt kein Privateigentum an der fraglichen Sache haben könnten, wenn die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen der Parteien in Ansehung dieser Sache durch das öffentliche Recht beherrscht wäre, sondern der Richter hätte in diesem Fall die Klage als materiell unbegründet abzuweisen, weil eben das beanspruchte Privatrecht nicht besteht. Übrigens erscheint jene Auffassung, aus der der Kleine Rat den Rechtsweg für die Klage der Rekurrenten verschlossen hat, zudem als rechtsirrtümlich, und sie kann auch keineswegs aus dem bundesgerichtlichen Urteil vom 26. September 1907 gefolgert werden. Wenn es im letztern Urteil heißt, daß die Anteilsrechte an der Alp Casanna sich im Verhältnis der Parteien als (öffentliches) Sondergut der Rekurrenten darstellen, das nach der Gemeindeverfassung der Oberaufsicht der Gemeinde untersteht, so wollte damit, wie zumal aus dem ganzen Zusammenhang deutlich erhellt, nicht gesagt sein, daß die Rekurrenten nicht auch der Gemeinde gegenüber Privateigentümer der Anteilsrechte sein können, sondern nur, daß die Rekurrenten als Privateigentümer durch die öffentlichrechtlichen Beziehungen zur Rekursbeklagten gebunden seien. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb eine Fraktion, die doch als rechtsfähig anerkannt wird, nicht Privateigentümer einer Sache sollte sein können, nur deshalb, weil sie als öffentlichrechtliches Gebilde vermöge ihrer Stellung in der Gesamtgemeinde in der Verwaltung, Nutzung und Verfügung der Sache beschränkt ist, und weshalb nicht untergänglicher Beiseitelassung dieser öffentlichrechtlichen Momente zwischen Fraktion und Gemeinde über das Privateigentum sollte gestritten werden können (vergl. hierüber die Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil vom 13. Februar 1908 in Sachen Camana gegen Sassen, Erw. 1*). Die gegenteilige Ansicht des

*) AS 34 II S. 172 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

Kleinen Rates führt zu der unhaltbaren Konsequenz, daß die sämtlichen Objekte des Vermögens einer Fraktion und einer öffentlichrechtlichen Korporation überhaupt in niemandes Eigentum stünden, während doch nach bündnerischem Privatrecht (§ 224) sogar die öffentlichen, d. h. die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Sachen, soweit sie überhaupt Gegenstand von Rechten sind, im Eigentum, und zwar gerade der Gemeinde, stehen, und auch der moderne und bestrittene Begriff des öffentlichen Eigentums, d. h. einer Sachherrschaft rein nach öffentlichem Recht, der übrigens dem bündnerischen Recht wohl fremd ist, nur auf öffentliche und nicht auf nutzbare, nicht im Gemeingebrauch stehende Sachen, z. B. Wälder, Weiden, Kapitalien usw., wie sie als Korporationsgut in erster Linie in Betracht kommen dürften, zutrifft (s. das Urteil Camana a. a. O.).

Es wäre freilich denkbar, daß ein Streit über das Eigentum einer Sache zwischen Fraktion und Gemeinde mehr oder weniger gegenstandslos wäre, weil die Nutzung kraft öffentlichen Rechts ohnehin der Gemeinde gehören würde. Doch könnte auch dieses Moment niemals dazu führen, daß die richterliche Zuständigkeit verneint, sondern höchstens dazu, daß der Richter auf die Sache mangels Interesse der Parteien nicht eintreten würde.

Nach dem gesagten hat der Kleine Rat im angefochtenen Entscheid für einen Klageanspruch, der seiner Natur nach vor den ordentlichen Richter gehört, den Rechtsweg verschlossen. Die Rekurrenten sind dadurch ihrem ordentlichen, natürlichen Richter entzogen, weshalb der Rekurs gestützt auf Art. 58 BV (und Art. 9 KB) gutzuheißen ist (s. Burckhardt, Kommentar zur BV S. 586 und die dortigen Zitate).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und der Entscheid des Kleinen Rates des Kantons Graubünden vom 24. Januar 1908, soweit er sich auf die Klage der Rekurrenten betreffend das Eigentum an der Alp Casanna bezieht, aufgehoben.

Vergl. auch Nr. 75.

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — *For du domicile.*

83. Urteil vom 2. Juli 1908 in Sachen Bösch gegen Hirsch (Gerichtspräsidium III in Bern).

Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnortes; Prorogation.

Das Bundesgericht hat

da sich ergeben:

A. Der Rekurrent, E. Bösch, Lehrer in Herisau, gab dem Rekursbeklagten Wilhelm Hirsch, damals in Bern, eine Bestellung in Kurzwaren auf und unterschrieb dabei ein gedrucktes Bestellungsformular, welches auf einer und derselben Seite unter dem Verzeichnis der bestellten Waren in Fettdruck die Klausel enthält: „Ich anerkenne den Erfüllungsort und Gerichtsstand Bern“. Infolge von Differenzen wegen der Warenlieferung, die nach Angabe Böschs nicht bestellungsgemäß ausgeführt und deshalb zurückgewiesen wurde, klagte Hirsch in Bern den Kaufpreis der Waren ein. Bösch leistete der vom Gerichtspräsidium III in Bern an ihn erlassenen Vorladung keine Folge. Hierauf hieß das Gerichtspräsidium durch Kontumazialurteil vom 28. Januar 1907 die Klage gut und verurteilte Bösch, an Hirsch die bestrittenen 70 Fr. 20 Cts., nebst 18 Fr. Prozeßkosten, zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil mit vorgelegter Eröffnungs-Notifikation, datiert vom 4. Februar 1908, hat Bösch am 13. März 1908 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und seine Aufhebung wegen Verletzung der Garantie des Art. 59 BV beantragt. Er führt aus, daß aus seiner Unterzeichnung des Warenbestellscheines ein Verzicht seinerseits auf den verfassungsmäßigen Wohnsitzrichter nicht abgeleitet werden könne, weil er dabei den Passus betreffend Anerkennung des Gerichtsstandes Bern nicht beachtet habe und auch nicht darauf aufmerksam gemacht worden sei, während eine Gerichtsstandsprorogation, welche übrigens bei Geschäften fraglicher Art weder notwendig noch üblich sei, nur vorläge, wenn die Parteien sich über einen beson-