

contre le Conseil d'Etat du Valais, il est constant que ce dernier n'a rendu aucune décision en l'espèce ;

que le recours se trouve ainsi, en fait, dirigé contre la décision du Département de Justice et Police du 15 décembre 1919 ;

qu'il est exact, d'autre part, que la recourante aurait pu porter sa cause devant la Conseil d'Etat, conformément à l'art. 80 al. 2 in fine de la loi du 24 novembre 1916 et qu'elle a négligé, par conséquent, d'utiliser une voie de recours qui lui était ouverte sur le terrain du droit cantonal ;

qu'on ne saurait considérer à cet égard comme un acte de recours régulier la lettre par elle adressée le 26 janvier 1920 au Département des Finances ;

qu'à cette date, en effet, le délai de recours prévu par l'art. 80 précité était déjà expiré ;

considérant qu'en présence de ces constatations, le recours apparaît comme irrecevable, tant au regard de l'art. 4 que de l'art. 32 *bis* Const. féd. ;

qu'il est en effet de jurisprudence constante qu'une des conditions de recevabilité d'un recours pour violation de l'art. 4 Const. féd. est que le recourant ait au préalable épuisé toutes les instances cantonales ;

que, d'autre part, le Tribunal fédéral a proclamé à maintes reprises que ce principe devait également trouver son application en matière de recours fondés sur l'art. 31 Const. féd. (voir arrêt Ramella frères contre Municipalité de Lausanne du 27 décembre 1912 ; arrêt Baumann contre Département des Finances du Valais du 19 mai 1913 ; arrêt Brugger contre Direction de Justice et Police du canton de Zurich du 1^{er} février 1917 ; arrêt S. A. des Carbores du Day contre Tessin (RO 45 I p. 246) ; arrêt Muller contre Bauvorstand II Zurich du 28 mai 1920) ;

qu'il convient d'appliquer le même principe en matière de recours basé sur l'art. 32 *bis* Const. féd., cette disposition n'ayant pour but, en effet, que de régler au sujet

de certaines espèces de denrées les modalités du principe général posé à l'art. 31 Const. féd.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

Vgl. auch Nr. 36. — Voir aussi n° 36.

B. EXPROPRIATIONSRECHT

EXPROPRIATION

38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Mai 1920

i. S. Einwohnergemeinde Grenchen gegen Obrecht & C^{ie}.

Verletzung von Bundesrecht liegt auch dann vor, wenn irrtümlicherweise eidgenössisches statt kantonales Recht angewendet wird. Es besteht keine Norm des eidgenössischen Rechtes, wonach im Verfahren vor den Expropriationsbehörden nicht nur über die Höhe der Entschädigung, sondern auch über Präjudizialpunkte (z. B. den Umfang der enteigneten Rechte) entschieden werden muss ; es besteht lediglich die Möglichkeit der Vereinigung des Prozesses über die Präjudizialfrage mit dem Entschädigungsverfahren. Voraussetzungen für die Vereinigung. Aufhebung eines kantonalen Urteils, das, von der Annahme ausgehend, es müsse kraft eidgenössischen Rechtes im Verfahren vor den Expropriationsbehörden auch über die Präjudizialpunkte abgesprachen werden, eine Klage auf Feststellung des Umfanges der enteigneten Rechte wegen Unzuständigkeit des Zivilrichters von der Hand gewiesen hat.

A. — Mit Vertrag vom 4. Dezember 1902 und 29. April 1903 veräusserte die Bürgergemeinde Grenchen der heutigen Klägerin, Einwohnergemeinde Grenchen, zum Zwecke der Anlage einer Gemeindegewässerversorgung das

hiez u erforderlichliche, in der Dorfbachquelle und in der Limmersattbrunnenquelle entspringende Wasser. An dem den Gegenstand dieses Vertrages bildenden Wasser sind die Beklagten, Firma Obrecht & C^{ie} und Genossen berechtigt, und zwar stehen ihnen nach den vom Obergericht im angefochtenen Urteil gemachten Feststellungen zum Teil sogenannte « Ehehafte Wasserfallrechte », zum Teil auf Konzessionen nach der geltenden Wasserrechtsgesetzgebung beruhende Wasserrechte zu. Die von der Berner Alpenbahn-Gesellschaft (BLS) im Grenchenberg-tunnel vorgenommenen Arbeiten brachten die Dorfbachquelle zum Absterben. Um die hieraus für die Beklagten entstehenden Schädigungen zu mindern und die Angelegenheit auf gütlichem Wege zu erledigen, schloss die BLS am 6. u. 16. Juni 1913 mit den Beklagten eine Vereinbarung ab, wonach sie sich verpflichtete, diesen einstweilen für zwei Jahre die verloren gegangene elektrische Kraft zu vergüten. Inzwischen sollte eine Expertise vorgenommen werden zur Schätzung sämtlicher in Betracht fallenden Wasserwerkanlagen. Die Parteien kamen ferner dahin überein, dass es der BLS freistehen solle, binnen Monatsfrist nach Mitteilung des Befundes der Experten sich durch sofortige Auszahlung des von diesen festgestellten Schadensbetrages von ihrer Entschädigungspflicht loszukaufen oder aber den Ablauf der zweijährigen Frist abzuwarten und alsdann die den Beklagten verloren gegangene Kraft entweder in natura zu ersetzen oder sich mit ihnen durch eine Entschädigung in Geld abzufinden, über deren Höhe, vorbehaltlich einer gütlichen Verständigung, eventuell die zuständigen Behörden zu entscheiden hätten. Ein Jahr später, am 12. August 1914, kam auch zwischen der Klägerin und der BLS eine Vereinbarung zu Stande, in welcher die Kontrahenten sich über den Umfang gewisser von der BLS der Klägerin als Ersatz des aus der Wasserabgrabung entstandenen Schadens zu machenden Leistungen einigten. Ueber die von der Klägerin geltend gemachten, von

der BLS aber nicht anerkannten Mehransprüche dagegen sollte im Expropriationsverfahren entschieden werden. Die Parteien verständigten sich gleichzeitig dahin, dass dieses Expropriationsverfahren bis zu dem Zeitpunkte sistiert bleiben sollte, da die zuständigen ordentlichen Gerichte in einem von der Gemeinde gegen die Wasserwerksbesitzer anzuhebenden Prozesse über den Umfang des Rechtes jener auf Verwendung der abgegrabenen Quellen für ihre Wasserversorgung entschieden haben würden. Mit der vorliegenden, auf Grund dieser Vereinbarung gegen die Wasserrechtsberechtigten, Firma Obrecht & C^{ie} und Konsorten, eingeleiteten Klage beantragt nunmehr die Einwohnergemeinde Grenchen: « Die Beklagten als Inhaber von Wasserfallrechten am Dorfbach zu Grenchen haben anzuerkennen, dass die Einwohnergemeinde Grenchen berechtigt war, das Wasser der durch den Tunnelbau Münster-Grenchen abgegrabenen und zum Versiegen gebrachten Dorfbachquelle im Umfange ihres jeweiligen Bedarfes, also wenn nötig ganz für die Zwecke ihrer Wasserversorgung zu beanspruchen und zu konsumieren. »

B. — Mit Urteil vom 25. November 1919 hat das Obergericht des Kantons Solothurn entsprechend dem Antrage der Beklagten die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit der Zivilgerichte von der Hand gewiesen. Es nahm im Anschluss an ein Urteil des Bundesgerichtes i. S. Herzog-Gahnder gegen SCB (AS 22 S. 1035 ff.) an, dass im Expropriationsverfahren nicht nur über die Höhe der vom Exproprianten dem Expropriaten zu leistenden Entschädigung, sondern im Streitfalle auch über Bestand und Umfang der Rechte entschieden werden müsse, gestützt auf die die Entschädigungsforderung geltend gemacht werde. Dies ergebe sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts über die Kompetenzattraktion, wonach der in der Hauptsache zuständige Richter auch zur Entscheidung der Präjudizialfragen berufen sei, soweit nicht eine ausdrückliche

Vorschrift etwas anderes bestimme. Dies treffe aber nicht zu, und es müsse somit kraft eidgenössischen Rechts die Zuständigkeit der Expropriationsbehörden als gegeben angesehen werden, was die Zuständigkeit der kantonalen ordentlichen Zivilgerichte ausschliesse.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Klägerin mit dem Antrage, die ordentlichen Zivilgerichte seien als zur Beurteilung der Sache zuständig zu erklären. Die Beklagten beantragen Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Die vorliegende Klage stellt sich zweifellos als eine Feststellungsklage dar ; es beurteilt sich daher nach der Praxis des Bundesgerichts (AS 45 II S. 462) die Frage nach ihrer Zulässigkeit an sich nach kantonalem Recht, soweit nicht die Bundesgesetzgebung darüber Vorschriften enthält. Die Vorinstanz hat nun einen solchen, und zwar die Zulässigkeit der vorliegenden Feststellungsklage verneinenden Rechtssatz aus der Expropriationsgesetzgebung des Bundes hergeleitet und sich gestützt hierauf als unzuständig erklärt. Diese Auffassung ist jedoch rechtsirrtümlich. Allerdings ist der Vorinstanz insofern beizutreten, als sie davon ausgeht, dass der Streit über Bestand und Umfang der Ersatzpflicht, die der BLS bezüglich der durch die Arbeiten im Grenchenbergtunnel verursachten Schäden obliegt, im eidgenössischen Expropriationsverfahren auszutragen ist ; denn in diesem sind nach feststehender Praxis alle Ersatzansprüche für diejenigen Schäden geltend zu machen, welche sich als notwendige und nicht wohl vermeidliche Folge des Baues oder Betriebes einer öffentlichen, mit dem Expropriationsrechte ausgerüsteten Unternehmung darstellen (AS 34 I S. 694 ff., 36 I S. 627, 40 II S. 290). Und ebenso ist es auch zutreffend, dass das Bundesgericht im Expropriationsverfahren schon wiederholt nicht nur über Bestand und Höhe der vom Enteigner zu leistenden Entschädi-

gung, sondern auch über Bestand und Umfang der Privatrechte bzw. privatrechtlichen Befugnisse entschieden hat, die dem Enteigneten infolge der Expropriation entzogen worden sind und die die Grundlage für die Bemessung der Expropriationsentschädigungen bilden (vgl. z. B. AS. 22 S. 1035ff., 40 I S. 450 ff.). Allein dies geschah nicht gestützt auf eine dem Bundesgericht als Rekursinstanz im Enteignungsverfahren durch das Bundesrecht auferlegte Pflicht ; denn die eidgenössische Expropriationsgesetzgebung lässt die Frage, durch wen und in welchem Verfahren derartige, für das Verfahren vor den Expropriationsbehörden (im folgenden Entschädigungsverfahren genannt) präjudizielle Fragen, wie die heute streitige, entschieden werden solle, offen, was allerdings in einer vom Bundesgericht dem Justizdepartement am 31. Juli 1893 über die Revision des Expropriationsgesetzes eingereichten Vernehmlassung als eine Lücke des Gesetzes bezeichnet wurde (vgl. S. 11 der Vernehmlassung), deren Ausfüllung als wünschbar erscheine. Vielmehr waren für das Bundesgericht, wenn es im Entschädigungsverfahren auch über die vom Expropriaten behaupteten, vom Exproprianten bestrittenen Privatrechte entschied, lediglich Erwägungen der Zweckmässigkeit massgebend, insbesondere das Bestreben, alle in der konkreten Expropriationssache auftauchenden Streitpunkte in einem Verfahren zu erledigen und dadurch unnütze Weiterungen und Umtriebe zu vermeiden. Die Praxis des Bundesgerichtes knüpfte jedoch gestützt hierauf die Entscheidung des Präjudizialpunktes im Entschädigungsverfahren an die Voraussetzungen, dass die Parteien im Prozesse über den Umfang der enteigneten Rechte bzw. Befugnisse und im Entschädigungsverfahren die nämlichen sind, dass die Aktenlage die Entscheidung der Präjudizfrage im Entschädigungsverfahren gestattet und dass das Bundesgericht, sei es als einzige Instanz, sei es als Berufungsinstanz, zur Beurteilung des Präjudizialpunktes ohnehin zuständig wäre. In

allen andern Fällen dagegen hat das Bundesgericht die Entscheidung über den Bestand und Umfang der Rechte des Enteigneten ad separatum verwiesen, indem es entweder das Entschädigungsverfahren bis nach rechtskräftiger Beurteilung der Präjudizialfrage aussetzte oder aber ein bedingtes Urteil erliess, in dem es die Entschädigung als durch den Ausgang des über den Präjudizialpunkt hängigen Prozesses bedingt festsetzte. Im vorliegenden Falle sind die für die Vereinigung des Präjudizialprozesses mit dem Entschädigungsverfahren sprechenden Gründe nicht vorhanden. Abgesehen davon, dass in jenem Verfahren die Klägerin und die Beklagten Partei sind, in diesem dagegen die Klägerin und die BLS, also Identität der Parteien in beiden Verfahren nicht vorliegt, so wäre auch die Präjudizialfrage zur Entscheidung im Entschädigungsverfahren nicht spruchreif. Wenn auch die Zuständigkeit des Bundesgerichts als forum prorogatum zur Beurteilung der Präjudizialfrage gegeben wäre, müssten die Parteien doch, da für die streitigen Rechte nach den Feststellungen der Vorinstanz das kantonale Recht massgebend ist, im Falle des Widerspruches dem Bundesgericht die einschlägigen kantonalen Rechtssätze nachweisen, während der kantonale Richter diese von Amtes wegen anzuwenden hat, sodass die Entscheidung der Präjudizialfrage durch ihn auch im Interesse der Parteien liegt. Hat daher die Vorinstanz zu Unrecht angenommen, es bestehe ein eidgenössischer Rechtssatz, wonach Streitigkeiten über den Umfang der enteigneten Rechte im Expropriationsverfahren ausgetragen werden müssen, so muss hierin eine Verletzung des Bundesrechtes gesehen werden; denn eine solche liegt nicht nur dann vor, wenn der kantonale Richter in einem nach Bundesrecht zu beurteilenden Prozesse Bundesrecht nicht oder nicht richtig anwendet, sondern auch dann, wenn er — wie im vorliegenden Falle — seinem Urteile irrtümlicherweise eidgenössisches statt kantonales Recht zu Grunde legt. Die Berufung ist daher gutzuheissen und die Sache

an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Frage, ob die Feststellungsklage statthaft sei, nach kantonalem Recht entscheide und wenn ja die Rechtsbegehren der Parteien materiell beurteile.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 25. November 1919 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.