

selbst dann nämlich, wenn nicht auf die allgemeine 10jährige Frist des § 782, sondern auf die 20jährige Spezialfrist des § 784 abgestellt wird (die indessen dem Wortlaute dieser Bestimmung nach im Sinne der Unterscheidung des § 782 nur Bezug zu haben scheint auf « Sachen », nicht auch auf Rechte, d. h. andere Rechte als das Eigentum, wie ein solches hier vorliegt).

Nun hat freilich der Beklagte die Verjährungsvorschriften des luz. BGB nicht namhaft gemacht, sondern sich zur Begründung seiner Verjährungseinrede ausschliesslich auf das bis über die Zeit der Helvetik hinaus in Kraft gebliebene « Municipale oder Stadtrecht der löbl. Stadt Luzern » berufen. Doch dürfen jene neueren Gesetzesbestimmungen gleichwohl beigezogen werden, da das Bundesgericht bei Beurteilung der Verjährungseinrede in der Rechtsanwendung auf den gegebenen Tatbestand nach allgemeinem Prozessgrundsatz, dem die positive Vorschrift in Art. 3 Bundes-ZPO vom 22. November 1850 (wonach « ausländische, kantonale und örtliche Rechtsgrundsätze » von der Partei, welche sich darauf stützen will, angeführt und im Bestreitungsfall bewiesen werden sollen) wenigstens mit Bezug auf gerichtsnotorisches kantonales Recht wohl nicht zwingend entgegensteht, an die Rechtserörterungen der Parteien nicht gebunden ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das streitige Recht schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch Verjährung erloschen ist oder aber, wie die Klägerin einwendet, die niemals zur Durchführung gelangte Gesetzgebung der Helvetik überdauert hat. Denn es genügt die unbestrittene Tatsache, dass es jedenfalls in den 1870<sup>er</sup> Jahren, als die moderne Fischereigesetzgebung ihren Anfang nahm, völlig in Vergessenheit geraten war und in der Folge so lange nicht mehr zur Geltung gebracht worden ist, bis es, wie festgestellt, nach der Rechtsordnung dieser neueren Zeit der Verjährung anheimgefallen war. Diese Feststellung führt ohne weiteres zur Abweisung der Klage.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

## VI. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 101. *Entscheid des Gesamtgerichts vom 16. November 1915* i. S. *Siegenthaler gegen Stofer.*

Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde gegen *Administrativentscheide*, insbesondere in Angelegenheiten der *freiwilligen Gerichtsbarkeit*, sofern es sich in der Hauptsache um eine Frage des Zivilrechts handelt.

A. — Am 17. Februar 1915 hat der Gemeinderat von Littau in Anwendung des Art. 694 ZGB, sowie der §§ 8 und 91 des luz. Einführungsgesetzes, dem Rekursbeklagten ein « Notweg- und Fahrrecht über das vom Staate erworbene Reussgebiet . . . durch die Liegenschaft Hafnerai-Krummfluh des Gottfr. Siegenthaler auf der schon bestehenden Strasse » bewilligt.

Ein von Siegenthaler gegen diesen Entscheid ergriffener Rekurs wurde vom Regierungsrat des Kantons Luzern als « Rekursinstanz in allen Verwaltungsstreitigkeiten » am 15. Mai 1915 in der Hauptsache abgewiesen.

B. — Gegen den Entscheid des Regierungsrates hat Siegenthaler die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen, weil der Regierungsrat die präjudizielle Frage, ob der Rekursbeklagte im Sinne des Art.

694 ZGB « Grundeigentümer » sei, nach kantonalem statt nach eidgenössischem Recht (Art. 655 ff. ZGB) entschieden habe und daher der in Art. 87 Ziff. 1 OG vorgesehene Beschwerdegrund zutreffe.

C. — In ihrer Sitzung vom 13. Juli 1915, in welcher diese zivilrechtliche Beschwerde zur Behandlung kam, hat die II. Zivilabteilung an der Auffassung festgehalten, dass eine solche, gegen einen Administrativentscheid gerichtete, auf Art. 87 Ziff. 1 OG gegründete zivilrechtliche Beschwerde aus den in BGE 41 II S. 297 f. dargelegten Gründen unzulässig sei. Da jedoch die staatsrechtliche Abteilung in BGE 40 I S. 433 ff. die entgegengesetzte Auffassung vertreten hat (welchen Entscheid die II. Zivilabteilung bei Erlass des in BGE 41 II S. 297 f. abgedruckten nicht gekannt hatte), beschloss die II. Zivilabteilung, die grundsätzliche Frage, « ob die zivilrechtliche Beschwerde auch gegen Administrativentscheide zulässig sei, oder ob unter « Zivilsachen » im Sinne des Art. 87 OG nur Zivilstreitigkeiten zu verstehen seien, » gemäss Art. 23 Abs. 2 OG dem Gesamtgericht zu unterbreiten.

Das Gesamtgericht zieht  
in Erwägung:

1. — Die beiden Abteilungen, um deren Meinungsverschiedenheit es sich handelt, stimmen darin überein, dass die in Art. 86 und 87 revid. OG eingeführte « zivilrechtliche Beschwerde » sich von der « Kassationsbeschwerde » des alten OG jedenfalls insofern unterscheidet, als das Vorliegen eines Haupturteils und sogar dasjenige eines gerichtlichen Entscheides nicht mehr erforderlich sind. Fraglich ist nur, ob an dem Requisit eines Entscheides in einer Zivilstreitigkeit, d. h. in einer Angelegenheit der sogenannten streitigen Gerichtsbarkeit festzuhalten, oder ob das neue Rechtsmittel auch gegenüber Entscheiden in An-

gelegenheiten der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzulassen sei.

2. — Für die Beantwortung dieser Frage bietet die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine sichere Handhabe, wie sich schon daraus ergibt, dass die einander widersprechenden Entscheide beider Abteilungen sich auf sie berufen konnten. Immerhin scheint der Umstand, dass das Erfordernis eines gerichtlichen Entscheides fallen gelassen wurde, eher darauf hinzudeuten, dass auch der Unterschied zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit keine Rolle mehr spielen sollte. Denn diejenigen Zivilsachen, die das ZGB und die übrige Zivilrechts- und Prozessgesetzgebung des Bundes nicht gerichtlichen Behörden überlassen haben, gehören ihrer weit überwiegenden Zahl nach nicht der streitigen, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit an; ein Bedürfnis für die in Art. 87 Ziff. 1 neu OG bezweckte Wahrung der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts hatte sich daher bei den von Verwaltungs- oder andern nicht gerichtlichen Behörden zu behandelnden Zivilsachen doch wohl in erster Linie mit Bezug auf die zahlreichen, vom Bunde neu geordneten Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit fühlbar machen müssen.

Im übrigen ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des revidierten OG gewiss auch das Bestreben des Gesetzgebers, den mit Recht als Notbehelf betrachteten staatsrechtlichen Rekurs in Zivilsachen, soweit möglich, durch eine an das Bundesgericht als Zivilgerichtshof gerichtete Beschwerde zu ersetzen. Auch aus diesem Grunde ist daher der Ausdruck « Zivilsache » in Art. 87 neu OG eher extensiv als restriktiv zu interpretieren.

3. — Ausschlaggebend ist indessen der Wortlaut des Gesetzes. Schon der Umstand, dass in Art. 87 neu OG nicht mehr, wie in dem früheren Art. 89, von

« Rechtsstreitigkeiten » (sc. Zivilrechtsstreitigkeiten), sondern allgemein von « Zivilsachen » die Rede ist, deutet darauf hin, dass an dem Requisite eines Entscheides der streitigen Gerichtsbarkeit nicht festgehalten werden wollte. Namentlich aber fällt in Betracht, dass der Begriff der « Zivilsache » in Art. 87 neu OG für beide darin vorgesehenen Beschwerdegründe (Ziff. 1 und Ziff. 2) gemeinsam aufgestellt worden ist, dass aber darunter jedenfalls bei der Anwendung der Ziffer 2 (Verletzung der Bestimmungen des BG über die zivilrechtlichen Verh.) auch Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verstehen sind. Gerade sie bildeten ja ein Hauptanwendungsgebiet der in Art. 38 vorgesehenen, damals noch im staatsrechtlichen Verfahren zu behandelnden Beschwerde. Dass aber mit der Umgestaltung dieser staatsrechtlichen Beschwerde zu einer zivilrechtlichen deren Anwendungsgebiet eingeschränkt werden wollen — abgesehen von dem ausdrücklichen Vorbehalt der « Streitigkeiten zwischen Kantonen » — erscheint als ausgeschlossen. Die II. Zivilabteilung ist denn auch selber bereits auf eine, in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergriffene zivilrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Niedergelassenengesetzes eingetreten: Urteil vom 23. Mai 1912 in Sachen Buchardi betreffend Jahrgang (AS 38 II S. 3 ff.). Es geht nun aber gewiss nicht an, den im Ingress des Art. 87 für beide Unterarten des Rechtsmittels gemeinsam aufgestellten Begriff der Zivilsache das eine Mal weiter und das andere Mal enger auszulegen. Ist er also in Bezug auf die Fälle der Ziffer 2 in dem angegebenen weiteren Sinn zu interpretieren, so muss ihm dieselbe weitere Auslegung auch in Bezug auf die Fälle der Ziffer 1 zuteil werden.

Dieses Argument lässt sich nicht etwa umkehren, in dem Sinne, dass mit Rücksicht auf die Entstehung des in Ziffer 1 vorgesehenen Rechtsmittels aus der früheren Kassationsbeschwerde jedenfalls dieses Rechtsmittel

nur gegen Entscheide der streitigen Gerichtsbarkeit zulässig sein könne, und dass dann, weil der Begriff der « Zivilsache » in Ziffer 1 und 2 der nämliche sein müsse, dasselbe auch hinsichtlich des in Ziffer 2 eingeführten Rechtsmittels zu gelten habe. Ebenso wie dies anerkanntermassen hinsichtlich der früheren Requisite des Haupturteils und der gerichtlichen Erledigung der Fall ist, so hat sich auch in Bezug auf das frühere Requisite der Zivilstreitsache nicht das bisher weitere Rechtsmittel (dasjenige wegen Verletzung des Niedergelassenengesetzes) dem bisher engeren (wegen Anwendung kantonaler oder ausländischer statt eidgenössischen Rechts), sondern umgekehrt das bisher engere dem bisher weiteren anzupassen. Denn einerseits war es offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers, die eidgenössische Kontrolle der Anwendung des Niedergelassenengesetzes, dessen Handhabung sich in der Praxis bereits als schwierig erwiesen hatte, in dem Momente einzuschränken, da die Fälle, in denen es anzuwenden ist, seltener, zugleich aber noch schwieriger wurden, als bisher. Andererseits wollte zweifellos das frühere Rechtsmittel der Kassation wegen Anwendung kantonaler oder ausländischer statt eidgenössischen Rechts eher erweitert als eingeschränkt werden, zumal da es bisher, gerade wegen der ihm im alten OG gezogenen Schranken, der Ergänzung durch den auf Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur BV gestützten staatsrechtlichen Rekurs bedurft hatte, diese Doppelspurigkeit aber, soweit möglich, beseitigt werden wollte.

4. — Für die weitere Auslegung des Begriffs der Zivilsache in Art. 87 spricht sodann auch die Analogie des Art. 86. Zwar ist in der letztgenannten Gesetzesbestimmung, weil deren Anwendungsfälle spezifiziert werden mussten, der Ausdruck « Zivilsache » nicht verwendet. Allein durch die Unterordnung beider Artikel unter den Titel « Zivilrechtliche Beschwerde », wie auch durch die Art und Weise der Angliederung des Art. 87

an Art. 86 (zu beachten ist hier das Wort « ferner »), ist doch zum Ausdruck gebracht worden, dass es sich dabei bloss um verschiedene Anwendungsfälle eines und desselben Rechtsmittels handelt. Da sich nun Art. 86, nach der darin enthaltenen Aufzählung, u. a. gerade auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezieht, so hat dasselbe auch in Bezug auf Art. 87, insbesondere dessen Ziffer 1 zu gelten.

5. — Diesem Resultate (vergl. in demselben Sinne GIESKER, Zivilrechtliche Beschwerde, S. 168 f.) steht nicht etwa Art. 93 Abs. 2 OG entgegen, wonach das Bundesgericht in den Fällen des Art. 87 unter Umständen in der Sache selbst entscheiden kann. Aus der angeführten Gesetzesbestimmung, die allerdings die Kompetenz des Bundesgerichts in der Sache selbst voraussetzt, würde die Unzulässigkeit einer zivilrechtlichen Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dann folgen, wenn bereits feststünde, dass das Bundesgericht nicht kompetent sei, in solchen Sachen einen materiellen Entscheid zu fällen. Nun ergibt sich aber aus Art. 93 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 86 gerade die Kompetenz des Bundesgerichts, auch in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bezw. in einer von dem betreffenden Kanton als Administrativsache behandelten Angelegenheit, materiell zu entscheiden. Ist es aber hiezu in den Fällen des Art. 86 kompetent, so bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulassung solcher materieller Entscheide des Bundesgerichts auch in den unter Art. 87 fallenden Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; dies umso weniger, als ja in den Fällen des Art. 87 das Gesetz den Erlass eines vom Bundesgericht zu fällenden materiellen Entscheides ausdrücklich davon abhängig macht, dass die Sache spruchreif sei, diese Bedingung aber in der Mehrzahl der Fälle nicht erfüllt sein wird.

Dagegen setzt Art. 93 dem Begriff der « Zivilsache »

im Sinne des Art. 87 allerdings insofern eine Schranke, als daraus geschlossen werden muss, dass bloss zivilrechtliche Vorfra gen in Streitigkeiten aus andern Rechtsgebieten nicht geeignet sind, den Gegenstand einer zivilrechtlichen Beschwerde zu bilden. Denn einen Entscheid in der Sache selbst kann das Bundesgericht als Zivilgerichtshof selbsverständlich nur in solchen Fällen erlassen, in denen die Hauptfrage zivilrechtlicher Natur ist. Eine zivilrechtliche Vorfrage in einem Steuerstreite oder in einer Strafsache vermag daher den Gegenstand einer zivilrechtlichen Beschwerde nicht zu bilden. Anders verhält es sich dagegen in einem Falle wie dem vorliegenden, in welchem gerade die Hauptfrage (ob dem Rekursbeklagten gemäss Art. 694 ZGB ein Anspruch auf einen Notweg zustehe) zivilrechtlicher Natur ist. In einem solchen Falle ist nach den vorstehenden Erwägungen die zivilrechtliche Beschwerde zulässig und das Bundesgericht, sofern der Fall spruchreif ist, sogar zur Entscheidung in der Sache selbst kompetent.

Demnach hat das Gesamtgericht  
beschlossen:

Die dem Gesamtgericht vorgelegte grundsätzliche Frage wird dahin entschieden, dass die zivilrechtliche Beschwerde auch gegen Administrativentscheide, insbesondere in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zulässig ist, sofern es sich in der Hauptsache um eine Frage des Zivilrechts handelt.