

Einverständnis mit Ernst als dessen Ersatzmann für die vorliegende Angelegenheit in das Schiedsgericht eingetreten ist. Dieser Umstand für sich allein schon weist zwingend auf eine Unterwerfung der Klägerin unter das Schiedsgericht hin.

Gegen den Art. 17 aOR soll der abgeschlossene Schiedsvertrag und das darauf gegründete Verfahren, namentlich das angefochtene Schiedsurteil, deshalb verstoßen, weil die Schiedsrichter als Besteller des fraglichen Wasserrades in eigener Sache gehandelt hätten. Den Werkvertrag betreffend die Erstellung des neuen Wasserrades haben aber die Schiedsrichter nicht für sich selbst als Vertragspartei abgeschlossen; denn das Rad benötigten sie zweifellos nicht für sich und übrigens wäre dann der Schiedsrichter A. Ernst, der bei der Bestellung mitwirkte, gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der Werklohnforderung geworden. Vielmehr erteilten sie die Bestellung auf Grund des zwischen dem Verkäufer Straub und dem Käufer Zwicky abgeschlossenen Schiedsvertrages, vermöge dessen sie hinsichtlich der streitigen Liegenschaft gewisse Verwaltungsbefugnisse in Anspruch nahmen, und dabei konnten sie sich zudem noch auf eine besondere Bevollmächtigung dieser Parteien stützen. Sie bestellten somit das Rad als Vertreter und für Rechnung jener Kaufpartei, die es schliesslich, nach der im Urteil zu treffenden Regelung, angehen werde. Dessen musste sich auch die Klägerin bewusst sein, schon deshalb, weil ihr Teilhaber Ernst Mitglied des Schiedsgerichtes und als solcher über die Sachlage unterrichtet war. Demnach können die Beklagten jedenfalls nicht als «Besteller» d. h. als Vertragskontrahten in eigener Sache gehandelt haben. Soweit aber das Auftrags- oder Vollmachtsverhältnis, kraft dessen sie den Werkvertrag abschlossen, als Grund für die Ungültigkeit des angefochtenen Urteils angegeben wird, ist zu sagen, dass nicht der von den Beklagten bewirkte Abschluss des Werkvertrages Gegenstand des Streites

bildet, der zwischen den Parteien dieses Vertrages (Straub und Zwicky einerseits und der Klägerin andererseits) entstanden war und den Schiedsrichtern zur Beurteilung unterbreitet wurde, sondern die Art und Weise der Vertragserfüllung, nämlich die Frage, ob die Klägerin das Werk bestellungsgemäss ausgeführt habe.

4. — Mit dem Gesagten erweist sich die Klage als unbegründet, sowohl was die Anfechtung der Verbindlichkeit des Schiedsspruches als was die gegen die Beklagten geltend gemachte Werklohnforderung anbetrifft.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 29. August 1913 bestätigt.

16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1914
i. S. A.-G. Kappeler, Klägerin,
gegen Einwohnergemeinde Turgi, Beklagte.

Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit:

- a) Als Voraussetzung der Berufung (Art. 56 OG). Massgebende Kriterien. Aufgabe der früheren Praxis: engere Auffassung in Anlehnung an die neuere Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft. Kantonales Verfahren.
- b) Bei direkten Prozessen (Art. 48 u. 50 OG). Festhalten an der bisherigen weiteren Auslegung im Interesse des Rechtsschutzes.

A. — Mit Urteil vom 28. November 1913 hat das Obergericht des Kantons Aargau folgende Rechtsbegehren der Klägerin abgewiesen:

- « Es sei zu erkennen,
» 1. dass die beklagte Gemeinde gemäss Vertrag mit
» der Klägerin vom 31. Mai 1905 die Befugnis nicht habe,
» für die Dauer des Vertrages neben ihr noch einem
» Dritten die Benützung der öffentlichen Gemeindestras-

» sen und -wege zur Erstellung elektrischer Leitungen
 » für Licht- oder Kraftabgabe, sei es an die Gemeinde
 » selbst, sei es an Private, einzuräumen und dass sie
 » nach Ablauf des Vertrages nur im Sinne des Art. 8 des-
 » selben, nämlich unter Beachtung des Vorzugsrechtes
 » der Klägerin bei gleichem Angebote, diese Befugnis
 » haben werde ;

» 2. dass die beklagte Gemeinde deshalb der Klägerin
 » gegenüber verpflichtet sei, die Schweizerische Bronce-
 » warenfabrik A.-G. in Turgi an der unternommenen
 » Erstellung von elektrischen Leitungen auf bzw. über
 » den Gemeindestrassen und -wegen, die zur Licht-
 » und Kraftabgabe bestimmt seien, zu verhindern und
 » was schon erstellt sei zu beseitigen ;

» 3. dass die beklagte Gemeinde der Klägerin für allen
 » Schaden und Nachteil aufzukommen habe, der ihr
 » aus der Zuwiderhandlung gegen Klagschluss 2 bereits
 » entstanden sei und noch weiter entstehe, unvorgreiflich
 » des Rechtes der Klägerin, auf die Beseitigung des ver-
 » tragswidrigen Zustandes zu dringen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung
 an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf
 Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Am 31. Mai 1905 schloss die Beklagte mit der
 Firma E. Kappeler-Bebié in Turgi einen Vertrag ab,
 womit sie ihr die öffentliche Beleuchtung im Gemeinde-
 gebiet Turgi auf die Dauer von 10 Jahren übertrug und
 zu diesem Zwecke die Benützung der öffentlichen Strassen
 und Wege zugestand, soweit zur Errichtung der Masten
 und Leitungen erforderlich. Ferner räumte die Beklagte
 der Firma das Recht ein, die das Dorf durchziehenden
 Leitungen für die Zwecke der Privatbeleuchtung und
 Kraftabgabe zu verwenden. Endlich sicherte sie ihr
 für die Zeit nach Ablauf der Vertragsdauer hinsichtlich
 der öffentlichen und der Privatbeleuchtung, zu gleichen

Bedingungen, ein Vorzugsrecht gegenüber allfälligen
 Mitbewerbern zu. Die Klägerin trat als Rechtsnach-
 folgerin der Firma E. Kappeler-Bebié in diesen Vertrag
 ein. In der Folge entstand zwischen den Parteien Streit
 über dessen Auslegung : die Beklagte gestattete einem
 Dritten die Erstellung von Leitungen auf öffentlichem
 Boden behufs Stromabgabe an Private, die Klägerin
 macht ihr dieses Recht streitig und verlangt Wiederher-
 stellung des früheren Zustandes sowie Schadenersatz.

2. — Zu prüfen ist in erster Linie die Kompetenz
 des Bundesgerichts, insbesondere ob eine « Zivilrechts-
 streitigkeit » im Sinne von Art. 56 OG vorliege oder eine
 öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Massgebend ist hiefür
 die juristische Natur des Rechtsverhältnisses, in dem die
 Klägerin kraft des Vertrages vom 31. Mai 1905 zur
 Einwohnergemeinde Turgi steht. Gehört dieses Rechts-
 verhältnis dem Privatrecht an oder untersteht es dem
 öffentlichen Recht ?

Das materielle Kriterium der Unterscheidung zwischen
 öffentlichem und Privatrecht liegt darin, dass letzteres
 die Rechtsbeziehungen zwischen gleichartigen, gleichwer-
 tigen, gleichberechtigten Rechtssubjekten ordnet, wäh-
 rend das öffentliche Recht das Unterordnungsverhältnis
 des Bürgers zur Staatsgewalt regelt (vergl. BGE 29 II 427,
 34 II 794, 38 II 364, sowie FLEINER, Institut. des deut-
 schen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. S. 42 u. 51). Im vor-
 liegenden Falle hat nun die Beklagte als öffentlicher
 Verband der Klägerin gewisse Vorzugsrechte mit Monopol-
 charakter verliehen, insbesondere ein über den Gemeinge-
 brauch hinausgehendes Sondernutzungsrecht an den
 Gemeindestrassen und -wegen behufs Errichtung des
 Tragwerkes für das Beleuchtungsnetz. Hierin liegt ein
 einseitiger staatlicher Hoheitsakt. Die Einwohnergemeinde
 Turgi ist der Klägerin gegenüber nicht « privatwirtschaftlich »
 aufgetreten (vergl. OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht
 Bd. I S. 138). Sie hat nicht als gewöhnliches Privatrechtssubjekt
 gehandelt, sondern

als staatsähnlicher Organismus, kraft Amtsgewalt. Dazu kommt, dass die Ortsbeleuchtung ihrer Natur nach zweifellos zu den Aufgaben des Gemeinwesens gehört und dass die Einwohnergemeinde Turgi auch dann in Erfüllung eines öffentlichen Zweckes handelte, wenn sie die öffentliche Beleuchtung einer Privatfirma übertrug, statt sie selber durchzuführen. Das ganze Rechtsverhältnis lässt sich denn auch bei öffentlich-rechtlicher Auffassung natürlicher und ungezwungener erklären als bei Annahme eines überwiegend zivilrechtlichen Verhältnisses. Darauf, dass es im öffentlichen Recht wurzelt und von ihm beherrscht wird, weist endlich auch die Fassung der Klagebegehren hin.

Allerdings hat das Bundesgericht früher in einem ähnlichen Falle seine Kompetenz bejaht (BGE 31 II 348 f.). Allein abgesehen davon, dass die Begründung jenes Entscheides, es handle sich um ein Konkurrenzverbot, sich nicht wohl aufrechterhalten liesse, ist zu sagen, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft sich seither bedeutend entwickelt hat. Das Privatrecht wird für immer zahlreichere Rechtsverhältnisse ausgeschaltet und die öffentlich-rechtliche Auffassung verschafft sich, in Verbindung mit der Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege, für die Rechtsansprüche ökonomischer Natur zwischen öffentlichen Verbänden und Privaten je länger je mehr Geltung (vergl. FLEINER, a. a. O. S. 40 ff., sowie WEISS, Berufung S. 5).

3. — Die engere Auffassung der « Zivilrechtsstreitigkeit », zu der das Bundesgericht heute gelangt, darf freilich nur angenommen werden für Art. 56 OG, d. h. für die Zivilrechtsstreitigkeit als Voraussetzung der Berufung. Für die Streitigkeiten, die das Bundesgericht kraft Art. 110 und 114 BV, 48 und 50 OG als einzige Instanz zu beurteilen hat, hat es im Interesse des Rechtsschutzes bei der bisherigen weiteren Auslegung des Begriffes der « Zivilrechtsstreitigkeit » sein Bewenden. Auch wird die Frage, ob Fälle

wie der vorliegende nach dem kantonalen Prozessrecht als Rechtssachen behandelt werden können oder ob sie der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen, dadurch nicht berührt. Das kantonale Recht bleibt hier massgebend; nur ist der Umstand, dass eine Streitsache hienach als « Rechtssache » vor den (kantonalen) Zivilrichter gehört, nicht präjudiziell für die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht. Auf dem Gebiet, auf dem die Parteien streiten, hat übrigens das Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 in Art. 46 eine besondere öffentlich-rechtliche Beschwerde bei der Kantonsregierung und einen Rekurs an den Bundesrat eingeführt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

VII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT — POURSUITES ET FAILLITES

Siehe III. Teil N^o 10. — Voir III^e partie n^o 10.
