

## 82. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Oktober 1916

i. S. Elektrizitätsgesellschaft A.-G., in Baden, Beklagte,  
gegen Schweizerische Bundesbahnen, Klägerin.

**B e r u f u n g.** Art. 57 OG. Abgrenzung des kantonalen öffentlichen Rechts gegenüber dem Bundeszivilrecht; Anwendung des eidg. OR als subsidiäres kantonales Recht.

A. — Der Regierungsrat des Kantons Aargau erteilte im Jahr 1907 der Beklagten die Bewilligung (Konzession) zum Umbau des Wasserwerkes in der Aue, bei Baden, das sie von der Firma Spörri daselbst erworben hatte. Die Beklagte erstellte die Neuanlage in den Jahren 1907-1909; dabei ergab sich bei der Eisenbahnbrücke Baden-Wettingen eine Erhöhung des Niederwasserspiegels der Limmat gegenüber dem früheren Zustand. Die Klägerin erblickte hierin die Ursache von Senkungen des Eisenbahndammes, die sich nach einem Hochwasser vom 8. Februar 1910 und später wieder zeigten.

B. — Sie erhob deshalb gegen die Beklagte Klage, welche zweitinstanzlich durch das Obergericht des Kantons Aargau dahin gutgeheissen wurde, dass es erkannte:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin die Kosten für die Beseitigung der am Bahndamm beim linksseitigen Widerlager der untern Eisenbahnbrücke bei Wettingen infolge der Höherstauung der Limmat eingetretenen Schädigungen im Gesamtbetrage von 5377 Fr. 5 Cts. zu  $\frac{2}{3}$  = mit 3584 Fr. 70 Cts. zu ersetzen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin an die Kosten der von den Experten zur dauernden Sicherung des Bahndammes erforderlich erklärten Sporen in der im Expertengutachten festgesetzten Bauart die Hälfte zu vergüten.

3. Alle weitergehenden Begehren der Klägerin sind abgewiesen.

4. und 5. (Kosten.)

Das Urteil beruht im Wesentlichen auf folgenden

Erwägungen: Wenn es sich um eine Schadenersatzpflicht gemäss Art. 50 ff. OR handelte, müsste die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung gutgeheissen werden. Eine Schädigung aus unerlaubter Handlung aber könnte die Klägerin nur geltend machen, wenn sie behauptete, die Beklagte habe ihr Stauwehr widerrechtlich, also im Gegensatz zu der ihr erteilten Konzession erstellt. Das tue aber die Klägerin gar nicht. Sie stehe vielmehr auf dem Standpunkt, wohl habe die Beklagte nach dem Rechte der Konzession gebaut, allein die Wirkungen dieses Baues seien eben andere geworden, als wie man sie seinerzeit vorausgesehen habe. Durch den Bau des Stauwehrs habe die Beklagte auch keine widerrechtliche Handlung begangen, denn nachdem ihr der Regierungsrat des Kantons Aargau die Konzession erteilt habe, habe sie in Ausübung dieses Rechts so bauen dürfen, wie sie gebaut habe. Allein die regierungsrätliche, also die staatliche Bewilligung sei keine unbedingte, vorbehaltlose gewesen, sie habe vielmehr in § 7 ausdrücklich den Vorbehalt der Rechte des Staates und Dritter für allen direkten und indirekten Schaden und zwar ohne Rücksicht auf ein Verschulden der Beklagten enthalten. Der Anspruch der Klägerin beruhe also auf der Konzession des Staates an die Beklagte, somit auf einem Rechtsakt der Staatshoheit, und nicht auf einer privatrechtlichen Grundlage. Daraus folge, dass der Anspruch der Klägerin nicht vom Privatrechte, sondern vom öffentlichen Rechte beherrscht werde. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Klägerin ihr Recht auf dem Wege des Zivilprozesses suchen müsse, weil der enge Rahmen des Gesetzes über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Juni 1841 für die Erledigung solcher Ansprüche im Administrativprozesse keinen Raum lasse. Es habe daher in materieller Beziehung das öffentliche Recht des Kantons Aargau zur Anwendung zu kommen. Als solches gelte mangels eines Spezialgesetzes bis zum 31. Dezember 1911 das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch

für den Kanton Aargau, speziell dessen Vorschriften über das Obligationenrecht. Dieses Recht gelte als öffentliches Recht zur Zeit der im Jahre 1910 erfolgten Schädigung der Klägerin. Da das aarg. OR aber in seinem § 852 durchweg nur eine zehnjährige Verjährungsfrist gekannt habe, habe eine Verjährung des klägerischen Anspruchs unter dem alten Rechte, also bis zum 31. Dezember 1911, nicht eintreten können. Nachdem durch das rev. SOR mit Wirkung ab 1. Januar 1912 das alte aargauische OR schlechtweg beseitigt worden sei, sei an dessen Stelle das rev. SOR getreten, das jedoch nicht als Bundesrecht, sondern als subsidiäres aargauisches öffentliches Recht zur Anwendung zu kommen habe.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen :

Die Dispositive 1, 2, 4 und 5 des obergerichtlichen Urteils seien aufzuheben und alle Klagebegehren der Klägerin abzuweisen ;

eventuell sei die Beklagte nur zu einem Drittel des auf Grund von Klagebegehren II a festgestellten Schadens von 5377 Fr. 5 Cts., also zu nur 1792 Fr. 35 Cts., zu verurteilen... ;

ganz eventuell seien vor Erläss des Endurteils gemäss obigen Begehren die Beweiserhebungen gemäss den Bemerkungen und Begehren zum Gutachten von Anfang September und gemäss den Beweisanträgen in Antwort und Duplik anzuordnen, unter Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

Die Beklagte behauptet, das Streitverhältnis sei ein privatrechtliches und nach OR zu beurteilen. Die Ansicht des Obergerichts, dieses komme nicht als Bundesrecht, sondern als subsidiäres aargauisches öffentliches Recht zur Anwendung, sei nicht massgebend und unrichtig. Durch die Konzession seien nur an die Beklagte Rechte verliehen worden, nicht auch an Dritte. Nur die bestehenden Rechte Dritter seien vorbehalten worden. Trotz dieses Rechtsvorbehaltes zu Gunsten Dritter bleibe aber

der Anspruch des Dritten bei Schädigung durch das konzessionierte Werk ein solcher aus unerlaubter Handlung, d. h. aus OR (Art. 50 ff. und 67 a OR) ; die Handlung werde nicht erst unerlaubt wegen der Konzession, sondern sie bleibe es trotz ihr.

D. — Die Klägerin beantragt mit Eingabe vom 12. September, auf die Berufung nicht einzutreten, weil bei Beurteilung der Streitsache nicht schweizerisches OR, sondern kantonales-öffentliches Recht zur Anwendung komme. Eventuell schliesst sie sich der Berufung an, mit den Anträgen :

Das Bundesgericht möge in Abänderung des obergerichtlichen Urteils vom 16. Juni 1916 erkennen :

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den ganzen infolge der Dammsenkungen im Februar und Juni 1910 entstandenen Schaden im Betrage von 15 000 Franken zu ersetzen ; eventuell habe die Beklagte der Klägerin ausser dem zugesprochenen Betrag von 3584 Fr. 70 Cts. noch  $\frac{2}{3}$  der Kosten für die von den Experten als unumgänglich notwendig bezeichnete Umsetzung des sog. Sporens am untern Böschungskegel zu vergüten.

2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin die sämtlichen Kosten der von den Experten zur dauernden Sicherung des Bahndammes nötig erklärten vier Sporen in der im Expertengutachten festgesetzten Bauart zu vergüten ; eventuell habe die Beklagte der Klägerin an diese Kosten mindestens  $\frac{2}{3}$  zu ersetzen.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung :

1. — Die Vorinstanz stützt ihre Entscheidung auf die Annahme, dass der von der Klägerin erhobene Rechtsanspruch von der Bestimmung der der Beklagten erteilten Konzession beherrscht werde, welche lautet :

« Für allen direkten und indirekten Schaden, den der Staat oder Dritte in bestehenden Rechten erleiden und welcher mit der Ausführung und mit dem Betrieb der

» projektierten Anlage in ursächlichem Zusammenhang  
» steht, haftet der jeweilige Konzessionsinhaber. »

Diese Bestimmung ist öffentlich-rechtlicher Natur. Sie bildet einen Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen Aktes, einer Konzession, und enthält eine im öffentlichen Recht ruhende Auflage an den Konzessionsinhaber. Diese Auflage geht nicht etwa bloss dahin, allfällig aus dem Zivilrecht sich ergebende Verpflichtungen bei vorkommenden Schädigungen zu erfüllen (in welchem Fall man von einem blossen, übrigens selbstverständlichen, Vorbehalt zu Gunsten der bestehenden Zivilrechte sprechen könnte), sondern sie regelt die Verpflichtungen des Konzessionärs dem Staat und Dritten gegenüber selbständig, was u. a. auch aus dem darin ausgesprochenen Grundsatz der blossen Kausalhaftung hervorgeht. Dass der Kanton mit der Konzession eine derartige Auflage verbinden, resp. die Erteilung an dieselbe knüpfen konnte, unterliegt keinem Zweifel. Die Erteilung einer solchen Konzession wird vom öffentlichen Recht beherrscht und die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB).

2. — Gehört aber die Rechtsnorm, gestützt auf welche die Vorinstanz das Klagebegehren in dem laut Dispositiv 1 und 2 ihres Urteils bestimmten Umfange gutgeheissen hat, dem kantonalen öffentlichen Recht an, so ist das Bundesgericht nicht kompetent, die Entscheidung zu überprüfen. Die Ausführung der Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz den Sinn der betreffenden Vorschrift der Konzession nicht getroffen habe, und dass diese vielmehr lediglich allfällige zivilrechtliche Ansprüche Dritter habe vorbehalten wollen, ist hinsichtlich der Kompetenzfrage unbehelflich. Denn die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichts auf einer Verletzung des Bundesrechts beruhe; wie die fragliche Konzession auszulegen sei, bestimmt sich aber, da diese öffentlich-rechtlichen Charakters ist, nicht nach

Bundesrecht, sondern nach dem kantonalen öffentlichen Recht. Das Bundesgericht ist daher an die Auslegung der Vorinstanz über den Sinn der betreffenden Konzessionsbestimmung gebunden, und hat auf Grund ihrer Entscheidung davon auszugehen, dass diese Bestimmung dem Konzessionär eine eigenartige, vom öffentlichen Recht beherrschte Verpflichtung habe auflegen wollen.

3. — Nun hat allerdings die Vorinstanz weiterhin ausgeführt, als Inhalt des hier massgebenden kantonalen öffentlichen Rechtes gelten die Bestimmungen des rev. SOR. Allein daraus lässt sich die Zulässigkeit der Berufung nicht ableiten; denn auch diese Ausführung der Vorinstanz wird ausschliesslich vom kantonalen öffentlichen Recht beherrscht. Nach diesem Recht bestimmt sich, ob innerhalb seines Bereiches auf die im eidg. OR niedergelegten Rechtsnormen abzustellen sei, bzw. ob letztere als subsidiäres aargauisches öffentliches Recht zur Anwendung zu gelangen haben. Kommen die Bestimmungen des eidg. OR lediglich kraft kantonalen Anordnung zur Anwendung, so sind sie nicht Bundesrecht im Sinne des Art. 57 OR, sondern Bestandteil des kantonalen Rechts. Dass sie aber nicht kraft bundesrechtlicher Anordnung Platz greifen, ist bereits oben ausgeführt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

83. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1916  
i. S. Wolter, Beschwerdeführerin,  
gegen Egger, Beschwerdebeklagte.

Art. 87 O G; Rechtsöffnungsstreitigkeiten sind keine  
Zivilsachen im Sinne dieser Gesetzesbestimmung.

A. — Am 2. Oktober 1903 verkaufte Marie Gsteiger-  
Baumann die Hotelbesitzung « Alpina » in Grindelwald