

IV. Pressfreiheit. — *Liberté de la presse.*

Vergl. Nr. 112 Erw. 4.

V. Gerichtsstand. — *Du for.*

*Das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsinstanz.
Le Tribunal fédéral
comme instance unique en matière civile.*

113. Urteil vom 10. November 1909 in Sachen
Fiskus des Kantons St. Gallen gegen Wiskak.

Staatsrechtlicher Rekurs wegen Verletzung des in Art. 110 Ziff. 4 BV und 48 Ziff. 4 OG unter gewissen Voraussetzungen gewährleisteten Rechtes auf Anrufung des Bundesgerichtes als einziger Zivilgerichtsinstanz. Bis zu welchem Zeitpunkte kann der vor dem kantonalen Richter belangte Beklagte für die Bundesgerichtsbarkeit optieren? Unbrauchbarkeit des Begriffs der Litiskontestation in diesem Zusammenhange. Erheblichkeit der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt nach dem betr. kantonalen Prozessrecht die Kompetenz des kantonalen Richters bestritten werden kann.

A. — Durch Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 3. August 1906 war der Rekurrent dazu gehalten worden, einen Seilerschuppen, den er auf seiner Liegenschaft „Kogenau“ an der Goldach erstellt hatte, zu beseitigen. Ein gegen diese regierungsrätliche Verfügung ergriffener Rekurs wurde vom Bundesgericht am 11. Januar 1907 als unbegründet abgewiesen, wobei am Schlusse des Urteils bemerkt wurde: „Die Frage endlich, ob im übrigen der Rekurrent für die Beseitigung seiner Seilerbahn dem Staate gegenüber Anspruch auf Entschädigung hat, ist nicht hier, sondern in einem allfälligen Zivilprozeß zu entscheiden. Es muß dem Rekurrenten überlassen bleiben, wenn er es für angezeigt hält, hierüber den zuständigen Richter anzurufen.“

B. — Am 2. Dezember 1907 meldete Wiskak nun beim Ver-

mittleramt Goldach gegen die Kantone St. Gallen und Thurgau eine Klage an, mit welcher er „Anerkennung und Bezahlung einer Schadenersatzforderung von 5057 Fr. 20 Cts. nebst 5 % Zins“ verlangen, eventuell das Begehren stellen werde, die Beklagten hätten das Expropriationsverfahren einzuleiten. Am 21. November 1907 fand der amtliche Sühneversuch statt. Der vom Vermittleramt ausgestellte Leitschein enthält hinsichtlich der Stellungnahme des beklagten Kantons St. Gallen nur die Bemerkung: „Beklagter Staat St. Gallen bestreitet die Einlassungspflicht und die Klage materiell, unter Kostenfolge.“

Hierauf reichte Wiskak beim Bezirksgericht Goldach seine Klage ein, mit folgendem Rechtsbegehren:

„1. Es sei gerichtlich festzustellen, daß die Grundeigentumsrechte „des Klägers an seiner Liegenschaft in „Kogenau“ durch die „Geltendmachung eines Bauverbotes ab Seite der Beklagtschaft „in schadenersatzpflichtiger Weise geschmälert worden seien; es sei „daher die Beklagtschaft pflichtig, die laut Leitschein eingeklagte „Forderung von 5057 Fr. 20 Cts. samt Zins à 5 % seit „21. Dezember 1907 anzuerkennen und an Kläger zu bezahlen.“

„2. Eventuell: Es sei die Beklagtschaft den gegenüber dem „Kläger geltend gemachten Rechtsanspruch, daß auf der Liegenschaft „in „Kogenau“ keinerlei Bauten errichtet werden dürfen, auf dem „Wege des Expropriationsverfahrens nachträglich zu erwerben und „es sei in letzterem die im ersten Rechtsbegehren umschriebene „Entschädigungsforderung des Klägers festzustellen;

„Alles im Sinne der Klagebegründung und unter Kostenfolge.“

Der Beklagte, Kanton St. Gallen, erhob in seiner schriftlichen Klagebeantwortung in erster Linie eine Uneinlässigkeitsvorfrage in der Formulierung:

„Ist nicht gerichtlich zu erkennen, der Beklagte habe sich auf „die Klage vor dem angerufenen Richter nicht einzulassen, unter „Kostenfolge?“

Unter der Überschrift, „Rechtliches“ enthielt die Klagebeantwortung folgende Stelle:

„Beklagte bestreitet die Einlassungspflicht: a) gemäß Art. 48 „Ziffer 3 OG . . .“

Es steht fest, daß es sich bei der Zitierung von Art. 48 Ziffer

3 OG um einen bloßen Schreibfehler handelte, indem es heißen sollte: „Art. 48 Ziffer 4 OG.“

Das Bezirksgericht schützte diese Uneinlässlichkeitseinrede des Kantons St. Gallen und bemerkte in der Urteilsbegründung, der beklagte Fiskus habe „rechtzeitig die Anrufung des Bundesgerichtsteils unmißverständlich, teils ausdrücklich ausgesprochen.“

C. — Diesen Entscheid des Bezirksgerichtes zog Wistat an das Kantonsgericht weiter, worauf dieses mit Urteil vom 29. März 1909 erkannte:

„Die Uneinlässlichkeitsvorfrage des beklagten Kanton St. Gallen „ist gegenüber Klagebegehren 1 abgewiesen, dagegen gegenüber „Klagebegehren 2 geschützt.“

Das Urteil des Kantonsgerichtes beruht, soweit es die Abweisung der Uneinlässlichkeitsvorfrage gegenüber dem ersten Klagebegehren betrifft, auf folgender Argumentation: Laut Leitschein habe der beklagte Kanton St. Gallen vor Vermittleramt lediglich die Einlassungspflicht als solche bestritten, woraus nicht ersichtlich sei, daß eine Berufung auf die Zuständigkeit des Bundesgerichtes stattgefunden habe. Vor Bezirksgericht habe er allerdings seine Uneinlässlichkeitsvorfrage u. a. unter Hinweis auf Art. 48 OG begründet. Das hätte jedoch schon vor Vermittleramt geschehen sollen. Wenn der Beklagte unter Berufung auf die kantonsgerichtliche Praxis (1903 Nr. 2) geltend mache, daß Uneinlässlichkeitseinreden nicht schon im Vermittlungsvorstand vorgebracht werden müssen, so sei demgegenüber folgendes zu bemerken: Es handle sich in casu gar nicht um eine auf den Mangel von Prozeßhindernissen gestützte Uneinlässlichkeitseinrede, denn neben der Zuständigkeit des Bundesgerichtes sei auch diejenige des kantonalen Gerichtes gegeben; das letztere werde erst mit dem Augenblick unzuständig, da eine der Parteien die Beurteilung der Streitsache durch das Bundesgericht verlange. Dieses Verlangen müsse jedoch, wie das Bundesgericht in Sachen Arnold gegen Uri (US 21 S. 40) ausgeführt habe, der Litiskonfestation vorangehen. Da nun aber nach st. gallischem Prozeßrecht die Litiskonfestation, wenn nicht schon mit der Bestellung der Vorladung vor Vermittleramt, so doch jedenfalls mit der Abhaltung des Vermittlungsvorstandes eintrete, so sei die Uneinlässlichkeitseinrede des beklagten Kantons St. Gallen

verspätet. Zu dieser Auffassung führe auch der im Rechtsleben nach Möglichkeit zur Geltung zu bringende Grundsatz der guten Treue, wonach der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, schon bei Anhebung der Klage dem Kläger seinen Willen, das Bundesgericht anzurufen, kundzugeben und nicht erst im schriftlichen Vorverfahren vor erster Instanz, nachdem dem Kläger bereits nicht unerhebliche Kosten erwachsen waren.

D. — Gegen das kantonsgerichtliche Urteil hat der Kanton St. Gallen rechtzeitig und formrichtig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung desselben in dem Sinne, daß das Bundesgericht als „einzig zuständig“ erklärt werde zur Beurteilung der zwischen dem Rekursbeklagten und dem st. gallischen Fiskus obwaltenden zivilrechtlichen Streitigkeit.

E. — Der Rekursbeklagte hat Abweisung des Rekurses beantragt.

F. — Aus der st. gallischen ZPD vom 31. Mai sind zu zitieren:

Art. 133 Abs. 1: Sollte der Kläger oder der Beklagte nach Schluß des ordentlichen Vermittlungsverfahrens eine Änderung rücksichtlich der am Streite beteiligten Personen oder des Rechtsbegehrens wünschen, so kann er die Abhaltung eines neuen Vermittlungsvorstandes verlangen, wenn er sich ausweist, daß der Streitfall noch nicht beim Richter anhängig gemacht ist.

Art. 137 Abs. 1: Der Rechtsstreit wird dadurch bei Gericht anhängig gemacht, daß der Kläger oder der Beklagte unter Erlegung der vorgeschriebenen Gebühr innert der in Art. 131 festgesetzten Frist die Einschreibung bei der Kanzlei des zuständigen Gerichtes vornehmen läßt.

Art. 197 Abs. 1 (steht unter dem Titel „Verfahren vor Bezirksgericht bzw. Kantonsgericht, a) Vorverfahren“): Sofern Vorfragen erhoben worden sind, welche den Gerichtsstand oder die Gerichtskompetenz, oder die Frage der Einlassungspflicht betreffen, hat sich das gerichtliche Vorverfahren auf die hierauf bezüglichen Behauptungen, Bestreitungen und Beweismittelproduktionen zu beschränken, es sei denn, daß die betreffende Partei deren Behandlung in Verbindung mit der Hauptsache verlangt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Behandlung des vorliegenden Rekurses ist gegeben. Art. 110 BB, welcher dem Bundesgericht die zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits zuweist, wenn der gesetzliche Streitwert gegeben ist und eine Partei die Beurteilung durch das Bundesgericht verlangt, enthält zweifellos die Einräumung eines Individualrechts auf Anrufung der Bundesgerichtsbarkeit unter den in diesem Artikel normierten Voraussetzungen. Es wird, wenn die eine Partei ein Kanton, die andere ein Privater oder eine Korporation ist und der Streitwert eine gewisse Höhe erreicht, jede Partei berechtigt erklärt, statt des kantonalen Richters das Bundesgericht anzurufen. Da dieses Wahlrecht durch die Bundesverfassung selbst gewährleistet wird, so ist dasselbe als ein verfassungsmässiges Recht im Sinne der Art. 175 Ziff. 3 und 178 OG zu bezeichnen, d. h. als ein Recht, gegen dessen Verletzung der staatsrechtliche Rekurs ergriffen werden kann.

Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Behandlung des vorliegenden Rekurses ist somit jedenfalls auf Grund von Art. 175 und 178 OG in Verbindung mit Art. 110 BB gegeben, und es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob dieselbe ausserdem auch noch auf Art. 189 Unterabsatz zu Abs. 2 OG gegründet werden könnte.

2. — In der Sache selbst ist zunächst zu konstatieren, daß nach übereinstimmender Auffassung der Parteien sowohl als der kantonalen Gerichte die nach Art. 110 Ziff. 4 BB bzw. 48 Ziff. 4 OG in erster Linie erforderlichen Voraussetzungen der Anrufung des Bundesgerichtes, d. h. das Vorliegen einer zivilrechtlichen Streitigkeit zwischen einem Privaten und einem Kanton, sowie eines Streitwertes von mindestens 3000 Franken, erfüllt sind. Die Schadenersatzklage Wistats hat nach der zur Zeit noch herrschenden Auffassung in der Tat zivilrechtlichen Charakter denn der Rekursbeklagte macht mit seinem ersten und Hauptrechtsbegehren, das heute einzig in Frage steht, einen privatrechtlichen Schadenersatztitel geltend, den er aus dem kantonalen Dienstbarkeitsgesetze herleitet.

Streitig ist darnach im gegenwärtigen (staatsrechtlichen) Verfahren bloß die Frage, ob der Rekurrent das Recht auf Anrufung des Bundesgerichtes als einziger Zivilgerichtsinstanz dadurch verwirkt habe, daß er nicht schon im Vermittlungsverfahren klar und bestimmt den Willen kund gegeben habe, auf Grund des Art. 48 Ziffer 4 OG die Beurteilung durch das Bundesgericht zu verlangen.

3. — Das st. gallische Kantonsgericht unterscheidet in seinem Urteile mit Recht zwischen der Erklärung, das Wahlrecht zu Gunsten der Bundesgerichtsbarkeit ausüben zu wollen, einerseits, und der darauf gestützten Einrede der Unzuständigkeit des kantonalen Richters anderseits. Gewiß handelt es sich hier um zwei rechtlich durchaus von einander verschiedene Parteihandlungen, deren eine (die Ausübung des Wahlrechtes) grundsätzlich dem eidgenössischen Rechte untersteht, während die andere (die Erhebung der Inkompetenzeinrede) ausschließlich vom kantonalen Prozeßrechte beherrscht wird. Daraus folgt indessen nicht, daß die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte die betreffende Erklärung abgegeben werden könne, bezüglich jeder der beiden in Betracht kommenden Parteierklärungen selbständig und ohne Rücksicht auf die andere zu beantworten sei, insbesondere daß die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt das Wahlrecht ausgeübt werden müsse, davon unabhängig sei, bis zu welchem Zeitpunkte die Inkompetenzeinrede erhoben werden könne, wie dies in dem angefochtenen Urteil angenommen wurde. Vielmehr findet hier eine Rückwirkung des kantonalen Prozeßrechtes auf die an sich dem eidgenössischen Rechte unterstehende Frage betreffend den Zeitpunkt der Ausübung jenes Wahlrechtes statt. Denn, da über diese letztere Frage weder Art. 110 BB noch Art. 48 OG positive Bestimmungen enthält, so muß davon ausgegangen werden, daß das den Parteien durch Gesetz und Verfassung eingeräumte Wahlrecht denselben jedenfalls solange zusteht, als sie weder davon Gebrauch gemacht, noch darauf verzichtet haben. Ein stillschweigender Verzicht auf das Wahlrecht bzw. eine stillschweigende Option für die kantonale Gerichtsbarkeit kann aber bei dem vor einem kantonalen Gerichte belangten Beklagten erst dann angenommen werden, wenn derselbe den Termin, bis zu welchem er nach dem kantonalen Prozeßrecht die Kompetenz des

kantonales Gerichtes zu bestreiten berechtigt ist, unbenützt ablaufen läßt. Hat also der Beklagte nicht etwa schon vorher ausdrücklich für die kantonale Gerichtsbarkeit optiert, so steht ihm kraft eidgenössischen Rechts die Befugnis, für die Bundesgerichtsbarkeit zu optieren, jedenfalls solange zu, als er nach kantonalem Recht zur Erhebung der Kompetenzeinrede gegenüber dem kantonalen Gerichte berechtigt ist.

Im Kanton St. Gallen ist nun nach der kantonalen ZPO, wie das Kantonsgericht zum Teil ausdrücklich, zum Teil implicite anerkennt (vergl. übrigens den bei den Akten liegenden kantonsgerichtlichen Entscheid NS 1903 Nr. 2), die Bestreitung der Kompetenz des angerufenen Richters auch noch nach dem Vermittlungsvorstande und zwar (vergl. Art. 197 ZPO) bis zum Schlusse des Vorverfahrens bezw. des Schriftenswechsels zulässig. Ein stillschweigender Verzicht auf die Ausübung des dem Beklagten nach Art. 110 BB und Art. 48 OG zustehenden Wahlrechtes kann daher nicht schon in der vorbehaltslosen Einlassung vor Vermittleramt, sondern erst in der Richterhebung der Kompetenzeinrede bis zum Schlusse des Vorverfahrens erblickt werden, und es ist deshalb im vorliegenden Falle die in der Klagebeantwortung abgegebene Erklärung des Beklagten, er bestreite gestützt auf Art. 48 OG die Kompetenz des st. gallischen Richters, d. h. er optiere für die Bundesgerichtsbarkeit und bestreite gestützt hierauf die Kompetenz des kantonalen Richters, als rechtzeitig abgegeben zu betrachten.

4. — Wenn das Kantonsgericht St. Gallen in diesem Zusammenhange mit dem Begriff der Litiskonfestation operiert hat, so ist demgegenüber daran zu erinnern, daß die Wirkungen, welche das römische Recht an die Litiskonfestation knüpfte, im modernen Recht, wie übrigens auch schon im gemeinen Recht, nicht mehr alle in einem und demselben Zeitpunkte eintreten, sondern je nach der Natur der betreffenden Rechtsfolge bald an diese, bald an jene Prozeßhandlung geknüpft werden. Es kann daher daraus, daß eine bestimmte Zivilprozeßordnung gewisse im römischen Recht mit der Litiskonfestation verbundene Folgen an die Abhaltung des Vermittlungsvorstandes oder an die Einschreibung der Klage knüpft, wie dies in Art. 133

und 137 der st. gallischen ZPO geschieht, nicht geschlossen werden, daß nun deshalb auch alle übrigen früher an die Litiskonfestation geknüpften Rechtsfolgen mit der Abhaltung des Vermittlungsvorstandes bezw. mit der Einschreibung der Klage eintreten. Namentlich aber kann dies nicht bezüglich solcher Rechtswirkungen gelten, für deren Eintritt positivrechtlich ein anderer Zeitpunkt festgesetzt ist, wie dies im Kanton St. Gallen durch Art. 197 ZPO für die Verwirkung des Rechtes auf Bestreitung der Einlassungspflicht und dadurch indirekt (nach dem in Erwägung 3 hievorigen) auch für die Verwirkung des Rechtes auf Anrufung der Bundesgerichtsbarkeit geschehen ist.

Allerdings hat nun auch das Bundesgericht in dem vom Kantonsgericht St. Gallen zitierten Falle (NS 21 S. 410) den Begriff der Litiskonfestation verwendet. Allein in diesem Urteile, welches sich übrigens nicht auf das Wahlrecht des Beklagten, sondern auf dasjenige des Klägers bezog, wurde nicht etwa daraus, daß das betreffende kantonale Recht gewisse andere Wirkungen der römisch-rechtlichen Litiskonfestation in einem bestimmten Zeitpunkte eintreten lasse, geschlossen, es müsse deshalb auch diejenige Wirkung, um die es sich damals handelte (die Unzulässigkeit eines Klagerückzuges) in diesem bestimmten Zeitpunkte eintreten; sondern es wollte lediglich gesagt werden, es hänge vom kantonalen Prozeßrechte ab, ob der kantonale Richter mit einer Prozeßsache endgültig befaßt worden sei oder nicht.

Deutlicher wurde übrigens das den Parteien, insbesondere dem Beklagten, zustehende Wahlrecht in einem spätern Falle (NS 26 I S. 61 f. Erw. 2) zeitlich umschrieben, indem einfach darauf abgestellt wurde, ob der Beklagte vor dem kantonalen Gerichte bereits zur Einlassung verpflichtet gewesen sei, bezw. ob er die Frist, innert welcher er seine Einlassungspflicht wegen Inkompetenz des angerufenen Richters bestreiten konnte, unbenützt habe verstreichen lassen. Genau gleich war im vorliegenden Falle zu verfahren, und da nun nach Art. 197 der st. gallischen ZPO der Beklagte seine Einlassungspflicht noch bis zum Schlusse des Vorverfahrens bestreiten konnte, so konnte er auch noch bis zu diesem Zeitpunkte für die Bundesgerichtsbarkeit optieren.

5. — Wenn sodann das angefochtene Urteil weiterhin darauf

abstellt, daß im vorliegenden Falle die Unzuständigkeit des kantonalen Richters erst im Momente der Option für die Bundesgerichtsbarkeit eintreten können, da die st. gallischen Gerichte ja an sich zuständig gewesen seien, so ist nicht einzusehen, wieso daraus folgen soll, daß die Option notwendig in einem frühern Stadium des Prozesses, als die Erhebung der Inkompetenzeinrede, hätte stattfinden müssen. Vielmehr können zweifellos — da ja, wie das Kantonsgericht anerkennt, der kantonale Richter „mit dem Augenblick“ unzuständig wird, „da eine der Parteien die Beurteilung durch das Bundesgericht verlangt“ — beide Erklärungen gleichzeitig abgegeben werden.

6. — Was endlich die Bemerkung betrifft, daß für die Auffassung des Kantonsgerichts auch „der im Rechtsleben nach Möglichkeit zur Geltung zu bringende Grundsatz der guten Treue“ spreche, wonach der Rekurrent verpflichtet gewesen wäre, „schon bei Anhebung der Klage seinen Willen, das Bundesgericht anzurufen, kundzugeben,“ so könnte dieses Argument auch in allen andern Fällen, in denen der Beklagte die Kompetenz des angerufenen Richters bestreitet, gegen dessen Recht, hiemit bis zum Schlusse des Vorverfahrens zuzuwarten, ins Feld geführt werden. Das positive Recht des Kantons St. Gallen steht jedoch, wie der mehrerwähnte Art. 197 ZPD zeigt, nicht auf diesem Boden, sondern es läßt die Kompetenzbestreitung bis zum Schlusse des Vorverfahrens zu, obgleich dem Kläger, und unter Umständen auch dem Beklagten, dadurch höhere Kosten erwachsen, als wenn die Kompetenzbestreitung nur bis zum Schlusse des Sühneverfahrens zugelassen würde. Darf aber der Beklagte, wenn er die Kompetenz des angerufenen Richters aus andern Gründen (z. B. wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit) bestreiten will, hiemit bis zum Schlusse des Vorverfahrens zuwarten, trotzdem dadurch höhere Kosten entstehen, so ist nicht einzusehen, warum er von diesem Rechte nicht auch im Falle der Anrufung der Bundesgerichtsbarkeit Gebrauch machen dürfte.

7. — Ist hienach der vorliegende Rekurs jedenfalls schon deshalb gutzuheißen, weil der Rekurrent bis zum Schlusse des Vorverfahrens zur Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechtes befugt war, so braucht nicht untersucht zu werden, ob entgegen der An-

nahme des Kantonsgerichtes die Anrufung der Bundesgerichtsbarkeit tatsächlich schon in der Sühneverhandlung stattgefunden habe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und das angefochtene Urteil in dem Sinne aufgehoben, daß die Gerichte des Kantons St. Gallen zur Behandlung des zwischen den Parteien obschwebenden Rechtsstreites hinsichtlich des ersten Klagebegehrens unzuständig erklärt werden.