zu unterlassen, ein direkter oder indirekter Zwang gegen die Person des Schuldners behufs Naturalerfüllung unstatthaft ist, da ja bei Nichterfüllung die Verpflichtung sich in eine solche auf Schadenersatz umwandelt. Und der Grund hievon wird übereinstimmend darin gefunden, daß ein solcher Zwang auf dem Gebiete der Zivilrechtsverfolgung dem sittlichen Postulat der persönlichen Freiheit zuwider wäre; es soll niemand persönlich zu einer Handlung oder Unterlassung, die er nicht leisten will, gezwungen werden (s. *Crome, Handb. d. franz. Zivilrechts* 1894 2 S. 238 f.; *Laurent, Principes de droit civil français* Bd. 16 (1878) S. 197 ff.; *Demolombe, Cours de Code Nap.* Bd. 24 S. 486 ff.; *Krell, Ztschr. f. franz. Zivilrecht* 19 S. 160 ff. 340 ff.; vergl. auch *Friedmann, a. a. O.* S. 54 ff.). Es leuchtet ein, daß dieser Grund in gleicher Weise für Verpflichtungen, etwas zu tun, wie für solche, etwas nicht zu tun, gilt, weil ein Zwang gegen den Schuldner behufs Naturalerfüllung bei beiden in demselben Maße die persönliche Freiheit antastet, und da nun das Obligationenrecht, was die Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten, etwas zu tun oder zu unterlassen, anbetrifft, sich in bewußter und gewollter Weise auf den Boden des französischen Rechts gestellt hat, so muß hieraus ein durchschlagendes Argument dafür hergeleitet werden, daß auch nach schweizerischem Recht nicht nur bei Obligationen, etwas zu tun, gemäß Art. 111 *OD*, sondern auch bei solchen, etwas zu unterlassen, gemäß Art. 112, eine Realexecution durch Zwang gegen die Person des Schuldners nicht zulässig ist. Auf das in der Rekurschrift herangezogene deutsche Recht (*Deutsche ZPO* Art. 888 ff.), das bei Verpflichtungen, etwas zu tun oder nicht zu tun, im Anschluß ans gemeine Recht und in Übereinstimmung mit germanischen Rechtsanschauungen — allerdings mit gewissen Einschränkungen — auf dem Standpunkte der Realexecution auch gegen die Person des Schuldners steht, kann nach diesen Ausführungen für die Auslegung des Obligationenrechts nicht abgestellt werden.

7. Was hier allgemein für Verbindlichkeiten, etwas nicht zu tun, festgestellt wurde, muß speziell auch für ein vertragliches Konkurrenzverbot gelten. Das Obligationenrecht bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß beim letztern die Zulässigkeit der Realexecution sich nicht nach den allgemeinen Vorschriften beurteilen würde (vgl. auch Art. 427).

8. Aus dem Gefagten folgt, daß die Vorschriften des zürcherischen Rechtspflegegesetzes, wonach Unterlassungen, die dem Schuldner vertraglich obliegen, im Wege der Realexecution gegen die Person des letztern — durch richterliches Verbot unter Androhung von Buße oder Bestrafung wegen Ungehorsams — erzwungen werden können, mit dem Obligationenrecht in Widerspruch stehen und daher durch dieses, soweit es sich um Verbindlichkeiten nach eidg. Privatrecht handelt, aufgehoben sind, während natürlich ihrer Anwendung auf Verbindlichkeiten des kantonalen Rechts bundesrechtlich nichts im Wege steht. Der Rekurs ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und der Entscheid des Obergerichts Zürich (Rekurskammer) vom 21. Juli 1906 aufgehoben.

III. Organisation der Bundesrechtspflege.

Organisation judiciaire fédérale.

100. Urteil vom 14. November 1906

in Sachen **Stadtrat Luzern gegen 1. Jos. Albisser u. Genossen, 2. Konservative Fraktion des Großen Stadtrates von Luzern**
bezw. **Regierungsrat Luzern.**

Initiative auf Einführung des Proportionalwahlverfahrens für die Wahl des Grossen Stadtrates von Luzern. Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der Initiative durch den Grossen Stadtrat; Verneinung. Aufhebung dieses Beschlusses und Anordnung der Gemeindeabstimmung über das Initiatiobegehren durch den Regierungsrat. Rekurs hiegegen: Inkompetenz des Bundesgerichts. Kompetenz der politischen Bundesbehörden. Art. 189 Abs. 3 OG.

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. Im März 1905 wurde dem Stadtrat von Luzern gestützt auf Art. 5 der Gemeindeorganisation (vom 9. März 1899) ein mit 1770 gültigen Unterschriften gemeindestimmberechtigter Bürger

verhehenes Begehren eingereicht um Anordnung einer Urnenabstimmung über den Antrag, es sei die Vorschrift des Art. 10 der Gemeindeorganisation über die Wahl des Großen Stadtrates, näherer Formulierung gemäß, dahin abzuändern, daß die Wahl in Zukunft „nach proportionalem Wahlverfahren“ vorzunehmen sei. Der Stadtrat unterbreitete dieses Initiativbegehren mit Bericht vom 16. Dezember 1905 dem Großen Stadtrate. Dabei bemerkte er, gemäß Art. 5 der Gemeindeorganisation müsse dem Begehren entsprochen werden, und es hätten der Stadtrat und der Große Stadtrat der Gemeinde ihre Gutachten hierüber, eventuell mit einem Gegenvorschlage abzugeben. Gleichzeitig begründete er seinen Standpunkt und Antrag an die Gemeinde, es sei die verlangte Einführung des Proporz als verfassungswidrig abzulehnen und das bisherige Wahlsystem (auf Grund des absoluten Mehrs) beizubehalten. Der fragliche Art. 5 der Gemeindeorganisation bestimmt, soweit hier von Belang: „Ordentlichweise wird „die Gemeindeversammlung jedes Jahr zweimal einberufen . . . , „außerordentlichweise durch Beschluß des Stadtrates oder des „Großen Stadtrates. — Ebenso ist die Gemeinde einzuberufen, „wenn dies wenigstens 300 stimmfähige Bürger zur Behandlung „eines neuen, von den Behörden noch nicht behandelten, oder „eines von denselben in ablehnenden Sinne entschiedenen Vor- „schlages durch amtlich beglaubigte Unterschriften bei der Stadt- „kanzlei verlangen. In diesem Falle haben der Stadtrat und der „Große Stadtrat der Gemeinde ihr Gutachten über das Begehren „(Initiative), eventuell mit einem Gegenvorschlage, abzugeben. — „Jedoch kann der Stadtrat, bezw. der Große Stadtrat den Vor- „schlag annehmen, wenn das Geschäft in seine Kompetenz fällt. „In diesem Falle unterbleibt die Gemeindeabstimmung.“ In seiner Sitzung vom 24. Februar 1906 beschloß hierauf der Große Stadtrat, indem er mit Mehrheit der Rechtsauffassung des Stadtrates über den Inhalt der Initiative beirat, unter Hinweis auf Art. 16 Ziff. 1 der Gemeindeorganisation „gutachtlich“: „Es sei „auf die Proporz-Initiative, weil verfassungs- und gesetzwidrig, „nicht einzutreten, und in diesem Sinne sei die Vorlage an den „Stadtrat zurückzuweisen.“ Gegen diesen Entschluß rekurrirten einerseits die Einzelmitglieder des Großen Stadtrates Jos. Albisser und 7 Mitunterzeichner, und anderseits die konservative Fraktion

des Rates, vertreten durch ihren Präsidenten Dr. J. Grüter und ihren Aktuar Dr. L. A. Falck, an den Regierungsrat des Kantons Luzern, mit dem übereinstimmenden Begehren, der fragliche Beschluß des Großen Stadtrates sei aufzuheben und der Stadtrat von Luzern zu verhalten, unverzüglich die Gemeinde einzuberufen und derselben das Initiativbegehren zur Abstimmung vorzulegen. Der Regierungsrat erkannte am 25., mit Zustellung vom 28. April 1906 „in Anwendung des § 66 des (kantonalen) „Organisationsgesetzes“:

„1. Die Rekurse der H. Albisser und Mithaste, sowie der „H. Dr. J. Grüter und Dr. L. A. Falck namens der konservativen Fraktion des Großen Stadtrates seien begründet erklärt „und die Schlußnahme des Großen Stadtrates von Luzern vom „24. Februar 1906, durch welche die Weiterleitung der unterm „3./9. März 1905 eingereichten Initiative auf Einführung der „Verhältnißwahl bei der Wahl des Großen Stadtrates an die „Gemeindeversammlung verweigert wurde, aufgehoben.

„2. Der Stadtrat sei eingeladen, nach Maßgabe von Art. 5 „Abs. 2 und 3 der Organisation für die Stadt Luzern im Laufe „des Monats Mai 1906 eine Gemeindeversammlung zu veranstalten, welche über das unterm 3./9. März gestellte Initiativ- „begehren abzustimmen hat.“

In der Begründung dieses Entscheides tritt der Regierungsrat zunächst dem vom Stadtrate von Luzern in seiner Rekursbeantwortung namens des Großen Stadtrates eingenommenen Standpunkte, daß die Einberufung der Gemeindeversammlung über ein formell gehörig zu stande gekommenes Initiativbegehren nur notwendig sei, wenn der Große Stadtrat finde, daß der von den Initianten angeregte Beschluß weder mit Verfassung noch mit Gesetz in Widerspruch stehe, — entgegen, indem er feststellt, daß eine solche Kompetenz des Großen Stadtrates, die städtischen Initiativbegehren auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit zu überprüfen und vom Entscheide hierüber ihre Weiterleitung vor die Gemeinde abhängig zu machen, nach Verfassung und Gesetz nicht bestehe, sondern gegenteils dem Wortlaute des Art. 5 Abs. 2 der Gemeindeorganisation sowohl, als auch der regierungsrätlichen Praxis bezüglich der entsprechenden Bestimmung des kantonalen Organisationsgesetzes (§ 169 Abs. 3) und der ur-

spürlichen Meinungsäußerung des Stadtrates selbst, in seiner Botschaft vom 16. Dezember 1905 an den Großen Stadtrat, widerspreche. Sodann führt er des näheren aus, daß übrigens der Beschluß des Großen Stadtrates auch bei Anerkennung der erörterten Kompetenz desselben nicht zu schützen wäre, da der Nachweis dafür fehle, daß der Inhalt der vorliegenden Initiative sich mit der Verfassung oder dem Gesetze im Widerspruch befinde.

B. Gegen den vorstehenden Entscheid des Regierungsrates hat der Stadtrat von Luzern mit Zustimmung des Großen Stadtrates rechtzeitig sowohl beim Bundesrate, als auch beim Bundesgericht einen staatsrechtlichen Rekurs eingereicht: beim Bundesrat unter Berufung auf Art. 189 Abs. 4* OG, beim Bundesgericht ohne bestimmte Kompetenzbegründung, mehr vorsorglicher Weise, zur Sicherung für den Fall der Verneinung der Kompetenz des Bundesrates. Der Antrag des Rekurrenten geht dahin, die Rekursinstanz wolle den angefochtenen regierungsrätlichen Entscheid in allen Teilen aufheben und die beiden Beschwerden gegen die Schlußnahme des Großen Stadtrates vom 24. Februar 1906 als unbegründet abweisen. Zur Begründung werden folgende Argumente vorgebracht:

1. Der Entscheid des Regierungsrates beruhe auf ungesetzlicher Basis, weil der dadurch aufgehobene Beschluß des Großen Stadtrates gar keine vollziehbare Verfügung, sondern lediglich ein Gutachten darstelle, auf Grund dessen erst der Stadtrat, gemäß Art. 16 Ziff. 1 und Art. 35 der Gemeindeorganisation, über die (allfällig anfechtbare) weitere Behandlung des Initiativbegehrens zu entscheiden gehabt hätte.

2. Das Dispositiv 2 des regierungsrätlichen Entscheides verstoße grundsätzlich gegen die verfassungsmäßig gewährleistete Gemeindeautonomie, indem die Festsetzung des Termins einer Gemeindeabstimmung nach der Gemeindeorganisation ausschließlich Sache des Stadtrates sei.

3. Nach vernünftiger, den einschlägigen Bestimmungen anderer Kantone und der projektierten Bundesverfassungsrevision entsprechender Auslegung des Art. 5 der Gemeindeorganisation sei — entgegen der Auffassung des Regierungsrates — anzunehmen, daß der Stadtrat das Recht und sogar die Pflicht habe, ein ver-

* Genauer: Abs. 3.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

fassungswidriges Initiativbegehren nicht vor die Gemeinde zu bringen.

4. Das streitige Initiativbegehren auf Einführung des Proporzesses für die Wahl des Großen Stadtrates sei tatsächlich — ebenfalls entgegen der Argumentation des Regierungsrates — verfassungswidrig, mit der Wahlvorschrift des § 95 StW nicht vereinbar.

C. Der nach Maßgabe des Art. 194 OG zwischen Bundesrat und Bundesgericht gepflogene Meinungsaustrausch über die Kompetenzfrage hat Übereinstimmung für die Befähigung der Kompetenz des Bundesrates und Verneinung derjenigen des Bundesgerichts ergeben; —

in Erwägung:

Gegenstand der vorliegenden Streitfrage bildet das stabiluzernische Initiativbegehren um Anordnung einer Urnenabstimmung über den Antrag auf Einführung des Proportionalwahlverfahrens für die Wahl des Großen Stadtrates. Nun ist ohne weiteres klar, daß die materielle Streitfrage betreffend die Zulässigkeit des angestrebten Proportionalwahlverfahrens eine Frage betreffend kantonale Wahlen im Sinne von Art. 189 Abs. 4* OG ist (vergl. Salis, 3 Nr. 1124). Das gleiche gilt aber auch von der durch den heutigen Rekurs aufgeworfenen Hauptfrage, ob den vollziehenden Behörden ein Überprüfungsrecht des Initiativbegehrens hinsichtlich seiner staatsrechtlichen Zulässigkeit zustehe. Denn dabei handelt es sich einfach um die formale Behandlung einer Initiative: darum, ob die Handhabung dieses politischen Rechts einer behördlichen Kontrolle hinsichtlich des Inhalts des Begehrens unterstehe oder nicht. Auch diese Frage muß als eine solche betreffend die politische Stimmberechtigung und betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen im Sinne von Art. 189 Abs. 4* OG bezeichnet werden. (Vergl. hierzu den analogen Entscheid des Bundesrates in Sachen Mettler: Salis, 3 Nr. 1130 Ziff. 6 S. 242, sowie den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Zurfluh u. Komp.: US 27 I Nr. 86 S. 487 ff. und dortige Zitate.) Daraus folgt, daß jedenfalls die unter Ziff. 3 und 4 des Rekurses (Fakt. B oben) vorgebrachten Argumente durch die politischen Bundesbehörden, in erster Linie durch den Bundes-

* S. Anm. auf S. 666.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

rat, zu beurteilen sind. Diesen beiden Argumenten gegenüber aber kommt den übrigen Argumenten des Rekurses, unter Ziff. 1 und 2 desselben, lediglich sekundäre Bedeutung zu. Die Beschwerde wegen prozessualer Unhaltbarkeit des angefochtenen Entscheides (Ziff. 1) findet am richtigsten ihre Erledigung im Zusammenhange mit der erwähnten Erörterung des Initiativrechts als solchen, während die Beschwerde wegen Verletzung der verfassungsmäßigen Gemeindeautonomie (Ziff. 2) zufolge der durch Zeitablauf eingetretenen Unausführbarkeit des bezüglichen Dispositivs 2 jenes Entscheides überhaupt gegenstandslos geworden ist. Somit vermögen diese anderweitigen Argumente keine Kompetenzausscheidung zu begründen. Daß die Kompetenz des Bundesgerichts in keiner Hinsicht in Frage kommen kann, erhellt übrigens deutlich daraus, daß im Rekurse außer § 95 Luzern. StW — welcher für die verfassungsmäßig vorgeschriebenen Volkswahlen ausdrücklich den Grundsatz des absoluten Mehrs sanktioniert und demnach inhaltlich zweifellos den in Rahmen der Kompetenznorm des Art. 189 Abs. 4* OG fällt — gar keine Verfassungsbestimmung als verletzt angerufen wird, so daß die bezügliche Voraussetzung der Art. 175 Ziff. 3 und 178 OG nicht zutrifft. Andererseits kann gegen die Annahme der Kompetenz des Bundesrates aus Art. 189 Abs. 4* OG nicht etwa eingewendet werden, daß Stimmrecht der Bürger mit Bezug auf die in Frage stehende Abstimmung sei bei der gegebenen Sachlage nicht verletzt, indem der angefochtene Entscheid des Regierungsrates ja dieses Recht in vollem Maße schütze. Denn der Umstand, daß der vorliegende staatsrechtliche Rekurs nicht von den Initianten als in ihren politischen Rechten angeblich verletzten Bürgern, sondern von der ihnen entgegentretenden Gemeindebehörde ausgeht, berührt natürlich die für die Kompetenzzuweisung allein maßgebende Materie des Rekurses nicht, sondern kann nur hinsichtlich der weitem, bei gegebener Kompetenz zu erörternden Frage der Rekurslegitimation in Betracht fallen; —

erkannt:

Auf den Rekurs wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

* S. Anm. auf S. 666.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

101. Arrêt du 21 décembre 1906, dans la cause
Tissot contre Cour de cassation pénale du canton de Vaud.

Recours de droit public contre une prétendue violation de l'art. 33 de la Convention franco-suisse du 9 mars 1904, réglementant la police de la pêche dans les eaux frontières. — Irrecevabilité du recours, pour admissibilité d'un recours en cassation, en vertu des art. 163 et 182 al. 2 OJF. — Examen éventuel du recours.

Sur un rapport, daté du 13 avril 1906, du garde-pêche Bourgoz, à Saint-Sulpice (Vaud), le préfet du district de Morges, en son audience du 25 du même mois, a condamné Julien Tissot, bourgeois du Locle, domicilié à Saint-Sulpice, à 20 fr. d'amende et aux frais de citation, pour avoir contrevenu à l'art. 31 de l'arrêté cantonal du 5 février 1891 sur la police de la pêche, en tendant des filets dans le voisinage immédiat de l'embouchure de la Venoge.

Tissot ayant déclaré qu'il ne se soumettait pas à ce prononcé, le dossier fut transmis au Tribunal de police du district de Morges, lequel, par jugement du 31 mai 1906, a libéré Tissot de toute peine, et mis les frais à la charge de l'Etat. Le dit tribunal a admis que l'arrêté cantonal du 5 février 1891 avait été abrogé par la Convention conclue entre la Suisse et la France pour réglementer la pêche dans les eaux frontières, et entrée en vigueur le 10 février 1905.

Ensuite de recours du Ministère public contre le prédit jugement de police, la Cour de cassation pénale de Vaud, par arrêt du 19 juin 1906, a réformé ce jugement et maintenu l'amende de 20 fr. prononcé par le préfet. Cet arrêt se fonde sur la considération que, contrairement à l'opinion exprimée par les premiers juges, la convention internationale susvisée n'a abrogé, ni explicitement, ni implicitement les lois et arrêtés en vigueur, lors de sa promulgation, en matière de pêche, dans les états co-contractants.

C'est contre cet arrêt que J. Tissot a recouru en temps utile au Tribunal fédéral, et a conclu à ce qu'il lui plaise le