En l'espèce, la Cour de Justice civile, pas plus que le Tribunal, n'a contesté au recourant la faculté de porter sa réclamation devant les tribunaux, mais elle s'est ralliée à l'opinion des premiers juges qui ont estimé qu'il n'était plus recevable à faire valoir ses moyens, n'ayant pas agi dans le délai fixé à l'art. 75 Cc. Cette opinion, en réalité, est manifestement erronée ; elle est incompatible aussi bien avec la lettre du dit article qu'avec son esprit. Il résulte en effet clairement de cette disposition que les décisions auxquelles elle se rapporte sont uniquement celles auxquelles peuvent, en principe, prendre part tous les sociétaires sans distinction, autrement dit celles auxquelles ils peuvent à leur gré ou adhérer ou s'opposer et sur lesquelles par conséquent il leur est loisible, par leur vote, d'exercer une influence. Il est donc manifeste qu'on ne saurait y faire rentrer les décisions par lesquelles une association inflige une amende à l'un de ses membres. Des décisions de cette espèce sont généralement prises hors de la présence de l'intéressé et, en tout cas, ce dernier n'est pas appelé et ne serait pas admis à y prendre part.

En estimant que la décision du Tribunal ne consacrait aucune violation de la loi, la Cour de Justice civile a donc elle-même jugé d'une manière manifestement contraire aux dispositions légales applicables en l'espèce. Elle aurait dû déclarer l'appel recevable et, sur le fond, aborder l'examen des griefs invoqués par le recourant qui, précisément, se prévalait de la violation de l'art. 2 Cc. Il se justifie dès lors d'admettre le recours et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour qu'elle statue à nouveau sur le fond et les dépens.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis dans le sens des motifs ci-dessus. En conséquence, l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile de Genève le 12 février 1926 est annulé, la Cour

étant invitée à statuer à nouveau sur l'appel formé par Michel contre le jugement du Tribunal de première instance.

Vgl. auch Nr. 14, 15, 17 und 18.

Voir aussi nos 14, 15, 17 et 18.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

14. Urteil vom 28. Januar 1926

in S. Müller gegen Einwohnergemeinde Olten.

Verfügung der Ortspolizeibehörde, durch welche einem Händler die Benützung des öffentlichen Grund und Bodens zur Ausübung seines Gewerbes verboten wird. Anfechtung wegen Verletzung der Gewerbebefreiheit, der Rechtsgleichheit und Fehlens einer rechtssatzmässigen Grundlage für ein solches Einschreiten.

A. — Zwischen dem Bahnhof Olten und der Aare liegt ein Areal, das als Bahnhofplatz dient. Es steht im Eigentum der Bundesbahnen, ist aber für den öffentlichen Verkehr freigegeben und wird von der Staatsstrasse durchquert. Taxameter haben für das Stationieren eine Bewilligung einzuholen und an die Bundesbahnen eine Gebühr zu entrichten. Im Jahre 1916 erteilten die Bundesbahnen der Einwohnergemeinde Olten die Bewilligung, auf diesem Platze südlich des rechten Brückenkopfes der Aarebrücke ein Verkaufsmagazin (Kiosk) zu errichten. Die Gemeinde hat dafür eine jährliche « Rekognitionsgebühr » von 5 Fr. zu zahlen. Ausserdem musste sie laut Revers vom 11. April 1916 u. a. folgende Bedingungen eingehen :

« 4. Im Verkaufsstande dürfen keine Verkaufsautomaten aufgestellt und ohne das Einverständnis des Pächters des Bahnhofbuchhandels keine Zeitungen und

Bücher verkauft werden. Überhaupt dürfen durch den Betrieb des Verkaufsstandes die Interessen der Bahnverwaltung nicht verletzt werden.

5. Die Einwohnergemeinde Olten verpflichtet sich, für die Fernhaltung fliegender Händler vom Bahnhofplatze zu sorgen.»

Im Laufe des Jahres 1923 begann der heutige Rekurrent Müller in der unmittelbaren Nachbarschaft dieses Kioskes einen ständigen Handel mit Tageszeitungen und Zeitschriften zu betreiben und stellte zu diesem Zwecke jeweilen eine entsprechende Auslage gegen das Brückengeländer oder die Quaimauer auf. Der Bahnhofvorstand forderte ihn auf, diese Tätigkeit einzustellen, indessen ohne Erfolg. Auf Veranlassung der Organe der Bundesbahnen, die sich auf die im Revers vom 11. April 1916 von der Gemeinde übernommene Verpflichtung beriefen, verfügte darauf der Einwohnergemeinderat Olten am 14. Juli 1924, dass der Rekurrent den Platz mit seinem Betriebe zu räumen habe und wiederholte in der Folge diese Anordnung unter Androhung von Zwangsmassnahmen. Da der Rekurrent sich nicht fügen wollte, wurde er schliesslich am 1. August 1924 von der Polizei durch Gewalt gezwungen den Platz zu verlassen.

Schon gegen die erste Verfügung des Einwohnergemeinderates vom 14. Juli 1924 hatte er den staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung der Gewerbefreiheit ans Bundesgericht ergriffen. Das Bundesgericht trat indessen durch Urteil vom 12. September 1924 auf denselben mangels Erschöpfung der kantonalen Instanzen nicht ein. Infolgedessen beschwerte sich Müller über das Vorgehen der Gemeinde zunächst beim kantonalen Polizeidepartement und sodann beim Regierungsrat von Solothurn. Beide wiesen die Beschwerde ab, der Regierungsrat durch Entscheid vom 20. Januar 1925 mit der Begründung: der Ort, wo der Rekurrent seinen Handel betrieben habe, bilde Bestandteil des den Bundesbahnen gehörenden Bahnhofplatzes. Wenn dieser

Platz durch Widmung und Indienststellung von Seite der Bundesbahnen insofern zu einer Sache im Gemeingebrauch geworden sei, als er dem öffentlichen Verkehr offen stehe, so hindere dies die Bundesbahnen nicht, die Benützung im übrigen Einschränkungen zu unterwerfen und gewisse Benützungshandlungen, wie die Ausübung fliegender Gewerbe darauf auszuschliessen. Es handle sich dabei um einen Ausfluss ihres Eigentumsrechts, der ihnen zustehenden privatrechtlichen Verfügungsmacht über die Sache, sodass dagegen der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht angerufen werden könne. Die Gemeinde habe sich deshalb, ohne gegen diesen Grundsatz zu verstossen, durch den Revers von 1916 Ziff. 5 verpflichten können, die Durchführung jenes Verbotes mit den Zwangsmitteln sicherzustellen, die ihr als Inhaberin der Ortspolizeigewalt zur Verfügung stehen. Sie habe damit, sobald das Verbot selbst, die Fernhaltung fliegender Händler vom Platze, nicht rechtswidrig sei, im Rahmen ihrer Autonomie gehandelt, die ihr durch die Kantonsverfassung innert der Schranken der staatlichen Gesetzgebung gewährleistet werde.

B. — Mit Eingabe vom 5./10. Februar 1925 hat hierauf Müller neuerdings beim Bundesgericht staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung der Gewerbefreiheit und von Art. 4 BV (Willkür und ungleiche Behandlung) erhoben und beantragt, die Entscheide der beiden Vorinstanzen (Polizeidepartement und Regierungsrat) seien aufzuheben und die streitige« Revers- bzw. Servitutsbestimmung, soweit sie auf dem Bahnhofplatz lastet, als ungültig zu erklären.» Er bestreitet den Bundesbahnen das Recht, dem öffentlichen Verkehr dienendes Areal ausserhalb des eigentlichen Bahnhof- und Bahnbetriebsgebietes mit derartigen in ein verfassungsmässiges Freiheitsrecht wie die freie Gewerbeausübung eingreifenden Benützungsbegrenzungen zu belegen. Wenn überhaupt, könnte dies jedenfalls nicht durch Anordnung der gewöhnlichen Bahnverwaltungsorgane, sondern

höchstens durch Beschluss des Bundesrates als « oberster Aufsichtsbehörde des staatlichen Regiebetriebes » geschehen. Die Gemeinde Olten habe deshalb, ohne ihrerseits eine Verfassungsverletzung zu begehen, auch nicht ihre Hilfe zur Durchführung einer solchen Anordnung leihen dürfen. Nachdem es sich nicht etwa um die blosser Vollstreckung eines von der Bahnverwaltung erwirkten richterlichen Verbotes handle, müsste sich ein solches polizeiliches Einschreiten, um zulässig zu sein, eventuell mindestens auf eine rechtsatzmässige Anordnung, d. h. eine Gemeindepolizeiverordnung stützen können, in welche die Reversbestimmungen aufgenommen worden wären. Wenn die Gemeindebehörde vom Erlasse einer solchen Verordnung abgesehen habe, so sei dies offenbar geschehen, um die Bestimmungen nach Belieben und Willkür im einzelnen Falle handhaben zu können oder nicht. So sei gegen den Buchhandel des Pächters des städtischen Kioskes, Hambrecht nie eingeschritten worden. Und auch sonst hätten andere Zeitungsverkäufer, Gemüse und Fischhändler, Chocoladestände ungehindert ihr Gewerbe auf dem Platze ausüben können.

C. — Der Regierungsrat von Solothurn hat die Abweisung des Rekurses beantragt. Er verweist auf eine in seiner Antwort wörtlich wiedergegebene Vernehmlassung der Einwohnergemeinde Olten und auf ein früheres Schreiben der Gemeinde an das kantonale Polizeidepartement vom 23. Juli 1924.

In der ersterwähnten Vernehmlassung wird u. a. ausgeführt: « Es besteht für den Pavillon auf dem Bahnhofplatz kein Mietvertrag zwischen der Gemeinde und Hrn. Hambrecht. Der Pavillon ist z. Z. der Kunst für's Volk, einem unter dem Protektorat der schweiz. Gemeinnützigen Gesellschaft stehenden Unternehmen zur Verbreitung guter Bilder, als Ausstellungslokal auf Zusehen hin überlassen worden. In der Folge ging allerdings die Kunst für's Volk an Herrn Hambrecht über und die Bewilligung zur Ausstellung der Bilder ging stillschwei-

gend weiter. Der Pavillon ist baulich dazu bestimmt, bei Festlichkeiten als Quartierbureau zu dienen. Im Sommer wird er auch vom Verkehrsverein als Verkehrsbureau benützt. Sonst ist er jahrüber geschlossen. Irgend welcher Verkauf darin findet nicht statt, sondern er dient lediglich als Ausstellungslokal, das von aussen her wie ein Schaufenster besichtigt werden kann. Diese Verwendung steht mit den mit den SBB getroffenen Abmachungen nicht im Widerspruch. Sie berührt diese gar nicht und ist von den SBB auch nie beanstandet worden. Eine Gebühr ist von der Gemeinde für die Ausstellung der Bilder nie bezogen worden und wird auch heute nicht bezogen. Die Gemeinde hätte täglich Gelegenheit, den Kiosk zu Verkaufszwecken oder zur Einrichtung eines Gewerbes zu vermieten. Sie hat es bis jetzt immer abgelehnt. Es mag sein, dass gelegentlich ein fahrender Eis- oder Orangenverkäufer (in Ausübung seines Hausiergewerbes) für einen Augenblick mit seinem Wanderkarren auf dem Bahnhofplatz stille hält. Auch das berührt oder verletzt den Vertrag mit den SBB in keiner Weise. Unrichtig ist, dass fliegende Händler, seien es Zeitungsverkäufer oder Gemüsehändler, sich sonstwie oder dauernd auf dem Platze niedergelassen hätten. Dagegen kommt es vor, dass beim Güterschuppen (Teil des Bahnhofplatzes) mit bahnbehördlicher Bewilligung Lebensmittelverkäufe (Kartoffeln etc.) stattfinden.»

Das frühere Schreiben vom 28. Juli 1924 stellt fest, es scheine allerdings, dass Herr Hambrecht gelegentlich im Kiosk auch Bücher verkauft habe. Als dies zur Kenntnis des Einwohnergemeinderates gekommen sei, habe er sofort Herrn Hambrecht ersucht, diesen Verkauf, weil dem Vertrag mit den Bundesbahnen widersprechend, einzustellen, was dann auch geschehen sei.

D. — Neben dem staatsrechtlichen Rekurse ans Bundesgericht hat Müller auch eine Beschwerde an den Bundesrat über das Vorgehen der Bundesbahnen und der Gemeinde Olten gerichtet. Bevor der Bundesrat in

der Sache Beschluss fasste, kam es zu einem Vergleich zwischen dem Rekurrenten und den Bundesbahnen. Danach anerkannten diese — von der Annahme ausgehend, dass die Stelle, wo der Rekurrent sein Gewerbe ausgeübt hatte, in Wirklichkeit nicht mehr, wie vorausgesetzt, Teil des Bahnhofplatzes sei, sondern schon an Boden des Staates bzw. der Gemeinde liege — ihrerseits die Berechtigung des Rekurrenten an dieser Stelle Zeitschriften zu verkaufen und zahlten ihm für Prozessumtriebe eine Entschädigung von 75 Fr. Der Rekurrent verpflichtet sich dagegen, die Beschwerde beim Bundesrat und Bundesgericht zurückzuziehen.

Bei Übermittlung des Vergleiches hat der Vertreter des Rekurrenten erklärt, dass der Rückzug sich nur auf den Rekurs gegen die Bundesbahnen, nicht gegenüber der Einwohnergemeinde Olten beziehe.

E. — Die Einwohnergemeinde Olten, der von diesen Vorgängen Kenntnis gegeben worden ist, hat erklärt, an ihren Verfügungen auch bei der veränderten Sachlage festzuhalten. Nach § 2 der Polizeiverordnung der Stadt Olten von 1906 seien alle Handlungen und Vorrichtungen untersagt, durch die das freie und sichere Begehen und Befahren der Strassen und Plätze gefährdet werde. Solange ein Zeitungsverkäufer sein Gewerbe so ausübe, dass er die öffentlichen Strassen und Plätze nicht anders als ein gewöhnlicher Fussgänger, bloss mit den Füßen beanspruche, werde man ihn gewähren lassen, unter der Voraussetzung, dass er den Verkehr nicht hindere. Der Rekurrent habe sich aber nicht hierauf beschränkt, sondern für seinen Handel das Brückengeländer oder die Quaimauer benützt, um seine Auslage anzubringen. Eine derartige Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes zur Ausübung eines Gewerbes bedürfte einer besonderen amtlichen Bewilligung, um zulässig zu sein, so gut wie eine solche für die Aufstellung eines Marktstandes eingeholt werden müsse. Wer diese Bewilligung nicht besitze, müsse daher mit seinem

Betriebe vom öffentlichen Boden weggewiesen werden können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nachdem der Rekurs gegenüber der Bahnverwaltung zurückgezogen worden ist, kann es sich nur noch fragen, ob die Gemeinde Olten dadurch gegen die angerufenen Verfassungsgrundsätze verstossen habe, dass sie dem Rekurrenten die weitere Ausübung seines Gewerbes an der in Betracht kommenden Stelle untersagte und dieses Verbot mit den Mitteln des Polizeizwangs vollzog. Sollte dies der Fall sein, so müsste der gleiche Vorwurf auch die kantonalen Beschwerdeentscheide treffen, welche den Einwohnergemeinderat Olten bei jenem Vorgehen schützten.

2. — Auf der tatsächlichen Grundlage, von der die angefochtenen Verfügungen und Entscheide ausgingen, nämlich dass die fragliche Stelle einen Teil des Bahnhofplatzes bilde, hätte der Rekurs auch gegenüber der Gemeinde ohne weiteres abgewiesen werden müssen. Dadurch, dass die Eigentümer dieses Platzes, nämlich die Bundesbahnen, ihn für den allgemeinen Verkehr bereitgestellt und freigegeben haben, ist er insoweit zu einer öffentlichen Sache geworden. Auch die Beschränkungen, welche vom Eigentümer mit dieser Widmung verbunden worden sind, stellen daher einen Bestandteil der Regelung des gemeinen Gebrauchs an einer solchen Sache dar. Die Durchführung solcher Gebrauchsordnungen aber ist nach allgemeiner Rechtsauffassung jedenfalls solange Sache der Verwaltungsbehörde, Polizei und nicht des Richters, als nicht der Betroffene behauptet, eine auf besonderem, privatrechtlichem Erwerbstitel beruhende Befugnis zu der in Anspruch genommenen Benützung zu haben. Einer ausdrücklichen Verordnungsbestimmung, welche die Gemeindeorgane zu einem derartigen Eingreifen ermächtigte, bedurfte es nicht. Die Kompetenz dazu ist allgemein schon in der der Gemeinde

zustehenden Ortspolizeigewalt inbegriffen, welche die Polizei der öffentlichen Sachen mitumfasst. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, wie es sich in dieser Beziehung verhalten würde, wenn man es mit gewöhnlichem, rein privatem Eigentum zu tun hätte und eine Widmung der erwähnten Art nicht vorläge, d. h. inwiefern allenfalls auch bei solchem gegenüber Eigentumsstörungen, neben den privatrechtlichen Schutzmitteln, die polizeiliche Hilfe zur Abwehr nachgesucht und gewährt werden kann. Auch von einer Verletzung der Gewerbefreiheit, der sich die Gemeinde durch diese Hilfe schuldig gemacht hätte, kann nicht die Rede sein, weil sich aus Art. 31 BV eine Befugnis wie die vom Rekurrenten in Anspruch genommene überhaupt nicht herleiten lässt, was unten noch darzulegen sein wird. Ob aber das Vorgehen der Gemeinde allenfalls dann aus dem anderen Gesichtspunkte der ungleichen Behandlung hätte angefochten werden können, wenn es wahr wäre, dass es sich nur gegen den Rekurrenten, unter Duldung anderer gleichartiger Gewerbebetriebe auf dem Platze, richtete, mag dahingestellt bleiben. Da es sich um eine Gebrauchsbeschränkung handelte, die nicht von der Gemeinde, sondern von den Bundesbahnen als privatem Eigentümer des Platzes angeordnet worden war, lässt sich der Standpunkt einnehmen, dass die Duldung durch die Bahn, d. h. die Unterlassung eines Begehrens i h r e r s e i t s auf Einschreiten gegen jene andern Betriebe genüge, um die Haltung der Gemeinde auch in dieser Beziehung zu decken. Massgebend ist, dass nach den bestimmten Erklärungen des Gemeinderats, an deren Richtigkeit zu zweifeln mangels irgendwelcher Beweisangebote des Rekurrenten für seine abweichenden Behauptungen kein Anlass besteht, eine solche verschiedene Behandlung in Wirklichkeit überhaupt nicht vorliegt. Der einzige demjenigen des Rekurrenten ähnliche Betrieb, nämlich der Bücherverkauf durch den Pächter des städtischen Kioskes, ist

von der Gemeindebehörde unterdrückt worden, sobald sie darauf aufmerksam gemacht worden war. Und im übrigen handelt es sich um ein blosses Passieren des Platzes durch fahrende Händler, das mit der Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens durch den Rekurrenten nicht auf die gleiche Linie gestellt werden kann.

3. — Der Vorwurf der Verfassungsverletzung ist aber auch dann unbegründet, wenn man die Sache unter der Annahme beurteilt, die dem Vergleiche zwischen den Bundesbahnen und dem Rekurrenten zu Grunde liegt und, wie es scheint, nunmehr auch von der Gemeinde als richtig hingenommen wird: nämlich dass der Ort, wo der Rekurrent sich niedergelassen hatte, nicht mehr zum Bahnhof, sondern schon zum staatlichen oder städtischen Strassenareal gehöre. Wie schon der Bundesrat als frühere Rekursbehörde entschieden und das Bundesgericht festgehalten hat, gewährt Art. 31 BV den Privaten kein Recht auf die Benützung öffentlicher Strassen und Plätze. Die Frage, inwieweit ein solcher Anspruch bestehe, ist vielmehr ausschliesslich eine solche des kantonalen Rechts, dessen Anwendung das Bundesgericht nur aus dem beschränkten Gesichtspunkte des Art. 4 BV, der Willkür und ungleichen Behandlung nachprüfen kann (siehe BURCKHARDT Kommentar Seite 268 und die dort angeführten Entscheide sowie das nicht veröffentlichte Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 1913 in Sachen Wasescha gegen Graubünden E. 2). Wenn die Gemeindebehörde in ihrer letzten Vernehmlassung zu der durch den Vergleich mit den Bundesbahnen geschaffenen Sachlage den Standpunkt einnimmt, dass eine dauernde Benützung der öffentlichen Sache in der Art, wie sie hier durch den Rekurrenten stattgefunden hat, über den blossen Gemeingebrauch hinausgehe und sich als Inanspruchnahme eines Sondernutzungsrechts darstelle, die besonderer Bewilligung bedürfe, so entspricht dies der allgemein geltenden

Rechtsanschauung und kann solange nicht angefochten werden, als nicht der Nachweis geleistet wird, dass das positive kantonale Recht den Begriff des gemeinen Gebrauches in einem weiteren, auch solche Benützung einbegreifenden Sinne umschreibt. Die Erteilung solcher Bewilligungen steht aber grundsätzlich im freien Ermessen der zuständigen Behörde unter der einzigen Voraussetzung, dass sie dabei nach sachlichen Gesichtspunkten und nicht einfach nach Laune und Gunst verfährt. Im vorliegenden Falle konnte ein derartiges Stationieren an einer belebten Strassenstelle mit einer körperlichen Einrichtung wie der vom Rekurrenten verwendeten Auslage, sehr wohl und ohne jede Willkür verweigert werden, ohne dass dazu die Interessen des Pächters der Bahnhofbuchhandlung oder der Bundesbahnen als Verpächter dieses Betriebes herangezogen zu werden brauchten. Aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt sich auch, dass deshalb von einer Verletzung der Rechtsgleichheit gegenüber dem Rekurrenten nicht gesprochen werden kann. Da eine solche Bewilligung unter Umständen ohne Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen erteilt werden kann, während das Hinzutreten weiterer dieselben zu schädigen geeignet wäre, würde es zudem zur Begründung der Rüge ungleicher Behandlung noch nicht genügen, dass früher gestellten ähnlichen Gesuchen entsprochen worden war.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 12. — Voir aussi n° 12.

III. AUSÜBUNG DER WISSENSCHAFTLICHEN BERUFSARTEN

EXERCICE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

Vgl. Nr. 12. — Voir n° 12.

IV. STIMMRECHT, KANTONALE WAHLEN UND ABSTIMMUNGEN

DROIT DE VOTE, ÉLECTIONS ET VOTATIONS CANTONALES

15. Urteil vom 5. Februar 1926 i. S. Sch.
gegen Obergericht Thurgau.

Bundesgesetz vom 29. April 1920 betr. die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses. Einwirkung auf die bisherigen Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung über die Materie. Erhebliches Verschulden im Sinne von Art. 1 Abs. 3. Kompetenz des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof für Beschwerden gegen die Einstellung im Aktivbürgerrecht, die sich auf eine angebliche Missachtung dieses Bundesgesetzes stützen, und Umfang der Kognition. *Reformatio in pejus* durch die zweite kantonale Instanz. Anfechtung aus Art. 4 BV.

A. — Nach § 81 des thurg. EG zum SchKG vom 3. Mai 1891 verlieren Personen, gegen welche die Pfändung fruchtlos durchgeführt worden oder über welche der Konkurs eröffnet worden ist, das Aktivbürgerrecht, wenn die Verschlimmerung ihrer Vermögenslage, welche zur fruchtlosen Pfändung oder zum Konkurse geführt hat, durch ihre eigene Schuld verursacht worden ist. Das Konkursamt hat gleichzeitig mit dem Schlussberichte nach Art. 268 SchKG dem Bezirksgerichte über