

Rechtsgrund stützt, zu dessen Geltendmachung grundsätzlich der Rechtsweg offensteht.

Auf dieser Auffassung beruht denn auch offenbar der Entscheid des Regierungsrates vom 5. Januar 1924.

Die Rückforderungsklage wegen Nichtbestehens einer Forderung vermag sich bei dieser Sachlage auch nicht etwa an der Rechtskraft des « Urteils », d. h. der Verwaltungsverfügung zu stossen, gestützt auf die Rechtsöffnung erteilt wurde, weil von einer solchen Rechtskraft da nicht gesprochen werden kann, wo dem Pflichten zur Bestreitung der administrativen Auflage noch der Prozessweg offensteht und diese daher nur wegen der ausserordentlichen Natur des gedachten Rechtsmittels für einmal als Rechtsöffnungstitel behandelt werden darf (vgl. das oben erwähnte Urteil in Sachen Odoni BGE 48 I S. 213). Zugleich erledigt sich mit dem Gesagten auch die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichtes Luzern-Stadt. Sie würde sich erst erheben, wenn der mit der vorliegenden Klage befasste Richter materiell zum Schlusse kommen sollte, dass die behauptete Verantwortlichkeit der Rekurrentin für die Vermessungskommission und den Geometer sie nur zum Schadenersatz zu verpflichten vermöge, dagegen die Schuldpflicht der Rekursbeklagten für die Kostenbetroffnisse nach Verteilungsplan als solche, d. h. die Entstehung eines entsprechenden Kostenersatzanspruchs noch nicht habe ausschliessen können. Die auf die entgegengesetzte Prämisse gegründete Klage bleibt auch dann eine solche auf Rückforderung einer infolge Betreibung gezahlten **N i c h t s c h u l d**, die daher am Gerichtsstand des Betreibungsortes nach § 45 ZPO anhängig gemacht werden kann, und nicht eine Schadenersatzklage, wenn die Tatsache der Nichtschuld aus der Begründung des angeblichen Forderungstatbestandes durch ein die Verantwortlichkeit der Gemeinde nach sich ziehendes widerrechtliches Verhalten hergeleitet wird. Freilich spricht § 45 ZPO nur von der Rückfor-

derungsklage « gemäss Art. 86 SchKG ». Doch ist damit zweifellos einfach die Rückforderung unter den besonderen Umständen, wie sie in Art. 86 SchKG vorausgesetzt sind, gemeint, nämlich eines Betrages, der im Betreibungsverfahren infolge Unterlassung des Rechtsvorschlages oder Erteilung der Rechtsöffnung bezahlt werden musste. Es ist nicht anzunehmen und wird auch nichts dafür vorgebracht, dass das Prozessgesetz einen Unterschied danach hätte machen wollen, ob die Möglichkeit einer solchen gerichtlichen Rückforderung, wie für privatrechtliche Forderungen schon durch das SchKG gewährleistet ist oder (so bei kantonalförmlichrechtlichen Ansprüchen) besonders aus dem kantonalen Rechte muss begründet werden können. Bundesrechtlich steht der Anerkennung des Gerichtsstandes des Betreibungsortes auch im letzteren Falle nichts entgegen, weil sich Art. 59 BV nur auf interkantonale Verhältnisse bezieht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird abgewiesen.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

36. Urteil vom 28. Oktober 1927

i. S. Georgopoulos gegen Basel-Stadt.

Eine gesetzliche Bestimmung, wonach allgemein der Betrieb von Kinematographentheatern in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern verboten wird, verletzt die Gewerbefreiheit. Zulässig ist dagegen allgemein das Verbot der Reklame für solche Theater nahe bei Schulhäusern, dem durch eine an die Betriebsbewilligung geknüpfte Bedingung Geltung verschafft werden kann.

A. — Jean Georgopoulos reichte im März 1927 der Baupolizeibehörde in Basel ein Gesuch um Bewilligung

der Erstellung eines Kinematographentheaters auf einem an der Theaterstrasse in Basel schräg gegenüber dem Steinenschulhaus liegenden Grundstück ein. Darauf teilte ihm der Vorsteher des Polizeidepartementes mit, dass die Bewilligung für den Betrieb eines Kinematographentheaters auf seiner Liegenschaft wegen der Nähe des Steinenschulhauses verweigert werde. Die Verfügung stützte sich auf § 12 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes betreffend die kinematographischen Vorführungen, vom 16. November 1916, wo bestimmt ist, dass die nach § 10 des Gesetzes erforderliche Betriebsbewilligung zu verweigern ist « für Gebäude in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern und Krankenanstalten ». Über die Verweigerung beschwerte sich Georgopoulos beim Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt. Dieser hat die Beschwerde mit Entscheid vom 30. April 1927 abgewiesen. Es wird ausgeführt, dass das geplante Kinematographentheater ja wohl in unmittelbare Nähe des Steinenschulhauses zu stehen käme und dass deshalb § 12 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes zutreffe. Die *ratio legis* der Gesetzesbestimmung sei die, dass die schulpflichtigen Kinder zunächst von der marktschreierischen, zum Teil entsittlichenden und verrohenden Kinoreklame ferngehalten und nicht in nächster Nähe des Schulhauses Gelegenheit erhalten sollen, ihre jugendlichen Phantasien durch derartige Reklame zu schädigen; auch könne bei der begreiflichen Neugierde der Jugend die Aufmerksamkeit, die sie für den Schulunterricht aufzubringen hat, dadurch in einer Art und Weise abgelenkt werden, dass ihr ganzer Lehrgang beeinträchtigt würde.

B. — Gegen diesen Entscheid hat J. Georgopoulos am 31. Mai 1927 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben mit dem Begehren: « Es sei der Beschluss des Regierungsrates aufzuheben, sodass die Errichtung des projektierten Kinos des Rekurrenten zulässig sei, eventuell, es sei dieser Rekurs in dem Sinne gutzuheissen, dass der Regierungsrat angewiesen werde,

die Errichtung des Kinos zu gestatten gegen Eintragung einer Servitut auf der Liegenschaft des Rekurrenten, nach welcher sich der Servitutbelastete verpflichtet, so lange in dieser Liegenschaft ein Kinematographentheater betrieben wird, sich der Reklame an der Theaterstrassen-Fassade durch Bilder, Photos und dgl., sowie durch Ausruf, zu enthalten. » Ein vom Rekurrenten eingelegtes Gutachten von Prof. R. Guex in Lausanne kommt zum Schlusse, dass die Bestimmung des § 12 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes vom 16. November 1916 gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstosse, weil das Einzige, was vom Standpunkt des öffentlichen Wohles zum Schutz der Schulkinder beanstandet werden könne, die Reklame, eine so weitgehende Beschränkung der Gewerbefreiheit, wie die Versagung der Betriebsbewilligung in der Nähe von Schulhäusern nicht rechtfertige. Jedenfalls genüge der vom Rekurrenten anerbotene Verzicht, solche Reklamen an der Fassade der Theaterstrasse anzubringen, um den berechtigten Bedenken gegen den Betrieb des Kinos Rechnung zu tragen.

C. — Der Regierungsrat von Basel-Stadt hat auf Abweisung der Beschwerde angetragen. Es wird ausgeführt: Ausschlaggebend für die Verweigerung der Betriebsbewilligung sei im vorliegenden Falle die Gefährdung des sittlichen Wohles der Jugend. « In der Steinenschule werden Mädchen von 6 bis 16 Jahren unterrichtet. Diese Altersspanne umfasst bekanntlich noch die Jahre der Pubertät und es ist eine erwiesene Tatsache, dass der Aushang von Plakaten auf die Jugend eine grosse Anziehungskraft ausübt. Damit verbunden ist die Ablenkung der Aufmerksamkeit vom Lehrgang und eine gewisse jugendliche Kritik an diesen Plakaten, die, wenn sie gegenseitig ausgetauscht wird, gewöhnlich auch nicht sehr fördernd für das sittliche Wohl ist. Der § 17 des Kinematographengesetzes schreibt ganz allgemein vor, dass nur sittlich einwandfreie kinematographische Bilder zur Schau gestellt werden dürfen.

Durch diese Bestimmung können jedoch bloss die gröbern Verstösse gegen die gute Sitte verhindert werden. Es ist eine bekannte Tatsache, dass der Plakataushang, der nach § 17 noch zulässig ist, auf die jugendliche Moral schon schädigend wirkt. Darum verbietet das Kinematographengesetz Jugendlichen unter 16 Jahren überhaupt den Kinobesuch. Nun wäre es sinnwidrig, wenn man Jugendlichen das, was man ihnen durch den Besuch verbietet, durch Plakataushang zugänglich machte. Wenn ganz allgemein die Jugendlichen vor diesem Aushang nicht geschützt werden können, so werden sie es doch immerhin dort, wo eine Ansammlung von Jugendlichen stattfindet, also in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern. Der Rekurrent hat nun allerdings ein Mittel vorgeschlagen, das die vorerwähnten Bedenken wenigstens teilweise zu beseitigen geeignet wäre, nämlich die Eintragung einer Servitut, wonach auf der fraglichen Liegenschaft keine Kinoreklame irgendwelcher Art gemacht werden dürfe. Der Rekurrent vergisst aber bei diesem Vorschlag, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um eine privatrechtliche, sondern bloss um eine öffentlichrechtliche Massnahme handeln kann. Denkbar wäre die Betriebsbewilligung mit einer Auflage öffentlichrechtlicher Natur, wobei gleichzeitig die Drohung mit einbezogen werden könnte, dass bei Nichteinhalten der Bedingung sofortige Schliessung des Betriebes die Folge wäre. Diesen Weg hat aber der Gesetzgeber nicht gewollt. Die einzig wirksame Massnahme in dieser Hinsicht wäre vielleicht ein Verbot des Aushangs in einem grössern Umkreis.»

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Kinematographenbetrieb ist an sich ein freies Gewerbe und fällt unter den Schutz von Art. 31 BV. Beschränkungen sind nach Art. 31 litt. e zulässig, sofern sie im öffentlichen Interesse begründet sind; doch dürfen sie nicht weiter gehen als es die Wahrung

dieses Interesses erfordert (s. BURCKHARDT, Komm. z. BV 2. Aufl. S. 263 unten). Da der Kinematographenbetrieb in verschiedener Beziehung leicht die öffentlichen Interessen verletzen kann, darf er dem Bewilligungszwang unterworfen werden, und es ist die Aufstellung und Anwendung allgemeiner Vorschriften über die Voraussetzungen zur Bewilligung oder die Versagung derselben zulässig, soweit sie einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dienen und soweit auch durch die Anwendung im Einzelfall ein solches Interesse gewahrt wird.

2. — Von diesem Standpunkte aus überschreitet § 12 Abs. 1 Ziff. 3 des baselstädtischen Gesetzes vom 16. November 1916, insofern darin in absoluter Weise vorgeschrieben wird, dass die Betriebsbewilligung zu verweigern sei für Gebäude, die sich in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern und Krankenanstalten befinden, die Grenze einer mit der Handels- und Gewerbefreiheit verträglichen Beschränkung. Die Bestimmung hat ihren Grund nicht in der Wahrung der Würde der Gebäude, die vor der zu grossen Nähe von Kinomatographentheatern geschützt werden soll; sonst müssten andere Gebäude, wie die Kirchen, wohl auch Gerichts- und Verwaltungsgebäude mit einbezogen und es müsste eine ähnliche Beschränkung auch für andere Betriebe, wie Variétés, Tanzlokale und ähnliche, aufgestellt werden. Sie lässt sich nur aus der Sorge vor einer ungünstigen Einwirkung des Betriebes des Kinematographentheaters auf die Zweckbestimmung der geschützten Gebäude erklären. Bei den Schulhäusern kann das Kinematographentheater lediglich auf den Lehr- und Erziehungszweck der Schule einwirken. Der Betrieb eines Kinematographentheaters an sich mag nun wohl da einen solchen schädlichen Einfluss auf die geistige Verfassung schulpflichtiger Kinder auszuüben und damit den Lehr- und Erziehungszweck der Schule ungünstig zu beeinflussen geeignet sein, wo das Kinotheater als solches eine

die Aufmerksamkeit der Jugend auf sich ziehende Erscheinung ist oder wo es sich in ein von ähnlichen Betrieben freies Quartier eindrängen will. Das ist in den Vierteln einer grossen Stadt mit geschlossener Bauweise nicht der Fall. Einmal werden die Kinder, die ein in einem solchen Quartier gelegenes Schulhaus besuchen, auf ihrem Schulweg stets an gleichen oder ähnlichen Betrieben vorüberkommen, und sodann ist die städtische Jugend an die Kinematographentheater so gewohnt, dass es hinsichtlich des Einflusses auf ihr Denken und ihre Phantasie auf die mehr oder weniger grosse Entfernung eines solchen Theaters vom Schulhaus nicht ankommt. In solchen Verhältnissen kann sich daher eine ungünstige Einwirkung auf die schulpflichtige Jugend nur aus der mit dem Kinematographenbetrieb verbundenen Nebenerscheinung der Reklame durch Aushängen von Anzeigen, Bildern und dgl. und durch Ausrufen usw. ergeben, wie denn auch der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid und in der Antwort den Einfluss der Reklame auf die Jugend als Grund der Bestimmung von § 12 Abs. 1 Ziff. 3, soweit sie die Schulhäuser betrifft, angibt. Das ist es in der Tat, was störend und hemmend auf den Lehr- und Erziehungszweck der Schule einzuwirken geeignet ist und deshalb im öffentlichen Interesse von der Schule ferngehalten werden darf, während sich das Verbot des Betriebs als solchen in derartigen Verhältnissen durch ein öffentliches Interesse nicht rechtfertigen lässt.

3. — Die Liegenschaft, auf der der Rekurrent das neue Kinematographentheater erstellen will, liegt mitten in der Stadt Basel, in der bereits eine ganze Anzahl anderer solcher Theater bestehen, so auch in Strassen, die nicht weit von der Theaterstrasse entfernt sind, und durch die der Schulweg eines Teils der das Steinenschulhaus besuchenden Schülerinnen führt. Nach dem Gesagten liegt ein schutzwürdiges öffentliches Interesse, die Bewilligung zum Betriebe dieses Theaters zu verweigern, nicht vor und steht die Anwendung von § 12 Abs. 1

Ziff. 3 des Gesetzes vom 16. November 1916 unter den vorliegenden Verhältnissen im Widerspruch mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit. Dagegen kann zum Schutze der das Steinenschulhaus besuchenden Jugend verlangt werden, dass auf der dem Schulhaus zugekehrten Seite, und zwar nicht nur an der Fassade des zu erstellenden Gebäudes, sondern auch in dem nach dem Schulhaus hin offenen Vorraum und an den Fassaden der Nebengebäude jede Reklame unterlassen werde, was richtigerweise in der Form einer Bedingung der Bewilligung zu geschehen hat. Mit einer solchen, nicht den ganzen Betrieb unterbindenden, sondern nur die Art der Ausübung in gewissem Masse beschränkenden Massnahme wird das öffentliche Interesse, dem § 12 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes dienen will, in genügender Weise gewahrt. Weiter aber darf die Einschränkung der Gewerbefreiheit nicht gehen (vgl. BGE 52 I S. 226 /27). Dass das Basler Gesetz die Auferlegung einer solchen Bedingung nicht vorsieht, macht sie nicht zu einer unzulässigen, da diese Massnahme als die geringere Einschränkung durch die gesetzlich vorgesehene Zulässigkeit der Verweigerung des Betriebes gedeckt wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und demgemäss der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 30. April 1927 aufgehoben.

**37. Urteil vom 19. November 1927 i. S. Plüss
gegen Bern.**

Es bildet keine Verletzung der Gewerbefreiheit, wenn die Bewilligung zum Betriebe eines Kinematographentheaters in der Nähe eines Schulhauses auf dem Lande verweigert wird.

A. — Der Rekurrent stellte das Gesuch, es sei ihm die Erlaubnis zu erteilen, auf seiner Liegenschaft an der