B. Entscheidungen des Bundesgerichts als einziger Zivilgerichtsinstanz.
Arrêts rendus par le Tribunal fédéral comme instance unique en matière civile.

I. Materiellrechtliche Entscheidungen. — Arrêts sur le fond du droit.

Zivilstreitigkeiten zwischen Kantonen und Korporationen oder Privaten. — Différends de droit civil entre cantons et corporations ou particuliers.

60. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 26. April 1912 in Sachen Speck, Kl., gegen Kanton Zug, Bekl.

Keine Entschädigungspflicht des Staates für gesetzmässige polizeiliche Beschränkungen der Fischerei und damit auch privater Fischereirechte.

A. — Der Kläger ist Inhaber einer Fischenze im Zugersee, d. h. des ausschließlichen Rechts, in einem bestimmten Teil des genannten Sees zu fischen. Seine Rechtsvorgänger haben sich dabei seit Jahrhunderten sowohl der „Balchen- oder Zuggarne" (Tracht- und Landgarne), als auch der „Treib- und Grundnetze", und seit dem Beginn des vorigen Jahrhunderts auch der „Schwebenetze" bedient. Im Jahre 1900 oder 1901 hat der Kläger außerdem die sog. Genfernetze eingeführt.

Während der Kläger früher vorzugsweise im „eigenen See" fischte, hat er sich seit mehreren Jahren (infolge Zurückgehens der sog. Landbalchen) mehr und mehr auf das Fischen im „offenen See" verlegt, der ihm infolgedessen nunmehr den Hauptertrag an Fischen lieferte.

B. — Nachdem schon die am 28. Oktober 1891 vom Kantonsrat des Kantons Zug erlassene Vollziehungsverordnung zum eidgenössischen Fischereigesetz in § 8 Ziff. 4 die Anwendung der „Zug- oder Schleppgarne" verboten hatte — ein Verbot, an das der Kläger sich jedoch nicht zu halten pflegte — nahm der Kantonsrat am 7. September 1905 den Entwurf zu einem Fischereikonkordate mit den Kantonen Schwyz und Luzern an, welches in § 19 Abs. 2 das „Zuggarn (Land- und Trachtgarn)" ebenfalls verbot, das Schwebenetz unter gewissen Bedingungen gestattete und über das Genfernetz nichts bestimmte.

An diesem Entwurf wurden im Januar 1906 von der Vertretung des Kantons Schwyz Aussetzungen gemacht, welche u. a. das gänzliche Verbot der „Genfer-" und der „Schwebenetze" bezweckten. Daraufhin beschloß der Kantonsrat des Kantons Zug, an seinem frühern Beschlusse festzuhalten und, falls Schwyz ebenfalls auf seinem Standpunkt beharre, die Angelegenheit gemäß Art. 24 des Bundesgesetzes betreffend die Fischerei, vom 21. Dezember 1888, an den Bundesrat weiterzuleiten. Nachdem diese Weiterleitung stattgefunden hatte, entschied der Bundesrat am 4. Juli 1907 in Bezug auf die Verwendung der Schwebe- und Genfernetze:

„VI. Die Verwendung des sog. Genfernetzes ist im Zugersee „zu verbieten, unter Bewilligung jedoch der Verwendung der bis „anhin gebrauchten 2 Genfernetze noch bis Ende 1909.

„VII. Die Verwendung der Schwebenetze wird auf die Zeit vom „1. Juni bis 15. Oktober festgesetzt."

Am 23. April 1908 nahm der Kantonsrat von diesem Entscheide Vormerk und überwies den im Sinne des bundesrätlichen Entscheides bereinigten Entwurf an eine Redaktionskommission.

Am 21. Mai 1908 wurde das Konkordat vom Kantonsrat verworfen, und zwar, wie es scheint, hauptsächlich aus Furcht vor einem Prozesse, welchen der heutige Kläger wegen des Verbotes der Genfernetze gegen den Kanton anzustrengen gedacht hatte.

Am 24. September 1908 faßte der Kantonsrat dagegen folgenden Beschluß:

„Vom Beschlusse des Bundesrates vom 4. Juli 1907 betr. die „streitigen Punkte des Konkordatsentwurfes wird gestützt darauf, „daß die Schlußnahme vom 21. Mai 1908 als nicht zu Recht „bestehend erkannt werden muß, Vormerk genommen."

Am 24. September 1909 endlich genehmigte der Bundesrat den im Sinne seines Beschlusses vom 4. Juli 1907 bereinigten Konkordatsentwurf. Damit trat das Konkordat nach dessen § 26 Abs. 3 ohne weiteres in Kraft.

Die für den gegenwärtigen Prozeß in Betracht kommenden materiellen Bestimmungen des Konkordates lauten in ihrer definitiven Fassung:

§ 19. Folgende Fanggerätschaften sind im Zugersee gestattet:

1. Sämtliche nach Bundesgesetz erlaubten Angelarten;
2. Bäären und Reusen von mindestens 3 cm Maschenweite.
3. Das Spiegelnetz mit mindestens 30 mm Maschenweite und höchstens 2 m Höhe.
4. Das Schwebenetz mit höchstens 2 m Wandhöhe und mindestens 40 mm Maschenweite vom 1. Juni bis 15. Oktober.
5. Das Stellnetz (Bodennetz, Grundnetz) mit höchstens 2 m Wandhöhe.

. . . . . .

Verboten ist das Zuggarn (Land- und Trachtgarn).

§ 20. Für die Schwebenetzfischerei gelten im weitern folgende Vorschriften:

Im Kanton Zug dürfen niemals mehr als 60 Netze und im Kanton Schwyz niemals mehr als 24 Netze mit je 80 m Maximallänge im See stehen.

Der gleiche Fischer darf nicht mehr als 15 Netze zusammenhängen und ist zwischen 15 zusammenhängenden Netzen jeweilen ein Zwischenraum der halben Länge derselben einzuhalten.

Die Kantonsregierungen treffen die zur Innehaltung dieser Bestimmung nötigen Anordnungen und die Verteilung der Berechtigung.

Die Konkordatskantone verpflichten sich gegenseitig, Schwebenetze, die in einem andern Kantonsgebiete in genügender Entfernung

und berechtigterweise gesetzt, aber durch unvorhergesehene Störungen auf fremdes Gebiet getragen werden, zu dulden.

C. — Wegen der im Beschlusse des Kantonsrates vom 24. September 1908 angeblich enthaltenen Annahme des Konkordates erhob der heutige Kläger zunächst einen staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung der Art. 4 BV, 11, 34 und 44 KV. Nachdem dieser Rekurs am 20. Januar 1909 vom Bundesgericht abgewiesen worden war (vergl. BGE 35 I S. 115 ff.), erfolgte am 24. Februar 1910 die Einreichung der vorliegenden Klage mit dem Rechtsbegehren:

„Der Beklagte sei pflichtig zu erklären, dem Kläger 50,000 Fr. oder wieviel nebst 5 % Zins seit Klageeinleitung anzuerkennen und zu bezahlen;"

wogegen der Beklagte Abweisung der Klage beantragte.

Die Klagforderung ist in Klage und Replik damit begründet worden, daß der Kläger als Inhaber seiner Fischenze infolge des Verbotes der Zuggarne und der Genfernetze, sowie infolge der Einschränkung des Gebrauchs der Schwebenetze, einen jährlichen Ausfall von mindestens 5500 Fr. erleide.

Die vom Instruktionsrichter mit der Schätzung des dem Kläger erwachsenen Schadens betrauten Experten haben die ihnen vorgelegten Fragen auf Grund des vorher von der bundesgerichtlichen Instruktionskommission abgehaltenen Zeugenverhörs wie folgt beantwortet:

1. Wie hoch schätzen Sie die Einbuße, die der Kläger erleidet infolge des Bundesgesetzes und der bundesrätlichen Vollziehungsverordnung?

Antwort: „Da weder im Bundesgesetz noch in seiner Vollziehungsverordnung weder das Zuggarn und das Genfernetz verboten, noch der Gebrauch des Schwebenetzes eingeschränkt wird, so erleidet die klägerische Fischenz durch die eidgenössischen Gesetzesbestimmungen keinen Minderwert."

2. Wie hoch schätzen Sie die Einbuße, die der Kläger erleidet infolge der kantonalen Vollziehungsverordnung?

Antwort: „Durch die kantonalen Vollziehungsbestimmungen zum Bundesgesetz betreffend die Fischerei vom 28. Oktober 1891 ist der Gebrauch des Zuggarnes verboten worden. Wir schätzen

die Wertverminderung, die die klägerische Fischenze dadurch erfahren hat, auf 10,000 Fr."

3. Wie hoch schätzen Sie die Einbuße, die der Kläger erleidet infolge des Konkordates?

Antwort: Das Konkordat vom Jahre 1909 verbietet das Zuggarn, gestattet das Genfernetz nicht und schränkt den Gebrauch der Schwebenetze ein. Wir schätzen die Wertverminderung, welche die klägerische Fischenze dadurch erleidet, auf 15,000 Fr.

Dieser Befund ist sodann von den Experten dahin erläutert worden, daß der Mehrschaden, den der Kläger infolge des Konkordates (gegenüber dem auf die kantonale Vollziehungsverordnung zurückzuführenden Schaden) erleide, nur 5000 Fr. betrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Bezüglich der Natur der vorliegenden Klage als einer „zivilrechtlichen" im Sinne der Art. 110 BV und 48 OG genügt es, auf die Ausführungen des bundesgerichtlichen Urteils vom 15. Juni 1910 i. S. St. Niklausen-Bruderschaft gegen Nidwalden, Erw. 1 (AS **36** II S. 311) zu verweisen. Daraus und aus der Höhe der eingeklagten Summe (50,000 Fr.) ergibt sich ohne weiteres die Kompetenz des Bundesgerichts, die denn auch vom Beklagten nicht bestritten wurde.

2. — Ob die Passivlegitimation des Beklagten gegeben sei, ist zweifelhaft. Das Fischereikonkordat, das nach der Darstellung des Klägers den eingeklagten Schaden hauptsächlich verursacht haben soll, war allerdings am 7. September 1905 vom Kantonsrat des Kantons Zug mit 42 gegen 1 Stimme angenommen worden; allein das Verbot der Genfernetze und die Beschränkung des Gebrauchs der Schwebenetze waren im damaligen Konkordatsentwurf noch nicht enthalten, sondern sind erst infolge der Weisung des Bundesrates vom 4. Juli 1907 hinzugekommen, und zwar ohne daß das Konkordat seither noch einmal vom Kantonsrat förmlich „angenommen" worden wäre. Es ließe sich somit sehr wohl die Ansicht vertreten, der Kanton Zug sei für das Verbot der Genfernetze und für die Beschränkung der Schwebenetze nicht verantwortlich. Anderseits wäre zu beachten, daß das Verbot der Zugnetze, durch das die Fischenze des Klägers nach der vorliegenden Expertise am meisten entwertet worden ist, bereits in

demjenigen Konkordatsentwurf, der am 7. September 1905 vom Kantonsrat förmlich angenommen wurde, und übrigens auch schon in der kantonalen Vollziehungsverordnung vom 28. Oktober 1891 enthalten war. Wiederum zu Gunsten des Beklagten könnte dagegen vielleicht angeführt werden, daß in Art. 27 des eidgen. Fischereigesetzes den Kantonen ausdrücklich der Erlaß strengerer Schutzmaßregeln, als der im Bundesgesetz selber aufgestellten, „anheimgestellt" worden sei, wodurch der Bund von vornherein die Verantwortung für solche strengere Schutzmaßregeln übernommen habe.

3. — Indessen braucht die Frage der Passivlegitimation hier deshalb nicht entschieden zu werden, weil auf alle Fälle kein Rechtssatz besteht, bezw. kein solcher nachgewiesen ist, kraft dessen im Kanton Zug der Staat für Schädigungen des Einzelnen infolge rechtmäßiger Eingriffe der Staatsgewalt ersatzpflichtig wäre.

Daß ein eidgenössischer Rechtssatz dieser Art nicht existiert, ist vom Bundesgericht (vergl. z. B. BGE **36** II S. 314 u. die dortigen Zitate) schon wiederholt festgestellt worden und bedarf daher hier keiner Ausführung mehr. Daß aber das kantonale Recht von Zug einen solchen Rechtssatz enthalte, ist nicht nachgewiesen worden. Der Kläger anerkennt übrigens, daß „im allgemeinen" eine Entschädigungspflicht des Staates für rechtmäßige Akte der Staatsgewalt nicht existiert, behauptet aber, sie bestehe immerhin in folgenden drei Ausnahmefällen:

a) in Expropriations- und expropriationsähnlichen Fällen;

b) wenn das verletzte Recht sich aus einem Vertrag mit dem Staate selber ableiten lasse;

c) „wenn das Gesetz nicht alle gleichen Privatrechte in gleicher Weise trifft, wenn also durch das gleiche Gesetz das eine Recht mehr verletzt wird als das andere."

Abgesehen davon, daß auch in diesen drei Richtungen — mit Ausnahme der eigentlichen Expropriation, um die es sich aber beim Kläger nicht handelt — keine positiven kantonalen Rechtssätze nachgewiesen sind, ist zu konstatieren, daß im vorliegenden Falle keine jener drei angeblichen Ausnahmen zutrifft. Das Fischereirecht des Klägers leitet sich nicht, wie z. B. oft das Recht zur Benutzung einer bestimmten Wasserkraft, aus einem Akte staatlicher Verleihung

(Konzession) oder, wie sich der Kläger ausdrückt, aus einem „Vertrage mit dem Staate" ab, sondern es handelt sich nach den eigenen Ausführungen des Klägers um ein seit Jahrhunderten anerkanntes Privatrecht, das ursprünglich mit einer bestimmten Grundherrschaft verbunden war, dann von den betreffenden Grundherren an ein Kloster abgetreten und seither bald für sich allein, bald als Zubehör eines bestimmten Hofes von Hand zu Hand gegangen ist, bis es am 16. Februar 1886 vom Kläger durch „Kaufvertrag" erworben wurde. Daß dabei der älteste Inhaber, der sich an Hand der Urkunden nachweisen läßt, König Ludwig der Deutsche war, ändert selbstverständlich nichts an der rechtlichen Natur der klägerischen Fischenze und macht diese keineswegs zu einem Produkte staatlicher Verleihung. Gerade die vom Kläger in erster Linie angerufene Urkunde, wonach Ludwig der Deutsche am 16. April 858 den „Hof zu Cham" „cum pascuis, aquis, piscationibus vel piscatoribus aquarumque decursibus ibi adjacentibus" dem Kloster in Zürich „schenkte", läßt deutlich erkennen, daß der genannte König nicht etwa als Inhaber der Staatsgewalt ein neues Recht geschaffen, sondern daß er bloß ihm bereits zustehende Rechte, die unter den heutigen Begriff der Privatrechte fallen, an ein anderes Rechtssubjekt abgetreten hat. Irgend eine Garantie der Staatsgewalt in Bezug auf die Möglichkeit, die Fischerei in den betreffenden « piscationes » stets mit der gleichen Intensität und mit den nämlichen Gerätschaften zu betreiben, wie im Jahre 858, ist somit damals nicht übernommen worden, und es braucht daher auch nicht untersucht zu werden, ob im entgegengesetzten Fall der Kanton Zug, als heutiger Inhaber der Staatsgewalt, aus einer solchen, vor mehr als einem Jahrtausend von der damaligen Staatsgewalt übernommenen Garantie haftbar gemacht werden könnte.

4. — Aber auch vom Vorliegen eines expropriationsähnlichen Falles kann hier nicht gesprochen werden. Der Kläger wird nicht genötigt, das ihm zustehende Recht, in seinem „See" allein fischen zu dürfen, an den Staat oder an irgend jemand anders abzutreten oder darauf im Interesse der Allgemeinheit zu verzichten, sondern es wird bloß die Ausübung dieses Rechtes in einer für alle Inhaber von Fischenzen im Zugersee verbindlichen Weise ge-

regelt, gerade wie dies beim Grundeigentum, sei es durch Gesetze, sei es durch Polizeiverordnungen, sozusagen alltäglich und überall geschieht. Ebenso nun, wie der Eigentümer eines Stückes Land im Zweifel keine Entschädigung beanspruchen kann, wenn z. B. in allgemein verbindlicher Weise der Betrieb gewisser lärmender Gewerbe verboten, oder die Erlaubnis zur Ausübung der Jagd auf eigenem Grund und Boden an den Besitz eines Jagdpatentes geknüpft, für gewisse Tiere eine Schonzeit eingeführt, die Jagd auf andere Tiere gänzlich verboten, das Schlagen von Holz reglementiert, das Aufforsten in gewissen Fällen obligatorisch erklärt wird, usw., — so kann auch der Inhaber eines Fischereirechtes im Zweifel, d. h. beim Schweigen der Gesetzgebung, keinen Schadenersatzanspruch erheben, wenn in allgemein verbindlicher Weise die Ausübung der Fischerei reglementiert, Schonzeiten eingeführt, die Verwendung gewisser Gerätschaften verboten, die Verwendung anderer zeitlich und der Anzahl nach beschränkt wird, usw. Wie das Eigentum an einer Sache, — und zwar schon vor dem Inkrafttreten des ZGB (vergl. dessen Art. 641) — seinem Inhaber stets nur das Recht gewährt hat, in den Schranken der Rechtsordnung über sie zu verfügen, so gilt auch für die beschränkten dinglichen Rechte der Satz, daß sie ihrem Inhaber jeweilen nur diejenigen Befugnisse gewähren, die überhaupt von der Rechtsordnung anerkannt werden. Der einzelne Bürger muß sich daher die aus einer Änderung der Rechtsordnung resultierenden Schädigungen gefallen lassen, sofern nicht etwa die Abänderung der Rechtsordnung nur den Vorwand zu dieser Schädigung bildet. Letzteres behauptet nun aber der Kläger, wenigstens was die Behörden des Kantons Zug betrifft, mit Recht selber nicht, sondern es sollen bloß gewisse außerkantonale Konkurrenten des Klägers bei den Behörden eines der beiden andern Konkordatskantone ihren Einfluß in eigennütziger Weise geltend gemacht haben — was aber selbstverständlich, sogar wenn es erwiesen wäre, zur Begründung einer Klage gegen den Kanton Zug nicht genügen würde.

Im übrigen ergibt sich aus dem Beweisverfahren, daß der Kläger nicht der einzige Berufsfischer im Zugersee ist, wie er behauptet hatte, sondern nur derjenige Fischer, der die Fischerei am intensivsten betreibt. Nun ist aber klar, daß der mehr oder

weniger große Umfang der im einzelnen Falle beeinträchtigten Interessen nicht für die Frage ausschlaggebend sein kann, ob grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch bestehe oder nicht. Vielmehr müßte — da, wie bereits konstatiert, von einer absichtlichen Abänderung der Rechtsordnung zum Zwecke der Schädigung des Klägers nicht gesprochen werden kann — zum mindesten ein qualitativer Unterschied zwischen der Schädigung des Klägers und derjenigen der andern Fischer dargetan sein. In dieser Beziehung hat der Kläger nun zwar behauptet, seine Fischenze sei eine „spezifische Sommerbalchenfischenz", was von den übrigen Fischenzen nicht gesagt werden könne; allein aus der ausdrücklichen Erklärung der Experten, die Fischenze des Klägers sei „keine spezifische Sommerbalchenfischenz", ergibt sich die völlige Unbegründetheit dieses Standpunktes.

5. — Damit erledigt sich zugleich auch die Berufung des Klägers auf den dritten „Ausnahmefall", den Fall nämlich, daß „das Gesetz nicht alle gleichen Privatrechte in gleicher Weise trifft."

Übrigens ergibt sich auch aus den Akten, daß der Kläger seinen Haupterwerb seit mehreren Jahren nicht mehr in seiner Fischenze, sondern im „offenen See" fand. Insoweit er aber in der Ausübung der Fischerei auf dem „offenen See" beschränkt wird, kann selbstverständlich von der Verletzung eines Privatrechtes keine Rede sein.

6. — Wenn endlich in der heutigen Verhandlung ausgeführt wurde, es liege eine „unerlaubte Handlung" darin, daß dem Kläger gegenüber die Expropriation unterlassen worden sei, so genügt es, auch hier wieder zu konstatieren, daß dem Kläger das Recht, allein in seiner Fischenze zu fischen, in keiner Weise und von keiner Seite streitig gemacht worden ist, und daher zu einer Expropriation gar kein Anlaß vorlag.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

---

61. Arrêt de la section de droit public du 9 mai 1912

dans la cause **Veuve Balzaretti**, *demand.*, *contre* **Etat de Genève**, *déf.*

Action en responsabilité contre l'Etat à raison d'un accident d'automobile. — Loi genevoise du 23 mai 1900 sur la responsabilité de l'Etat. Faute de l'Etat consistant dans l'insuffisance de la réglementation de la circulation des automobiles?

A. — Dans la nuit du 1er au 2 septembre 1910, aux environs de minuit, le professeur Eusebio Balzaretti, de passage à Genève, a été renversé et écrasé par un taxi-auto au moment où il descendait d'un tram sur la place Bel-Air. Il a succombé presque immédiatement pendant qu'on le transportait à l'Hôpital cantonal.

Le taxi-auto était conduit par François Genoud, né le 1er mars 1893, qui avait passé le 9 août 1910 devant le fonctionnaire préposé à cet effet par le Département genevois de Justice et Police l'examen auquel le concordat intercantonal sur la circulation des automobiles (auquel le canton de Genève a adhéré en 1904) subordonne l'autorisation de conduire une voiture automobile. A la suite de l'examen il avait obtenu cette autorisation. Lors de l'accident il marchait à une allure excessive. Il a été condamné le 27 septembre 1910 pour homicide par imprudence à deux mois de prison et 500 fr. d'amende, avec application du sursis.

B. — Par demande formée le 11 juillet 1911 devant le Tribunal fédéral la veuve de Eusebio Balzaretti a ouvert action à l'Etat de Genève en paiement de 75 000 fr. Elle base sa demande sur la loi du 23 mai 1900 « concernant la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des Communes » dont la teneur est la suivante:

Art. 1. L'Etat de Genève et les Communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence dans l'exercice de leurs fonctions par les magistrats qui les représentent.