

## IV. SACHENRECHT

## DROITS RÉELS

**20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Februar 1949 i. S. Einwohnergemeinde Bern gegen Fischereipachtvereinigung Bern und Umgebung.**

*Schädigung des Fischbestandes eines öffentlichen Flusses durch Abwässer einer Kanalisation.*

1. Haftung der Gemeinde als Eigentümerin der durch Gemeindeboden geführten Kanalisation, nach Art. 679 ZGB.
2. Der Ersatzanspruch aus Art. 679 ZGB steht nicht den Fischereipächtern noch den Patentfischern zu, wohl aber dem Staat als dem Herrn des öffentlichen Flusses und Inhaber des Fischereiregals.
3. Die Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB wird nicht durch Verschulden Dritter ausgeschlossen. Der Rückgriff auf diese bleibt vorbehalten.

*Damage causé aux poissons d'un cours d'eau public par les eaux usées d'une canalisation.*

1. Responsabilité de la commune en tant que propriétaire de la canalisation établie à travers le territoire communal (art. 679 CC).
2. La prétention à des dommages-intérêts prévue à l'art. 679 CC n'appartient pas aux fermiers du droit de pêche, ni aux pêcheurs détenteurs d'un permis, mais bien à l'Etat qui est propriétaire du cours d'eau public et qui est titulaire de la régence de la pêche.
3. La responsabilité du propriétaire du fonds, au sens de l'art. 679 CC, n'est pas exclue par la faute de tierces personnes. Tout droit de recours contre ces dernières demeure réservé.

*Danni arrecati ai pesci d'un corso d'acqua pubblico dalle acque d'una fognatura.*

1. Responsabilità del comune quale proprietario della fognatura che attraversa il territorio comunale (art. 679 CC).
2. Il diritto di chiedere il risarcimento dei danni a' sensi dell'art. 679 CC non spetta agli affittuari del diritto di pesca, nè ai pescatori in possesso d'una patente, ma allo Stato che è proprietario del corso d'acqua pubblico ed è titolare del monopolio della pesca.
3. La responsabilità del proprietario del fondo a norma dell'art. 679 CC non è esclusa pel fatto che esiste colpa di terze persone, nei cui confronti resta riservato il diritto di regresso.

A. — Die Einwohnergemeinde Bern ist Eigentümerin der als Schwemmkanalisation angelegten Wankdorfkloake. Diese beginnt in Ostermundigen und mündet mit dem

ungefähr 2,4 km langen Hauptkanal am Fuss des Wylerwaldes in die Aare. Sie führt neben häuslichen auch Abwässer industrieller, gewerblicher und landwirtschaftlicher Herkunft. Ausser Wohnhäusern von Ostermundigen und eines Teils des Wankdorfquartiers, deren Abwässer ohne jede Vorklärung in die Kanalisation geleitet werden, sind dem Hauptkanal die Areale der eidgenössischen Armeemagazine, die eidgenössischen und kantonalen Zeughäuser, das eidgenössische Remontendepot, die Areale der eidgenössischen Waffenfabrik sowie des Schlachthofes Bern und in Ostermundigen die Radiatorenfabrik Zent A.-G. angeschlossen.

B. — In den Jahren 1941 bis 1944 ereigneten sich in der Aare unterhalb des Einflusses der städtischen Wankdorfkloake mehrmals Fischvergiftungen. Die Fischereipachtvereinigung Bern und Umgebung hat deshalb die Einwohnergemeinde Bern auf Schadenersatz belangt. Sie stützt sich auf die ihr vertraglich zustehende Fischereipacht für die Aarestrecke von der Jabergbrücke bis zum Niederriedstauwehr. Ferner tritt sie als Zessionarin des Staates Bern als Inhabers des Fischereiregals und von etwa 200 Patentfischern auf. Den Ersatzanspruch leitet sie vornehmlich aus Art. 679 und 684 ZGB ab, sodann aus Art. 58 und Art. 41 OR.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat die Klage mit Urteil vom 12. November 1947, zugestellt am 29. Oktober 1948, im Betrage von Fr. 14,000.— zugesprochen. Er stellt auf Grund einer gerichtlichen Expertise fest, dass zehn von den dreizehn Fischvergiftungsfällen, die sich in den Jahren 1941-1944 auf der von der Klägerin gepachteten Flusstrecke ereignet haben, den von der Wankdorfkloake dem Flusse zugeführten Giftstoffen zuzuschreiben seien, und zwar mit grösster Wahrscheinlichkeit hauptsächlich den ungenügend entgifteten Abwässern aus der Härtereiabteilung der eidgenössischen Waffenfabrik. In diesen Einwirkungen liege eine Überschreitung des Eigentumsrechtes im Sinne von Art. 679 ZGB. Die Kloake

stelle ein Grundstück dar; übrigens sei sie zum grossen Teil durch Strassenzüge geführt und insoweit Bestandteil von öffentlichem Boden. Auch die Aare sei als (öffentliches) Grundstück zu betrachten. Dabei verschaffe die Fischereipacht der Klägerin die Stellung eines durch die Einwirkungen des Kloakeabflusses geschädigten Grundnachbarn im Sinne von Art. 684 ZGB. Übrigens sei sie zur Klage auch als Zessionarin des Staates und der etwa 200 Patentfischer berechtigt.

D. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten, die am Antrag auf Abweisung der Klage festhält.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Auf Art. 21 des eidgenössischen Fischereigesetzes vom 21. Dezember 1888 lässt sich die behauptete Überschreitung des Eigentumsrechtes der beklagten Gemeinde nicht stützen. Diese Vorschrift ist polizeilicher Natur; sie bestimmt nicht den Inhalt des Eigentums (BGE 55 II 245 Erw. 1; abweichend, aus dem Gesichtspunkt eines privatrechtlich orientierten Fischereischutzes, DERNBURG, Sachenrecht des BGB und Preussens, 3. Bd., Anm. 24). Dagegen liegt in der Zuleitung von Giftstoffen, die den Fischbestand schädigen, ganz abgesehen von jenem polizeilichen Verbot eine widerrechtliche Einwirkung auf das Fischgewässer im Sinne von Art. 679 und 684 ZGB. Einer Einwirkung durch die Luft, wie sie Art. 684 ZGB hauptsächlich im Auge hat, steht die künstliche Zuleitung schädlicher Stoffe durch eine Wasserleitung gleich (a.a.O.).

2. — Dem Appellationshof ist darin beizupflichten, dass man es mit einer Art der Ausübung von Grundeigentum durch die beklagte Gemeinde zu tun hat. Dass die Kloake als solche ein Grundstück darstelle, möchte man zwar bezweifeln. Es fehlt an einem Werk, von dem sie ausginge und als dessen Zugehör sie zu gelten hätte (Art. 676 Abs. 1 ZGB). Die Kanalisation selbst ist das Werk. Ob sie, soweit sie durch fremde Grundstücke geht, als selbständiges

Grundstück betrachtet werden könne (ohne dass von einem Baurecht im Sinne von Art. 675 ZGB die Rede wäre), mag offen bleiben. Da die in Frage stehende Leitung zum grossen Teil Strasseneigentum der beklagten Gemeinde in Anspruch nimmt, stellt sie, wenn nicht einen selbständigen Gegenstand unbeweglichen Eigentums, so doch einen Grundstücksbestandteil dar. Damit ist die Voraussetzung zur Haftung der Gemeinde nach Art. 679 und 684 ZGB gegeben, sofern der öffentlichrechtliche Zweck der Kanalisation dieser zivilrechtlichen Haftung nicht entgegensteht.

3. — Ein solcher Einwand ist jedoch nach ständiger, in BGE 70 II 85 bestätigter Rechtsprechung nicht begründet. Auch das sog. öffentliche Eigentum, als dem Privateigentum ähnliche Herrschaft über einen Teil der Erdoberfläche, untersteht der Verantwortlichkeit nach den erwähnten Vorschriften des ZGB. Das gilt allerdings nach der erwähnten Entscheidung (und nach BGE 61 II 323) nur für Einwirkungen, die der Ausübung der Sachherrschaft (also des «Eigentums»), nicht auch für solche, die der Verwirklichung des öffentlichrechtlichen Zweckes der Einrichtung zuzuschreiben sind. Ob an dieser im Schrifttum kritisierten Unterscheidung festgehalten werden könne (vgl. die Zitate in BGE 70 II 88), kann dahingestellt bleiben. Gewiss lässt sich hier, im Gegensatz zum soeben angeführten Präjudiz, nicht von vornherein von einer blossen Auswirkung der Eigentumsausübung sprechen. Die Ableitung von Abwässern in die Aare ist gerade der (öffentlichrechtliche, um der öffentlichen Gesundheit willen zu verfolgende) Zweck der Kanalisation. Und wenn diese nicht dem (unentgeltlichen) Gemeingebrauch offen steht, so kann und soll doch jeder Anstösser sie (unter Entrichtung einer Einkaufssumme) benutzen. Infolge der an und für sich zweckentsprechenden Ableitung von Abwässern hat die Einwirkung auf den Fischbestand jener Aarestrecke stattgefunden. Allein selbst wenn man von einer unvermeidbaren Folge des Gebrauchs der Kloake ent-

sprechend dem Zweck, dem sie zu dienen hat, ausgeht, folgt daraus nicht, dass der geschädigte Grundnachbar sich die Einwirkungen ohne Entschädigung gefallen zu lassen hat. Vielmehr erhebt sich solchenfalls die Frage, ob er nach Enteignungsgrundsätzen zu entschädigen sei (BGE 40 I 447; Art. 5 Abs. 1 des geltenden eidgenössischen Enteignungsgesetzes vom 20. Juni 1930; F. GUIBAN, Journal des Tribunaux 1936, droit fédéral, p. 314, wonach die betreffenden Grundsätze auf das Nachbarrecht zu übertragen wären; KIRCHHOFER, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Neue Folge 58, 139 ff.). Wie dies sich aber auch verhalten möge, ist hier der Entschädigungsanspruch jedenfalls deshalb zu bejahen, weil unerlaubte, vom öffentlichen Rechte selbst verpönte Einwirkungen vorliegen. Auch bei Kloakenleitungen sind die Vorschriften der Fischereigesetzgebung zu beachten. Also ist auch bei einer Kanalisation keine Rede von einer öffentlichrechtlichen Befugnis zur Zuleitung giftiger, den Fischbestand schädigender Stoffe in ein Fischereigewässer. Es bleibt demnach bei den nachbarrechtlichen Schranken, indem der öffentlichrechtliche Zweck der Kloake in dieser Hinsicht keine dem privaten Grundeigentümer fehlenden Befugnisse verleiht.

4. — Die Klägerin, der an der fraglichen Aarestrecke kein Eigentum zusteht, glaubt ihre Legitimation zur Klage nach Art. 679 und 684 ZGB aus der vom Staat als dem Herrn dieses öffentlichen Gewässers und als dem Inhaber des Fischereiregals mit ihr abgeschlossenen Fischereipacht herleiten zu können. Es ist allerdings herrschende Meinung, dass auch ein Besitzer kraft beschränkten dinglichen oder kraft persönlichen Rechtes, insbesondere ein Mieter oder Pächter, den Schutz des Grundeigentums nach den erwähnten Bestimmungen in Anspruch nehmen darf (BGE 59 II 133). Eine sog. Fischereipacht verschafft jedoch dem Konzessionär nicht Besitz am Gewässer als solchem, sondern nur bestimmte Nutzungsrechte. Einem solchen Fi-

schreiberechtigten kann daher (entgegen Bl. f. zürch. Rechtsprechung 39 N. 70) der nachbarrechtliche Schutz nach Art. 679 und 684 ZGB nicht zuerkannt werden. Demgemäss kommt auch auf die Zession der etwa 200 Patentfischer nichts an, da diesen ein solches Klagerecht gleichfalls nicht zustünde. Die Klägerin kann sich dagegen auf die Zession des Staates berufen. Dessen Fischereiregal hat zwar nicht Eigentum am betreffenden Gewässer zur Voraussetzung. Ein Regal kann auch auf privatem Grund und Boden, als öffentlichrechtliche Beschränkung des Privateigentums, bestehen (vgl. BGE 44 I 158, 63 II 46). Da aber die Aare als öffentliches Gewässer unter der Hoheit des Staates steht, der zugleich das Fischereiregal nach Massgabe des kantonalen Gesetzes vom 14. Oktober 1934 besitzt, befindet sich der Staat in der nachbarrechtlichen Stellung eines Gewässereigentümers mit privater Fischereiberechtigung. Sein Klagerecht aus Art. 679 und 684 ZGB ist das Gegenstück zu seinen nachbarrechtlichen Pflichten und zu seiner eigenen Verantwortlichkeit nach denselben Normen.

5. — Dieser Haftung kann sich die beklagte Gemeinde nicht deshalb entziehen, weil die schädigenden Stoffe nicht aus einem ihrer eigenen Betriebe, sondern aus an die Kanalisation angeschlossenen andern Betrieben stammen. Da die betreffenden Anschlüsse als solche bewilligt waren, hat die Gemeinde für die Einwirkungen durch die betreffenden Abwässer einzustehen, so gut wie jeder Grundeigentümer für Einwirkungen einzustehen hat, die sich etwa aus Handlungen eines Pächters ergeben. Analog Art. 58 OR wird die Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB nicht wie diejenige der Eisenbahnunternehmungen nach Art. 1 EHG durch Verschulden eines Dritten ausgeschlossen. Jene beiden Haftungsnormen des ZGB und des OR beruhen auf dem gleichen gesetzgeberischen Gedanken und ergänzen einander (vgl. BGE 61 II 323). Der Beklagten bleibt somit nur der Rückgriff auf Dritte vorbehalten, die ihr allenfalls verantwortlich sind.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. November/20. Dezember 1947 bestätigt.

**21. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. März 1949 i. S.  
Gordon gegen Republik Ungarn.**

1. Streitwert bei einer Klage betreffend das Verfügungsrecht, wenn das Eigentum des Klägers nicht bestritten ist. Art. 36 und 46 OG.
  2. Wonach bestimmt sich die Rechtsnatur eines eingeklagten Anspruchs ? Art. 43 ff. OG.
  3. *de-jure*-Anerkennung einer Regierung ; deren Legitimation im Zivilprozess.
  4. Verwaltung eines Dispositionsfonds zufolge Amtsbefehls oder zivilrechtlichen Auftrages. Anwendbarkeit der *lex rei sitae* hinsichtlich der Eigentums- und Besitzausübung. Wann ist der öffentlich- oder zivilrechtlich Beauftragte bloss Besitzdiener, wann unselbständiger Besitzer ? Letzteres ist er jedenfalls nicht mehr nach Aufhören seiner Obliegenheiten, vorbehältlich der Geltendmachung eigener Rechte an den Sachen, z. B. eines Retentionsrechtes. Art. 919-20 und 926 ff. ZGB.
1. Valeur litigieuse d'une action touchant le droit de disposition, lorsque la propriété du demandeur n'est pas contestée. Art. 36 et 46 OJ.
  2. D'après quoi se détermine la nature juridique du droit déduit en justice ? Art. 43 sv. OJ.
  3. Reconnaissance *de jure* d'un gouvernement : qualité de ce gouvernement pour agir dans un procès civil.
  4. Administration d'un fonds mis à disposition en vertu d'un ordre administratif ou d'un mandat civil. Application de la *lex rei sitae* à l'exercice de la propriété et de la possession. Quand la personne chargée d'administrer le fonds en vertu d'un mandat public ou privé est-elle possesseur pour autrui (Besitzdiener) ou possesseur dérivé ? Elle n'est en tout cas plus possesseur dérivé une fois que ses fonctions ont pris fin, sous réserve de l'exercice de droits propres sur la chose, par ex. d'un droit de rétention. Art. 919, 920 et 926 sv. CC.
1. Valore litigioso d'un'azione relativa al diritto di disposizione, allorchè la proprietà dell'attore non è contestata. Art. 36 e 46 OG.
  2. Come si determina la natura giuridica del diritto in lite ? Art. 43 e seg. OG.
  3. Riconoscimento *de jure* d'un governo ; veste di questo governo per agire in un processo civile.
  4. Amministrazione d'un fondo messo a disposizione in virtù d'un ordine amministrativo o d'un mandato civile. Applicazione

della *lex rei sitae* all'esercizio della proprietà e del possesso. Quando la persona incaricata di amministrare il fondo in forza d'un mandato pubblico o privato è possessore per altri oppure possessore derivato ? Ad ogni modo, non è più possessore derivato una volta che le sue funzioni sono terminate, riservato l'esercizio di diritti propri sulla cosa, p. es. d'un diritto di ritenzione. Art. 919, 920, 926 e seg. CC.

A. — Ende 1943 legte der damalige ungarische Ministerpräsident Niklos Kallay einen sog. Dispositionsfonds in der Schweiz an. Er bezeichnete drei Verwalter desselben, nämlich den damaligen ungarischen Gesandten in Bern, den ungarischen Generalkonsul in Genf und den Direktor der ungarischen Nationalbank. Im März 1944 schied Kallay aus der Regierung aus. Sein Nachfolger Ferenc Nagy übertrug die Verwaltung des erwähnten Fonds dem Beklagten Dr. Franz Gordon. Dieser war ungarischer Finanzminister gewesen und hatte nunmehr den Gesandtschaftsposten in Bern inne. Nagy stellte am 11. Januar 1947 zuhanden des Beklagten folgende Erklärung aus :

« Ich beauftrage hiermit den Herrn Gesandten Dr. Franz Gordon, dass er den Rest des seitens Niklos Kallay aus dem Dispositionsfonds des Ministerpräsidiums in der Schweiz begründeten Fonds für den Dispositionsfonds des Ministerpräsidiums übernehme.

Budapest, den 11. Januar 1947.

Nagy Ferenc  
Ministerpräsident. »

B. — Ende März 1947 kam der Beklagte in den Besitz dieses Schreibens, und am 9. April 1947 fand die Übergabe des Fonds bei der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich statt. Dabei wurden die Vermögenswerte des Fonds in einem Protokoll verzeichnet. Am gleichen Tage schlossen der Beklagte und der von ihm beigezogene Gesandtschaftssekretär Josef Szall mit der Kreditanstalt einen Tresormietvertrag ab. Danach waren die beiden Mieter gemeinsam verfuigungsberechtigt. Jeder erhielt einen Schlüssel.

C. — Die politischen Umwälzungen in Ungarn veranlassten den Ministerpräsidenten Nagy zur Demission und den Beklagten am 4. Juni 1947 zur Aufgabe des Gesandtschaftspostens. Er wurde durch einen neuen Gesandten