

*in Erwägung :*

Da der Rekurrent bevormundet ist, kann er nach der Praxis des Bundesgerichtes (BURCKHARDT : Kommentar, 3. Aufl., S. 394 ; BGE 20 S. 740 ; 35 I S. 666) das Recht auf Niederlassung nicht selbständig geltend machen. Es kommt vielmehr auf den Willen des Vormundes und der Vormundschaftsbehörden an (Art. 377 und 421, Ziff. 14 ZGB). Das Bundesgericht hat sich daher mit der vorliegenden Eingabe, die vom Rekurrenten persönlich ausgegangen ist und die auch keine Erklärung des Vormundes zu dem darin gestellten Antrage enthält, nicht zu befassen...

## IV. GEWALTENTRENNUNG

## SÉPARATION DES POUVOIRS

4. Urteil vom 19. März 1937 i. S. Dalski  
gegen Bezirksrat Einsiedeln und Regierungsrat Schwyz.

## Gewaltentrennung :

In der blossen administrativen Polizeigewalt (der schwyzerischen Bezirksräte) ist die Verordnungsgewalt nicht inbegriffen (Erw. 2).

Genehmigung der von einer unzuständigen Behörde erlassenen Verordnung durch die Behörde, die zum Erlass zuständig gewesen wäre (Erw. 3).

Umfang der kantonalen Verordnungsgewalt im Gebiete der Wasserbaupolizei (Erw. 4).

Verordnung nur für einen Bezirk (Erw. 5).

*Aus dem Tatbestand :*

Am 8. Oktober 1936 erliess der Bezirksrat von Einsiedeln eine « Verordnung über die Ausbeutung von Kies, Sand und Steinen in der Alp », die am 16. November 1936 vom Regierungsrat von Schwyz genehmigt wurde. Die

Verordnung bestimmt, dass die Ausbeutung von Sand, Kies und Steinen in der Alp auf dem Gebiete des Bezirks Einsiedeln einer bezirksrätlichen Bewilligung bedürfe (Ziff. 1), und dass die gewerbsmässige Ausbeutung die Entrichtung einer Konzessionsgebühr bedinge (Ziff. 7). Im übrigen werden für die Ausbeutung bestimmte polizeiliche Schranken aufgestellt.

Die Alp ist ein Bergwasser, das in seinem untern Teil den Bezirk Einsiedeln durchfliesst und an welchem verschiedene Verbauungsarbeiten ausgeführt worden sind. Diese Verbauungen sind durch übermässige Kiesausbeutung gefährdet worden, was zum Erlass der Verordnung Anlass gab.

Gegen die Verordnung erhob der Rekurrent, der im Bezirk Einsiedeln gewerbsmässig Kies ausbeutet, die staatsrechtliche Beschwerde, unter anderm wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung. Das Bundesgericht hat die Beschwerde hierin nur insoweit gutgeheissen, als Ziff. 7 über die Konzessionspflicht der gewerbsmässigen Ausbeutungsbetriebe aufgehoben wurde, mit der

*Begründung :*

1. — Die Verordnung über die Ausbeutung von Kies, Sand und Steinen in der Alp bei Einsiedeln stellt ein Verbot auf, diese Materialien aus dem Gewässer ohne eine Bewilligung des Bezirksrats zu gewinnen, welche Bewilligung beim Vorliegen bestimmter Umstände zu erteilen ist. Es ist zugleich ein Befehl an alle diejenigen, die Kies usw. in der Alp ausbeuten wollen, zuerst um diese Bewilligung nachzusuchen. Es wird eine Bewilligungsgebühr und bei gewerbsmässiger Ausbeutung eine Konzessionsgebühr vorgesehen. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verordnung werden Strafbestimmungen aufgestellt durch Hinweis auf die Strafandrohungen des eidgenössischen Wasserbaupolizeigesetzes (WBPG).

Die Vorschriften der Verordnung sind ohne Frage

Rechtssätze. Sie haben zwar nur Geltung für ein Gewässer, die Alp, und auch für dieses nur, soweit es im Bezirke Einsiedeln liegt, also für einen örtlich und sachlich beschränkten Bereich. Aber in diesem Rahmen wird für jedermann bestimmt, was inbezug auf die Gewinnung von Kies usw. Rechtens ist. Es ist ein Erlass, der zwar nicht der Form, wohl aber dem Inhalt nach Gesetzescharakter hat, eine Rechtsverordnung.

2. — Der Rekurrent macht geltend, der Bezirksrat sei zur Aufstellung dieser Verordnung nicht zuständig gewesen. Die Frage ist die, ob ohne Verfassungswidrigkeit angenommen werden kann, die Verordnung sei zuständigerweise erlassen worden.

In der Rekursantwort wird die Kompetenz des Bezirksrates daraus hergeleitet, dass es sich um eine Ausführung des eidgenössischen WBPG und der kantonalen VV dazu handle, und dass die Wasserbaupolizei im Bezirk dem Bezirksrat unter der Oberleitung des Regierungsrates obliege. Doch ist zu beachten, dass man es, angenommen es liege Ausführung der genannten eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen vor, nicht mit einer solchen durch konkrete Verfügungen, sondern durch abstrakte Rechtssätze in der Gestalt einer Verordnung zu tun hätte.

Das eidgenössische WBPG bestimmt in Art. 5 Abs. 2, dass die Obsorge für die mit Bundeshilfe zu erstellenden Wasserverbauungen und den künftigen Unterhalt der ausgeführten Arbeiten Sache der Kantone ist. Nach Art. 7 erlassen die Kantone die für die Ausführung des Art. 5 erforderlichen Gesetze und Verordnungen, speziell die Bestimmungen über die Handhabung der kantonalen Wasserbaupolizei und über die hiezu nötigen staatlichen Organe. Das BG enthält keine Vorschrift darüber, welche Ausführungsvorschriften in Form von Gesetzen zu treffen sind und für welche blosse Verordnungen genügen und welche Organe zu deren Erlass zuständig sind. Es sind das Fragen des kantonalen Staatsrechtes.

Dem schwyzerischen Recht ist nicht zu entnehmen, dass

der Bezirksrat kompetent wäre, wasserbaupolizeiliche Vollziehungsvorschriften zu erlassen. Nach Art. 81 KV beaufsichtigt er den Wasserbau im Bezirk. Nach der kantonalen VV zum eidgenössischen WBPG wird die Aufsicht über die Wasserbaupolizei vom Regierungsrat und unter seiner Leitung von den Bezirksräten ausgeübt (§ 1), und speziell auch die Ausführung der in der VV vorgesehenen Arbeiten und die Aufsicht über deren Unterhalt ist Sache des Bezirksrates unter Leitung des Regierungsrates (§ 8). Der Bezirksrat hat also im Gebiet des Wasserbaues die Stellung einer Polizeibehörde, die ihre Funktionen unter der Leitung des Regierungsrates ausübt. Hierin ist die Befugnis enthalten, im Rahmen der massgebenden gesetzlichen und sonstigen Vorschriften polizeiliche Verfügungen zu treffen, nicht aber die Kompetenz, für jenes Gebiet allgemein verbindliche Rechtssätze aufzustellen. In der blossen administrativen Polizeigewalt ist eine entsprechende Rechtssetzungsgewalt nicht inbegriffen. Hiezu ist erforderlich eine vom Gesetz erteilte Ermächtigung, wie sie nach herrschender staatsrechtlicher Auffassung als zulässig erscheint. Dass eine Verwaltungsbehörde nur kraft einer solchen Gesetzesdelegation Rechtssätze erlassen kann, folgt aus dem Prinzip der Trennung der gesetzgebenden von der vollziehenden Gewalt, die auch in der KV von Schwyz verwirklicht ist (Art. 30, 46), und aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Postulat der gesetzmässigen Verwaltung, mit dem es nicht vereinbar ist, dass die Administrativbehörden als solche selber Recht setzen könnten. An einer gesetzlichen Ermächtigung, die im Kanton Schwyz dem Bezirksrat ein wasserbaupolizeiliches Ordnungsrecht verleihen würde, fehlt es aber durchaus.

Die fragliche Kompetenz des Bezirksrates lässt sich auch nicht etwa aus der Autonomie der Bezirke im Kanton Schwyz begründen, was auch in der Rekursantwort nicht versucht wird. Nach Art. 13 KV besteht die Bezirksautonomie für die Verwaltung und Benützung der Bezirkgüter. Die Wasserbaupolizei ist in Art. 81 KV und in der

VV zum eidgenössischen WBPg nicht dem Bezirk, sondern dem Bezirksrat, unter Leitung des Regierungsrates, übertragen. Es ist daher nicht ersichtlich, dass diese Materie in den Bereich autonomer Rechtssetzung der Bezirke fallen würde, für die übrigens wohl auch nicht der Bezirksrat, sondern die Bezirksversammlung (KV Art. 70 ff.) zuständig wäre.

3. — Ist danach die Kompetenz des Bezirksrates in bezug auf die angefochtene Verordnung zu verneinen, so fragt es sich aber, ob der Mangel nicht dadurch geheilt sei, dass der Regierungsrat, auf dessen Weisung hin der Bezirksrat handelte, die Verordnung genehmigt hat. Die Ausführungen der Rekursantwort sind wohl dahin aufzufassen, dass mit dem Hinweis auf die Stellung des Regierungsrates als Oberbehörde der Wasserbaupolizei der Genehmigung auch Bedeutung beigelegt wird bei der Frage nach der formellen Gültigkeit der Verordnung.

Der Regierungsrat ist die oberste Vollziehungsbehörde des Kantons (KV 46). Er hat auch die Bundesgesetze zu vollziehen, soweit diese Aufgabe bei den Kantonen liegt. In einer solchen blossen Vollziehungsgewalt ist zwar, mangels besonderer gesetzlicher Ermächtigung, die Kompetenz, gesetzesausführende Rechtssätze zu erlassen, kaum begriffen (FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 72; Bundesstaatsrecht 72; JELLINEK, Verwaltungsrecht 2. Aufl. 119; BURCKHARDT, BV 666; GUHL, Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung, 85 ff.). Auch im Kanton Schwyz dürfte es nicht der Fall sein, wie denn ja die VV zum eidgenössischen WBPg ein Akt des Kantonsrates ist (welcher Erlass noch dem fakultativen Referendum unterlag). Aber nach dieser VV, §§ 1 und 8, ist der Regierungsrat ermächtigt, weitere Vorschriften zur Vollziehung des BG, speziell auch betreffend den künftigen Unterhalt von Schutzbauten, zu treffen. Hier liegt in der Tat eine Einräumung von Verordnungsgewalt vor, derzufolge der Regierungsrat zu wasserbaupolizeilichen Vollziehungsvorschriften befugt ist.

Man kann annehmen, dass der Regierungsrat die Verordnung des Bezirksrates nicht bloss im Sinne einer Aufsichtsmaßnahme der übergeordneten Polizeibehörde genehmigt hat, sondern dass die Genehmigung als eigentliches Gültigkeitserfordernis gedacht war. Der Regierungsrat hat damit wohl die Verordnung durch seine eigene Autorität als zur Rechtssetzung in der Materie berufener Behörde decken wollen. Erst mit der Genehmigung sollten die Vorschriften der Verordnung verbindliche Kraft erlangen.

Unter diesen Umständen wird man die Verordnung als formell rechtsbeständig betrachten dürfen, wenn und soweit der Regierungsrat selber sie hätte erlassen können. Einer solchen Gleichstellung mit einer Verordnung des Regierungsrates stehen auch nicht etwa Verfahrensvorschriften entgegen, die für Verordnungen gelten würden und die hier nicht beachtet worden wären. Sollten Bedenken dagegen bestehen, in dieser Weise in Hinsicht auf die Verordnung des Bezirksrates auf die Kompetenz des Regierungsrates abzustellen, so ist nicht zu übersehen, dass es sich um eine Frage des kantonalen Staatsrechtes handelt, auf welche die KV keine Antwort gibt und die daher vom Bundesgericht nicht frei, sondern nur aus einem beschränkten Gesichtspunkt geprüft werden kann.

Der Regierungsrat nun hätte kraft seiner Kompetenz zu weitem Vollziehungsvorschriften (neben der kantonalen VV) im Bereich der Wasserbaupolizei die Verordnung erlassen können, sofern ihr Inhalt in diesen Rahmen hineingeht. Das ist zu untersuchen für die Vorschriften der Verordnung, die in diesem Zusammenhang angefochten sind.

4. — Bei dieser Prüfung stellt sich die Frage, ob die durch die Verordnung getroffene Regelung und Beschränkung der Kiesausbeutung in der Alp — was der Rekurrent bestreitet — eine im Sinne des BG wasserbaupolizeilich gebotene Schutzmaßnahme sei. Es ist mit einer Frage der Auslegung und Anwendung des BG. Dieses hat polizei-

lichen Charakter, sodass Beschwerden über seine Verletzung durch kantonale Behörden in die Kompetenz nicht des Bundesgerichtes, sondern des Bundesrates fallen (auch wenn eine solche Beschwerde sich auf den Boden von Art. 4 BV stellt, OG Art. 189). Allein in der vorliegenden Sache kommt eine Verletzung des BG nicht als selbständiger Beschwerdepunkt in Betracht, sondern jene Frage ist Vorfrage der formellen Gültigkeit der Verordnung nach kantonalem Staatsrecht. Hier hat das Bundesgericht mit der Hauptfrage auch die Vorfrage zu prüfen (OG Art. 194 Abs. 2). Da es sich aber bei dieser Vorfrage nicht um Verfassungs-, sondern um blosses Gesetzesrecht handelt, ist die Prüfung des Bundesgerichtes auf den Willkürstandpunkt beschränkt.

Die Auffassung der kantonalen Behörden, dass die Kiesgewinnung in der Alp, sobald sie ein gewisses Mass überschreitet, einen schädlichen Einfluss auf die tieferliegenden Verbauungsarbeiten hat, ist jedenfalls nicht willkürlich. Das ist die Meinung, die vom eidgenössischen Oberbauinspektorat und vom Kantonsingenieur, also von den sachverständigen Organen des Bundes und des Kantons, mit näherer Begründung vertreten wird. Das Privatgutachten Thomann (das speziell für den Betrieb des Rekurrenten eine solche Wirkung verneint) kann demgegenüber nicht ins Gewicht fallen. Angesichts seiner beschränkten Kognition in diesem Punkte ist das Bundesgericht auch nicht in der Lage, eine Expertise anzuordnen.

Es ist also davon auszugehen, dass die Kiesausbeutung, die bestimmte Grenzen überschreitet, die Verbauungsarbeiten gefährdet. Dann ist es aber eine aus dem eidgenössischen WBPg sich ergebende Anforderung, dass die Ausbeutung auf das unschädliche Mass beschränkt bleibe. Es hätte keinen Sinn, im allgemeinen Interesse dringend gebotene Verbauungsarbeiten mit bedeutenden Kosten für die beteiligten Gemeinwesen und den Bund auszuführen, wenn dann trotzdem die Nutzung des Gewässers durch die Anstösser und sonstige Beteiligte in einer Weise

erfolgen könnte, dass diese Arbeiten in ihrem guten Zustande gefährdet sind. Die Kiesausbeutung muss daher geregelt werden, was in der Verordnung durch das vorgesehene Bewilligungssystem geschieht. Massgebend dürfen hierbei aber nur wasserpolizeiliche Gesichtspunkte im Sinne des BG sein. Nur für diese besteht jenes Ordnungsrecht des Regierungsrates nach der kantonalen VV. In dieser Bedeutung müssen die öffentlichen Interessen verstanden werden, von denen in Ziffer 2 der Verordnung, neben der Gefährdung der Verbauung, die Rede ist (dass die Verordnung nicht nur die Ausbeutung von Kies, sondern auch diejenige von Sand und Steinen betrifft, wird im Rekurs eventuell nicht beanstandet).

Ein Fremdkörper in der Verordnung ist, dagegen die Bestimmung in Ziff. 7, derzufolge bei gewerbsmässiger Ausbeutung eine Konzessionsgebühr zu entrichten ist. Da nach Ziff. 2 bei jeder Bewilligung, als Entgelt für die behördliche Tätigkeit bei der Erteilung, eine Gebühr im eigentlichen Sinn zu bezahlen ist, so kann unter der Konzessionsgebühr nur eine Abgabe verstanden werden, die als Gegenleistung für die Verleihung der Kiesnutzung seitens des Gemeinwesens erhoben würde ähnlich der Konzessionsgebühr oder dem Wasserzins, der bei der Verleihung von Wasserrechten dem Beliehenen auferlegt wird oder der Patenttaxe bei der Fischerei- und der Jagdbewilligung. Diese Vorschrift fällt aus dem wasserbaupolizeilichen Rahmen vollständig heraus und ist in keiner Weise gedeckt durch die Ordnungsgewalt, die der Regierungsrat auf dem Gebiet hat. In diesem Punkte ist die Verordnung schon aus formellen Gründen unverbindlich, ganz abgesehen von der Frage der Verfassungswidrigkeit nach der materiellen Seite.

Was die Strafbestimmung der Ziff. 8 anbetrifft, so ist die Meinung wohl die, dass die Strafandrohungen des BG, Art. 13 (Busse von Fr. 10.— bis 500.—) auch für die Übertretungen der Verordnung massgebend sein sollen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 41 I

501 ; 57 I 276) ist mangels gegenteiliger Vorschrift in der verfassungs- oder gesetzesmässigen Befugnis einer Behörde, Vorschriften verwaltungsrechtlicher, insbesondere polizeilicher Natur über einen bestimmten Gegenstand zu erlassen, die weitere Befugnis eingeschlossen, Übertretungen dieser Vorschriften mit Strafe zu bedrohen. Eine Kompetenzüberschreitung ist also auch in der Aufstellung von Strafandrohungen in der angegebenen Form durch den Regierungsrat nicht zu erblicken.

5. — Findet man gemäss den vorstehenden Ausführungen die formelle Grundlage für die Verordnung in der Kompetenz des Regierungsrates, so mag es freilich als auffallend erscheinen, dass die Verordnung sich auf ein einzelnes Gewässer und auch auf dieses nur, soweit es in einem bestimmten Bezirk liegt, und nicht auf alle Gewässer des Kantons, oder doch wenigstens auf die Alp in ihrem ganzen Lauf bezieht. Die Beschränkung auf die Alp wird sich wohl daraus erklären, dass bei ihr (zufolge der starken Kiesausbeutung für die Arbeiten des Etzelwerkes) das Problem dieser Nutzung vom wasserbaupolizeilichen Standpunkt aus praktisch geworden ist, während es sich bei andern Gewässern noch nicht gestellt hat. Und die Beschränkung auf den Alplauf im Bezirk Einsiedeln ergab sich daraus, dass der Regierungsrat von seiner Verordnungsgewalt in der Form der Genehmigung einer bezirksrätlichen Verordnung Gebrauch gemacht hat. Nach beiden Seiten mag es sich um materielle Mängel oder Unstimmigkeiten der Verordnung handeln, nicht aber um einen formellen Mangel in der Zuständigkeit der Behörde.

## V. STAATSVERTRÄGE

### TRAITÉS INTERNATIONAUX

#### 5. Auszug aus dem Urteil vom 5. März 1937 i. S. Böhm & Co. gegen Glasmanufaktur A.-G.

Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens vom 2. November 1929 mit Deutschland über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen :  
Vorbehaltlose Einlassung im allgemeinen, und insbesondere durch Erhebung einer Widerklage.

5. — Die Rekurrentin Böhm & C<sup>te</sup> in Berlin will die vorbehaltlose Einlassung der Rekursbeklagten Glasmanufaktur A.-G. in Schaffhausen auf das Verfahren vor den deutschen Gerichten darin erblicken, dass die Rekursbeklagte den Zuständigkeitsentscheid des Amtsgerichts Berlin-Mitte nicht weitergezogen und vor diesem Gericht sogar noch Widerklage erhoben hat.

Das Bundesgericht hat bereits festgestellt, dass ein Vorbehalt im Sinne des Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens mit Deutschland jedenfalls dann nicht in der Erhebung der Unzuständigkeitseinrede nach den Vorschriften der DZPO zu bestehen braucht, wenn die deutschen Gerichte nach ihrem Landesprozessrecht zur Beurteilung des Rechtsstreits zuständig sind — und zwar weil diesfalls die Einrede gar nicht gutgeheissen werden könnte. Es genügt dann vielmehr, wenn der Beklagte in gehöriger Weise vor oder gleichzeitig mit der Einlassung auf die Hauptsache geltend macht, dass er nach dem Abkommen der Vollstreckung des Urteils in der Schweiz sich widersetzen könne und das Recht dazu sich vorbehalte (BGE 60 I 132; vgl. BGE 57 I 22 zum Abkommen mit Österreich, BGE 61 II 356 zum Abkommen mit Italien). Da die deutschen Gerichte ihre Zuständigkeit hier vor allem aus § 29 DZPO abgeleitet haben (der Zwischenentscheid des