

de droit peut, suivant les circonstances, justifier la restitution, notamment lorsqu'elle est excusable. Or, elle l'était en l'espèce, car on pouvait croire de bonne foi qu'il ne s'agissait pas d'obligations d'emprunt au sens de l'art. 10 al. 1 lit. a LT. On ne saurait donc conclure, du fait que la demanderesse a payé le droit cantonal d'enregistrement sans faire aucune réserve, qu'elle avait renoncé à en demander éventuellement la restitution.

6. — La demanderesse demande non seulement le remboursement du droit d'enregistrement, mais encore le paiement de 5 % d'intérêts dès le 21 octobre 1944, soit dès la date où elle s'était adressée à la Direction cantonale de l'enregistrement pour demander le remboursement. Il s'agit donc de purs intérêts moratoires.

Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rechercher si le droit au remboursement d'une taxe indue donne également droit au paiement d'intérêts et notamment d'intérêts moratoires. En effet, s'agissant de l'exemption d'impôts cantonaux prévue par le droit fédéral, la Cour de céans ne saurait condamner le canton à payer des intérêts : Si le remboursement est admis, c'est en vertu de la disposition de droit fédéral portant exonération. Cette disposition toutefois ne permet que de supprimer un état de choses (soit un paiement) contraire au droit. Elle n'autorise pas à aller au delà. C'est au droit cantonal qu'il faut se référer lorsqu'il s'agit de savoir si, lorsqu'une taxe ou un impôt cantonal a été perçu indument, le canton peut être tenu à certaines prestations en plus du remboursement. Le Tribunal fédéral ne peut donc connaître de cette question, car, dans le cadre de l'art. 111 lit. a OJ, il ne connaît que de l'application du droit fédéral.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Admet la demande.

V. WASSERRECHT

FORCES HYDRAULIQUES

36. Urteil vom 2. März 1945 i. S. Land Glarus gegen Sernf-Niedernbach A.-G.

Wasserrecht : Die in einer Wasserrechtskonzession getroffene Ordnung der Ausnützung des Wasserrechts ist, auch in Nebenpunkten, für das konzedierende Gemeinwesen verbindlich und kann nicht nachträglich als unverbindlich zurückgenommen werden mit der Behauptung, die bei Erteilung der Konzession als zulässig befundene Regelung erweise sich nachträglich als gesetzwidrig oder die Konzessionsbehörde habe mit ihr ihren Zuständigkeitsbereich überschritten.

Droits d'eau : La réglementation de l'utilisation de droits d'eau concédés lie la communauté concédante même quant aux points secondaires et ne peut être révoquée par le motif que, tenue pour admissible lors de la concession, elle s'est révélée illégale ou que l'autorité concédante a outrepassé sa compétence.

Diritti d'acqua : L'ordinamento dei diritti d'acqua contemplato da una concessione d'utilizzazione di forze idrauliche è vincolante per l'ente concessore anche nei suoi punti secondari e non può essere revocato per il motivo che si sarebbe ulteriormente dimostrata illegale o che l'autorità concedente avrebbe ecceduto i limiti della propria competenza.

A. — 1. Nach § 177, Abs. 1, lit. a des glarn. Einführungsgesetzes zum ZGB können Wasserkräfte und Wasserwerke, sowie das für die Nutzbarmachung und für die Übertragung der Kraft an einen andern Ort erforderliche Grundeigentum auf dem Wege der Enteignung erworben werden. Die Befugnis, diese Enteignung zu verlangen und die dadurch erworbenen Rechte zu benützen oder weiterzugeben, steht zunächst dem Kanton zu ; wenn dieser von seinem Vorrecht keinen Gebrauch macht, so können die Gemeinden und, wenn diese verzichten, Gesellschaften und Private die Enteignung in Anspruch nehmen (§ 178, Abs. 1 und 2). Die Entscheidung darüber, ob der Kanton von der Enteignung für sich Gebrauch machen will oder nicht, fällt in die Kompetenz der Landsgemeinde (§ 179).

Am 5. Mai 1918 beschloss die Glarner Landsgemeinde,

das Enteignungsrecht für sämtliche als zum Ausbau geeignet erscheinende Wasserkräfte für den Kanton in Anspruch zu nehmen unter dem Vorbehalt, die ihm zustehenden Rechte weiter zu begeben. « Die Landsgemeinde überträgt die Ausführung dieses Beschlusses dem Landrat und erteilt ihm auch alle nötigen Vollmachten für die Verwertung der in Frage kommenden Wasserkräfte » (§ 3 des Beschlusses ; Landsbuch des Kantons Glarus II S. 202).

2. Das glarn. Fischereigesetz vom 18. Mai 1913 (Landsbuch II S. 83) gestattet das Fischen an den Seen und an der Linth, soweit es mit einer Angelschnur und einer einzigen Angel betrieben wird, allgemein ohne Patent. In den übrigen Gewässern und bei Verwendung anderer Gerätschaften ist ein Patent erforderlich, das jedermann beanspruchen kann, bei dem keiner der gesetzlichen Ausschlussgründe (§ 9) vorliegt. Eine Bestimmung über private Fischereirechte enthält dieses Gesetz nicht. Es ist ersetzt worden durch das Fischereigesetz vom 3. Mai 1936. Dieses Gesetz bestimmt in § 1 :

« Das Recht zum Fischen in sämtlichen öffentlichen stehenden und fließenden Gewässern auf dem Gebiete des Kantons Glarus unterliegt — private Fischereirechte, welche im Grundbuch einzutragen sind, vorbehalten — einer jährlichen Patentgebühr... ».

Im Memorial für die Landsgemeinde wurde dazu bemerkt :

« Analog dem Verfahren in andern Kantonen sollen private Fischereirechte im Grundbuch eingetragen werden. Für unsern Kanton kommen vorläufig lediglich die Fischereirechte in der Garichte und im Regulierweiher in Engi in Frage. »

B. — Am 7. März 1928 erteilte der Landrat des Kantons Glarus der Gemeinde Schwanden eine Konzession zur Ausnützung der Wasserkraft des Niedernbaches oberhalb des Alpstegstafels bei Schwanden (Landsbuch V S. 262) und am 10. Oktober 1928 eine Konzession zur Ausnützung der Wasserkraft des Sernf zwischen dem Bahnhof Engi-Vorderdorf und der Wassergerechtigkeit der Textil A.-G. vormals J. Paravicini in Schwanden (Landsbuch V S. 268).

Beide Konzessionen enthalten in § 21 folgende Bestimmung über « Oberaufsicht über die Stauseen, Fischerei » :

« Die polizeiliche Oberaufsicht des Kantons Glarus über die Gewässer erstreckt sich auf sämtliche künstlich angelegten Stauseen (Stauvorrichtungen).

Das öffentliche Recht zur Fischerei in diesen Stauseen (Stauvorrichtungen) besteht nicht, dafür hat aber der Konzessionsinhaber dem Kanton Glarus je auf Jahresschluss eine jährliche Entschädigung von Fr. 200.— zu zahlen. » (§ 21 Abs. 1 und 2).

Die Konzession am Niedernbach verpflichtet sodann den Konzessionsinhaber, vollen Schadenersatz zu leisten, wenn infolge des Baues und Betriebes des Werkes die Fischerei oder der Fischbestand geschädigt wird ; die Konzession am Sernf behält die Vorschriften der eidgenössischen und kantonalen Fischereigesetzgebungen vor (je Absatz 3).

Die beiden Konzessionen wurden mit Genehmigung des Landrates (Landsbuch V S. 273) an die Aktiengesellschaft Kraftwerke Sernf-Niedernbach übertragen. Diese erstellte Stauvorrichtungen beim Bahnhof Engi-Vorderdorf, und in der Garichte im Niederthal einen Stausee von rund 600 m Länge und 300 m Breite, wobei der Bachlauf auf einer Strecke von etwa 600 Metern vom Staubecken aufgenommen wurde.

Die Aktiengesellschaft Kraftwerke Sernf-Niedernbach hat Ende Dezember 1932 eine Entschädigung von Fr. 800.— an die Staatskasse des Kantons Glarus geleistet für die Vernichtung des Fischbestandes im Niedernbach während der Bauzeit und von da an jährlich eine Entschädigung von Fr. 1000.— für « Beeinträchtigung der Fischerei », wovon Fr. 600.— für « dauernde Schädigung im Sernf und Niedernbach » und Fr. 400.— für « Abtretung der Fischereirechte in den Stauseen ».

C. — Am 19. Februar 1942 beschloss der Regierungsrat des Kantons Glarus auf eine Eingabe des kantonalen Fischereivereins :

« 1. Es wird festgestellt, dass die sog. privaten Fischereirechte in der Garichte sowie im Regulierweiher in Engi ungesetzlich sind.

Das Grundbuchamt wird deshalb angewiesen, bei einer allfälligen Anmeldung, diese Rechte nicht im Grundbuch einzutragen.

2. Nachdem ohne Eintragung im Grundbuch diese letzten nicht bestehen, wird festgestellt, dass für den Stausee in der Garichte und den Regulierweiher in Engi bezüglich Fischereirechte die gleichen gesetzlichen Vorschriften Geltung haben, wie für die übrigen Gewässer im Kanton. »

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, das kantonale Fischereigesetz stehe grundsätzlich auf dem Boden der Patentfischerei. Das Gesetz von 1936 behalte zwar private Fischereirechte vor, doch sei es gegeben, dass solche Rechte, als Ausnahmen von der gesetzlichen Patentfischerei, auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung, also durch die Landsgemeinde, zu schaffen seien. Der Landrat sei nicht befugt, die Ausübung der Fischerei gegenüber der bestehenden Gesetzgebung einzuschränken. In seine Zuständigkeit falle nur die Festsetzung der nähern Bedingungen und die Erteilung der Konzessionen für den Ausbau der Wasserkräfte. Einschränkungen in der Ausübung der Fischerei gegenüber der bestehenden Gesetzgebung seien darin aber nicht enthalten. Mit der Bestimmung in § 21 der beiden Konzessionen, wonach das öffentliche Recht der Fischerei im Stausee in der Garichte und im Stauweiher in Engi nicht bestehe, habe der Landrat seine Vollmacht offenbar überschritten. Der Regierungsrat könne den gesetzwidrigen Landratsbeschluss nicht aufheben, aber er versage den daraus abgeleiteten Rechten die Anerkennung, indem er ihre Eintragung im Grundbuch verweigere, ohne welche solche private Fischereirechte überhaupt nicht entstehen könnten.

D. — Daraufhin belangte die heutige Klägerin, Aktiengesellschaft Kraftwerke Sernf-Niedernbach, den Kanton Glarus vor Glarner Obergericht mit dem Begehren, festzustellen,

1) dass das öffentliche Recht zur Fischerei in ihren Stauseen nicht bestehe, und

2) dass das Grundbuchamt bei einer Anmeldung das private Fischereirecht der Klägerin in ihren Stauseen ins Grundbuch einzutragen habe.

Das Obergericht hat mit Urteil vom 19. April/20. Mai 1944 festgestellt, dass im Stausee in der Garichte und im Regulierweiher in Engi das öffentliche Recht zur Fischerei nicht besteht, und hat das erste der beiden Klagebegehren in diesem Sinne geschützt (Ziffer 1 des Dispositivs). Das weitere Begehren (Nr. 2) wurde abgewiesen (Ziffer 2 des Dispositivs). Die rechtlichen Kosten und eine Gerichtsgebühr von Fr. 100.— wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, die ausserrechtlichen Kosten wettgeschlagen (Ziffern 3 und 4). Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die beiden Konzessionen der Gemeinde Schwanden und ihrer Rechtsnachfolgerin der Aktiengesellschaft Kraftwerke Sernf-Niedernbach seien einseitige hoheitliche Verleihungsakte, die der Landrat des Kantons Glarus auf Grund der ihm 1918 durch die Landsgemeinde eingeräumten Vollmacht ausgestellt habe. Die Konzessionen seien rechtsgültig publiziert worden und hätten Rechtskraft erlangt. Sie seien höchstens noch aus Gründen anfechtbar, die sich aus den Konzessionen selber ergeben. Solche Gründe seien aber nicht geltend gemacht worden. Klagebegehren 1 müsse schon aus diesem Grunde ohne weiteres geschützt werden. Zudem sei der Regierungsrat gar nicht befugt, die vom Landrate in den beiden Konzessionen getroffenen Bestimmungen zu zensurieren. Er habe sie widerspruchlos und restlos zu vollziehen. Der § 21, Abs. 2 der Konzessionen habe, nachdem er förmlich publiziert und promulgiert worden sei, die nämliche Geltung wie das kantonale Fischereigesetz. Übrigens sei diese Vorschrift mit dem öffentlichen Recht zur Fischerei durchaus vereinbar, « wenn die verschiedenen Funktionen erwogen und gegeneinander abgewogen werden, die zu ihrem bloss äusserlich widersprüchigen Nebeneinander geführt haben ». Schon das Fischereigesetz von 1913 habe einen Einbruch in das allgemeine Fischereirecht insofern vorgesehen, als der Regierungsrat ermächtigt worden sei, in Gewässern, die der Fischerei offen standen, die Anlage von Fischzuchtanstalten mit der Wirkung zu gestatten, dass das

öffentliche Fischereirecht ohne weiteres von Gesetzeswegen aufgehoben war. Das Fischereigesetz von 1936 behalte nun auch private Fischereirechte vor, allerdings ohne zu bestimmen, durch wen sie zu verleihen seien. Ausser diesen Einbrüchen in das öffentliche Recht zur Fischerei aus Gründen, die im Wesen der Fischerei selbst liegen, seien aber auch noch andere Gründe und Rücksichten für die Gesetzmässigkeit solcher Einbrüche anzuerkennen. Für § 21, Abs. 2 der beiden Konzessionen lägen solche Gründe vor.

Der Stausee in der Garichte und der Regulierweiher in Engi seien zwar beide öffentliche Gewässer, aber als künstliche Anlagen zur Sammlung grosser Wassermengen und Speisung eines Kraftwerkes Einrichtungen, die der Wartung und besonderen Unterhalts bedürfen. « Erweisen sich diese Erfordernisse mit dem öffentlichen Fischereirecht unvereinbar... so gehen diese Erfordernisse dem öffentlichen Fischereirecht vor zumal gemäss § 177 EG zum ZGB die beiden Konzessionen und die dadurch angestrebte Ausnützung der Wasserkräfte des Niedernbaches und des Sernf als im öffentlichen Wohl liegend zu gelten haben. » Diese Voraussetzung sei hier erfüllt: Der ungestörte Betrieb des Wasserwerkes bedinge Schwankungen im Niveau und eventuell auch die Trockenlegung der Sammelbecken ohne Rücksicht auf den Fischbestand, sowie die Fernhaltung Unberufener, besonders der Fischer. Die Aufnahme der Klauseln in die Konzession entspringe elementarer Notwendigkeit der Sicherung des Werkes, seiner Anlagen und seines Betriebes, sowie des Schutzes Dritter und ihres Eigentums vor Gefahren.

Dagegen sei das Klagebegehren 2 nicht begründet. Die jährliche Entschädigung von je Fr. 200.— sei nur das Entgelt für die Aufhebung des öffentlichen Fischereirechtes im Gebiete der beiden Sammelbecken, dafür dass das der Öffentlichkeit zur Ausübung der Fischerei im Niedernbach und im Sernf zur Verfügung stehende Gebiet eingermassen eingeschränkt worden sei. Die Personen, die den Organen der Kraftwerksunternehmung angehören, seien zu der

Gesamtöffentlichkeit zu zählen, die dem in den Konzessionen vorgesehenen Ausschlusse des allgemeinen Fischereirechtes unterworfen ist.

E. — Dieses Urteil hat das Land Glarus mit einer dem Bundesgerichte am 13. Juli 1944 eingereichten, als « Beschwerde » bezeichneten Eingabe angefochten und beantragt, es seien die Ziffern 1 und 3 des Urteils aufzuheben und auch das Rechtsbegehren 1 der Kraftwerke Sernf-Niedernbach A.-G. unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, der Standpunkt des Obergerichts, dass die Konzessionen für die Ausnützung der Wasserkräfte des Niedernbaches und des Sernf bei Engi-Vorderdorf, weil publiziert, in Rechtskraft erwachsen seien und von keinem Dritten, auch vom Verleiher nicht mehr angefochten werden könnten, sei unrichtig. Die Rechtsgültigkeit der Bestimmungen der Konzessionen sei von allen Behörden zu prüfen, vor allem auch daraufhin, ob die Behörde, die sie erliess, dazu zuständig gewesen sei. Über die Fischerei, als ein Regal, könne nur der Kanton und zwar nur die Landsgemeinde verfügen. Der Landrat sei zu der in § 21 der beiden Konzessionen enthaltenen Einschränkung des öffentlichen Fischereirechtes nicht befugt gewesen. Vor allem umfasse die im Landsgemeindebeschluss vom 5. Mai 1918 über die Verwertung der glarnerischen Wasserkräfte dem Landrat erteilte Ermächtigung für die Verwertung der in Frage kommenden Wasserkräfte keine Vollmacht zur Verfügung über das dem Kanton zustehende Fischereiregal und zur Aufstellung von Bestimmungen, die diesem Regal widersprechen. Nachdem der Regierungsrat auf Grund sorgfältiger Prüfung zur Überzeugung gelangt war, dass die in Frage stehenden Bestimmungen des § 21, Abs. 2 der Konzessionen gesetzwidrig und daher nichtig seien, sei er verpflichtet gewesen, diesen Bestimmungen den Vollzug zu versagen. Dabei sei die verfassungsrechtliche Stellung des Regierungsrates (Unterordnung unter den Landrat) ohne Bedeutung. Die Aufhebung des öffentlichen Rechtes zur Fischerei lasse sich

auch nicht auf Art. 23 des eidg. WRG stützen. Er sehe Massnahmen zum Schutze der Fischerei vor; hier handle es sich aber um einen Einbruch in die bestehende Ordnung der Fischerei. Die in den Fischereigesetzen von 1913 und 1936 enthaltenen Beschränkungen der öffentlichen Fischerei zu Gunsten von Fischzuchtanstalten seien zu Unrecht herangezogen worden. Es werde dabei übersehen, dass sie von der Landsgemeinde verfügt wurden, welche im Gegensatz zum Landrat dazu zuständig gewesen sei. Im übrigen seien sie Massnahmen im Interesse der Fischerei.

Die Ausführungen des Obergerichtes über die Notwendigkeit der Aufhebung des öffentlichen Fischereirechtes aus Gründen der Sicherheit der Werke seien unzutreffend.

Mit der Feststellung des Obergerichtes, dass durch die Konzession private Fischereirechte nicht begründet wurden, sei der Kanton einverstanden. Es ergebe sich aber nach dem Urteil des Obergerichtes der unbefriedigende Zustand, dass zwar das öffentliche Recht zur Fischerei aufgehoben, private Fischereirechte aber nicht begründet worden wären, sodass im Stausee in der Garichte, wo jetzt ein schöner Fischbestand vorhanden sei, überhaupt niemand fischen dürfe, was volkswirtschaftlich unbefriedigend sei.

Eventuell wäre das Urteil des Obergerichtes wegen Willkür aufzuheben; das Urteil verletze verfassungsmässige Rechte der Bürger, indem es das jedermann zustehende öffentliche Recht der Fischerei aberkenne und damit gegen Art. 4 und 25 BV, gegen Art. 4 KV und gegen § 1 ff. des kantonalen Fischereigesetzes verstosse.

F. — Am 24./25. Juli 1944 hat auch das Werk eine als « Beschwerde » bezeichnete Eingabe an das Bundesgericht gerichtet. Darin wird beantragt, die Ziffer 2 des obergerichtlichen Urteils aufzuheben und das Rechtsbegehren der kantonalen Klageschrift betreffend die Anmeldung des privaten Fischereirechtes der Kraftwerke im Sinne der Anträge und Ausführungen der Klägerin vor erster Instanz zu schützen, unter rechtlicher und ausserrechtlicher Kostenfolge zu Lasten des Kantons Glarus. Zur Begründung wird

im wesentlichen ausgeführt, mit ihrem Beschlusse vom 5. Mai 1918 über die Verwertung der glarnerischen Wasserkräfte habe die Landsgemeinde « als Souverain ihre sämtlichen Rechte über alles, was in einer Konzession zu behandeln war, dem Landrate delegiert... Was der Landrat in den beiden Konzessionen geordnet hat, ist von der Landsgemeinde verordnet. » Wenn die Konzessionen einen bescheidenen Einbruch in das Regal der Fischerei oder vielmehr in das öffentliche Fischereirecht vorgenommen haben, so sei dieser Einbruch durch die Landsgemeinde toleriert worden durch die unbedingte Vollmachterteilung an den Landrat. Die glarnerische Verfassung sehe in Art. 44, Ziff. 1 das Delegationsrecht der Landsgemeinde an den Landrat ausdrücklich vor. Die Landsgemeinde habe mit dem Beschluss vom 5. Mai 1918 dem Landrat den Auftrag erteilt, alle und jede Fragen zu lösen, welche bei Gewährung einer Konzession zu regeln sind. Dazu gehöre auch die Regelung der Fischerei, sowohl wegen der Einwirkungen der Bauzeit als auch wegen der späteren Auswirkungen. Wenn der Landrat auf Grund des regierungsrätlichen Entwurfes die Auffassung hatte... es sei den Interessen der Fischerei mehr gedient, wenn das öffentliche Fischereirecht an den Stauseen in der Garichte und in Engi beseitigt werde, so habe diese Lösung im Rahmen der dem Landrat eingeräumten Kompetenz gelegen.

Die Konzessionen seien in der kantonalen Gesetzssammlung veröffentlicht worden und es seien gegen die darin enthaltene Beschränkung der öffentlichen Fischerei keine Einsprachen eingegangen. Bei Erlass des neuen Fischereigesetzes von 1936, das private Fischereirechte ausdrücklich erwähne, seien der Stausee in der Garichte und der Regulierweiher in Engi als Beispiele angeführt worden.

Die mit der Konzession erteilte Verleihung gewähre den Beliehenen ein wohl erworbenes Recht auf Benützung des Gewässers nach Massgabe des Konzessionsaktes, an welchen die Konzessionsbehörde und deren Vollzugsorgane gebunden seien. Die Verleihungsbehörde hätte dem Kon-

zessionär kraft hoheitlicher Gewalt Einrichtungen zum Schutze der Fischerei vorschreiben können. Sie habe aber von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, sondern eine vertragliche Regelung vorgezogen, nach der an Stelle von Schutzmassnahmen eine Entschädigung vereinbart und die Staubecken dem öffentlichen Fischereirecht entzogen wurden. Diese Regelung könne nicht nach 16jährigem Bestande einseitig aufgehoben werden, auch nicht über den Umweg der Einrede mangelnder Kompetenz.

Das Werk halte daran fest, dass es private Fischereirechte in den Stauseen besitze und dass diese Rechte bei einer Anmeldung auch im Grundbuch eingetragen werden könnten. Wenn das Werk pro Jahr Fr. 200.— für die Aufhebung des öffentlichen Fischereirechts zu bezahlen habe, so sei damit gemeint gewesen, dass gegen Bezahlung des Betrages von Fr. 200.— das Fischereirecht auf das Werk übergehe. Schon bei den Konzessionsverhandlungen sei immer von einer Abtretung der Fischereirechte in den Stauseen die Rede gewesen, und die Staatskasse habe auch Jahr für Jahr unter dieser Bezeichnung Rechnung gestellt. Damit decke sich die Fassung des § 21 in den Konzessionen. Sie schliesse nicht jedes, sondern nur das « öffentliche » Recht zur Fischerei aus.

Eventuell, für den Fall, dass die Eingabe als staatsrechtliche Beschwerde aufzufassen wäre, wird das Urteil des Obergerichtes in den erwähnten Punkten als willkürlich bezeichnet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — In seinem Urteil vom 15. Dezember 1932 über einen Streit der heutigen Prozessparteien hat das Bundesgericht ausgeführt, dass § 19, Abs. 1 der beiden Konzessionen, wonach Streitigkeiten zwischen dem Kanton und dem Konzessionsinhaber aus den Konzessionen in zweiter Instanz vom Bundesgericht als Staatsgerichtshof entschieden werden, eine Prorogation auf das Bundesgericht enthält, der dieses, ohne dazu verpflichtet zu sein, stattgeben könne. Das Gericht erachtet es, wie damals, für richtig,

die Sache im Hinblick auf ihre Analogie zu den Wasserrechtsstreitigkeiten nach Art. 71 WRG zur Erledigung in dem für solche Streitigkeiten vorgesehenen Verfahren (Art. 18, lit. e VDG) zu übernehmen. Die Eingaben der Parteien vom 13. und vom 24. Juli 1944 werden dem gemäss als Klageschriften in einem direkten verwaltungsrechtlichen Prozess entgegengenommen. Dadurch werden sie gegenstandslos, soweit sie staatsrechtliche Beschwerden enthalten.

2. — Es ist davon auszugehen, dass der Kanton Glarus mit dem Landgemeindebeschluss vom 5. Mai 1918 das ihm in § 178 des glarn. EG zum ZGB eingeräumte Vorrecht auf den Erwerb und die Weiterverleihung der sich zum Ausbau im öffentlichen Nutzen eignenden Wasserkräfte in Anspruch genommen und, gemäss § 3 des Beschlusses, den Landrat als Konzessionsbehörde mit « allen nötigen Vollmachten für die Verwertung » dieser Wasserkräfte eingesetzt hat. Schon in seiner Eigenschaft als Konzessionsbehörde muss aber der Landrat befugt sein, im einzelnen Falle *sämtliche* mit der Ausnützung der Wasserkraft zusammenhängende Verhältnisse zu ordnen. Er ist es sodann zudem auch nach der ihm in § 3 ausdrücklich erteilten, umfassenden Ermächtigung. Zu den Fragen, die mit dem Ausbau und der Verwertung einer Wasserkraft zusammenhängen, gehört zweifellos auch die Ordnung der Fischerei im Bereiche der Werkanlagen, wozu hier auch die durch das Werk künstlich erstellten Stauseen zu rechnen sind. Die Anordnungen in § 21, Abs. 2 der beiden Konzessionen fallen daher ihrem Gegenstande nach durchaus in den Kompetenzbereich des als Konzessionsbehörde für Wasserwerke im Kanton Glarus eingesetzten Landrates.

Der Landrat hatte entgegenstehende öffentliche Interessen gegen einander abzuwägen: das allgemeine Interesse an dem auf Herkommen beruhenden Rechte der Bürger auf Ausübung der Fischerei in den glarnerischen Gewässern (öffentliches Fischereirecht) einer- und das spezielle Interesse an der Sicherung des Betriebes des im

allgemeinen öffentlichen Interesse bewilligten Wasserwerkes anderseits. Die vom Landrat getroffene Lösung, die öffentliche Fischerei in den Stauseen durch jährliche Entschädigungen abzulösen, hält sich im Rahmen des einer Konzessionsbehörde zustehenden administrativen Ermessens und ist daher nicht zu beanstanden. Sie ist allerdings nicht, wie das Werk anzunehmen scheint, eine Massnahme gemäss Art. 23 WRG zum Schutze der Fischerei, wohl aber eine im Rahmen einer Wasserrechtskonzession zulässige Vorkehrung zum Schutze des mit der Allgemeinheit dienenden Wasserwerkes.

3. — Aus den Konzessionen lässt sich nicht ableiten, dass mit der in § 21, Abs. 2 getroffenen Regelung überhaupt alle Fischereirechte an den Stauseen beseitigt worden wären. Dem Wortlaute der Bestimmung ist vor allem nicht zu entnehmen, dass der Landrat die Stauseen für die ganze Dauer der Konzession, also für 80 Jahre, als Schongebiete hat behandeln wollen. Das wäre aber der Fall, wenn an Stelle des allgemeinen Rechtes zur Fischerei nicht ein individuelles (« privates ») Recht getreten wäre. Nach den Konzessionen ist lediglich das öffentliche (allgemeine) Fischereirecht aufgehoben, und der Betrag von je Fr. 200.— erscheint im Hinblick auf die Bedeutung der damit der öffentlichen Fischerei entzogenen Bachstrecken als reichlich bemessen. Er lässt sich nur erklären, wenn ihm auch ein Anspruch des Werkes auf Ausnützung der Stauseen für die Fischerei entspricht.

Dass dies die Meinung war, ergibt sich übrigens bestimmt aus der Behandlung der Konzessionsbestimmung nach Errichtung des Werkes. Am 24. März 1932 ermächtigte der Regierungsrat die Militär- und Polizeidirektion zu Verhandlungen mit der Kraftwerkunternehmung über die Entschädigung für die Beeinträchtigung der Fischerei im Sernf und im Niedernbach. Das Ergebnis der Verhandlungen war, dass das Werk für die Vernichtung des Fischbestandes im Niedernbach während der Bauzeit Fr. 800.— und daneben eine jährliche Entschädigung von Fr. 600.— für dauernde Schädigung der Fischerei in den beiden Flüs-

sen bezahlt. In diesem Zusammenhang wurde die in § 21, Abs. 2 der Konzessionen vorgesehene Leistung von je Fr. 200.— ausdrücklich als Entschädigung « für die Abtretung der Fischereirechte in den Stauseen » bezeichnet (Antrag der Militär- und Polizeidirektion an den Regierungsrat vom 23. November und Regierungsratsbeschluss vom 24. November 1932). In gleicher Weise hat dann auch die Staatskasse des Kantons Glarus Jahr für Jahr vom 3. Juli 1933 an bis 1943 « für Abtretung der Fischereirechte in den Stauseen » Rechnung gestellt.

Dass diese Auslegung der allgemeinen Ansicht entsprach, ergibt sich weiterhin aus dem vom Landrate der Landsgemeinde vorgelegten Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1936, worin zum neuen kantonalen Vollziehungsgesetz über die Fischerei, speziell zu § 1 ausgeführt wird: « Analog dem Verfahren in andern Kantonen sollen private Fischereirechte im Grundbuche eingetragen werden. Für unsern Kanton kommen vorläufig lediglich die Fischereirechte in der Garichte und im Regulierweiher in Engi in Frage... ».

Darauf, ob das kantonale Fischereigesetz von 1918, das zur Zeit der Erteilung der beiden Konzessionen galt, individuelle (« private ») Fischereirechte an grundsätzlich der öffentlichen Fischerei unterstehenden Gewässern vorsah, kann es nicht ankommen. Es genügt, dass es sie nicht ausdrücklich ausschloss. Im übrigen war es Sache der Konzessionsbehörde, die Zulässigkeit der in die Konzessionen aufzunehmenden Ordnung der Fischerei im Bereiche der Werkanlagen zu prüfen. Jedenfalls kann das konzedierende Gemeinwesen nicht nachträglich einseitig auf die in der Konzession getroffene Ordnung zurückkommen und sie als unverbindlich erklären mit der Behauptung, die damals als zulässig befundene und seither unangefochten in Rechten und Pflichten gehandhabte Regelung der Fischerei sei nach damals geltendem Recht gesetzwidrig gewesen (BGE 65 I S. 301). Das neue Fischereigesetz behält nun « private » Fischereirechte ausdrücklich vor.

Hier beruht die individuelle, die allgemeine öffentliche

Fischerei ausschliessende Berechtigung zur Ausübung der Fischerei in den Stauseen auf Verfügungen der Konzessionsbehörde im Verleihungsakt, hat also ihren Grund im öffentlichen Recht. Ob eine solche Berechtigung im Grundbuche eingetragen werden kann und eingetragen werden muss, kann hier offen bleiben. Die Entscheidung darüber hätte, sofern sie verlangt werden sollte, von den Behörden auszugehen, die sich mit der Führung des Grundbuches zu befassen haben. Für die im verwaltungsrechtlichen Verfahren zu treffende Beurteilung des Streites aus der Konzession genügt die Feststellung, dass der Konzessionärin auf Grund der in § 21, Abs. 2 der beiden Konzessionen getroffene Regelung ein individuelles, das öffentliche ausschliessendes Recht auf Ausübung der Fischerei in den beiden zum Werke gehörenden Stauseen eingeräumt worden ist, und dass ihr dieses Recht nicht nachträglich durch Verfügungen des Regierungsrates entzogen werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Auf die staatsrechtlichen Beschwerden der Parteien wird nicht eingetreten.

2. Ziffer 1 des Dispositives des obergerichtlichen Urteils vom 19. April/20. Mai 1944 wird bestätigt, Ziffer 2 wird im Sinne der Erwägungen abgeändert und festgestellt, dass der Sernf-Niedernbach A.-G. kraft Konzession ein Fischereirecht in den beiden Stauseen für die Dauer ihrer Konzessionen zusteht.

VI. VERFAHREN

PROCÉDURE

Vgl. Nr. 31, 32, 34, 35. — Voir nos 31, 32, 34, 35.

A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. RECHTSGLEICHHEIT

(RECHTSVERWEIGERUNG)

ÉGALITÉ DEVANT LA LOI

(DÉNI DE JUSTICE)

37. Arrêt du 28 mai 1945 dans la cause Bähler & Co contre de Coulanges et Cour de Justice civile de Genève.

Recours de droit public pour arbitraire dans l'application du droit fédéral.

1. Une solution n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Est-il arbitraire, en l'état de la législation, d'autoriser le débiteur poursuivi en vertu d'un acte de défaut de biens délivré après faillite à soulever pour la première fois devant le juge de mainlevée le moyen tiré du défaut de retour à meilleure fortune (art. 75, 265 al. 2 et 3 LP, Ord. CF n° 1 sur les formules à employer en matière de poursuite)? Question réservée. (Consid. 2).

2. Il est arbitraire, de la part d'une juridiction cantonale, de résoudre en sens opposé deux questions tout à fait analogues (consid. 3).

Staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür in der Anwendung von Bundesrecht.

1. Ein Entscheid ist nicht deswegen allein willkürlich, weil er von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes abweicht.

Ist es nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung Willkür, wenn der Rechtsöffnungsrichter die Einrede des mangelnden neuen Vermögens zulässt, die der auf Grund eines Konkursverlustscheins betriebene Schuldner zum ersten Mal vor ihm erhoben hat (SchKG Art. 75, 265 Abs. 2 und 3, Verordnung Nr. 1 zum SchKG)? Frage offen gelassen. (Erw. 2).

2. Ein Richter macht sich der Willkür schuldig, wenn er zwei ganz analoge Fragen verschieden löst (Erw. 3).

Ricorso di diritto pubblico per applicazione arbitraria del diritto federale.

1. Un giudizio non è arbitrario per il solo motivo che si diparte dalla giurisprudenza del Tribunale federale.

Incorre nell'arbitrio, alla luce della vigente legislazione, il giudice di rigetto d'opposizione che ammette l'eccezione