

nöthigen Präzision und Bestimmtheit fehle und daher die Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei, der Begründung. Allerdings macht, wie bereits bemerkt, die Klage nicht einen kondemnatorischen Anspruch geltend, sondern qualifizirt sich als bloße Feststellungsklage; allein, wie das Bundesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat (siehe z. B. Entscheidungen, Amtliche Sammlung VII, S. 198, Erwägung 4 u. ff., in Sachen Favre gegen Gotthardbahn), sind auch solche bloße Präjudizialklagen als statthaft zu erachten, sofern der Kläger an der beantragten sofortigen Feststellung ein rechtliches Interesse hat. Dies ist aber im vorliegenden Falle, da die Aktivlegitimation des Klägers nicht bestritten ist, gar nicht zu bezweifeln, da ja die beantragte Präjudizialentscheidung, daß der Beklagten ein sie von der streitigen Leistung befreiendes Privileg nicht zustehe, die Vorbedingung der Verfolgung des Anspruches auf diese Leistung ist.

6. Es muß sonach auf Prüfung der Sache selbst eingetreten werden. In dieser Richtung ist nun zunächst festzuhalten, daß Privilegien, wie das vorliegend in Frage stehende, als individuelle Ausnahmen von dem geltenden allgemeinen Rechte im Zweifel stricte zu interpretiren sind und ohne durchaus zwingende Gründe nicht über den Wortlaut des Verleihungsaktes hinaus ausgebehnt werden dürfen. Geht man hievon aus, so ergibt sich daß die Beklagte von den Kosten an die Wuhren- und Korrektionsarbeiten, soweit wenigstens erstere einen Bestandtheil der Korrektionsbauten bilden und als solche mit im Streite liegen, durch Art. 3 des Staatsvertrages von 1854 nur insofern befreit wird, als dieselben sich als Gemeindelasten qualifiziren, d. h. der Gemeinde Uetzlingen obliegen und von den einzelnen Gemeindeangehörigen an die Gemeinde oder auf Rechnung derselben zu leisten sind. Dagegen erstreckt sich die vertragliche Befreiung der Beklagten nicht auf diejenigen Wuhren- und Korrektionskosten, welche nicht der Gemeinde auffallen, sondern welche den Grundeigenthümern als solchen, resp. den die theilhaftigen Grundeigenthümer umfassenden Wuhrcorporationen, als eine besondere, von den Gemeindelasten verschiedene, öffentliche Leistung durch staatliches Gesetz auferlegt sind. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaute des maßgebenden Art. 3 des Staatsver-

trages vom 14./16. September 1854, welcher prinzipiell bloß eine Exemption der Beklagten von den „Gemeindelasten“ statuirt und daher die Beklagte auch von den Wuhren, wie von Kirchen-, Schul- und Armensteuern u. dgl. nur insofern befreit, als dieselben unter den allgemeinen Begriff der „Gemeindelasten“ fallen, nicht aber insofern, als sie nicht zu diesen gehören, sondern sich als besondere, durch staatsgesetzliche Anordnung unmittelbar den Pflichten auferlegte öffentliche Leistungen qualifiziren.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Klage wird in dem Sinne gutgeheißen, daß ausgesprochen wird, die Beklagte Gemeinde Ellikon sei von den gesetzlichen Beiträgen an die streitigen Wuhren- und Korrektionskosten der Thur durch Art. 3 des Staatsvertrages zwischen den Kantonen Zürich und Thurgau vom 14./16. September 1854 nur insofern befreit, als diese Beiträge sich als Gemeindelasten qualifiziren.

### 23. Urtheil vom 17. Februar 1883 in Sachen Halbimann gegen Bern.

A. Im Jahre 1534 verkauften Schultheiß und Râth zu Bern dem Christian Zehnder um den Preis von 750 Pfund Pfennige „unsere Tavernen zu Signau, sampt den Matten darzu gehörig;“ in dem betreffenden Kaufakte vom letzten Juli 1534 wird von Schultheiß und Râth zu Bern über den Kaufpreis quittirt und sodann bemerkt: „(Wir) entzüchend und jetzt gemelter Tavernen und Matten und sehend in (den Käufer) „dere in rüwig Besäß, die inzehaben, ze besitzen, nutzen und „nießen nach Tavernen Recht, doch mit dem Geding und Vorbehalt, daß er, sin Erben und Nachkommen, Inhaber derselbigen, uns und unsern Nachkommen darvon jährlichen uf „Sant Andres Tag zu rechten Tavernen Gält und Boden Zins „zu unsern Bogt zu Signoub Handen, der je zu Zyten in „unserm Namen da sin wirt, wären in bezahlen söllind einen

„Gulbin unserer Währung. Gelobende ime, im Erben und „Nachkommen und die, so von ihm ditzhalb Titel und Recht „haben werden, by sölligem Rhauf ze handhaben, darumb gut „Währschaft ze tragen, so die die Notdurft das erhäuschet, „Alles ufrecht und ohne Gewärd.“ Die verkaufte Taverne (im sogenannten rothen Thurm) war von Schultheiß und Râth zu Bern im Jahre 1529 mit der Herrschaft Signau durch Kauf von Ludwig von Dießbach erworben worden und scheint zuerst im Jahre 1517 errichtet worden zu sein, da (nach dem Gutachten des bernischen Staatsarchivariates vom 14. November 1876 über die konzessionirten Wirthschaften) am 15. März 1517 Wilhelm von Dießbach, Herr zu Signau, den Seinen daselbst auf ihren Wunsch zusagte, einen Wirth in sein Haus zu Signau zu setzen, wogegen sich die Leute vom Gericht und der Kirchhöre verpflichteten, „in dem Dorfe Signau dheimen „Wirth zu han, dann in mittem Hus, noch dheimen Win zu „schenken im Dorf,“ während anscheinend früher den Zwangsangehörigen von Signau das Wirthen gegen eine Abgabe an den Grundherrschaften freigegeben war. (Siehe das angeführte Gutachten, S. 9 und 10.)

B. Durch Kaufvertrag vom 6. Juni und 14. Juli 1865 hat der gegenwärtige Kläger Ulrich Haldimann die fragliche Gastwirthschaft zum rothen Thurm im Dorfe Signau „mit „dazu gehörendem Tavernenrecht und Metzgerei,“ welche bis dahin mehrfach und zwar immer mit dem Tavernenrechte Hand geändert hatte, um den Preis von 74,000 Fr. erworben. Unter den „Rechten und Beschwerden“ des Kaufgegenstandes wird in dem Kaufvertrage angeführt: „Gegenwärtig werde darab entrichtet: Bodenzins von dem Tavernenrecht alle Jahre 7 1/2 Bagen „alte oder 1 Fr. 9 Cts. neue Währung.“ Ein vom Kläger am 18. April 1878 mit seinen Söhnen abgeschlossener Abtretungsvertrag auf den Todesfall über die genannte Befizung fällt nach einer im mündlichen Vortrage abgegebenen Erklärung des klägerischen Anwaltes außer Betracht, und es mag daher daraus nur hervorgehoben werden, daß in demselben dem „mit der Wirthschaft zum Thurm verbundenen Konzessionsrechte“ ein Werth von 12,000 Fr. beigelegt wird.

C. Durch ein vom Volke des Kantons Bern am 4. Mai 1879 angenommenes „Gesetz über das Wirthschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken“ wurde angeordnet, (§ 13 desselben) daß „die bisher auf Grund von Konzessionen, Titeln „und unvordentlichem Herkommen ausgeübten Wirthschaften von „Inkrafttreten dieses Gesetzes hinweg allen Bestimmungen desselben unterliegen;“ nach dieser Gesetzesbestimmung werden die Inhaber derartiger alter Wirthschaftsrechte namentlich verpflichtet, wenn sie ihr Wirthschaftsgewerbe fortbetreiben wollen, wie alle andern Wirthe, ein nur auf Zeit (4 Jahre) ertheiltes Patent nachzujuchen, resp. zu lösen, und werden sie allen polizeilichen Bestimmungen des Gesetzes sowie der gesetzlichen Patentgebühr (an Stelle der frühern titelmäßigen oder herkömmlichen auf ihren Wirthschaftsrechten ruhenden Leistungen) unterworfen. Durch § 13 des citirten Gesetzes wird ihnen indeß „für die „Aufhebung der genossenen Vortheile aus Billigkeitsgründen „eine Vergütung“ in der im Gesetze (§ 13 cit.) näher normirten Weise in Aussicht gestellt. Im Fernern wird in § 14 des citirten Gesetzes bestimmt: „Denjenigen Inhabern von den in § 1 genannten Wirthschaften, welche gegenüber dem Staate für die „durch dieses Gesetz entzogenen Vortheile einen Rechtsanspruch „auf Entschädigung zu haben vermeinen und sich dem in „§ 13 vorgesehenen Verfahren nicht unterziehen wollen, steht „der ordentliche Rechtsweg offen.“

D. Ein gegen dieses Gesetz von einer Mehrzahl von Inhabern alter Wirthschaftsrechte, worunter auch der Kläger, ergrieffener staatsrechtlicher Rekurs an das Bundesgericht wurde von diesem durch Entscheidung vom 13. März 1880 (siehe dieselbe Amtliche Sammlung, Band VI, S. 98 u. ff.) abgewiesen. Nunmehr trat Ulrich Haldimann, welcher sich dem in § 13 leg. cit. normirten Billigkeitsverfahren nicht unterwarf, mit einer, zunächst bei den kantonalen Gerichten angebrachten, auf Antrag des beklagten Fiskus indeß an das Bundesgericht verwiesenen, Civilklage gegen den Staat Bern auf, in welcher er folgende Anträge stellt:

„1. Der Staat Bern sei zu verurtheilen, dem Kläger allen „Schaden zu vergüten, der ihm durch die Entziehung des zu

„seiner Gastwirthschaft zum rothen Thurm in Signau gehörenden Tavernenrechts zugefügt wird;

„2. Es sei die dem Kläger von daher zustehende Schadenersatzforderung gerichtlich zu bestimmen;

„Alles unter Kostenfolge.“

Den Betrag des ihm erwachsenen und zu ersetzenden Schadens beziffert Kläger „allerwenigstens“ auf 12,000 Fr. sammt Zins zu 5<sup>0</sup>/<sub>10</sub> seit 1. Juli 1879.

Der beklagte Fiskus des Kantons Bern dagegen beantragt: „H. Haldimann sei mit seinen zwei Klagsbegehren abzuweisen, „unter Kostenfolge. Eventuell sei die geforderte Entschädigung „erheblich herabzusetzen.“

E. Zur Begründung der gestellten Rechtsbegehren werden von beiden Parteien in den gewechselten Rechtschriften zunächst in grundsätzlicher Richtung, d. h. rücksichtlich der Frage, ob die alten Wirthschaftsrechte überhaupt als wohlervorbene Privatrechte betrachtet werden können und bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 als solche bestanden haben, im allgemeinen die nämlichen Argumente ausgeführt, welche bereits in der staatsrechtlichen, durch die Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. März 1880 erledigten Sache geltend gemacht wurden und welche in der genannten Entscheidung Fakt. B—E rejümirt sind.

Mit Beziehung auf den konkreten Fall wird vom Kläger namentlich darauf hingewiesen, daß es sich hier um ein auf einen privatrechtlichen Titel, einen Vertrag mit dem Staate, begründetes Gewerberecht handle, daß der Staat in dem betreffenden Vertrage in ausdrücklicher und umfassendster Weise Gewähr versprochen habe und daß das betreffende Wirthschaftsrecht früher bei allen vorgekommenen Revisionen der Wirthschaftsgerechtigkeiten im Kanton vom Staate stets anerkannt worden sei. Der Beklagte dagegen macht geltend, daß der zwischen dem Staatsfiskus und dem Vorbesitzer des Klägers im Jahre 1534 abgeschlossene Vertrag unmöglich den Entstehungsgrund des vom Kläger beanspruchten steuerrechtlichen und polizeilichen Privilegiums, welches nur durch einen seiner Natur nach stets wider-rufflichen Akt der Staatshoheit habe erteilt werden können, zu bilden vermöge, und daß das Gewährleistungsversprechen des

Staatsfiskus sich nicht auf staatshoheitliche, vom Staate als Gesetzgeber vorgenommene, Akte beziehe, übrigens auch keineswegs dahin gehe, daß der Staat seine Wirthschaftsgesetzgebung nicht ändern, z. B. das Wirthschaftsgewerbe nicht höher besteuern wolle u. dgl., sondern bloß die Ausübung der Wirthschaftsberechtigung nach Tavernenrecht d. h. nach der jeweiligen hierüber bestehenden Gesetzgebung gewährleiste. Es könne in dieser Richtung auch auf die Judikatur deutscher Gerichtshöfe in ähnlichen Fällen (Seufferts Archiv, II, Nro. 123 und XIX, Nro. 213) Bezug genommen werden. In quantitativer Beziehung führt der Kläger zur Begründung seiner Forderung namentlich an: In der nach dem Gesetze über das Tellwesen vom 14. Juni 1823 in der Gemeinde Signau vorgenommenen Steuererschätzung sei dem Wirthschaftsrechte des Klägers ein Werth von 15,000 Pfund = 16,304 Fr. beigelegt worden; in den Jahren 1835 und 1836 sei diese Tellerschätzung um 2000 und 1000 Pfund, also auf 12,000 Pfund = 13,043 Fr. neuer Währung reduziert worden; diese Schätzung sei auch bei Anlage der Grundsteuerregister im Jahre 1849 beibehalten worden. Vor dem Gesetze vom 4. Mai 1879 habe Kläger an Auslagen für den Wirthschaftsbetrieb nur (an Einkommenssteuer und dem vertragmäßigen Tavernengeld) 45 Fr. zu bestreiten gehabt; infolge der Einführung des erwähnten Gesetzes habe er ein Patent lösen müssen und sei dafür mit einer jährlichen Patentgebühr von 600 Fr. belastet worden, so daß er nun an Patentgebühr und Einkommenssteuer jährlich 630 Fr., also 585 Fr. mehr als früher, bezahlen müsse, welche Mehrbelastung, zu 4<sup>1</sup>/<sub>2</sub> % kapitalisirt, ein Kapital von 13,000 Fr. repräsentire. Ferner falle noch in Betracht, daß er früher eine zeitlich unbeschränkte, ein Akzessorium des Gasthauses bildende und frei veräußerliche, Wirthschaftsberechtigung besessen habe, während nunmehr seine Wirthschaftsberechtigung alle 4 Jahre der obrigkeitlichen Erneuerung unterliege. Der beklagte Fiskus bezeichnet die Entschädigungsforderung des Klägers als stark übertrieben; die vom Kläger angegebenen Tellerschätzungen seien ganz willkürlich, offenbar zu dem Zwecke gemacht, dem klägerischen Eigenthum einen hohen Werth beizulegen, und können daher in keiner Weise maßgebend sein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das bernische Gesetz vom 4. Mai 1879 erkennt, indem es die bisher im Kanton bestandenen alten Wirthschaftsrechte aufhebt, zugleich an, daß der Staat für den dadurch den Inhabern entstandenen Schaden insofern ersatzpflichtig sei, als sich die aufgehobenen Wirthschaftsrechte oder einzelne derselben nach richterlicher Entscheidung als erworbene Privatrechte qualifiziren. Dies folgt aus § 14 des Gesetzes, nach welchem denjenigen Inhabern alter Wirthschaftsrechte, welche sich dem gesetzlichen Billigkeitsverfahren nicht unterwerfen wollen, für ihre Ersatzansprüche gegen den Staat der ordentliche Rechtsweg vorbehalten wird. Denn diese Bestimmung hat ja nur dann Sinn und praktischen Werth, wenn der Gesetzgeber dem Richter die Entscheidung, ob in der gesetzlichen Aufhebung der fraglichen Berechtigung ein Eingriff in wohlervorbene Privatrechte liege, hat anheimgegeben und für den Fall der richterlichen Bejahung dieser Frage die Entschädigungspflicht des Fiskus hat anerkennen wollen. Allerdings ergibt sich aus § 13 des Gesetzes, daß der Staat von vornherein das Bestehen einer Entschädigungspflicht vor den Gerichten zu bestreiten gedachte, allein an diese Bestreitung seitens einer Partei sollte der Richter offenbar nicht gebunden werden. Diese Auslegung des Gesetzes ist übrigens von der Regierung des Kantons Bern anlässlich des staatsrechtlichen Rekurses gegen das Gesetz vom 4. Mai 1879 ausdrücklich anerkannt worden und liegt auch der sachbezüglichen Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. März 1880 zu Grunde.

2. Es steht also nicht in Frage, ob eine Entschädigungsforderung gegen den Staat dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn durch einen Akt der Gesetzgebung wohlervorbene Vermögensrechte, ohne gleichzeitige Anerkennung einer Entschädigungspflicht des Fiskus, beseitigt werden, sondern es handelt sich bloß darum, ob in Folge des Gesetzes vom 4. Mai 1879 ein wohlervorbenes Recht des Klägers aufgehoben wurde; ist dies zu bejahen, so steht die Entschädigungspflicht des klagenden Fiskus nach dem Gesetze vom 4. Mai 1879 ohne weiteres fest. Demnach ist nicht weiter zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die alten Wirthschaftsrechte selbst wenn, bezw. insoweit sie sich als

wohlervorbene Privatrechte qualifiziren sollten, ohne Entschädigung hätte beseitigen können, denn jedenfalls hat er eine solche Aufhebung privatrechtlicher Wirthschaftsgerechtigkeiten ohne Entschädigung nicht gewollt. Die vom klagenden Fiskus für sich angerufenen Präcedenzfälle, bei welchen es sich eben um die gesetzliche Aufhebung gewisser Berechtigungen ohne Anerkennung einer Entschädigungspflicht des Fiskus handelte, sind also für die Entscheidung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung.

3. Nach dem in seinem geschichtlichen Theile von keiner Partei beanstandeten Gutachten des bernischen Staatsarchivariates galt im Kanton Bern das Recht, das Gastwirthschafts- und Weinschankgewerbe selbst oder durch Ertheilung bezüglicher Bewilligungen an andere zu betreiben, ursprünglich als ein Bestandtheil der Grundherrschaft, nicht der Landeshoheit. Speziell die hier in Frage stehende Taverne ist unzweifelhaft grundherrlichen Ursprungs. Denn das Haus „zum rothen Thurm“ wurde von Schultheiß und Räten zu Bern mit der Herrschaft Signau, als Bestandtheil derselben, von dem frühern Grundherrn Ludwig von Dießbach durch Kauf erworben und zwar zweifellos als Taverne, in welcher der Grundherr seine von ihm mit dem fraglichen Hause verbundene Wirthschaftsgerechtigkeit ausübte. Als dann im Jahre 1534 Schultheiß und Räte Bern als nunmehriger Grundherr die Taverne an den Vorbesitzer des Klägers veräußerten, wurde die bisher in dem verkauften Hause ausgeübte Wirthschaftsgerechtigkeit als ein an das Haus geknüpftes und mit ihm veräußerliches Realrecht behandelt und mitveräußert. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus dem ganzen Kontexte des Kaufaktes (siehe Fakt. A), namentlich auch aus dem Umstande, daß das Gewährleistungsversprechen für das „nutzen und nießen nach Tavernenrecht“ nicht nur auf den Käufer „für Erben und Nachkommen,“ sondern ausdrücklich auch auf „die so vom ime deßhalb Titel und Rechte haben werden,“ erstreckt wurde, worin gewiß liegt, daß das Tavernenrecht als ein auf die erwähnte Liegenschaft radizirtes und daher auf spätere Erwerber derselben von selbst übergehendes Gewerbeamt anerkannt und behandelt wurde. Die streitige Wirthschaftsberechtigung qualifizierte sich also als ein von dem nach der damaligen

Rechtsordnung hiezu befugten Subjekte, dem Grundherrn, begründetes Realgewerberecht; dergleichen Realgewerberechte aber waren ohne Zweifel als private Vermögensrechte und nicht als auf revokabler Bewilligung beruhende Befugnisse öffentlich-rechtlicher Art zu betrachten. Allerdings waren gewiß in der Grundherrschaft nicht nur privatrechtliche sondern auch, nach heutiger Auffassung, öffentlich-rechtliche Befugnisse enthalten und mag zweifelhaft sein, ob die ausschließliche Berechtigung des Grundherrn, Wirthschaften zu errichten oder deren Errichtung zu bewilligen, auf öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Gesichtspunkte zurückzuführen sei; allein die grundherrlich begründeten realen Wirthschaftsgerechtigkeiten wären auch dann, wenn sie in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Befugniß konstituiert worden sein sollten, als private Vermögensrechte zu betrachten. Denn es ist ja unzweifelhaft, daß auch durch öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Akte, sofern diese hierauf gerichtet sind, Privatrechte begründet werden können und die fraglichen Realgewerberechte waren nun eben dazu bestimmt, ein Annex des Grundstückes oder Hauses, auf welches sie radiziert wurden, gleichsam eine Erweiterung des Eigenthums an demselben und somit einen Bestandtheil des Vermögens des jeweiligen Eigenthümers, zu bilden, also als Privatrechte zu bestehen. Wenn daher dergleichen reale Wirthschaftsgerechtigkeiten nicht ausdrücklich auf Widerruf, auf Gefallen u. dgl. hin konstituiert wurden, so unterlagen sie ebenjowenig als andere grundherrlich begründete Realgerechtigkeiten (z. B. die Mühlegerechtigkeit einer grundherrlichen Mühle), dem einseitigen Widerruf des Lehens- oder Landesherrn, sondern gingen vielmehr lediglich aus den für Gerechtigkeiten dieser Art im objektiven Rechte anerkannten allgemeinen Aufhebungsgründen subjektiver Rechte unter. Inwiefern, wie der beklagte Fiskus meint, aus dem Bestehen des Tavernenzinses die bloß präferirende Natur der Tavernenrechte folgen sollte, ist nicht einzusehen. Denn der Tavernenzins ist ja einfach ein auf das verliehene Recht zu Gunsten des Grund- bezw. Lehensherrn gelegtes Gefäll. Daß im fernern als Inhalt dieser Rechte die Befugniß zum Betriebe eines Gewerbes erscheint, ändert an der privatrechtlichen Natur derselben um so weniger etwas, als ja nach der frühern Rechts-

anschauung überhaupt die Berechtigung zum Gewerbebetrieb bekanntlich vorwiegend privatrechtlich geordnet war bezw. als subjektives Privatrecht behandelt wurde und als übrigens auch heute noch bei konzessionspflichtigen Gewerben die betreffende Gewerbeberechtigung unter Umständen (z. B. bei Eisenbahnkonzessionen) als Privatrecht (Privileg im subjektiven Sinne) des Konzessionärs erscheinen kann. Die streitige Wirthschaftsgerechtigkeit, welche keineswegs etwa bloß auf Widerruf hin verliehen wurde, ist also als Privatrecht begründet worden.

4. Auch in Folge der spätern Rechtsentwicklung ist die rechtliche Natur dieser Berechtigung nicht verändert worden. Denn:

a. Es ist, was zunächst die ältere Rechtsentwicklung d. h. diejenige der Periode bis 1798 anbelangt allerdings richtig, daß als die Regelung des Wirthschaftswesens, insbesondere seit der Kirchenreformation des 16. Jahrhunderts, allmählig der Grundherrschaft entzogen und von der Staatsgewalt (dem Landesherrn) an die Hand genommen wurde, der Staat, namentlich bei der ersten durchgreifenden Revision der Wirthschaftsberechtigungen, der Ordnung von 1628, sich anscheinend nicht unbedingt für verpflichtet erachtete, die bestehenden Tavernenrechte fortbestehen zu lassen, sondern daß er auch berechnete Tavernen, für deren Bestand kein Bedürfniß vorzuliegen schien, ohne Entschädigung aufhob („abstellte“) (siehe Gutachten des Staatsarchivariates, S. 12 u. ff.). Allein einmal wurde unbestrittenermaßen die hier streitige Wirthschaftsgerechtigkeit von den Staatsbehörden immerfort anerkannt und sodann beweist überhaupt das erwähnte Vorgehen der Staatsbehörden in keiner Weise, daß nunmehr der Grundsatz, die bestehenden Wirthschaftsrechte seien als Privatrechte überhaupt und allgemein nicht mehr anzuerkennen gesetzgeberisch statuiert worden sei; denn einerseits mangelt doch der Nachweis, daß die Regierung die Befugniß, bestehende Tavernen wegen mangelnden Bedürfnisses zu schließen, schlecht hin und ohne alle Rücksicht auf die Art und Weise der Begründung des betreffenden Tavernenrechtes ausgeübt habe, und andererseits würde, auch wenn dieser Beweis erbracht wäre, daraus nur folgen, daß die Regierung sich als befugt erachtete, kraft des jus eminens des Staates in Fällen eines dringenden

öffentlichen Interesses auch in bestehende wohlervorbene Rechte einzugreifen und dieselben, auch ohne Entschädigung, zu vernichten. Zweifellos nämlich wurde damals die Verminderung der bestehenden Wirthschaften durch Beseitigung der, nach dem Ermessen der Landesobrigkeit, überflüssigen, als ein dringendes Gebot der öffentlichen Sittlichkeit und allgemeinen Wohlfahrt betrachtet. Daß denn in der That die Auffassung der Staatsbehörde keineswegs die war, die bestehenden Wirthschaftsgerechtigkeiten seien überhaupt prinzipiell nicht als erworbene Rechte zu betrachten, zeigt auf's unzweideutigste ihr ganzes Verhalten bei den betreffenden Revisionen, wo in erster Linie stets die Wirthschaftsberechtigung der Betroffenen untersucht und die Aufhebung bestehender wirklich begründeter Rechte jedenfalls möglichst vermieden wurde; hiefür spricht auch ferner, daß die anscheinend in bestehende Verhältnisse tief eingreifende Revision von 1628 in der Durchführung auf erhebliche Schwierigkeiten stieß und in Folge von Reklamationen einzelner Bethelligter später theilweise abgeändert wurde (siehe darüber Gutachten des Staatsarchivariates, S. 13, sowie das vom Beklagten eingelegte Gutachten Stoof-Leuenerberger, S. 10 u. ff.).

b. Durch die Gesetzgebung der helvetischen Republik dagegen wurde allerdings die Aufhebung der alten, bis dahin in ihrer seitherigen Rechtsstellung belassenen, Wirthschaftsrechte im Principe verfügt und speziell in dem Gesetz vom 25. September 1799 vorgeschrieben, daß durch ein späteres Gesetz bestimmt werden solle, wann die „privilegirten Wirthshäuser“, welche damals noch von der neu eingeführten Patentgebühr erimirt und nur einer Ausfertigungstaxe von 4 Fr. unterworfen wurden, mit den andern in eine Klasse gesetzt werden würden. Allein diese gesetzgeberischen Bestrebungen der Helvetik haben zu einer Aufhebung der alten Wirthschaftsrechte im Kanton Bern nicht geführt, während dieselben allerdings bekanntlich in einzelnen andern Kantonen (z. B. im Kanton Waadt) eine Beseitigung dieser Gerechtigkeiten ohne Entschädigung zur Folge hatten. Vielmehr wurden die alten Wirthschaftsrechte durch die bernische Gesetzgebung bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 stetsfort in ihrem bisherigen Bestande belassen;

allerdings scheint das Dekret über den Verkauf der Lehensgefälle vom 18. Mai 1804 die betreffenden Berechtigungen mehr als öffentlich-rechtliche Bewilligungen, welche die Regierung aus „erheblichen Gründen“ (Art. 39 des citirten Dekretes) zurücknehmen könne, aufzufassen. Allein diese dem ursprünglichen Rechtszustande, jedenfalls soweit es die hier in Frage stehende Kategorie von Wirthschaftsrechten anbelangt, widersprechende Auffassung wurde in der spätern Gesetzgebung nicht durchgeführt, sondern es erkennen umgekehrt die Wirthschaftsgesetze vom 13. Heumonath 1833 (Art. 4), vom 2. Mai 1836 (§ 13) und 4. Juni 1852 die auf „KonzeSSIONen, Titeln oder unwordentlichem Herkommen beruhenden Wirthschaften“ in ihrem Bestande an, — das Gesetz vom 2. Mai 1836 allerdings mit dem Beisatze, „bis das Gesetz über sie etwas anderes verfügt;“ diesem Beisatze wurde aber eben zum Gesetze vom 4. Mai 1879 keine Folge gegeben, so daß die alten Wirthschaftsgerechtigkeiten bis zu diesem Gesetze unverändert fortbestanden haben.

5. Hiegegen wird nun freilich von dem beklagten Fiskus, im Anschlusse wesentlich an die Ausführungen des von ihm eingeholten Stoof-Leuenerberger'schen Gutachtens, die Einwendung erhoben, daß die alten Wirthschaftsrechte ihrem privatrechtlichen Gehalte nach schon durch die im Gesetze vom 13. Heumonath 1833 verfügte Aufhebung der mit Wirthschaften verbundenen Bannrechte oder doch durch die Einführung des Patentystems und jedenfalls durch die in Folge der Bundesverfassung von 1874 erfolgte Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften und Statuirung der vollen Gewerbefreiheit für den Wirthschaftsbetrieb beseitigt worden seien. Allein diese Einwendung erscheint als unbegründet. Dieselbe verkennt den Inhalt des streitigen Realgewerberechtes. Dieser geht einfach dahin, daß der jeweilige Eigenthümer der berechtigten Liegenschaft zu, zeitlich unbeschränkter, Ausübung des Wirthschaftsgewerbes gegen Erlegung der auf sein Recht gelegten Abgabe befugt ist, so daß er nicht verpflichtet werden kann, periodisch eine neue Gewerbebewilligung (ein Patent) auszuwirken und hiefür, als Vorbedingung des Erwerbes der Wirthschaftsberechtigung, eine Gebühr zu bezahlen. Dagegen enthält die Wirthschaftsberechtigung weder eine Steuer-

befreiung, welche über die erwähnte Exemption von Gebühren für Erlangung der Wirthschaftsbewilligung hinausginge, noch involvirt sie, sofern dies nicht besonders begründet ist, ein Recht des Begünstigten auf ausschließlichen Betrieb des Wirthschaftsgewerbes in bestimmtem örtlichem Umkreise, und noch weniger natürlich ein eigentliches Bannrecht. Vielmehr ist durch bereits bestehende, nicht besonders als ausschließliche Rechte verliehene, Wirthschaftsberechtigungen der Staat in keiner Weise verhindert, die Begründung neuer Wirthschaften am gleichen Orte wie an andern Orten zu gestatten und steht es ihm daher auch frei, zu bestimmen, an welche Bedingungen er die Ertheilung bezüglichen Bewilligungen knüpfen wolle, so daß er also den Wirthschaftsbetrieb sogar, unter Aufstellung bloß polizeilicher Vorbedingungen, überhaupt frei geben kann, ohne dadurch in das Recht der Inhaber alter Wirthschaftsgerechtigkeiten irgendwie einzugreifen. Durch die Erleichterung der Errichtung neuer Wirthschaften mögen faktisch, in Folge der Vermehrung der Konkurrenz, die Inhaber alter Wirthschaftsrechte erheblich geschädigt, durch die gänzliche Freiegebung des Wirthschaftsgewerbes mag sogar unter Umständen der ökonomische Werth ihrer Berechtigungen thatsächlich nahezu oder ganz vernichtet werden; ein Eingriff in ihre Rechte dagegen liegt insolange nicht vor, als sie nicht verhindert werden, ihrerseits das Wirthschaftsgewerbe ihrem Rechte gemäß zu betreiben. Wenn ja überhaupt durch Aenderung der Gesetzgebung Befugnisse, welche bisher nur im Wege der Privilegienertheilung begründet werden konnten, zu Berechtigungen des allgemeinen Rechtes, welche unter den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen jedermann von Gesetzeswegen zustehen, erhoben werden, wovon die Rechtsgeschichte bekanntlich zahlreiche Beispiele, man denke z. B. an die Entwicklung des Autorrechtsschutzes und ähnliches, aufweist, so können sich die Inhaber von Privilegialrechten keineswegs wegen Eingriffs in ihre Rechte beschweren, sofern nur die ihnen bisher jure privilegii zugestandenen Befugnisse durch die Aenderung der Rechtsordnung nicht aufgehoben oder geschmälert werden. Es treten dann einfach neben die bisher einzig bestandenen Privilegialrechte neue, kraft allgemeiner Rechtsvorschrift bestehende, inhaltlich

gleichartige Berechtigungen und es verlieren dadurch die Privilegialrechte thatsächlich ihren Charakter als Vorrechte, als individuelle Ausnahmen von einer allgemeinen Rechtsregel, ohne dagegen in ihrem rechtlichen Bestande irgendwie angetastet zu werden. Die ökonomische Schädigung der Privilegirten, welche in manchen Fällen dieser Art eintreten kann, ist rein thatsächlicher Natur und es muß der Berechtigte dieselbe in ganz gleicher Weise an sich selbst tragen, wie jede andere durch Umgestaltung der thatsächlichen Verhältnisse oder des objektiven Rechtes eintretende Entwerthung von Vermögensbestandtheilen, wie ja auch umgekehrt für ihn vortheilhafte Aenderungen der Gesetzgebung, z. B. die Aufstellung strengerer Vorschriften für Erlangung gleichartiger Privilegien, ihm ohne weiteres zu Gute kommen würden. Ist nun aber dies richtig, so ist klar, daß die alten Wirthschaftsberechtigungen keineswegs, wie der beklagte Fiskus behauptet, schon früher aufgehoben wurden, sondern daß dieselben bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 fortbestanden haben und erst durch dieses Gesetz, welches die Berechtigung der Inhaber alter Wirthschaftsrechte zum Wirthschaftsbetriebe nicht mehr anerkennt, sondern dieselben zu Lösung eines Patentes verpflichtet, aufgehoben wurden.

6. Da somit durch das Gesetz vom 4. Mai 1879 ein dem Kläger bis dahin zugestandenes Privatrecht aufgehoben wurde, so steht die Entschädigungspflicht des beklagten Fiskus nach dem in Erwägung 1 und 2 Ausgeführten im Prinzip fest. Was dagegen das Quantitativ der Entschädigung anbelangt, so kann für dessen Ermittlung nicht einfach, wie der Kläger meint, die durch das Gesetz vom 4. Mai 1879 herbeigeführte Mehrbelastung des klägerischen Gewerbebetriebes zu Grunde gelegt werden, wie schon daraus sich ergibt, daß ja diese Mehrbelastung durchaus keine für alle Zukunft feststehende ist, vielmehr ja sehr wohl möglich und denkbar ist, daß die Patentgebühren des Gesetzes vom 4. Mai 1879 in Zukunft reduziert oder auch wohl gänzlich beseitigt werden. Prinzipiell ist für die Ausmessung des Quantitativs der Entschädigung vielmehr der Verkehrswerth des aufgehobenen Wirthschaftsrechtes im Augenblicke seiner Aufhebung maßgebend. Für Ausmittlung dieses Verkehrswerthes mangelt es

nun freilich in den Akten an festen und verlässlichen Anhaltspunkten. Der in dem Abiretungsvertrage des Klägers mit seinen Söhnen von 1878 angegebene Werth von 12,000 Fr. kann aus naheliegenden Gründen nicht maßgebend sein und es ist denn auch hierauf vom klägerischen Anwalte im heutigen Vortrage kein erhebliches Gewicht mehr gelegt worden; ebensowenig kann auf die klägerischerseits angezogene Steuereinschätzung abgestellt werden, denn dieselbe wurde in früherer Zeit (1849), vor der Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften beziehungsweise der Ausdehnung der vollen Gewerbefreiheit auf das Wirthschaftsgewerbe und der damit unzweifelhaft verbundenen bedeutenden Entwerthung der Wirthschaftsrechte, aufgestellt. Demnach muß eine ungefähre Abschätzung ex aequo et bono Platz greifen. Zieht man nun hiebei in Betracht, daß die klägerische Berechtigung in ihrem ökonomischen Werthe stets in sehr erheblichem Maße von dem Gange der Gesetzgebung abhängig war, — (man denke z. B. an den Fall, daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Gewerbefreiheit zugleich die Patentgebühr aufgehoben und Ersatz hiefür in einer andern Steuer, einer Getränke- oder allgemeinen Wirthschaftssteuer u. dgl. gesucht hätte) — daß dieser Umstand gewiß den Verkehrswerth des klägerischen Rechtes herabdrücken mußte, daß endlich auch Umfang und Rentabilität des klägerischen Gewerbebetriebes, wenn diese in Ermangelung anderer altentmässiger Anhaltspunkte nach dem vom Kläger bezahlten Einkommenssteuerbetrage beurtheilt werden, nicht zu einer erhöhten Werthung der klägerischen Wirthschaftsgerechtigkeit führen können, so erscheint eine Entschädigung von 6000 Fr., verzinslich seit 1. Januar 1880, als dem Tage, auf welchen Kläger ein Wirthschaftspatent zu lösen hatte, als genügend und den Verhältnissen angemessen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Dem Kläger ist das erste Rechtsbegehren seiner Klageschrift zugesprochen;
2. Die dem Kläger zustehende Schadenersatzforderung wird auf 6000 Fr., verzinslich zu 5 % seit 1. Januar 1880, festgesetzt.

#### 24. Urtheil vom 31. März 1883 in Sachen Kanton Solothurn gegen Bürgergemeinde Arch.

A. Zum Zwecke des Baues einer Narbrücke zwischen Grenchen und Arch hatten sich in diesen Gemeinden Brückenbaukomites gebildet, welche von den Kantonen Bern und Solothurn, sowie von den beteiligten bernischen und solothurnischen Gemeinden Beiträge auszuwirken suchten. Durch Beschluß vom 13. Juli 1872 sicherte die Einwohnergemeinde Leuzigen gegenüber dem Brückenbaukomite in Arch an den Bau der genannten Brücke einen Beitrag von 7000 Fr. zu, indeß unter folgenden Bedingungen: 1. „Daß für Leuzigen und Arch an die projektirte Eisenbahnlinie Olten-Solothurn-Büren-Lyß nur eine „Haltstation mit Güterschopf“ erstellt wird und die Gemeinde „Arch sich mit derjenigen von Leuzigen über die Anlage derselben in's Einverständnis zu setzen sucht. 2. Daß, wenn die „Brückenbaukosten den Voranschlag von 130,000 Fr. nicht erreichen sollten, die Ersparniß auf die ganze Beteiligung berechnet und in Abzug gebracht wird.“ Als nun, während im übrigen die erforderlichen Beiträge gesichert waren, im Jahre 1873 die Angelegenheit dem Kantonsrathe von Solothurn, welcher Kanton auch die Ausführung der Brückenbaute übernehmen sollte, zur Beschlußfassung über einen Staatsbeitrag vorgelegt werden sollte, wandte sich der Chef des solothurnischen Baudepartementes, mit Rücksicht auf die an die Subvention der Gemeinde Leuzigen geknüpften Bedingungen, an die schon anderweitig mit einem Beitrage beteiligte, Bürgergemeinde Arch (Kanton Bern), mit dem Begehren, dieselbe möchte für den von der Gemeinde Leuzigen gezeichneten Betrag „gutstehen“ und es sagte hierauf wirklich die Bürgergemeinde Arch am 4. Oktober 1873 den Beschluß: „Da die Gemeinde Leuzigen an die für „den Brückenbau bei Arch bestimmten 7000 Fr. gewisse Bedingungen knüpft, die den Brückenbau hindern könnten, beschließt die Bürgergemeinde Arch, für jene 7000 Fr. zu haften.“ In der dem Kantonsrathe von Solothurn über diese Angelegenheit gemachten Vorlage des Baudepartementes wird