

fähigkeit des Angeklagten, von der Bundeskasse vergütet werden. Es liegt nun aber doch auf der Hand, daß alle diese Vorschriften für die Uebertretungen kantonaler Vorschriften nicht gelten können; das bundesrätliche Reglement vom 30. Juni 1888 erwähnt denn auch dieser Uebertretungen in keiner Weise.

3. Ist somit auf die Beschwerde wegen Inkompetenz des Kassationsgerichtes nicht einzutreten, so ist dagegen zu bemerken, daß Beschwerden über Verletzungen des eidgenössischen Alkoholgesetzes durch kantonale Gesetze oder Verordnungen über den Kleinhandel mit gebrannten Wassern u. s. w. oder deren Handhabung zwar nicht auf dem Wege der Kassationsbeschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht gebracht, wohl aber im Wege des staatsrechtlichen Rekurses bei der zuständigen Bundesbehörde, d. h. nach Art. 59 Abs. 2 Ziffer 3 und 4 D.-G. beim Bundesrathe (in zweiter Instanz der Bundesversammlung) geltend gemacht werden können, mithin den Bürgern ein Rechtsmittel zusteht, um sich gegen eine vermeintlich bundesgesetzwidrige Beeinträchtigung ihrer Rechte zu schützen.

Demnach hat das Kassationsgericht
erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden
Gewalt. — *Empiètement*
dans le domaine du pouvoir législatif.

27. Urtheil vom 2. Februar 1889
in Sachen Hauri.

A. Rudolf Hauri, Metzger, in Reinach, besitzt dort das Haus 286 B, in welchem bisher eine Metzgerei und eine Speisewirtschaft betrieben wurden. Die Speisewirtschaft war seit 1887 einem S. Hediger vermietet, auf dessen Namen das Wirthschaftspatent lautete. Nachdem dieser im Jahre 1888 in Konkurs gefallen und in Folge dessen die Wirthschaft geschlossen worden war, vermietete der Eigenthümer Metzger Rudolf Hauri die Wirthschaftslokalitäten an einen Rudolf Hauri, Samuels, Cigarrenmacher, und es suchte dieser bei der Finanzdirektion des Kantons Aargau darum nach, es möchte das Wirthschaftspatent auf ihn übertragen werden. Die Finanzdirektion wies indeß dieses Gesuch ab und verfügte, es bleibe die Wirthschaft geschlossen. Hiegegen rekurirten sowohl der Eigenthümer Rudolf Hauri, Metzger, als der Miether Rudolf Hauri, Cigarrenmacher, an den Regierungsrath des Kantons Aargau. Dieser wies aber ihre Beschwerden durch Entscheidung vom 28. September 1888 ab, mit der Begründung: Die Gutachten des Gemeinderathes und Bezirksamtes sprechen sich dahin aus, daß ein Fortbestand der in Frage stehenden Wirthschaft absolut kein Bedürfniß sei und daß es im Interesse des öffentlichen Wohles liege, wenn die Uebertragung derselben

verweigert werde. Dazu komme ein ungünstig lautender Polizeibericht, welcher unter anderem besage, daß die Wirthschaft unter der Führung der verschiedenen Inhaber der letzten Jahre ausnahmslos in anrühlichem Ruhe gestanden habe. Es ergebe sich ferner, daß dieselbe seit 1880 viermal Besitzer gewechselt habe. Das sei ein deutliches Zeichen, daß dieselbe an Rentabilität zu wünschen übrig lasse, weshalb denn auch der letzte Besitzer in Konkurs gerathen sei. Diese mißlichen Verhältnisse rechtfertigen die Verfügung der Finanzdirektion vollständig.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff Rudolf Hauri, Metzger, den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er beantragt: „Es sei der Beschluß des aargauischen Regierungsrathes vom 28. September 1888, insofern derselbe die Fortsetzung der in meinem Hause seit vielen Jahren ausgeübten Speisewirthschaft aus Grund mangelnden Bedürfnisses verweigert, aufzuheben, beziehungsweise es sei bundesgerichtlich auszusprechen, daß von der im neuen Art. 31 e der Bundesverfassung den Kantonen eingeräumten Befugniß im Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirthschaftswesens den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen, bis dato seitens des Kantons Aargau in gültiger Weise nicht Gebrauch gemacht worden sei. Unter Folge der Kosten.“ Zur Begründung führt er aus: § 22 des aargauischen Gesetzes über das Wirthschaftswesen vom 4. Dezember 1853 habe vorgeschrieben: „Der Regierungsrath erteilt die Wirthschaftsbewilligungen einzig nach Maßgabe des durch Bevölkerung und Verkehr des Ortes sich ergebenden öffentlichen Bedürfnisses.“ Diese Gesetzesbestimmung sei zur Zeit ihres Erlasses vollständig verfassungsmäßig und gültig gewesen. Durch die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 Art. 31 sei nun aber die vollständige Gewerbefreiheit eingeführt und damit seien kraft Art. 2 der Uebergangsbestimmungen alle widersprechenden Bestimmungen kantonaler Gesetze außer Kraft gesetzt worden. Der Regierungsrath des Kantons Aargau habe daher am 1. Februar 1875 eine neue Verordnung betreffend das bei Stellung von Wirthschaftsbegehren zu beobachtende Verfahren erlassen, in deren Ingeß er konstatiert habe, daß zu Folge der durch Beschluß des Bundesrathes vom 11. Dezember 1874 dem Art. 31 B.-V. gegebenen Auslegung die Ertheilung von Wirth-

schaftsbewilligungen nicht von der Frage des Bedürfnisses abhängig gemacht werden könne und daß sonach die §§ 19, 22, 24 und 26 des Wirthschaftsgesetzes vom 14. Dezember 1853 dahingefallen seien. Durch die Bundesverfassungsrevision vom 26. Juni 1885 sei dann aber den Kantonen wiederum das Recht eingeräumt worden, „auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirthschaftsgewerbes den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen“ zu unterwerfen. In Behandlung einer Petition des kantonalen Wirthvereins habe daraufhin der große Rath des Kantons Aargau am 11. Mai 1886 den Beschluß gefaßt: „1. Der vom Regierungsrath in seiner Vollziehung sifirte § 22 des Wirthschaftsgesetzes ist in Folge des revidirten Art. 31 der Bundesverfassung wieder in Vollziehung zu setzen und es wird demnach der Regierungsrath beauftragt, die Verordnung vom 1. Februar 1875 in entsprechender Weise zu revidiren.“ In Ausführung dieses Auftrages habe der Regierungsrath am 8. Juni 1886 beschlossen: „Die Bestimmung der Regierungsverordnung vom 1. Februar 1885, welche den § 22 des Wirthschaftsgesetzes vom 14. Dezember 1853 als dahingefallen erklärt, ist außer Kraft erkannt.“ Die Beschlüsse des aargauischen großen Rathes und Regierungsrathes vom 11. Mai und 8. Juni 1886 seien nun aber verfassungswidrig. Der in § 22 des Wirthschaftsgesetzes vom 14. Dezember 1853 niedergelegte Grundsatz, daß für die Ertheilung von Wirthschaftsbewilligungen das Bedürfniß maßgebend sei, sei nicht durch die kantonale Gesetzgebung, auch nicht durch die Regierungsverordnung vom 1. Februar 1875, sondern durch die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 aufgehoben worden. Die Regierungsverordnung vom 1. Februar 1875, welche ja einem Gesetze auch gar nicht hätte derogiren können, habe dessen Aufhebung nicht angeordnet, sondern nur konstatiert. Danach könne aber der gedachte, einmal rechtsgültig aufgehobene Rechtsatz auch nicht durch einfache Aufhebung der Regierungsverordnung vom 1. Februar 1875 wieder ins Leben gerufen, sondern er könne nur im Wege der Gesetzgebung neu eingeführt werden. Das Recht der Gesetzgebung aber stehe nach der aargauischen Kantonsverfassung (speziell dem Art. 25 derselben) weder dem großen Rathe allein, noch viel weniger dem Regierungsrathe zu; es sei zum Erlasse von Gesetzen

vielmehr die Genehmigung des Volkes erforderlich. Großer Rath und Regierungsrath seien also nicht befugt gewesen, den fraglichen Rechtsatz von sich aus wieder einzuführen. Demnach liege darin, daß ihm, in Anwendung dieser in verfassungswidriger Weise zu Stande gekommenen Norm, die Uebertragung des Wirthschaftspatentes auf seinen Miether wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert worden sei, eine Verletzung der Kantonsverfassung. Es sei ferner auch der revidirte Art. 31 B.-V. verletzt, da dieser offenbar nur die kommende, zukünftige, nicht die schon bestehende Gesetzgebung der Kantone vorbehalte. Zu Beurtheilung der Frage, ob die streitige Bestimmung in einer der kantonalen Verfassung entsprechenden Weise zu Stande gekommen sei, sei das Bundesgericht kompetent. Der Bundesrath habe es wiederholt abgelehnt, über diese Frage zu entscheiden. Der Regierungsrath habe sich zu Begründung seiner Weigerung, ein Wirthschaftspatent für die Wirthschaft des Rekurrenten zu erteilen, auch auf einen ungünstigen Polizeibericht berufen. Dieser Bericht sei durchaus unrichtig. Allein diese Seite der Frage mache der Rekurrent nicht zum Gegenstande seiner gegenwärtigen Beschwerde; vielmehr richte sich diese nur dagegen, daß der Regierungsrath die Patentertheilung wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert habe.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht der Regierungsrath des Kantons Aargau geltend: Ob durch den Art. 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 die kantonalen, die Ertheilung der Wirthschaftsbewilligungen vom Bedürfnisse abhängig machenden Gesetzesvorschriften aufgehoben worden seien oder nicht, sei bis zum Entscheide des Bundesrathes vom 11. Dezember 1874 dahingestellt geblieben. Nachdem der Bundesrath durch genannten Beschluß die Frage bejaht habe, sei vom Regierungsrathe durch seine Verordnung vom 1. Februar 1875 das Verfahren bei Stellung von Wirthschaftsbegehren neu angeordnet und dabei darauf hingewiesen worden, daß nach jenem Bundesrathsbeschluß die §§ 19—24 und 26 des kantonalen Wirthschaftsgesetzes als dahingefallen zu betrachten seien. Es habe sich also nicht um eine „förmliche Aufhebung“ der citirten Gesetzesstellen gehandelt, sondern nur um eine Interpretation des Art. 31 der Bundesverfassung von 1874, wonach diese Bestim-

mungen als „dahingefallen“ betrachtet werden müssen. Diese Bestimmungen stehen aber nach wie vor im Gesetz und seien nie förmlich ausgemerzt und gestrichen, sondern bloß nicht mehr vollzogen, d. h. sie seien „einfach außer Kraft gesetzt“ worden. Nachdem dann durch die Revision des Art. 31 B.-V. den Kantonen ein Recht zurückgegeben worden sei, welches sie schon früher besessen haben, nämlich das Recht, beschränkende Bestimmungen über Ausübung des Wirthschaftsgewerbes im Interesse des öffentlichen Wohles aufzustellen, habe der Regierungsrath im Auftrage des großen Rathes die Verordnung vom 1. Februar 1875 über Stellung von Wirthschaftsbegehren außer Kraft gesetzt und damit den § 22 des Wirthschaftsgesetzes wieder „vollziehbar“ erklärt. Daß der revidirte Art. 31 B.-V. nur eine kommende, neue kantonale Gesetzgebung im Auge habe, davon stehe in demselben kein Wort. Derselbe spreche einfach eine Auscheidung zwischen Bundeskompetenz und kantonaler Kompetenz aus und gebe den Kantonen eine Kompetenz zurück, die sie vor 1874 unbestritten besessen haben. Das beweise die ganze Geschichte der Revision der Art. 31 und 32 der Bundesverfassung. Man habe damit dem schädlichen Ueberwuchern der Wirthschaften entgentreten und dem Alkoholismus steuern wollen. Daraus ergebe sich, daß die auf dem Wohlfahrtsstandpunkt stehende kantonale Wirthschaftsgesetzgebung von 1853, ihrer Beschränkung durch die Bundesverfassung von 1874 entledigt, wieder in Kraft sei, besonders da sie nie förmlich aufgehoben worden sei. Diese Anschauung theile auch der Bundesrath. In einem Rekursentscheide vom 21. Juni 1886 in Sachen eines Franz Kuhn, Bäckerz, in Wohlen, spreche er sich folgendermaßen aus: „Zimmerhin sind die Kantone gemäß dem Wortlaut des revidirten Art. 31 B.-V. nicht befugt, eine solche Beschränkung der Zahl der Wirthschaften durch bloße Administrativverfügungen herbeizuführen; sie haben vielmehr diesfällige Bestimmungen auf dem Wege der Gesetzgebung einzuführen. Dabei ist jedoch anzunehmen, daß in denjenigen Kantonen, deren gegenwärtige Gesetzgebung bereits für die Wirthschaftsbewilligungen das öffentliche Bedürfniß als maßgebend erklärt, die dahierige Bestimmung mit dem Inkrafttreten des revidirten Art. 31 B.-V. wieder vollziehbar geworden ist. — Der Kanton Aargau

„befindet sich in dem soeben angeführten Falle (vergl. § 22 des „aargauischen Wirthschaftsgesetzes vom 14. Dezember 1853) und „die aargauischen Behörden haben auch in formeller Weise er- „kannt, daß die betreffende Gesetzesbestimmung nunmehr wieder „in Vollziehung zu setzen, eine entgegenstehende Regierungsver- „ordnung von 1875 aber außer Kraft gesetzt sei.“ Im gleichen Sinne habe der Bundesrath sich auch in einem Kreis Schreiben vom 1. Juni 1886 (Bundesblatt 1886 II, S. 664) geäußert. Wenn übrigens auch das Bundesgericht diese Ansicht nicht theilen sollte, so wäre die Befugniß der Regierung, eine Wirthschaftsbe- willigung zu verweigern, dennoch nicht beseitigt. Denn die Aus- übung der Wirthschaft sei an eine Bewilligung geknüpft, welche der Regierungsrath erteilen könne, aber nicht erteilen müsse, auf welche der Petent kein bestimmtes verfassungsmäßiges Recht besitze. Dies ergebe sich klar aus § 13 des kantonalen Wirth- schaftsgesetzes, dessen Rechtsbeständigkeit vom Rekurrenten nicht bestritten worden. Es würden übrigens schon der eingelangte Polizeibericht und der Antrag des Bezirksamtes Kulm hinrei- chende Handhabe bieten, um die in Rede stehende Wirthschaft, die nicht gut beleumdet sei, zu unterdrücken. Demnach werde bean- tragt: Es sei der Beschwerdeführer mit seinen Schlüssen abzu- weisen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde richtet sich, wie sich aus ihrem Begehren und den Erklärungen des Rekurrenten deutlich ergibt, nur dagegen, daß dem Rekurrenten die Ertheilung, resp. Uebertragung eines Wirthschaftspatentes „wegen mangelnden Bedürfnisses“ verweigert worden ist. Die Frage, ob die Patenterteilung aus polizeilichen Gründen verweigert werden könne, fällt also bei Beurtheilung der gegenwärtigen Beschwerde völlig außer Betracht; es wäre denn auch in dieser Beziehung das Bundesgericht kaum kompetent, da es sich insoweit wohl nur um eine Verletzung des Grund- sates der Handels- und Gewerbebefreiheit handeln könnte (vergl. Art. 59 Ziffer 3 D.=G.).

2. Dagegen ist das Bundesgericht befugt, die Frage zu prüfen, ob die durch den angefochtenen Beschluß des aargauischen Regie- rungsrathes vom 28. September 1888 zur Anwendung gebrachte Norm, wonach sich die Ertheilung von Wirthschaftsbevolligungen

nach dem Bedürfnisse richtet, auf dem durch die Kantonsverfassung vorgeschriebenen Wege, oder aber in kantonverfassungswidriger Weise zu Stande gekommen sei. Denn in dieser Richtung wird die Beschwerde auf eine Verletzung der Kantonalverfassung, speziell auf einen verfassungsmäßigen Uebergriß in das Gebiet der gesetz- gebenden Gewalt, auf eine Verletzung der gesetzgeberischen Befug- nisse des Volkes, begründet. Die Beurtheilung solcher Beschwerden aber steht nach Art. 59 litt. a D.=G. dem Bundesgerichte zu (vergl. Entscheidung in Sachen Kunz, Amtliche Sammlung, Bd. XIV, S. 219).

3. Unbestreitbar und unbestritten ist einerseits, daß nach der aargauischen Kantonalverfassung Gesetze nur mit Genehmigung des Volkes erlassen werden können (§ 25 K.=V.), andererseits daß die Regel, Wirthschaftspatente seien nur nach Maßgabe des Bedürfnisses zu erteilen, einen Rechtsatz enthält, dessen Auf- stellung an sich in das Gebiet der Gesetzgebung fällt. Dagegen behauptet die Regierung des Kantons Aargau, es sei durch ihre in Ausführung des Grovrathsbeschlusses vom 11. Mai 1886 erlassene Schlußnahme vom 8. Juni 1886 die gedachte Regel nicht neu eingeführt, sondern nur die gesetzliche, dieselbe enthal- tende Norm des § 22 des Wirthschaftsgesetzes von 1853, welche in ihrer Wirksamkeit bloß suspendirt gewesen sei, wieder vollziehbar erklärt worden.

4. Dieser Standpunkt ist unhaltbar. Es ist unter der Herr- schaft des Art. 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 vom Bundesrath grundsätzlich entschieden und in konsequenter Praxis festgehalten worden, daß angesichts der in Art. 31 nieder- gelegten Gewährleistung der Handels- und Gewerbebefreiheit die Bewilligung zur Errichtung von Wirthschaften nicht von dem vorhandenen öffentlichen Bedürfnisse abhängig gemacht werden könne (s. Kreis Schreiben des Bundesrathes vom 11. Dezember 1875, Bundesblatt 1875 II, S. 888 u. ff.). Diese Auslegung der Verfassung, welche niemals bei der Bundesversammlung an- gefochten oder von derselben mißbilligt wurde, muß vom Bundes- gerichte seinem Entscheide ohne weiters zu Grunde gelegt werden. Nach derselben ist als feststehend zu erachten, daß kantonale Gesetze, welche die erwähnte Regel enthielten, dem Art. 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 zuwiderliefen. Daraus

folgte aber nicht nur, daß, wie selbstverständlich, derartige Gesetze nach dem Inkrafttreten der Bundesverfassung nicht mehr erlassen werden durften, sondern auch daß die bereits bestehenden kantonalen Gesetze fraglichen Inhaltes mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung aufgehoben wurden. Denn es ist anerkannt, durchaus feststehenden Rechts, daß ein späteres Gesetz (Verfassungsgesetz oder gewöhnliches Gesetz) alle früher mit ihm in Widerspruch stehenden Gesetze aufhebt; dabei ist es gleichgültig, ob der Widerspruch zwischen dem alten und neuen Gesetze offen am Tage liegt, so daß er aus einer einfachen Vergleichung des Wortlautes sofort erhellt, oder ob er erst durch logische Entfaltung des Gesetzesinhaltes, insbesondere durch Entwicklung der aus allgemeinen gesetzlichen Prinzipien fließenden Folgesätze, sich ergibt. Sofern und soweit ein Widerspruch wirklich besteht, ist das frühere Gesetz durch das spätere aufgehoben. Hievon gilt eine Ausnahme nur dann, wenn das spätere Gesetz sich eine schwächere, bloß transitorische Wirkung ausdrücklich beilegt, wenn es speziell erklärt, das geltende widersprechende Recht nicht schlechthin aufheben, sondern dessen Anwendung nur zeitweilig suspendiren zu wollen. Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 enthält nun eine Bestimmung letzterer Art nicht; sie erklärt vielmehr in Art. 2 der Uebergangsbestimmungen ausdrücklich, daß die ihr widersprechenden kantonalen oder eidgenössischen Rechtsätze außer Kraft treten d. h. aufgehoben seien, und zwar erfolgt diese Aufhebung sämtlicher widersprechender Rechtsätze nach dem Wortlaute der Bundesverfassung mit der Annahme derselben, beziehungsweise mit dem Erlaß der in Aussicht genommenen Bundesgesetze. Darin liegt, wie sich übrigens aus dem der Natur des Bundesstaates entsprechenden Verhältnisse des Bundesrechtes zum Kantonalrechte von selbst ergibt und wie denn auch die Bundesbehörden stets und in den verschiedensten Anwendungsfällen festgehalten haben, daß die Bundesverfassung (und =Gesetzgebung) widersprechende kantonale Rechtsätze ipso jure und ohne daß es dazu noch einer Schlußnahme der kantonalen gesetzgebenden Behörden bedürfte, aufhebt: Durch eine abrogirende Schlußnahme kantonalen Behörden können der Bundesverfassung widersprechende und daher durch diese von Rechtswegen bereits aufgehobene kantonale Gesetze überhaupt nicht mehr aufgehoben, sondern es kann dadurch deren

Aufhebung nur noch deklarirt werden. Die aargauischen Gesetzesbestimmungen, welche die Ertheilung von Wirtschaftsbewilligungen von der Bedürfnisfrage abhängig machten, wurden somit durch die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 nicht etwa nur in ihrer Wirksamkeit suspendirt, sondern aufgehoben und zwar unmittelbar durch die Bundesverfassung selbst, ohne daß dazu noch ein Erlaß der kantonalen gesetzgebenden Behörde erforderlich, oder daß für einen solchen auch nur Raum gewesen wäre. Daraus ergibt sich aber doch ganz von selbst, daß der Inhalt dieser aufgehobenen Bestimmungen, welche Gesetzeskraft seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 nicht mehr besitzen, diese nur durch ein neues, im verfassungsmäßigen Wege der Gesetzgebung zu erlassendes Gesetz, nicht aber durch eine administrative Verfügung oder Deklaration wiedererlangen kann. Daß der revidirte Art. 31 B.-V. die kantonale Gesetzgebung wieder ermächtigt, die Ertheilung von Wirtschaftsbewilligungen von dem Vorhandensein eines öffentlichen Bedürfnisses abhängig zu machen, ändert hieran nichts. Der revidirte Art. 31 litt. c der Bundesverfassung ertheilt der Kantonalgesetzgebung eine Kompetenz; er schafft aber selbstverständlich nicht seinerseits kantonales Recht, verleiht also auch dem Inhalte aufgehobener kantonalen Gesetzesbestimmungen nicht von neuem Gesetzeskraft, führt dieselben in den betreffenden Kantonen nicht von neuem ein. Ueberhaupt erlangt ja der Inhalt eines einmal aufgehobenen Gesetzes nicht dadurch von selbst wieder Gesetzeskraft, daß der derogirende Rechtsatz seinerseits aufgehoben wird, vielmehr bedarf es dazu einer neuen, den Inhalt des früheren Gesetzes in sich aufnehmenden Rechtsnorm. Es ist dies denn auch z. B. nach Beseitigung des Verbots der Todesstrafe aus der Bundesverfassung überall anerkannt worden. Der gegenwärtige Grundsatz wäre nicht nur prinzipiell unrichtig, sondern müßte auch in der Anwendung zu der bedenklichsten Rechtsverwirrung führen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird mithin dem Rekurrenten sein Rechtsbegehren zugesprochen.