

## 28. Urtheil vom 30. März 1889 in Sachen von Niederhäusern.

A. Frau Maria von Niederhäusern, geb. Krebs, suchte bei der Direktion des Innern des Kantons Bern um Ertheilung eines Gasthospatentes nach, welches sie auf ihrer Bestizung im „Glockenthal“ bei Thun auszuüben beabsichtigte. Durch Schlußnahme der Direktion des Innern vom 17. November 1888 wurde sie mit diesem Gesuche abgewiesen, weil nach den Berichten des Gemeinderathes von Steffisburg und des Regierungstatthalters von Thun ein Bedürfnis nach Vermehrung der Wirthschaften in Steffisburg nicht vorliege, und die Wirthschaft daher das öffentliche Wohl schädige. Auf ergriffenen Rekurs hin bestätigte der Regierungsrath des Kantons Bern durch Entscheidung vom 28. Dezember 1888 diese Schlußnahme, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: § 3 des bernischen Wirthschaftsgesetzes von 1879 (welcher vorschreibt, daß jedes Gesuch um Erlangung, Verlegung oder Uebertragung eines Wirthschaftspatentes vom Einwohnergemeinderath und vom Regierungstatthalter in Bezug auf das öffentliche Wohl, ..... auf die Person des Bewerbers und das von ihm verzeigte Lokal begutachtet werden müsse) habe, wie sich schon aus den Verhandlungen des großen Rathes deutlich ergebe, die Bedeutung, daß bei Ertheilung von Wirthschaftsbewilligungen die Rücksicht auf das öffentliche Wohl oder Bedürfnis mitbestimmend sein solle. Bei Erlaß dieser Bestimmung sei man sich freilich wohl bewußt gewesen, daß dieselbe, in diesem ernstlichen Sinne aufgefaßt, gegenüber der damaligen Interpretations- und Rekurspraxis der Bundesbehörde einstweilen bloß theoretischen Werth haben könne. Allein man habe sich der Hoffnung hingegeben, es werde mit der Zeit eine maßvollere Auslegung des Art. 31 B.-V. vom 29. Mai 1874 Platz greifen werden. Diese Hoffnung sei durch die Bundesverfassungsrevision von 1885 in Erfüllung gegangen, indem Art. 31 nun ganz bestimmt zugebe, daß die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung das Wirthschaftsgewerbe den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen können.

Dieser Artikel könne sehr wohl als eine bloße Erläuterung des frühern Art. 31 aufgefaßt werden. Jedenfalls aber enthalte er nichts davon, daß die Kantone zu Ausführung der Bestimmung betreffend das Wirthschaftswesen neue Gesetze erlassen müssen; er verlange bloß, daß die betreffenden Vorschriften auf gesetzlicher Basis und nicht etwa nur auf einer Administrativverfügung beruhen. Diese Auffassung werde durch das Kreis Schreiben des Bundesrathes vom 1. Juni 1886 unterstützt, in welchem dieser anerkenne, daß in denjenigen Kantonen, wo den Wirthschaftsbetrieb betreffende beschränkende Gesetzesbestimmungen bereits bestehen, dieselben mit dem Inkrafttreten des revidirten Art. 31 B.-V. wieder aufleben und vollziehbar werden. Demnach habe der Bundesrath denn auch eine Reihe von Rekursen bernischer Wirthe wegen Verweigerung von Wirthschaftsbewilligungen abgewiesen. Bei dieser Sachlage sei es Recht und Pflicht der kantonalen Vollziehungsbehörde, gemäß einem sachbezüglichen Spezialbeschlusse des großen Rathes, auf möglichste Verminderung der Zahl der Wirthschaften hinzuwirken, insbesondere nicht ohne nachgewiesenes Bedürfnis neue Wirthschaften zu bewilligen.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff Maria von Niederhäusern den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekurschrift macht sie im Wesentlichen geltend: Dem § 3 des kantonalen Wirthschaftsgesetzes komme nicht die ihm von der Regierung beigeordnete Bedeutung zu, daß ein Patent aus Gründen des öffentlichen Wohles verweigert werden dürfe. Wäre dies übrigens auch der Fall, so bestände die fragliche Bestimmung demalen nicht zu Recht und könnte daher nicht angewendet werden. Die Bundesverfassung von 1874 habe die Gewerbefreiheit auch auf dem Gebiete des Wirthschaftswesens gewährleistet und damit gemäß Art. 2 der Uebergangsbestimmungen alle widersprechenden kantonalgesetzlichen Bestimmungen ohne weiters aufgehoben. Wenn das kantonale Gesetz von 1879, diesem Prinzipie zuwider, die Regel habe einführen wollen, daß Wirthschaftspatente nur nach Maßgabe des öffentlichen Bedürfnisses zu ertheilen seien, so sei daselbe, weil bundesverfassungswidrig, von vornherein nichtig gewesen. Die Bundesverfassungsrevision von 1885, welche keineswegs eine bloße Erläuterung des Art. 31 B.-V. vom 29. Mai

1874 enthalte, habe dem verfassungswidrig erlassenen Gesetze nicht nachträglich Gültigkeit verliehen; dieselbe habe nur den Kantonen die Befugniß erteilt, den Wirthschaftsbetrieb auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen, nicht aber habe sie verfassungswidrige Gesetze nachträglich zu gültigen erhoben. Es verhalte sich hiemit nicht anders, als es sich verhalten würde, wenn ein Kanton unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1874 vor der Verfassungsrevision von 1879 die Todesstrafe gesetzlich eingeführt hätte. Ein derartiges Strafgesetz wäre durch die Verfassungsrevision von 1879 nicht gültig geworden. Die Ausführungen des Bundesrathes in seinem Kreis Schreiben vom 1. Juni 1886 seien unrichtig und unverbindlich. Indem also im vorliegenden Falle die Regierung des Kantons Bern auf dem Wege der Administrativverfügung die im Kanton nicht zu Recht bestehende Regel, daß Wirthschaftsbewilligungen nur nach Maßgabe des öffentlichen Bedürfnisses zu erteilen seien, eingeführt habe, habe sie sich Attribute zugeeignet, die nur dem Gesetzgeber (dem großen Rathe und dem Volke) zustehen, und damit die kantonale Verfassung sowie auch den Art. 4 B.-V. verletzt. Demnach werde beantragt: Es seien die Entschiede der Direktion des Innern und des Regierungsrathes aufzuheben und der Rekurrentin das nachgesuchte Patent zu erteilen.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerkt der Regierungsrath des Kantons Bern im Wesentlichen: Die Auslegung, welche die Rekurrentin dem Art. 3 des bernischen Wirthschaftsgesetzes geben wolle, sei durchaus unrichtig; es könne keinem Zweifel unterliegen, daß diese Gesetzesbestimmung die Bedeutung habe, daß Wirthschaftspatente zu verweigern seien, wenn sich aus der Begutachtung des Patentgeiuches durch die zuständige Behörde ergebe, daß deren Ertheilung dem öffentlichen Wohle zuwiderlaufe. Im vorliegenden Falle sei genau nach den Vorschriften des Gesetzes verfahren worden. Damit erledige sich die Beschwerde der Rekurrentin, daß die Regierung sich eines Eingriffs in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt schuldig gemacht habe. Darüber, ob die fragliche Gesetzesbestimmung jemals mit der bundesverfassungsmäßigen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit in

Widerspruch gestanden habe, und ob ein solcher Widerspruch eventuell auch gegenwärtig noch bestehe, habe nach Art. 59 D.-G. nicht das Bundesgericht, sondern der Bundesrath, eventuell die Bundesversammlung, zu entscheiden. Dabei sei ganz gleichgültig, ob das Verhältniß des fraglichen Gesetzes zu der Bundesverfassung von 1874 vor oder nach der Bundesrevision von 1885 zu prüfen sei. Wenn die Rekurrentin behaupte, das fragliche kantonale Gesetz sei verfassungswidrig und daher nichtig, so sei darauf zu erwidern, daß kantonalgesezliche Bestimmungen, auch wenn sie der Bundesverfassung zuwiderlaufen, nicht ohne weiters nichtig seien, sondern so lange gültig bleiben, als sie nicht von der kompetenten Bundesbehörde aufgehoben worden seien. Das folge aus der den Kantonen gewährleisteten Souveränität. Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung von 1874 komme nicht in Frage, weil das bernische Gesetz von 1879 nicht vor der Bundesverfassung von 1874 sondern unter der Herrschaft derselben erlassen worden sei. Die Verfassungswidrigkeit der fraglichen Bestimmung dieses Gesetzes sei nun vom Bundesrathe niemals ausgesprochen und dieselbe vom Bundesrathe niemals aufgehoben worden, der Regierungsrath bestreite übrigens, daß dieselbe mit dem Art. 31 der Bundesverfassung von 1874 unvereinbar gewesen sei. Wenn letzteres übrigens auch der Fall gewesen wäre, so bestehe diese Bestimmung doch jedenfalls, nach der maßgebenden Ansicht des Bundesrathes, dermalen ohne weiters zu Recht, weil sie mit dem geltenden revidirten Verfassungsrechte vereinbar und niemals durch die kompetente Bundes- oder Kantonsbehörde außer Kraft gesetzt worden sei. Ob die im Kreis Schreiben des Bundesrathes vom 1. Juni 1886 ausgesprochenen Ansichten richtig seien, darüber habe nicht das Bundesgericht sondern eventuell ausschließlich die Bundesversammlung zu entscheiden. Der revidirte Art. 31 der Bundesverfassungsnovelle von 1885 laufe übrigens geradezu auf eine Aufnahme des Prinzips der früher für verfassungswidrig erklärten Kantonalgesetze in die Bundesverfassung selbst hinaus. Demnach werde beantragt:

1. Es sei auf den mit Rekurschrift vom 12. Januar 1889 gestellten Antrag der Frau von Niederhäußern geb. Krebs, Christians sel. Wittve im Glockenthal bei Thun betreffend einen Ent-

scheid der Rekursbeklagten vom Dezember 1888 wegen Inkompetenz nicht einzutreten.

2. Es sei Frau von Niederhäußern in Bestätigung der Entscheidung der Direktion des Innern und des Regierungsrathes des Kantons Bern mit ihrem Antrag auf Aufhebung derselben abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist nicht kompetent, zu untersuchen, ob die angefochtene Entscheidung des Regierungsrathes des Kantons Bern eine Verletzung der bundesverfassungsmäßigen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit involvire, da in dieser Richtung die Entscheidungsbefugniß nicht dem Bundesgerichte sondern den politischen Behörden des Bundes zusteht. Dagegen ist das Bundesgericht befugt zu prüfen, ob in der angefochtenen Entscheidung ein kantonalverfassungswidriger Eingriff der vollziehenden Gewalt in das Gebiet der Gesetzgebung liege.

2. Wichtig ist nun, daß die angefochtene Entscheidung sich auf eine Gesetzesbestimmung, den Art. 3 des bernischen Wirthschaftsgesetzes von 1879, stützt, welcher von dem Regierungsrath des Kantons Bern dahin ausgelegt und angewendet wird, es sei die Bewilligung zur Ausübung des Wirthschaftsgewerbes von dem öffentlichen Bedürfnisse abhängig zu machen. Allein, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in der analogen Sache Hauri gegen Aargau vom 2. Februar 1889 ausgeführt hat, waren kantonale Gesetzesbestimmungen dieses Inhalts, nach der für das Bundesgericht ohne weiters maßgebenden Praxis des Bundesrathes, mit Art. 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 unvereinbar. Dies hatte, wie ebenfalls in der erwähnten Entscheidung in Sachen Hauri des Nähern ausgeführt wird, zur Folge, daß einerseits alle ältern, die erwähnte Regel enthaltenden Kantonalgesetze mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 sofort, ipso jure, aufgehoben wurden, und daß andererseits neue Kantonalgesetze diesen Inhaltes nicht gültig erlassen werden konnten. Wenn der Regierungsrath des Kantons Bern meint, derartige neue, d. h. unter der Herrschaft der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 erlassene, Kantonalgesetze seien doch so lange gültig geblieben, bis sie von der zuständigen Be-

hörde aufgehoben worden seien, so ist dies nicht richtig. Aus dem anerkannten staatsrechtlichen Grundsatz, daß Bundesrecht Kantonalrecht bricht, folgt natürlich nicht nur, daß neueres Bundesrecht älterem Kantonalrechte vorgeht, sondern auch, und noch viel mehr, daß neue, widersprechende Kantonalgesetze dem geltenden Bundesrechte nicht zu derogiren vermögen. Ein kantonales Gesetz, welches geltendem Bundesrechte widerspricht, ist von vornherein ungültig und unwirksam. Es vermag die bestehenden Rechtsätze des eidgenössischen Rechts nicht aufzuheben; letztere bleiben nach wie vor das einzig geltende Recht. Ob der Widerspruch zwischen Kantonalgesetz und Bundesrecht offen am Tage liegt, oder erst durch logische Entwicklung sich ergibt, ist hier ebenso gleichgültig wie bei der Frage, in welchem Umfange neueres Recht dem ältern derogirt. Wenn das Bundesrecht ausdrücklich oder folgerweise einen bestimmten Rechtsatz enthält, so kann die Kantonalgesetzgebung nicht das Gegentheil davon anordnen. Eine derartige Anordnung des kantonalen Gesetzgebers enthält keinen gültigen Rechtsatz; ihre Geltung als solcher ist durch das Bundesrecht, welches absolut gemeines Recht der ganzen Eidgenossenschaft bildet, ausgeschlossen. Danach konnte denn der bernische Gesetzgeber im Jahre 1879 nicht, im Widerspruche mit dem damals geltenden Bundesrechte, die Regel aufstellen, daß die Ertheilung von Wirthschaftspatenten von dem öffentlichen Bedürfnisse abhängig zu machen sei. § 3 des kantonalen Wirthschaftsgesetzes konnte, soweit er diese Regel enthält, gegenüber den entgegenstehenden, nach konstanter Praxis der zuständigen Bundesbehörden aus § 31 B.-V. sich ergebenden, bundesrechtlichen Grundsätzen rechtliche Geltung nicht erlangen. Geltendes Recht war und blieb, im Kanton Bern so gut wie im übrigen Gebiete der Eidgenossenschaft, daß Bewilligungen zum Wirthschaftsbetriebe nicht vom Vorhandensein eines öffentlichen Bedürfnisses abhängig gemacht werden dürfen. Ist dies aber richtig, so konnte, auch nachdem die Bundesverfassungsrevision von 1885 den Kantonen die Befugniß wieder eingeräumt hat, die Ertheilung von Wirthschaftsbewilligungen vom Vorhandensein eines öffentlichen Bedürfnisses abhängig zu machen, eine Regel diesen Inhaltes im Kanton Bern, wie andernwärts nur durch ein neues Gesetz wieder zur verbindlichen Rechtsnorm er-

hoben, dagegen konnte dieselbe nicht durch bloße administrative Entscheidungen gestützt auf ein gar nicht zu Recht bestehendes Gesetz wieder in's Leben gerufen werden. Denn die Bundesverfassungsnovelle von 1885 schafft, wie bereits in der mehrerwähnten Entscheidung in Sachen Hauri ausgeführt wurde, nicht ihrerseits kantonales Recht, sondern begründet nur eine Kompetenz der Kantone, von welcher aber eben in dem kantonsverfassungsmäßigen Wege der Gesetzgebung Gebrauch gemacht werden muß. Durch bloße administrative Entscheidungen kann die Regel, daß Wirthschaftsbewilligungen vom öffentlichen Bedürfnisse abhängig zu machen seien, welche während der Dauer des § 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, wie der Regierungsrath des Kantons Bern in seiner angefochtenen Entscheidung selbst bemerkt, trotz des § 3 des kantonalen Wirthschaftsgesetzes nur theoretischen Werth hatte, praktische Bedeutung, d. h. Geltung als Rechtsatz, nicht wieder erlangen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin der Rekurrentin ihr Rechtsbegehren zugesprochen.

## II. Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt. — Empiètement dans le domaine du pouvoir judiciaire.

29. Urtheil vom 12. April 1889  
in Sachen Pola.

A. Die Nachbarschaften Campocologno und Zalende, welche Unterabtheilungen der Gemeinde Brusio und als solche öffentliche Korporationen sind, kontrahirten am 10. April 1884 bei Constantino Pola in Brusio eine Kapitalschuld von 4000 Fr. und verpfändeten für dieselbe in erster Hypothek einen, im Pfandtitel als Waldung bezeichneten, Theil ihres Liegenschaftsbesitzes. Der

Pfandbrief wurde ordnungsgemäß in das Hypothekenbuch der Gemeinde Brusio eingetragen. Da der Zins der Kapitalschuld nach einigen Jahren nicht mehr bezahlt wurde, so kündigte der Gläubiger das Kapital sammt rückständigem Zins und erwirkte, da Zahlung nicht geleistet wurde, am 18. September 1888 beim Santamte Brusio in Gemäßheit des kantonalen Santsgesetzes die Zuschätzung des Pfandobjektes. Nunmehr beschwerten sich aber N. Pianta und mehrere andere Angehörige der Nachbarschaften Campocologno und Zalende beim kleinen Rathe des Kantons Graubünden und dieser kassirte durch Entscheidung vom 24. Oktober 1888 die vom Santamte Brusio zu Gunsten des Constantino Pola vorgenommene Zuschätzung eines Stückes Gemeindevermögen, indem er gleichzeitig die Korporation Campocologno-Zalende wegen Mißachtung einer regierungsräthlichen Schlußnahme vom 5. Januar 1888 zu einer Geldbuße von 30 Fr. verurtheilte und die Gemeinde Brusio anwies, ein Reglement über Erhebung von Gebühren und Steuern und einen Schulden Tilgungsplan aufzustellen und genau zu beobachten. In den Entscheidungsgründen dieser Verfügung ist bemerkt: Nach dem Gesetze über Verwendung von Korporationsvermögen vom 1. Januar 1849 seien die Gemeinden und Korporationen verpflichtet, für den ungeschmälernten Bestand ihres Vermögens zu sorgen und habe der kleine Rath hierüber zu wachen; die Verpfändung öffentlichen Vermögens mit darauf folgender Zuschätzung komme der Veräußerung gleich. Nach § 15 des kantonalen Forstreglements sei die Veräußerung von Gemeinde- und Korporationswäldern an die Zustimmung des kleinen Rathes gebunden und durch Entscheidung vom 5. Januar 1888 habe der kleine Rath die Veräußerung förmlich untersagt. Die von den Nachbarschaften Campocologno und Zalende dessenungeachtet ohne Bewilligung des kleinen Rathes vorgenommene Verpfändung, resp. Veräußerung von Gemeindevermögen qualifizire sich als bewußte und strafbare Verletzung von Regierungsbeschlüssen.

B. Gegen diesen Beschluß beschwert sich Advokat Debual, Namens des Constantino Pola im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte, indem er unter Berufung auf Art. 59 D.-G. und die Bundesverfassung Aufhebung des Klein-