

116. Urtheil vom 9. Dezember 1876 in Sachen  
 Bucher und Durrer  
 gegen den Kanton Unterwalden nid dem Wald.

A. Die Kläger erstellten vor mehreren Jahren auf dem Bürgenstock am Vierwaldstättersee den Gasthof gleichen Namens. Dies führte auch zur Korrektion der bis dahin zwischen Stansstaad und Obbürgen bestandenen öffentlichen Straße und zur Erstellung einer circa 6000 Fuß langen neuen Straße vom Sagentobel bis zum sog. Tritt, auf welchem der Gasthof der Kläger steht. Die letztere Straße ist unbestrittenermaßen von den Klägern allein erstellt worden und steht in deren ausschließlichem Privateigenthum. An die Korrektion der öffentlichen Straße Stansstaad-Obbürgen resp. Sagentobel, welche 45,000 Fr. kostete, zahlten dagegen der Staat und die Gemeinde Obbürgen 18,000 Fr. und die Kläger circa 27,000 Fr.; auch übernahmen die letztern die Unterhaltung dieser Straße zur Hälfte, während der Unterhalt ihrer Privatstraße, deren Kosten circa 17,000 Fr. betragen, von ihnen allein besorgt wird.

B. Da die Kläger, als Eigenthümer der Straßenstrecke vom Sagentobel bis zu ihrem Gasthose, sich weigerten, fremde Fuhrwerke ohne ihre Erlaubniß auf derselben fahren zu lassen, so beschloß der w. w. Rath von Nidwalden unterm 4. August v. J., in Betracht daß, so lange auf Bürgenstock eine öffentliche Wirthschaft bestehe, der Verkehr auf der Straße von und nach dem Hotel Bürgenstock den Kurhausbesitzern sowohl, wie allen übrigen Fuhrhaltern freistehe, es sei den Herren Bucher und Durrer die Weisung zu ertheilen, die übrigen Fuhrhalter von und nach dem Gasthof Bürgenstock mit ihren Fuhrwerken passiren zu lassen.

C. Dieser Beschluß veranlaßte die Kläger, am 20. Mai d. J. beim Bundesgerichte mit einer Civilklage (Actio negatoria) gegen den w. w. Rath von Nidwalden aufzutreten und das Begehren zu stellen, daß die Beklagtenschaft verpflichtet werde das ausschließliche und servituttfreie Eigenthum der Kläger auf die Bürgenstockstraße vom Hotel, resp. vom sog. Tritt abwärts

bis zum Sagentobel anzuerkennen. Zur Begründung beriefen sich Kläger auf ihr freies Eigenthum, dessen Beschränkung im Sinne des Rathsbeschlusses vom 4. August 1875 weder aus dem öffentlichen noch aus dem Privatrechte gerechtfertigt werden könne.

D. Der w. w. Rath von Nidwalden bestritt in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes, indem eine Civilstreitigkeit nicht vorwalte. Der Beschluß vom 4. August 1875 sei kein Akt, welcher das Eigenthumsrecht der fraglichen Straßenstrecke berühre und auch kein Akt, wodurch eine Realservitut auf dieselbe gelegt werde, sondern lediglich eine administrative, polizeiliche Verfügung zum Schutze des freien Verkehrs. Das Wirthschaftsgefeß vom 8. Mai 1844 §. 3 berechtige die Tavernenwirthe zur Beherbergung von Gästen und Verabreichung von Speisen und Getränken und §. 6 verbiete den Wirthen die Verweigerung von Herberge, Getränken und Speisen. Es sei also Jedermann berechtigt, den Bürgerstock zu besuchen, und die Streitfrage bestehe nur darin, ob dieser Besuch nur zu Fuß beziehungsweise blos im Wagen der Kläger oder auch in andern Fuhrwerken stattfinden dürfe. Kläger beabsichtigen nun für sich ein Monopol zu schaffen; dies könne aber der w. w. Rath nicht dulden, sondern er müsse an Hand des citirten Gesetzes und im Interesse der Freiheit des Verkehrs solchen Bestrebungen entgegen arbeiten. Die Schlußnahme vom 4. August v. J. habe denn auch nur den Sinn, es dürfe fragliche Straßenstrecke von Fuhrwerken Dritter befahren werden, weil und so lange Kläger auf dem Bürgerstock eine konzessionirte Tavernenwirthschaft halten. Es handle sich somit um eine rein administrative Verfügung, zu deren Beurtheilung das Bundesgericht nicht kompetent sei. Aus diesem Grunde, da es sich in keiner Weise um das Eigenthum der fraglichen Straßenstrecke, sondern lediglich um deren zeitweise Benützung handle, könne auch der Werth des Streitgegenstandes von 3000 Fr. nicht begründet und nachgewiesen werden.

Eventuell trug der w. w. Rath von Nidwalden auf Abweisung der Klage an.

E. In der Replik beharrten Kläger in erster Linie darauf, daß es sich um einen Civilprozeß handle, indem ihr freies Eigenthum streitig sei. Eventuell meldeten dieselben einen staatsrechtlichen Rekurs an und bezeichneten die Rechtsantwort der Beklagten als diejenige Verfügung der betreffenden kantonalen Behörde, gegen welche ihre Beschwerde gerichtet sei; denn den Rathsbeschluß vom 4. August 1875 können sie nicht als eine staatsrechtliche Verfügung anerkennen, weil dieselbe sich den Betheiligten nicht als solche erkennbar darstelle, namentlich weder auf die Verfassung noch ein Gesetz sich berufe, sondern den Klägern ganz unmotivirt die Weisung ertheile, auf ihrer Straße fremde Fuhrwerke fahren zu lassen. Würde die Verfügung vom 4. August 1875 als die maßgebende erklärt und eine Präclusion in Anregung gebracht, so würden sie, Kläger, ein Recht verlieren, ohne daß sie oder ihr Anwalt je an die Möglichkeit hiezu gedacht hätten, da sie durch den gänzlichen Mangel einer Motivirung in den Irrthum versetzt worden seien.

In materieller Beziehung machten Kläger geltend, daß die Schlußnahme des w. w. Rathes, welche sich übrigens aus Art. 6 des Wirthschaftsgesetzes nicht rechtfertigen lasse, gegen den Art. 13 der Kantonsverfassung, der die Unverletzlichkeit des Eigenthums gewährleiste, verstoße; dieselbe enthalte einen theilweisen Entzug des Eigenthumsrechtes, welcher nur auf dem Expropriationswege und gegen Entschädigung statthaft sei, und schädige sie insofern bedeutend, als es schon wiederholt vorgekommen sei, daß Lohntuischer gekaperte Fremde nach dem Bürgerstock transportirt haben, während ihre, der Kläger, eigene Fuhrwerke leer haben hinauffahren müssen.

Dabei bemerkten Kläger, daß der w. w. Rath sie mit ihren Fuhrwerken, welche sie regelmäßig nach Stansstaad schicken, um die dort mit dem Dampfschiff ankommenden Besucher ihres Gasthofes aufzunehmen, auch noch einer Rehrordnung mit den übrigen Fuhrhaltern unterwerfen wolle, worüber gegenwärtig beim Bundesrathe Beschwerde erhoben sei.

F. In der Duplik beantragte Beklagtschaft auch bezüglich des staatsrechtlichen Rekurses, daß das Bundesgericht sich inkom-

petent erkläre, eventuell die Beschwerde als unbegründet abweise. Sie machte geltend, daß Beschwerden betreffend Handels- und Gewerbefreiheit in die Kompetenz des Bundesrathes fallen und überdies der vorliegende Rekurs gemäß Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege verspätet sei. Auf die Frage, ob der Art. 13 der nidwald'schen Kantonsverfassung verletzt sei, ließ sich der Beklagte nicht ein.

G. Mit Schlußnahme vom 6. Juni d. J., bestätigt am 12./17. Juli d. J., ertheilte der w. w. Rath von Nidwalden den Geschwistern Robert und Josephina Bucher, als Pächtern des Hotel Bürgenstock, die Wirthschaftsbewilligung unter der Bedingung, daß Jedermann frei und ungehindert das Kurhaus Bürgenstock besuchen und zu diesem Zwecke sich nach Belieben auf der Straßenstrecke Stansstaad-Bürgenstock eigener oder gemietheter Fuhrwerke bedienen könne.

Gegen diesen Beschluß ergriffen die Geschwister Bucher den Rekurs an den Bundesrath, indem sie behaupteten, daß durch denselben der Art. 31 der Bundesverfassung verletzt worden. Ebenso erhoben Geschwister Bucher gemeinsam mit den Klägern Bucher und Durrer Beschwerde über jenen Beschluß beim Bundesgerichte und zwar gestützt auf die in ihrer Replik (fact. D.) enthaltenen Gründe. Der Bundesrath trat jedoch auf die Beschwerde, gestützt darauf, daß beim Bundesgerichte über das Recht der Benutzung der Straße ein Prozeß obwalte, zur Zeit nicht ein.

H. Beim Augenscheine anerkannte Beklagter, daß der Streitwerth auf mindestens 3000 Fr. sich belaufe, indem die Tage von Stansstaad nach Bürgenstock für ein zweispänniges Fuhrwerk 14 Fr. und für ein einspänniges 8 Fr. betrage und allerdings anzunehmen sei, daß Kläger bei Aufrechthaltung der Rathsbeschlüsse vom 4. August 1875 und 6. Juni 1876 jährlich wenigstens 150 Fr. weniger einnehmen als wenn sie ihre Privatstraße allein befahren können.

I. Die Parteien erklärten sich unter Verzicht auf eine mündliche Verhandlung damit einverstanden, daß der Streit auf Grundlage der vorliegenden Akten entschieden werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was die Civillage betrifft, so ist die Kompetenz des Bundesgerichtes seitens des Beklagten insoweit nicht mehr bestritten, als letzterer für den Fall, als wirklich eine Civilstreitigkeit vorliegen sollte, anerkannt hat, daß der Werth des Streitgegenstandes mindestens 3000 Fr. betrage. Dagegen hat der Beklagte an seiner Behauptung, daß eine Civilprozefsache nicht vorliege, festgehalten und diese Behauptung erscheint in der That begründet.

2. Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß die Beschlüsse des w. w. Rathes von Nidwalden vom 4. August 1875 und 6. Juni, resp. 12./17. Juli d. J., einen Eingriff in das Privateigenthum der Kläger nach seiner negativen Seite hin enthalten, indem Kläger durch dieselben in dem Rechte, jeden Andern von der Benutzung ihrer Privatstraße auszuschließen, beeinträchtigt werden. Allein diese Beschränkung beruht, wie der Beklagte ausdrücklich erklärt hat, nicht auf einem privatrechtlichen Titel, sondern auf öffentlichen Rücksichten, indem der Beklagte behauptet, daß die Konzessionsertheilung für eine öffentliche Wirthschaft, resp. der Betrieb einer solchen, nach dem nidwaldenschen Wirthschaftsgesetze ohne Weiters auch die Pflicht des Wirthes begründe, Jedermann zu Fuß oder zu Wagen zu seinem Wirthshause gelangen zu lassen. Es handelt sich somit in erster Linie lediglich um die Frage der richtigen Anwendung und Auslegung des nidwaldenschen Wirthschaftspolizeigesetzes, also um eine Frage des öffentlichen Rechtes, welche als solche nicht auf dem Wege des Civilprozesses ausgetragen werden kann, sondern als Verwaltungsstreitigkeit vor die Administrativbehörden gehört. In zweiter Linie kann sodann in Frage kommen, ob die angerufene Gesetzesbestimmung, resp. die Anwendung, welche derselben von den nidwaldenschen Behörden gegeben wird, mit Vorschriften der Bundes- oder Kantonsverfassung im Widerspruch stehe; allein auch diese Frage ist keine civilrechtliche, sondern eine solche des öffentlichen und zwar speziell des Staats-Rechtes.

Die vorliegende Streitigkeit stellt sich somit nicht als Justiz-

sache dar, woraus folgt, daß das Bundesgericht als Civilgericht zur Behandlung derselben nicht kompetent ist.

3. Was den staatsrechtlichen Rekurs betrifft, so haben Kläger gegen die Verfügung des nidwaldenschen w. w. Rathes, welche sie anhält, Jedermann frei und ungehindert das Kirchhaus Bürgenstock besuchen zu lassen und zu diesem Zwecke die Benutzung eigener oder fremder Fuhrwerke auf der klägerischen Privatstraße zu gestatten, sowohl beim Bundesrathe als beim Bundesgerichte Beschwerde erhoben und zwar bei ersterer Behörde wegen Verletzung der in Art. 31 der Bundesverfassung garantierten Gewerbefreiheit, beim Bundesgerichte wegen Einbruchs in den Art. 13 der Kantonsverfassung. Es könnte nun, soweit die hierorts angebrachte Beschwerde gegen den Beschluß vom 4. August v. J. gerichtet ist, in Frage kommen, ob der Rekurs nicht gestützt auf Art. 59 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 wegen Verspätung zurückzuweisen sei; allein es erscheint diese Frage im vorliegenden Falle deshalb unerheblich, weil jener Beschluß in Folge der Konzessionsertheilung vom 6. Juni, resp. 12./17. Juli d. J., an die Geschwister Bucher dahin gefallen und gegen diese Konzession, resp. die derselben beigefügte Vorschrift, die Benutzung der Privatstraße durch fremde Fuhrwerke zu gestatten, auch von den Klägern, welche als Eigenthümer des Gasthofes Bürgenstock ebenfalls, wie ihre Mitrekurrenten Geschwister Bucher, von derselben betroffen werden, rechtzeitig Beschwerde erhoben worden ist.

4. Dagegen erscheint es angezeigt, voreerst den Entscheid des Bundesrathes über den bei ihm anhängig gemachten Rekurs abzuwarten, bevor auf die hierorts eingereichte Beschwerde eingetreten wird. Denn unleugbar handelt es sich hauptsächlich und in erster Linie um eine Frage der Gewerbefreiheit beziehungsweise die Statthastigkeit einer Beschränkung derselben, somit um eine Streitigkeit, welche gemäß Art. 59 Lemma 2 Ziff. 3 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 dem Bundesrathe zur Erledigung zusteht. Die Frage, ob die rekurrirten Schlußnahmen auch den Art. 13 der Kantonsverfassung verletzen, tritt erst in zweiter Linie auf und ist daher zu einer Beurtheilung derselben

nur insofern Veranlassung vorhanden, als der Bundesrath den bei ihm eingereichten Rekurs als materiell unbegründet abweisen sollte, indem diese Behörde finden würde, daß der von den nidwaldnerischen Behörden gegen Rekurrenten in ihrer Eigenschaft als Eigenthümer resp. Pächter des Hotels Birgenstock ausgeübte Zwang, ihre Privatstraße auch fremden Fuhrwerken ohne Entschädigung zu öffnen, keine Verletzung der Gewerbefreiheit enthalte.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Auf die Civilklage wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes, beziehungsweise weil eine Civilstreitigkeit nicht vorliegt, nicht eingetreten.

2. Was den staatsrechtlichen Rekurs betrifft, so wird auf denselben zur Zeit nicht eingetreten, sondern werden die Rekurrenten vorerst an den Bundesrath verwiesen.

---

117. Urtheil vom 16. Dezember 1876 in Sachen  
Hungerbühler und Consorten gegen Appenzell  
Auser-Rhoden.

A. Als nächste Verbindung zwischen Zweibrücken und der Nordmühle einerseits und der Stadt St. Gallen, sowie der Station Bruggen, andererseits zieht sich von der Nordmühle, resp. vom Wattbache aus auf St. Galler-Gebiet eine öffentliche Gemeindestraße, die sog. Saggenstraße, einer steilen Berglehne entlang bis auf die Höhe des sog. Saggen, deren Unterhalt theilweise, nämlich von der Mitte des die Grenze zwischen St. Gallen und Appenzell A./Rh. bildenden Wattbaches bis zum sog. Falkenbächlein, dem Kanton Appenzell A./Rh. obliegt.

B. Wie schon wiederholt früher, rutschte am 15. Dezember 1875 ein Theil der Böschungshalde auf die Saggenstraße hinunter, wodurch dieselbe eingedeckt und das Befahren derselben unmöglich wurde. Kläger, welche wegen ihres Verkehrs mit der Stadt St. Gallen und der Station Bruggen an der raschen

Wiederherstellung der Straße ein bedeutendes Interesse hatten, wandten sich deshalb mit einer Rechtsverwahrung, in welcher eventuell eine Schadenersatzforderung in Aussicht gestellt wurde, an die Ständekommission des Kantons Appenzell A./Rh.; allein letztere wirkte Rechtsvorschlag aus, indem sie nur die Pflicht des Unterhaltes der Straßekrone, nicht aber diejenige zur Vornahme der nothwendigen Abböschungsarbeiten an dem betreffenden Abhange anerkenne und hierüber mit der st. gallischen Regierung Unterhandlungen obschweben, zudem aber die ungünstige Jahreszeit nach dem Gutachten des Ingenieur Eugster bei dem Umfange der stattgehabten Rutschungen die Vornahme irgend welcher Arbeiten gar nicht gestatte, ohne das Leben der Arbeiter selbst im hohen Grade zu gefährden. Kläger beschwerten sich hierüber beim Regierungsrathe von St. Gallen, worauf derselbe unterm 19. Januar d. J. an die Beklagte eine Mahnung erließ, in welcher die volle Unterhaltungspflicht des Beklagten, mit Inbegriff der Abböschungsarbeiten, behauptet und die Erwartung ausgesprochen wurde, daß die Deffnung der Straße noch im Laufe des Monats Januar provisorisch oder definitiv begonnen und mit aller Beförderung durchgeführt werde, um der st. gallischen Regierung die unangenehme Lage zu ersparen, auf dem Exekutionswege die Appenzell obliegende Straßenunterhaltungspflicht zum Vollzuge bringen zu müssen. Nachdem jedoch die st. gallische Regierung durch eine angeordnete Untersuchung die Ueberzeugung gewonnen hatte, daß die provisorische Herstellung der Straße, welche die Regierung in ihrer Zuschrift vom 19. Januar d. J. hauptsächlich im Auge gehabt hatte, viel zu kostspielig wäre und vielmehr die Errichtung eines neuen steinernen Durchlasses unter der Rutschung und die daherige Verlegung der Straße, sowie ein Anschluß derselben an den nicht verschütteten Theil das Zweckmäßigste und den Verhältnissen angemessenste sei, erklärte dieselbe der appenzellischen Ständekommission mit Zuschrift vom 23. Februar d. J., daß sie unter einstweiliger Umgangnahme der amtsgemäßen Ausführung der Straßenreparatur auf den von der Ständekommission unterm 31. Januar gemachten Vorschlag einer konferenziellen