

# A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

---

## I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

---

### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

40. Urteil vom 18. Mai 1923

i. S. **Einwohnergemeinde Bern** gegen **Bern, Regierungsrat.**

Verletzung der Rechtsgleichheit erblickt im Widerspruch des angefochtenen Entscheides zu der bisherigen Praxis der Behörde inbezug auf die Auslegung der nämlichen Gesetzesbestimmung. Aus Art. 4 BV folgende Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Änderung der Rechtsprechung.

A. — Das bernische Gesetz betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden vom 15. Juli 1894 ermächtigt in § 1 die Gemeinden, für ihr Gebiet oder für einzelne Teile desselben Alignementspläne und Baupolizeivorschriften mit allgemeiner Verbindlichkeit aufzustellen. In den Alignementsplänen werden die für die Ortschaft oder für den betreffenden Teil derselben erforderlichen öffentlichen Strassen, Plätze und Anlagen die für Bauten an vorhandenen und zu erstellenden öffentlichen Strassen, Plätzen und Anlagen geltenden Baulinien und die Höhenlage der Strassen eingezeichnet (§§ 2 und 3). Sie unterliegen nach öffentlicher Auflage zur Erhebung von Einsprachen und Annahme durch die Einwohnergemeinde der Genehmigung des Regierungsrates (§§ 6 und 7). Wer innerhalb der durch die genehmigten

Alignementspläne umfassten Gebietsteile Bauten irgend einer Art (Neubauten, Um- und Ausbauten) ausführen will, hat sich an die in diesen Plänen festgesetzten Baulinien, sowie an die Linien, welche die Höhenlage der Strassen bestimmen, zu halten : insbesondere darf das zu künftigen Strassen, Plätzen und Anlagen mitbestimmte Land nicht überbaut werden (§ 10). Inbezug auf Baugesuche für noch nicht durch einen Alignementsplan betroffenes Gebiet bestimmt § 14 : « Gegen die Ausführung von Bauten auf Grundstücken, für die keine Alignementspläne bestehen, kann der Gemeinderat Einsprache erheben. Er ist jedoch gehalten, sofern die Baulinie nicht gütlich vereinbart werden kann, innerhalb 20 Tagen einen Alignementsplan über den betreffenden Teil des Gemeindegebietes öffentlich aufzulegen, ansonst die Einsprache dahinfällt. »

Das vom Grossen Rat in Ausführung des § 19 des Gesetzes am 13. März 1900 erlassene Dekret « über das Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen und zur Beurteilung von Einsprachen gegen Bauten » sieht die öffentliche Bekanntmachung und Auflegung der Baugesuche durch die zuständige Gemeindebehörde unter Ansetzung einer Einsprachefrist vor. Die Entscheidung über das Gesuch steht, wenn keine Einsprachen eingegangen sind, dem Regierungsstatthalter, andernfalls, je nach der Natur der Einsprachegründe, der kantonalen Baudirektion oder der Direktion des Innern auf den Bericht des Regierungsstatthalters zu. Gegen den Entscheid des Regierungsstatthalters oder der Direktion kann an den Regierungsrat rekurriert werden. § 9 des Dekretes lautet : « Sind Einsprachen gegen das Bauvorhaben erhoben worden, so hat der Gemeinderat den Gesuchsteller und den Opponenten einzuvernehmen und die diesbezüglichen Verhandlungen zu protokollieren. Das Protokoll ist sodann samt dem Gesuch und den übrigen zudienenden Akten dem Regierungsstatthalter zu übermitteln. » Die hier vorgesehene « Überweisung jedes hängigen Baube-

willigungsgesuches an das Regierungsstatthalteramt hat » gemäss § 14 « spätestens binnen 30 Tagen nach Ablauf der Einsprachefrist zu erfolgen. »

Gemäss der vom Regierungsrat am 28. Oktober 1911 zu § 83 des EG zum ZGB erlassenen Verordnung « betreffend den Schutz und die Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte im Kanton » kann die Errichtung neuer sowie die Erweiterung und Erhöhung bestehender Gebäude u. a. auch aus ästhetischen Gründen untersagt werden, « wenn dadurch Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte verunstaltet werden ». Baugesuche, die auf Grund dieser Vorschrift beanstandet werden, sind « in dem durch §§ 11 Abs. 1 und 12 bis 14 des Dekretes vom 13. März 1900 vorgesehenen Verfahren », d. h. durch die kantonale Baudirektion unter Rekurs an den Regierungsrat zu erledigen.

B. — Durch Beschluss vom 5. August 1919 erklärte sich der Regierungsrat des Kantons Bern grundsätzlich bereit, dem Grossen Rat die Förderung des geplanten Neubaus des Schweiz. Schulmuseums in Bern durch unentgeltliche Einräumung eines Baurechts auf der Grossen Schanze in Bern und sonstige finanzielle Unterstützung zu beantragen, und gestattete dem Schulmuseum, unter Vorbehalt der weiteren Entschliessungen der Staatsbehörden, das Verfahren zur Erlangung der Baubewilligung einzuleiten. Die in Frage kommende Fläche der Grossen Schanze, die dem Staate Bern gehört, bildet einen Teil der an diesem Orte von der Stadt auf Grund einer Vereinbarung mit dem Staate s. Z. auf ihre Kosten erstellten Gartenanlage (Promenade). Das Bekanntwerden des Bauvorhabens des Schulmuseums rief wegen der damit verbundenen Verkümmern dieser Promenade und befürchteter Beeinträchtigung der Aussicht und des Ortschaftsbildes zahlreichen Protesten in der Presse, und es gingen gegen das Gesuch innert Frist verschiedene Einsprachen ein, worunter eine solche der städtischen Bau-

direktion « aus Auftrag » des Gemeinderates, die sich auf § 1 der Verordnung vom 28. Oktober 1911 und den daran anschliessenden Art. 51 der städtischen Bauverordnung stützte.

Nachdem die am 16. Oktober 1919 gemäss § 9 des Dekretes vom 13. März 1900 abgehaltene Verständigungs-verhandlung zwischen den Gesuchstellern und den Einsprechern ergebnislos verlaufen war, beschloss der Gemeinderat am 28. Oktober die Aufstellung eines Alignementsplanes im Sinne von § 14 des Gesetzes vom 15. Juli 1894 für das Gebiet der Grossen Schanze, der, abgesehen von der Festsetzung bestimmter Baulinien, den zur Zeit als Promenade dienenden Teil des Areals mit Einschluss der für den Bau des Schulmuseums in Aussicht genommenen Fläche als öffentliche Anlage mit einem Bauverbot belegt. Die Bekanntmachung dieses Beschlusses im städtischen Amtsblatt fand am 29. Oktober und die öffentliche Auflegung des Plans vom 1. bis 20. November 1919 statt, während die Bekanntmachung des Baubegehrens des Schulmuseums vom 16. September und die Einsprache des Gemeinderates gegen dasselbe vom 26. September 1919 datierte. In der Gemeindeabstimmung vom 20. u. 21. März 1920 wurde der Plan mit 13,799 gegen 2671 Stimmen angenommen und am 15. April 1920 durch Vermittlung des Regierungsstatthalteramtes dem Regierungsrat zur Genehmigung übermittelt.

Am 12. Februar 1922 ging dem Gemeinderat nachstehender Beschluss des Regierungsrates vom 8. Dezember 1921 zu: « Der Alignementsplan vom 20. u. 21. März 1920 der Gemeinde Bern betreffend die Grosse Schanze in Bern wird nicht genehmigt, weil er nicht binnen der Frist von 20 Tagen aufgelegt hat, wie § 14 des Gesetzes vom 15. Juli 1894 dies vorsieht. Die Einsprache des Gemeinderates ist somit dahingefallen. Das Baubegehren des Schweizerischen Schulmuseums und die Einsprachen, die sich dagegen richten, werden, gestützt auf § 2 der Verordnung vom 28. Oktober 1911 und

auf § 11 Abs. 1 des Dekrets vom 13. März 1900 betreffend das Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen, der kantonalen Baudirektion zur Behandlung überwiesen. »

Die Annahme verspäteter Auflegung des Planes beruht auf der Voraussetzung, dass die Frist des § 14 des Gesetzes vom 15. Juli 1894 für den Gemeinderat mit der Erhebung der Einsprache gegen das Bauvorhaben zu laufen beginne und daher hier zur Zeit der Bekanntmachung des Auflegungsbeschlusses (29. Oktober 1919) bereits abgelaufen gewesen sei, während es in der bisherigen Praxis als genügend erklärt worden war, dass die Auflegung innert 20 Tagen nach dem Scheitern der Einigungsversuche mit dem Bauherrn erfolge.

Die Auslegung des Gesetzes in diesem Punkte war erstmals im Jahre 1897 gegenüber dem Baumeister Häuptli in Bern streitig geworden. In dem Beschlusse vom 29. Oktober 1897, womit er den betreffenden Alignementsplan genehmigte, führte der Regierungsrat aus, dass das Gesetz nach seinem Wortlaute und nach seinem Grundgedanken nur die zweitangeführte Auffassung zulasse. Er hielt daran auch gegenüber einem von Häuptli eingereichten staatsrechtlichen Rekurs fest, worin jener zur Unterstützung der anderen — dem Entscheide im heutigen Falle zu Grunde liegenden — Interpretation u. a. auf die Bemerkungen des Berichterstatters des Regierungsrates im Grossen Rate bei der Beratung der Gesetzesvorlage, Lienhard zu der Vorschrift verwiesen hatte, lautend: « Der Art. 14 sieht den Fall vor, dass eine Gemeinde es unterliess, einen Alignementsplan aufzustellen. Nun wird sie aber durch ein Baugesuch darauf aufmerksam gemacht, dass jemand ein Haus an einer Stelle bauen oder dasselbe in einer Weise erstellen will, welche die ganze künftige Entwicklung eines Teiles der Gemeinde unzweckmässig gestalten würde. In einem solchen Falle soll die Gemeinde Einspruch erheben und erklären können, sie wolle für das betreffende Gebiet

einen Alignementsplan aufstellen ; sie soll aber den Eigentümer nicht lange aufhalten dürfen, sondern nur 20 Tage. Wird innerhalb dieser 20 Tage der Alignementsplan nicht öffentlich aufgelegt, so muss dem Betreffenden die Baubewilligung erteilt werden. Die Gemeinde wird also rasch einen solchen Plan aufstellen müssen und sie kann dies auch, indem sie ja nur das Alignement des betreffenden Terrains, im Anschluss an das übrige Alignement, zu ordnen braucht. » Das Votum, so wurde damals in der Beschwerdeantwort geltend gemacht, entkräfte die auf den Wortlaut des Gesetzes sich stützende Auslegung in keiner Weise : Herr Lienhard habe sich darin lediglich über die Dauer der gesetzlichen Frist zur Planaufgabe und die Folgen der Nichtbenutzung der Frist geäußert, dagegen die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Frist zu laufen beginne, mit keinem Worte berührt. Seither war an dieser Praxis unbestrittenermassen stets festgehalten worden, so u. a. auch gegenüber dem Versuche einer erneuten Anfechtung durch den Bauherrn in einem Beschlusse vom 28. Juli 1912 in Sachen Schneider & Leutenegger. Der Beschluss vom 8. Dezember 1921 und 12. Februar 1922 enthält eine Begründung für die neue, abweichende Auslegung nicht.

C. — Mit der vorliegenden, am 17. März 1922 erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde verlangt der Gemeinderat von Bern namens der Einwohnergemeinde die Aufhebung des gedachten Beschlusses in seinem ersten, die Nichtgenehmigung des Alignementsplans für die Grosse Schanze wegen verspäteter Auflegung betreffenden Teile. Er erblickt in der Aufgabe der bisherigen ständigen Praxis durch den Regierungsrat in einem Falle, wo der Staat als Eigentümer des betreffenden Areals Partei sei, einen Akt der Willkür und eine Verletzung der Rechtsgleichheit und sucht darzutun, dass sich der Regierungsrat dabei, wie schon die Unterlassung jedes Versuches, die neue Auslegung irgendwie zu motivieren, zeige, einfach von dem Bestreben habe leiten lassen, den

ihm nicht genehmen Plan und das daraus erwachsende Hindernis für die Verwirklichung seiner Absichten unter allen Umständen zu beseitigen.

D. — Der Regierungsrat des Kantons Bern hat Abweisung der Beschwerde beantragt. Er macht geltend : der angefochtene Beschluss sei auf einen (der Antwort beigelegten) Vortrag der Justizdirektion vom 30. November 1920 gefasst worden, worin diese die der bisherigen Praxis widersprechende Auslegung des Gesetzes eingehend begründet habe. Die Behörde habe sich dabei ausschliesslich von den dort auseinandergesetzten sachlichen Erwägungen leiten lassen, die sich etwas ergänzt, wie folgt zusammenfassen liessen : Die Aufstellung eines Alignementsplanes bedeute für den Grundeigentümer eine Eigentumsbeschränkung. Nach Art. 89 KV sei aber das Eigentum unverletzlich und unterliege nur den durch Gesetz vorgesehenen Beschränkungen. Bestehen über den Sinn einer solchen beschränkenden Bestimmung Zweifel — und die Rekurrentin gebe selbst zu, dass solche hier vor der Lösung der Frage durch den Entscheid Häuptli hätten auftauchen können —, so sei im Hinblick auf den verfassungsmässigen Grundsatz der Eigentumsfreiheit die für den Bürger günstigere Lösung zu wählen, was auch für den Streit über die Fristbestimmung nach § 14 des Alignementsgesetzes gelten müsse. Aus dem Wortlaut der erwähnten Vorschrift ergebe sich aber kein Anhaltspunkt dafür, dass die 20 Tage zu den Verhandlungen mit dem Gesuchsteller und zu deren Misslingen in Beziehung gesetzt werden sollen. Die wörtliche Auslegung des § 14 führe vielmehr dazu, diese 20 Tage mit der Einsprache des Gemeinderates in Beziehung zu bringen. Während dieses Datum eindeutig bestimmt werden könne, werde es sehr oft schwer halten, festzustellen, wann die Verständigungsverhandlungen endgiltig gescheitert seien. Es würde daher, wenn man darauf abstellen wollte, zum Teil in das Belieben des Gemeinderates gestellt, von wann an er die 20tägige Frist laufen lassen wolle. Für die engere

Auslegung spreche sodann neben dem Wortlaut auch die (oben wiedergegebene) Äusserung des Berichterstatters des Regierungsrates in den Verhandlungen des Grossen Rates vom 31. Januar 1892: wenn es danach der Sinn des Gesetzes sei, dass die Gemeinde durch ihren mit der beabsichtigten Aufstellung eines Alignementsplanes begründeten Einspruch den Eigentümer nicht länger als 20 Tage solle « aufhalten » dürfen, so müsse dieser Zeitraum notwendigerweise von der Einsprache an berechnet werden. Lasse man ihm die Verständigungsverhandlungen vorausgehen, so könnte sich das Hinaushalten des Gesuchstellers unter Umständen auf mehrere Monate ausdehnen. Die Abänderung einer bestehenden Rechtsprechung aus sachlichen Erwägungen, wie sie danach dem angefochtenen Beschlusse zu Grunde lägen, zum Zwecke, die Praxis mit dem richtig verstandenen Willen des Gesetzes in Einklang zu bringen, sei aber zulässig und könne nicht wegen Verletzung der formellen Rechtsgleichheit angefochten werden.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Die Vorschrift des Art. 4 BV, die alle Schweizer vor dem Gesetze gleichstellt, enthält ein Gebot nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die rechtsanwendenden (richterlichen und Verwaltungs-) Behörden. Sie fordert, dass ein Rechtssatz bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen gegenüber allen Bürgern gleich, nicht das eine Mal so, ein anderes Mal anders ausgelegt werde. Eine Einschränkung des daraus folgenden Anspruchs auf gleiche Behandlung kann sich immerhin daraus ergeben, dass die ihm entsprechende Verpflichtung der Behörde, sich an die von ihr einmal einer bestimmten Rechtsfrage gegebene Lösung zu halten, zu dem anderen Postulate der sachlichen Übereinstimmung der Entscheidung mit dem positiven Rechte in Widerspruch tritt. Das Gebot gleicher Rechtsanwendung würde streng durchgeführt zur Folge haben, dass auch in einem solchen Falle an der

früheren Praxis festgehalten werden müsste, während die Rücksicht auf die materielle Gerechtigkeit — denn es muss davon ausgegangen werden, dass die gesetzliche Regelung eines bestimmten Verhältnisses zugleich auch die materiell gerechteste sei — eine Abweichung von der Praxis fordern würde. Wenn bei einem solchen Konflikte im allgemeinen die letztere Rücksicht als die höhere, wichtigere anzusehen sein wird, vor der das Prinzip der formellen Gleichheit zurückzutreten hat, und wenn das Bundesgericht deshalb die Änderung der bisher befolgten Rechtsprechung hinsichtlich einer an sich verschiedener Auslegung fähigen Gesetzesbestimmung *g r u n d s ä t z l i c h* als zulässig und nicht gegen Art. 4 BV verstossend erklärt hat, so heisst dies immerhin noch nicht, dass es genüge, irgendwelche der Fassung des Gesetzes oder anderen Auslegungsmitteln entnommene Gründe anzuführen, um den Widerspruch eines konkreten Entscheides zu der bisherigen Praxis zu rechtfertigen und die urteilende Behörde vor jenem Vorwurfe zu schützen. Die geänderte Auslegung muss sich jedenfalls da, wo es sich nicht nur um die Abweichung von einem vereinzelt Präzedenzfalle, sondern von einer konstanten langjährigen Praxis der Behörde handelt, als das Ergebnis einer ernsthaften, gründlichen neuen Untersuchung der Frage darstellen und auf Gründe stützen, die nach allgemeinen Auslegungsregeln geeignet sind, die Annahme, dass der wirkliche Wille des Gesetzes ein anderer sei als der bisher angenommene, d. h. eines Irrtums in der Auslegung zu stützen, wobei sobald dies bejaht werden muss, dem Bundesgericht im staatsrechtlichen Rekursverfahren allerdings eine weitere Nachprüfung der Schlüssigkeit jener Gründe, d. h. der Frage, ob die kantonale Behörde sie mit Recht gegenüber der früheren Auslegung als durchschlagend erachtet habe, nach der Umschreibung seiner Kognition durch Art. 113 Ziff. 3 BV, Art. 175 Ziff. 3 und 178 OG nicht mehr zukommen kann. Um solche Fälle handelt es sich denn auch regelmässig

in den neueren Urteilen, wo die auf den Widerspruch der angefochtenen Verfügung zu der früheren Rechtsprechung derselben Behörde gegründete Rüge der Verletzung von Art. 4 BV als unstichhaltig verworfen wurde. Eine noch weitergehende Zurückhaltung wird ferner der kantonalen Behörde da zur Pflicht gemacht werden dürfen und müssen, wo nicht die Auslegung materieller rechtlicher Gesetzesvorschriften, sondern prozessualer Fristbestimmungen im Streite liegt, die an die Nichtvornahme einer Handlung innert eines gewissen Zeitraumes in einem bestimmten zivilprozessualen oder Verwaltungsverfahren Verwirkungsfolgen knüpfen. Die Entscheidungen, welche die Anwendung solcher Bestimmungen betreffen, besitzen insofern eine erhöhte unmittelbar praktische Bedeutung, als die Parteien notwendiger- und berechtigterweise danach ihr Verhalten in einer solchen Prozedur einrichten werden, wenn sie nicht geradezu gezwungen sind. Das Gebot gleicher Anwendung des Gesetzes gegenüber allen Bürgern dient daher hier zugleich in hervorragendem Masse der Wahrung der Rechtssicherheit, so dass ein höheres Interesse, welches den Einbruch darein rechtfertigt, nicht schon wegen der an sich vorliegenden Möglichkeit, dass eine andere Auslegung die richtigere wäre, sondern nur da wird anerkannt werden können, wo entweder die bisherige Deutung sich bei näherer Prüfung nach der Fassung des Gesetzes und seinem Zusammenhang als ganz offenbar falsch und unhaltbar erweist oder, sofern dies nicht zutrifft, doch gewichtige praktische Nachteile und Gefahren der bisherigen Praxis dringend gebieten, der anderen ebenfalls möglichen Deutung den Vorzug zu geben.

Von diesem Standpunkt aus erweist sich aber zunächst im vorliegenden Falle der Hinweis auf das Votum des Gesetzesredaktors im Grossen Rate zu der streitigen Vorschrift (§ 14 des Alignementsgesetzes) als unbehelflich. Es könnte ihm ein gewisses Gewicht zweifellos dann nicht abgesprochen werden, wenn es sich um die erst-

malige Anwendung der Bestimmung handelte. Zur Begründung der Änderung einer während 25 Jahren konsequent durchgeführten Rechtsprechung in einer Materie wie der vorliegenden vermag er bei der ohnehin stets nur mehr akzessorischen, unterstützenden Bedeutung, der solchem den parlamentarischen Beratungen entnommenem Auslegungsmaterial nach allgemeinen Auslegungsregeln überhaupt beigemessen werden kann, umsoweniger auszureichen, als man es dabei nicht etwa mit einer neu entdeckten, sondern mit einer Tatsache zu tun hat, die dem Regierungsrat schon bei seinen früheren Entscheidungen bekannt war, damals aber von ihm als die heute vertretene Auslegung nicht schlüssig bezeichnet worden ist. Das weitere zu Gunsten der letzteren heute vorgebrachte Hauptargument aber, dass das Gesetz selbst nach seinem Wortlaut die Frist ausschliesslich in Beziehung zur Erhebung der Baueinsprache durch den Gemeinderat und in keiner Weise zu dem Scheitern des Versuches einer gütlichen Vereinbarung der Baulinie bringe, ist nicht nur diskutabel, sondern augenscheinlich falsch und unhaltbar. Nach dem Wortlaut des § 14 Satz 2 des Gesetzes vom 15. Juli 1894 ist der Gemeinderat — zur Wirksamkeit der nach Satz 1 erhobenen Einsprache — nur dann « gehalten » einen Alignementsplan für das betreffende, bisher noch nicht von einem solchen umfasste Gebiet aufzulegen, « wenn die Baulinie nicht gütlich vereinbart werden kann ». Diese Ausdrucksweise lässt aber sehr wohl die Folgerung zu, ja scheint sie zunächst geradezu aufzudrängen, dass das Ergebnis solcher gütlichen Verhandlungen abgewartet werden darf, bevor zur Auflegung geschritten wird; sonst würde dieselbe ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer Einigung sozusagen immer stattfinden müssen, da der Gemeinderat es bei der Kürze der 20tägigen Frist, wenn er nicht die Interessen der Gemeinde aufs Spiel setzen will, nicht würde darauf ankommen lassen können, dass die Verhandlungen bis dann zu einer Verständigung führen werden. Vermöchte dieser aus dem

Wortlaut der Vorschrift gezogene Schluss auch nicht hinzureichen, um die andere, dem angefochtenen Entschiede zu Grunde liegende Auslegung auszuschliessen — wie denn der Rekurrent zugibt, dass trotz dieser Fassung anfänglich Zweifel über die wahre Meinung des Gesetzes möglich gewesen seien — so kann doch umgekehrt noch viel weniger davon die Rede sein, dass der Text des Gesetzes n u r die heute vertretene Deutung zulasse oder sie nach den Regeln der grammatikalischen Interpretation zwingend fordere (wie übrigens schon daraus erhellt, dass der frühere Entscheid in Sachen Häuptli mit derselben Bestimmtheit die damalige entgegengesetzte Interpretation als die grammatikalisch allein mögliche bezeichnete). Auch die andere oben ins Auge gefasste Alternative — gewichtige praktische Nachteile und Gefahren der bisherigen Praxis, die gebieten würden, sie zu Gunsten der anderen, ebenso möglichen Auslegung aufzugeben — trifft nicht zu. Der Regierungsrat verweist in diesem Zusammenhang auf den Zweck der Bestimmung: zu verhüten, dass der Grundeigentümer in der Verwertung seines Grundstücks während längerer Zeit wegen der Absicht der Aufstellung eines Alignements aufgehalten werde, das dann möglicherweise nachher von der Oberbehörde nicht genehmigt wird. Dieser Zweck werde aber gefährdet, wenn man die Frist zur Auflegung des Plans erst vom Scheitern der Verständigungsverhandlungen laufen lasse, indem es einerseits oft Schwierigkeiten bereiten könne, den Zeitpunkt des endgültigen Scheiterns dieser Verhandlungen festzustellen, andererseits der Gemeinderat durch deren Hinausziehung den Beginn des Fristenlaufs mehr oder minder nach seinem Belieben, unter Umständen um Monate verzögern könnte. Dabei wird jedoch die wichtige Tatsache vollständig übergangen, dass nach dem oben angeführten § 14 des Dekretes vom 13. März 1900 jedes Baubewilligungsgesuch binnen 30 Tagen nach Ablauf der Einsprachefrist, mit dem Protokoll über die in § 9 ebenda vorgesehene Ver-

handlung zwischen den Einsprechern und dem Gesuchsteller, der zuständigen kantonalen Behörde zur Entscheidung übermittelt werden muss. Der Gesuchsteller hat es daher in der Hand, die beschleunigte Auflegung des Planes dadurch zu erzwingen, dass er an dieser Verhandlung die ihm von der Gemeinde zugemutete Einschränkung in der Überbauung und eine allfällige Abmachung darüber ein für alle Mal zu Protokoll ablehnt. Er wird, wenn ihm selbst die durch das Laufen der Auflegungsfrist erst von diesem Zeitpunkt an bewirkte unbedeutende Verzögerung noch als zu lang erscheint, auch sie dadurch vermeiden können, dass er sich nach Ablauf der Einsprachefrist über die Erhebung oder Nichterhebung einer Einsprache durch den Gemeinderat nach § 14 Satz 1 des Alignementsgesetzes erkundigt und im ersteren Falle dem Gemeinderat schriftlich seinen Willen kundgibt, auf dem Bauvorhaben zu beharren und sich auf eine andere Festsetzung der Baulinie unter keinen Umständen einzulassen.

In seiner Beschwerdeantwort an das Bundesgericht im Fall Häuptli hatte denn auch der Regierungsrat das eben erörterte Bedenken gegen die heute von ihm aufgegebene Auslegung des Gesetzes mit den Worten als unzutreffend zurückgewiesen: « Für den Bauunternehmer dagegen bringt die Anerkennung der (damaligen) regierungsrätlichen Interpretation keine nachteiligen Konsequenzen mit sich. Er kann sich gegen die aufschiebenden Wirkungen der gütlichen Verhandlungen jederzeit leicht in der Weise schützen, dass er im Zeitpunkte des Ablaufs der Einsprachefrist oder auch schon früher kategorisch erklärt, sich in keine Verhandlungen einzulassen zu wollen. Dadurch wird er — entsprechend der Gesetzesauslegung des Rek. — bewirken, dass die 20tägige Planauflegungsfrist sofort nach dem Verflusse der Einsprachefrist zu laufen beginnt. » Andererseits wurde in jener Vernehmlassung mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die vom damaligen Rekurrenten ver-

treten, heute vom Regierungsrat aufgenommene Interpretation des § 14 diese Vorschrift für die Gemeinde häufig wertlos machen könnte: « Der Bauunternehmer brauchte nur bis zum Ablaufe der 20tägigen Frist den Gemeinderat durch Scheinverhandlungen hinzuhalten, so wäre der letztere in die absolute Unmöglichkeit versetzt, die öffentliche Planaufgabe rechtzeitig zu besorgen. » Geht man hievon aus, so kann aber auch von einer irgendwie erheblichen Mehrbeschränkung des Eigentümers, die aus der bisherigen Praxis gegenüber der heute vertretenen Auslegung folgen würde und dazu führen müsste, im Hinblick auf die verfassungsmässige Eigentumsgarantie und die daraus abgeleitete Vermutung für die Freiheit des Eigentums die letztere Auslegung zu adoptieren, ernstlich nicht gesprochen werden, während umgekehrt die neue Interpretation geeignet wäre, die öffentlichen Interessen der Gemeinde zu gefährden, deren Wahrung durch Einführung g e s e t z l i c h e r Beschränkungen des Eigentumsinhalts, insbesondere der Baufreiheit anerkanntermassen durch jene Garantie nicht berührt und in Art. 702 ZGB ausdrücklich vorbehalten wird.

Zur Begründung der Notwendigkeit einer Änderung der bisherigen Praxis wegen ihrer praktischen Folgen hätte daher auch die Auseinandersetzung mit diesen Einwendungen und den eigenen früheren bezüglichlichen Ausführungen der Behörde, eine Erörterung darüber gehört, dass und weshalb sie bei erneuter Prüfung nicht als zutreffend anerkannt werden können. Wenn sowohl der Vortrag der Justizdirektion als die Beschwerdeantwort daran einfach vorbeigegangen und sich mit der summarischen Aufstellung einer entgegengesetzten B e h a u p t u n g begnügen, so muss dies notwendigerweise die Vermutung wachrufen, es sei in Wirklichkeit doch nicht so sehr die Überzeugung von der Unrichtigkeit der bisher befolgten Auslegung als die Tatsache, dass sie im konkreten Falle dem Staate in seiner Eigenschaft als

Eigentümer überbauungsfähigen Landes nachteilig zu werden drohte, gewesen, was die neue Interpretation veranlasste, und der Entscheid wäre anders ausgefallen, wenn der Gemeinde ein gewöhnlicher privater Grundeigentümer als Interessent gegenübergestanden hätte. Gerade gegen ein Schwanken in der Rechtsprechung aus solchen Rücksichten will Art. 4 BV schützen.

Der angefochtene Beschluss ist deshalb in der Meinung aufzuheben, dass die Genehmigung des von der Einwohnergemeinde Bern beschlossenen Alignementsplans für die Grosse Schanze nicht wegen Nichteinhaltung der Auflegungsfrist des § 14 des Alignementsgesetzes verweigert werden darf.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern vom 8. Dezember 1921 aufgehoben.

Vgl. auch Nr. 41, 43, 45 u. 46. — Voir aussi nos 41, 43, 45 et 46.

## II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

#### 41. Urteil vom 11. Mai 1923 i. S. Zofinger Tagblatt A. G. und Ringier & Cie gegen Aargau Regierungsrat.

Verbot der öffentlichen Empfehlung zu brieflicher Behandlung von Krankheiten, der Veröffentlichung von Zeugnissen über Heilung von Krankheiten zu Reklamezwecken und der Anpreisung medizinischer Apparate ohne Bewilligung. Anfechtung aus Art. 31 BV und aus Art. 4 ebenda wegen mangelnder Grundlage im kantonalen Recht.

A. — Die Verordnung des aargauischen Regierungsrats vom 14. Juli 1900 betr. die Auskündigung und den