

examine, en dernière ligne, la bonne foi des recourants et qu'elle la repousse. La question de savoir si c'est avec raison que cette appréciation est intervenue, échappe au contrôle du Tribunal de céans comme cour de droit public.

D'après ce qui vient d'être dit, la Cour d'appel était parfaitement autorisée à invoquer, ainsi qu'elle l'a fait, l'article 1433 C. C. Il suffit, pour que le rejet du recours s'impose, que la Cour d'appel n'ait pas appliqué le droit cantonal en lieu et place, et contre le sens évident du droit fédéral. La question de savoir si la dite Cour a, d'ailleurs, sainement appliqué les dispositions du droit fédéral, ne saurait préoccuper le Tribunal fédéral siégeant comme cour de droit public, et en aucun cas l'arrêt attaqué, — à supposer même qu'il ne soit pas motivé à tous égards d'une manière irréprochable, — n'apparaît comme entaché d'arbitraire.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

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

36. Urtheil vom 13. April 1888  
in Sachen Otterbach.

A. Am 21. November 1887 erließ der große Rath des Kantons Bern folgendes Dekret :

„Der Große Rath des Kantons Bern gestützt auf § 66  
„Lemma 2 der Staatsverfassung und §§ 4 und 64 des Gemeindegesezes vom 6. Dezember 1852, nach Anhörung der  
„betheiligten Gemeinden und auf den Antrag des Regierungsrathes beschließt :

„§ 1. Die Einwohnergemeinden Außerbirrmoos, Barschwand  
„und Schönthal werden im Sinne der §§ 5 bis 17 und 74  
„des Gemeindegesezes zu einer Gemeinde vereinigt, welche den  
„Namen Außerbirrmoos erhält.

„In gleicher Weise werden die Einwohnergemeinden Otterbach und Innerbirrmoos zu einer Gemeinde verschmolzen, die den letztern Namen tragen soll.

„§ 2. Demgemäß gehen mit dem Zeitpunkte des Inkrafttretens dieses Dekretes sämtliche mit der Staats- und Gemeindeverwaltung zusammenhängende und bisher den fünf Gemeinden obgelegenen Verwaltungszweige an die Organe der neugebildeten zwei Einwohnergemeinden Außerbirrmoos und Innerbirrmoos über. Ebenso werden die allgemeinen

„Ortsgüter und die Armengüter von Außerbirrmoos, Barschwand  
 „und Schönbühl einerseits und von Innerbirrmoos und Otter-  
 „bach andererseits auf den gleichen Zeitpunkt zu einheitlichen  
 „Ortsgütern und Armengütern der neuen Einwohnergemeinden  
 „Außerbirrmoos und Innerbirrmoos vereinigt und auch ferner-  
 „hin ihrem Zwecke gemäß verwaltet und verwendet.

„An Stelle der bis jetzt in der Gemeinde Barschwand ver-  
 „walteten bürgerlichen Armenpflege tritt für ihren Bezirk die  
 „örtliche Armenpflege. Dagegen hat die Verschmelzung auf die  
 „in einigen der bisherigen Gemeinden vorhandenen Nutzungsgüter für bürgerliche Arme keinen Einfluß.

„§ 3. Dieses Dekret tritt auf 1. Januar 1888 in Kraft.  
 „Der Regierungsrath ist mit der Ausführung desselben beauf-  
 „tragt.

„Streitigkeiten, nicht rein privatrechtlicher Natur, welche aus  
 „der Vollziehung des Dekretes entstehen, sind von den Admi-  
 „nistrativbehörden nach Anleitung der §§ 56 u. ff. des Gemein-  
 „degesetzes zu entscheiden.“

B. Gegen dieses Dekret beschwert sich die Einwohnergemeinde Otterbach (nachdem ihr dasselbe am 16. Dezember 1887 eröffnet worden ist) mit Rekurschrift vom 6./9. Februar 1888 beim Bundesgerichte. Sie beantragt: Es sei das Dekret des Großen Rathes des Kantons Bern vom 21. November 1887 wonach die Einwohnergemeinde Otterbach mit der Einwohnergemeinde Innerbirrmoos zu einer Einwohnergemeinde unter dem Namen Innerbirrmoos verschmolzen werden soll, soweit es diese Gemeinden betrifft, in allen Theilen aufzuheben. Zur Begründung führt sie unter ausführlicher Darstellung der Entstehungsgeschichte des angefochtenen Dekretes in rechtlicher Beziehung wesentlich aus: Das angefochtene Dekret verlege den § 66 der bernischen Kantonsverfassung, wonach die „gegenwärtige Einteilung des Staatsgebietes in Kirchspiele und Gemeinden“ nur durch das Gesetz nach jeweiliger Anhörung der Betheiligten abgeändert werden könne. Wie sich aus den Verhandlungen des Verfassungs Rathes und der Vorberathungskommission desselben, insbesondere aus einer Aeußerung des Berichterstatters der letztern ergebe, komme dieser Verfassungs-

bestimmung die Bedeutung zu, daß ohne Einwilligung der betreffenden Gemeinden eine Aenderung in der Gemeindeeinteilung nicht verfügt werden dürfe. Da die Gemeinde Otterbach in die durch das angefochtene Dekret ausgesprochene Verschmelzung nicht eingewilligt habe, so sei also das Dekret verfassungswidrig. Allein auch angenommen, § 66 der Kantonsverfassung gestatte eine Verschmelzung bestehender Gemeinden gegen ihren Willen, so könne eine solche jedenfalls nur durch ein Gesetz verfügt werden. Das angefochtene Dekret des Großen Rathes aber sei kein Gesetz; es sei bei Erlaß desselben der Weg der Gesetzgebung, wie er in § 30 der Kantonsverfassung geordnet werde, nicht innegehalten und es sei das Dekret auch nicht (gemäß Art. 1 und 4 des Verfassungsgesetzes vom 4. Juli 1869) dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt worden. Das Dekret sei also auch in dieser Richtung verfassungswidrig.

C. Innerhalb der ihm vom Instruktionsrichter zur Bernehmung auf diese Beschwerde angelegten Frist reichte der Regierungsrath des Kantons Bern eine Rekursbeantwortung nicht ein, wohl aber that er dies nachträglich, indem er um Restitution gegen die Fristversäumnis, die lediglich auf ein Versehen zurückzuführen sei, nachsuchte. In seiner Rekursbeantwortung macht er, neben einigen, die Entstehungsgeschichte des Dekretes betreffenden, faktischen Erinnerungen, in rechtlicher Beziehung geltend: Wenn die Beschwerde behaupte, nach § 66 der Kantonsverfassung könne eine Verschmelzung von Gemeinden nur mit deren Zustimmung stattfinden, so gelange sie zu einem Ergebnisse, das kaum anders denn als Unsinn qualifiziert werden könne. Denn in diesem Falle wäre ja der Erlaß eines Gesetzes d. h. eines Gebotes über Verschmelzung von Gemeinden gerade nur dann statthaft, wenn die Gemeinden mit der Verschmelzung einverstanden seien und es also eines staatlichen Gebotes gar nicht bedürfe, sondern eine staatliche Genehmigung genüge. Die vereinzelte Aeußerung eines Mitgliedes der verfassungsrechtlichen Vorberathungskommission könne für die Auslegung der lex lata nicht entscheidend sein; im Verfassungsrathe selbst sei über den § 66, da er nahezu wört-

lich aus der frühern Verfassung vom 31. Juli 1831 herübergenommen worden sei, gar nicht verhandelt worden. Gewichtiger sei die Frage, ob Aenderungen in der Gebietseinteilung der Gemeinden, um rechtsgültig zu sein, durch ein Gesetz im Sinne des § 30 der Verfassung verfügt werden müssen. Eine rationelle Auslegung des § 66 führe aber dazu, diese Frage zu verneinen; der Regierungsrath halte dafür, es sei unter dem Ausdrucke „Gesetz,“ wie er in § 66 gebraucht sei, nicht sowohl ein Gesetz im formellen Sinne des § 30 der Verfassung, als vielmehr ein gesetzgeberischer Erlaß der obersten Landesbehörde, der Erlaß einer „bleibenden Verordnung“ nach § 27 I a der Verfassung oder, wie die bernische Gesetzesprache dies auszudrücken pflege, ein „Dekret des Großen Rathes“ zu verstehen. Die Verfassung sage nirgends, welche Anordnungen ihrem Wesen nach in das Gebiet der Gesetzgebung gehören; nach allgemeinen, staatsrechtlichen Grundsätzen seien nur Normen von bleibender und allgemeiner Bedeutung als Gesetze zu qualifiziren. Einzelnen Aenderungen in der Gebietseinteilung der Gemeinden gehe das Merkmal allgemeiner Bedeutung ab, daher fallen sie schon an sich unter die Klasse derjenigen gesetzgeberischen Erlasse, welche durch „bleibende Verordnung“ des Großen Rathes vor sich zu gehen haben. Dafür spreche die staatsrechtliche Praxis im Kanton Bern während der Verfassungsperiode von 1831—1846; trotzdem der Grundsatz des § 66 schon in der Verfassung von 1831 enthalten gewesen, sei während dieser Periode keine einzige Gebietsänderung der angeedeuteten Art durch ein Gesetz im formellen Sinne verfügt worden, obschon derselben eine Anzahl vorgekommen seien; alle seien durch Dekret des Großen Rathes vollzogen worden, wofür beispielsweise auf das Dekret vom 19. März 1834 über die Eintheilung des Bezirkes Oberhasle und des Kirchspiels Meiringen, auf das Dekret vom 23. November 1840 über die Erhebung der zur Gemeinde Lüsselen gehörenden Ortschaft Hagened zu einer selbständigen Einwohnergemeinde u. s. w. verwiesen werde. Praktische Bedeutung habe die Frage, ob der Ausdruck „Gesetz“ in § 66 der Kantonsverfassung buchstäblich zu nehmen sei, übrigens erst durch das Gesetz vom 4. Juli 1869

erlangt, welches für die Gesetze die Volksabstimmung eingeführt habe. Gerade diese Wendung der Gesetzgebungspolitik spreche für die von der Regierung vertretene Auslegung des § 66; denn es müßte geradezu als ein Mißbrauch des Referendums erscheinen, wenn man Fragen von so beschränkter lokaler Bedeutung, wie die Verschmelzung einer oder mehrerer Gemeinden, der Volksabstimmung unterbreiten wollte. Einen Anhaltspunkt finde die fragliche Auslegung auch in dem vom Volke mit großer Mehrheit angenommenen Kirchengesetze vom 18. Januar 1874, welches in § 6 bestimme, daß dem Großen Rathe die Befugniß zustehe, durch besondere Dekrete nach Zeit und Umständen und nach jeweiliger Anhörung der Betheiligten, § 66 der Staatsverfassung, die angemessenen Aenderungen in der Gebietseinteilung der Kirchspiele, sei es durch Trennung oder Verschmelzung, sei es durch Errichtung von Filialen zu beschließen. Demnach werde auf Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Wiedereinsetzungsbegehren des Regierungsrathes des Kantons Bern ist zu verwerfen. Zwar ist auch in staatsrechtlichen Sachen die Wiedereinsetzung gegen Fristverläumdnisse als statthaft zu erachten. Allein es muß ein Wiedereinsetzungsgrund dargethan werden und dazu genügt nun die bloße Berufung auf ein „Versehen“ gewiß nicht. Auf die rechtlichen Ausführungen des Regierungsrathes des Kantons Bern kann übrigens nichts destoweniger Rücksicht genommen werden, da Rechtsfragen vom Gericht von Amteswegen zu prüfen sind.

2. Der erste von der Rekurrentin geltend gemachte Beschwerdeggrund nun ist gewiß nicht zutreffend. § 66 der bernischen Kantonsverfassung fordert für Aenderungen in der Gebietseinteilung der Gemeinden und Kirchspiele nicht die Zustimmung, sondern nur die vorherige Anhörung der Betheiligten. Gegenüber diesem klaren Wortlaute der Verfassung kann auf eine vereinzelte, im Schooße der vorberathenden Kommission des Verfassungsrathes gefallene Aeußerung eines Mitgliedes dieser Kommission überall kein Gewicht gelegt werden, um so weniger als es der Natur der Sache durchaus widersprechen

würde, den Erlaß eines Gesetzes von der Zustimmung der Betheiligten abhängig zu machen.

3. Anders verhält es sich dagegen mit dem zweiten Beschwerdepunkte. Es ist unbestritten und unzweifelhaft, daß das angefochtene Dekret des bernischen Großen Rathes nicht in dem durch die kantonale Verfassung (Art. 30) und Gesetzgebung vorgeschriebenen Wege der Gesetzgebung erlassen wurde. Nun schreibt aber § 66 R.-V. ausdrücklich vor, daß die gegenwärtige Eintheilung des Staatsgebietes in Kirchspiele und Gemeinden nur „durch das Gesetz“ (nach jeweiliger Anhörung der Betheiligten) abgeändert werden könne. Die Verfassung bestimmt also ganz unzweideutig, daß Aenderungen der bestehenden Gemeindecintheilung Sache der Gesetzgebung seien. Angesichts dieser ausdrücklichen Verfassungsbestimmung ist es gleichgültig, ob an sich eine Aenderung in der Gebietseintheilung der Gemeinden als Gesetz im materiellen Sinne des Wortes oder aber als bloßer Verwaltungsakt zu erachten wäre. Denn jedenfalls verlangt die Verfassung für eine solche Aenderung der Gebietseintheilung ein Gesetz im formellen Sinne des Wortes, d. h. einen im verfassungsmäßigen Wege der Gesetzgebung zu Stande gekommenen Erlaß. Daß nämlich die bernische Verfassung unter dem Ausdrucke Gesetz in Art. 66 etwas anderes verstehe als beispielsweise in Art. 27 Ziffer 1 und in Art. 30, dafür liegt gar kein Anhaltspunkt vor; es darf dies um so weniger angenommen werden, als die Verfassung (in Art. 27 Ziffer 1) zwischen „Gesetzen“ (für deren Zustandekommen Art. 30 der Verfassung gilt) und anderweitigen „allgemeinen bleibenden Verordnungen“ des Großen Rathes scharf unterscheidet. Die Ermägungen der Gesetzgebungspolitik, welche der Regierungsrath für die von ihm vertretene gegentheilige Auslegung anführt, und welche ja de lege ferenda vollständig zutreffend sein mögen, können neben dem aus dem Texte der Verfassung mit Nothwendigkeit sich ergebenden Sinne des Grundgesetzes nicht in Betracht kommen; ebensowenig die aus der Verfassungsperiode von 1831—1848 angeführten Präzedenzfälle. In Betreff dieser Präzedenzfälle mag übrigens bemerkt werden, daß damals, da die Verfassung am 31. Juli 1831 eine dem Art. 30 der gegenwärtigen Kantons-

verfassung entsprechende Bestimmung nicht enthielt (vergl. § 54 derselben, welcher nur für Erlaß von Gesetzbüchern die vorherige Bekanntmachung derselben verlangt) und noch weniger die Volksabstimmung für Gesetze kannte, sachlich wohl wenig darauf ankam, ob der Große Rath einem Erlasse den Titel „Gesetz“ oder „Dekret“ beilegte. Das Kirchengesetz vom 18. Januar 1874 endlich kann in casu nicht angerufen werden, da die durch § 6 dieses Gesetzes dem Großen Rathe ertheilte gesetzliche Ermächtigung, da sie sich nur auf die Kirchspielseintheilung bezieht, zweifellos den vorliegenden Fall nicht betrifft.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs ist begründet und es wird mithin das angefochtene Dekret des Großen Rathes des Kantons Bern vom 21. November 1887, soweit es die Gemeinde Otterbach betrifft als unverbindlich erklärt.

### 37. Urtheil vom 13. April 1888 in Sachen Kunz.

A. Am 21. Dezember 1887 hat der Große Rath des Kantons Aargau im Hinblick auf die Art. 31, 32 und 32 bis B.-V. und in Vollziehung von Art. 7, 8 und 9 des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 1886 eine Verordnung über den Kleinverkauf und den Ausschank von gebrannten Wassern erlassen, deren Art. 5 Al. 1 lautet: „Bewilligungen zum Kleinverkauf von „Sprit und von gebrannten Wassern bis auf 40 Liter über die „Gasse dürfen nur an Wirthe und Apotheker ertheilt werden.“ Da diese Bestimmung allen Droguerien und Spezereigeschäften den Debit von Sprit, den sie bisher besaßen, entzieht, so beschwerte sich Traugott Kunz, Droguist in Bremgarten, mit Eingabe vom 28. Dezember 1887 gegen dieselbe beim schweizerischen Bundesrath. Er behauptete, daß in Art. 5 Al. 1 der fraglichen Verordnung enthaltene Verbot könne aus dem Bundesgesetze vom