

## BGE 15 I 179

Bundesgericht (BGE), 1889-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_15\\_I\\_179](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_15_I_179)

FR: ATF 15 I 179

IT: DTF 15 I 179

### Volltext

30. Urtheil vom 1. März 1889 in Sachen Spieß und Moser. A. In der Abstimmung vom 15. Juli 1888 nahm das Volk des Kantons Zürich ein vom Kantonsrathe am 16. Januar gl. J. festgestelltes Gesetz betreffend das Wirthschaftsgewerbe und den Kleinhandel mit gebrannten Wassern an. Dieses Gesetz bezweckt unter Andern die Beseitigung der bisherigen Sonderstellung der auf „Konzession“ oder „Ehehaften“ beruhenden Tavernenrechte; es waren nämlich bisher die Inhaber von, sei es auf beschränkte Zeit (20 Jahre), sei es auf unbeschränkte Zeit begründeten (von so- genannten ehehaften) Tavernenrechten befugt gewesen, das Wirth- schaftsgewerbe in allen seinen Zweigen auszuüben, ohne dafür ein periodisches staatliches Patent lösen oder Gasthof- und Speise- wirthschafts- Gewerbegebühren bezahlen zu müssen, während sie dagegen der Getränkesteuer oder Wirthschaftsabgabe gleich den andern Wirthen unterworfen waren; insbesondere die zeitlich un- beschränkten sogenannten ehehaften Tavernenrechte waren als mit Liegenschaften verbundene Realrechte behandelt worden. Das in der Volksabstimmung vom 15. Juli 1888 angenommene Gesetz bestimmt nun ganz allgemein, daß zum gewerbemäßigen Beher- bergen von Gästen und zum Verabreichen von Getränken und Speisen zum Genuß an Ort und Stelle ein staatliches, jeweilen nur für ein Kalenderjahr ertheiltes und unter gewissen gesetzlichen Vor- aussetzungen zu versagendes, Patent erforderlich sei, welches nur ein persönliches und kein dingliches Recht verleihe; es unterwirft ferner alle Wirthschaften (welche zu diesem Zwecke in 20 Klassen eingetheilt werden) der „im Verhältnisse zu deren Begangenschaft“ festzusetzenden besondern Wirthschaftsabgabe. Immerhin enthält das Gesetz in § 47 die folgende Uebergangsbestimmung: „Dieses „Gesetz tritt sofort in Kraft, jedoch mit folgenden Vorbehalten:

„1. Taverneninhaber, welche sich im Besitze einer noch nicht ab- „gelaufenen Konzession befinden, sind bis zum Ablaufe der 20 Jahre „und Inhaber von Ehehaften vom Inkrafttreten dieses Gesetzes „an noch 20 Jahre lang in ihren Tavernenrechten geschützt und „bei Feststellung der jährlichen Wirthschaftsabgabe angemessen zu „entlasten.“ In seiner Sitzung vom 20. August 1888 erklärte der Kantonsrath des Kantons Zürich das Gesetz betreffend das Wirthschaftsgewerbe u. s. w. als vom Volke angenommen und es wurde daraufhin das Gesetz mit dem letzterwähnten Beschlusse des Kantonsrathes in der Gesetzesbeilage zu Nr. 69 des zürche- rischen Amtsblattes vom 28. August 1888 publizirt. Schon am 16. Juli 1888 hatte die zürcherische Finanzdirektion ein Kreis- schreiben an die Gemeindebehörden erlassen, in welchem diese be- und zwar in der Meinung, daß sie über das Maß dieser Ent- schädigung, wenn eine diesbezügliche Verständigung nicht statt- findet, den richterlichen Entscheid anrufen können. In der Rekurs- begründung führen sie zunächst aus, daß die Beschwerde rechtzeitig eingereicht sei. Denn die Rekursfrist beginne erst entweder am 2./23. Juli oder dann am 28./29. August 1888 zu laufen. Am 22. Juli nämlich habe die Gemeindebehörde von Feuerthalen zufolge des Auftrages der

zürcherischen Finanzdirektion die Einladung zur Anmeldung von Wirtschaftspatentgesuchen amtlich veröffentlicht und dabei ausdrücklich bemerkt, daß auch die Inhaber von Tavernengerechtigkeiten ein Patent nachzusuchen haben und am 28. August sei das Gesetz mit dem dessen Annahme durch das Volk amtlich feststellenden Kantonsrathsbeschlusse publizirt worden. Vor diesen Daten sei das Gesetz den Rekurrenten keinenfalls amtlich eröffnet worden. In der Sache selbst machen sie geltend: Sie seien Inhaber sogenannter ehehafter Tavernenrechte und als solche berechtigt, unter Entrichtung der jeweiligen Wirthschaftsabgaben und Beobachtung der polizeilichen Vorschriften, das Wirtschaftsgewerbe in vollem Umfange zu betreiben, ohne dafür ein periodisches Patent nachsuchen oder eine Gebühr für Gasthofauftrag wurden, die Patentbewerber durch amtliche Publikation zur Eingabe ihrer Anmeldungen binnen Frist und mit dem besondern Hinweise darauf aufzufordern, daß auch die Inhaber von Tavernenrechten ein Patentbegehren zu stellen haben. B. Friedrich Spieß, Wirth und Bäcker in Feuerthalen ist Inhaber der laut Tavernenbrief von Bürgermeister und Räten des Kantons Zürich d. d. 2. Februar 1811 gegen Zahlung von 400 Fr. durch seinen Vorbesitzer erworbenen Tavernengerechtigkeit „zum Ochsen“ in Feuerthalen. Adolf Moser besitzt die Tavernengerechtigkeit „zum Hirschen“ am gleichen Orte, welche durch Rathsbeschluß vom 28. Januar 1728 verliehen wurde in der Meinung, daß der Inhaber „deßwegen jährlich 5 % einem Hrn. Landvogt zu Kyburg abführen solle.“ Mit Schriftsatz vom 17. September 1888 stellen Friedrich Spieß und Adolf Moser beim Bundesgerichte im Wege des staatsrechtlichen Rekurses den Antrag: Das vom großen Rathe des Kantons Zürich am 16. Januar 1888 erlassene, vom Volke des Kantons Zürich am 15. Juli 1888 angenommene und am 20./28. August 1888 promulgirte Gesetz betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinhandel mit gebrannten Wassern ist den Rekurrenten gegenüber unwirksam, soweit es die denselben zustehenden Tavernenrechte verletzt. Eventuell d. h. für den Fall, als das bezeichnete Gesetz auch den Rekurrenten gegenüber in allen Theilen Anwendung finden sollte, ist das Recht derselben auf gerechte Entschädigung ausdrücklich gewahrt oder Speisepatent entrichten zu müssen. Dieses Recht qualifizire sich, wie an der Hand der zürcherischen Gesetzgebung einläßlich ausgeführt wird, als wohl erworbenes Privatrecht, welches unter dem Schutze des Art. 4 der zürcherischen Kantonsverfassung stehe, wonach ein Eingriff in Privatrechte nur im Wege der Zwangsenteignung und gegen Entschädigung statthaft sei. Eine Zwangsenteignung ihrer Rechte habe nicht stattgefunden und dieselben bestehen daher nach wie vor in vollem Umfange in Kraft. Das neue Wirtschaftsgesetz verletze nun aber diese Rechte, indem es sie, unter dem einzigen Vorbehalte der in § 47 desselben enthaltenen, zudem durchaus der administrativen Handhabung anheimgestellten, Vergünstigung zu periodischem Nachsuchen eines Patents und zu Entrichtung der vollen Wirthschaftsabgabe einschließlich des auf das Gasthof- und Speisewirtschaftspatent entfallenden Theiles derselben, verhalten wolle. Das Gesetz könne daher ihnen gegenüber, weil es ein ihnen verfassungsmäßig garantirtes Recht verletze, keine Anwendung finden. Eventuell, wenn man annehmen

wollte, das neue Wirtschaftsgesetz enthalte die vom öffentlichen Wohle geforderte Zwangsenteignung ihrer bisherigen Sonderrechte, so könne diese nur gegen gerechte Entschädigung und unter dem Vorbehalte des richterlichen Entscheides Platz greifen. C. Der Regierungsrath des Kantons Zürich trägt auf Abweisung des prinzipalen sowohl als des eventuellen Rechtsbegehrens der Rekurrenten an, indem er im Wesentlichen bemerkt: Das angefochtene Gesetz sei schon vor seiner Annahme in der Volksabstimmung, durch

die Veröffentlichung des Gesetzesentwurfes sammt beleuchtendem Berichte im Amtsblatte und durch Vertheilung der gedruckten Vorlage zur Referendumsabstimmung an sämtliche Stimmberechtigte publizirt worden. Diese Veröffentlichung der Gesetzesvorlage ersetze im Kanton Zürich, wie sowohl von der Administrativbehörde als durch einen Beschluß des Gesamtober- Rekurrenten gegenüber unzulässig erklärt werden, welche den Charakter der Tavernenrechte als solcher umwandeln, nicht aber die neuen, blos polizeilichen Vorschriften des Gesetzes, zu welchen unter andern diejenigen Bestimmungen gehören, welche die Tavernenwirthe bezüglich der jährlichen Anmeldung und Bezahlung von Anmeldegebühren, Verweigerung der Bewilligung zum Wirthen aus persönlichen Gründen u. s. w. den übrigen Wirthen gleichstellen. Die beiden Rekurrenten seien übrigens eventuell auch nicht gleichberechtigt. Die dem Rekurrenten Moser gehörende Ge- rechtigkeit für den „Hirschen“ sei nur gegen eine jährliche Ab- gerichtetes vom 7. Februar 1885 anerkannt werde, die anderwärts nöthige förmliche Promulgation der Gesetze mit der Wirkung, daß dieselben, sofern nicht ein späterer Termin des Inkrafttretens aus- drücklich angesetzt sei, mit dem Tage der Annahme durch das Volk in Kraft treten und auch als den Beteiligten eröffnet gelten. Der Rekurs sei daher, weil die 60tägige Rekursfrist am 15. Juli mit dem Momente der Vollendung der Volksabstimmung zu laufen begonnen habe, verspätet. In der Sache selbst sei ge- gegenüber dem prinzipalen Rechtsbegehren der Rekurrenten zu be- merken: Die Staatsverfassung schließe die Aufhebung von Pri- vatrechten auf dem Wege der Gesetzgebung nicht aus; sie erkläre vielmehr die zwangsweise Abtretung von Privatrechten schlechthin, ohne dafür eine bestimmte Form vorzuschreiben, als (gegen ge- rechte Entschädigung) erzwingbar. Die Gerechtigkeiten der Rekur- renten seien nun allerdings im Verkehr als Privatrechte an- erkannt worden, allein sie seien nicht durch privatrechtlichen Akt sondern durch freiwillige staatliche Verleihung begründet worden; wenn der Staat diese Rechte wieder zurücknehme, so liege darin weder ein Eingriff desselben in fremdes Rechtsgebiet noch eine Abtretung von Privatrechten. Nach allgemeinen und speziell nach zürcherischen Rechtsgrundsätzen sei überhaupt die gesetzgeberische Aufhebung derartiger Realrechte zulässig. Jedenfalls könnten nur diejenigen Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig und dem gabe von 5 T bewilligt worden; diese Abgabe sei seit mehr als 50 Jahren nicht mehr geleistet worden, und daher das Tavernen- recht als ein ehehaftes eigentlich schon längst erloschen; jedenfalls sei der Staat berechtigt, dasselbe, unter Verzicht auf die Leistung, wieder an sich zu ziehen. Auf das eventuelle Rechtsbegehren des Rekurrenten sei zu erwidern: Nach Art. 4 der Kantonsverfassung sei der Staat, da es sich, wie gezeigt, nicht um eine Abtretung wohlerworbener Privatrechte, sondern um einen staatsrechtlichen Akt ganz anderer Natur handle, zur Entschädigung nicht ver- pflichtet, eventuell sei die betreffende Pflicht im Gesetze selbst be- reits erfüllt. Wenn Art. 4 der Kantonsverfassung wirklich zu- treffe, so sei der von den Rekurrenten verlangte Rechtsweg bereits im Verfassungsartikel selbst geöffnet und im angegriffenen Gesetze nicht verschlossen und könnte überhaupt durch die Gesetzgebung nicht im Widerspruche mit der Verfassung verschlossen werden. Dem Rekurrenten Moser gebühre schon deßhalb keine Entschädi- gung, weil sein Recht längst untergegangen sei. D. In Replik und Duplik halten die Parteien an ihren Aus- führungen und Anträgen unter erweiterter Begründung fest. Aus der Duplik ist hervorzuheben, daß der Regierungsrath des Kan- tons Zürich bemerkt: Fraglich könne nur sein, ob und welche Entschädigung den Inhabern von Tavernenrechten entweder jetzt oder nach Ablauf der Fristen des § 47 des angefochtenen Ge- setzes gebühre. Das Gesetz normire diese Materie in einem be- stimmten Sinne, wie der Regierungsrath glaube, im Sinne der Billigkeit, und

der Regierungsrath bestreite, daß jetzt oder später etwas Weiteres mit Recht verlangt werden könne. Die Verfassung,

welche über dem Gesetze stehe, und durch letzteres nicht verletzt werden könne und nicht verletzt worden sei, sehe, sofern in dem Gesetze überhaupt eine Zwangsabtretung liege, die Anrufung des Richters über die Höhe der Entschädigung voraus. Der Rekurs an das Bundesgericht sei daher entweder unzulässig oder gegenstandslos, denn entweder handle es sich nicht um eine Abtretung von Privatrechten im Sinne des Art. 4 der Kantonsverfassung und dann cessire das Rekursrecht, weil es nur gegenüber Verfassungsverletzungen bestehe, oder aber es liege eine Zwangsabtretung vor und dann sei das Begehren der Rekurrenten auf Anbringung ihrer Ersatzansprüche beim Richter bereits in der Verfassung gewährleistet und durch den Gesetzesakt nicht verletzt. Diejenigen neuen Bestimmungen des Gesetzes, welche jetzt schon gegen die Rekurrenten in Kraft treten, seien rein polizeilicher Natur und können nie Grund zu Schadenersatzansprüchen geben. Die Substanz des Rechtes der Rekurrenten werde durch das Gesetz vor Ablauf der 20 Jahre nicht berührt; dasselbe anerkenne vielmehr für so lange das Bestehen des Beherbergungsrechtes auf Grund des ursprünglichen Titels. Eventuell werde also den Rekurrenten der Rechtstitel zum Rekurse oder zur Schadenersatzklage öffentliche Bekanntmachung der Abstimmungsvorlage vorangegangen ist, und das Abstimmungsergebniß thatsächlich mehr oder weniger rasch eine gewisse Publizität zu erlangen pflegt. Zu einer amtlichen Publikationshandlung ist vielmehr ihrem Begriffe nach erforderlich, daß nach geschehener Annahme eines Erlasses entweder der angenommene Erlaß oder doch das Ergebnis der Abstimmung über denselben von der zuständigen Amtsstelle in verbindlicher Form öffentlich kund gemacht werde. Danach kann denn keine Rede davon sein, daß die Frist zum Rekurse gegen das angefochtene Gesetz schon mit dem Tage der Volksabstimmung zu laufen begonnen habe; vielmehr begann diese Frist erst mit der amtlichen Veröffentlichung der Abstimmungsergebniß feststellenden und das Gesetz als angenommen erklärenden Schlußnahme des Kantonsrates. 2. In der Sache selbst ist, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in der analogen Sache Schindler und Gossens gegen Bern vom 13. März 1880 (Amtliche Sammlung VI S. 111 ff.) ausgeführt hat, festzuhalten, daß es ein Privatrecht auf den Fortbestand der geltenden objektiven Rechtsordnung zur Zeit bestritten. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Die Beschwerde ist nicht verspätet. Nach Art. 59 O.=G. läuft die Beschwerdefrist nicht schon vom Erlasse, sondern erst von der Eröffnung der angefochtenen Verfügung an. Bei Gesetzen oder sonstigen allgemein verbindlichen Erlassen, bei welchen eine individuelle Mittheilung an alle Beteiligten nicht stattfindet und der Natur der Sache nach nicht stattfinden kann, gilt, nach feststehender Praxis des Bundesgerichtes (s. z. B. Amtliche Sammlung Bd. VII S. 711 u. ff., Bd. IX S. 448) als Tag der Eröffnung der Tag der verbindlichen Publikation. Die Form der amtlichen Publikation richtet sich nun allerdings nach dem kantonalen Staatsrechte; allein, damit die Rekursfrist des Art. 59 O.=G. in Lauf gesetzt werde, ist immerhin eine amtliche Publikationshandlung gefordert; eine solche liegt aber in der Annahme eines Gesetzes durch Abstimmung des kompetenten Staatsorganes für sich allein nicht auch dann nicht, wenn der Abstimmung eine nicht geben kann, sondern daß aus der verfassungsmäßigen Eigenthumsgarantie, auch wenn man diese als Schranke der Gesetzgebung auffaßt, nur abzuleiten ist, daß der Gesetzgeber nicht berechtigt sei, Privatrechte ohne Gewährung voller Entschädigung aufzuheben, oder, wenn Prinzip oder Maß der Entschädigung bestritten sind, der Entscheidung der zuständigen Gerichte hierüber vorzugreifen und den angeblich in ihren Privatrechten

Gekränkten den Rechtsweg in der einen oder andern Beziehung zu verschließen. Daraus folgt ohne weiters, daß das erste, prinzipale, Rechtsbegehren der Rekurrenten abzuweisen ist, und es sich nur fragen kann, ob nicht der eventuelle Schluß der Rekursbeschwerde zuzusprechen sei. 3. Aus den Ausführungen des Regierungsrathes des Kantons Zürich ergibt sich nun, daß derselbe zwar bestreitet, dass das angefochtene Gesetz einen Eingriff in wohlerworbene Privatrechte der Rekurrenten enthalte, daß er aber grundsätzlich zugibt, daß, sofern dies der Fall sei, die Rekurrenten nach Art. 4 K.=V. im Rechtswege gerechte Entschädigung zu verlangen berechtigt seien.

Der Regierungsrath anerkennt somit, daß den Rekurrenten der Rechtsweg offen stehe, d. h. daß dieselben vor den zuständigen Civilgerichten auf volle Entschädigung wegen Eingriffs in wohlerworbene Privatrechte klagen können, ohne daß ihnen vor dem Richter entgegengehalten werden könnte, es sei bereits durch das Gesetz in für den Civilrichter verbindlicher Weise entschieden oder angeordnet, daß ihnen ein Entschädigungsanspruch überhaupt nicht oder doch nicht in weiterem Umfange, als das Gesetz selbst in Art. 47 anerkenne, zustehe. Es ist daher einfach das eventuelle Rechtsbegehren der Rekurrenten in diesem Sinne, d. h. in dem Sinne, daß den Rekurrenten der Rechtsweg über Prinzip und Maß der Entschädigung offen bleibt, gutzuheißen, ohne daß es für den vorliegenden Fall einer weitem Untersuchung der Bedeutung und Tragweite der verfassungsmäßigen Eigenthumsgarantie bedürfte, und ohne daß vom Bundesgerichte als Staatsgerichtshof zu prüfen wäre, ob den Rekurrenten, beziehungsweise dem einen oder andern derselben, ein durch das angefochtene Gesetz aufgehobenes wohlerworbenes Privatrecht zugestanden habe und eine sachbezügliche Entschädigungsforderung wirklich bestehe. Wenn nämlich der Regierungsrath des Kantons Zürich noch angedeutet hat, die Beschwerde der Rekurrenten sei jedenfalls verfrüht, so ist diese Einwendung unbegründet. Denn sofern den Rekurrenten ein Privatrecht der von ihnen behaupteten Art überhaupt zustand, so ist dasselbe durch das angefochtene Gesetz unmittelbar aufgehoben worden, da ja, wenigstens nach der von den zürcherischen Behörden Inhaber von Tavernen dem Gesetze gegebenen Auslegung, rechten sofort nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Lösung periodischer Wirthschaftspatente verpflichtet und dadurch des wesentlichsten Inhalts des von ihnen behaupteten Privatrechtes beraubt werden. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Den Rekurrenten wird das eventuelle Begehren ihrer Rekurschrift im Sinne der Erwägung 3 zugesprochen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.