

## Bundesrathsbeschuß

in

Sachen des Rekurses der Gemeinde Tomils, im Kanton Graubünden, betreffend Verfassungsverletzung.

(Vom 8. August 1866.)

Der schweizerische Bundesrath  
hat

in Sachen der Gemeinde Tomils, betreffend Verfassungsverletzung durch den Großen Rath des Kantons Graubünden;

nach angehörtem Berichte des Justiz- und Polizeidepartements und nach Einsicht der Akten, woraus sich ergeben:

1. Am 17. Oktober 1863 faßte die Gemeinde Tomils den Beschluß, es soll die Herbstgemeinazung mit Schafen auf den dortigen Privatgütern vom 18. Oktober an ausgeübt werden.

Gegen diesen Beschluß beschwerten sich Hr. Landammann Julius Prosper Caviezel und Konsorten bei dem Kleinen Rathe des Kantons Graubünden und verlangten dessen Aufhebung, weil die Schafazung unberechtigt auf die Privatgüter ausgedehnt werde.

Der Kleine Rath ordnete eine Untersuchung an, und erklärte am 22. April 1864 den Beschluß der Gemeinde Tomils vom 17. Oktober 1863, so weit damit eine Herbstgemeinazung mit Schafen auf dortigen Privatgütern im Allgemeinen angeordnet worden sei, als unstatthaft, dagegen wurde diese Azung auf den Privatgütern von Wischnos als berechtigt anerkannt.

Dieser Beschluß stützte sich wesentlich auf die Erwägung, daß durch mehrfache übereinstimmende vollgültige Zeugenaussagen der Nachweis

geleistet worden sei, daß bis in die allerneueste Zeit eine Herbstgemeindeazung mit Schafen auf Privatgütern von Tomils, mit Ausnahme derjenigen von Bischnos, weder faktisch ausgeübt worden sei, noch je eine diesfällige Servitut zu Gunsten der Gemeinde zu Recht bestanden habe.

2. Gegen diesen Beschluß rekurrierte nun die Gemeinde Tomils an den Großen Rath des Kantons Graubünden, indem sie die Behauptung aufstellte, daß der Kleine Rath seine Kompetenz überschritten habe. Hierüber faßte der Große Rath am 15. Juni 1864 folgenden Beschluß:

### Der Große Rath,

nach Einsicht der bezüglichen Akten und Gesetze und Anhörung der Parteien:

#### „I. Bezüglich der aufgeworfenen Kompetenzfrage:

„In Erwägung, daß laut Art. 27 der Verfassung die Verfügungen der Gemeinden in Sachen ihrer Verwaltung und niedern Polizei dem Eigenthumsrecht Dritter nicht zuwider sein dürfen;

„in Erwägung, daß nach Art. 19 der Verfassung dem Kleinen Rath die Vollziehung der letztern obliegt und nach Art. 5 dem Großen Rath die Oberaufsicht über Handhabung der Verfassung zusteht;

„in Erwägung, daß es somit in der Befugniß und Pflicht der beiden genannten administrativ-politischen Behörden liegen muß, zu beurtheilen, ob in einem gegebenen Fall jener Vorbehalt in Art. 27 verletzt worden sei oder nicht, und, wenn nöthig, zum Schutze des Eigenthumsrechts Dritter die geeignete Remedur anzurorden;

„in Erwägung, daß namentlich auch in Azungsanständen, zumal in den letzten Jahren, immer nach diesem Grundsatz verfahren wurde;

„in Erwägung endlich, daß überdies die Gemeinde Tomils selbst sich ohne Einrede vor dem Kleinen Rath in Sachen eingelassen und somit dessen Kompetenz anerkannt hat;

#### „II. Bezüglich der Hauptfrage:

„In Bestätigung der Erwägungsgründe zum rekurrierten kleinrätlichen Dekret vom 22. April 1864,

„beschlossen:

„1. Es wird die Kompetenz des Kleinen Rathes in erster und des Großen Rathes in zweiter Instanz in der vorliegenden Azungsangelegenheit ausgesprochen.

„2. Die Gemeinde Tomils wird mit ihrem unbegründeten Rekurse gegen den kleinrätlichen Beschluß vom 22. April d. J. auch in der Hauptsache abgewiesen.“

3. Mit Eingabe an den Bundesrath vom 31. Oktober 1865 rekurrierte Hr. Advokat Christ in Chur Namens der Gemeinde Tomils gegen den eben erwähnten Beschluß des Großen Rathes von Graubünden und verlangte dessen Aufhebung, indem die Frage, ob der Gemeinde Tomils das Recht des Schaftriebes auf den Tomilser Privatgütern zustehe, eine Frage des Privatrechtes, nicht eine solche des öffentlichen oder Verwaltungsrechtes sei. Nach Art. 20 der Kantonsverfassung von Graubünden seien der Kleine und Große Rath nur in Fragen der letztern Art die zuständigen Rekursbehörden, während nach Abschnitt V der Verfassung die Privatrechtsstreitigkeiten den Gerichten zugewiesen seien. Die oben erwähnte rechtliche Natur der Streitfrage sei an sich klar, aber im fernern auch bestätigt durch die §§ 258 bis 260 des privatrechtlichen Gesetzbuches für Graubünden vom Jahr 1862, worin die Nutzung als eine Servitut erklärt sei. Durch die erwähnten Beschlüsse des Kleinen und Großen Rathes sei also eine Frage des Privatrechtes entschieden und die Gemeinde Tomils ihrem verfassungsmäßigen Richter und Recht entzogen worden. Es liege somit eine Verletzung der Kantonsverfassung vor, welche nach Art. 5 und 53 der Bundesverfassung durch die Bundesbehörden aufgehoben werden müsse.

Wenn der Große Rath von Graubünden in der Erwägung 4 seines Beschlusses sage, daß in Nutzungsanständen in den letzten Jahren immer verfahren worden sei, wie im vorliegenden Falle, so habe die Rekurrentin insofern nichts dagegen einzuwenden, als hin und wieder die Gemeinden polizeiliche Verfügungen zum Schutze der anerkannt bestehenden Gemeindeazungen erlassen haben, welche, wenn sie außer ihrer Befugniß gewesen, aufgehoben worden seien. Daß aber von dem Kleinen Rath in der Frage, ob die Servitut der Nutzung dem einen Theile wirklich zustehe, resp. ob er sie gültig erworben habe, jemals einen Entscheid gegeben, also ein Urtheil über Mein und Dein gefällt worden sei, könne nicht nachgewiesen werden. Jedenfalls könnte eine solche Praxis, wenn sie früher bestanden hätte, gegenwärtig nicht mehr bestehen, da in dem neuen Gesetze über das Privatrecht des Kantons Graubünden vom Jahr 1862 Fragen der vorliegenden Art als privatrechtliche deklarirt seien. Von einer Anerkennung der Kompetenz des Kleinen Rathes von Seite der Gemeinde Tomils könne auch keine Rede sein; denn einerseits aber sie dem Kleinen Rathe bloß geantwortet auf eine Beschwerde von Privaten, andererseits hätte der Kleine Rath von Unten wegen seine Kompetenz prüfen sollen, die, ursprünglich schon im Widerspruche mit der Verfassung, jedenfalls durch das bloße Stillschweigen der Gemeinde nicht habe zu einer verfassungsmäßigen werden können.

4. Die Regierung des Kantons Graubünden übermachte mit Schreiben an den Bundesrath vom 31. Juli 1866 die Antwort der

Rekursbeflagten und bemerkte, daß sie ihrerseits auf die Abgabe einer Bernehmlassung verzichte.

5. Namens der Herren Julius Prosper Caviezel und Konforten in Tomils wurde vorliegende Beschwerde von Hrn. Advokat Gold in Chur mit Eingabe vom 20. Mai 1866 beantwortet wie folgt:

Die Schafazung auf Privatgütern sei in Tomils erst seit wenigen Jahren eingeführt worden. Diese Erweiterung der bestehenden Gemeinazung durch Großvieh sei verschiedenen Grundeigenthümern als unzulässig erschienen, zumal die Schafazung nach allgemeiner Erfahrung besonders schädlich sei. Der Kleine Rath von Graubünden habe in andern ähnlichen Fällen als Grundfaz aufgestellt, daß eine Ausdehnung der Gemeinazung, wodurch den Besitzern von Privatgütern Schaden erwachse, unzulässig sei. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, haben mehrere Grundeigenthümer von Tomils bei dem Kleinen Rathe sich beschwert und die Aufhebung der Schafazung überhaupt verlangt. Die Gemeinde Tomils sei darauf eingetreten, ohne die Kompetenz des Kleinen Rathes zu bestreiten; sie habe diese Kompetenz vielmehr anerkannt und materiell das ganze Verfahren durchgemacht, indem sie ein hundertjähriges Gemeinazungsinstitut behauptet, von den Güterbesitzern den Gegenbeweis verlangt und nicht bloß an die aufgerufenen Zeugen Gegenfragen gestellt, sondern auch eigene Zeugen produziert habe. Der Zeugenbeweis der Güterbesitzer sei völlig gelungen, so daß der Kleine Rath habe finden müssen, es geschehe hier ein Eingriff der Gemeinde in das Eigenthum Dritter. Erst im Großen Rathe sei die Kompetenz des Kleinen Rathes zu diesem Entscheide angegriffen, allein sie sei siegreich vertheidigt und vom Großen Rathe als verfassungsgemäß anerkannt worden. Erst nach 1½ Jahren sei man auf den Gedanken verfallen, diesen Beschluß bei den Bundesbehörden als verfassungswidrig anzufechten. Nun sei aber die Ausscheidung der administrativen und richterlichen Kompetenzen ausschließlich Sache der Kantone, und der Entscheid in streitigen Fällen stehe den betreffenden Kantonsbehörden zu. Wenn nun in dieser Richtung dem Kleinen Rathe des Kantons Graubünden durch die Kantonsverfassung weitgehende Befugnisse eingeräumt seien, so könne daraus für den Bundesrath keine Befugniß erwachsen, sich einzumischen. Die von der Rekurrentin angerufenen Artikel der Bundesverfassung geben den Bundesbehörden kein solches Recht. Vollends könne hier, wo die Rekurrentin sich eingelassen und die Kompetenz des Kleinen Rathes anerkannt habe, von einer Intervention der Bundesbehörden keine Rede sein.

Dem Kleinen Rathe des Kantons Graubünden stehe wirklich verfassungsgemäß das Recht zur Feststellung der Kompetenzen zu, so zwar, daß streitige Kompetenzfragen selbst in Zivilrechtsfällen seinem Entscheide unterstellt seien. (Art. 29, 24, R. V, Art. 18, ferner Art. 207 der kleinrätlichen Geschäftsordnung, Art. 225 und 226 der Zivilprozeß-

ordnung.) Ein Rekurs an den Großen Rath sei dann gemäß Art. 5 der Verfassung und Art. 46 der großrätlichen Geschäftsordnung möglich, aber eine Weiterziehung an die Bundesbehörden sei gänzlich unzulässig.

Was speziell den Fragefall betreffe, so sei die Befugniß der Gemeinden in Art. 27 der Verfassung den Eigenthumsrechten Dritter gegenüber beschränkt. Die Frage aber, in wie weit eine derartige Verfügung einer Gemeinde der Verfassung entspreche, oder sie verletze, sei nach Art. 20 der Kantonsverfassung wieder ausschließlich Sache des Kleinen Rathes. Hier müsse die Untersuchung allerdings auf ein streng genommen zivilrechtliches Gebiet sich begeben. Denn wenn ein Private durch einen Gemeindebeschluß sich in seinen wohl erworbenen Privatreechten beeinträchtigt sehe, die Gemeinde aber behaupte, zu ihrer Verordnung berechtigt zu sein, so liege es doch der kompetenten Rekursbehörde ob, die beidseitigen Rechtsmomente zu prüfen. Selbstverständlich werde der Kleine Rath bei irgend welchem Zweifel die sich beschwerenden Privaten auf den gerichtlichen Weg weisen; wenn er aber sich überzeugen müsse, daß durch administrativen Gemeindebeschluß ein Privatrecht beeinträchtigt werden wolle, so werde er nach Anweisung der Verfassung denselben aufheben. Mithin liege es in der vollen verfassungsmäßigen Kompetenz des Kleinen Rathes, Rechtsverhältnisse zwischen Privaten und Gemeinden zu prüfen, und es könne keine Rede davon sein, daß er durch einen diesfälligen Entscheid die Verfassung verletze.

Nun seien es aber gerade die Gemeinazungsverhältnisse, welche zwischen Gemeinden und Privaten am häufigsten zu derartigen Konflikten geführt haben. Hierbei habe der Kleine Rath vornehmlich zwei Gesichtspunkte geprüft: ob in der betreffenden Gemeinde die Azung eine privatrechtliche Existenz an sich trage, oder nur durch willkürliche, nicht einmal den Grundätzen der erwerbenden Verjährung entsprechende administrative Gemeindebeschlüsse abusive eingeführt werden wolle. In beiden Fällen habe der Kleine Rath gemäß Art. 27 der Kantonsverfassung, und zwar prinzipiell in einschränkendem Sinne entschieden. Dieses ausschließliche Entscheidungsrecht sei ihm auch durch die Verfassung eingeräumt und müsse ihm um so mehr verbleiben, als die Gemeinazung weder früher noch seit Einführung des bündnerischen Zivilkodex als reines Privatrecht angesehen worden sei. Jene Kompetenz des Kleinen Rathes von Graubünden müsse auch von Bundeswegen respektirt, und es müsse somit dieser Rekurs abgewiesen werden.

Es fällt in Betracht:

1) Die Bundesverfassung gibt den Kantonen keine Vorschriften über Gewaltentrennung und stellt es ihnen daher auch frei, die Ausübung der Rechtspflege ganz oder theilweise in die Hand der admini-

strativen oder gesetzgebenden Behörden zu legen. Der angerufene Art. 53 der Bundesverfassung hat daher keinen Bezug auf den vorliegenden Streitfall, sondern es muß letzterer auf Grundlage der Bestimmungen der graubündner'schen Kantonsverfassung entschieden werden.

2) Nach Art. 20 dieser Verfassung steht nun dem Kleinen Rathe in Streitigkeiten von Privaten mit Gemeinden in administrativen Angelegenheiten der Entscheid zu, während dagegen für die Entscheidung der eigentlichen Zivilstreitigkeiten nach Art. 30 u. ff. Gerichtsbehörden aufgestellt sind. Es fragt sich zunächst, ob die vorliegende Streitigkeit eine administrative oder eine zivile sei.

3) Das graubündner'sche Recht läßt keinen Zweifel darüber, daß es Fragen dieser Art gegenwärtig als zivilrechtliche betrachte, wobei die vor Erlaß des neuen Zivilgesetzbuches geltende Praxis dormalen nicht mehr in Betracht fallen kann. Es entspricht dies auch der Natur der Sache, da es sich ja darum handelt, ob Privateigenthum mit einer gewissen nicht einmal allgemeinen, sondern bloß partikularen Servitut belastet sei oder nicht.

4) Wenn somit Art. 20 der Kantonsverfassung dem Kleinen Rathe im Allgemeinen kein Recht gibt, derartige Streitfragen zu entscheiden, so fragt sich weiter, ob nicht in Art. 27 derselben ihm ausnahmsweise eine solche Berechtigung zugeschrieben worden sei.

5) Dieser Art. 27 gibt nun den Gemeinden das Recht der selbstständigen Gemeindeverwaltung, mit der Befugniß, dahin einschlagende Ordnungen festzusetzen, welche jedoch den Bundes- und Kantonalgesetzen und dem Eigenthumsrecht Dritter nicht zuwider sein dürfen.

6) Wenn aus letztem Wortlaute das Recht abgeleitet werden will, daß demzufolge die Gemeinden selbst, resp. in höherer Instanz der Kleine Rath oder der Große Rath, über die Frage, ob solches Eigenthumsrecht Dritter bestehe, zu urtheilen haben, so ist eine solche Auslegung der Verfassung durchaus unstatthaft. Es folgt aus dem bezeichneten Wortlaute vielmehr, daß das Eigenthumsrecht Dritter durch keine Gemeindeordnungen angetastet werden darf, daß somit, wenn aus Grund solchen Eigenthumsrechts eine Gemeindeordnung angefochten wird, dieser Zustand zuerst auf dem ordentlichen Rechtswege (in einem Fall von den Bundesbehörden, in einem zweiten von den kantonalen Administrativbehörden, im dritten Falle vor dem Richter) erledigt werden muß, und daß Kleiner und Großer Rath dafür zu sorgen haben, daß vor dem Entscheide der kompetenten Instanz in der Hauptsache die Einführung der neuen Ordnung nicht stattfinden dürfe.

7) Wenn unter solchen Umständen feststeht, daß der Kleine Rath des Kantons Graubünden unbefugterweise in die Kompetenzen der Gerichtsbehörden übergegriffen hat, so fragt sich schließlich lediglich

noch, ob dadurch, daß die Gemeinde Tomils sich vor dem Kleinen Rathe in Sachen eingelassen hat, ihr verfassungsmäßiges Recht verwirkt worden sei.

8) Auch diese Frage muß verneint werden; denn abgesehen davon, daß eine förmliche Anerkennung der Kompetenz des Kleinen Rathes niemals stattgefunden hat, kann grundsätzlich nicht zugegeben werden, daß durch Anerkennung einiger Einzelpersonen einer konstitutionellen Gewalt Befugnisse zufallen können, welche verfassungsmäßig einer andern Gewalt zugeschrieben sind.

9) Demgemäß hat der Bundesrath auf Grundlage von Art. 89, Ziffer 3 und Art. 5 der Bundesverfassung in vorliegendem Falle das verfassungsmäßige Recht der Gemeinde Tomils zu schützen;

beschlossen:

1. Es sei der Rekurs begründet und demnach die Schlußnahme des Kleinen Rathes vom 22. April 1864, so wie diejenige des Großen Rathes des Kantons Graubünden vom 15. Juni 1864 aufgehoben, in der Meinung, daß der Streit der Gemeinde Tomils mit den Rekursbeklagten im Wege des ordentlichen Zivilprozesses vor den Gerichtsbehörden erledigt werden soll.

2. Sei dieser Beschluß dem Kleinen Rathe des Kantons Graubünden für sich und zuhanden der Rekursbeklagten, so wie der Rekurrentin unter Rücksendung der Akten mitzutheilen.

Also beschlossen, Bern, den 8. August 1866.

Im Namen des schweiz. Bundesrathes,

Der Bundespräsident:

**J. M. Knüsel.**

Der Kanzler der Eidgenossenschaft:

Schieß.

## **Bundesrathsbeschluß in Sachen des Rekurses der Gemeinde Tomils, im Kanton Graubünden, betreffend Verfassungsverletzung. (Vom 8. August 1866.)**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1866
Année	
Anno	
Band	3
Volume	
Volume	
Heft	50
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	---
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	17.11.1866
Date	
Data	
Seite	146-152
Page	
Pagina	
Ref. No	10 005 284

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.