

S. 292 / Nr. 49 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 58 I 292

49. Auszug aus dem Urteil vom 6. Mai 1932 i. S. Elektra Deitingen gegen Regierungsrat Solothurn.

Regeste:

Verfügungen über die Benützung öffentlicher Strassen (Art. 31 litt. e BV). Recht der Gemeinde auch eine Benützung, die sie selbst zu Gunsten eines von ihr aus Gründen des allgemeinen Wohls, nicht bloss zu fiskalischen Zwecken betriebenen gemein wirtschaftlichen Unternehmens hl Anspruch nimmt, für gleiche Einrichtungen eines privaten Gewerbebetriebes zu versagen, wenn durch Zulassung eines solchen Wettbewerbes Bestand und Zweck der Gemeindeanstalt gefährdet würden. Bezieht sich die vom Privaten beanspruchte Benützung auf Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie in der Gemeinde, so hat über die Frage, ob die Verweigerung sich durch hinlängliche öffentliche Interessen solcher Art rechtfertigt, als Anstand nach Art. 31 IV EIG der Bundesrat zu entscheiden. Eine

Seite: 293

Anfechtung der Benützungsverweigerung oder des Benützungsentzuges aus Art. 31 BV wegen Fehlens jenes Erfordernisses ist ausgeschlossen.

In der solothurnischen Gemeinde Deitingen erfolgte bisher die Verteilung und Abgabe elektrischer Energie an die Verbraucher durch eine im Jahre 1911 gegründete private Genossenschaft, die Elektra Deitingen (im Folgen den Elektra genannt), die den Strom von einem fremden Werke (anfänglich vom Elektrizitätswerk Wangen A.-G. seither von der Gesellschaft des Aare- und Emmenkanals in Solothurn) bezog. Die Abgabe geschah, wie schon in den ursprünglichen Statuten vorgesehen, nicht bloss an Genossenschafter, sondern auch an Nichtmitglieder, die sogenannten Abonnenten. Die Stangen und Träger des dazu nötigen, der Genossenschaft gehörenden Sekundärnetzes befinden sich teils auf den die Gemeinde durchziehenden Kantonsstrassen, teils auf dem privaten Grundeigentum der Strombezüger; dagegen kreuzt, wie heute feststeht, das Netz mit den Leitungsdrähten vielfach auch den Luftraum über öffentlichem Gemeindeeigentum (Gemeindestrassen und -wegen). Eine förmliche Bewilligung der Gemeinde zu dieser Benützung ist nicht eingeholt worden; die Elektra hat sie einfach tatsächlich in Anspruch genommen, ohne daran von der Gemeinde gehindert zu werden. Ein nach Deckung der Ausgaben und Vornahme der notwendigen Abschreibungen verbleibender Geschäftsgewinn sollte nach den alten Statuten zunächst zur Ansammlung eines Reservefonds und sodann zur Herabsetzung des Tarifs für die Stromabgabe verwendet werden. Eine andere Gewinnbeteiligung der Genossenschafter war nicht vorgesehen. Im Jahre 1927 fing dann aber die Genossenschaft an, aus den Rückvergütungen, die sie selbst von ihrer Stromlieferantin (Aare- und Emmenkanalgesellschaft) auf deren Einnahmen aus der Stromlieferung erhielt, ihrerseits entsprechende Teilbeträge an die Genossenschafter nach Massgabe des Strombezuges der einzelnen, unter Ausschluss der einfachen Abonnenten,

Seite: 294

auszurichten. Es ergaben sich daraus Streitigkeiten mit der Gemeinde. Im Laufe derselben nahm die Elektra eine Statutenrevision vor. Während nach den alten Statuten alle in der Gemeinde Deitingen wohnhaften Personen, auch die Gemeinde selbst, Korporationen und Gesellschaften sollten Mitglieder werden können, wurde nunmehr die Neuaufnahme auf Personen beschränkt, die erst nach 1911 Häuserbesitzer geworden sind. bisher nicht gegen die Genossenschaft gearbeitet haben und ferner einen Anteilschein von 500 Fr. zeichnen und einzahlen. Die bisherigen Mitglieder erhielten einen solchen Anteilschein unentgeltlich ausgehändigt und es wurde überdies jedem von ihnen aus den angesammelten Reserven ein Betrag von 500 Fr. bar ausbezahlt. Auch wurde eine Verzinsung der Anteilscheine zu einem jährlich von der Generalversammlung zu bestimmenden Satze vorgesehen. Verhandlungen der Gemeinde mit der Elektra über eine gütliche Neuordnung der gegenseitigen Beziehungen hatten keinen Erfolg. Am 22. Februar 1931 beschloss deshalb die Einwohnergemeindeversammlung Deitingen: «ab 1. Juli 1932 für die Gemeinde das Monopol der Verteilung von Elektrizität im Gemeindegebiet in Anspruch zu nehmen» und gab hievon der Elektra am 25. Februar Kenntnis. Einen Rekurs der Elektra gegen diesen Beschluss wies der Regierungsrat des Kantons Solothurn durch Entscheid vom 23. Juni 1931 ab. Er stützte sich dabei im Wesentlichen auf einen von ihm schon früher auf Veranlassung der Gemeinde Deitingen gefassten Beschluss, worin er die Auffassung vertreten hatte: der Gemeinde stehe es, wenn sie die Elektrizitätsversorgung für ihr Gebiet selbst übernehmen wolle, frei, der Elektra die - bisher stillschweigend erteilte - Bewilligung zur Benützung des öffentlichen Gemeindeeigentums zu entziehen und ihr so die

Energieverteilung zu verunmöglichen oder doch zu erschweren. Die Gemeinde könne aber auch weitergehen und das Monopol der Verteilung und Abgabe von Elektrizität auf ihrem Gebiet überhaupt in Anspruch nehmen.

Seite: 295

Die Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) stehe einer solchen Monopolisierung nicht entgegen und auch vom Standpunkte des kantonalen Rechts aus erscheine sie als zu lässig.

Sowohl gegen diesen früheren Regierungsratsbeschluss als gegen den Entscheid vom 23. Juni 1931 und den Gemeindebeschluss vom 22. Februar 1931 ergriff die Elektra Deitingen die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht. Sie machte damit u. a. geltend: ein rechtliches Monopol der Elektrizitätsverteilung, wie es die Gemeinde hier in Anspruch nehme, sei mit Art. 31 BV nicht vereinbar. Es müsse aber abgesehen hievon auch schon durch die Bundesgesetzgebung, nämlich das EIG von 1902 als ausgeschlossen angesehen werden, da letzteres sonst nicht den privaten Inhabern von Starkstromanlagen und Bezügem elektrischer Energie für die Erstellung von Fortleitungs- und Verteilungseinrichtungen das Expropriationsrecht und zwar selbst gegenüber dem öffentlichen Eigentum von Kantonen und Gemeinden hätte einräumen können, unter dem einzigen Vorbehalt von Art. 46 III ebenda. Durch die Zulassung rechtlicher Verteilungsmonopole der Gemeinden würden diese den Privatunternehmungen gewährleisteten Rechte illusorisch gemacht. Auf Art. 40 III EIG aber könne sich die Gemeinde Deitingen nicht berufen, weil auf die hier vorbehaltene Befugnis auch verzichtet werden könne. Ein solcher Verzicht müsse angenommen werden, wenn eine Gemeinde, wie im vorliegenden Falle, die Erstellung privater Leitungsanlagen auf ihrem Boden ohne Widerspruch zugelassen und geduldet habe. Habe sie dies getan, so könne sie darauf nicht mehr zurückkommen und erwerbe der private Werkinhaber damit nach dem EIG ein festes unentziehbares Recht auf die fragliche Benützung, da es unmöglich der Wille des Bundesgesetzgebers gewesen sein könne, den Bestand auf Grund einer solchen Gestattung errichteter Anlagen durch einseitigen Widerruf der Gemeinde wieder in Frage stellen zu lassen. Der Zustimmung der Gemeinde

Seite: 296

bedürfe es nach Art. 46 III EIG nur für die Erstellung der Anlagen auf ihrem Boden, nachher nicht mehr. Auch soweit Rechtsmonopole vor Art. 31 BV zulässig sein sollten, dürften sie jedenfalls nach dieser Verfassungsvorschrift nur aus zwingenden Gründen des öffentlichen Wohles, nicht zu anderen Zwecken eingeführt werden. An solchen Gründen fehle es hier. Der Strom werde an alle Bezüger - Mitglieder und einfache Abonnenten- zu den gleichen Bedingungen, nämlich nach dem einheitlichen Tarife der Aare- und Emmenkanalgesellschaft (AEK) abgegeben. Da dieser Tarif für das ganze Versorgungsgebiet der AEK der gleiche sei, würde die Gemeinde durch die Kommunalisierung keine billigeren Preise erhalten als die Elektra. Es sei auch nicht richtig, dass die letztere sonst ihre Stellung in einer den öffentlichen Interessen widersprechenden Weise ausgebeutet hätte. Die Nichtaufnahme der Gemeinde als Mitglied der Genossenschaft im Jahre 1912 habe ihren Grund in dem statutenwidrigen Verlangen auf Einräumung eines mehrfachen Stimmrechts derselben gehabt. Und ebenso habe sie das Fehlen der elektrischen Dorfbeleuchtung durch Ablehnung der darauf bezüglichen wiederholten entgegenkommenden Vorschläge der Elektra selbst verschuldet. Wenn die Mitglieder unter Ausschluss der Abonnenten während drei Jahren aus der Entschädigung der AEK an die Elektra gewisse Rückvergütungen bezogen hätten und wenn ihnen ferner als Grund der neuen Statuten ein Anteilschein von 500 Fr. ausgehändigt und aus den angesammelten Reserven je ein gleich hoher Betrag ausgezahlt worden sei, so sei auch darin etwas vom Standpunkte der Gemeininteressen zu Beanstandende nicht zu erblicken. Nachdem die bisherigen Genossenschafter während Jahren das ganze Risiko des Unternehmens allein getragen und das für die Erstellung der Anlagen erforderliche Kapital unter persönlicher Haftbarkeit (durch Darlehensaufnahme mit ihrer Bürgschaft) aufgebracht hätten, hätten sie auch einen begründeten ausschliesslichen Anspruch auf das

Seite: 297

Genossenschaftsvermögen in seinem gegenwärtigen Bestande und auf angemessene Zuweisungen aus dem Rein ertrage gehabt, ohne dass die übrigen Strombezüger (Abonnenten) sich deshalb über ungleiche Behandlung beklagen könnten; darum sei auch die bei der Statutenrevision eingeführte Pflicht neueintretender Mitglieder sich durch Einzahlung eines Anteilscheines in die Genossenschaft einzukaufen, etwas durchaus Selbstverständliches und Gerechtfertigtes. In den Vergleichsverhandlungen vor dem kantonalen Baudepartement habe sich die Elektra zudem grundsätzlich bereit erklärt, auch die Rückvergütungen auf Licht- und Kraftstrom nach Erfüllung gewisser Voraussetzungen, bezw. von einem gewissen Zeitpunkt an, allen Strombezügem zukommen zu lassen. Aus alledem ergebe sich zugleich, dass auch «berechtigte Interessen» der Gemeinde im Sinne von Art. 46 III EIG, um der Elektra die Mitbenützung des öffentlichen

Gemeindeeigentums für ihre Anlagen zu versagen, nicht vorliegen würden, abgesehen davon, dass ein solches Verbot heute, nachträglich überhaupt nicht mehr zulässig wäre.

Neben der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht wurde gegen den Regierungsratsentscheid vom 23. Juni 1931 auch der Bundesrat als Beschwerdeinstanz nach Art. 46 EIG angerufen, mit dem Begehren: es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, wenn und soweit in dem Gemeindebeschlusse vom 22. Februar 1931 eine Massnahme im Sinne dieser Gesetzesvorschrift zu erblicken sein sollte.

Das Bundesgericht hat die bei ihm erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit sie sich auf Art. 31 BV berief, gestützt auf folgende

Gründe:

In der Sache selbst kann offen gelassen werden, ob Art. 31 BV die Einführung eines rechtlichen Monopols der Gemeinde für die Elektrizitätsabgabe im Gemeindegebiet zulassen würde. Soweit ein solches

abgesehen hiervon scholl als gegen das EIG verstossend angefochten wird, fällt der Entscheid, weil es sich dabei um ein Verwaltungsgesetz des Bundes handelt, nach Art. 189 II OG in die Zuständigkeit des Bundesrates; er hat daher auch die darauf gestützte Rüge der Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes zu beurteilen (BGE 46 I 470 f. mit Zitaten).

Auch die Beschwerdeführerin bestreitet im übrigen die Befugnis von Staat und Gemeinden zur Errichtung gemeinwirtschaftlicher Unternehmungen (Anstalten) nicht, womit die Vermittlung gewisser Leistungen, die an sich auch den Gegenstand eines privaten Gewerbes bilden könnte (wie z. B. die Lieferung von Wasser, Gas, Elektrizität), als öffentliche Aufgabe übernommen wird. Sie gibt zu, dass ein solches Vorgehen jedenfalls dann vom Standpunkt des Art. 31 BV nicht angefochten werden kann, wenn es sich auf Gründe des allgemeinen Wohles stützt, mag schon dadurch vielleicht die private Tätigkeit auf diesem Gebiete tatsächlich verdrängt werden. Es herrscht ferner darüber Einigkeit und wird wiederum grundsätzlich nicht angefochten, dass aus der Garantie der Gewerbefreiheit das Recht auf eine Benützung öffentlicher Sachen zum Gewerbebetrieb, die über den bestimmungsgemässen Gemeingebrauch dieser Sachen hinausgeht, wie insbesondere fester Stellen der öffentlichen Strassen und Plätze für die Anbringung von Betriebsvorrichtungen, nicht hergeleitet werden kann. Als eine solche Benützung erscheint aber nach Art. 667 ZGB und allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht nur die Inanspruchnahme des Strassenkörpers durch das Einlegen von Röhren, Aufstellen von Stangen und dergleichen, sondern auch des Luftraumes über der öffentlichen Sache für die Überspannung mit Leitungsdrähten u.s.w., wie dies denn auch die Rekurrentin in ihren Rechtsschriften an das Bundesgericht - im Gegensatz zu dem von ihr eingelegten Berichte der Direktion der AEK vom 15. November 1931 - ohne weiteres anerkannt hat. Freilich wird die Gemeinde, wie überhaupt in

Seite: 299

ihrer Verwaltungstätigkeit, auch auf diesem Gebiete nicht willkürlich handeln und, was sie dem einen gewährt, einem andern ohne sachlichen Grund nicht versagen dürfen. Sonst würde sie nicht bloss Art. 4 BV sondern, falls die Verfügung den Betroffenen in der Ausübung seines Gewerbes beeinträchtigt, auch den in Art. 31 BV eingeschlossenen Grundsatz gleicher Behandlung aller Gewerbetreibenden verletzen. Wenn es der Gemeinde ferner nicht zustehen mag, die Benützung, welche sie selbst für einen gleichartigen Zweck in Anspruch nimmt, dem Privaten lediglich zur Erreichung fiskalischer Ziele zu verweigern, so kann ihr aber doch jedenfalls die Möglichkeit für ihr eigenes Unternehmen eine solche Vorzugsstellung geltend zu machen da nicht abgesprochen werden, wo sie damit allgemeine öffentliche Interessen der Gesamteinwohnerschaft (nicht bloss fiskalische Zwecke) verfolgt. Dazu gehören aber auch diejenigen einer aus Gründen des allgemeinen Wohls errichteten Gemeindeanstalt, der Schutz derselben vor einem Wettbewerb, durch den ihr Bestand und rationeller Betrieb und so zugleich der mit ihr verfolgte öffentliche Zweck gefährdet würde. Selbst wenn ein rechtliches Verbot einer derartigen konkurrierenden privaten Tätigkeit überhaupt, als solcher nicht statthaft sein sollte, so kann doch die Gemeinde nicht gehalten sein, dafür öffentliche Sachen und Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Rechtsprechung der Bundesbehörden hat denn auch - schon vor Erlass des EIG - die Verfassungsmässigkeit von Verfügungen stets anerkannt, wodurch einem Gewerbe treibenden die nachgesuchte Sonderbenützung öffentlichen Gemeindeeigentums aus solchen Rücksichten verweigert wurde, auch wenn, weil eine Ausübung des betreffenden Gewerbebezweiges praktisch anders nicht möglich ist, es so zu einem tatsächlichen Monopol der Gemeinde auf dem betreffenden Gebiete kommen sollte (vgl. aus der Praxis des Bundesrates den Entscheid von 1900 i. S. Buetti, SALIS II Nr. 761; BGE 40 I 188 ff. insbesondere 194/195 und das nicht veröffentlichte Urteil des Bundesgerichtes

Seite: 300

vom 13. Juni 1913 i. S. Wasescha gegen Davos). Lässt sich ein derartiges Recht des

Gewerbetreibenden auf Benützung des öffentlichen Eigentums für seinen Gewerbebetrieb auf Art. 31 BV nicht gründen, so kann dieser aber auch nicht dadurch verletzt sein, dass eine früher erteilte Benützungsbewilligung zurückgenommen, widerrufen wird, sondern es sich höchstens fragen, ob dadurch andere Grundsätze missachtet werden.

Für den heute streitigen besondern Zweck der Elektrizitätsverteilung (-abgabe) kann die bundesrechtliche Zulässigkeit einer solchen auf die Verfügung über die öffentlichen Sachen sich stützenden Vorzugsstellung der Gemeinden schon wegen Art. 46 III EIG nicht mehr zweifelhaft sein. Es ist nicht streitig und denn auch vom Bundesrat in seiner Rechtsprechung stets festgehalten worden, dass unter den «berechtigten Interessen», zu deren Schutz danach die Mitbenützung öffentlichen Gemeindeeigentums für Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie im Gemeindegebiet verweigert werden kann, in erster Linie die Verhinderung des Wettbewerbes gegenüber einer eigenen öffentlichen Elektrizitätsversorgung der Gemeinde zu verstehen ist. (Vgl. den Bundesratsbeschluss vom 2. Februar 1904 i. S. Bodmer Heidenreich & Cie., BBl. 1904 I 205.)

Nachdem die Elektra zunächst hartnäckig bestritten hatte, mit ihren Anlagen das öffentliche Eigentum der Gemeinde Deitingen zu benützen, hat sie schliesslich aber in ihrer letzten Rechtschrift vom 30. November 1931 doch zugeben müssen, dass eine solche Benützung tatsächlich in ausgedehntem Masse, durch Kreuzung der Gemeindewege mit Leitungsdrähten an zahlreichen Stellen, stattfindet. Ferner dass eine Verlegung dieser durch die Hausanschlüsse notwendig gemachten zahlreichen Kreuzungen, wodurch das Gemeindeeigentum frei gemacht würde, praktisch - entgegen dem anfänglichen eventuellen dahingehenden Angebote - nicht möglich ist.

Um die Elektra an der ferneren Stromverteilung in der

Seite: 301

Gemeinde zu verhindern, bedarf es demnach nicht einer Anordnung, wodurch die Ausübung dieses Gewerbebezuges als solche den Privaten untersagt und der Gemeinde vorbehalten würde. Es genügt, dass der Rekurrentin die Benützung des öffentlichen Eigentums der Gemeinde für jenen Zweck entzogen wird und entzogen werden kann, ohne welche sie den in Frage stehenden Geschäftsbetrieb nach den tatsächlichen Verhältnissen nicht durchführen und fortsetzen kann. Kommt die Gemeinde, um das Ziel zu erreichen, das sie mit ihrem Beschlusse vom 22. Februar 1931 verfolgt, nämlich sich die alleinige Stromabgabe im Gemeindegebiet zu wahren, gegenüber der Rekurrentin schon mit diesem Mittel aus, so ist aber die Frage, ob sie dazu auch auf dem anderen Wege der Einführung eines rechtlichen Gewerbemonopols befugt wäre, nicht mehr aktuell und braucht nicht gelöst zu werden.

Die Elektra wendet freilich ein, dass wirkliche hin längliche öffentliche Interessen, welche eine Änderung des bisherigen Zustandes in der Elektrizitätsversorgung erheischen, wie sie auch für eine solche Benützungsverweigerung erforderlich wären, nicht bestünden und dass sie nur vorgeschützt würden, um dahinterstehende andere Beweggründe zu verdecken. Da es sich um eine Benützung für den im EIG vorgesehenen Sonderzweck der Abgabe elektrischer Energie handelt, wird über diese Einwendung als Anstand im Sinne von Art. 46 IV ebenda vom Bundesrat zu befinden sein (sowohl grundsätzlich als nach der Richtung, ob die von der Gemeinde geltend gemachten Gründe nach der erwähnten Gesetzesvorschrift auch gegenüber einer bisher tatsächlich geduldeten Benützung durchzudringen vermögen). Kommt er dazu, den Benützungsentzug insoweit zu schützen, so ist damit auch über die bundesrechtliche Zulässigkeit der Massnahme verbindlich entschieden und kann eine Anfechtung der selben aus Art. 31 BV wegen Fehlens des Erfordernisses des allgemeinen Wohle für dieselbe nicht mehr in Betracht kommen. Die weitläufigen Ausführungen der Beschwerde,

Seite: 302

welche sich, auf diesen Punkt beziehen, scheiden demnach, weil in jenem Verfahren zu erledigen, aus der Erörterung aus.

Es kann auch nicht etwa eingewendet werden, die Frage der Zulässigkeit eines weitergehenden, rechtlichen Monopols der Gemeinde für die Elektrizitätsabgabe überhaupt - gleichgültig, ob damit eine Benützung öffentlichen Eigentums verbunden ist oder nicht - behalte deshalb ihre Bedeutung, weil dadurch jene Nachprüfung des Bundesrates ausgeschaltet würde. Die Art. 43 ff. EIG sind erlassen zur Förderung des öffentlichen Interesses an der Entwicklung der Elektrizitätswirtschaft. Sie wollen dieses Ziel erreichen durch eine ausgedehnte «Freizügigkeit», dieses Wirtschaftsgutes. Wenn das EIG infolgedessen die Gemeinden verpflichtet, sogar die Benützung ihres öffentlichen Eigentums für Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie innert der Gemeinde zu gestatten, sofern sie dagegen nicht ihrerseits berechnete öffentliche Interessen der Gemeinde geltend machen können, so ist es aber ausgeschlossen, dass eine Gemeinde jenen Zweck des Gesetzes durch ein Verbot privater Ausübung des betreffenden Gewerbebezuges, nämlich des Energieabsatzes überhaupt vereiteln könnte, ohne dass dafür Interessen im Sinne von Art. 46 III vorliegen