

S. 279 / Nr. 45 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 77 I 279

45. Auszug aus dem Urteil vom 19. Dezember 1951 i. S. Genossenschaft Migros gegen Regierungsrat des Kantons Zug.

Regeste:

Handels- und Gewerbefreiheit, kantonale Strassenhoheit.

Art. 31 BV gibt dem Privaten keinen Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch der öffentlichen Strasse, wie der Warenverkauf ab Wagen ihn darstellt.

Seite: 280

Willkürliche Verweigerung einer bezüglichen Bewilligung für den Verkauf?

Liberté du commerce et de l'industrie, souveraineté cantonale sur les routes.

L'art. 31 Cst. ne confère point au simple particulier de droit à l'utilisation de la voie publique au-delà de l'usage normal il ne confère pas notamment le droit de se servir de véhicules pour la vente de marchandises sur la voie publique.

Refus arbitraire d'une autorisation pour ce mode de vente?

Libertà d'industria e di commercio, sovranità cantonale sulle strade.

L'art. 31 CF non conferisce al semplice privato il diritto di utilizzare la strada pubblica oltre l'uso comune, come, ad esempio, il diritto di servirsi di veicoli per la vendita (li merci sulla strada pubblica.

Rifiuto arbitrario d'un'autorizzazione per questo modo di vendita?

A. - Im Juni 1951 ersuchte die Beschwerdeführerin die Finanzdirektion des Kantons Zug, ihr den Betrieb eines Verkaufswagens im Gebiete des Kantons Zug zu gestatten und ihr hiefür das Patent zu erteilen. Sie führte im Gesuch aus, sie beabsichtige, mit ihrem Verkaufswagen jeweils an drei Wochentagen (Dienstag, Donnerstag und Samstag) nach einem bestimmten Fahrplan zu verkehren und in den einzelnen Gemeinden während 10-30 Minuten an genau bezeichneten Stellen zum Verkauf ab Wagen anzuhalten. Dem Gesuch war ein Gutachten des betriebswissenschaftlichen Institutes der ETH beigelegt, in welchem ausgeführt ist, dass in den gemäss Fahrplan zu bedienenden Gebieten und Ortschaften ein Bedürfnis für den Verkauf von Migros-Waren ab fahrenden Läden vorhanden sei: eine Überprüfung der im Fahrplan, enthaltenen Standorte habe zudem ergeben, dass durch die Parkierung der Verkaufswagen und die sich dabei abwickelnden Warenverkäufe keine zusätzliche Verkehrsstörung zu befürchten sei. Der Regierungsrat wies das Gesuch mit Entscheid vom 17. /20. August 1951 ab, im wesentlichen mit der Begründung: Ausser der Bewilligung der Finanzdirektion im Sinne der Vorschrift en des zugerischen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb bedürfe die Beschwerdeführerin einer besondern Polizeierlaubnis des Regierungsrates als des Inhabers der kantonalen Strassenhoheit

Seite: 281

für die den gewöhnlichen Gemeingebrauch übersteigende Benützung der öffentlichen Strassen und Plätze. Eine derartige Bewilligung könne, solange für die Zulassung des gesteigerten Gemeingebrauchs kein dringendes öffentliches Interesse bestehe, wie es hier der Fall sei, nicht erteilt werden. Namentlich infolge der Vermehrung der Motorfahrzeuge und der Steigerung ihrer Geschwindigkeit sei die Fahrbahn der öffentlichen Strassen stärker in Anspruch genommen und gegen Hemmnisse aller Art immer empfindlicher geworden. Diese Entwicklung sei noch nicht abgeschlossen. Im Kanton Zug seien die Verhältnisse besonders schwierig, da die Kantonsstrassen verhältnismässig schmal seien und den stets zunehmenden Verkehr oft nur noch mit Schwierigkeiten zu bewältigen vermöchten. Es müsse dafür Sorge getragen werden, dass der Verkehr nicht durch neue Formen des gesteigerten Gemeingebrauchs erschwert werde. Der Verkauf ab Wagen würde eine solche Erschwerung mit sich bringen. Sie entstünde jedenfalls insoweit, als Führer vorbeifahrender Fahrzeuge besondere Vorsicht walten lassen und die Geschwindigkeit ihrer Fahrzeuge vermindern müssten. Ein dringendes Bedürfnis, die Verkaufswagen zuzulassen, bestehe deshalb nicht, weil die vorhandenen Verkaufsläden den berechtigten Wünschen der Bevölkerung vollauf zu entsprechen vermöchten. Die Abweisung ergebe sich auch aus Gründen der Konsequenz, weil sonst mit andern Gesuchen ähnlicher Art gerechnet werden müsste.

B. - Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragt die Migros, den Entscheid des Regierungsrates aufzuheben und diesen anzuweisen, dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung des Betriebes ihrer fahrenden Verkaufswagen zu entsprechen. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt: Die Beschwerdeführerin betreibe seit über 25 Jahren in verschiedenen Kantonen der Schweiz den Lebensmittelhandel durch fahrende Verkaufswagen, so in den Kantonen Zürich und

Basel, St. Gallen, Schaffhausen und Tessin. Das Urteil des Bundesgerichtes vom

Seite: 282

2. Oktober 1947 (BGE 73 I 209), das sich auf Beschwerde der Migros gegen eine abschlägige Entscheidung des luzernischen Regierungsrates mit der Sache bereits einmal zu befassen gehabt habe, sei so kritisch angenommen worden, dass die Beschwerdeführerin sich als befugt erachte, die Frage erneuter Beurteilung zu unterstellen. Das Bundesgericht habe insbesondere übersehen, dass das Begehren um eine Polizeibewilligung nicht die Anerkennung in sich schliesse, dass der Betrieb von Verkaufswagen eine übermässige, über den gewöhnlichen Gemeingebrauch hinausgehende Strassenbenützung darstelle, für die es einer besondern Bewilligung bedürfe. In den Kantonen Zug und Luzern, wo der fahrende Handel einer besondern Gewerbesteuer unterworfen werde, bedürfe es einer Bewilligung aus diesem Grunde. Die Benützung von Strassen und Plätzen zu Verkaufszwecken sei in sämtlichen Kantonen der Schweiz üblich. Es werde dafür zwar eine Sondersteuer erhoben; damit werde aber die freie Benützung von Strassen und Plätzen zu Verkaufszwecken anerkannt. Die verlangte Inanspruchnahme der Strasse stelle also keine über den allgemein herkömmlichen Gemeingebrauch hinausgehende Beanspruchung dar. Aus der Strassenhoheit lasse sich nicht das Recht der Kantone ableiten, dem fahrenden Handel weitere Beschränkungen aufzuerlegen als diejenigen, die sich aus Gründen des öffentlichen Wohls und einer angemessenen Sondersteuerbelastung ergäben. Es sei gerade Zweck der Strasse, den Handel zu fördern. Das ganze Transportgewerbe basiere auf intensivster Strassenbenützung. Noch nie sei bisher eine derartige Beanspruchung von Strassen und Plätzen als übermässige Beanspruchung empfunden und behandelt worden.

Auch nach der Auffassung des zitierten Urteils des Bundesgerichtes Sei die Verweigerung einer Bewilligung nur zulässig, wenn sich dafür allgemeine staatliche Interessen Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit geltend machen liessen. Das Bundesgericht habe angenommen, dass durch Bewilligung des gesteigerten

Seite: 283

Gemeingebrauchs der gewöhnliche Gemeingebrauch beeinträchtigt würde, indem der Wagenverkauf Verkehrsstörungen verursachen müsste. Die Beschwerdeführerin habe das betriebswissenschaftliche Institut der ETH um die Begutachtung der in Betracht fallenden Fragen ersucht. Aus dessen Bericht ergebe sich, dass die Befürchtung von Verkehrsstörungen nicht begründet sei, selbst nicht bei einem generellen Gesuch des Betriebes von Verkaufswagen. Durch diesen würde ein anderer wesentlicher Verkehr, derjenige mit Wagen vom Hauptgeschäft nach den Zweigstellen sowie derjenige der Kunden zu diesen Verkaufsstellen, erspart und der Gang der Kunden zu den Verkaufsstellen durch den viel kürzern Gang an die dezentralisierten Haltepunkte der Verkaufswagen ersetzt. Die letztem würden schon im Interesse ungestörter Abwicklung der Verkaufstätigkeit an verkehrsarme Punkte gelegt. Das sei auch in dem dem Regierungsrat unterbreiteten Fahrplan geschehen. Der Entscheid des Regierungsrates unterlasse es, die Routen, Haltezeiten oder Haltestellen der Beschwerdeführerin zu beanstanden oder den Nachweis zu versuchen, dass an diesen Orten Konkurrenten, die gleiche Geschäfte betreiben wollten, Störungen hervorrufen könnten. Es sei klar, dass ein Konkurrent seine eigene Route anders legen würde und dass deshalb der Verkehr auf der Strasse nicht erschwert würde. Allenfalls hätten die Polizeibehörden es in der Hand, Haltestellen dort zu untersagen, wo sie verkehrsstörend wirken sollten, oder das gleichzeitige Anhalten von Verkaufswagen an solchen Punkten zu verhindern. Das Gewerbe als solches dagegen könne nicht untersagt werden. Damit entfalle das Recht zu einem Verbot im Hinblick auf nur behauptete, nicht nachgewiesene Verkehrsstörungen, die sich in Zukunft ergeben könnten. Schliesslich sei es Pflicht des Staates, das Verkehrsnetz den Bedürfnissen anzupassen. Die Beschwerdeführerin habe sich in ihrem Gesuche auf eine Route, einen Fahrplan und Haltestellen zum vorneherein festgelegt das eingeholte Gutachten sei zum Schluss gelangt, dass weder die Route

Seite: 284

noch die Haltestellen oder Haltezeiten ein verkehrsstörendes Element in sich trügen. Die Behauptung solcher Störung sei ein blosser Vorwand für eine gewerbepolitische Tendenz. Der Entscheid verletze damit die Art. 4 und 31 BV, die erstere Vorschrift weil für den Entscheid keine sachlichen Gründe vorlägen, die letztere, weil die Beschränkung der Strassenbenützung nicht auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhe.

Der Entscheid verneine auch zu Unrecht ein dringendes öffentliches Interesse an der Zulassung der Verkaufswagen. Denn er tue dies aus gewerbepolitischen Überlegungen. Das öffentliche Interesse beruhe auf dem Bedürfnis nach billiger Warenvermittlung für Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs, dem dort, wo der Konsumentenkreis für die Errichtung eines Ladengeschäftes nicht genüge, durch Bedienung mittels Verkaufswagen entsprochen werden müsse. Auch das eingeholte Gutachten

bejahe die Bedürfnisfrage...

C. - Der Regierungsrat beantragt die Abweisung der Beschwerde.

D. - Die Instruktionskommission des Bundesgerichts hat am 26. November 1951 einen Augenschein durchgeführt. Dieser bezog sich auf das Beladen von Verkaufswagen im Lager Zürich der Beschwerdeführerin, auf die Durchführung des Wagenverkaufs an zwei Orten in der Umgebung von Zürich sowie auf die Aufstellung der Verkaufswagen an den im Fahrplan für den Kanton Zug vorgesehenen Haltestellen.

Die Verkaufswagen selbst sind hohe, geschlossene Lastwagen von 2,20 in Maximal- und 1,90 m Kastenbreite. Der Kasten enthält zahlreiche quer verlaufende Fächer für die etwa 150-160 verschiedenen Waren, die von links eingeführt und von rechts herausgenommen werden. Für den Verkauf wird die rechte Wand geöffnet und als Schutzdach hochgestellt, das ebenso wie der ausgezogene Tisch 1,20 m weit vorsteht. Der Chauffeur und allenfalls eine zweite Person sind zwischen Tisch und Laden als Verkäufer

Seite: 285

tätig. Ausnahmsweise müssen dem Wagen Waren auch auf der linken, der Strasse zugekehrten Seite entnommen werden.

Die in den einzelnen Gemeinden vorgesehenen Haltestellen befinden sich entgegen der Annahme des Entscheides zumeist auf privatem oder Gemeindeboden und nur vereinzelt auf dem Gebiet einer Kantonsstrasse. Bezüglich des Gemeindegebietes verwiesen die Vertreter des Regierungsrates die Beschwerdeführerin auf ein Bewilligungsverfahren vor den gemeindlichen Behörden. Eine Zustimmung der privaten Grundeigentümer erklärte die Beschwerdeführerin bisher nicht eingeholt zu haben. Wo der Verkaufswagen auf der Kantonsstrasse angehalten wurde, geschah es So, dass der Verkaufsbetrieb teilweise auf Gemeindegebiet oder auf privatem Grund und Boden sich abwickeln würde.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde insoweit, als die angefochtene Verfügung sich auf die kantonale Strassenpolizei stützt, als unbegründet abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.- Im angefochtenen Entscheid wird das Verbot der Benützung der öffentlichen Strasse für den Wagenverkauf vor allem damit begründet, dass die durch den Verkauf bedingte Strassenbenützung einen gesteigerten Gemeingebrauch darstelle. In dieser auf die kantonale Strassenhoheit gestützten Beschränkung ihrer Verkaufstätigkeit erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit.

Im Urteil BGE 73 I 214 ist auch das Bundesgericht von der Annahme eines gesteigerten Gemeingebrauchs ausgegangen. Unter dieser Voraussetzung erweist sich aber die Rüge der Verletzung von Art. 31 BV als unbegründet. Denn nach der bisherigen Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes, die noch auf die Praxis des Bundesrates zurückgeht, gibt Art. 31 BV dem Privaten kein Recht auf Benützung der öffentlichen Strasse, noch ein Recht darauf,

Seite: 286

dass ihm die über den gewöhnlichen Gebrauch hinausgehende Nutzung der Strasse bewilligt werde. Die Handels- und Gewerbefreiheit kann danach nicht dadurch verletzt werden, dass eine bezügliche Bewilligung verweigert oder an erschwerende Bedingungen geknüpft wird (BGE 52 I 85, 59 I 271, 60 I 277, 73 I 215 Erw. 2 und die dort zitierten Entscheidungen; für die Praxis des Bundesrates: SALIS, Bundesrecht II No. 758-761; SALIS-BURCKHARDT 11 No. 433). Die Revision von Art. 31 BV vom 6. Juli 1947 (die seit dem Urteil vom 2. Oktober 1947 bzw. nach dem Erlass des damals angefochtenen kantonalen Entscheides zustande gekommen ist) hat die Rechtslage nicht verändert. Der Vorbehalt kantonalen Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe und deren Besteuerung in Art. 31 Abs. 2 geltende Fassung betrifft, wie dies schon für lit. e von Art. 31 bisherige Fassung zutraf, nur Vorschriften polizeilichen Charakters. Dafür sprechen im bisherigen Text die französische Fassung («les dispositions touchant ... la police des routes») und in beiden Vorschriften der Zusatz, dass die kantonalen Bestimmungen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen dürfen. Daraus, dass die besondere Erwähnung der Strassenbenützung wie diejenige sanitätspolizeilicher Massregeln in Art. 31 Abs. 2 lit. d und e bisherige Fassung nunmehr weggelassen wurde, folgt nichts Gegenteiliges. Der ausdrückliche Hinweis darauf wurde als entbehrlich gefunden. Auch sonst besteht für das Bundesgericht keine Veranlassung, auf die Rechtsprechung zurückzukommen; dies umso weniger, als es mit dem Urteil in BGE 73 I 214 Zweifel, die in einzelnen neueren Urteilen an der Richtigkeit der früheren Rechtsprechung geäußert wurden, mit einlässlicher Begründung wieder fallen liess und aus dem Wesen der Handels- und Gewerbefreiheit als eines Freiheitsrechtes folgerte, dass sich aus ihr kein Anspruch auf eine positive Leistung des Staates ableiten lasse. Die verfassungsmässigen Freiheitsrechte, und damit auch die Handels- und Gewerbefreiheit, gewähren in der Tat dem Bürger eine

Seite: 287

gewisse Freiheit gegenüber der Staatsgewalt (BURCKHARDT, Kommentar zu Art. 31 S. 225, GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone S. 163 f.). Die Handels- und Gewerbefreiheit schützt ihn gegenüber Eingriffen des Staates, die ihn in der Ausübung von Handel und Gewerbe beschränken, gibt ihm aber keinen Anspruch auf positive Förderung dabei durch staatliche Massnahmen. Ein derartiger Rechtsanspruch besteht weder allgemein, noch lässt er sich für die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes aus Art. 31 BV ableiten. In der Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs einer öffentlichen Sache, d.h. in einer über den gewöhnlichen, jedem Bürger offenstehenden Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzung zu persönlichen Zwecken, läge aber eine positive Leistung des Staates (FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Aufl. S. 379, RUCK, Schweiz. Verwaltungsrecht 3. Aufl. I S. 149). Aus dem Gesichtspunkt des Art. 31 BV wäre die Verweigerung der Bewilligung nur anfechtbar, wenn sie mit gewerbepolitischen Erwägungen begründet würde.

2.- Die Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch bedeutet, wie jede Polizeierlaubnis, dass der in Frage stehenden Tätigkeit von Staates wegen nichts entgegensteht. Ihre Erteilung hängt freilich nicht vom Gut finden der Behörde ab; die Bewilligung darf nur verweigert werden, wenn dies durch allgemeine staatliche Interessen gerechtfertigt ist, d.h. aus Erwägungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit usw. Ob die Verweigerung im Einzelfall begründet ist, ist, wie in BGE 73 I 216 mit einlässlicher Begründung bestätigt wurde, vom Bundesgericht ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Mt. 4 BV zu überprüfen. Es hat nicht frei darüber zu befinden, ob die von der kantonalen Behörde namhaft gemachten öffentlichen Interessen die Verweigerung der Bewilligung zu begründen vermögen, sondern nur, ob es sich um öffentliche Interessen ernsthafter Natur handle, deren Berücksichtigung sich mit sachlichen Gründen vertreten lässt.

3 - Die Beschwerdeführerin stellt - im Gegensatz zu

Seite: 288

ihrer Stellungnahme im früheren Beschwerdeverfahren jedoch in Abrede, dass die Inanspruchnahme von öffentlichen Strassen und Plätzen für den Warenverkauf ab Wagen eine Form des gesteigerten Gemeingebrauchs darstelle.

Die Nutzung an öffentlicher Sache stellt sich nach Lehre und Rechtsprechung entweder dar als Gemeingebrauch, als gesteigerter Gemeingebrauch oder als Sondernutzung (BGE 75 I 14, FLEINER a.a.O. S. 374, RUCH a.a.O. S. 145, HANS PETERS, Lehrbuch der Verwaltung S. 210). Der Gemeingebrauch ist die jedermann ohne Bewilligung offenstehende Benützung der öffentlichen Sache. Inhalt und Umfang können von verschiedener Intensität sein, ergeben sich jedoch aus der Zweckbestimmung der Sache. Bei Strassen gehört dazu die Benützung zum Gehen, Fahren oder Reiten, das Treiben einer Viehherde, überhaupt der Transport von Personen und Sachen. Bei starker Beanspruchung können sich die Benützer gegenseitig stören die sich daraus ergebenden Kollisionen sind jedoch durch Ausweich- und Vortrittsregeln in einer Weise geordnet, die den bestimmungsgemässen Gebrauch für jeden einzelnen Benützer sicherstellt. Sobald aber die Benützung entweder der Bestimmung der öffentlichen Sache nicht entspricht oder den gleichen Gebrauch aller Berechtigten ausschliessen würde, übersteigt sie den Gemeingebrauch und wird entweder zum gesteigerten Gemeingebrauch oder zur Sondernutzung. Gesteigerten Gemeingebrauch an der öffentlichen Strasse beansprucht insbesondere, wer gewisse Teile der Strasse, sei es dauernd, sei es für bestimmte Zeit, in einer Weise benützen will, welche eine entsprechende Benützung durch Dritte ausschliessen würde. Gesteigerten Gemeingebrauch an der öffentlichen Strasse macht geltend, wer darauf für bestimmte oder unbestimmte Dauer einen Marktstand oder eine Schaubude errichten will, wer Strassengebiet für ein Hausgerüst, für die Aufstellung von Tischen und Stühlen für ein Restaurant oder für die Lagerung von Materialien in Anspruch nimmt usw. Gegebenenfalls

Seite: 289

mag die Grenze zwischen Gemeingebrauch und gesteigertem Gemeingebrauch flüssig oder selbst unbestimmt sein, namentlich wenn die Abgrenzung vorzunehmen ist gegenüber einer unzulässigen oder zweckwidrigen Benützung. Es kann dagegen nicht zweifelhaft sein, dass eine Aufstellung von Wagen zum Zweck des Verkaufes von Waren einen gesteigerten Gemeingebrauch darstellt. Sie ist der Errichtung eines Marktstandes sehr ähnlich. Die Strasse wird damit zur Aufstellung besonderer Einrichtungen für den Warenverkauf benützt. Damit wird sie einerseits in einer über ihre Bestimmung hinausgehenden Weise beansprucht und andererseits die bestimmungsgemässe Benützung derselben durch andere Strassenbenützer beeinträchtigt. Wo ein Wagen auf der Strasse anhält und die darauf mitgeführten Waren feilgeboten werden, bilden Wagen und Verkaufstätigkeit für den flüssigen Verkehr ein Hindernis, das ein Ausweichen und für den Führer eines Motorfahrzeuges besondere

Aufmerksamkeit und ein Herabsetzen der Geschwindigkeit erfordert. Vom Aufstellen von Marktständen unterscheidet sich solche Art von Strassenbenützung zwar durch die kürzere Dauer der Aufstellung. Diese wird aber durch die Fortsetzung an verschiedenen Orten ausgeglichen. Die Summierung während verschiedener Tage in der Woche und für das ganze Jahr bewirkt hinsichtlich der Beanspruchung der öffentlichen Strasse ein ähnliches Ergebnis wie dort. Dass die Wagen nicht auf der Strassenmitte, sondern an deren Rand aufgestellt werden oder dass für das Verkaufsgeschäft das Trottoir in Anspruch genommen wird, unterscheidet die beiden Benützungsarten nicht notwendigerweise und vermöchte jedenfalls daran nichts zu ändern, dass damit die Strasse nicht in gleicher Weise wie durch irgendeinen dritten Benutzer, sondern in gesteigertem Masse benützt wird. Offenbar liegt diese Auffassung vom Gemeingebrauch und vom gesteigerten Gemeingebrauch auch dem zugerischen Recht zugrunde. Es bestimmt in § 57 des Strassengesetzes vom 1. Juli 1920, die Strasse dürfe weder bei Wirtshäusern

Seite: 290

noch an andern Orten so durch Fuhrwerke benützt werden, dass der Durchpass gefährlich oder der Verkehr verhindert würde, und die Trottoirs seien für den Verkehr möglichst freizuhalten, und in § 62 ebenda, dass Markteinrichtungen auf öffentlicher Strasse nur so aufgestellt werden dürften, dass dadurch der Verkehr nicht gehemmt werde, und dass das Aufrichten von Marktständen auf Brücken gänzlich verboten sei.

Ist der gesteigerte Gemeingebrauch von der kantonalen Gesetzgebung ausdrücklich vorgesehen und geordnet, so bedarf er in andern, nicht vom Gesetz geregelten Formen doch der behördlichen Bewilligung. An deren Erteilung müssen die im Gesetz aufgestellten, dürfen aber darüber hinaus auch noch weitere Voraussetzungen geknüpft werden, sofern sie sich durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Hygiene, Sicherheit usw. rechtfertigen lassen. Die Behörde darf insbesondere den durch die Entwicklung des Motorfahrzeugverkehrs stark veränderten Verhältnissen des Strassenverkehrs Rechnung tragen. Der Umstand, dass für eine bestimmte Form des gesteigerten Gemeingebrauchs (etwa die Aufstellung von Tischen und Stühlen auf dem Trottoir vor einem Restaurant oder von Motorfahrzeugen in der Umgebung einer Garage durch diese selbst oder die Verwendung von Trottoirs durch einen Handwerker oder Gewerbetreibenden vor seinem Geschäft für die Ausübung seines Berufes) bisher von der Behörde keine Bewilligung verlangt oder vom Strassenbenützer keine solche eingeholt worden ist, oder dass die Behörde zu Zeiten, wo sie die Benützung einer Strasse zu gewerblichen Zwecken duldet, sich darauf beschränkt, eine Sondergewerbesteuer zu verlangen, gestattet nicht den Schluss, dass die in Frage stehende Benützung nach Herkommen und bisheriger Übung aus dem Gemeingebrauch sich ergebe. Es steht der Behörde frei, dafür inskünftig eine Bewilligung zu verlangen. Entscheidend ist nicht, ob gegen gewisse Benützungsarten, die inhaltlich über den Gemeingebrauch hinausgehen, nicht eingeschritten oder dass dafür bisher keine Bewilligung

Seite: 291

verlangt wurde, sondern allein, ob nach der Intensität der Benützung gewöhnlicher oder aber gesteigerter Gemeingebrauch beansprucht wird.

Ob die eine oder andere Benützungsart vorliege, bestimmt das kantonale Recht. Betrachtet die zuständige kantonale Behörde auf Grund des geschriebenen oder ungeschriebenen kantonalen Rechts eine Benützung, die nach Mt und Inhalt über die gemeine Benützung hinausgeht, wie es hier der Fall wäre, als gesteigerten Gemeingebrauch, so kann jedenfalls das Bundesgericht den bezüglichen Entscheid unter dem einzig in Betracht fallenden Gesichtspunkt des Verbotes der Willkür nicht aufheben, es sei denn, die vorgesehene Tätigkeit wäre überhaupt nicht geeignet, den Strassenverkehr zu stören. Auch das behauptet die Beschwerdeführerin.

Der gesteigerte Gemeingebrauch geht jedoch schon seinem Begriffe nach auf Kosten der Benützung der öffentlichen Sache durch die andern Strassenbenützer. Bei der Aufstellung von Verkaufswagen auf der öffentlichen Strasse zum Zwecke des Verkaufes müssen die übrigen Strassenbenützer ausweichen, die Führer von Motorfahrzeugen vermehrte Rücksicht nehmen und die Geschwindigkeit herabsetzen. Wenn nun die Beschwerdeführerin behauptet, dass der Beeinträchtigung des Verkehrs keine ernsthafte Bedeutung zukomme oder dass sie im Rahmen des gesamten Strassenverkehrs durch andere Vorteile aufgewogen werde, so übersieht sie, dass es sich sowohl beim Zubringerdienst mit Lastwagen zu festen Verkaufslokalen - der übrigens einen geringem Umfang aufweisen dürfte als die sämtlichen Fahrten der Verkaufswagen der Beschwerdeführerin - als auch beim Gang der Kunden zu den Läden um eine normale Strassenbenützung handelt. Durch sie wird die Strasse weniger beansprucht und der übrige Verkehr weniger gestört als durch das Aufstellen grosser Lastwagen auf dem Strassenkörper und die sich neben ihnen abwickelnde Verkaufstätigkeit. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die kürzern Gänge eine zum Ausgleich hiefür

Seite: 292

in Betracht fallende Entlastung des Strassenverkehrs bilden würden.

Es fragt sich somit noch, ob der vorgesehene Strassenverkauf eine ernsthafte Beeinträchtigung des Strassenverkehrs darstelle. Die Frage stellt sich nicht bloss für die durch den Regierungsrat beanstandeten Haltestellen, soweit sich diese auf der öffentlichen Strasse befinden, sondern für die öffentliche Strasse überhaupt hier freilich nur für die Kantonsstrasse. Bezüglich der Gemeindestrassen enthält der Entscheid nicht bloss keine Verfügung im Sinne von Art. 84 OG, sondern die Vertreter des Regierungsrates haben anlässlich des Augenscheins ausdrücklich erklärt, dass der Kanton die Strassenhoheit insoweit nicht für sich in Anspruch nehme, sondern der Entscheid darüber, ob, und allenfalls unter welchen Bedingungen, der Beschwerdeführerin der Verkauf auf Gemeindestrassen zu bewilligen sei, den Gemeindebehörden zustehe. Freilich werden dafür im wesentlichen ähnliche Überlegungen in Betracht fallen wie für die Kantonsstrasse. Wie es sich mit den öffentlichen Plätzen verhalte, für welche die Verkehrsfrage in der Regel keine Rolle spielt, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Dass, falls deren Benützung für den Verkauf ab Wagen nicht geeignet ist, irgendwelche Verkehrsstörung zu bewirken, ein Verbot jedenfalls nicht mit Erwägungen dieser Art begründet werden könnte, ist selbstverständlich. Ob es aus andern Gründen geschehen dürfe, insbesondere den unten Seite 293 genannten, ist hier nicht zu untersuchen.

Bei Einhaltung der von der Beschwerdeführerin anlässlich des Augenscheins vorgezeigten Haltestellen ist freilich die voraussichtliche Beeinträchtigung nicht sehr erheblich. Das mit der Beeinträchtigung des Strassenverkehrs begründete Verbot reduziert sich danach auf wenige Haltestellen, wo die Kantonsstrasse beansprucht wird: diejenige beim Schulhaus in Holzhäusern und die Strasse beim Dorfeingang in Unterägeri; ausserdem wird in Oberägeri (Haus Meier) ein Teil des Trottoirs in Anspruch

Seite: 293

genommen. Auf der erstgenannten Haltestelle soll der Wagen am rechten Rand der 6,30 m breiten Kantonsstrasse halten und der Verkaufsbetrieb sich auf dem Schulhausplatz der Gemeinde abspielen; ähnlich ist in Unterägeri das Anhalten am Rand der (mit Einschluss des Trasse der Strassenbahn) 7,80 m breiten Strasse vorgesehen, so dass sich der Verkaufsbetrieb auf dem Vorplatz vor dem Hause Iten abwickeln würde. Die übrigen Verkaufsstellen nehmen die Kantonsstrasse nicht in Anspruch. Entweder hat die Beschwerdeführerin darauf überhaupt verzichtet, wie dies für die Verkaufsstellen in Cham zutrifft, oder sie hat die Haltestelle auf Boden der Gemeinde oder von Privaten vorgesehen bzw. verlegt. An den beiden noch in Betracht fallenden Orten bildet der Wagen an sich kein grösseres Hindernis als irgendein am Strassenrand parkierter Lastwagen. Er zwingt den in gleicher Richtung Fahrenden zum Ausweichen und zu vermehrter Vorsicht. Ausserdem wird die Strasse beansprucht durch das sie allfällig überschreitende Publikum und durch das ausnahmsweise Entnehmen von Waren auf der linken Wagenseite. Die Beeinträchtigung reduziert sich also auf ein geringes Mass; sie geht nicht wesentlich über dasjenige hinaus, was auch mit gewöhnlichen Strassentransporten mit Lastwagen verbunden ist.

Indes darf nicht ausser acht gelassen werden, dass es sich beim Wagenverkauf im Gegensatz zur Strassenbenützung für die Beförderung von Personen oder Sachen mit Einschluss des Auf- oder Abladens nicht um eine normale Inanspruchnahme handelt. Die daraus sich ergebende Beeinträchtigung kommt noch zu derjenigen hinzu, die mit normaler Benützung notwendig verbunden ist - Wird diese weitere Benützungszugelassen, so ist mit einer derartigen Beanspruchung durch weitere Bewerber und mit einer Vermehrung der zusätzlichen Verkehrsbeeinträchtigung zu rechnen. Freilich werden auch dann Verkaufsstände allgemein nur bewilligt werden müssen, wenn der Strassenverkehr dadurch nicht stärker behindert wird. Die Summierung kleiner Störungen kann sich aber doch in einer fühlbaren

Seite: 294

Beeinträchtigung auswirken. Diese Befürchtung ist für den Kanton Zug umso begründeter, als hier, wie der Augenschein ergeben hat, die Strassen im allgemeinen bescheiden dimensioniert sind und den Anforderungen des modernen Verkehrs nur knapp genügen. Bei dieser Sachlage ist es durchaus verständlich, wenn der Regierungsrat die Kantonsstrassen dem gewöhnlichen Gemeingebrauch, für den sie bestimmt sind, vorbehalten und schon den Anfängen einer Mehrbelastung wehren und wenn er daher auch dann keinen gesteigerten Gemeingebrauch darauf zulassen will, wenn damit nur eine geringe Beeinträchtigung des übrigen Strassenverkehrs verbunden ist. Diese Grenze lässt sich in der Praxis auch leicht ziehen, während eine Abgrenzung nach dem Masse der Beeinträchtigung schwerlich durchführbar wäre. Der vom Regierungsrat für die Verweigerung der Bewilligung angerufene verkehrspolizeiliche Grund ist somit ernsthafter Natur er lässt sich mit sachlichen Gründen vertreten und hält der dem Bundesgericht zustehenden beschränkten Überprüfung stand.

4.- Die Beschwerdeführerin erblickt darin eine unzulässige gewerbepolitische Erwägung, dass im angefochtenen Entscheid ein dringendes öffentliches Interesse an der Zulassung der Verkaufswagen

verneint wird. Damit wird jedoch nicht die Bedürfnisfrage aufgeworfen, sondern offensichtlich im Anschluss an die Ausführungen in BGE 73 I 219, die durch die damaligen Vorbringen der Beschwerdeführerin veranlasst worden sind geprüft, ob am Wagenverkauf ein öffentliches Interesse bestehe, das die befürchtete Beeinträchtigung des Strassenverkehrs überwiege, so dass ein öffentliches Interesse an der Verhinderung des Strassenverkaufs zu verneinen sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob für den Verkauf von Migros-Waren ein Bedürfnis vorhanden sei angesichts ihrer Billigkeit. Denn ein derartiges Bedürfnis könnte allenfalls auch ohne Wagenverkauf, jedenfalls ohne Beanspruchung der öffentlichen Strasse hierfür befriedigt werden. Schon in der Veröffentlichung No. 11 der Preisbildungskommission

Seite: 295

des EVD vom Jahre 1934 (5. 91/92) wurde ausgeführt, dass der Verkauf von Migros-Waren nicht mehr von der Zulassung von Wagen abhängt, weil die Spesen der Beschwerdeführerin beim Wagenverkauf nicht geringer sind als beim Ladenverkauf. Die Verwendung von Wagen beseitigt lediglich den Nachteil des grösseren Weges, der für die Kunden mit dem weitmaschigeren Filialsystem verbunden ist. Allerdings pflegt die Beschwerdeführerin Filialen dort nicht zu errichten, wo der Umsatz mutmasslich für die Erreichung der vorbestimmten Rendite nicht genügen würde (S. 60). Allein selbst wenn der Wagenverkauf nötig wäre, um dem behaupteten Bedürfnis in den entsprechenden Gebieten zu entsprechen, so könnte er auf privatem Boden durchgeführt werden, ohne dass dafür die Kantonsstrassen in Anspruch genommen werden müssten. Im Kanton Zug will die Beschwerdeführerin die Kantonsstrasse nur für zwei der vorgesehenen Verkaufsstellen in Anspruch nehmen; auch diese könnten jedoch auf privaten Boden verlegt werden, so dass das behauptete Bedürfnis den gesteigerten Gemeingebrauch der öffentlichen Strasse nicht erfordert. Dem Verkauf auf privatem Grund und Boden widersetzt sich aber der Regierungsrat nicht grundsätzlich, sondern er will ihn nur auf die Zeiten gemäss § 15 EG z. UWG beschränken. Dass die Gemeinden und die privaten Eigentümer der Beschwerdeführerin den Verkauf auf ihrem Gebiet nicht gestatten würden, steht heute noch nicht fest