

## 2. Auszug aus dem Urteil vom 11. März 1927

### i. S. Migros A.-G. gegen Regierungsrat Zürich.

Unternehmen, das seine Waren (Lebensmittel) auf der Strasse an bestimmten Haltestellen durch Verkaufsautomobile abgibt, die einen festen, den Kunden zum voraus bekanntgegebenen Fahrplan einhalten. Erhebung von Gebühren durch die Gemeinden, auf die sich dieser Gewerbebetrieb erstreckt, wegen der darin liegenden besonderen Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes. Beschwerde wegen Verletzung der Rechtsgleichheit und Gewerbefreiheit.

Die « Migros », eine im August 1925 in Zürich gegründete Aktiengesellschaft, betreibt den Handel mit bestimmten Lebensmitteln und zwar in der Weise, dass sie die Waren von den Lagerräumen der Grosshändler schon abgewogen und verpackt unmittelbar an die Verbraucher durch Verkaufsautomobile abgibt, die einen festen, den Kunden zum voraus bekanntgegebenen Fahrplan innehalten. Der Betrieb erstreckt sich auf Stadt und Kanton Zürich. Er wurde dort als Hausierhandel im Sinne des Gesetzes betreffend das Markt- und Hausierwesen vom 17. Juni 1894 betrachtet, und die Gesellschaft hat für ihre Verkäufer das in § 7 dieses Gesetzes vorgesehene Hausierpatent gelöst, für das gemäss § 14 zuhanden des Staates eine Gebühr entrichtet wird. Daneben verlangten mehrere Gemeinden für sich ebenfalls Gebühren, was zu Anständen führte. Zuerst gab ein Streit mit der Gemeinde Dietikon Anlass zu behördlichen Schlussnahmen. Durch Entscheid vom 19. Mai 1926 hiess der Regierungsrat des Kantons Zürich einen bei ihm erhobenen Rekurs der Mi-Gros A.-G. insofern gut, als er die vom Gemeinderat Dietikon im Laufe des Verfahrens auf 25 Fr. monatlich ermässigte Gebühr « unter den obwaltenden Umständen und Verhältnissen bei nicht mehr als drei Haltestellen mit einem Wagen » auf 10 Fr. für den Monat festsetzte. In der Begründung wurde ausgeführt, dass allerdings der

Hausierhandel als solcher von den Gemeinden nicht neben der kantonalen Gebühr noch besonders belastet werden dürfe. Es frage sich daher nur, ob nicht die Gemeinden von den Hausierern aus anderer Erwägung, vielleicht für die Benützung des öffentlichen Grundes, Gebühren erheben könnten. Im allgemeinen werde freilich in der Erteilung des Hausierpatentes auch die Benützung der öffentlichen Strassen und Plätze zum Feilhalten und Verkaufen inbegriffen sein, selbst wenn der Betrieb mit Pferden und Wagen oder mit einem Automobil ausgeübt werde. Das Markt- und Hausiergesetz enthalte denn auch keine Vorschriften über einen Gebührenbezug der Gemeinden von den Hausierern. « Anders liegt die Sache beim Marktverkehr, wo nach § 4, Abs. 2 des Gesetzes die Gemeinden für Überlassung des Raumes, der Buden und Gerätschaften, sowie für die Kosten der Marktpolizei eine von ihnen festzusetzende Vergütung (Platz- oder Standgeld) erheben dürfen. Die Regelung des Feilbietens von Waren auf öffentlichem Grunde und Boden gehört unzweifelhaft zum Aufgabenkreis der Gemeindebehörde aus der Pflicht heraus, verkehrspolizeiliche Massnahmen zu treffen zur Aufrechterhaltung der Verkehrsmöglichkeit und der Verkehrssicherheit. Solche Massnahmen drängen sich insbesondere den Behörden dann zwangsläufig auf, wenn diese Art der Benützung der öffentlichen Strassen und Plätze (als öffentlicher Grund und Boden) häufiger wird oder in einer besonderen Weise sich geltend macht. Beides trifft für die Migros A.-G. Wagen zu; sie vermehren an und für sich innerhalb der Ortschaften den Strassenverkehr und treten periodisch schnell sich folgend immer wieder an der gleichen Stelle auf. Das damit verbundene Verweilen für eine bestimmte Zeit und der so bewirkte vermehrte Aufenthalt von Personen bei den Wagen erfordern, dass die kompetenten Behörden das Anhalten und Feilbieten an besonders gefährdeten Stellen untersagen und dafür verkehrstech-

nisch günstiger gelegene Halteplätze anweisen. Für diese Tätigkeit im Ordnen des Verkehrs und in der Erteilung bezüglicher Bewilligungen, sowie für die Anweisung und die periodisch rasch sich folgende, immer wiederkehrende Überlassung eines bestimmten Raumes am öffentlichen Grund und Boden muss die Gemeinde entsprechende Gebühren verlangen können. Es steht der Erhebung derselben eine tatsächliche Leistung der Gemeinde und ihrer Organe gegenüber. Der Gesuchsteller wird durch die Bewilligung gegenüber anderen Händlern insofern besser gestellt, als er das Recht erlangt, an dem bestimmten Ort zur festgesetzten Zeit periodisch immer wieder den Handel betreiben zu können. . . . . » Was die zulässige Höhe des Gebührenbezuges betreffe, so sei es unmöglich, sie nach dem Grade der dabei in Betracht fallenden Tätigkeit und Leistungen der Gemeindeorgane genau abzuwägen. Der Betrag von 10 Fr. monatlich könne als angemessen bezeichnet werden, unter der Voraussetzung, dass es sich nur um wenige — bis zu drei — Halte- und Verkaufsstellen handle. « Würde die Zahl der Haltestellen grösser sein, der Verkauf auf denselben besonders oft und während verhältnismässig längerer Dauer am nämlichen Tag stattfinden, so könnte die Berechtigung eines entsprechenden Zuschlages wohl kaum von der Hand gewiesen werden. »

Im gleichen Sinne erkannte der Regierungsrat durch Entscheid vom 25. November 1926 in einem weiteren Rekursstreite, der ähnliche Gebührenforderungen der Gemeinden Altstetten, Uster, Volketswil, Dübendorf und Wädenswil an die Mi-Gros A.-G. betraf. Altstetten mit 9 Haltestellen und 3 Verkaufstagen hatte 30 Fr., Wädenswil mit 4 Haltestellen und 3 Verkaufstagen 15 Fr., Uster mit 8 (später 10) Haltestellen und 3 Verkaufstagen 30 Fr. (bezw. 40 Fr.), Dübendorf für 3 Haltestellen und 2 Verkaufstage 10 Fr., alles im Monat, Volketswil für 3 Haltestellen und 3 Verkaufstage 120 Fr.

im Jahr gefordert. Alle diese Auflagen wurden vom Regierungsrat geschützt. In grundsätzlicher Beziehung wurde das Recht zum Gebührenbezug aus der besonderen Inanspruchnahme der Verkehrsplätze (§ 43 des Strassengesetzes vom 20. August 1893) und aus der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund und Boden für Privatzwecke (§ 28 des Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893) hergeleitet. Hinsichtlich der Höhe der Gebühren lehnt sich der Entscheid an den früheren in S. der Gemeinde Dietikon an.

Eine staatsrechtliche Beschwerde der Mi-Gros A.-G. über diesen zweiten Entscheid des Regierungsrats wegen Verletzung von Art. 4 BV (formeller und materieller Rechtsverweigerung, willkürlicher Anwendung kantonalen Gesetzesrechts) und der Gewerbefreiheit hat das Bundesgericht abgewiesen :

#### *Begründung :*

« 1. — Die Beschwerde wegen « formeller Rechtsverweigerung » stützt sich darauf, dass der Regierungsrat sich im angefochtenen Entscheid in Widerspruch setze mit seiner eigenen Feststellung, wonach die Gemeinden von Hausierern für die Benützung öffentlichen Grundes keine besonderen Gebühren verlangen dürfen, sondern das Recht auf diese Benützung in der kantonalen Hausiergebühr inbegriffen sei. Dies ist aber nur für den gewöhnlichen Hausierhandel ausgesprochen worden, während sich aus den weiteren Erwägungen der beiden Entscheide vom 19. Mai und 25. November 1926 ergibt, dass der Regierungsrat die gewerbliche Tätigkeit der Rekurrentin nicht als gewöhnlichen Hausierhandel betrachtet wissen will und dafür namentlich auch auf die besondere Art der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes abstellt. Schon im Entscheid vom 19. Mai wird unter den Leistungen der Gemeinde, für die eine Gebühr erhoben werden dürfe, die « Anweisung und

periodisch rasch sich folgende, immer wiederkehrende Überlassung eines bestimmten Raumes an öffentlichem Grund und Boden » genannt neben dem « Ordnen des Verkehrs und der Erteilung bezüglicher Bewilligungen », was dann der Entscheid vom 25. November dahin fasste, dass ausser einer Gegenleistung für die verkehrspolizeilichen Anordnungen ein « Platzgeld » gefordert werden dürfe. Widerspruchsvoll ist vielmehr das eigene Verhalten der Rekurrentin insofern, als sie sich dem Entscheid in S. Dietikon unterzogen hat, während sie jetzt den auf denselben Grundsätzen beruhenden späteren Entscheid vom 25. November anfiicht und nur die Erhebung einer einmaligen Abgabe für die verkehrspolizeilichen Anordnungen als berechtigt anerkennen will. Die Rekurschrift macht freilich geltend: als der Entscheid vom 19. Mai erging, habe die Rekurrentin noch nicht gewusst, wie sich ihr Betrieb entwickeln werde. Doch kann dies nur dazu führen, dass ihr nicht einfach der frühere Entscheid entgegengehalten werden kann, wenn sie die Frage der Gebührenberechtigung dem Grundsatz und Masse nach nochmals aufwirft. Die Beschwerde, dass eine formelle Rechtsverweigerung vorliege, kann damit nicht begründet werden.

2. — Eine materielle Rechtsungleichheit soll darin liegen, dass die Benützung des öffentlichen Grundes zum Feilhalten und Verkauf von Waren sonst als gebührenfrei behandelt werde, auch wenn dazu ein Automobil benützt wird, und dass insbesondere der so ausgeübte Handel mit Früchten und Gemüse keiner solchen Gebühr unterworfen werde. Allein der Betrieb der Rekurrentin unterscheidet sich hinsichtlich der Benützung der Strassen von dem gewöhnlichen Hausierverkehr mit Fahrzeugen dadurch, dass sie die Strasse an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten als Verkaufsstelle benützt. Die darin liegende eigenartige Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes rechtfertigt auch eine andere Behandlung hinsichtlich der Gebührenpflicht. Dagegen

weist allerdings der Handel in den Strassen mit Früchten und Gemüse eine gewisse Ähnlichkeit mit der Betriebsweise der Rekurrentin auf. Allein auch er weicht doch davon insofern ab, als er sich nach Zeit und Ort nicht in gleicher Regelmässigkeit abspielt. Und sodann fällt ausschlaggebend in Betracht, dass dieser Handelszweig durch den Gesetzgeber selber begünstigt wird, indem nach § 5 des Gesetzes über das Markt- und Hausierwesen der hausiermässige Verkauf von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft, sowie des Gartenbaues, Brot, lebendem Geflügel und Fischen frei ist. Die Begünstigung beruht auf Gründen, die mit der Besonderheit der Waren zusammenhängen, vielleicht auch auf einer Berücksichtigung hergebrachter Gewohnheiten und Übungen. Jedenfalls kann ein Handel mit andern Waren, zumal wenn er sich auch nach der Art des Betriebes von demjenigen mit Gemüse, Früchten usw. unterscheidet, nicht aus dem Gesichtspunkte der Rechtsgleichheit auf die gleiche Vergünstigung Anspruch erheben. Ebensowenig vermag die Vergleichung mit andern Automobilbesitzern, die die Strassen benützen, einen solchen Anspruch zu rechtfertigen. Soweit solche Personen sich der Strasse nur zum Transport bedienen, ist dies ohne weiteres klar. Und soweit ein längeres Verweilen auf der Strasse in Betracht kommt, so kann die Art der Inanspruchnahme durch die Rekurrentin höchstens mit dem Betrieb der Transportunternehmen verglichen werden, die Fahrzeuge auf der öffentlichen Strasse aufstellen. Insoweit besteht aber ein wesentlicher Unterschied darin, dass diese Unternehmen dem Verkehr zu dienen bestimmt und deshalb auf den öffentlichen Grund und Boden angewiesen sind. Dazu kommt, dass sie durch eine Konzessionsgebühr ebenfalls besonders belastet werden.

3. — Die weitere Rüge der Willkür (Missachtung klaren Rechts) betrifft die Anwendung von § 28 Abs. 2 des kant. Baugesetzes auf Fahrzeuge. Der Ab-

satz schliesst sich an die Vorschrift an, dass an öffentlichem Grund und Boden von Privaten durch Ersitzung weder Eigentum noch andere dingliche Rechte erworben werden können, und lautet: «Die Benützung des öffentlichen Grundes für Privatzwecke kann dagegen durch den Gemeinderat bewilligt und hierfür eine Gebühr verlangt werden.» Wenn schon damit zunächst ständige bleibende Anlagen gemeint sein mögen, so lassen es doch Wortlaut und Zweck der Bestimmung gewiss zu, sie auf eine sonstige regelmässig wiederkehrende, gleichartige Benützung ebenfalls anzuwenden. Dass der Rekurrentin «kein Recht auf die Benützung bestimmter Teile des öffentlichen Bodens eingeräumt werde», ist nur insofern richtig, als sie kein Vorrecht auf die ausschliessliche Benützung bestimmter Plätze zu bestimmten Zeiten hat. Aber die Inanspruchnahme der öffentlichen Strassen durch sie ist doch insofern besonders geartet, als sie besonders günstige Plätze aussucht und sich dafür mit der Verkehrspolizei auseinandersetzen muss. Daraus ergibt sich mindestens tatsächlich eine gewisse Vorzugstellung, die übrigens geradezu als Vorrecht bezeichnet werden kann, wenn man berücksichtigt, was der Regierungsrat in seiner Antwort bemerkt, nämlich dass die Rekurrentin von der Polizei verlangen könne, einen Platz angewiesen zu erhalten, von dem andere Strassenbenützer wegzuweisen seien. Der Rekurs wendet freilich noch ein, dass das Baugesetz nach § 1 nur für diejenigen Ortschaften gelte, die hier genannt sind oder ihm später durch besonderen Beschluss unterstellt worden sind, und dass es deshalb für Dübendorf und Volketswil keine Anwendung finde. Doch erledigt sich dieser Einwand mit der — im Rahmen zulässiger Auslegung sich haltenden — Annahme des Regierungsrates, dass jedenfalls § 28 Abs. 2 des Gesetzes eine allgemeine Ordnung enthalte, was übrigens auch dem Inhalt der Bestimmung entspricht.

4. — Die Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) schliesst Beschrän-

kungen, die sich auf eine besondere Inanspruchnahme des öffentlichen Grund und Bodens zum Gewerbebetriebe beziehen, schon nach dem Vorbehalt in litt. e der Verfassungsbestimmung nicht aus (vgl. z. B. SALIS II Nr. 758, BGE 52 I S. 85). Auch die in der Gebührenpflicht liegende Beschränkung des Handels der Rekurrentin könnte derhalb nur angefochten werden, wenn sie sonst verfassungswidrig wäre. Dabei käme einzig der Grundsatz der Rechtsgleichheit in Frage, der aber nach dem bereits Gesagten nicht verletzt ist. Dass das Statthalteramt Uster die Gibührenpflicht auch mit Rücksicht auf die Konkurrenz begründet hatte, ist unerheblich. Denn der Regierungsrat hat diesen Standpunkt ausdrücklich als unstatthaft bezeichnet, und seine Erwägungen bewegen sich, wenigstens was die grundsätzliche Seite der Sache betrifft, vollständig im Rahmen des verfassungsmässig Zulässigen.

5. — Der Betrag der zugelassenen Gebühr ist freilich reichlich hoch bemessen, wenn man bedenkt, dass der öffentliche Grund und Boden zwar regelmässig, aber jeweilen doch nur für kurze Zeit in Anspruch genommen wird und dass, wenn einmal die Plätze angewiesen sind, die besondere verkehrspolizeiliche Tätigkeit der Gemeindebehörden nur unbedeutend sein kann. Allein dem Bundesgericht fehlt hier die Möglichkeit selber das richtige Mass festzusetzen. Der Fall Maag (AS 51 I Nr. 4), auf den sich die Rekurrentin beruft, lag insofern anders und einfacher, als es sich dort um einen Beruf handelte, dem kraft Bundesverfassung die Freizügigkeit zugesichert ist, und als ferner der Umfang der Gegenleistung des Staates leicht bestimmt werden konnte. Dazu kommt, dass der Regierungsrat im angefochtenen Entscheide den gleichen Masstab angelegt hat, wie in dem von der Rekurrentin nicht weitergezogenen früheren Entscheid i. S. Dietikon. Dass nur einzelne Gemeinden Gebühren verlangen, lässt allerdings der Vermutung Raum, der Schutz des ortsansässigen

Handels habe bei der Auflage oder doch wenigstens bei Festsetzung der Höhe der Gebühren für die betreffenden Gemeinden mit eine Rolle gespielt. Allein dafür, dass auch der Regierungsrat sich durch solche Rücksichten hätte leiten lassen, fehlt ein Anhaltspunkt. Sollte sich der Gebührenbezug verallgemeinern, so muss es der Rekurrentin immerhin vorbehalten bleiben eine neue Prüfung der Gebührenansätze durch den Regierungsrat zu veranlassen. »

**3. Arrêt du 26 mars 1927**  
dans la cause **Dame Nicod-Matthey**  
contre **Tribunal cantonal vaudois.**

*Art. 4 Const. féd. Egalité devant la loi. Droit d'être entendu. —*

Le droit de défense comporte en principe pour une personne inculpée et arrêtée le droit de connaître les motifs de son arrestation et détention et d'en contrôler la légalité aux fins de lui permettre, le cas échéant, non seulement de demander la levée de l'écrou, mais encore de réclamer la réparation du préjudice causé par la privation de sa liberté personnelle.

Porte atteinte à ce droit le refus de communiquer au prévenu le dossier de l'enquête pénale close par un non-lieu (l'intérêt général peut toutefois justifier dans des cas exceptionnels le refus de communiquer telle ou telle pièce du dossier).

Implique une inégalité inadmissible de traitement le fait de mettre le dossier de l'enquête à la disposition de tierces personnes privées et de refuser au prévenu l'autorisation de le voir alors qu'il y a un intérêt légitime.

A. — Le 7 septembre 1925, le feu se déclara dans les combles de la maison que la recourante possède à Montet sur Cudrefin. L'enquête pénale aboutit le 23 septembre à l'arrestation de dame Nicod, laquelle fut remise en liberté le 12 novembre.

Le 8 avril 1926, le Juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu.

Le 10 avril 1926, l'avocat Spiro, auquel le Juge d'instruction avait refusé la communication de l'enquête, demanda au Tribunal d'accusation du Canton de Vaud l'autorisation de prendre connaissance du dossier dans le délai de quinze jours prévu à l'art. 254 CPP. Par arrêt du 10 mai 1926, le Tribunal d'accusation admit cette requête.

Entre temps, l'avocat Spiro avait formulé une requête provisoire tendant à faire obtenir à dame Nicod une indemnité de 3000 fr. pour cause de détention injustifiée. Le Tribunal d'accusation rejeta cette demande par arrêt du 7 juin 1926, attendu que l'arrestation et la détention préventive se justifiaient.

Le 18 septembre 1926, l'avocat Savary demanda au nom de dame Nicod au Tribunal cantonal (Cour plénière) l'autorisation de consulter l'enquête. « Ma cliente m'a chargé d'actionner l'Etat de Vaud en dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui ont causé la manière de procéder des officiers de la police judiciaire et une détention injustifiée de près de deux mois. Avant d'accepter ce mandat, je dois examiner si, d'après le dossier, ma cliente possède les droits qu'elle prétend avoir ».

Le 28 septembre 1926, le Président du Tribunal cantonal porta à la connaissance de M<sup>e</sup> Savary que ledit tribunal « ne l'autorisait pas à consulter le dossier de l'enquête pénale ».

B. — Le 6 novembre 1926, M<sup>e</sup> Savary a formé un recours de droit public au Tribunal fédéral en concluant au nom de dame Nicod à ce que « la décision du tribunal cantonal, du 28 septembre 1926, refusant à son avocat l'autorisation de consulter le dossier de l'enquête pénale instruite contre elle soit annulée en ce sens que cette autorisation doit être accordée ».

La recourante expose qu'elle a l'intention d'actionner l'Etat de Vaud (loi vaudoise du 29 novembre 1904 sur la responsabilité de l'Etat et des Communes à raison