

S. 74 / Nr. 12 Handels- und Gewerbebefreiheit (d)

BGE 55 I 74

12. Urteil vom 26. April 1929 i. S. Schmid gegen Aargau und Bezirksgericht von Aarau.

Seite: 74

Regeste:

Begriff der «wandernden Berufsausübung», die nach Art. 31 BV dem Hausierpatentzwang unterworfen werden darf. Die Ausübung des Berufes eines Musikanten an verschiedenen Orten auf vorherige Bestellung fällt nicht darunter.

A. - Der Rekurrent, der den Beruf eines Giessers ausübt und in Suhr wohnt, machte am 22. Juli 1928 in einer Wirtschaft in Gränichen bei einem Vereinsanlass mit zwei andern Personen zusammen Musik und zwar nach den Akten auf «rund einer schriftlichen Vereinbarung mit dem in Frage stehenden Verein, wonach dieser dafür einen «freiwilligen Beitrag» gab. Da der Rekurrent hiefür kein Hausierpatent gelöst hatte, so bestrafte ihn der Gemeinderat von Gränichen mit einer Busse von 6 Fr. und verpflichtete ihn, eine kantonale «Patentgebühr» und eine «Gemeindevisumsgebühr» von je 6 Fr., sowie die Kosten im Betrage von 2 Fr. 50 Cts. zu bezahlen. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid wies das Bezirksgericht von Aarau am 28. November 1928 ab und legte dem Rekurrenten Kosten im Betrage von 3 Fr. auf. Aus der Begründung dieses Entscheides ist folgendes hervorzuheben: «Das angefochtene Urteil des Gemeinderates stützt sich auf §§ 4 e und 5 sowie 17 Ziff. 2 des Gesetzes über den Markt und Hausierverkehr vom 12. März 1879. Gemäss § 4 lit. e ist als Hausierverkehr zu behandeln: Die wandernde Ausübung eines Berufes. Hier ist gemäss § 5 ein Patent erforderlich. Wer dieser Bestimmung zuwiderhandelt, ist gemäss § 12 Ziff. 2 zu bestrafen. Fällt aber der Gegenstand dieser Beschwerde bildende Tatbestand unter § 4 lit. e des Hausiergesetzes,

Seite: 75

so ist zu untersuchen, ob die vom Beschwerdeführer ausgeübte Spieltätigkeit als «wandernde Ausübung eines Berufes» anzusehen ist. Die Mehrheit des Gerichtes bejaht es, indem sie dafür hält, dass unter die in der Vollziehungsverordnung des Regierungsrates vom 21. Juni 1879 in § 11 unter Ziff. IV bei der Festsetzung der Patentgebühr als wandernde Ausübung eines Berufes u. a. aufgestellte Kategorie der «Musikanten» auch die vom Beschwerdeführer ausgeübte musikalische Tätigkeit fällt.

...Nach den Akten bildet der Beschwerdeführer mit zwei andern Kollegen zusammen eine Tanzkapelle und lässt sich für Tanzmusik oder für andere Anlässe engagieren und unbestrittenermassen hiefür bezahlen. ...Daraus erhellt ohne weiteres, dass der Beschwerdeführer die jeweilige Tanzmusik lediglich zum Zwecke eines weiteren Erwerbes, somit gewerbsmässig macht. ...Wenn er aber dergestalt hin und wieder mit seiner Tanzkapelle auftritt, wo immer sich Gelegenheit dazu in Verbindung mit einem möglichen Erwerb bietet, so ist darin nach mehrheitlich richterlicher Auffassung die wandernde Ausübung eines Berufes zu erblicken, sei es auch nur eines Nebenberufes...»

Die vom Bezirksgericht angeführte Vollziehungsverordnung ist durch eine neue vom 12. Juni 1899 ersetzt worden. Deren § 14 bestimmt in der Fassung, die ihm durch einen Regierungsratsbeschluss vom 22. Januar 1926 gegeben worden ist: «Für die in § 4 des Gesetzes angeführten Arten von Hausiergewerben werden die Patentgebühren, per Monat berechnet, folgendermassen festgesetzt: ... IV. Wandernde Ausübung eines Berufes (§ 4 e des Gesetzes): a) Schauspieler, Kunstreiter, Seiltänzer, Karussellhalter, Musikanten, Taschenspieler, Photographen, Glasspinner, Schiessbudenbesitzer, Musik- und Sängergesellschaften 60 Fr. bis 300 Fr.; bezw. 6 Fr. bis 25 Fr. per Tag.»

B. - Gegen das Urteil des Bezirksgerichtes und den Regierungsratsbeschluss vom 22. Januar 1926 hat Schmid die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, «die Bestrafung des Beschwerdeführers

Seite: 76

und seine Verurteilung zur Bezahlung von 12 Fr. umgangener Taxen und zu Kosten sei als gegen Art. 4 und Art. 31 BV verstossend, unzulässig zu erklären und demgemäss sei 1. das angefochtene Urteil als aufgehoben zu erklären und die Beschwerde gegen die gemeinderätliche Bussenverfügung, etc. zu schützen: 2. die Verordnung des aarg. Regierungsrates vom 22. Januar 1926 bezüglich der Unterstellung von Musikgesellschaften unter das Hausiergesetz als ungültig zu erklären.»

Der Rekurrent macht geltend: Er habe auf Bestellung hin musiziert. Die Bussenverfügung, das

bezirksgerichtliche Urteil und die Regierungsverordnung, wodurch die Bestrafung veranlasst worden sei, verletzen die Gewerbefreiheit. Eine Abgabe von 12 Fr. für das Musikmachen an einem einzigen Abend wirke offensichtlich prohibitiv. Zudem dürfe ein solches Verhalten nur aus polizeilichen Gründen verboten werden und diese fehlten hier vollständig. Vor allem aber liege Willkür vor. Es sei lächerlich, Musikgesellschaften als Hausierer zu behandeln. Indem das Hausiergesetz von der wandernden Ausübung eines Berufes spreche, habe es ohne Zweifel fahrende Leute im Auge. Eine solche Berufsausübung könne nicht schon darin erblickt werden, dass jemand von seinem Domizil aus gelegentlich auf Bestellung hin an andern Orten etwas Musik mache. Sonst wären auch Advokaten, Versicherungsagenten, Bauarbeiter, Installateure unter Umständen als Hausierer zu betrachten.

C. - Der Gemeinderat von Gränichen und das Bezirksgericht haben auf die Akten verwiesen und auf weitere Gegenbemerkungen verzichtet.

Der Regierungsrat hat Abweisung der Beschwerde beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

3.- Es steht fest und wird vom Rekurrenten nicht bestritten, dass die Kantone ohne Verletzung der Handels-

Seite: 77

und Gewerbefreiheit das Hausiergewerbe im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, zur Wahrung von Treu und Glauben von einer Polizeierlaubnis abhängig machen und mit einer besondern Steuer belasten können. Es verstösst daher an und für sich nicht gegen Art. 31 BV, dass der Kanton Aargau die «wandernde Ausübung eines Berufes» als eine Art des Hausierverkehrs dem für diesen vorgesehenen Patentrecht unterwirft; denn gerade, weil der Hausierer «wandernd» seinen Beruf ausübt, sein Gewerbebetrieb nicht sesshaft ist, erscheint die polizeiliche Kontrolle und die Auflage einer besonderen Gewerbesteuer am Orte, wo er tätig ist, als gerechtfertigt (BGE 42 I S. 256). § 14 der aargauischen Verordnung von 1899/1926 ist somit an und für sich nicht verfassungswidrig, insofern als er Musikanten und Musikgesellschaften, die «wandernd» ihren Beruf ausüben, wie Hausierer behandelt.

Fraglich ist nur, ob die Tätigkeit, deretwegen der Rekurrent bestraft worden ist, eine solche «wandernde Berufsausübung», die nach Art. 31 BV dem Patentrecht unterstellt werden darf, bildet. Das ist vom Bundesgericht frei zu prüfen; denn die Kantone verletzen Art. 31 BV, wenn sie in ihrer Gesetzgebung oder in deren Auslegung und Anwendung Formen oder Äusserungen gewerblicher Betätigung als «Wanderlager», «Hausierverkehr» oder «Ausverkauf» dem Patentrecht unterwerfen, die begrifflich nicht darunter fallen oder wenigstens nicht die Begriffsmerkmale aufweisen, deretwegen diese Betriebsarten nach Art. 31 BV patentpflichtig erklärt werden dürfen (vgl. BGE 40 I S. 477; 42 I S. 255 ff.; 46 I S. 111, 219 f. und 331 f.). Nun kann ein Hausierer auch einen festen Wohnsitz haben; dieser Umstand steht der Patentpflicht nicht im Wege. Der Rekurrent kann sich daher gegenüber der Bestrafung nicht mit Grund darauf berufen, dass er in Suhr wohnt. Andererseits ist aber der Patentrecht ihm gegenüber nicht schon deswegen gerechtfertigt, weil er seinen Beruf nicht an einer festen Geschäftsniederlassung ausübt. Wer ausschliesslich an einer ständigen

Seite: 78

Geschäftsniederlassung gewerblich tätig ist, kann allerdings nicht als Hausierer gelten; der Mangel einer solchen Betriebsstätte macht aber einen Gewerbetreibenden noch nicht ohne weiteres zum patentpflichtigen Hausierer. Vielmehr hängt der Hausierpatentrecht bei einem Gewerbetreibenden ohne Geschäftsniederlassung wesentlich davon ab, ob er auf Grund vorheriger Bestellung seine Kunden aufsucht oder ohne solche dem Publikum nachgeht, um es zu unmittelbarer Annahme einer Ware oder Leistung gegen Entgelt zu bestimmen (vgl. Art. 9 des BG über die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1892; BGE 42 I S. 256 ff.; BURCKHARDT, Komm. z. BV 2. Aufl. S. 275; SALIS, Bundesrecht II N r 895). Demnach ist es vor Art. 31 BV nicht zulässig, den Rekurrenten einem Hausierer gleichzustellen, wenn er seinen Nebenberuf als Musikant da und dort auf vorherige Bestellung hin ausübt. Diese Voraussetzung trifft nun im vorliegenden Fall zu; denn es ist nicht bestritten und ergibt sich übrigens auch aus dem bei den Akten liegenden Verpflichtungsschein, dass der Rekurrent auf Grund einer vorherigen Vereinbarung am 22. Juli 1928 für einen Verein Musik gemacht hat.

Offen bleibt die Frage, ob er dann dem Patentrecht unterworfen werden darf, wenn er von einem Wirt ersucht wird, in seiner Wirtschaft zu spielen, sich aber dann von den Gästen bezahlen lässt, er also nicht auf vorherige Bestellung desjenigen, der ihn dafür bezahlt, da und dort musiziert.

Da der Rekurrent ausschliesslich gestützt auf das Gesetz über den Hausierverkehr bestraft worden ist, bleibt auch die Frage unentschieden, ob gewerbsmässiges Konzertieren nicht aus anderen Gründen von einer Polizeierlaubnis abhängig gemacht und mit einer Gewerbesteuer belegt werden darf.

Das bezirksgerichtliche Urteil ist somit wegen Verletzung der Gewerbefreiheit aufzuheben; damit muss auch das Strafurteil des Gemeinderates von Gränichen dahin fallen.

Seite: 79

Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob die dem Rekurrenten aufgelegten Taxen prohibitiv gewesen wären und ob im bezirksgerichtlichen Urteil auch Willkür liege.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Der Rekurs wird, soweit er sich gegen das Urteil des Bezirksgerichts von Aarau vom 28. November 1928 richtet, gutgeheissen und dieses Urteil aufgehoben.
2. Auf den Rekurs wird, soweit er sich gegen den Regierungsbeschluss vom 22. Januar 1926 zum Markt- und Hausiergesetz vom 12. März 1879 und zur Vollziehungsverordnung vom 12. Juni 1899 richtet, nicht eingetreten.

Vgl. auch Nr. 10. - Voir aussi no 10