

S. 165 / Nr. 26 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 57 I 165

26. Urteil vom 12. Juni 1931 i. S. Bossert gegen Regierungsrat Aargau.

Seite: 165

Regeste:

Unzulässigkeit einer zahlenmässigen Beschränkung der Hausierpatente, auch wenn sie nicht mit Konkurrenzrücksichten sondern mit Gefahren anderer Art (unzulässige Belästigung u.s.w.) begründet wird, welche die zu grosse Zahl der Hausierer für das Publikum mit sich bringe.

A. – Der Rekurrent Hans Bossert in Zürich kam beim aargauischen Polizeikommando um das Hausierpatent für den Verkauf von Haushaltsartikeln unter Benützung eines Motorfahrzeuges ein, wurde aber mit seinem Gesuch abgewiesen. Die Polizeidirektion des Kantons Aargau bestätigte diese Verfügung mit der Begründung, dass die übermässige Vermehrung der Hausierer und die damit

Seite: 166

verbundene Belästigung des Publikums eine Beschränkung der Zahl des Hausierpatente notwendig mache und es auch nicht zu beanstanden sei, wenn das Polizeikommando bei der Entscheidung darüber, ob einem bestimmten Patentgesuche dennoch entsprochen werden solle, eine gewisse freie Würdigung des Falles für sich beanspruche. Eine Beschwerde des Rekurrenten hiegegen hat der Regierungsrat von Aargau durch Entscheid vom 16. Januar 1931 abgewiesen.

B. – Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde stellt Bossert das Begehren, es sei der erwähnte Entscheid des Regierungsrates wegen Verletzung der Gewerbefreiheit und der Rechtsgleichheit (Art. 31 und 4 BV) aufzuheben und der Regierungsrat beziehungsweise das Polizeikommando des Kantons Aargau anzuhalten, dem Rekurrenten das nachgesuchte Patent zu erteilen.

C. – Der Regierungsrat von Aargau hat die Abweisung der Beschwerde beantragt. Zur Begründung wird in der Beschwerdeantwort in Verbindung mit den Motiven des angefochtenen Entscheides geltend gemacht: Art. 31 BV gewährleiste die Gewerbefreiheit nur unter Vorbehalt der öffentlichen Ordnung. Diese könne aber beim Hausiergewerbe nicht bloss durch die Zulassung ungeeigneter Elemente zu dieser Betriebsart gefährdet werden, sondern auch schon durch die zu grosse Zahl der Hausierer. Im Gegensatz zum gewöhnlichen Gewerbetreibenden, der die Kundschaft in seinem Geschäftsräumen abwartet, suche der Hausierer dieselbe in ihren Privaträumen auf, um ihr seine Ware aufzudrängen. Während die Vermehrung des Angebotes beim gewöhnlichen Gewerbe zunächst nur die Gewerbetreibenden selbst berühre, insofern als dadurch der Absatz des Einzelnen verringert und die Preise gedrückt werden, verhalte es sich wegen der eben erwähnten Tatsache anders beim Hausierhandel, indem die zu grosse Zahl der Hausierer und der dadurch bedingte verschärfte Wettbewerb notwendig die mit jenem Aufsuchen der Kunden ohnehin verbundene Aufdringlichkeit noch vermehre.

Seite: 167

Das gelte insbesondere in Zeiten einer wirtschaftlichen Krise, wie sie gegenwärtig herrsche, wo mit der Vermehrung der Zahl der Personen, die sich mangels einer anderen Arbeitsgelegenheit dem Hausierhandel zuwenden, eine Verminderung der Kaufkraft des Publikums Hand in Hand gehe. Tatsächlich habe denn auch infolge dieser Erscheinungen die an sich schon lästige Zudringlichkeit der Hausierer Formen angenommen, die sich nur schwer noch vom Bettel unterscheiden lassen, und denen gegenüber die üblichen privaten Schutzmassnahmen (Anbringen von Verbotstafeln, Abschiessen der Häuser u.s.w.) und die gewöhnlichen polizeilichen Mittel versagen. Täglich werde über Belästigung durch die Hausierer, Störung an der Arbeit durch solche, Beschmutzen der Häuser und dergleichen geklagt und dagegen der behördliche Schutz nachgesucht. Dies obwohl nach dem Berichte des kantonalen Patentbureaus nur die kleinste Zahl der Bewerber das Hausierpatent erhalten. Bei uneingeschränkter Patenterteilung müssten die Misstände noch viel schlimmer werden. Die zahlenmässige Beschränkung der Patente sei demnach unumgänglich. Da sie nicht aus wirtschaftspolitischen Erwägungen, sondern aus den erwähnten Gründen des öffentlichen Wohls geschehe, könne auch einer solchen Massnahme die Gewerbefreiheit nicht entgegengehalten werden. Als Folge müsse aber der Patentbehörde bei Behandlung der Patentgesuche ein gewisses Ermessen gelassen und könne es nicht als unzulässig betrachtet werden, wenn sie sich dabei mit von sozialpolitischen Rücksichten, wie z. B. dem Grade des Bedürfnisses des Bewerbers, leiten lasse. Auch der Einwand des Beschwerdeführers, dass er nicht in die Häuser gehe, sondern seine Ware auf

der Strasse ab dem Wagen feilbiete, könne nicht gehört werden, weil erfahrungsgemäss jede Art des Hausierens als lästig empfunden werde und zudem auch in solchen Fällen auf eine lärmende Reklame, Ziehen von Hausglocken u.s.w., nicht verzichtet zu werden pflege.

Seite: 168

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Art. 31 BV gewährleistet mit der «Freiheit des Handels und der Gewerbe» das wirtschaftliche System des freien Wettbewerbes. Der freie Wettbewerb bedingt aber, dass die Zahl der Gewerbetreibenden nicht durch Gesetz oder Verfügung eingeschränkt, sondern dass jeder, der allfällig bestehende allgemeine Anforderungen erfüllt, zur Ausübung des fraglichen Gewerbes zugelassen wird. Die Beschränkung der Zahl der Personen, die in einem Gebiete ein bestimmtes Gewerbe betreiben dürfen, ist eine Verneinung des freien Wettbewerbes, indem sie die zugelassenen Personen vom Wettbewerb weiterer schützt und die nicht zugelassenen davon ausschliesst. Sie widerspricht überdies dem aus Art. 31 in Verbindung mit Art. 4 BV folgenden Postulate der Gleichbehandlung aller Personen, die ein Gewerbe betreiben oder betreiben wollen. Durch Art. 31 lit. e werden allerdings die Kantone zu Verfügungen «über die Ausübung von Handel und Gewerben» ermächtigt, jedoch nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass diese Verfügungen «den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen» dürfen. Es darf gestützt hierauf zwar aus Gründen des öffentlichen Wohles den schädlichen Wirkungen einzelner Gewerbe durch eine polizeiliche Regelung des Gewerbebetriebes begegnet, nicht aber die Zahl der Bewilligungen für ein Gewerbe begrenzt werden, weil durch eine solche Unterbindung des freien Wettbewerbes in dem betreffenden Gewerbebezug die Gewerbefreiheit im Prinzip selbst aufgehoben wäre. Die nachteiligen Folgen eines bestimmten Gewerbes oder einer bestimmten Betriebsart eines Gewerbes für die Volkswohlfahrt mögen sogar unter Umständen dazu führen, dass dieses Gewerbe oder diese Betriebsart überhaupt verboten wird, wenn weniger einschneidende Massnahmen sich als unzureichend erweisen. Das Verbot muss aber alsdann für alle Unternehmer des Gewerbes gleichmässig gelten und darf nicht bloss einzelne

Seite: 169

treffen und sie vom freien Wettbewerb mit den anderen ausschliessen. Es kann nicht dem einen eine gewerbliche Betätigung untersagt werden, die unter gleichen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen einem anderen gestattet wird. Wäre die zahlenmässige Beschränkung der Gewerbebewilligungen aus polizeilichen Gründen statthaft, so müsste es auch die sogenannte Bedürfnisklausel sein. Sie ist aber durch die Rechtsprechung der Bundesbehörden immer als unzulässig erklärt worden, soweit nicht die Bundesverfassung diese Durchbrechung des Grundsatzes des freien Wettbewerbes durch eine besondere Bestimmung gestattet. Art. 31 lit. c, heute Art. 32quater BV, der eine solche Ermächtigung für das Wirtschaftswesen und den Kleinhandel mit geistigen Getränken enthält, stellt sich als eine Ausnahmenvorschrift dar, die nicht durch Analogie auf andere Gewerbe übertragen werden darf (vgl. die zusammenfassenden Ausführungen in BGE 47 I 34 und die dortigen Zitate, ferner mit besonderer Bezugnahme auf das Kinematographengewerbe seither noch den Bericht des Bundesrates zum Postulat Zimmerli und Genossen Bbl. 1925 III 545 ff.). Dass der Ausschluss weiterer Bewerber nicht dem Schutz derjenigen Personen, die bereits das betreffende Gewerbe betreiben, vor überlegener oder unliebsamer Konkurrenz, sondern anderen, nicht wirtschaftspolitischen Interessen der Allgemeinheit dienen soll, ist unerheblich. Gerade in dem eben erwähnten Falle BGE 47 I 34 war die Aufstellung der Bedürfnisklausel für die Kinematographentheater von den zürcherischen Behörden ebenfalls nicht mit der Rücksicht auf bereits bestehende Betriebe dieser Art, sondern mit den moralischen und sonstigen Gefahren begründet worden, die das Überhandnehmen solcher Vergnügungsstätten für das Publikum (die Besucher) nach sich ziehe.

2. – Was vorstehend allgemein ausgeführt wurde, muss auch für den Hausierhandel gelten, der als eine Form der Erwerbstätigkeit nach feststehender Praxis der Bundesbehörden grundsätzlich ebenfalls unter dem

Seite: 170

Schutze der Gewerbefreiheit steht. Die besonderen Gefahren, welche diese Betriebsart mit sich bringt, insbesondere die erhöhte Gefahr der Übervorteilung oder einer unzulässigen Belästigung des Publikums, lassen allerdings eine besondere polizeiliche Kontrolle und Überwachung der Gewerbeausübung als berechtigt erscheinen. Es darf dafür ein Patent gefordert werden, dessen Erteilung und Belassung gewisse Garantien in der Person des Bewerbers voraussetzt. Auch kann das Hausieren mit Warengattungen, die erfahrungsgemäss besonders leicht Anlass zu Prellereien geben oder deren Vertrieb auf diesem Wege hygienisch bedenklich ist, ausgeschlossen werden. Die Notwendigkeit solcher polizeilicher Kontrolle sowie die Tatsache, dass der Hausierhandel wegen des Fehlens einer festen Geschäftsstelle des Hausierers sich der ordentlichen Besteuerung des

sesshaften Handels entzieht, rechtfertigen endlich eine besondere fiskalische Belastung desselben, wobei immerhin diese Sonderbesteuerung nicht durch ihre Höhe prohibitiv wirken, d. h. nicht die Erzielung eines angemessenen Geschäftsgewinnes bei der betreffenden Betriebsart allgemein ausschliessen darf. Dagegen ist die Begrenzung der Zahl der Hausierpatente, wie sie die aargauischen Behörden unter Berufung auf solche Erwägungen anstreben, nicht statthaft und geht über den Rahmen der den Kantonen vorbehaltenen Massnahmen hinaus, weil sie in den Grundsatz des freien Wettbewerbes selbst eingreift, der durch Art. 31 BV auch für diese Betriebsform gewährleistet ist. Der Regierungsrat von Aargau stützt sich für seine abweichende Auffassung zu Unrecht auf das Urteil des Bundesgerichtes in Sachen von Büren BGE 52 I 293. Denn auch hier ist am Grundsatz der Gewerbefreiheit für das Hausiergewerbe unbedingt festgehalten und nur die polizeiliche Regelung der Gewerbeausübung in dem oben umschriebenen Sinne vorbehalten worden (vgl. ferner ebenda 54 I 228 und die Meinungsäusserung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zur Absicht des luzernischen Gesetzgebers

Seite: 171

für den Hausierhandel die Bedürfnisklausel einzuführen, bei SALIS-BURCKHARDT, Bundesrecht II Nr. 468 auf S. 163 oben).

Wenn infolge der wachsenden Zahl der Hausierer im Kanton die mit dieser Betriebsart verbundenen Nachteile sich gesteigert haben, die Klagen über ungebührliche Zudringlichkeit, verhüllten Bettel der Patentträger und dergleichen zunehmen, so muss dem durch eine verschärfte polizeiliche Kontrolle, Bestrafung der Fehlbaren und Patententzug bei festgestellten Verfehlungen entgegengetreten werden, wozu die kantonale Gesetzgebung (Markt- und Hausiergesetz von 1879, insbesondere §§ 7, 16, 17, 20 in Verbindung mit der Vollziehungsverordnung dazu) die notwendige Handhabe bietet. Auf dem im angefochtenen Entscheide eingeschlagenen Wege darf dieses Ziel nicht verfolgt werden.

3. – Der angefochtene Entscheid ist deshalb in dem Sinne aufzuheben, dass die Verweigerung des Patentbesitzes wegen der zu grossen oder doch genügenden Zahl der schon bestehenden Hausierpatente unzulässig ist, dass es dagegen den kantonalen Behörden vorbehalten bleiben muss zu prüfen, ob der Rekurrent den Anforderungen entspricht, welche an den Bewerber um ein Hausierpatent in persönlicher Beziehung durch das kantonale Recht gestellt werden und nach Art. 31 BV zulässiger Weise gestellt werden dürfen, und verneinenden Falls die Patenterteilung abzulehnen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird in dem Sinn gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 16. Januar 1931 aufgehoben wird