

S. 373 / Nr. 57 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 57 I 373

57. Urteil vom 23. Dezember 1931 i., S. Schuhhaus Löw A.-G. gegen Zug.

Regeste:

Es ist nach Art. 31 BV unzulässig, demjenigen, der einen Totalausverkauf veranstaltet hat, den normalen Weiterbetrieb des Geschäftes polizeilich zu verbieten.

(Gekürzter Tatbestand:)

A. – Das «Schuhhaus zum Hans Sachs A.-G.» betrieb unter diesem Namen in Zug ein Detailgeschäft. Im Juni 1931 kam die Gesellschaft beim Regierungsrat des Kantons Zug um die Bewilligung für einen Totalausverkauf ein, die er mit Befristung vom 4. Juli – 3. September. gestützt

Seite: 374

auf § 23 des Gesetzes betreffend den unlautern Wettbewerb vom 21. August 1930, erteilte. Nachdem das Geschäft nach Ablauf der Ausverkaufsfrist geschlossen worden war, stellte am 16. September das «Schuhhaus Löw A.-G.» an die Gemeindebehörde von Zug das Gesuch um Bewilligung zum Betrieb eines Detailgeschäftes am gleichen Orte. Nach verschiedenen Erhebungen über die Verhältnisse des Schuhhauses zum Hans Sachs A.-G. und des Schuhhauses Löw A.-G. und ihre Beziehungen zu einander hat der Regierungsrat des Kantons Zug das Gesuch mit Entscheid vom 21./28. Oktober 1931 abgewiesen. Auf Grund der gemachten Erhebungen wurde festgestellt, dass die Hans Sachs A.-G. und das Schuhhaus Löw A.-G. ein und dasselbe Unternehmen der Schuhfabrik Löw A.-G., d.h. eine Verkaufs- und Betriebsorganisation derselben seien; durch die Mittelperson der Hans Sachs A.-G. habe sich die Löw A.-G. einen Totalausverkauf wegen «Geschäftsaufgabe» bewilligen lassen, dann aber durch eine andere Mittelperson, das Schuhhaus Löw A.-G., schon 14 Tage nach Beendigung des Ausverkaufes um eine neue Patentbewilligung nachgesucht; das neue Geschäft solle im gleichen Lokal betrieben werden, wie das der Hans Sachs A.-G. Darin liege ein Missbrauch des Totalausverkaufes, und es seien darnach die Voraussetzungen des § 26 des Gesetzes über unlautern Wettbewerb zum Verbot der Neugründung oder Weiterführung des Geschäftes während drei Jahren gegeben.

B. – Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragt das Schuhhaus Löw A.-G. beim Bundesgericht, «es sei der regierungsrätliche Entscheid vom 21./28. Oktober 1931 und das darin enthaltene Verbot der Eröffnung eines Detailgeschäftes in Zug aufzuheben, sowie der Regierungsrat des Kantons Zug zu verhalten, das nachgesuchte Handelspatent zu erteilen».

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der angefochtene Entscheid verletze Art. 31 BV: Die Bestimmung von § 26 des Zuger Gesetzes, auf die sich der regierungsrätliche

Seite: 375

Entscheid stützt, sei wirtschafts-politischen Erwägungen, der Rücksicht auf den Schutz des mittelständigen Gewerbes, entsprungen und verstosse gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, wofür auf die Entscheide des Bundesgerichtes in Sachen Graetz gegen Obwalden, 42 I 25, und in Sachen Denzler & Cie. gegen Thurgau, 48 I 459, verwiesen wird.

C. – Namens des Regierungsrates von Zug beantragt die dortige Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde. Gegenüber der Berufung auf die bundesgerichtlichen Entscheide in Sachen Graetz und Denzler & Cie. wird geltend gemacht, dass der Tatbestand im vorliegenden Falle nicht der nämliche sei: Sowohl der Kanton Obwalden als der Kanton Thurgau hätten keine gesetzliche Bestimmung, die ihnen das Recht gegeben hätte, die Weiterführung eines Geschäftes nach Durchführung eines Totalausverkaufes zu verbieten. Mit einer solchen Bestimmung wolle der zugerische Gesetzgeber den Missbrauch der Institution des Totalausverkaufes zu unlauterem Wettbewerb verhindern und vor allem die Konsumenten gegen Täuschungen schützen. Um dem Zweck des Verfassungsgrundsatzes nachzukommen, habe er vorgesehen, dass beim Vorliegen besonderer Verhältnisse vom Regierungsrat Ausnahmen bewilligt werden können. «Die Wiedereröffnung eines Geschäftes gleicher Branche soll überall dort möglich gemacht werden, wo nicht ein Totalausverkauf zum Zwecke unlauteren Geschäftsgebahrens vorgenommen wurde und wo die Anwendung des Verbotes, infolge veränderter Verhältnisse für den Geschäftsinhaber, eine unbillige Härte darstellen würde. In den letzten Jahren ist leider die Verkaufsart der Ausverkäufe dazu verwendet worden, durch Täuschung des Publikums unlauteren Wettbewerb zu betreiben. Das Veranlassen von Totalausverkäufen ist direkt zu einem Geschäft geworden. Es gibt Leute, die versuchen, von Ort zu Ort zu ziehen, einige Monate ein Geschäft betreiben, um nachher unter dem Vorwand eines Totalausverkaufes die Waren möglichst

Seite: 376

schnell abzustossen. Nach Beendigung des Ausverkaufes gehen sie an einen benachbarten Ort und beginnen den Trick von neuem. Das Publikum aber wird über die Eigenschaft der gekauften Ware als Liquidationsware getäuscht und die loyalen Geschäftsleute kommen in schweren Schaden.» In letzter Zeit sei man sogar dazu übergegangen, diesen «Totalausverkaufsschwindel» am Orte selber zu betreiben. Eine allfällige Busse wegen falschen Angaben bei Einreichung des Totalausverkaufsgesuches werde leicht in den Kauf genommen.

D. – Am 16. November teilte das Schuhhaus Löw A.-G. dem Regierungsrat von Zug mit, dass es trotz des Entscheides vom 21./28. Oktober das Geschäft in Zug eröffnen werde. Daraufhin beschloss der Regierungsrat des Kantons Zug am 21./23. November: «Die Schuhhaus Löw A.-G. wird angewiesen, das neueröffnete Zweiggeschäft in Zug von Mittwoch, den 25. dies an geschlossen zu halten.»

Diesem Beschluss unterzog sich die Schuhhaus Löw A.-G., erhob aber gleichzeitig dagegen eine neue Beschwerde wegen Verletzung von Art. 31 BV, in der Antrag und Begründung der frühern Beschwerde aufgenommen wird.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

2. – Das Bundesgericht hat in den von der Beschwerdeführerin angerufenen Entscheiden in Sachen Graetz gegen Obwalden und Denzler & Cie. gegen Thurgau erklärt, dass es dem in Art. 31 BV niedergelegten Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit widerspreche, wenn einem Handeltreibenden, dem eine Bewilligung zum Totalausverkauf erteilt worden ist, die Fortführung des Geschäftes nach Ablauf der Ausverkaufsfrist behördlich verboten werden wolle, weil der Missbrauch der Verkaufsbewilligung einen so tiefen Eingriff in den an sich erlaubten Gewerbebetrieb nicht rechtfertige. Wenn hieran festgehalten wird, so muss auch im vorliegenden Falle die Beschwerde gutgeheissen und das Verbot des Weiterbetriebes des Geschäftes

Seite: 377

der Beschwerdeführerin als verfassungswidrig aufgehoben werden. Denn tatbeständlich besteht kein rechtserheblicher Unterschied zwischen dem vorliegenden und den beiden frühern Fällen. Dass das Verbot in den letztern in die Form einer Bedingung für die Ausverkaufsbewilligung gekleidet war, während es sich im vorliegenden Falle auf eine gesetzliche Bestimmung stützt, ist für die Beantwortung der Frage der Verfassungsmässigkeit desselben gleichgültig, ebenso wie der Umstand, dass das Zuger Verbot zeitlich beschränkt ist. Auch die in § 26 des Zuger Gesetzes vorgesehene Möglichkeit, dass der Regierungsrat in besondern Fällen Ausnahmen machen kann, benimmt dem grundsätzlichen Verbot, aus dem Gesichtspunkt jener Entscheide betrachtet, nicht die Verfassungswidrigkeit. Vom Standpunkt des Art. 31 BV aus ist es vielmehr gleichgültig, ob ein derartiges Verbot auf einer blossen Verfügung oder einer der Ausverkaufsbewilligung beigefügten Bedingung oder auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhe. Es mag übrigens beigefügt werden, dass sich schon der Bundesrat in seinem Entscheid in Sachen Bloch vom 18. August 1903 dahin ausgesprochen hat: «Würden ihm (dem Rekurrenten) durch das angefochtene Urteil, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, aber offenkundig der fernere Betrieb eines ständigen Handels nach Abschluss des gänzlichen Ausverkaufs verwehrt, so müsste hierin allerdings eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit erblickt werden» (BBl. 1903 III S. 948).

3. – Somit kann es sich nur fragen, ob auf die frühere Praxis zurückzukommen und ein Verbot, wie es § 26 des Zuger Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vorsieht, in Zukunft als mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar anzusehen sei. Eine erneute Prüfung der rechtlichen Seite der Frage führt nun aber nicht zu einer andern Lösung. Freilich erscheint es bei erster Betrachtung nahe liegend zu sagen: Durch die Auskündigung eines Totalausverkaufes werde der beabsichtigte Erfolg eines raschen Absatzes vorhandener Warenbestände durch die

Seite: 378

durch die Auskündigung hervorgerufene Vorstellung bewirkt oder doch verstärkt, dass das Geschäft nach Ablauf der Ausverkaufsfrist eingehe; deshalb sei dann der Ausverkäufer gehalten, diese von ihm hervorgerufene und ausgenutzte Vorstellung wahr zu machen und das Geschäft aufzugeben. Allein eine Verpflichtung dies zu tun, die nur eine öffentlichrechtliche sein könnte, lässt sich daraus, dass jemand eine Ausverkaufsbewilligung missbraucht hat, sei es, dass er von vorneherein keinen Ausverkauf beabsichtigte, sei es, dass er von dieser Absicht während des Ausverkaufs zurückgekommen ist, nicht ohne weiteres herleiten. Das Recht, Handel zu treiben, ist als solches innert der Schranken, die zum Schutz des öffentlichen Wohles aufgestellt sind, durch die Verfassung gewährleistet. Eine Erlaubnis zum Betriebe eines Geschäftes, wie es in Frage steht, ist auch nach Zuger Recht nicht erforderlich. Wenn dort eine «Bewilligung» zur Eröffnung eines neuen Handelsgeschäftes erforderlich ist, wie es nach dem eigenen Vorgehen der Beschwerdeführerin der

Fall zu sein scheint, so kann es sich nur um eine Kontrollmassnahme handeln, da materielle Regeln über die Bewilligung oder Nichtbewilligung eines solchen Betriebes nicht bestehen. Eine Verpflichtung, ein an sich erlaubtes Geschäft nicht zu betreiben, kann aber da, wo kein Genehmigungszwang (Erlaubnisvorbehalt) besteht, nur als Folge eines behördlichen Verbotes aufgefasst werden, durch das ein rechtswidriges Verhalten geahndet und weiteren Rechtswidrigkeiten vorgebeugt werden soll. Die Verfehlung besteht in einem Fall wie dem vorliegenden darin, dass eine Totalausverkaufsbewilligung missbraucht wurde, sei es dass die Aufgabe des Geschäftes gar nicht beabsichtigt war, oder dass diese Absicht nachher aufgegeben wurde. Die entsprechende Ahndung einer solchen Verfehlung besteht aber darin, dass der Fehlbare hierfür mit einer Strafe belegt wird, und nicht darin, dass ihm ein an sich erlaubter Geschäftsbetrieb durch Verwaltungsverfügung verboten wird. Der Missbrauch einer Totalausverkaufsbewilligung

Seite: 379

wird denn auch aller Regel nach unter die Strafandrohungen wegen unlauteren Wettbewerbs fallen, wie sie auch das Zuger Gesetz in den §§ 6 ff. und § 30 aufstellt. Dem Missbrauch wird ferner auch vorgebeugt werden können durch Versagung der Bewilligung, wenn die Auskündigung die Absicht des Missbrauchs erkennen lässt (so das zürch. Gesetz über das Ausverkaufswesen vom 26. August 1917 § 3 und die Verordnung dazu vom 23. Januar 1924 § 3, wo gesagt ist, die Bewilligung könne verweigert werden, wenn das Gesuch die Absicht unlauteren Gebarens erkennen lässt, z.B. wenn den Behörden unwahre, irreführende oder unvollständige Angaben gemacht werden, wenn an Stelle des eigentlichen Geschäftsinhabers andere Personen vorgeschoben werden etc.). Wohl kann weiter dafür gesorgt werden, dass der Fehlbare nicht mehr in die Lage kommt, in gleicher Weise sich zu verfehlen und das Publikum zu täuschen, in der Weise, dass ihm und seinen Geschäftsnachfolgern für eine gewisse Zeit keinerlei Ausverkaufsbewilligung erteilt wird, wie das das Zuger Gesetz ebenfalls in § 25 vorsieht. Auch sind andere Massnahmen, die den Missbrauch einer Ausverkaufsbewilligung verhindern oder erschweren sollen, wie sie das Zuger Gesetz in den §§ 14-17 ebenfalls kennt, zulässig. Endlich dürfen umgangene Gebühren nachgeholt und unter Umständen erhöht werden. Wenn aber wegen eines missbräuchlichen Ausverkaufs der normale Fortbetrieb eines Geschäftes durch den Ausverkäufer oder seine Nachfolger während längerer Zeit polizeilich verboten wird, so geht das über das Mass einer im Interesse der öffentlichen Ordnung gerechtfertigten Schutzmassnahme weit hinaus. Dass es sich bei § 26 des Gesetzes um eine polizeiliche Beschränkung und nicht um eine Strafe handelt, ist ohne weiteres klar, zumal da es danach in die Hände des Regierungsrates gelegt ist, von der gesetzlichen Vorschrift Ausnahmen zu gewähren, womit die Handhabung dieser Bestimmung einer Verwaltungsbehörde überlassen ist. Die begangene Unehrlichkeit könnte als Grund für eine solche

Seite: 380

weitgehende polizeiliche Beschränkung in der persönlichen Handelsfreiheit nur verwendet werden, wenn nach allgemeiner Ordnung die persönliche Ehrlichkeit die Voraussetzung für den Betrieb eines Handelsgeschäftes wäre. Nirgends aber, auch in Zug nicht, ist als Regel vorgesehen, dass wegen allgemeiner Unzuverlässigkeit oder wegen einzelner begangener Verstösse gegen die Geschäftsehrlichkeit der Betrieb eines nicht dem Genehmigungszwang unterliegenden Geschäftes gänzlich verboten werden könnte. Man lässt es vielmehr dabei bewenden, dass solche Verfehlungen als solche wegen unlauteren Wettbewerbs unter Strafe gestellt werden. So fällt auch in Zug die Ankündigung eines Totalausverkaufes, der sich als trügerisch erweist, zweifellos unter die §§ 6 und 7 Ziff. 1 des Gesetzes. Die Ansicht des Regierungsrates, eine Busse genüge als sichernde und abschreckende Massnahme nicht, erscheint nicht ohne weiteres als richtig, wenn man die recht weitgehenden Strafdrohungen beachtet. Zudem ist in § 30 des Gesetzes noch die Gefängnisstrafe vorgesehen. Daraus folgt, dass die in § 26 vorgesehene Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit über das Mass der zulässigen Schranken hinausgeht und als verfassungswidrig erscheint, und dass die rechtliche Nachprüfung der Frage ein Abgehen von den frühern Entscheiden nicht verlangt...

4. – Nun macht aber der Regierungsrat geltend, dass sich aus der durch die bisherige Praxis ergebenden Rechtslage tatsächlich unhaltbare Zustände ergeben hätten, die eine Änderung der Praxis forderten. Für den Kanton Zug wird dafür nur auf einen Fall verwiesen, der auch Anlass zu der Aufnahme des § 26 gegeben haben soll. Es geht aber gewiss nicht an, deshalb, weil einmal eine Ausverkaufsbewilligung missbraucht worden ist, nun allgemein die strenge Folge des Verbotes des Weiterbetriebes des Geschäftes anzudrohen, zum mindesten soweit es sich dabei nicht um eine Strafe, sondern um eine bloss polizeiliche Massnahme handelt. Die Befürchtung sodann, dass ohne eine solche Bestimmung die Gefahr bestehe,

Seite: 381

dass das ganze Jahr Scheinausverkäufe abgehalten werden. ist offensichtlich übertrieben, und was die Behauptung betrifft, dass sich gerade im Anschluss an die Fälle Graetz und Denzler & Cie. ein Geschäftsgebaren herausgebildet habe, das unzweifelhaft den Charakter des unlauteren Wettbewerbes trägt, sind schlüssige Beweise hiefür nicht beigebracht worden, indem lediglich erwähnt wird, dass die Löw A.-G. solche Totalausverkäufe auch in Wohlen und Arbon veranstaltet habe und dass man deshalb in Zug angefragt habe, wie man sich dort verhalten habe. Damit ist ein allgemeiner Notstand, der ein Abgehen von der grundsätzlich richtigen Lösung dringend erheischen würde, nicht dargetan. Übrigens sagt der Regierungsrat selber, es handle sich bei der Bestimmung des § 26 um die Bekämpfung eines unlauteren Wettbewerbes. Dafür scheinen aber die übrigen hiefür zur Verfügung stehenden Mittel sowie die Massnahmen, die insbesondere in Hinsicht auf die Kontrolle der Ausverkäufe getroffen werden können, hinreichend. Es ist nicht ersichtlich, dass man in Zug (und anderswo) diese Mittel, insbesondere das Strafverfahren wegen unlauteren Wettbewerbs, erfolglos angewendet habe oder dass diese nicht zulässig gewesen seien. Endlich mag bemerkt werden, dass, soweit ersichtlich, kein anderer Kanton es für nötig gefunden hat, so weit zu gehen wie Zug mit § 26 des Gesetzes. Den diesbezüglichen Hinweisen im Entscheid in Sachen Denzler & Cie. (BGE 48 I 460) mag beigelegt werden, dass auch die seither erlassenen Gesetze des Kantons Waadt über die Police du commerce und des Kantons Bern über den unlauteren Wettbewerb eine solche Vorschrift nicht enthalten. In Deutschland fallen ebenfalls täuschende Ausverkaufsanzeigen, wozu auch die Auskündigung eines Ausverkaufs gehört, ohne dass ein solcher beabsichtigt ist, lediglich unter die Strafvorschriften wegen unlauteren Wettbewerbs (vgl. Kommentar von ROSENTHAL zum Gesetz über unlauteren Wettbewerb zu § 7 Note 6 und 39 a), haben aber nicht das Verbot des Weiterbetriebes des Geschäftes zur

Seite: 382

Folge. Auch daraus darf geschlossen werden, dass eine Notwendigkeit, eine neue polizeiliche Schranke für einen an sich erlaubten Geschäftsbetrieb aufzurichten, nicht besteht...

Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates vom 21./28. Oktober ist darnach insofern verfassungswidrig, als er der Beschwerdeführerin den normalen Betrieb eines Schuhgeschäftes in Zug verbieten will, was denn auch die Aufhebung des Beschlusses des Regierungsrates vom 21./23. November, der eine Bestätigung und Ausführung jenes Verbotes enthält, nach sich zieht. Dabei sei vorbehalten, ob nicht ein zeitweises Verbot des Weiterbetriebes eines Geschäftes, wenn es als Nebenstrafe bei Widerhandlungen gegen die Ausverkaufsvorschriften gesetzlich vorgesehen und vom Richter verhängt würde, zu schützen wäre.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerden werden im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und demgemäss wird das in den Entscheiden des Regierungsrates des Kantons Zug vom 28. Oktober und 23. November 1931 enthaltene Verbot des Geschäftsbetriebes der Rekurrentin aufgehoben