

S. 7 / Nr. 2 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 64 I 7

2. Urteil vom 11. Februar 1938 i. S. Steiner & Co. A.-G. gegen Solothurn, Regierungsrat.

Regeste:

1. Bei Beschwerden aus Art. 31 BV untersucht das Bundesgericht, ob das kantonale Recht, so wie es angewendet worden ist (und aus dem Gesichtspunkt des Art. 4 BV ohne Willkür angewendet werden konnte), gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstösst.
2. Eine Radiofirma, die ein Automobil mit Radio-Reparaturwerkstätte unterhält und damit auf Bestellung hin die Kunden besucht, darf hiefür nach Art. 31 BV weder einer kantonalen Patentpflicht (Bewilligungszwang) noch einer besondern kantonalen Gewerbesteuer unterworfen werden.

Die Firma «Steiner & Cie Aktiengesellschaft» betreibt ein Radiogeschäft mit Sitz in Bern. Sie lässt durch Reisende, die mit der roten Handelsreisendenkarte versehen sind, in Bern und andern Kantonen das Publikum zu Miete und Kauf von Radioapparaten veranlassen. Sowohl die Mieter, als auch die Käufer, die mit ihr ein sog. Lampen- und Reparaturabonnement abschliessen, werden bei Störungen in den Apparaten von technischen Angestellten der Firma besucht. Um diesen Dienst zu erleichtern, hat die Steiner A.-G. ein Automobil mit Reparaturwerkstätte, einen «Reparaturwagen» angeschafft, in welchem jeweils in möglichster Nähe der betreffenden Kunden die

Seite: 8

erforderlichen Arbeiten an den Apparaten ausgeführt werden. Das Polizeidepartement des Kantons Solothurn betrachtete diesen Reparaturdienst als den «Betrieb eines Handwerks im Umherziehen» im Sinne von § 1 Ziff. 3 des kantonalen Hausiergesetzes. Es wies daher die zuständigen Polizeiorgane an, die im Reparaturwagen tätigen Radiotechniker zur Lösung von Patenten gemäss § 3 des Hausiergesetzes aufzufordern. Die monatliche Gebühr solle für jeden von ihnen Fr. 30.- im Monat betragen.

Gegen diese Anordnung beschwerte sich die Firma Steiner A.-G. beim solothurnischen Regierungsrat. Sie machte geltend, ihr Reparaturdienst falle nicht unter den Begriff des Hausierhandels im Sinne der bundesrechtlichen Praxis, weil die fraglichen Arbeiten nur auf vorherige Bestellung hin ausgeführt würden. Der vom Polizeidepartement vorgesehene Patentzwang und die Besteuerung widersprächen deshalb dem Art. 31 BV.

Der solothurnische Regierungsrat wies die Beschwerde am 9. November 1937 ab.

Hiegegen hat die Firma Steiner & Cie A.-G. die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Das Gewerbe, das mit dem streitigen Reparaturwagen betrieben wird, ist ein solches der Rekurrentin. Die Techniker, die im Wagen arbeiten, sind ihre Angestellten. Wenn das kantonale Polizeidepartement diese Techniker verhalten hat, je ein Hausierpatent zu lösen, und wenn dabei die Patentgebühr (pro Techniker) auf Fr. 30.- im Monat festgesetzt wurde, so trifft das die Rekurrentin; denn ihr Betrieb wird dadurch den Beschränkungen des Hausierverkehrs unterworfen. Der Regierungsrat ist denn auch auf die Beschwerde der Rekurrentin über die Verfügung des Departementes eingetreten, und ihre Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs gegen den Entscheid des Regierungsrates kann nicht zweifelhaft sein.

Seite: 9

2.- Die Unterstellung des Reparaturwagen-Betriebes der Rekurrentin unter § 1 des kantonalen Hausiergesetzes hat zur Folge, dass dafür eine Polizeibewilligung - Hausierpatent - gelöst werden muss, die an bestimmte persönliche und sachliche Voraussetzungen geknüpft ist, und dass bei diesem Anlass eine Abgabe bezogen wird. Die Abgabe hat gemischten Charakter. Sie enthält eine Gebühr für die mit der Ausstellung der Bewilligung verbundene Tätigkeit der Polizeiorgane; in der Hauptsache stellt sie aber eine Sondersteuer auf den Gewerbebetrieben dar, die das kantonale Gesetz über das Hausier- und Marktwesen als Hausierverkehr bezeichnet. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde werden sowohl der Bewilligungszwang, die Patentpflicht, wie auch die gewerbliche Sonderbesteuerung angefochten.

3.- Die kantonalen Behörden sind der Auffassung, dass der fragliche Betrieb der Rekurrentin, wenschon es sich nicht um Hausierverkehr im engern und eigentlichen Sinn handle, unter § 1 Ziff. 3 des solothurnischen Hausiergesetzes fällt. Die Rekurrentin behauptet nicht, dass diese Auslegung des kantonalen Gesetzes willkürlich sei. Vom Standpunkt des Art. 31 BV aus hat das Bundesgericht die Anwendung des kantonalen Gewerbepolizeirechts nicht näher nachzuprüfen, sondern nur zu untersuchen, ob das kantonale Recht, so wie es angewendet worden ist (und aus dem Gesichtspunkt

des Art. 4 BV ohne Willkür angewendet werden konnte), gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstösst (BGE 42 I S. 256; 55 I S. 77; 58 I S. 157; SALIS-BURCKHARDT Nr. 468 III. Die in 46 I S. 111 vertretene Auffassung dass das Bundesgericht aus Art. 31 BV kantonale Bestimmungen, welche die Ausübung von Handel und Gewerbe beschränken, überhaupt, d. h. über jenen Rahmen hinaus, frei auszulegen habe, kann nicht aufrecht erhalten werden; vgl. hiezu auch den nicht veröffentlichten BGE vom 29. September 1933 i. S. Migros gegen Schaffhausen).

4.- Der ambulante Gewerbebetrieb kann nach der

Seite: 10

bundesrechtlichen Praxis durch die Kantone dem Bewilligungszwang und einer mit der Bewilligung verbundenen Sondersteuer unterworfen werden. Solche Massnahmen verbleiben im Rahmen des Art. 31e BV. Zum ambulanten Gewerbebetrieb gehört der Verkauf von Waren oder auch der Ankauf von Gegenständen von Haus zu Haus, die Veranstaltung von Wanderlagern, andere wandernde Verkaufs- oder Einkaufsstellen, die Ausübung von Handwerken im Umherziehen, die Produktionen von Musikanten und dergl. (BGE 38 I S.424; 42 I S. 255ff.; 55 I S. 77; 57 I S. 100; s. auch die Übersicht über die Praxis in «Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden», 1932 Nr. 156.) Die Beschränkung solcher Wanderbetriebe durch Patentpflicht und Sonderbesteuerung lässt sich damit rechtfertigen, dass im Vergleich zum sesshaften Handel und Gewerbe, bei ihnen einerseits für das Publikum eine erhöhte Gefahr der Übervorteilung und Belästigung besteht und sie andererseits am Orte der gewerblichen Tätigkeit nicht der ordentlichen Steuerpflicht unterliegen, wofür ein Ausgleich in der Form einer besondern fiskalischen Belastung als angemessen erscheinen mag (BGE 57 I S. 105, 170; 58 I S. 158 f.; SALIS-BURCKHARDT Nr. 468 III). Die Praxis betrachtet aber jene Beschränkungen des Hausierhandels und der analogen Wanderbetriebe bloss dann als mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar, wenn der Gewerbetreibende dem Publikum nachgeht, um es zum Abschluss von Rechtsgeschäften zu bestimmen, nicht aber, wenn es sich nur um die Ausführung bereits früher gemachter Bestellungen handelt (BGE 55 I S. 78 und dortige Zitate; 68 I S. 160).

Der Regierungsrat anerkennt, dass bei der Rekurrentin ein Wandergewerbe in diesem Sinn nicht vorliegt. Der Betrieb des Servicewagens dient ausschliesslich der Besorgung von Reparaturen an Radioapparaten, zu denen die Rekurrentin kraft bereits bestehender vertraglicher Bindung verpflichtet ist. Die Werbung von Kunden, d. h. die Vermittlung der Miete und des Kaufs von

Seite: 11

Radioapparaten, wobei mit dem letztem auch der Abschluss des sog. Lampen- und Reparaturabonnements verbunden ist, stellt sich dem Betrieb des Servicewagens gegenüber als eine Sache für sich dar. Sie wird besorgt durch Reisende der Rekurrentin, die mit der roten Handelsreisendenkarte versehen sind, deren Tätigkeit somit auf Grund einer bundesrechtlichen Ermächtigung stattfindet (HRG Art. 1 ff.) und keinen kantonalen Beschränkungen unterliegt. Die Unterstellung der Rekurrentin unter das kantonale Hausiergesetz geschah denn auch ausschliesslich in Hinsicht auf den technischen Betrieb des Reparaturwagens, der aber die Merkmale eines Hausier- und Wandergewerbes im Sinne der bundesrechtlichen Praxis, wie bemerkt, nicht aufweist.

5.- Es ist indessen nicht zu verkennen, dass der Reparaturbetrieb der Rekurrentin ein Betrieb eigener Art ist, wie er bisher nicht vorkam. Der Wagen der Rekurrentin bildet eine mit allen technischen Hilfsmitteln ausgestattete Reparaturwerkstätte, die mit ihrem Personal von Ort zu Ort zieht und jeweilen an einem Orte solange verweilt, als die Bedienung der dortigen Kunden erfordert. Deshalb fragt es sich, ob nicht, wenschon kein Wandergewerbe im Sinne der bundesrechtlichen Praxis vorliegt, doch mit Rücksicht auf die besondere Natur dieses ambulanten Betriebes Patentpflicht und Sondersteuer nach Art. 31e BV zulässig seien.

Wenn die Praxis das bewilligungspflichtige Hausier- und Wandergewerbe in der angegebenen Weise umschrieb, so wollte damit vornehmlich verhindert werden, dass die blosser Ausführung von Bestellungen auf Waren oder Arbeiten, die durch auswärtige sesshafte Gewerbetreibende beim Kunden in den bisher üblichen Formen stattfindet, Beschränkungen dieser Art unterworfen werde, was hier eine mit Art. 31 BV unverträgliche Erschwerung des Geschäftsbetriebes bedeuten würde (B. z. B. SALIS Nr. 814). Es ist zu erwägen, ob nicht jene besondere Form, in welcher die Rekurrentin die bestellten Arbeiten ausführt, eine abweichende Lösung zu begründen vermag.

Seite: 12

6.- Die Patentpflicht dient beim Wandergewerbe der Auslese und Kontrolle im Hinblick auf die mit dieser Betriebsweise für das Publikum verbundenen Gefahren und Nachteile. Polizeiliche Gesichtspunkte solcher Art können auf den Betrieb der Rekurrentin nicht zutreffen. Weil es sich um die blosser Ausführung von Reparaturen auf Grund bestehender Verträge handelt, kann von der Möglichkeit der Übervorteilung und Belästigung des Publikums nicht die Rede sein. Eine Kontrolle

des Reparaturwagenbetriebes nach der technischen Seite kommt beim kantonalen Hausierpatent offenbar nicht in Frage. In dieser Beziehung liegt zudem die erforderliche Gewähr in der eidgenössischen Radioinstallations-Konzession, deren Inhaber die Rekurrentin ist (BG betr. den Telegraphen- und Telephonverkehr vom 14. Oktober 1922, Art. 3). Ob neben dieser eine kantonale technische Beaufsichtigung der Geschäfte, die sich mit dem Vertrieb und der Instandstellung von Radiogeräten befassen, überhaupt zulässig wäre, mag offen bleiben (die Frage würde zudem nach Art. 189 II OG in die Kompetenz des Bundesrates fallen).

Dagegen stände das Erfordernis einer kantonalen Bewilligung insofern mit Art. 31e in Einklang, als der Wagen der Rekurrentin öffentlichen Grund in einer Weise nutzen sollte, die über den gewöhnlichen Gemeingebrauch hinausgeht. Doch dürfte sich dann die Bewilligung nur hierauf und nicht auf den Betrieb überhaupt beziehen, wie das beim kantonalen Hausierpatent der Fall ist. Eine solche Inanspruchnahme läge vor, wenn der Wagen für die Vornahme der in einer Ortschaft auszuführenden Reparaturen auf öffentlichem Boden stationieren sollte. Im Entscheide des Regierungsrates selber spielt aber dieses Moment gar keine Rolle; es wird erst in der Rekursantwort erwähnt. Es ist auch durchaus nicht sicher, dass der Wagen der Rekurrentin den öffentlichen Grund in der erwähnten Weise benützt. Es wird wohl überall die Möglichkeit bestehen, ihn auf privatem Boden abzustellen. Unter diesen

Seite: 13

Umständen kann es nicht angehen, den Genehmigungszwang (der sich nach dem kantonalen Gesetz und nach dem Entscheid des Regierungsrates auf den Betrieb der Rekurrentin überhaupt bezieht) nachträglich nun auf die besondere Strassenbenützung zu stützen. Immerhin mögen die Behörden, sofern die Rekurrentin öffentliche Strassen und Plätze in der gedachten Weise in Anspruch nehmen sollte, die nach kantonalem und Bundesrecht zulässigen Massnahmen ergreifen.

7.- Es bleibt noch die Frage, ob nicht wenigstens die der Rekurrentin aufgelegte Abgabe von je Fr. 30.- im Monat für jeden der Techniker vor Art. 31 BV bestehen könne. Es handelt sich um die grundsätzliche Zulässigkeit. Der Höhe nach ist die Taxe nicht angefochten; es wird nicht eventuell geltend gemacht, dass die Abgabe prohibitive Wirkung hätte.

Die Rekurrentin hat ihren Sitz und damit ihr ordentliches Steuerdomizil in Bern. Der Betrieb des Reparaturwagens kann, seines bloss ambulanten Charakters wegen, nach der bundesrechtlichen Praxis betreffend das Verbot der Doppelbesteuerung kein sekundäres Steuerdomizil in andern Kantonen für die allgemeinen Steuern begründen. Doch sind gewerbliche Sondersteuern am Orte des vorübergehenden Geschäftsbetriebes deshalb noch nicht ausgeschlossen (vgl. BGE 50 I S. 191 ff.). Sie werden ja unter Umständen gerade auch mit der Begründung zugelassen, dass sie einen Ausgleich schaffen sollen, wenn eine Person sich gewerblich an einem Orte betätigt, wo für sie die gewöhnliche Steuerpflicht nicht besteht. Eine auf dieses steuerpolitische Motiv gestützte Gewerbesteuer ist aber vor der Handels- und Gewerbefreiheit nicht unbeschränkt zulässig (BURCKHARDT BV 3. Aufl. 250). Sesshafte Gewerbetreibende dürfen für ihren Betrieb, soweit er sich auswärts vollzieht, damit nur belastet werden, wenn spezielle Voraussetzungen vorliegen. Der massgebende Tatbestand wurde wiederum in dem in Erw. 4 erwähnten Begriff des Hausier- und Wandergewerbes erblickt im

Seite: 14

Gegensatz zu einer geschäftlichen Betätigung, die sich darauf beschränkt, ausserhalb des Geschäftssitzes auf Bestellung Waren zu liefern oder Arbeiten auszuführen. Bietet die hervorgehobene Besonderheit des Betriebes der Rekurrentin eine genügende Handhabe, um, hievon abweichend, die Sondersteuer zuzulassen?

Es wäre auf den Umstand abzustellen, dass die Reparaturen nicht beim Kunden, sondern im Wagen der Rekurrentin vorgenommen werden. Diese Abweichung von der gewöhnlichen Sachlage ist aber doch nicht wesentlich genug, um in der Frage der Zulässigkeit der Gewerbesteuer nach Art. 31 BV eine andere Lösung zu begründen. Die von der Rekurrentin gewählte Form des Radioreparaturdienstes ist eine an sich durchaus legitime Art gewerblicher Betätigung, die unter dem Schutz der Gewerbefreiheit steht. Würde man es zulassen, dass sie in allen Kantonen wo sie sich vollzieht, mit einer der vorliegenden ähnlichen Abgabe belegt wird, so ergäbe sich daraus eine schwere Hemmung der Rekurrentin in der freien Ausübung dieses Betriebes. Gerade diese Hemmung des sesshaften Gewerbes in seiner auswärtigen Betätigung sollte durch die von der bundesrechtlichen Praxis vorgenommene Abgrenzung, des patent- und abgabepflichtigen Hausier- und Wandergewerbes vermieden werden.

8.- Die streitige Besteuerung der Rekurrentin erscheint umso weniger als zulässig, als sie im Entscheide des Regierungsrates damit begründet wird, dass die ansässigen Radiogeschäfte vor einer solchen Konkurrenz eines auswärtigen Grossunternehmens zu schützen seien, also mit dem Bestreben, das freie Spiel der Konkurrenz auf diesem Gebiete zu korrigieren. Es ist, im Sinne des

Entscheidend, eine wirtschaftspolitische Massnahme, wie sie dem Grundsatz der freien Konkurrenz, auf dem Art. 31 BV beruht, widerspricht. Das Bundesgericht hat schon häufig festgestellt, dass Beschränkungen der Gewerbeausübung aus wirtschaftspolitischen Gründen vor Art. 31 nicht zulässig sind (z. B. BGE 59 I S. 61, 111 und Zitate). Es gilt das

Seite: 15

auch für die Belastung mit Sondersteuern gewerblicher Natur. Auch sie dürfen nicht den Zweck verfolgen, einzelnen Unternehmungen, z. B. Grossbetrieben, den Wettbewerb mit andern Geschäften zu erschweren. So wurde eine Warenhaussteuer mit diesem Ziel als unstatthaft erklärt (BGE 45 I S. 358 ff.). Auch eine mit Art. 31 vereinbare Gewerbesteuer kann freilich eine solche wirtschaftliche Wirkung äussern. Die Sondersteuer auf Hausier- und Wandergewerben im Sinne der bundesrechtlichen Praxis wird, indem sie diese Betriebsformen aus gewerbepolizeilichen und fiskalischen Gründen erschwert, doch zugleich auch die ansässigen Geschäftsleute begünstigen. Allein das ist nicht ihr Zweck, sondern nur eine Nebenwirkung. Das Argument, das der Regierungsrat im Entscheid dafür anführt, dass der Reparaturwagen der Rekurrentin dem kantonalen Hausiergesetz zu unterstellen sei, ist somit nicht geeignet, die Massnahme, auch nicht was die steuerliche Seite anlangt, in einer vor Art. 31 BV haltbaren Weise zu begründen. Es lässt im Gegenteil den Widerspruch zur Gewerbefreiheit klar hervortreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 9. November 1937 aufgehoben