

S. 208 / Nr. 30 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 78 I 208

30. Auszug aus dem Urteil vom 24. September 1952 i. S. Koch gegen Regierungsrat des Kantons Schwyz.

Regeste:

Bedürfnisklausel für Wirtschaften.

Verhältnis von Art. 31ter zu Art. 32quater BV (Erw. 4).

Die Bedürfnisklausel für alkoholfreie Wirtschaften kann sich nur auf Art. 31ter BV stützen. Die Bewilligung für eine alkoholfreie Wirtschaft kann daher nicht verweigert werden auf Grund einer im kantonalen Wirtschaftsgesetz enthaltenen Bedürfnisklausel, die seinerzeit gestützt auf den nur für Alkoholvirtschaften geltenden Art. 32quater BV aufgestellt worden ist (Erw. 5).

Alkoholfreie und alkoholführende Wirtschaften sind nicht gleichartige Betriebe im Sinne von Art. 31ter BV (Erw. 6).

Clause dite de besoin en matière d'exploitation d'auberges.

Rapport entre l'art. 31ter et l'art. 32quater Cst. (consid. 4).

Quand il s'agit d'établissements dans lesquels on ne sert pas de boissons alcooliques la clause dite de besoin ne peut se fonder que sur l'art. 31ter Cst. L'autorisation d'exploiter un tel établissement ne peut être refusée en vertu d'une clause figerait dans une loi cantonale concernant les cafés et auberges et elle-même fondée sur l'art. 32quater Cst, cette dernière disposition n'étant applicable qu'aux établissements dans lesquels on sert des boissons alcooliques (consid. 5).

Les établissements dans lesquels on sert des boissons alcooliques et ceux dans lesquels on n'en sert pas ne sont pas des établissements du même genre, dans le sens de l'art. 31ter St (consid. 6).

Clausola detta del bisogno in materia di esercizi pubblici.

Relazione tra l'art. 31ter e l'art. 32quater CF (consid. 4).

Quando si tratta di esercizi pubblici in cui non si servono bevande alcoliche, la clausola detta del bisogno può basarsi soltanto sull'art. 31ter CF. L'autorizzazione per un siffatto, esercizio

Seite: 209

pubblico non può essere negata in virtù d'una clausola detta del bisogno figurante in una legge cantonale sugli esercizi pubblici e basata sull'art. 32quater CF, il quale è applicabile soltanto a quegli esercizi pubblici in cui si servono delle bevande alcoliche (consid. 5).

Gli esercizi pubblici in cui si servono bevande alcoliche e quelli in cui non se ne servono non sono dello stesso genere a norma dell'art. 31ter CF (consid. 6).

Aus dem Tatbestand:

A. - Das schwyzerische Wirtschaftsgesetz vom 11. August 1899 (WG) bestimmt in § 15:

«Wenn an einem Orte die Zahl der bestehenden Wirtschaften derart gross ist, dass eine Vermehrung für das öffentliche Wohl offenbare Nachteile bringen würde, kann der Regierungsrat auf Antrag des betreffenden Gemeinderates oder von sich aus die Erteilung weiterer Wirtschaftskonzessionen bis auf weiteres verweigern.

B. - Der Beschwerdeführer Adolf Koch betreibt im Dorfkern vom Immensee eine Bäckerei und Konditorei. Im Winter 1949/50 richtete er in der Villa Erica, die oberhalb des Dorfes im Sog. Eichlgebiet an der Durchgangsstrasse Luzern-Küssnacht-Arth-Schwyz in der Nähe der Hohlen Gasse liegt, eine Filiale seines Geschäftes ein und ersuchte in der Folge um die Bewilligung, dort eine alkoholfreie Kaffeestube zu eröffnen.

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz wies das Gesuch am 13. Februar 1952 ab unter Berufung auf § 15 WG, der seit Inkrafttreten von Art. 31ter BV auch auf alkoholfreie Wirtschaften anwendbar sei und die Verweigerung von Wirtschaftspatenten auch zum Zwecke des Ausschlusses einer übermässigen Konkurrenz gestatte. Der schweizerische Gesetzgeber habe, nachdem das Bundesgericht die Anwendung von § 15 WG auf alkoholfreie Wirtschaften als unzulässig erklärt habe, dieser Bestimmung keinen andern Wortlaut gegeben. Seitdem durch die Revision der Wirtschaftsartikel der BV § 15 WG auch hinsichtlich der alkoholfreien Wirtschaften wieder Bestand habe, stehe seiner Anwendung nichts entgegen. Die Voraussetzungen der Art. 31ter BV seien erfüllt. Da die Konkurrenz unter

Seite: 210

den Gaststätten in Immensee und Umgebung sehr gross und es den Gästen in allen bestehenden Wirtschaften möglich sei, alkoholfreie Getränke zu konsumieren, entspreche die nachgesuchte Bewilligung nicht nur keinem Bedürfnis, sondern sie würde den Existenzkampf der bestehenden

Wirtschaften weit er verschärfen.

C. - Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde beantragt Adolf Koch, diesen Entscheid des Regierungsrates des Kantons Schwyz aufzuheben. Er beschwert sich wegen Verletzung der Art. 31, 31ter und 32quater BV und macht zur Begründung u.a. geltend:

Die Berufung des Regierungsrates auf Art. 31ter BV gehe fehl. Diese Bestimmung stelle einen reinen Kompetenzartikel dar, auf Grund dessen die Kantone die Bedürfnisklausel für alkoholfreie Wirtschaften einführen könnten. Der Kanton Schwyz habe aber das WG seit Inkrafttreten von Art. 31ter BV nicht revidiert, weshalb für alkoholfreie Wirtschaften der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gelte. Die Bedürfnisklausel für solche Wirtschaften könne nicht dadurch eingeführt werden, dass der bisherige § 15 WG entsprechend ausgelegt werde und einen Anwendungsbereich erhalte, der ihm bisher fehlte und auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung versagt war, denn damit würde das Volk in seinem Gesetzgebungsrecht beschnitten.

Das nachgesuchte Patent müsste dem Beschwerdeführer übrigens selbst dann erteilt werden, wenn im Kanton Schwyz die Bedürfnisklausel für alkoholfreie Wirtschaften gesetzlich verankert und Art. 31ter BV anwendbar wäre, da ein ausgesprochenes Bedürfnis für ein Tea-Room in der Gegend des Eichli bestehe und die nächste alkoholfreie Wirtschaft sich im Dorfe, 35 Minuten von der Villa Erika entfernt, befinde. Die bereits bestehenden alkoholführenden Wirtschaften könnten dem Beschwerdeführer nicht entgegengehalten werden, da nach Art. 31ter BV nur gleichartige Betriebe in Betracht kämen. Die gegenteilige Auffassung hätte die unsinnige Folge, dass in Gegenden mit

Seite: 211

vielen alkoholführenden Wirtschaften das Aufkommen alkoholfreier Gaststätten verunmöglicht wäre.

D. Das Polizeidepartement des Kantons Schwyz beantragt namens des Regierungsrates Abweisung der Beschwerde und führt u.a. an:

§ 15 WG in Verbindung mit Art. 31ter BV berechtere den Regierungsrat, die Bedürfnisfrage auch für die Neueröffnung alkoholfreier Wirtschaften zu prüfen. Der Kanton Schwyz habe allerdings sein WG seit Inkrafttreten der neuen Wirtschaftsartikel noch nicht revidiert. Ein Entwurf liege indessen vor, und es könne doch kaum Sinn der neuen Wirtschaftsartikel sein, dass bis zur Durchführung dieser Revision ein regelloses Aufkommen neuer alkoholfreier Wirtschaften geduldet werden müsse. Im Bezirk Küssnacht entfalle schon auf 110 Einwohner eine Wirtschaft gegenüber einem schweizerischen Durchschnitt von 300, weshalb generell von einem Bedürfnis auch für eine alkoholfreie Wirtschaft keine Rede sein könne. Überdies befänden sich in dem der Villa Erica gegenüber liegenden Hotel Eiche-Post sowie im Hotel Rigi in Immensee Räumlichkeiten, in denen an Kurgäste und Passanten sämtliche alkoholfreien Getränke ausgeschenkt würden. Ein Bedürfnis für die Neueröffnung eines Tea-Rooms bestehe somit nicht. Es erscheine auch unbefriedigend, die Gleichartigkeit von Wirtschaftsbetrieben danach zu bestimmen, ob neben alkoholfreien Getränken auf Wunsch auch Alkohol ausgeschenkt werde oder nicht.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

4.- Art. 32quater Abs. 1 BV ermächtigt die Kantone, auf dem Wege der Gesetzgebung zwecks Bekämpfung des Alkoholismus die Zahl der Alkoholkonsumierenden und der Betriebe des Kleinhandels mit geistigen Getränken nach dem Bedürfnis zu beschränken. Art. 31ter Abs. 1 BV gibt ihnen u.a. die Befugnis, auf dem nämlichen Wege die Zahl gleichartiger Betriebe des Gastgewerbes dann vom Bedürfnis

Seite: 212

abhängig zu machen, wenn dieses Gewerbe durch übermässige Konkurrenz in seiner Existenz bedroht ist. Das Bundesgericht hat angenommen, dass diese Bestimmung, soweit sie sich auf die Bedürfnisklausel bezieht, nur die alkoholfreien Wirtschaften berühre (BGE 74 I 382; ebenso STEINER, Die Bedürfnisklausel nach Art. 31ter BV, Festgabe für Nawiasky, S. 61; anderer Meinung MARTI, Handels- und Gewerbefreiheit S. 188, FLEINER-GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht S. 298/99, SCHÜRMAN, Zentralblatt 1948 S. 65 f.). Zu dieser Frage erneut Stellung zu nehmen, besteht hier kein Anlass. Fest steht und unbestritten ist jedenfalls, dass Art. 32quater Abs. 1 (alt Art. 31 lit. e) BV ausschliesslich zum Zwecke der Bekämpfung des Alkoholismus erlassen wurde und daher nur für alkoholführende Wirtschaften gilt (BGE 41 I 51, 49 I 97, 60 I 259, 74 I 382). Die Bedürfnisklausel für alkoholfreie Wirtschaften, im wesentlichen eine gewerbepolitische Massnahme, kann sich somit nur auf Art. 31ter Abs. 1 BV stützen, der für die Einführung dieser Klausel den Weg der Gesetzgebung vorschreibt, sie nur unter der Voraussetzung, dass das Gastwirtschaftsgewerbe durch übermässige Konkurrenz in seiner Existenz bedroht ist, zulässt und überdies eine Anweisung über die Ausgestaltung der Klausel enthält.

5.- Der Regierungsrat hat die Verweigerung des nachgesuchten Patentes für eine alkoholfreie Wirtschaft im angefochtenen Entscheid mit mangelndem Bedürfnis begründet und sich dafür auf § 15

des kantonalen Wirtschaftsgesetzes von 1899 berufen. Diese Bestimmung hatte indessen ihre verfassungsmässige Grundlage ausschliesslich in Art. 32quater Abs. 1 (alt Art. 31 lit. c) BV und war somit, soweit sie auf alkoholfreie Wirtschaften angewendet wurde, verfassungswidrig (BGE 41 I 51, 49 I 97). Der Regierungsrat steht auf dem Standpunkt, die in § 15 WG enthaltene Bedürfnisklausel gelte seit Inkrafttreten von Art. 31ter BV ohne weiteres auch für alkoholfreie Wirtschaften, während der Beschwerdeführer der Auffassung ist, die Klausel

Seite: 213

müsste für diese Betriebe auf dem Wege der Gesetzgebung neu eingeführt werden.

Das Bundesgericht hat in einigen älteren Entscheiden angenommen, dass das Bundesrecht das ihm widersprechende kantonale Recht nicht bloss in seiner Wirkung suspendiere, sondern endgültig beseitige, vernichte, sodass es bei nachträglicher Aufhebung des entgegenstehenden Bundesrechts nicht automatisch wieder in Kraft trete, sondern neu erlassen werden müsse (BGE 15 S. 162 ff., 170 ff.; 30 I 47). Das ist auch die in der Rechtslehre herrschende Auffassung eine Ausnahme wird nur gemacht für Bundesrecht, das von vorneherein als eine bloss vorübergehende Ordnung erlassen wurde, wie z.B. das sich auf den Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939 stützende Notrecht (BURCKHARDT, Komm. zur BV S. 823, FLEINER-GIACOMETTI, a.a.O. S. 96, IMBODEN, ZSR NF 61 S. 217). Ob an dieser Rechtsprechung, die, was den Fall bloss bundesrechtswidriger Auslegung eines an sich nicht bundesrechtswidrigen Rechtssatzes betrifft, nicht unangefochten blieb (REICHLIN, Zentralblatt 1949 S. 32), festzuhalten sei, kann dahingestellt bleiben. Denn es geht jedenfalls nicht an, die in § 15 WG enthaltene Bedürfnisklausel, nachdem Art. 31ter BV in Kraft getreten ist, auf dem Wege der Auslegung auf alkoholfreie Wirtschaften auszudehnen, auch wenn diese Auslegung, wie der Regierungsrat des Kantons Schwyz in seinem Entscheid vom 10. November 1947 bemerkte, der ursprünglichen Absicht des kantonalen Gesetzgebers von 1899 und der damaligen Rekurspraxis des Bundesrates (SALIS, Bundesrecht II Nr. 941) entspricht. § 15 WG hatte seine Grundlage, wie gesagt, in Art. 32quater BV, der die Beschränkung der Zahl der Wirtschaften nur zum Zwecke der Bekämpfung des Alkoholismus zulies. Eine hierauf beruhende Bedürfnisklausel kann nicht im Wege blosser Auslegung in eine Bedürfnisklausel auch im Sinne von Art. 31ter BV umgedeutet werden. Art. 31ter BV, der für die Einführung der Bedürfnisklausel ebenfalls den Weg der Gesetzgebung vorschreibt, umschreibt die Voraussetzungen

Seite: 214

dafür anders als Art. 32quater. Diese neue, dem bisherigen Recht unbekanntene Bedürfnisklausel kann daher nur durch ein neues Gesetz oder die Abänderung eines bisherigen Gesetzes eingeführt werden. Von einem «gesetzgeberischen Leerlauf» (REICHLIN a.a.O.) kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil die neue Bedürfnisklausel wohl kaum den gleichen Wortlaut haben kann wie § 15 WG, denn sie muss, wie Art. 31ter BV ausdrücklich vorschreibt, der Bedeutung der verschiedenen Arten von Wirtschaften für das Gemeinwohl angemessen Rechnung tragen.

Fehlt es demnach an der nach Art. 31ter BV erforderlichen gesetzlichen Grundlage, um die Bewilligung zur Führung einer alkoholfreien Wirtschaft von einem Bedürfnis abhängig zu machen, so verstösst der angefochtene Entscheid gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV). Er lässt sich auch nicht mit der weiteren, in der Vernehmlassung geltend gemachten Begründung halten, dass eine Revision des kantonalen WG im Gange sei und es dem Sinn und Geist der neuen Wirtschaftsartikel zuwiderlaufen würde, wenn in der Zwischenzeit ein regelloses Aufkommen neuer alkoholfreier Wirtschaften geduldet werden müsste. Solange ein Kanton von der ihm durch Art. 31ter BV gegebenen Ermächtigung nicht Gebrauch macht, wozu es der Änderung seiner Gesetzgebung bedarf, bleibt es, was die Eröffnung alkoholfreier Wirtschaften betrifft, beim bisherigen, seit Jahrzehnten bestehenden Rechtszustand.

6.- Ob das vom Beschwerdeführer nachgesuchte Patent gestützt auf eine neue, auf Grund von Art. 31ter BV eingeführte Bedürfnisklausel verweigert werden könnte, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Bemerkte sei lediglich, dass für die Feststellung der Bedürfnisse nur die Zahl gleichartiger Betriebe in Frage käme, ferner dass es nach der Entstehungsgeschichte von Art. 31ter BV nicht zweifelhaft sein kann, dass Alkoholwirtschaften und alkoholfreie Wirtschaften nicht gleichartige Betriebe darstellen

Seite: 215

und das Bedürfnis für eine alkoholfreie Wirtschaft daher nicht verneint werden darf, weil es an einem Ort genügend Alkoholwirtschaften gibt (StenBull NatR 1939 S. 544, 1945 S. 564/5; StR 1939 S. 397, 591, 1945 S. 256/8; FLEINER-GIACOMETTI, a.a.O. S. 299, SCHÜRMAN, a.a.O. S. 66, MARTI, n.a.O. S. 189, STEINER, a.a.O. S. 70 ff