

# A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

## I. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

35. Urteil vom 21. September 1916 i. S. Nievergelt  
gegen Zug.

Die zeitweilige Errichtung und öffentliche Auskündigung einer Einkaufsstelle für Altmetalle ausserhalb des Geschäftssitzes des dieselben aufkaufenden Unternehmens kann ohne Verletzung des Art. 4 BV und damit des Grundsatzes: *nulla poena sine lege* als Hausiertätigkeit, im Sinne der gesetzlichen Bestimmung des Gewerbebetriebs « im Umherziehen » (zug. Hausiergesetz, § 9), aufgefasst werden. Ihre Behandlung als patent- und gebührenpflichtiges Hausiern verstösst auch nicht gegen die Garantie des Art. 31 BV.

A. — Das zugerische Gesetz über den Markt- und Hausierverkehr sowie über den Gewerbebetrieb im Kanton, vom 22. August 1901, bestimmt im Abschnitt « Hausierwesen und Gewerbebetrieb » unter litt. a über den « eigentlichen Hausierverkehr » :

§ 9. « Als Hausieren oder Gewerbebetrieb im Umherziehen ist zu betrachten :

.....  
» c) der im Umherziehen betriebene Ankauf oder Austausch von Lumpen, Knochen, Fellen, altem Eisen und andern Metallen, alten Kleidern, Glas, Makulatur, antiquarischen Gegenständen u. dgl. »

Wer im Kanton dem Hausierverkehr obliegen will, bedarf hiezu, gemäss den §§ 11 und 19 des Gesetzes, eines Patentes in der Form einer von der kantonalen Finanzdirektion ausgestellten Bewilligung, für die eine Gebühr zu entrichten ist.

Als bewilligungsbedürftig und gebührenpflichtig sind im gleichen Abschnitt des Gesetzes ferner, unter litt. b, die Ausverkäufe erklärt, und ihnen ist, laut § 21 Abs. 2, das « Feilbieten eines Wanderlagers » gleichgestellt.

Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des Gesetzes werden, gemäss § 31, mit Busse von 5 Fr. bis 200 Fr., eventuell mit Gefängnis von 1 bis 40 Tagen geahndet.

B. — Der Rekurrent Nievergelt hatte in seiner Eigenschaft als Handelsreisender der Metallgiesserei und Armaturenfabrik E. Oederlin & C<sup>ie</sup> in Baden in den Lokalblättern von Zug folgendes Inserat erscheinen lassen :

« Ich kaufe zu guten Preisen :

» ALTMETALLE Kupfer, Rotguss, Messing,  
» Zink, Drehspähne

» zum Einschmelzen.

» Offerten unter Quantum-Angabe erbittet J. Nievergelt, Hotel Ochsen, Zug,

» Vertreter der Firma Oederlin & C<sup>ie</sup>, Metallgiesserei  
» und Armaturenfabrik, Baden. »

Zufolge dieser Publikation ist Nievergelt, weil nicht im Besitze des kantonalen Einkaufspatentes, durch Erkenntnis der Finanzdirektion des Kantons Zug vom 20. März 1916 trotz seinem Einwand, dass er zur fraglichen Einkaufstätigkeit mit seiner grünen Handelsreisendenkarte ohne weiteres berechtigt sei, « wegen Uebertretung des zugerischen Hausiergesetzes » mit einer Busse von 10 Fr., die im Nichtbezahlungsfalle in Haft umgewandelt werde, bestraft worden, und zwar aus folgenden Erwägungen : Der Einkauf von Metallen, Wollgarnen, Gebissen, etc. habe durch die Kriegsverhältnisse ganz eigene Formen angenommen ; er mache sich in ausge-

dehntem Masse geltend und bediene sich aller möglichen Mittel, die bis jetzt unbekannt gewesen oder wenigstens selten geübt worden seien. Eine beliebte Form der Durchführung des Einkaufs sei die Eröffnung von Abgabe- oder Einkaufsstellen, wobei meistens in den Zeitungen ein Inserat erlassen werde, das die Leute auffordere, die bezüglichen Waren dort zu offerieren. Die Finanzdirektion habe von jeher diese Art von Einkauf bestimmter Waren als Hausierhandel im weiteren Sinne des Wortes betrachtet und denjenigen, welcher, ohne im Besitze eines bezüglichen Patentes zu sein, die Anstalten für die Bewerkstellung eines solchen Einkaufshandels getroffen oder den Handel selbst betrieben habe, als straffällig behandelt. Nievergelt aber habe gemäss seiner Bekanntgabe in den zugerischen Blättern eine solche Einkaufsstelle im Hotel Ochsen in Zug errichtet. Darauf, dass die Waren direkt an die Giesserei in Baden geschickt würden, komme nichts an, sondern das Kriterium liege darin, dass Nievergelt am Platze in Zug das Zustandekommen des Einkaufs habe bewerkstelligen wollen und hiezu eines Einkaufspatentes bedurft hätte.

Diesen Erwägungen hat sich der Regierungsrat des Kantons Zug angeschlossen und die Beschwerde Nievergelt's gegen die Strafverfügung der Finanzdirektion mit Entscheid vom 26. / 27. April 1916 abgewiesen.

C. — Hierauf hat Nievergelt den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und Aufhebung des regierungsrätlichen Entscheides vom 26. / 27. April 1916 mit dem dadurch bestätigten Straferkenntnis der Finanzdirektion beantragt.

Zur Begründung wird ausgeführt : Die Bestrafung des Rekurrenten beruhe vorab auf einer ganz willkürlichen Auslegung des zugerischen Hausiergesetzes und verstosse gegen den Grundsatz : *nulla poena sine lege*. Nach dem klaren Wortlaut des § 9 jenes Gesetzes, der dem angefochtenen Entscheide offenbar zugrunde liege, sei als « Hausieren » patentpflichtig nur der Gewerbebetrieb

« im Umherziehen »; von einem solchen könne aber hier keine Rede sein. Zudem treffe die einschlägige litt. c des § 9 auch deswegen offenbar nicht zu, weil sie einen auf eigene Rechnung des Hausierers betriebenen Detailhandel voraussetze, wobei jener die beim Aufsuchen der Abgeber erworbenen Waren sofort mitnehme, während der Rekurrent den Ankauf von Altmetallen en gros für die von ihm vertretene Firma besorge und die ihm offerierten Metalle niemals selbst abholt, sondern den Offerenten jeweiligen Auftrag gegeben habe, die verkaufte Ware direkt an die Firma Oederlin & C<sup>ie</sup> zu senden. Uebrigens sei der Rekurrent gar nicht etwa dafür gebüsst worden, dass er gestützt auf ihm möglicherweise zugegangene Verkaufsofferten Altmetalle für seine Firma wirklich gekauft und der Firma habe senden lassen, sondern schon deswegen und einzig deswegen, weil er im Hotel Ochsen in Zug eine sog. Einkaufsstelle errichtet und auf diese Weise das Zustandekommen des Einkaufs habe bewerkstelligen wollen. Nun sei aber die Feststellung, dass er durch die ausgekündigte Entgegennahme von Offerten eine Einkaufsstelle errichtet habe, selbst schon willkürlich. Und wieso er dafür, dass er das Zustandekommen des Einkaufs habe bewerkstelligen wollen, sollte bestraft werden können, sei vollends unverständlich; das übersteige schon das gewöhnliche Mass von Willkür. Ferner verstosse der angefochtene Entscheid auch gegen die verfassungsmässig gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit. Die schweizerische Metallindustrie, insbesondere soweit sie Metalle, wie Messing, Kupfer, Zink u. s. w. verarbeite, sei durch die gegenwärtige Not an Rohmaterialien gezwungen, alle im Lande noch vorhandenen Vorräte zu sammeln und der Verarbeitung entgegenzuführen. Der Einkauf von Altmetallen gehöre heute zum Geschäftsbetrieb selbst der allergrössten Firmen. Folglich müsse die Betätigung in diesem Geschäftszweige nach richtiger, den gegenwärtigen Verhältnissen angepasster Auffassung des Begriffs der Handels- und Gewerbefreiheit für jeden

Fabrikanten und Handeltreibenden vollständig frei sein und dürfe nicht durch eine Strafverfügung vorliegender Art beeinträchtigt werden.

D. — Die Finanzdirektion des Kantons Zug hat namens des Regierungsrates auf Abweisung des Rekurses angetragen. Sie bemerkt in tatsächlicher Hinsicht, sie habe gegenüber allen Einkaufsstellen von der Art derjenigen des Rekurrenten im Hotel Ochsen in Zug, die im zweiten Kriegsjahre wie Pilze aus dem Boden geschossen seien, ein strenges Kontrollrecht ausgeübt und diesen Geschäftsbetrieb als patentpflichtigen Hausierhandel erklärt. Und rechtlich nimmt sie den Standpunkt ein, die Bestimmung, was patentpflichtiger Hausierhandel sei, falle in die Zuständigkeit der kantonalen Behörden. Dem Bundesgericht stehe ein Recht der Ueberprüfung und Kontrolle nur bei willkürlicher und gesetzesungleicher Auslegung zu. Von einer solchen könne aber hier keine Rede sein. Auch liege darin, dass die Behörden gegenüber gewissen Praktiken, die meistens auf die Uebervorteilung des Publikums und die Befriedigung einer zügellosen Gewinnsucht gerichtet seien, ein an eine geringe Gebühr geknüpftes Kontrollrecht üben, keine verfassungswidrige Beeinträchtigung des Handels.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Was die Beschwerde über Verletzung des Grundsatzes: *nulla poena sine lege* durch willkürliche Anwendung des zugerischen Hausiergesetzes betrifft, womit ein Verstoß gegen die Garantie der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) behauptet wird, ist allerdings richtig, dass der § 9 jenes Gesetzes das Hausieren als « Gewerbebetrieb im Umherziehen » definiert. Allein dieser Begriff erfordert nicht notwendig ein stetes Wandern, sondern lässt sich, jedenfalls ohne Willkür, als Gegensatz zum sesshaften Gewerbebetrieb vermittelt einer festen Geschäftsniederlassung (vergl. BURCKHARDT, Kommentar zur BV,

S. 275) auch in dem weiteren Sinne auslegen, dass darunter jede, ausserhalb eines ständigen Geschäftssitzes zeitweise getroffene Veranstaltung fällt, durch welche Waren von Personen, die damit nicht gewerbsmässig verkehren und deshalb nicht zum voraus bekannt sind, gekauft oder solchen Personen verkauft werden. Denn wenn auch das Wesen der Hausiertätigkeit darin besteht, dass der Hausierer seinen Kunden zum Zwecke des Geschäftsabschlusses nachgeht, so braucht dies doch nicht unbedingt für jeden einzelnen Kunden besonders zu geschehen. Es kann vielmehr als genügend angesehen werden, wenn der Hausierer bloss dem ins Auge gefassten Kundenkreis in seiner Gesamtheit vorübergehend örtlich entgegenkommt. Speziell bei dem hier in Betracht fallenden **Einkaufshausieren** des § 9 litt. c — dem im Umherziehen betriebenen Ankauf oder Eintausch u. a. von Altmetallen — handelt es sich um das gewerbsmässige Absuchen einer Gegend nach solchen Waren, soweit diese sich im Besitze nicht von Händlern, sondern von gewöhnlichen Privatpersonen befinden. Hierunter aber kann zwanglos jede Tätigkeit bezogen werden, die darauf abzielt, die privaten Warenbesitzer zu ermitteln und ihnen gleichzeitig durch eine besondere geschäftliche Vorkehr den Verkauf ihrer Waren in bequemer Nähe, ohne dass sie sich hiezu an einen allfälligen entfernteren Geschäftssitz des Käufers wenden müssen, zu ermöglichen. Wenn daher ein gewerbsmässiger Einkäufer von Hausierwaren den Verkäufern, statt sie einzeln in ihren Wohnstätten aufzusuchen, durch Errichtung einer für sie nahen Einkaufsstelle, wo er ihre Offerten entgegennimmt, eine ähnlich günstige Verkauf Gelegenheit bietet, so kann auch darin sehr wohl ein örtliches Entgegenkommen gegenüber der Kundschaft erblickt werden, wie es dem Hausierhandel wesentlich ist. Dieses Vorgehen stellt in der Tat eine dem direkten Aufsuchen der einzelnen Kunden nach Zweck und Erfolg entsprechende, bloss für den Händler einfachere und wohl auch weniger kostspielige Art des Einkaufshausierens dar.

Danach aber haben sich die Zuger Behörden mit der hier streitigen Anwendung des kantonalen Hausiergesetzes und der darauf gestützten Bestrafung des Rekurrenten keiner Willkür schuldig gemacht. Dass der Rekurrent den Einkauf von Altmetallen nicht als selbständiger Detailhändler, sondern en gros für die von ihm vertretene Firma besorgt und die gekauften Waren nicht selbst entgegennimmt, sondern der Firma direkt zusenden lässt, ist unerheblich. Denn für die Frage, ob sich eine Einkaufstätigkeit als Hausierhandel qualifiziere, kommt es nur auf deren Form, nicht auf die Zweckbestimmung der eingekauften Ware und die Beziehungen des Einkäufers zu seinem Abnehmer an. Ferner ist der Rekurrent zur fraglichen Geschäftstätigkeit nicht, wie er ursprünglich behauptet hatte, schon auf Grund seiner grünen Handelsreisendenkarte berechtigt, da ihn diese (Formular der **Beilage I** zum einschlägigen Bundesratsbeschluss vom 1. November 1892), wenn überhaupt zum **Einkauf von Waren**, so jedenfalls nur zum Verkehr mit **Handelsleuten** der betreffenden Branche legitimiert. Endlich ist es vom Willkürstandpunkte aus auch nicht zu beanstanden, wenn die kantonalen Behörden angesichts des vom Rekurrenten erlassenen Insetes zur Annahme der Errichtung einer Einkaufsstelle in Zug gelangt sind. Es liegt vielmehr nahe, in der Auskündigung der Entgegennahme von Verkaufsofferten an einem bestimmten Orte die Angabe einer dortigen Vertragsabschlussstelle und hierin den Beginn der auf den Vertragsabschluss gerichteten Tätigkeit zu erblicken, der als solcher bereits unter die für diese Tätigkeit vorgesehene Patentpflicht fällt.

2. — Die Annahme der Hausierpatentpflicht der in Frage stehenden Geschäftstätigkeit verstösst aber auch nicht gegen die verfassungsmässige Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV), auf die der Rekurrent sich ferner noch beruft. Allerdings kann dem Einwande der Rekursantwort, wonach die Kantone selbständig bestimmen könnten, was unter dem von ihnen als patent-

pflichtig erklärten Hausierhandel zu verstehen sei, und das Bundesgericht nur gegenüber willkürlicher oder rechtsungleicher Auslegung dieses Begriffs einzuschreiten hätte, nicht beigepflichtet werden. Denn aus der bundesrechtlichen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit ergibt sich ohne weiteres die Befugnis des Bundes, die Schranken dieser Freiheit zu normieren. Insbesondere ist aus Art. 31 litt. e BV (der den Erlass von Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben und über Besteuerung des Gewerbebetriebes nur unter dem Vorbehalt gestattet, dass sie den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen dürfen) abzuleiten und im Streitfalle vom Bundesgericht zu entscheiden, in welchem Umfange — qualitativ und quantitativ — die Handels- und Gewerbetätigkeit von den Kantonen bewilligungs- und steuerpflichtig erklärt werden darf. Und wenn die Praxis der Bundesbehörden von jeher die kantonrechtliche Unterstellung des Hausierhandels unter eine besondere gewerbepolizeiliche Kontrolle, mit Patentszwang und besondere Abgabepflicht, als zulässig erklärt hat, so ist dies stets in der Meinung geschehen, dass die Grenzen, bis zu denen die Kantone in dieser Beschränkung der freien Handelsbetätigung gehen dürfen, aus dem die Beschränkung gestattenden Bundesrecht selbst zu bestimmen seien (vergl. hierüber z. B. den Bundesratsbeschluss vom 31. Januar 1905 i. S. Worni-Frey: BBl 1905 I S. 499 ff. spez. S. 462/463 und die dortigen Verweisungen, sowie seither z. B. BGE 38 I No 11, Erw. 2 und 3 S. 71 und 40 I No 55, Erw. 2 S. 477). Allein aus diesem bundesrechtlichen Gesichtspunkte ist der vorliegende Entscheid der Zuger Behörden ebenfalls nicht zu beanstanden. Eine beschränkende Regelung der Ausübung des Hausierhandels rechtfertigt sich nach der erwähnten Praxis in gewerbepolizeilicher, wie auch in gewerbe- und steuerpolitischer Hinsicht. Dem allgemeinen Publikum, an das der Hausierer sich wendet, steht nicht in gleicher Weise, wie diesem fachkundigen Händler sei-

nerseits, ein Urteil über den Wert der ihm angebotenen oder abgeforderten Waren zu. Trotzdem lässt es sich erfahrungsgemäss durch das örtliche Entgegenkommen des Händlers besonders leicht zu den von diesem angestrebten Geschäftsabschlüssen bewegen und ist deshalb beim Hausiergeschäft der Gefahr der Uebervorteilung in wesentlich höherem Masse ausgesetzt, als beim Verkehr mit sesshaften Geschäftsleuten. Aus diesem Grunde erscheint es im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt als gerechtfertigt, die Hausiertätigkeit durch das Erfordernis einer Hausierbewilligung, deren Erteilung und Belassung bestimmte persönliche Garantien des Bewerbers voraussetzt, einer speziellen polizeilichen Kontrolle zu unterstellen. Ferner darf dem Hausierhandel mit Rücksicht auf diese Kontrolle, sowie darauf, dass er sich zufolge des ihm charakteristischen Mangels einer festen Geschäftsstelle des Hausierers der ordentlichen Besteuerung des sesshaften Handels entzieht, auch eine besondere Abgabe (Gebühr oder Steuer) auferlegt werden. Diese Voraussetzungen der zulässigen Beschränkung des Hausierhandels treffen aber auf die Geschäftstätigkeit des Rekurrenten in Zug zu. Namentlich besteht die geschilderte Gefahr der Uebervorteilung des Publikums, soweit sie durch das Aufsuchen desselben seitens des Warenhändlers bedingt wird, offenbar nicht nur, wenn der Händler jedem Kunden einzeln nachgeht, sondern auch dann, wenn er einem bestimmten Kundenkreise in seiner Gesamtheit derart örtlich nahetritt, dass ihm die Erzielung der gleichen Wirkung, wie durch Einzelbesuche, möglich ist. Und hiezu ist eine Veranstaltung, wonach ein gewerbmässiger Wareneinkäufer vorübergehend an einer für den ins Auge gefassten Kundenkreis bequem gelegenen Stelle Offerten entgegennimmt (und dabei selbstverständlich mit den Offerenten verhandelt), unzweifelhaft geeignet. Allerdings hat der Bundesrat in dem bereits erwähnten Beschluss i. S. Worni-Frey den Einkauf von altem Eisen durch ein sesshaftes Handelsgeschäft als nicht unter den

Hausierhandel fallend erklärt und ebenso die Hausierpatentpflicht für auf direkte Bestellungen erfolgte Warenlieferungen von sesshaften Geschäften nach auswärts wiederholt verneint (vergl. BBl 1895 I S. 226 Erw. 3 f.; 1907 IV S. 583 Erw. 2; 1909 I S. 782 Ziff. 2 litt. b). Allein der entscheidende Unterschied des heutigen Tatbestandes gegenüber den Tatbeständen jener früheren Fälle, speziell demjenigen des im übrigen durchaus gleichartigen Falles Worni-Frey, besteht darin, dass sich dort der Verkehr der Kunden jeweilen mit der Geschäftsniederlassung selbst abspielte, während hier eben eine besondere Veranstaltung hiezu ausserhalb des Geschäftssitzes getroffen worden ist. Die Errichtung einer Einkaufsstelle vorliegender Art entspricht übrigens für den Einkaufshandel völlig der Veranstaltung eines sog. Wanderlagers beim Verkaufshandel. Wanderlager aber dürfen nach feststehender bundesrechtlicher Praxis den Beschränkungen des Hausierhandels unterstellt werden, wie denn speziell das zugerische Markt- und Hausiergesetz sie gleich dem « eigentlichen Hausierverkehr » als bewilligungsbedürftig und gebührenpflichtig erklärt. Auch diese Erwägung führt zum Schutze des angefochtenen Entscheides.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

### 36. Urteil vom 3. November 1916

i. S. Magazine zum Globus A.-G. gegen den Polizeigerichtspräsidenten des Kantons Basel-Stadt.

Art. 4 und 31 BV. Zulässigkeit der polizeilichen Beschränkung der Ankündigung von Ausverkäufen. Bestimmung des Begriffs solcher Ankündigungen. Erfordernis der Aufnahme der Begriffsbestimmung in das die Beschränkung enthaltende Gesetz? Liegt die Ankündigung eines Ausverkaufs vor auch ohne ausdrückliche Angabe der Zeit, für die er vorgesehen ist?

A. — Die Rekurrentin, die in Basel eine Zweigniederlassung hat und dort ein Warenhaus betreibt, liess in der baslerischen Nationalzeitung vom 29. Juli 1916 ein Inserat erscheinen, worin sie unter Angabe der Preise zum Verkaufe anbot: « Grosse Posten Weisswaren zu Extrapreisen, Hemdentuche, Betttuchstoffe, Bettbazins, Bettdamaste, Tischtuchstoffe, Handtuchstoffe », « Occasion 2000 Meter Prima Wäschestoffe erstklassige Fabrikate von alten Abschlüssen, günstige Gelegenheit für Ausstattungen », « Occasion 1 Posten Tischtücher und Servietten ». In diesem Inserat erblickte der Polizeigerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt die Ankündigung eines Teilausverkaufs und verurteilte daher die Rekurrentin am 10. August 1916, weil sie vom Polizeidepartement die für Ausverkäufe erforderliche Bewilligung nicht erhalten hatte, auf Grund des § 166 Ziff. 3 des baslerischen Polizeistrafgesetzes (Fassung vom 8. Juni 1916) zu 20 Fr. Busse.

B. — Gegen diesen Entscheid hat die A.-G. Magazine zum Globus am 2. Oktober 1916 die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, der Entscheid sei aufzuheben.

Sie macht geltend, dass die Art. 31 und 4 BV verletzt seien, und führt zur Begründung aus: Dagegen, dass die Veranstaltung eines Ausverkaufs von gewissen « Beding-