

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

39. Urteil vom 13. Juli 1926

i. S. Allgemeiner Konsumverein Herisau
gegen Regierungsrat Appenzell A.-Rh.

Ankündigung eines zeitlich nicht beschränkten Rabattes von 6% auf allen Einkäufen zahlbar jeweilen, nachdem die Einkäufe 50 Fr. erreicht haben. Behandlung als Ausverkauf (im Sinne von Art. 2 des Hausiergesetzes von Appenzell A.-Rh.). Willkür.

A. — Der Allgemeine Konsumverein Herisau, eine zum Verband schweizerischer Konsumvereine gehörende Genossenschaft, sah sich im Jahre 1925 genötigt ein Nachlassvertragsverfahren durchzuführen. Den Gläubigern wurden 70% ihrer Forderungen ausbezahlt. Für die übrigen 30% erhielten sie sog. Genusscheine, die aus den Reinerträgen der künftigen Geschäftsjahre allmählich getilgt werden sollten. Im Zusammenhang damit wurde das bisherige System der Verteilung der Reinerträge unter die Genossenschafter in Form jährlicher Rückvergütungen aufgehoben und statt dessen ein fester Rabatt von 6% auf dem Betrage der vom einzelnen Genossenschafter gemachten Wareneinkäufe eingeführt. Die Statutenänderungen, die sich hierauf beziehen, sind an der Generalversammlung vom 22. November 1925 angenommen worden und auf den 1. Dezember 1925 in Kraft getreten. Art. 32—34 der Statuten lauten hienach:

« Art. 32. Aus den künftigen Betriebsüberschüssen wird nach Tilgung der laufenden Verbindlichkeiten, Verzinsung der fremden Gelder, Barrückvergütung von 6% an die Mitglieder und jährlicher Amortisation von 10,000 Fr. auf den Immobilien und Mobilien, der Amor-

tisationsfonds für die Genusscheine der Gläubiger gebildet und zwar solange, bis alle Genusscheine getilgt sind. »

« Art. 33. Den Genossenschaftern werden an Stelle des (bisherigen) Warenbüchleins sog. Einkäuferkarten eingehändigt, die sie behufs Abstempelung für die bezogenen Waren der Verkaufsperson jedesmal vorzulegen haben. »

« Art. 34. Mit der Lösung einer Einkaufskarte und mit der Unterzeichnung einer Beitrittserklärung wird ohne weiteres die Mitgliedschaft erworben. »

Nach der nicht bestrittenen Angabe des Konsumvereins im gegenwärtigen Rekursverfahren wird der Rabatt von 6% dem Genossenschafter ausbezahlt, sobald seine auf der Einkaufskarte eingetragenen Einkäufe 50 Fr. erreicht haben.

Am 13. März 1926 eröffnete der Regierungsrat des Kantons Appenzell A.-Rh. dem Allg. Konsumverein Herisau, dass ihm « unter den jetzigen Verhältnissen die Einräumung eines Rabattes von 6% nicht mehr gestattet werden » könne. In einer weiteren Mitteilung vom 17. März 1926 erklärte die Kantonskanzlei, der Beschluss vom 13. März 1926 sei « so aufzufassen, dass der Rabatt nicht mehr als 5% betragen darf (vgl. Ziffer 1 der beiliegenden Instruktion des Regierungsrates betreffend das Ausverkaufswesen im Kanton Appenzell A.-Rh. vom 17. Juli 1922). »

Die erwähnte Instruktion bildet einen Ausführungs-erlass zum kantonalen Gesetz betreffend das Hausier- und Marktwesen vom 28. April 1901. Ihre Ziffer 1 lautet:

« Als Ausverkauf im Sinne von Art. 2 litt. a des Hausiergesetzes wird, ob derselbe nun ausdrücklich als Ausverkauf bezeichnet werde oder nicht, jeder öffentliche Verkauf betrachtet, bei welchem eine wesentliche Preisermässigung auf die dem Verkaufe unterstellten Sachen versprochen wird. Hieher gehören z. B.: Verkauf zu oder unter Ankaufspreisen, zu bedeutend

reduzierten Preisen, zu herabgesetzten Preisen, solche mit über 5 % Rabatt bei Barzahlung, doppelten Sparrabatten und dgl..... »

B. — Mit dem vorliegenden staatsrechtlichen Rekurse verlangt der Allg. Konsumverein Herisau die Aufhebung des ihm am 13. März 1926 eröffneten Regierungsratsbeschlusses mit Nachtragsbeschluss vom 17. März wegen Verletzung von Art. 4 und 31 BV. Die Behandlung eines dauernden Sparrabattes der vorliegenden Art als Ausverkauf überschreite offensichtlich den Rahmen des kantonalen Hausiergesetzes, auf das sich die Instruktion vom 17. Juli 1922 stütze, und enthalte eine mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unvereinbare Einschränkung der Gewerbeausübung. Die angefochtenen Beschlüsse müssten deshalb selbst dann aufgehoben werden, wenn der Rekurrent ein gewöhnlicher Kleinhändler mit unorganisierter Kundschaft wäre, der an jedermann Waren abgebe. Im vorliegenden Falle handle es sich aber um den Verkehr einer Genossenschaft mit ihren Mitgliedern. Die Einkäuferkarten würden nur an Personen ausgehändigt, die entweder bereits Mitglieder seien oder eine Beitrittserklärung unterzeichnen und damit Mitglieder werden. Das schweizerische Genossenschaftsrecht enthalte keine Bestimmung, welche die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft von Gesetzeswegen von weiteren Verpflichtungen, Leistungen oder Formalitäten als einer solchen Beitrittserklärung abhängig machen würde; wo die Statuten sich damit begnügen, müsse deshalb ihre Unterzeichnung für den Eintritt in Rechte und Pflichten eines Mitgliedes ausreichen. Kraft der verfassungsmässig gewährleisteten Vereinsfreiheit könne ein Verein auch die Vorteile, die er seinen Mitgliedern gewähren wolle, innert den Schranken der allgemeinen Rechtsordnung frei bestimmen. Die Einräumung eines Sparrabattes von sechs oder selbst mehr Prozent im Sinne eines solchen Mitgliedschaftsrechtes enthalte aber nichts Rechtswidriges. Es

sei unhaltbar und willkürlich, dieses Verhältnis des Vereins zu seinen Mitgliedern den für den gewöhnlichen Handelsverkehr geltenden Beschränkungen zu unterstellen.

C. — Der Regierungsrat von Appenzell A.-Rh. hat die Abweisung des Rekurses beantragt. Die Instruktion von 1922 beschränke sich auf eine sinngemässe Auslegung des Hausiergesetzes und gehe über dieses nicht hinaus. Da der Rekurrent sie seit 1922 gekannt habe, könne er sie auch heute nicht mehr durch staatsrechtlichen Rekurs anfechten. Die Praxis der Bundesbehörden sei schon wiederholt in die Lage gekommen zu solchen kantonalen Gesetzesbestimmungen Stellung zu nehmen, welche den Ausverkauf im weiteren Sinn des Wortes, d. h. die Ankündigung besonderer Preisermässigungen auf Warenbeständen überhaupt, polizeilichen Einschränkungen und fiskalischer Belastung unterwerfen. Die kantonalgesetzliche Ordnung sei dabei immer geschützt worden, weil es sich um zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes und zum Schutze des Publikums vor Ausbeutung bestimmte und deshalb zulässige Massnahmen handle. Die Feststellung des Rabattsatzes, der ohne Ausverkaufsbeurteilung zugesichert werden dürfe, sei aber notwendig, wenn nicht die Ausverkaufsbestimmungen des Gesetzes einfach dadurch sollen umgangen werden können, dass durch die Ankündigung besonders hoher Rabatte bei der Käuferschaft der Eindruck eines Ausverkaufs oder einer ihm gleichstehenden aussergewöhnlichen Kaufgelegenheit hervorgerufen werde. In den Augen des Publikums erweckten solche Extrarabatte immer den Anschein vorübergehender Begünstigungen. Wenn die Zusicherung des hohen Rabattes von 6% von Seite des Konsumvereins nicht eine besondere, der Bekanntmachung eines Ausverkaufes gleiche oder ähnliche Wirkung (besondere Steigerung der Kauflust des Publikums) zur Folge haben solle, so wäre das Vorteilhafte eines solchen Rabattsystems für den Kon-

sumverein nicht einzusehen, zumal nachdem er bisher mit schweren Verlusten gearbeitet habe. Offenbar sei es dem Rekurrenten nicht gelungen, bei dem im letzten Herbst mit behördlicher Bewilligung durchgeführten Ausverkaufe seine alten Warenbestände in gewünschter Menge abzusetzen. Deshalb möchte er nun die Veranstaltung durch Gewährung besonders hoher Rabatte fortsetzen, unbekümmert um die gesetzlichen Vorschriften, die nicht verbieten, billiger als andere zu verkaufen, wohl aber dem Rabattsystem im Interesse des regulären Handels Grenzen setzten. Trotz einer Beschwerde des Detaillistenverbandes Herisau sei der Regierungsrat zunächst gegen diese Rabattgewährung nicht eingeschritten, weil der Konsumverein erklärt habe, die Einkäuferkarten nur an Mitglieder abzugeben, während Nichtmitglieder höchstens 5% erhielten. Aus den einer zweiten Beschwerde des Detaillistenverbandes beigefügten Belegen habe sich dann aber ergeben, dass tatsächlich die 6% Rabattkarten auch an beliebige Nichtmitglieder ausgehändigt würden. Dazu komme, dass die Mitgliedschaft nach der beschlossenen Statutenänderung durch einfache Unterzeichnung einer Beitrittserklärung erworben werden könne, ohne dass damit irgendwelche Pflicht zu Beitragsleistungen oder eine Haftung verbunden wäre. Es liege auf der Hand, dass jeder Käufer gerne bereit sein werde, einen solchen Schein zu unterschreiben, durch den er nur Rechte erhalte, aber keinerlei Lasten übernehme. Nachdem sich dergestalt der Verkauf an die Mitglieder von demjenigen an jedermann nur durch eine bedeutungslose Formalität unterscheidet, wäre es aber nicht gerechtfertigt und mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar, ihn anders zu behandeln als den Betrieb eines gewöhnlichen Ladengeschäftes. Der Rekurrent übersehe, dass zwischen einem Sparrabatt und einem als Rückvergütung bezeichneten, nach Rechnungsabschluss an die Genossenschaftler zu verteilenden Anteil am Jahresgewinn ein

grundsätzlicher Unterschied bestehe. Die Vergütungen der letzteren Art, welche der Rekurrent vor dem Nachlassvertrag jeweilen angekündigt und an die Genossenschaftler ausgerichtet habe, seien nie beanstandet worden, selbst wenn sie 5% überstiegen, obwohl dadurch die übrigen Händler benachteiligt worden seien, die wegen der Instruktion von 1922 dieser Vergünstigung nicht mit einem gleich hohen Rabatt hätten begegnen können. Wolle der Konsumverein sich statt dessen wie ein gewöhnlicher privater Händler des Rabattsystems bedienen, so habe er sich auch den für diese Verkaufsart bestehenden gewerbepolizeilichen Vorschriften und Einschränkungen zu fügen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Nach Art. 2 litt. a des kantonalen Gesetzes über das Hausier- und Marktwesen vom 28. April 1901 ist dem Hausieren gleichgestellt und deshalb der durch Art. 5, 12 vorgesehenen Patentpflicht und den übrigen im Gesetze festgesetzten Beschränkungen unterworfen: « Der freiwillige Ausverkauf, inbegriffen sog. Reklame, Gelegenheits- und andere vorübergehende Massenverkäufe. » Das Gesetz will damit, wie ähnliche Vorschriften anderer kantonalen Gesetzgebungen, der Gefahr der Übervorteilung des Publikums und der Schädigung des redlichen Handels entgegenzutreten, die mit der Ankündigung solcher zeitlich beschränkter Kaufgelegenheiten erfahrungsgemäss verbunden ist. Voraussetzung der Anwendung der Bestimmung ist demnach, dass die vom angeblich Patentpflichtigen erlassenen Ankündigungen darauf berechnet oder doch zum mindesten geeignet sind, den Anschein einer vorübergehenden Veranstaltung und Preisvergünstigung zu erwecken, wobei diese zeitliche Beschränkung sich freilich auch mittelbar daraus ergeben kann, dass die angebliche Vergünstigung auf einen bestimmten Warenvorrat beschränkt wird. Anders kann das Gesetz nicht verstanden werden, wenn man

nicht die Worte « und andere vorübergehende Massenverkäufe » aus dem Texte ausmerzen und damit diesem Gewalt antun will. Ausschliesslich auf die Ankündigung solcher vorübergehender günstiger Kaufgelegenheiten beziehen sich denn auch die in der Beschwerdeantwort angerufenen Entscheidungen des Bundesgerichts, während die Unterstellung von Ankündigungen, bei denen jenes Erfordernis fehlte, unter die Ausverkaufsgesetzgebung wiederholt als mit dem Begriffe des Ausverkaufs auch im weitesten Sinne des Wortes unvereinbar und willkürlich erklärt worden ist (BGE 38 I S. 66, 428; 39 I S. 200, 320; 42 I 259; 46 I 216, 328; 48 I 287 Erw. 3). Ein Rabatt, der nicht nur vorübergehend für eine gewisse Zeit oder, was dem gleichsteht, für einen bestimmten Warenvorrat gewährt wird, sondern eine dauernde organisatorische Einrichtung, ein allgemeines Verkaufssystem des betreffenden Geschäftsbetriebes darstellt, kann demnach davon keinesfalls betroffen werden. Soweit die Instruktion vom 17. Juli 1922 durch die Behandlung jedes « Verkaufs mit über 5% Rabatt bei Barzahlung » überhaupt als Ausverkauf auch solche dauernde Verkaufsbedingungen den Ausverkaufsbeschränkungen unterwerfen will, geht sie über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinaus und enthält eine mit Art. 4 BV unvereinbare Ergänzung des Gesetzeswillens im Wege der Verwaltungspraxis. Als Ausführungs-, Vollziehungserlass kann aber die Instruktion Anspruch auf Verbindlichkeit nur insofern erheben, als sie sich innert einer noch möglichen Auslegung des Gesetzes hält. Dass diese Vollziehungsverordnung dem Rekurrenten schon seit 1922 bekannt war, ist unerheblich. Der Bürger ist nicht verpflichtet, einen verfassungswidrigen Erlass allgemein verbindlicher Natur, der möglicherweise einmal in seine Interessen eingreifen kann, als solchen innert der sechzig Tage des Art. 178 OG seit der Bekanntmachung anzufechten. Er kann die Frage der Verfassungsmässigkeit des Erlasses auch noch

nachträglich als Vorfrage für die Rechtsbeständigkeit einer ihm gegenüber ergangenen Anwendungsverfügung aufwerfen.

Der Rabatt von 6%, den der Allgemeine Konsumverein Herisau auf den bei ihm gemachten Bareinkäufen gewährt, ist aber zweifellos als dauernde Einrichtung gedacht; er bildet einen Bestandteil der statutarischen Organisation der Genossenschaft und gilt demnach für solange, als diese Statuten nicht geändert werden. Der Käufer ist nicht einmal gezwungen (was übrigens ebenfalls für die Annahme einer vorübergehenden Vergünstigung noch nicht ausreichen würde, BGE 39 I S. 324 E. 3), den Einkaufsbetrag von 50 Fr. innert bestimmter Frist seit dem ersten Ankauf zu erreichen, um des Rabattes teilhaftig zu werden. Er kann seine Einkäufe beliebig verteilen, um schliesslich, wenn sie zusammen 50 Fr. ausmachen, den Rabattbetrag von 3 Fr. zu beziehen. Auch wird nicht behauptet, dass daneben Ankündigungen erlassen worden wären, die hiemit im Widerspruch stehen würden und darauf berechnet wären oder doch zur Folge haben müssten, den Anschein einer zeitlich beschränkten Preisermässigung zu erwecken. Dass schon der Betrag des Rabattes, 6%, allein notwendigerweise diesen Eindruck hervorrufen würde, weil die Käufer sich sagen müssen, dass er in dieser Höhe dauernd nicht gewährt werden könne, ist offensichtlich unzutreffend. Die Tatsache, dass die im Detaillistenverband vereinigten gewöhnlichen Händler des Platzes als Vergünstigung für die Barzahlung nur einen Rabatt von 5% gewähren, rechtfertigt selbstverständlich diesen Schluss noch nicht. Die Höhe der Preisvergünstigungen, die ein Geschäftsbetrieb gewähren kann, ohne sein Bestehen zu gefährden, hängt wesentlich mit von seiner Organisation und seiner Eigenart ab. Als Konsumgenossenschaft braucht der Rekurrent keinen Gewinn zu erzielen, sondern kann sich damit begnügen, dass der Verkaufserlös zur Deckung der Verbindlichkeiten und

zu den gebotenen Reservestellungen ausreicht. Dieses Wesen der Konsumgenossenschaften ist aber allgemein bekannt. Die Ankündigung eines höheren als des sonst von den Händlern des Platzes gewährten Rabatts durch eine solche Genossenschaft reicht daher noch nicht aus, um das Publikum zur Annahme einer vorübergehenden Gelegenheit zu führen. Indem die Instruktion selbst die Gewährung eines Rabatts bis 5% bei Barkauf freilässt und nicht der Ausverkaufsgesetzgebung unterstellt, anerkennt sie, dass darauf ein notwendiges gesetzliches Merkmal des Ausverkaufs, nämlich der vorübergehende Charakter der Vergünstigung nicht zutrifft. Es fehlt aber jeder einleuchtende Grund dafür, warum dieses Merkmal auf einmal vorhanden sein sollte, wenn bei der gleichen Einrichtung der Betrag des Rabattes um einen Prozent gesteigert wird. Nach den nicht bestrittenen Angaben der Rekurschrift bestehen denn auch an anderen Orten (z. B. in Baselstadt) Detaillistenverbände, die auf dem Barkauf sogar noch höhere Rabatte gewähren, ohne dass die Behörden, trotz des Bestehens gleicher gesetzlicher Bestimmungen über die Ausverkäufe, dagegen eingeschritten wären.

Die angefochtenen Beschlüsse, womit dem Rekurrenten die Einräumung des statutarischen Rabatts von 6% untersagt wird, müssen demnach schon auf Grund von Art. 4 BV (wegen Widerspruchs zu klarem kantonalem Gesetzesrecht) aufgehoben werden. Die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit positiver kantonaler Gesetzesbestimmungen, wodurch auch ein dauerndes Rabattsystem der vorliegenden Art von einem bestimmten Rabattsatze an den gleichen Beschränkungen unterstellt würde wie die Ausverkäufe, kann infolgedessen unerörtert bleiben. Dass durch den betreffenden Rabattsatz die anderen Händler des Platzes benachteiligt werden, welche eine gleiche Ermässigung beim Barkauf nur in geringerer Höhe gewähren, könnte zu einer solchen Beschränkung jedenfalls nicht genügen. Es müssten

dafür allgemeine öffentliche Interessen, gewerbepolizeiliche Gründe, wie die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbes oder der Ausbeutung des Publikums durch unredliche, auf Täuschung ausgehende Machenschaften angeführt werden können. Wieso aber diese Gefahr bei der Zusicherung eines Rabattes von 6% gegeben sein soll, während sie bei einem solchen von 5% fehlt, ist nicht ersichtlich und es wird denn auch dafür irgend ein triftiger Grund nicht angeführt.

Ebenso braucht nicht untersucht zu werden, inwiefern die Eigenschaft des Rekurrenten als Konsumverein, selbst bei einer Ordnung des Erwerbes der Mitgliedschaft, wie sie hier in den Statuten getroffen wird, allenfalls geeignet wäre, die Anwendung solcher kantonalgeseztlicher Bestimmungen auf die Verkäufe an die Mitglieder auszuschliessen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung des Regierungsrats von Appenzell A.-Rh. vom 13. März mit Nachtrag vom 17. März 1926 aufgehoben.

40. Urteil vom 12. November 1926 i. S. von Büren gegen Solothurn.

Es bildet eine Verletzung der Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit, wenn den Hausierern nicht gestattet wird, sich bei ihrer Berufsausübung der Motorfahrzeuge zu bedienen.

A. — Nach dem soloth. Gesetz über das Hausier- und Marktwesen vom 16. Juli 1899 ist für die Ausübung des Hausiergewerbes der Besitz eines vom Polizeidepartement auszustellenden Patentes erforderlich. Als Hausierverkehr wird nach § 1 Ziff. 1 a u. a. betrachtet : « Das Feilhalten von Waren durch Umherführen und