

hypothèse, en effet, ce serait dépouiller ces organes d'un pouvoir qui leur échoit normalement ; dans la seconde, ce serait risquer de porter atteinte à des droits acquis, car il est clair que si l'état de collocation dressé en vertu de l'art. 316 lettre g n'est pas attaqué en temps utile, il acquiert force de chose jugée et fixe définitivement les droits et le rang des créanciers dans la distribution du produit de la liquidation. L'art. 316 lettre a à t ne fait pas mention, il est vrai, de l'action en contestation de l'état de collocation en matière de concordat par abandon d'actif, mais il n'est pas douteux qu'elle peut être exercée aussi bien en cette matière qu'en cas de faillite, ainsi que la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LP relatives au concordat par abandon d'actif l'a déjà relevé (cf. RO 42 III 466 ; même solution en matière de concordat des banques, art. 30 OTF du 11 avril 1935). L'art. 316 lettre m du projet du Conseil fédéral, devenu l'art. 316 lettre g actuel, le prévoyait d'ailleurs expressément dans un second alinéa et s'il est vrai que cette disposition a été supprimée par les Chambres, il ressort toutefois des travaux préparatoires que c'est parce qu'elle attribuait à l'autorité de concordat le soin de statuer sur l'action, ce qui était en effet contraire au système de la loi, et non pas dans l'idée de supprimer l'action elle-même (cf. Bull. stén. 1949 CN p. 381, CE p. 285).

C'est à tort enfin que la recourante prétend que le concordat a eu pour effet de déléguer aux liquidateurs les pouvoirs qui appartenaient jusqu'alors aux organes de la société débitrice. Pas plus que la faillite, le concordat par abandon d'actif n'a pour effet de priver immédiatement la société anonyme de sa personnalité juridique (RO 64 II 638), ni de déposséder ses organes de la totalité de leurs attributions.

50. Urteil vom 18. Oktober 1950 i. S. Ghirardi gegen Marktkommission Schwarzenburg und Regierungsrat des Kantons Bern.

Markthandel. Bewilligung zum Besuch öffentlicher Märkte. Voraussetzungen für die Verweigerung und den Entzug der Bewilligung. Art. 4 und 31 BV.

Participation aux foires. Autorisation de participer aux foires publiques. Conditions du refus et du retrait de l'autorisation. Art. 4 et 31 Cst.

Partecipazione alle fiere pubbliche. Autorizzazione di partecipare alle fiere pubbliche. Condizioni del rifiuto e della revoca dell'autorizzazione. Art. 4 e 31 CF.

A. — In Schwarzenburg (Gemischte Gemeinde Wahlern) werden jährlich acht Märkte abgehalten, nämlich im Februar, März, Mai, August, September, Oktober, November und Dezember. Das von der Gemeinde erlassene und vom Regierungsrat genehmigte Marktreglement vom 1. Juni 1936 bestimmt in

Art. 13 : « Wer während oder ausserhalb der Märkte öffentlich Waren feilbieten will, hat sich bis spätestens am vierten Tage vor dem Markt bei der Marktkommission zur Erteilung der Bewilligung und zur Anweisung des erforderlichen Platzes zu melden....

Die Marktkommission ist berechtigt ... die Bewilligung vom Masse des Bedürfnisses abhängig zu machen....

Es werden Jahres- oder Tagesbewilligungen ausgestellt durch die Marktkommission. Wer nicht im Besitze einer solchen Bewilligung der Marktkommission ist, darf den Markt nicht besuchen und ist vom Platze wegzuweisen. »

Den Markt Krämern ist untersagt, mehr oder einen andern als den ihnen angewiesenen Platz zu benützen, jemanden zu verdrängen usw. (Art. 15).

B. — Der Beschwerdeführer André Ghirardi, Schuhhändler in Delsberg, erschien im November 1948 ohne vorherige Anmeldung erstmals auf dem Markte in Schwarzenburg, bezog mangels Anweisung eines Standplatzes von sich aus den im Marktplan als Nr. 16 eingezeichneten Platz neben der Wirtschaft zum « Marktplatz » und entrichtete dafür dem Marktaufseher die übliche Gebühr. In

gleicher Weise nahm Ghirardi auch an den Märkten im Dezember 1948 sowie im Februar und März 1949 teil.

Am 6. Mai 1949 teilte die Marktkommission Schwarzenburg Ghirardi brieflich mit, er habe die Märkte bisher ohne Bewilligung besucht, dabei den einem andern Marktbesucher zugeteilten Platz in Anspruch genommen und dadurch die Marktordnung gestört; da andere Plätze nicht mehr zur Verfügung ständen, werde er vom Markte ausgeschlossen und habe diesem künftig fernzubleiben. Ghirardi erhob sofort Einsprache, doch teilte ihm die Marktkommission mit Schreiben vom 9. Mai 1949 mit, dass sie an der ihm am 6. Mai eröffneten Verfügung festhalte; sie habe ihm die Gründe dafür mitgeteilt und wisse zudem daraufhin, dass neben 5 im Dorfe ansässigen Schuhhandlungen bereits seit Jahren 5 auswärtigen Schuhgeschäften der Marktbesuch bewilligt sei, sodass auch aus dem Gesichtspunkt des Bedürfnisses eine Vermehrung der Marktbesucher in dieser Branche sich nicht rechtfertige.

Ghirardi wandte sich hierauf mit einer Beschwerde an den Regierungsstatthalter von Schwarzenburg. Dieser hob den Beschluss der Marktkommission, durch den Ghirardi vom Markte ausgeschlossen wurde, mit Verfügung vom 26. August 1949 aus folgenden Gründen auf: Der Beschwerdeführer habe zwar reichlich eigenmächtig gehandelt, wenn er selbst einen Platz ausgewählt und seinen Stand dort aufgestellt habe. Die Marktpolizeiorgane hätten diesen Platz aber nicht nur geduldet, sondern geradezu genehmigt, indem sie an 4 Markttagen die Standgebühren vom Beschwerdeführer bezogen hätten, ohne seine Anwesenheit oder seinen Standort zu beanstanden. Die Marktkommission sei erst eingeschritten, als sich Konkurrenten über die Anwesenheit des Beschwerdeführers beklagt hätten. Mit den Platzverhältnissen lasse sich die Wegweisung des Beschwerdeführers vom Markte nicht begründen. Ebensowenig könne sich die Marktkommission auf die Bedürfnisklausel stützen, denn es würde gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen, den Marktbesuch

einzelnen Schuhgeschäften zu gestatten und ändern zu verbieten.

C. — Die Marktkommission Schwarzenburg rekurrierte gegen diese Verfügung an den Regierungsrat. Dieser versagte dem Rekurs zunächst die aufschiebende Wirkung, gewährte sie dann aber am 23. Dezember 1949 und untersagte dem Beschwerdeführer den weiteren Besuch der Schwarzenburgermärkte, nachdem dieser am November- und am Dezembermarkt nicht den ihm von der Marktkommission angewiesenen, weniger günstigen, sondern den früheren Standplatz eingenommen hatte.

Mit Entscheid vom 28. April 1950 hiess der Regierungsrat den Rekurs der Marktkommission gut und hob die Verfügung des Regierungsstatthalters auf. Den Erwägungen dieses Entscheids ist zu entnehmen:

Ghirardi habe an den von ihm besuchten Schwarzenburgermärkten jeweils eigenmächtig einen Standplatz ausgesucht. Indem die Marktkommission seine Anwesenheit mit Rücksicht auf seinen langen Anmarschweg geduldet, die Standgebühr von ihm bezogen und ihn in die Liste der Marktfahrer eingetragen habe, habe sie ihm keine Bewilligung erteilt, und noch weniger habe sie das Recht verwirkt, ihn vom Markte auszuschliessen. Dass sie erst auf Betreiben von Konkurrenten eingeschritten, sei nicht erwiesen und wäre auch unerheblich, da der Ausschluss vom Markte in Wirklichkeit nicht wegen der Konkurrenz oder mangels Bedürfnisses für einen weiteren Schuhverkaufsstand erfolgt sei, sondern weil Ghirardi sich den Anordnungen der Marktpolizei nicht gefügt habe, indem er eigenmächtig einen ihm nicht zugewiesenen Platz bezogen habe. Auch habe er es unterlassen, sich jeweils vier Tage vor dem Markte bei der Marktkommission zur Erteilung der Bewilligung und zur Anweisung des erforderlichen Platzes zu melden. Angesichts dieser Zuwiderhandlungen gegen Art. 13 und 15 des Marktreglements sei die Wegweisung des Beschwerdeführers vom Markte eine rein polizeiliche Massnahme, die im Interesse der allgemeinen Ordnung und

Sicherheit liege und nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit oder denjenigen der Handels- und Gewerbefreiheit verstosse.

D. — Mit rechtzeitigiger staatsrechtlicher Beschwerde stellt André Ghirardi den Antrag, den Entscheid des bernischen Regierungsrates vom 28. April 1950 aufzuheben. Er beruft sich auf Art. 31 und 4 BV und macht zur Begründung geltend :

Die Wegweisung des Beschwerdeführers vom Markt wegen Fehlens eines Bedürfnisses wäre mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar. Beschränkungen der freien Konkurrenz seien nach Art. 31 BV nur zulässig, soweit das öffentliche Interesse sie rechtfertige (BGE 47 I 42, 64 I 230, 66 I 23). Der Ausschluss des Beschwerdeführers vom Schwarzenburgermarkt sei aber nicht zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Sittlichkeit erfolgt. Die Annahme, der Beschwerdeführer habe das Marktreglement und die Anordnungen der Marktpolizei missachtet, beruhe auf willkürlicher Beweiswürdigung. Die Marktkommission habe den Beschwerdeführer in Wirklichkeit nicht aus polizeilichen Gründen vom Markte ausgeschlossen, sondern zum Schutze des einheimischen Schuhhandels vor Konkurrenz.

E. — Der Regierungsrat des Kantons Bern beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Marktkommission Schwarzenburg schliesst sich diesem Antrag an unter Verzicht auf eine eigene Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. —
2. — Die Aufstellung von Marktständen und der Verkauf von Waren auf öffentlichen Plätzen und Strassen geht über den gewöhnlichen, jedem Bürger offen stehenden sog. Gemeingebrauch hinaus und bedarf daher einer besondern, vom Inhaber der Strassenhoheit zu erteilenden Bewilligung (vgl. BGE 73 I 214). Nach dem vom bernischen Regierungsrat genehmigten Marktreglement von Schwarzenburg wird

die Bewilligung zum Besuch des dortigen Marktes von der Marktkommission erteilt, und zwar als Jahres- oder Tagesbewilligung auf Grund eines spätestens am vierten Tage vor dem Markte zu stellenden Gesuches (Art. 13). Der Beschwerdeführer, der erstmals im November 1948 auf dem Schwarzenburgermarkt erschienen ist, hat es damals wie auch an den drei folgenden Märkten unterlassen, rechtzeitig um Erteilung einer Marktbewilligung und um Anweisung eines Standplatzes nachzusuchen. Indem die Marktkommission ihn jeweils gleichwohl an dem von ihm eingenommenen Standplatz belies und die übliche Gebühr dafür bezog, hat sie ihm trotz nicht rechtzeitigiger Anmeldung eine Marktbewilligung erteilt, jedoch — wie nicht zweifelhaft sein kann — nur eine Tagesbewilligung für den betreffenden Markt und nicht eine Jahresbewilligung. Als sie ihm dann am 6. Mai 1949 eröffnete, er werde vom Markte ausgeschlossen und habe diesem künftig fernzubleiben, lag weder ein Gesuch des Beschwerdeführers um eine Tagesbewilligung für den bevorstehenden Maimarkt noch ein solches für eine Jahresbewilligung vor. Die Marktkommission hat somit durch jene Verfügung weder eine bestehende Bewilligung entzogen noch ein Gesuch um Erteilung einer solchen abgewiesen, sondern entschieden, dass die Erteilung weiterer Bewilligungen an den Beschwerdeführer überhaupt nicht mehr in Frage komme, dass dahingehende Gesuche entweder gar nicht behandelt oder ohne nähere Prüfung abgewiesen würden. Es fragt sich, ob eine derartige Verfügung zulässig, der sie schützende Entscheid des Regierungsrates mit den vom Beschwerdeführer angerufenen Verfassungsbestimmungen vereinbar ist.

3. — Der Beschwerdeführer macht in erster Linie geltend, der angefochtene Entscheid verstosse gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt indessen Art. 31 BV dem Privaten kein Recht auf Benutzung öffentlicher Strassen und Plätze und speziell auch nicht einen Anspruch darauf, dass ihm die Bewilligung zu einer

über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung erteilt wird; das Gemeinwesen braucht bei der Erteilung solcher Bewilligungen nicht nach den Anforderungen der Handels- und Gewerbefreiheit zu verfahren, sondern hat nur die Schranken des Art. 4 BV zu beachten (BGE 73 I 215 Erw. 2 und dort angeführte frühere Urteile). Von dieser in der Rechtslehre (HUBER, ZBJV 85 S. 55 und MARTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 140 ff.) allerdings angefochtenen Rechtsprechung abzugehen besteht im vorliegenden Falle umso weniger Anlass, als die Beschwerde schon auf Grund des vom Beschwerdeführer ebenfalls angerufenen Art. 4 BV gutgeheissen werden muss. Aus Art. 4 BV folgt nämlich, dass ein die Benutzung öffentlicher Strassen einschränkender Erlass oder eine solche Verfügung und daher auch die Verweigerung einer Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch nur zulässig ist, wenn sich dafür allgemeine staatliche Interessen (Erwägungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit usw.) geltend machen lassen (BGE 46 I 292, 73 I 216). Hieran fehlt es aber im vorliegenden Falle.

a) Da für die Abhaltung von Märkten regelmässig nur ein beschränkter Platz zur Verfügung steht und die Behörden nicht verpflichtet sind, diesen nach Massgabe der Nachfrage zu erweitern, dürfen Marktbewilligungen wegen Platzmangels verweigert werden. Die Marktkommission Schwarzenburg hat ihre Verfügung u.a. auch damit begründet, dass der Beschwerdeführer den einem andern Marktfahrer zugeteilten Platz in Anspruch genommen habe und weitere Plätze nicht mehr zur Verfügung ständen. Dass die Wegweisung des Beschwerdeführers vom Markte sich nicht mit den Platzverhältnissen begründen lasse, hat jedoch schon der Regierungsstatthalter festgestellt, offenbar mit Recht; denn wenn der Beschwerdeführer den gleichen, angeblich einem andern Marktbesucher zugeteilten Platz an vier aufeinander folgenden Märkten einnehmen konnte, so ist dies wohl darauf zurückzuführen, dass dieser andere Marktbesucher überhaupt

nicht erschienen ist, womit er seine Marktbewilligung verwirkt hat (Art. 16 letzter Satz des Marktreglements). Wie dem auch sei, könnte Platzmangel höchstens die Verweigerung der Marktbewilligung von Fall zu Fall rechtfertigen, keinesfalls aber, wie es hier geschehen ist, zum voraus auf unbestimmte Zeit, da sich die Verhältnisse jederzeit ändern können, sei es, dass der für den Markt zur Verfügung stehende Platz erweitert wird, sei es, dass ein oder mehrere bisher ständige Marktfahrer auf den weiteren Besuch des Marktes verzichten.

b) Ob und wie weit im Hinblick auf die beschränkten Platzverhältnisse und zum Zwecke möglichst gleichmässiger Berücksichtigung aller Geschäftszweige die Marktbewilligung wegen Fehlens eines Bedürfnisses für weitere Vertreter einer bestimmten Branche verweigert werden kann, mag dahingestellt bleiben, da im angefochtenen Entscheid ausdrücklich festgestellt wird, dass die streitige Verfügung der Marktkommission Schwarzenburg nicht deshalb erlassen worden ist, weil kein Bedürfnis für einen weiteren Schuhverkaufsstand vorlag. Übrigens gilt hier, was unter a) für den Platzmangel ausgeführt worden ist; mangelndes Bedürfnis könnte höchstens die Verweigerung der Marktbewilligung von Fall zu Fall rechtfertigen, nicht zum voraus für unbestimmte Zeit, da das Bedürfnis sich aus verschiedenen Gründen jederzeit ändern kann.

c) Der angefochtene Entscheid betrachtet die Wegweisung des Beschwerdeführers vom Markte als gerechtfertigt, weil er das Marktreglement missachtet und sich über die Anordnungen der Marktpolizei hinweggesetzt habe. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Missachtung des Marktreglements besteht darin, dass er im November und Dezember 1948 sowie im Februar und März 1949 den Markt besuchte, ohne, wie Art. 13 vorschreibt, spätestens am vierten Tage vorher um eine Bewilligung eingekommen zu sein. Das Marktreglement sieht für diesen Fall die Wegweisung des Besuchers vom Platze vor (Art. 13 Abs. 3). Die Marktkommission hat jedoch von dieser Befugnis

keinen Gebrauch gemacht, sondern hat den Beschwerdeführer jeweils an seinem Standplatz belassen und die übliche Gebühr dafür eingezogen. Damit hat sie ihm aber Tagesbewilligungen für die betreffenden Märkte erteilt. Die Teilnahme an den vier erwähnten Märkten vermag daher den dauernden Ausschluss des Beschwerdeführers vom Markte unmöglich zu begründen. Ebenso wenig kann dem Beschwerdeführer daraus ein ernsthafter Vorwurf gemacht werden, dass er an diesen vier Märkten eigenmächtig einen Platz bezogen hat, da dies ebenfalls durch seine Belassung an demselben und die Erhebung der Gebühr dafür genehmigt worden ist.

Während des Rekursverfahrens vor dem Regierungsrat, an den Märkten vom November und Dezember 1949, hat ihm dann die Marktkommission einen andern Platz angewiesen. Die Darstellungen des Beschwerdeführers und der Marktkommission darüber, weshalb der Beschwerdeführer gleichwohl wieder den früheren Platz bezogen hat, gehen auseinander. Wie es sich verhält und ob der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf willkürlicher Beweiswürdigung und unzulässiger Berücksichtigung neuer Tatsachen im Rekursverfahren begründet ist, braucht indessen nicht geprüft zu werden. Dass der Beschwerdeführer, dem der Entscheid des Regierungsstatthalters Recht gegeben hatte, den früheren Platz wieder zu beziehen wünschte, ist begreiflich, zumal der Inhaber des Geschäftes, vor dem er seinen Stand hätte aufstellen sollen, sich dem widersetzt. Die Marktkommission hat denn auch nicht auf ihrer Anweisung beharrt, sondern hat nach einigem Widerstreben dem Beschwerdeführer die Einnahme des früheren, offenbar nicht anderweitig beanspruchten Platzes gestattet und die Gebühr dafür bezogen. Bei dieser Sachlage kann aber das Verhalten des Beschwerdeführers keinesfalls als so schwerwiegend bezeichnet werden, dass es seinen dauernden Ausschluss vom Markte zu rechtfertigen vermöchte.

4. — Kann sich demnach die Verfügung der Marktkom-

mission nicht auf stichhaltige Gründe des allgemeinen Wohls stützen, so ist der sie schützende Entscheid des bernischen Regierungsrates als verfassungswidrig aufzuheben. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Beschwerdeführer ohne weiteres Anspruch auf einen Standplatz auf dem Schwarzenburgermarkte hat, noch, dass er für die Märkte des Jahres 1950, an denen er zufolge der vorsorglichen Verfügung des Regierungsrates und des angefochtenen Entscheids nicht teilnehmen konnte, zu Unrecht keine Marktbewilligung erhalten hat. Mit der Gutheissung der Beschwerde wird lediglich festgestellt, dass es unzulässig war, den Beschwerdeführer dauernd oder auf unbestimmte Zeit vom Markte auszuschliessen, dass er also wieder um die Erteilung der Marktbewilligung nachsuchen und verlangen kann, dass die Marktkommission hierüber pflichtgemäss und unter Vermeidung von Willkür und rechtsungleicher Behandlung entscheide.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 28. April 1950 aufgehoben.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Vgl. Nr. 50. — Voir n° 50.
