Urteilskopf

83 I 242

33. Urteil vom 25. September 1957 i.S. Konsumgenossenschaft Goldau gegen Regierungsrat des Kantons Schwyz.
Regeste (de):
1. Art. 32 quater Abs. 1 BV räumt dem Bürger kein verfassungsmässiges Recht ein, dessentwegen er staatsrechtliche Beschwerde führen könnte (Erw. 1).

2. Können die Kantone auf Grund von Gewohnheitsrecht die Bedürfnisklausel auf den Kleinhandel mit geistigen Getränken anwenden? (Erw. 3).

Regeste (fr):
1. L'art. 32 quater al. 1 Cst. ne confère pas au citoyen un droit constitutionnel pouvant faire l'objet d'un recours de droit public (consid. 1).

2. Les cantons peuvent-ils, sur la base du droit coutumier, appliquer la clause du besoin au commerce de détail des boissons spiritueuses? (consid. 3).

Regesto (it):
1. L'art. 32 quater cp. 1 CF non conferisce al cittadino un diritto costituzionale che possa formare oggetto di un ricorso di diritto pubblico (consid. 1).

2. Possono i Cantoni, fondandosi sul diritto consuetudinario, applicare la clausola del bisogno al commercio al minuto di bevande alcooliche? (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 243

BGE 83 I 242 S. 243

A.- Nach § 1 des Wirtschaftsgesetzes (WG) des Kantons Schwyz vom 11. August 1899 sind der Betrieb einer Wirtschaft und der Kleinverkauf geistiger Getränke "an ein besonderes Patent und an die Bezahlung der in diesem Gesetze vorgesehenen Abgaben geknüpft". § 15 WG bestimmt sodann: "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 neuer Wirtschaftskonzessionen bis auf weiteres verweigern."

B.- Am 12. Januar 1956 wies der Regierungsrat des Kantons Schwyz ein Gesuch der Konsumgenossenschaft Goldau um Bewilligung einer neuen Kleinverkaufsstelle für geistige Getränke unter Berufung auf § 15 WG ab mit der Begründung, es bestehe hierfür kein Bedürfnis. In einem Wiedererwägungsgesuch machte die Konsumgenossenschaft daraufhin geltend, die Bedürfnisklausel des § 15 WG beziehe sich nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes nur auf Wirtschaften; sie könne nicht in freier Rechtsfindung oder gewohnheitsrechtlich auf Kleinverkaufsstellen für geistige Getränke ausgedehnt werden, da Art. 32 quater Abs. 1 BV dafür zwingend den Weg der Gesetzgebung vorschreibe. Der Regierungsrat ist auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten, hat es aber mit Beschluss vom 8. Mai 1957 abgewiesen. Zur Begründung führt der Entscheid aus, es sei im Kanton Schwyz

zum Gewohnheitsrecht geworden, die Bedürfnisklausel des § 15 WG auch auf den Kleinverkauf gesitiger Getränke anzuwenden. Das Bundesgericht habe allerdings in dem (nicht veröffentlichten) Urteil vom 11. März 1938 in Sachen Canonica offen gelassen, ob die Auffassung, es bestehe ein dahin gehendes

BGE 83 I 242 S. 244

Gewohnheitsrecht, einer freien Prüfung standhalte. Der Regierungsrat habe indes keinen Anlass, vom damals eingenommenen Standpunkt abzuweichen. Seit dem Jahre 1920 wende er ohne Ausnahme die Bedürfnisklausel auch auf den Kleinverkauf geistiger Getränke an. Seine ständige Praxis, die einzig im Fall Canonica angefochten worden sei, entspreche offensichtlich der Rechtsüberzeugung der Bürgerschaft. Diese opinio necessitatis sei schon im Jahre 1920 vorhanden gewesen; sie habe dannzumal den Anstoss zur Änderung der früheren Praxis gegeben. Nachdem der Regierungsrat nun während 37 Jahren die Frage stets im gleichen Sinne entschieden habe, lasse sich auch das Vorliegen der zweiten Voraussetzung des Gewohnheitsheitsrechts, der lange andauernden Übung, nicht mehr ernsthaft bestreiten. Art. 32 quater Abs. 1 BV schliesse die Einführung der Bedürfnisklausel durch Gewohnheitsrecht nicht aus. Wenn er den Weg der Gesetzgebung vorschreibe, so heisse das lediglich, dass die Bedürfnisklausel nicht durch die Verwaltungsbehörden eingeführt werden dürfe, sondern nur durch einen Rechtssatz auf der Gesetzesstufe. Gewohnheitsrecht stehe aber im gleichen Rang wie formelles Gesetzesrecht. Das Gesuch der Konsumgenossenschaft sei deshalb nach Massgabe der gewohnheitsrechtlich anzuwendenden Grundsätze des § 15 WG zu prüfen. Da in Goldau kein Bedürfnis nach einer weiteren Kleinverkaufsstelle für geistige Getränke bestehe, sei die nachgesuchte Bewilligung zu verweigern.

C.- Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde beantragt die Konsumgenossenschaft Goldau, der angeführte Beschluss sei wegen Verletzung der Art. 31 und 32 quater BV aufzuheben. Zur Begründung hat die Beschwerdeführerin erneut eingewendet, Art. 32 quater Abs. 1 BV erlaube den Kantonen nicht, die Bedürfnisklausel anders als durch ein formelles Gesetz einzuführen.

D.- Der Regierungsrat schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

BGE 83 I 242 S. 245

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 88 OG können Bürger (Private) und Korporationen staatsrechtliche Beschwerde bezüglich solcher Rechtsverletzungen führen, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben. Die staatsrechtliche Beschwerde setzt danach eine Rechtsverletzung voraus, die der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Erlass oder die angefochtene Verfügung erleidet, also einen Eingriff in seine persönlichen, rechtlich geschützten Interessen. Zur Wahrung öffentlicher Interessen ist die staatsrechtliche Beschwerde dagegen so wenig gegeben wie zur Verfolgung bloss tatsächlicher Interessen (BGE 79 I 159lit. a, BGE 82 I 97 und dort angeführte Urteile). Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Art. 31 und 32 quater BV. Die letztgenannte Bestimmung dient indes (wie Art. 31 ter BV) nicht dem Schutz individueller Interessen; sie räumt dem Bürger kein verfassungsmässiges Recht ein, dessentwegen er staatsrechtliche Beschwerde führen könnte (vgl.BGE 79 I 159lit. b, BGE 82 I 151). Mit Bezug auf die Rüge der Verletzung des Art. 32 quater BV ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Dies heisst jedoch nicht, dass die genannte Bestimmung bei Beurteilung der Beschwerde überhaupt ausser Betracht fiele. Die Beschwerdeführerin hat sich zugleich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen. Dieses verfassungsmässige Recht wird in Art. 31 BV soweit gewährleistet, als nicht die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung Einschränkungen vorsehen. Art. 32 quater BV ermächtigt seinerseits die kantonale Staatsgewalt zu bestimmten Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. Hält sich der Kanton innerhalb der Grenzen, die ihm in Art. 32 quater BV gesetzt sind, so verstösst er nicht gegen Art. 31 BV. Bei Beurteilung der behaupteten Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit ist mithin

vorfrageweise auch die Tragweite des Art. 32 quater BV abzuklären. Dem Bundesgericht steht dabei, da es sich um die Auslegung der Bundesverfassung handelt, eine freie Überprüfung zu. Die Anwendung kantonalen Gesetzesrechts kann der Staatsgerichtshof dagegen nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel des Art. 4 BV beurteilen (BGE 70 I 8, BGE 81 I 183, BGE 82 I 74).

2. Art. 32 quater Abs. 1 BV ermächtigt die Kantone, auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen. Der schwyzerische Gesetzgeber hat gestützt auf § 14 Abs. 2 KV von dieser Ermächtigung dadurch Gebrauch gemacht, dass er in § 15 WG die "Wirtschaften" der Bedürfnisklausel unterstellt hat. Den Kleinhandel mit geistigen Getränken nennt diese Vorschrift dagegen nicht. Da das Gesetz Wirtschaften und Kleinhandelsstellen stets klar auseinanderhält, kann § 15 WG auch nicht mittels Auslegung auf den in Frage stehenden Gewerbezweig bezogen werden (vgl.BGE 78 I 213/214). Der Regierungsrat wendet die Bedürfnisklausel vielmehr unter Berufung auf Gewohnheitsrecht auf den Kleinhandel mit geistigen Getränken an. Dass im Kanton Schwyz ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts bestehe, bestreitet die Beschwerdeführerin nicht. Nach den Akten erteilt der Regierungsrat in der Tat seit dem Jahre 1920 keine Bewilligung für den Kleinhandel mit geistigen Getränken, ohne die Bedürfnisfrage abgeklärt zu haben. Abgesehen vom erwähnten Fall Canonica scheint diese Übung, die sich im Rahmen der Zwecksetzung des Gesetzes hält und einem dringenden Gebot der Volkswohlfahrt entspricht, nie angefochten worden zu sein. Wie das Bundesgericht schon in jenem Fall mit Urteil vom 11. März 1938 entschieden hat, konnte die kantonale Instanz denn auch ohne Willkür annehmen, es liege eine während längerer Zeit geübte und von der Rechtsüberzeugung der Bürger getragene Regel vor, die nach Rechtsprechung und Lehre

als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen ist (BGE 81 I 34 und dort angeführte Urteile). Wie der Staatsgerichtshof wiederholt ausgeführt hat, ist das Gewohnheitsrecht grundsätzlich auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als Rechtsquelle anzuerkennen (BGE 35 I 446Erw. 4;BGE 45 I 54;BGE 73 I 345Erw. 3 b;BGE 74 I 45, 176; BGE 81 I 34). Dabei ist allerdings, insbesondere bei Eingriffen in Freiheitsrechte, grosse Zurückhaltung am Platze (BGE 73 I 345Erw. 3 b,BGE 74 I 176sowie die in BGE 81 I 34 genannten nicht veröffentlichten Urteile). Dass die allgemeinen Voraussetzungen für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht auf dem Boden des öffentlichen Rechts, wie sie die Rechtsprechung umschrieben hat, im vorliegenden Fall gegeben sind, bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, wie sie auch nicht einwendet, das schwyzerische Recht stelle an diese Anerkennung besondere Anforderungen, die hier nicht erfüllt seien.

3. Streitig ist demnach einzig, ob die sich auf Gewohnheitsrecht stützende Anwendung der Bedürfnisklausel

vor Art. 32 quater Abs. 1 BV standhalte, der die Kantone ermächtigt, die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken "auf dem Wege der Gesetzgebung" (par voie législative, per via legislativa) vom Bedürfnis abhängig zu machen. In der Rekurspraxis des Bundesrats zu Art. 31 lit. c BV in der Fassung vom 25. Oktober 1885 und in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese Wendung (die bei der Teilrevision vom 6. April 1930 unverändert in Art. 32 quater Abs. 1 BV Aufnahme gefunden hat) stets dahin ausgelegt worden, die Bedürfnisklausel dürfe nur durch ein "Gesetz" bzw. einen "gesetzlichen" oder "gesetzgeberischen" Erlass eingeführt werden (SALIS, Bundesrecht, 2 Aufl., Nr. 921 I und III, 922, 923; BURCKHARDT, Bundesrecht, Nr. 479, 494; BGE 15 S. 163 Erw. 3, 38 I 58 Erw. 2, 45 I 415, 46 I 497, 78 I 213/214). Ob auch das Gewohnheitsrecht derartige Einschränkungen vorsehen könne, war in den erwähnten Fällen nicht zu entscheiden.

Bei Beantwortung dieser (im Schrifttum gleichfalls nicht behandelten) Frage fällt in Betracht, dass es sich grundsätzlich nach kantonalem Staatsrecht bestimmt, in welcher Rechtsform eine dem Kanton überlassene Materie zu ordnen ist (BGE 38 I 58Erw. 2,BGE 39 I 93/94,BGE 45 I 73und 415,BGE 46 I 497; STRÄULI, Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen, S. 227 A. 41 mit Zitaten). Anderes gilt nur, wenn der Bund hierüber ausdrücklich Vorschriften aufstellt; so wenn er in Art. 31 ter Abs. 1 BV, Art. 32 quater Abs. 1 BV und in einzelnen Bundesgesetzen die Kantone auf den "Weg der Gesetzgebung" verweist. Den Kantonen wird damit nach der angeführten Rechtsprechung des Bundesrats und des Bundesgerichts jedenfalls untersagt, den betreffenden Gegenstand durch Verordnungsorgane (Verwaltung und Gerichte) regeln zu lassen. Das schliesst indes die Zulassung von Gewohnheitsrecht nicht aus. Auch wenn dieses, wie hier, auf Verwaltungsgebrauch zurückgeht, ist es nicht einfach als Ausdruck des Willens der Verwaltung zu bewerten. Die Verwaltungsbehörden allein können Gewohnheitsrecht nicht zur Entstehung bringen. Ihre langjährige Übung ist lediglich ein Zeugnis für die Übereinstimmung der von ihnen aufgestellten Regeln mit der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Rechtsüberzeugung. Diese opinio necessitatis aber ist der eigentliche oder zum mindesten doch der entscheidende rechtsbildende Faktor (LIVER, Der Begriff der Rechtsquelle, ZbJV 91 bis, S. 24; SCHOEN, Verwaltungsarchiv, Bd. 28, S. 6 ff.). Das rechtfertigt es, auch das auf Verwaltungsgebrauch zurückgehende Gewohnheitsrecht als originäre Rechtsquelle zu bezeichnen, die als solche (trotz eines gewissen Vorrangs des formellen Gesetzes; vgl.BGE 74 I 176; LIVER, a.a.O., S. 50) der Gesetzesstufe zuzurechnen ist (FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 6. Aufl., S. 133). Für diese Einordnung spricht ferner allgemein, dass sich gerade in den Kantonen der Kreis der Rechtsgenossen, von deren Rechtsüberzeugung das Gewohnheitsrecht getragen wird, weitgehend mit dem Kreis der Stimmberechtigten

deckt, die das letzte Wort bei der Annahme der (formellen) Gesetze haben (vgl. LIVER, a.a.O., S. 24 A. 1). Mit der Feststellung, dass das Gewohnheitsrecht auf der Gesetzesstufe steht, ist jedoch die Frage, ob es vor Art. 32 quater Abs. 1 BV standhalte, noch nicht gelöst. Zu prüfen bleibt, ob die Bedürfnisklausel nach dieser Vorschrift durch jeden Rechtssatz auf der Gesetzesstufe (also auch durch Gewohnheitsrecht) eingeführt werden könne oder nur durch ein formelles Gesetz. Soweit einzelne Verfassungsbestimmungen (wie Art. 32 bis Abs. 1, Art. 32 ter Abs. 3, Art. 32 quater Abs. 5, Art. 34 quater Abs. 1, Art. 34 quinquies Abs. 4 BV) die Rechtsetzung des Bundes auf den "Weg der Gesetzgebung" verweisen, ist dieser Anforderung in der Regel nur durch den Erlass eines (formellen) Gesetzes zu genügen (FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 740). Nach herrschender Rechtsanschauung darf aber auch in solchen Fällen die in einem Bundesgesetz (oder in einem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss) getroffene Ordnung durch Gewohnheitsrecht ergänzt werden. Ermächtigt der Bund die Kantone, eine Materie "auf dem Wege der Gesetzgebung" zu regeln, so kann

nichts anderes gelten. Dass die den Kantonen vorbehaltene Regelung Eingriffe in Freiheitsrechte betrifft, vermag dies umso weniger in Frage zu stellen, als sich Rechtsprechung und Lehre damit begnügen, für sonstige Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte eine "materielle gesetzliche Grundlage" zu verlangen. Als solche anerkennt der Staatsgerichtshof neben dem formellen Gesetz nicht nur das Gewohnheitsrecht (BGE 35 I 446Erw. 4,BGE 45 I 54,BGE 73 I 345Erw. 3 b,BGE 74 I 45, BGE 81 I 34), sondern auch die selbständige (BGE 83 I 114 b) oder auf gesetzlicher Ermächtigung beruhende (BGE 74 I 45) Rechtsverordnung. Nach dem Gesagten schliesst der Vorbehalt des "Weges der Gesetzgebung" die Verordnung als Grundlage der Bedürfnisklausel aus. Die formellen Anforderungen an deren Einführung noch weiter zu verschärfen,

rechtfertigt sich dagegen nicht. Warum der Bürger auf diesem Gebiet eines so viel stärkeren Schutzes bedürfte als bei anderweitigen Eingriffen in Freiheitsrechte, ist nicht einzusehen. Den Kantonen kann es deshalb nicht verwehrt sein, den Kleinhandel mit geistigen Getränken auf Grund eines die einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergänzenden Gewohnheitsrechts den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen.

4. Ist dem aber so, dann hält sich die Anwendung der Bedürfnisklausel auf den Kleinhandel mit geistigen Getränken innerhalb des Rahmens des Art. 32 quater BV. Art. 31 BV erscheint mithin nicht als verletzt. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf diese Bestimmung beruft, ist die Beschwerde daher abzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.