

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

36. Urteil vom 16. Juli 1921

i. S. Stutz gegen Zürich Regierungsrat.

Bestimmung des Strombezugsreglements eines Gemeindeelektrizitätswerkes, wonach Strom nur für die vom Werk selbst ausgeführten Installationen und die bei ihm bezogenen Motoren, Apparate und Beleuchtungskörper abgegeben wird. Das damit beanspruchte « Monopol » kann auch dann nicht aus Art. 31 BV angefochten werden, wenn die Beziehungen zwischen dem Werke und seinen Abnehmern als öffentlichrechtliche und die streitige Reglementsbestimmung nicht als privatrechtliche Vertragsbedingung, sondern als autonome öffentlichrechtliche Satzung der Gemeinde angesehen werden.

A. — Die Gemeinde Küsnacht, Kanton Zürich ist Eigentümerin eines aus Transformatoren und einem Leitungsnetz bestehenden Elektrizitätswerks, das, gemäss Beschluss der Gemeindeversammlung vom 28. September 1902, zum Zweck der Versorgung der Gemeinde mit Elektrizität aus Gemeindemitteln erstellt worden ist. Die Verwaltung besorgt eine vom Gemeinderat bestellte Elektrizitätskommission nach einem von ihr aufgestellten, vom Gemeinderat genehmigten Reglement. Der Strom wird von auswärts bezogen und an die Abnehmer auf Grund eines Abonnementvertrags abgegeben. Nach Art. 5 des gegenwärtig geltenden Reglements, vom 1., genehmigt am 26. September 1910, haben die Erstellung, Abänderungen und Reparaturen sämtlicher an das Elektrizitätswerk anzuschliessender Hausinstallationen, inkl. Hauseinführung sowie Installationen von Elektromotoren, Bügeleisen und anderen Apparaten ausschliesslich durch das

Elektrizitätswerk auf Rechnung des Abonnenten zu geschehen und sind sämtliche Beleuchtungskörper, Motoren, Bügeleisen und anderen Apparate vom Elektrizitätswerk zu beziehen. Ausnahmsweise kann das Elektrizitätswerk die Erstellung von Hausinstallationen durch andere Installateure bewilligen gegen eine Konzessionsgebühr. Für Anlagen, die nicht vom Elektrizitätswerk oder ohne Bewilligung desselben erstellt worden sind, wird die Stromabgabe verweigert, ebenso für Motoren, Apparate und Beleuchtungskörper, die nicht vom Elektrizitätswerk oder ohne dessen Bewilligung von andern Lieferanten bezogen worden sind. Die Kosten der Zuleitungen werden nach Art. 4 des Reglements bis auf eine bestimmte Länge vom Elektrizitätswerk, wenn sie diese Länge überschreiten, vom Werk und vom Abonnenten gemeinsam nach Vereinbarung getragen. Das Reglement enthält auch die übrigen Bezugsbedingungen, insbesondere den Tarif. Art. 14 räumt dem Elektrizitätswerk das Recht des Stromenzuges ein im Falle rechtswidrigen Stromverbrauchs, sowie bei Zuwiderhandlungen gegen die übrigen Bestimmungen des Reglements, bei eigenmächtigen Aenderungen an den Installationen, bei Zutrittsverweigerungen zu diesen, oder wenn die Installationen den Anforderungen, welche für einen sichern Betrieb nötig sind, nicht mehr genügen und auf erfolgte Aufforderung hin nicht in Stand gestellt werden, sowie bei saumseliger Bezahlung der Strom- und Installationsrechnungen; überdies wird die Geldendmachung von Schadenersatz und die Überweisung an den Richter vorbehalten. Nach Art. 15 ist die Kommission des Elektrizitätswerkes mit Zustimmung des Gemeinderates berechtigt, die Reglementsbestimmungen unter Beobachtung einer Anzeigefrist von drei Monaten abzuändern, was durch die obligatorischen Publikationsmittel bekannt zu geben ist.

Am 4. September 1920 stellte der Elektrotechni-

ker Traugott Stutz in Erlenbach an die Verwaltung des Elektrizitätswerkes Künsnacht das Gesuch, es sei ihm für die Ausführung elektrischer Installationen, im Anschluss an das Verteilungsnetz des Werkes, die Konzession zu erteilen; es handle sich, wurde beigefügt, um ein kleineres Installationsgeschäft, und es wurden verschiedene Zeugnisse als Nachweis der Befähigung zur fachgemässen Ausführung elektrischer Anlagen beigelegt. Die Kommission des Elektrizitätswerkes antwortete am 27. September, dass sie zur Zeit auf das Gesuch nicht eintreten könne: «solange die » private Bautätigkeit nicht intensiver einsetzt und » unser Werk immer noch im Stande ist, die eventuell » vorkommenden Erweiterungen am Leitungsnetz aus- » zuführen, solange können wir nicht daran denken, » einem fremden Bewerber die Konzession für elektri- » sche Installationen in unserer Gemeinde zu erteilen.» Ein Wiedererwägungsgesuch, worin die Gewerbefreiheit angerufen wurde, blieb unbeantwortet. Stutz beschwerte sich hierauf gegen den Bescheid vom 27. September 1920 beim Bezirksrat Meilen. Dieser erklärte sich in seinem Entscheid vom 5. November zuständig, da die Elektrizitätskommission Künsnacht eine Spezialkommission im Sinne von § 81 Abs. 2 des Gemeindegesetzes sei, gegen deren Beschlüsse direkt an den Bezirksrat rekuriert werden könne, wies aber die Beschwerde als sachlich unbegründet ab. Im gleichen Sinne entschied auf erfolgten Weiterzug am 22. Januar 1921 der Regierungsrat mit der Begründung: «Nach » Art. 5 des Reglementes des Elektrizitätswerkes der » Gemeinde Künsnacht hat sich dieses das Recht re- » serviert, die elektrischen Installationsarbeiten im An- » schluss an sein Leitungsnetz allein ausführen zu dür- » fen. Das von einer Gemeinde betriebene Elektrizitäts- » werks ist ein privatrechtliches Unternehmen. Wenn » sich das Elektrizitätswerk Künsnacht in seinen Ver- » trägen mit seinen Stromabnehmern die Besorgung

» der Installationsarbeiten ausbedingt, so handelt es » sich deshalb um eine rein privatrechtliche Willens- » erklärung. Da ein privatrechtlicher Vertrag und kein » hoheitlicher Akt in Frage steht, so liegt in dem Ver- » halten der Elektrizitätskommission keine Verletzung » der Gewerbefreiheit. Tatsächlich besteht für die Elek- » trizitätskommission deshalb auch keine Rechtspflicht, » eine Konzession an Traugott Stutz zu erteilen. Die » bundesgerichtliche Praxis hat solche Installations- » monopole bisher grundsätzlich geschützt, unter Be- » rufung auf die privatrechtliche Natur des Verhält- » nisses zwischen Werk und Benutzer.»

B. — Gegen den Entscheid des Regierungsrates hat Stutz staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, dieses möge in Aufhebung des Entscheides dem zürcherischen Regierungsrat die verbindliche Weisung erteilen, er habe die Gemeinde Künsnacht, bezw. die gemeinderechtliche Elektrizitätskommission Künsnacht dazu anzuhalten, dass sie dem Rekurrenten, ohne Erhebung einer Anschluss- oder Konzessionsgebühr, lediglich gegen Entrichtung einer Verwaltungsgebühr, die Bewilligung geben:

a) zur Erstellung von elektrischen Hausinstallationen innerhalb der Gebäude im Anschluss an das Verteilungsnetz des Elektrizitätswerkes der Gemeinde Künsnacht, und zu deren Unterhalt für Abonnenten des zitierten Elektrizitätswerkes.

b) zur Lieferung und Installation von Beleuchtungskörpern, Elektromotoren, Bügeleisen und andern Apparaten an Abonnenten des Elektrizitätswerkes Künsnacht und zu deren Unterhalt, wobei es selbstverständlich dem Gemeinderat Künsnacht bezw. der gemeinderätlichen Elektrizitätskommission unbenommen bleiben soll, die Hausinstallationsarbeiten des Rekurrenten und die von ihm gelieferten Apparate, unbeschadet der ausschliesslichen Verantwortlichkeit desselben, amtlich zu polizeilichen Zwecken unentgeltlich

zu kontrollieren und zu prüfen im Sinne von Art. 26 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902. Die Begründung lehnt sich an ein von Prof. FLEINER abgegebenes Gutachten an und geht im wesentlichen dahin: Die Annahme des Regierungsrates, dass das Elektrizitätswerk der Gemeinde Küsnacht ein privatrechtliches Unternehmen sei, sei willkürlich und verstosse gegen Art. 4 BV. Bei der Gründung sei nicht die Erwerbsabsicht entscheidend gewesen, sondern man habe es mit einem Akt öffentlicher Fürsorge zu tun, den die Gemeinde nicht als Privatrechtssubjekt kraft ihrer Gewerbefreiheit, sondern in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben vornehme. Willkürlich und gegen Art. 4 BV verstossend sei es auch, den Art. 5 des Reglements des Elektrizitätswerkes von Küsnacht als eine privatrechtliche Willenserklärung hinzustellen. Die Reglementsbestimmungen stellten sich nicht als genereller Vertragsinhalt, sondern als eine auf der Gemeindeautonomie im engeren Sinne beruhende öffentlichrechtliche Satzung dar. Das folge nicht bloss daraus, dass sich Art. 5 des Reglements nicht nur an die Abonnenten, sondern auch an Dritte, Gewerbetreibende, richte und für diese ein Verbot aufstelle, sondern auch aus den Bestimmungen in Art. 15 betreffend die Abänderung des Reglements. So habe sich auch das Bundesgericht in seinen Entscheidungen Bd. 39 I S. 187; 40 I S. 192; 41 I S. 249 ausgesprochen. Die Elektrizitätskommission sei deshalb nichts anderes als eine Spezialkommission im Sinne von § 81 Abs. 2 des zürcherischen Gemeindegesetzes, also ein Organ der Gemeindeverwaltung. Aus Art. 46 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen ergebe sich nun allerdings die Möglichkeit und Zulässigkeit der Monopolisierung der Erzeugung und Weiterleitung von Elektrizität, wie die bundesrätliche Praxis angenommen habe (Bundesratsbe-

schluss in Sachen Bodmer, Heidenreich & C^{ie}, BBl. 1904 I S. 205 und OETIKER, Die Eisenbahngesetzgebung des Bundes Bd. I S. 316 f.); dagegen fielen Gewerbebetriebe, die sich mit Hausinstallationen beschäftigen, nicht unter diese Vorschrift und das Monopol. Die von der Gemeinde beanspruchte Monopolisierung der Hausinstallationen wäre deshalb nur haltbar, wenn sie sich als eine bundesrechtlich zulässige Verfügung über Ausübung von Handel und Gewerbe im Sinne des Vorbehalts von litt. e des Art. 31 BV darstellte. Nach der bundesrechtlichen Praxis, die übrigens auch anfechtbar sei, dürften an sich gewerbliche Betriebe, wie der Kaminfegerberuf, die Kehrriechabfuhr gemeindeweise monopolisiert werden, wenn polizeiliche Gründe dafür sprechen. Im vorliegenden Falle habe die Gemeindebehörde von Küsnacht indessen nicht einmal den Versuch gemacht, den Art. 5 des Reglements für das Elektrizitätswerk mit polizeilichen Gründen zu rechtfertigen, sondern es werde ganz offen auf das rein fiskalische Moment der Rentabilität des Unternehmens abgestellt. Aus solchen Gründen dürfe aber die Handels- und Gewerbefreiheit nicht beschränkt werden (wofür auf den bundesgerichtlichen Entscheid Bd. 45 I S. 347 betreffend die Besteuerung der Warenhäuser verwiesen wird). Der polizeiliche Zweck (Kontrolle der Stromanlage und Sicherung der Gemeindeleitungen gegen Störungen usw.) werde bei Hausinstallationen erreicht durch eine amtliche Kontrolle der von Privaten ausgeführten Arbeiten (BG betreffend elektrische Schwach- und Starkstromanlagen Art. 26) und durch die Vorschrift, dass solche Installationen nur durch erprobte fachkundige Techniker hergestellt werden dürfen. Durch die Abweisung des Gesuchs des Rekurrenten, der die nötige Eignung besitze, verletzt den zürcherischen Behörden somit den Art. 31 BV. Und zwar seien sowohl das Installations- wie das Monopol für die Lieferung von Apparaten usw. verfassungswidrig. Auch hier

genüge zur Wahrung der polizeilichen Interessen ein Kontrollrecht.

C. — Der Regierungsrat des Kantons Zürich und die Elektrizitätskommission Küsnacht tragen auf Abweisung der Beschwerde an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Beschwerde ist von vorneherein abzuweisen, wenn das Elektrizitätswerk der Gemeinde Küsnacht als ein — selbständiges oder von der Gemeinde abhängiges — Unternehmen privatrechtlicher Natur betrachtet wird. Unter dieser Annahme, auf der der angefochtene Entscheid des zürcherischen Regierungsrates beruht, stellt sich die Bestimmung in Art. 5 des Reglements des Elektrizitätswerkes einfach als Vertragsbedingung gegenüber den Bezügeru von Strom dar, für deren Zulässigkeit öffentliches Recht überhaupt nicht in Frage kommt, wie auch das Begehren des Rekurrenten um Zulassung zur Ausführung von Installationen im Anschluss an das Leitungsnetz des Werkes alsdann nichts anderes ist als ein Gesuch um Vergebung von Arbeiten, die das Unternehmen grundsätzlich sich selbst vorbehalten hat, sodass ihm von den Organen des Unternehmens nicht entsprochen werden konnte, wenn sie sich nicht über das Reglement hinwegsetzen wollten. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das Bundesgericht im Entscheide in Sachen Walser & Cie, vom 25. April 1912 (AS 38 I S. 61 ff.), wo die tatsächlichen und die rechtlichen Verhältnisse im wesentlichen gleich lagen wie hier, ausgesprochen, dass eine Bestimmung, wie die in Art. 5 des Reglements des Elektrizitätswerkes Küsnacht enthaltene, keine staatsrechtlich anfechtbare Verfügung sei und keinesfalls die Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit verletze. Im gleichen Sinne hatte schon der Bundesrat in den im Entscheid Walser angeführten Fällen

entschieden (SALIS II N. 747, 747 a, 748 ; BBl. 1905 IV S. 137 ff.).

2. — Die Rüge der Verletzung des Art. 31 BV ginge aber auch dann fehl, wenn man unter Ablehnung jener Annahme dem Unternehmen den Charakter einer öffentlichen Anstalt und dem Reglement für den Bezug elektrischen Stroms von ihm die Bedeutung einer autonomen öffentlichrechtlichen Satzung der Gemeinde beilegen wollte.. Die Frage wäre an sich als Vorfrage für die Anwendbarkeit der erwähnten Verfassungsvorschrift frei und nicht nur vom Standpunkte des Art. 4 ebenda, der Willkür zu prüfen. Sie könnte andererseits auch so, wie das Bundesgericht bereits in dem Urteile in Sachen Elektrizitätswerk Kerns gegen Obergericht Obwalden vom 21. Oktober 1915 (AS 41 I S. 249) betont hat, beim heutigen Stand der Rechtsentwicklung nicht allgemein, in für alle Werke dieser Art ohne weiteres gültiger Weise, sondern nur von Fall zu Fall für jedes besonders, an Hand der dafür in Betracht kommenden konkreten Umstände beantwortet werden. Massgebend für die Entscheidung müsste in erster Linie das betreffende kantonale Recht sein, dem es auf den Gebieten, in denen die kantonale Hoheit nicht durch den Bund beschränkt ist, zusteht, den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich der in ihm enthaltenen öffentlichrechtlichen Rechtssätze, die davon betroffenen Tätigkeiten und Organismen zu bestimmen (Art. 6 ZGB und Kommentare dazu). Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass ein Unternehmen, das im Verhältnis zu Gemeinde und Staat als öffentliche Anstalt behandelt und durch das öffentliche Recht beherrscht wird, doch andererseits, was das Verhältnis zu den Benützern und Dritten betrifft, dem Privatrechte unterstellt bleibt, wie dies z. B. für die Eisenbahnen nach geltendem Rechte trotz des ihnen auferlegten Kontrahierungszwangs zweifellos zutrifft. In dem vom Rekurrenten angerufenen Urteile in Sachen Gemeinde

Le Locle gegen Staatsrat Neuenburg (AS 42 I S. 180 ff.) hat sich denn auch das Bundesgericht darauf beschränkt, den Streit über die Zulässigkeit des einem solchen Gemeindewerke von der Staatsbehörde auferlegten Kontrahierungszwangs als öffentlichrechtlichen zu erklären, während es die andere Frage nach dem rechtlichen Charakter der Beziehungen zwischen dem Werke und seinen Abnehmern selbst offen liess und ausdrücklich als kontrovers bezeichnete. Aus dem gleichen Grunde ist die Berufung auf die Urteile in Sachen Rorschach gegen Rorschacherberg und Staat Aargau gegen Aarau (AS 40 I S. 188 ff.; 41 I S. 349 ff.) nicht schlüssig, soweit daraus eine allgemeine Anerkennung des öffentlichrechtlichen Charakters auch jener Beziehungen hergeleitet werden will. Für den vorliegenden Fall kommt indessen darauf nichts an, weil wie bereits angedeutet, die Beschwerde selbst unter dieser Voraussetzung verworfen werden müsste.

Die Gemeinde hätte alsdann durch Errichtung des Elektrizitätswerkes eine Anstalt, mittelst deren sie eine öffentliche Aufgabe, die Versorgung der Gemeinde mit elektrischer Energie, erfüllt, ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen geschaffen, wodurch für die dazu gehörenden Handlungen in gewissen Grenzen ein tatsächliches Monopol begründet und die private Tätigkeit ausgeschlossen wird. Die in Frage stehende Reglementsbestimmung aber erscheint auch von diesem Standpunkte — entgegen der Auffassung des Rekurses — nicht als eine allgemeine polizeiliche Verfügung, sondern als ein Bestandteil der speziellen Anstaltspolizei, der inneren Ordnung des Unternehmens, die für dessen Benützung bestimmte Bedingungen aufstellt, was sich klar darin zeigt, dass ihre Nichtbeachtung nur für den Stromabnehmer unmittelbar einen Nachteil in Gestalt der Versagung des Anschlusses mit sich bringt, während der Dritte d. h. der private Installateur davon nur mittelbar insofern betroffen wird, als

die Abonnenten des Werkes dadurch tatsächlich gehindert werden, seine Dienste in Anspruch zu nehmen. Jeder gemeinwirtschaftliche Gewerbebetrieb schränkt aber notwendig die freie Gewerbeausübung in gewissem Umfange ein, mag er auf einem eigentlichen Monopole beruhen oder nicht. Der Streit geht deshalb auf diesen Boden gestellt in Wirklichkeit darum, ob und inwieweit gewerbliche Unternehmungen als gemeinwirtschaftliche gegründet und betrieben werden dürfen. Es ist zweifelhaft, ob der angerufene Art. 31 BV dafür einen Masstab abgebe. Wenn er auch nach seiner Entstehung ein volkswirtschaftliches System voraussetzt, nach dem im allgemeinen Handel und Gewerbe der freien Tätigkeit des Einzelnen überlassen sind, so lässt sich doch die Ansicht vertreten, dass er nicht sowohl die privatwirtschaftliche gegenüber der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit gewährleiste, sei es allgemein oder in bezug auf bestimmte Zweige des Handels und Gewerbes, als lediglich für das Gebiet der ersteren bestimmte Grundsätze, freie Konkurrenz und Gleichbehandlung aller Gewerbebesitzer aufstelle. Danach könnte er aber der Erstellung und dem Betrieb staatlicher oder gemeindlicher Unternehmungen trotz der damit verbundenen Monopolisierung überhaupt nicht entgegengehalten werden, sondern sich eine Schranke dagegen höchstens aus anderen Rechtssätzen, insbesondere des *kantonalen* Rechts ergeben (vgl. BURCKHARDT, Kommentar 2. Aufl. S. 256-57, der von diesem Standpunkte aus dafür eine «gesetzliche Grundlage» fordert). Für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist es überflüssig dazu Stellung zu nehmen. Es genügt festzustellen, dass auch vom Boden der herrschenden Auslegung, die in der Vorschrift zugleich eine Einengung des Gebiets der Gemeinwirtschaft erblickt, solche staatliche und gemeindliche Unternehmungen mit Monopolcharakter nach der geltenden Praxis, von der abzuweichen kein Grund vorliegt, jedenfalls dann

nicht zu beanstanden sind, wenn sich für ihre Errichtung und das beanspruchte tatsächliche oder rechtliche Monopol allgemeine Interessen, Gründe des öffentlichen Wohls geltend machen lassen und die Gründung nicht etwa bloss fiskalischen Motiven, der Absicht der Vermehrung der Staats- oder Gemeindecinnahmen entspringt (AS 38 IS. 52 und das bereits zitierte Urteil Rorschach gegen Rorschacherberg S. 192). Wo dem Unternehmen Gründe der ersteren Art zur Seite stehen, muss sich der Einzelne die daraus folgenden Einschränkungen seines privaten Tätigkeitsgebietes ebenso gefallen lassen, wie jede direkte, durch das öffentliche Wohl begründete Beschränkung. Nun geht der Rekurrent im Anschluss an das Gutachten von FLEINER selber davon aus, dass das Elektrizitätswerk von Künsnacht eine öffentliche Aufgabe erfülle und nicht oder doch nicht nur Erwerbszwecken diene. Durch die Bestimmung, dass die Strombezüger die Hausinstallationen durch das Werk vornehmen lassen und die Apparate usw. von diesem beziehen müssen, wird aber lediglich der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde um etwas über die Erzeugung und die Zuleitung von elektrischer Energie erweitert. Und zwar handelt es sich um eine Erweiterung, die mit dem allgemeinen Zwecke des Unternehmens, der Versorgung der Gemeindeangehörigen mit der für sie nötigen Elektrizität, in nahem Zusammenhang steht, da ja die Hausinstallationen und Apparate erst die privatwirtschaftliche Verwendung der Elektrizität ermöglichen. Wäre wohl schon von diesem Gesichtspunkte aus nichts dagegen einzuwenden, dass das gemeinwirtschaftliche Unternehmen nicht mit der Zuleitung der Elektrizität sich begnügt und vor den Häusern der Bezüger Halt macht, sondern auch die zur effektiven Verwendung erforderlichen Anlagen und Apparate mitergreift, so kommt hinzu, dass hiefür besondere Gründe angeführt werden können, die eine solche

Ausdehnung als im allgemeinen Interesse liegend erscheinen lassen. Einmal muss nicht nur dem Werk, sondern auch den Strombezügern daran gelegen sein, dass für einen technisch richtigen Anschluss und eine richtige Verwendung des Stromes gesorgt wird. Dafür bietet aber die Ausführung der Installationen und die Lieferung der Apparate durch das Werk wohl die beste Gewähr. Der Rekurrent gibt denn auch zu, dass aus solchen Gründen auf diesem Gebiete eine Beschränkung der freien Gewerbeausübung Platz greifen dürfe, wie er nicht etwa die Freigabe der Erstellung von Installationen und der Lieferung von Apparaten verlangt, sondern nur Anspruch auf Konzessionierung erhebt. Es mag nun sein, dass mittelst eines Konzessionssystems oder auch mittelst einer blossen polizeilichen Kontrolle, das Interesse der Sicherheit und Ordnung auch gewahrt werden könnte. Allein das Regiesystem erfüllt diesen Zweck wohl vollkommener und erscheint deshalb durch jenes Interesse genügend gedeckt. Den Behörden, die dasselbe zu wahren haben, muss in der Wahl der Mittel eine gewisse Freiheit gelassen werden, und wenn sie dem Regiesystem den Vorzug geben vor dem Konzessionssystem, so ist darin etwas Verfassungswidriges nicht zu erkennen. Und zwar auch dann nicht, wenn man grundsätzlich der Ansicht von FRANK, auf dessen Abhandlung über Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung FLEINER verweist, bestimmen wollte, wonach nur polizeiliche Zwecke die Beschränkung der Gewerbefreiheit rechtfertigen, je- weilen nur das zur Erreichung dieser Zwecke erforderliche Mindestmass von Beschränkung zulässig ist, und ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Zweck und der Beschränkung gefordert wird (s. Seite 33 f. und 41). Denn im einzelnen Falle kann eben das geringste Mass der Beschränkung deshalb nicht angemessen sein, weil mit einer weitergehenden Beschränkung der Zweck besser erreicht wird, worüber nicht aus der Verfassung

heraus vom Bundesgericht, sondern nach den jeweiligen Verhältnissen von den zuständigen kantonalen Behörden zu entscheiden ist. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass auch Rücksichten auf die richtige Verwaltung eines Gemeindewerkes mitsprechen; so ist die Konsolidierung eines solchen Unternehmens und die Sorge für einen angemessenen Ertrag ebenfalls ein öffentliches Interesse, das in Betracht gezogen werden darf, wenn es sich darum handelt, den zulässigen Umfang einer Beschränkung des freien Gewerbetriebes zu bestimmen, dies jedenfalls dann, wenn es sich, wie hier, im Grunde nicht um einen unmittelbaren Eingriff in die Gewerbefreiheit handelt, sondern nur um eine Nebenwirkung der Ausdehnung eines Gemeindebetriebes auf einen damit zusammenhängenden Zweig der für die Versorgung der Gemeinde mit Elektrizität erforderlichen Arbeiten und Lieferungen (vgl. nach beiden Richtungen die allgemeinen Betrachtungen am Schlusse des Urteils in Sachen Walser, die auch heute noch als zutreffend erscheinen).

Dass aber nach *kantonalem* öffentlichen Rechte die Gemeinde Küsnacht nicht berechtigt war, ihr Elektrizitätswerk mit diesem tatsächlichen Monopole auszustatten, ist nicht behauptet, weshalb die Legitimation des Rekurrenten zu einer solchen Rüge nicht untersucht zu werden braucht.

Auch die Betrachtung aus dem Gesichtspunkte der öffentlichrechtlichen Natur der angefochtenen Beschränkung führt demnach nicht zur Gutheissung der Beschwerde und zu einer Aenderung der bisherigen Rechtsprechung. Es mag lediglich beigefügt werden, dass z. B. in Deutschland derartige Beschränkungen der freien Gewerbeausübung ebenfalls nicht als gegen den in § 1 der Gewerbeordnung aufgestellten Grundsatz der Gewerbefreiheit oder gegen das in § 10 derselben enthaltene Verbot von ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen verstossend angesehen werden. In diesem

Sinne haben nicht nur das preussische und das sächsische Oberverwaltungsgericht in den bei REGER Bd. 13 S. 221 und Bd. 32 S. 196 mitgeteilten Entscheidungen sich ausgesprochen, sondern auch das Reichsgericht in dem in Bd. 79 S. 224 der Entscheidungen in Zivilsachen veröffentlichten Urteil. Allerdings handelte es sich in den Fällen, die zu den angeführten Entscheidungen Anlass gaben, um die Zulässigkeit des Konzessionsystems. Die Begründung, mit der die Zulässigkeit bejaht wurde, treffen aber in gleicher Weise für das Regiesystem zu. In der Schweiz hat sich das Installationsmonopol überall, wo es angefochten wurde, durchgesetzt, derart, dass es gegenwärtig als rechtlich zulässig angesehen werden muss. Nur zwingende Gründe rechtlicher oder volkswirtschaftlicher Natur vermöchte es zu rechtfertigen, dass dieser Zustand geändert würde. Solche liegen aber nicht vor.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**37. Urteil vom 7. Oktober 1921 i. S. Held gegen
Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.**

Art. 31 BV. Zulässigkeit einer speziellen, mit dem Patentzwang verbundenen staatlichen Aufsicht über den Handel mit Prämienwerten. Begriff der Prämienobligation. Dazu gehören auch solche Obligationen mit niedriger Verzinsung, deren Inhabern der Schuldner Prämien zusichert, die allenfalls auf ihm gehörende Prämienwertpapiere fallen sollten.

A. — Die Rekurrentin veranlasste als Vertreterin des Bankgeschäftes Steiner & C^{ie} in Lausanne am 30. November 1920 den Fuhrknecht Otto Frischknecht in Aarau, einen Zeichnungsschein für drei Obligationen der