

## **BGE 95 I 144**

Bundesgericht (BGE), 1969-04-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_95 I 144](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_95_I_144)

FR: ATF 95 I 144

IT: DTF 95 I 144

### **Regeste**

Regeste Monopol für das Ausführen elektrischer Hausinstallationen 1. Die Verwaltungsjustizbehörde, die in ihrem Entscheid auf ein sog. Parteigutachten abstellt, ohne der andern Partei Gelegenheit zur Vernehmlassung zu diesem Gutachten gegeben zu haben, verletzt dadurch Art. 4 BV (Erw. 2). 2. Das Monopol eines Gemeindewerks betreffend Ausführen elektrischer Hausinstallationen ist unzulässig, a) wenn es mit fiskalischen Interessen begründet wird (Begriff des fiskalischen Interesses); b) wenn es mit sicherheitspolizeilichen Überlegungen begründet wird (Änderung der Rechtsprechung). Dagegen kann sich das Monopol aus andern Gründen des öffentlichen Wohls rechtfertigen (Erw. 4). Dem öffentlichen Interesse der Strombezüger an rascher Behebung von Störungen am Freileitungsnetz und andern Werkanlagen kann u.U. durch geeignete Bedingungen und Auflagen an die zugelassenen privaten Installateure genügt werden. (Erw. 7).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Weder behauptet der Beschwerdeführer, das Reglement über die Abgabe elektrischer Energie sei von der Gemeinde Walzenhausen unzuständigerweise erlassen worden, noch wird geltend gemacht, es verstosse inhaltlich gegen kantonales Recht oder entfalte aus irgendeinem anderen Grunde überhaupt keine Rechtswirkungen. Umstritten ist lediglich Art. 16 Abs. 1 des Reglementes, wonach Hausinstallationen nur durch das Werk (d.h. die EVW) erstellt, unterhalten, verändert oder erweitert werden dürfen. Wenn sich diese Bestimmung als verfassungswidrig erweisen sollte, könnte sie allerdings heute nicht mehr BGE 95 I 144 S. 148 aufgehoben werden, da die dreissigtägige Anfechtungsfrist (vgl. Art. 89 OG ) längst abgelaufen ist. Vorfrageweise ist aber die Rüge der Verfassungswidrigkeit noch im Anschluss an einen aufgrund der betreffenden Bestimmung ergangenen Anwendungsakt zulässig (vgl. BGE 92 I 364 E. 1 mit Hinweisen). Auf die vorliegende Beschwerde ist daher einzutreten.

#### **E. 2**

Die Beschwerde rügt einmal eine Verletzung von Art. 4 BV . Sie sieht diese darin, dass der Regierungsrat auf ein von der Gemeinde Walzenhausen eingelegtes Privatgutachten abgestellt habe, ohne dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Rüge ist begründet. Im Verfahren, das zum angefochtenen Entscheid führte, kam dem Regierungsrat verwaltungsgerichtliche Funktion zu. Das von der Gemeinde eingereichte Gutachten von Ing. Frei bildete in jenem Stadium des Verfahrens ein neues Beweismittel. Wenn der Regierungsrat auf dieses abstellen wollte, dann war er nach Art. 4 BV verpflichtet, dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gutachten zu geben. Das hat die kantonale Instanz nicht getan und damit den Grundsatz des rechtlichen Gehörs missachtet (vgl. BGE 91 I 92 /3 E. 2). Vergeblich weist der Regierungsrat darauf

hin, er habe die ihm wesentlich scheinenden Gründe des Gutachters in den angefochtenen Entscheid aufgenommen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs fordert in einem solchen Fall, dass der Rechtsuchende angehört werde, bevor die urteilende Instanz ihren Entscheid trifft (vgl. TINNER, Das rechtliche Gehör, ZSR 83 II S. 331). Der angefochtene Entscheid ist mithin schon wegen Verletzung von Art. 4 BV aufzuheben.

### **E. 3**

Wenn eine Gemeinde die Verteilung von Wasser, Gas oder Elektrizität im Gemeindegebiet in der Form eines öffentlichen Dienstes besorgt, besitzt sie hierfür ein faktisches Monopol, da sie nicht verhalten werden kann, einem Konkurrenzunternehmen die für diese Verteilung unumgängliche Benützung ihres öffentlichen Eigentums zu gestatten. Dieses tatsächliche Monopol, das nicht gegen Art. 31 BV verstösst ( BGE 58 I 240 f. und 298 f.), da es sich auf die Herrschaft über den öffentlichen Boden stützt, geht an sich nur soweit, als solcher Boden für die Wasser-, Gas- und Elektrizitätsleitungen beansprucht wird. Das Bundesgericht hat jedoch wiederholt entschieden, dass die Gemeinde dieses Monopol ohne Verletzung des Art. 31 BV auf die sog. Hausinstallationen, d.h. die Erstellung und den Unterhalt BGE 95 I 144 S. 149 der an ihr Verteilernetz angeschlossenen Leitungen und Anlagen im Innern der Gebäude der Bezüger ausdehnen darf. Dabei durfte die Gemeinde bisher zulässigerweise die Ausführung der Hausinstallationen entweder unter Ausschluss jeder Konkurrenz sich selber vorbehalten oder aber sich in diese Tätigkeit teilen mit einigen Privaten, denen sie Konzessionen einräumte (sog. gemischtes System), wobei die Verweigerung solcher Konzessionen nur wegen Verletzung des Art. 4 BV anfechtbar war ( BGE 88 I 64 /5 mit Hinweisen). Die Ausführung von Hausinstallationen genießt dagegen den Schutz des Art. 31 BV , wenn die Gemeinde auf ein Monopol verzichtet hat, wobei private Firmen allein die genannte Tätigkeit ausüben oder aber ein Gemeindebetrieb sich mit ihnen im freien Wettbewerb misst ( BGE 94 I 23 E. 3). Im Schrifttum wird die Ausdehnung des Belieferungsmonopols auf die Erstellung und den Unterhalt von Hausinstallationen seit langem als mit Art. 31 BV unvereinbar bezeichnet (vgl. die in BGE 88 I 75 enthaltenen Literaturhinweise und neuerdings AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Nr. 1956 - 1958). Ob und gegebenenfalls inwieweit angesichts der Kritik an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei, konnte in neuern Urteilen ( BGE 88 I 65 , BGE 93 I 406 f. und BGE 94 I 23 E. 2) dahingestellt bleiben. Die Frage ist jetzt - jedenfalls hinsichtlich der elektrischen Hausinstallationen - zu entscheiden, da die EVW für solche unbestrittenermassen ein Monopol beansprucht und der Beschwerdeführer dieses als verfassungswidrig anfecht.

### **E. 4**

Die bisherige Praxis begründete die Zulässigkeit des Hausinstallationsmonopols damit, dass hinsichtlich solcher Installationen lediglich der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit um etwas über die Zuleitung und Abgabe elektrischer Energie erweitert werde und dass besondere Gründe vorlägen, die diese mit dem allgemeinen Zweck des Unternehmens eng zusammenhängende Ausdehnung als im öffentlichen Interesse liegend erscheinen liessen ( BGE 82 I 229 , BGE 47 I 252 f., BGE 38 I 64 /5). Wie aus dieser Umschreibung erhellt, ist das Installationsmonopol auch nach der bisherigen Rechtsprechung mit Art. 31 BV nur vereinbar, wenn sich "besondere Gründe des öffentlichen Wohls" dafür anführen lassen. a) Ursprünglich stützte sich das Bundesgericht vor allem auf einen sicherheitspolizeilichen Grund. Es erklärte, für eine BGE 95 I 144 S. 150 technisch richtige Anlage biete die Ausführung der Installationen durch das Werk wohl die beste Gewähr.

Zwar könne das Interesse der Sicherheit und Ordnung auch mit einem Konzessionssystem (d.h. dem gemischten System) oder einer blossen Polizeibewilligung gewahrt werden. Doch erfülle das System des ausschliesslichen Monopols des Gemeindebetriebes diesen Zweck vollkommener, und es erscheine daher als durch jenes Interesse genügend gedeckt. Zulässig sei nicht bloss das Mindestmass der Beschränkung; denn dieses könne eben deshalb nicht angemessen sein, weil sich mit einer weitergehenden Beschränkung der Zweck besser erreichen lasse (vgl. BGE 47 I 253 ). Diese Argumentation hatte seinerzeit erhebliches Gewicht. Indessen fügte ein Bundesratsbeschluss vom 24. Oktober 1949 in die Verordnung über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen (StarkstromV) einen Art. 120ter ein. Nach diesem dürfen Hausinstallationen nur noch erstellt, geändert oder ausgebessert werden durch Personen, die in den berufskundlichen Fächern die Meisterprüfung für Elektroinstallateure bestanden haben, oder durch solche, die einen Ausweis einer schweizerischen Hochschule oder eines kantonalen Technikums über abgeschlossene elektrotechnische Studien und über eine genügende praktische Tätigkeit im Hausinstallationsfach erbringen. Das ausführende Personal muss nach Art. 120quater der StarkstromV die Lehrabschlussprüfung für Elektromonteur oder für Starkstrommonteur bestanden haben; Hilfskräfte dürfen nur unter der Aufsicht solcher Personen arbeiten. Angesichts dieser sehr hohen Anforderungen haben die in der früheren Rechtsprechung angeführten sicherheitspolizeilichen Überlegungen ihre Geltung verloren. Das Installationsmonopol kann mit dieser Begründung nicht mehr aufrecht erhalten werden. b) Schon in BGE 58 I 299 hatte die Praxis erkannt, dass fiskalische Interessen allein das Installationsmonopol nicht zu rechtfertigen vermöchten. Gleichwohl warf ihr die Literatur auch seither wieder vor, sie stelle entscheidend auf fiskalische Zwecke ab. Diese Kritik mag insofern verständlich erscheinen, als die Rechtsprechung den Begriff des fiskalischen Interesses bisher nie umschrieben hat. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn Ausgestaltung oder Handhabung des Monopols es dem Gemeinwerk gestatten, nach Deckung sämtlicher Unkosten BGE 95 I 144 S. 151 (insbesondere der Vornahme angemessener Abschreibungen und Rückstellungen sowie nach Abzug des üblichen Zinsaufwandes für Eigen- und Fremdkapital) dem Gemeinwesen in irgendeiner Form geldwerte Leistungen zu erbringen, die andernfalls mit Steuergeldern zu bezahlen wären. Geht man von dieser Umschreibung aus, dann erweist sich der genannte Vorwurf als unbegründet. Zwar hat der Staatsgerichtshof in Fällen des sog. gemischten Systems wiederholt erklärt, die Sorge um einen angemessenen Ertrag des Gemeinwerks stelle unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV einen sachlichen Grund für die Verweigerung der Hausinstallationskonzession dar (so in den Urteilen vom 27. Januar 1940 i.S. Schweizer c. Zofingen, vom 17. Dezember 1952 i.S. Wild c. Lyss und vom 16. Dezember 1953 i.S. Elektroinstallations-AG c. Interlaken). Ging es hingegen darum, zu entscheiden, ob das Installationsmonopol als solches mit Art. 31 BV vereinbar sei - eine Frage, die das Bundesgericht schon bisher stets frei und nicht nur auf Willkür hin prüfte -, wurde jedenfalls seit BGE 58 I 299 nie auf fiskalische Interessen im umschriebenen Sinne abgestellt. c) Selbst in der Kritik an der bisherigen Rechtsprechung wird eingeräumt, dass sich das Installationsmonopol aus andern Gründen des öffentlichen Wohls rechtfertigen könne (vgl. z.B. MARTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 229 ff.; AUBERT, a.a.O. Nr. 1958 a.E.). Es liegt einmal zweifellos im öffentlichen Interesse, den elektrischen Strom, auf den heute jedermann angewiesen ist und der sich seiner Beschaffenheit nach nur monopolartig verteilen lässt, möglichst wirtschaftlich und wohlfeil abzugeben. Kann nun ein Verteilwerk ohne eigene Installationsabteilung nicht bestehen und muss diese neben

dem Bau und dem normalen Unterhalt der werkeigenen Anlagen auch den Pikettdienst und die rasche Hilfe bei Naturkatastrophen, Brandfällen, Drahtbrüchen und sonstigen Betriebsstörungen gewährleisten, dann hat jeder Stromkonsument, also die Allgemeinheit, ein Interesse daran, dass das Personal der Installationsabteilung möglichst durchgehend beschäftigt ist; jede nur teilweise ausgenützte Arbeitskraft würde nämlich den Strompreis verteuern. Überlegungen solcher Art dürfen nicht einfach als "fiskalisch" bezeichnet werden. Dies umso weniger, als die Strombezügler auch daran interessiert sind, dass Betriebsstörungen an den Anlagen innert nützlicher Frist behoben werden, das Werk BGE 95 I 144 S. 152 diesem Erfordernis aber unter Umständen nicht mehr genügen kann, wenn es infolge der Zulassung privater Installateure den Personalbestand der Installationsabteilung vermindern muss. Sind derartige Gründe gegeben, dann lässt sich das Installationsmonopol auch weiterhin mit Art. 31 BV vereinbaren.

## **E. 5**

a) Zu Recht begründet der Regierungsrat die Zulässigkeit des Installationsmonopols der EVW nicht damit, das Personal des Gemeindewerks biete bessere Gewähr für die fachgemässe Ausführung von Hausinstallationen als der Beschwerdeführer. Wie sich aus den Akten ergibt und nicht bestritten ist, umfasst das Personal der EVW 9 Personen, nämlich einen Betriebsleiter (mit Meisterdiplom), einen Chefmonteur (mit Lehrabschlussprüfung), vier Monteure (wovon zwei für Freileitungen besonders ausgebildet sind), einen Hilfsarbeiter und zwei Lehrlinge. Kommt der Beschwerdeführer als Inhaber eines Meisterdiploms dazu, so können sich unter dem sicherheitspolizeilichen Gesichtspunkt die Verhältnisse nur verbessern. Über Zahl und Qualifikation der Arbeitskräfte des Beschwerdeführers liegen zwar keine Angaben vor, doch haben die Behörden es in der Hand, alle Arbeitskräfte auszuschliessen, die dem Art. 120quater der StarkstromV nicht genügen sollten. b) Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid vielmehr angenommen, eine Preisgabe des Installationsmonopols müsste die korrekte Behebung von Schäden am Verteilnetz wesentlich beeinträchtigen. Diese Annahme beruht auf der Voraussage, dass die EVW ihren Personalbestand vermindern müsste, wenn sie private Installateure zuzulassen hätte. Allein das ergibt sich selbst aus dem Gutachten nicht zwingend. Zwar wird darin erklärt, das Netz der EVW sei wegen des hügeligen Geländes (540-900 m über Meer) in höherem Masse von Störungen bedroht als Netze im Flachland. Ein Vergleich mit den Werken von St. Moritz, Arosa, Davos und Lenzerheide sei ebenfalls ausgeschlossen, weil dort wesentlich höhere Personalbestände vorhanden seien. Nach dem Befund des Gutachters hätte eine Verminderung des Personalbestandes auf 3 bis 4 Mann zur Folge, dass bei Störungen mit längeren Betriebsunterbrüchen als bisher zu rechnen wäre, was grosse Schäden bei den Abonnenten bewirken könnte. Nirgends aber wird im Gutachten erklärt, die Zulassung des Beschwerdeführers (und allfälliger weiterer Bewerber) zu Hausinstallationen werde BGE 95 I 144 S. 153 tatsächlich eine Personalverminderung auf weniger als 50% des bisherigen Bestandes bewirken. Weder der Gemeinderat noch der Regierungsrat machen glaubhaft, dass infolge der Zulassung privater Firmen sämtliche Installationsaufträge oder auch nur ein bedeutender Teil davon der EVW entgehen müssten. Das wird sicher dann nicht geschehen, wenn die EVW der Konkurrenz qualitativ und preislich gewachsen ist. Wäre sie es nicht, dann läge die Zulassung von Privaten auch aus diesem Grund im öffentlichen Interesse, um die EVW zu rationellerer Betriebsweise zu veranlassen (so auch der Regierungsrat des Kantons St. Gallen in ZBl 54/1953 S. 21/2). Nimmt man hinzu, dass nach dem Zeugnis des Gutachters auch im Kanton Appenzell A.Rh., trotz verhältnismässig bescheidener Bautätigkeit, ständig mehr

Energie beansprucht wird, so ist auch von daher gesehen ein Rückgang - und erst recht ein erheblicher Rückgang - des Personals der EVW im Falle freier Konkurrenz der Installationsabteilung mit privaten Firmen wenig wahrscheinlich.

#### **E. 6**

Wie die Gemeinderechnungen zeigen, arbeitete die EVW bisher auch im Dienste des Gemeindefiskus. Sie lieferte der Gemeinde bis 1967 einen jährlichen Reingewinn von Fr. 20'000.-- ab. Im Jahr 1968 stieg dieser Betrag auf Fr. 30'000.--, und für 1969 sind Fr. 40'000.-- veranschlagt. Sollte die Konkurrenz privater Installateure bewirken, dass der Betriebsgewinn der EVW kleiner würde oder sogar ganz verschwände, so wäre das kein hinreichender Grund, um dem Beschwerdeführer die Installationserlaubnis zu verweigern. Denn um des Fiskaltrages willen lässt sich nach dem Gesagten das Installationsmonopol nicht halten.

#### **E. 7**

Sollte sich - entgegen aller Wahrscheinlichkeit - ein Personalabbau auf lange Sicht nicht verhindern lassen, so kann dem öffentlichen Interesse der Strombezügler an rascher Behebung von Störungen durch geeignete Bedingungen und Auflagen an die privaten Firmen genügt werden. Der Gutachter hält das zwar für unmöglich, weil das Personal der privaten Installateure im Bedarfsfalle zumeist nicht erreichbar sei und ihm ohnehin die Fachkenntnisse, insbesondere für Reparaturen an Freileitungen, fehlten. Der Gefahr, das Personal der zugelassenen Installateure bei Notfällen nicht rechtzeitig zu erreichen, lässt sich durch die Auflage eines Pikettdienstes begegnen. BGE 95 I 144 S. 154 Auch der zweite Einwand des Gutachters überzeugt nicht. Wie erwähnt, beschäftigt die EVW zur Zeit nur zwei Monteure, die auf Freileitungsbau spezialisiert sind. Daraus ist zu schliessen, dass das übrige Personal, insbesondere dasjenige, das normalerweise im Hausinstallationsfach tätig ist, bei der Störungsbehebung an Freileitungen nur Hilfsfunktionen ausübt. Dieses Personal wäre es, das im Falle von Auftragsrückgängen in der Installationsabteilung ganz oder teilweise entlassen werden müsste. Aus welchem Grunde Monteure privater Installationsfirmen jene Hilfstätigkeit nicht ebenfalls ausüben könnten, ist nicht einzusehen. Es bleibt den Behörden unbenommen, bei Erteilung der Installationsbewilligung dem Beschwerdeführer (und allfälligen weiteren Bewerbern) sowie deren Personal den Besuch entsprechender Kurse vorzuschreiben. Dass sich die besondern Fachkenntnisse, die zur Behebung von Störungen an Freileitungen erforderlich sind, auf diese Weise vermitteln lassen, erscheint umso glaubhafter, als nach einer Auskunft des BIGA der Beruf des Freileitungsmonteurs kein Lehrberuf im Sinne des Berufsbildungsgesetzes ist; vielmehr werden jene Spezialisten bloss angelehrt.

#### **E. 8**

Der Regierungsrat hat mithin nicht nur den Art. 4 BV verletzt. Sein Entscheid ist vielmehr auch aufzuheben, weil er dem Art. 31 BV widerspricht. In der Beschwerde wird ausserdem verlangt, das Bundesgericht habe den Regierungsrat anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Installationsbewilligung zu erteilen. Dieses Begehren ist zulässig ( BGE 94 I 22 E. 1, BGE 91 I 412 E. 1 mit Hinweisen). Seine Gutheissung hindert jedoch die kantonale Instanz nicht, in die Bewilligung geeignete Bedingungen und Auflagen aufzunehmen, wie das in Erw. 7 hievon angedeutet wurde. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.