

## **BGE 94 I 18**

Bundesgericht (BGE), 1968-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_94\\_I\\_18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_94_I_18)

FR: ATF 94 I 18

IT: DTF 94 I 18

### **Regeste**

Regeste Sanitäre Hausinstallationen. Art. 31 und 4 BV. Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung beim Ausführen von Hausinstallationen. Unterscheidung des sog. gemischten Systems vom Fall, wo sich die gemeindeeigene Installationswerkstätte mit privaten Firmen in freier Konkurrenz misst (Erw. 3). Frage des Festhaltens an der bisherigen Rechtsprechung betreffend die Monopolisierung von Hausinstallationen durch die Gemeinde offengelassen, da in Grenchen auf dem Gebiete der sanitären Hausinstallationen freie Konkurrenz herrscht (Erw. 4). Es verletzt Art. 31 BV, einer in Biel ansässigen Firma, welche über 10 mit Funkruf ausgestattete Servicewagen verfügt, die Bewilligung zum Ausführen sanitärer Hausinstallationen in Grenchen zu verweigern (Erw. 5 und 6).

Regeste Installations sanitaires intérieures. Art. 31 et 4 Cst. Organisation de l'activité économique dans le domaine des installations intérieures. Distinction entre le système de la concession (dit "système mixte") et celui où l'atelier exploité par la commune participe avec ceux d'entrepreneurs privés à un régime de libre concurrence (consid. 3). La jurisprudence antérieure concernant l'extension du monopole communal aux installations intérieures doit-elle être maintenue? Question laissée indécidée, un régime de libre concurrence régnant à Granges en matière d'installations sanitaires intérieures (consid. 4). Il est contraire à l'art. 31 Cst. de refuser à une entreprise, établie à Bienne et disposant de dix véhicules équipés d'un appareil d'appel radiophonique, l'autorisation d'effectuer des installations sanitaires intérieures à Granges (consid. 5 et 6).

Regesto ISTALLAZIONI sanitarie interne. Art. 31 e 4 CF. Organizzazione dell'attività economica nel campo delle installazioni interne. Distinzione tra il cosiddetto sistema misto e il caso in cui l'officina condotta dal comune partecipa con ditte private ad un regime di libera concorrenza (consid. 3). La giurisprudenza anteriore circa l'estensione del monopolio comunale alle installazioni interne dev'essere mantenuta? Questione lasciata indecisa, dal momento che nel comune di Grenchen vige un regime di libera concorrenza in materia di installazioni sanitarie interne (consid. 4). È contrario all'art. 31 CF rifiutare ad una ditta risiedente a Bienne e dotata di dieci veicoli di servizio muniti di un apparecchio di chiamata radiofonica, l'autorizzazione di eseguire installazioni sanitarie interne a Grenchen (consid. 5 e 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Erweist sich die vorliegende Beschwerde als begründet, so ist der Verfassungsstreit mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheides nicht beendet. Vielmehr müsste der Staatsgerichtshof in diesem Falle den solothurnischen Regierungsrat anhalten, die der Beschwerdeführerin in verfassungswidriger Weise verweigerte Konzession oder

Polizeierlaubnis zu erteilen (vgl. BGE 91 I 412 E. 1 mit Zitaten). Auf eine solche Erteilung ist denn auch das Begehren gerichtet, wonach festzustellen sei, BGE 94 I 18 S. 23 dass der Beschwerdeführerin das Recht zur Vornahme sanitärer Hausinstallationen bei der Überbauung Ochsenplatz in Grenchen zustehe. In diesem Sinn kann deshalb auf den genannten Antrag eingetreten werden.

## **E. 2**

Wenn eine Gemeinde in ihrem Gebiet die Verteilung von Wasser, Gas oder Elektrizität in Form eines öffentlichen Dienstes besorgt, besitzt sie hierfür ein faktisches Monopol, das mit Art. 31 BV vereinbar ist ( BGE 88 I 64 und dort zitierte frühere Urteile). Unter dem gleichen Gesichtspunkt liess es das Bundesgericht bisher auch zu, dass das genannte Monopol auf die sog. Hausinstallationen, d.h. die Erstellung und den Unterhalt der an das Verteilernetz angeschlossenen Leitungen und Anlagen im Innern der Gebäude der Bezüger ausgedehnt wurde ( BGE 38 I 64 ff., BGE 41 I 377 , BGE 47 I 252 ff., BGE 81 I 260 E. 2 und verschiedene nicht veröffentlichte Urteile). Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum angefochten worden (vgl. die Literaturhinweise in BGE 88 I 65 und neuerdings AUBERT, *Traité du Droit constitutionnel suisse* Bd. II S. 697, insbes. Nr. 1958). Ob an ihr festzuhalten sei, liess der Staatsgerichtshof in BGE 88 I 65 E. 3 und (dem Sinne nach) in BGE 93 I 409 /10 dahingestellt. Das kann auch im vorliegenden Fall geschehen, wenn es sich erweist, dass der Gemeinde Grenchen ein Monopol zur Ausführung von Hausinstallationen in keiner Form zusteht.

## **E. 3**

Wie aus der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erhellt, sind auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Betätigung hinsichtlich des Ausführens von Hausinstallationen verschiedene Möglichkeiten denkbar. Einmal kann sich die Gemeinde das ausschliessliche Monopol vorbehalten. Sie kann sich sodann, soweit sie selber der Nachfrage nicht zu genügen vermag, mit einigen Privaten in die genannte Tätigkeit teilen, indem sie den betreffenden Gewerbetreibenden (echte) Konzessionen einräumt (sog. gemischtes System). Schliesslich kann die Gemeinde auf ein Monopol überhaupt verzichten, wobei die privaten Firmen - welche u.U. gewisse polizeiliche Erfordernisse zu erfüllen haben - allein die Hausinstallationen besorgen oder aber ein Gemeindebetrieb sich mit ihnen im freien, grundsätzlich unter dem Schutz von Art. 31 BV stehenden Wettbewerb misst. Die zuletzt genannte Möglichkeit sieht dem sog. gemischten System insofern recht ähnlich, als beide ein gemeindeeigenes Werk voraussetzen, das in der Lage ist, Hausinstallationen auszuführen, und das dergestalt neben BGE 94 I 18 S. 24 privaten Firmen in Erscheinung tritt. Ausserdem kann die Zuordnung dadurch erschwert werden, dass auch im Falle des freien Wettbewerbs die privaten Gewerbetreibenden u.U. nur dann Hausinstallationen ausführen dürfen, wenn sie zuvor eine behördliche Bewilligung erlangt haben (sog. Polizeierlaubnis im Gegensatz zur echten Konzession beim gemischten System). In einem Punkte unterscheiden sich die beiden Varianten jedoch wesentlich: Beim gemischten System lässt die Gemeinde private Firmen lediglich zu, soweit sie bei Hausinstallationen der Nachfrage nicht selber zu genügen vermag. Sie macht die Zulassung Privater also vom Bedürfnis abhängig. Dieses Erfordernisses bedarf es demgegenüber nicht, wenn sich das Gemeindegewerk den privaten Firmen in freier Konkurrenz stellt. Welche Variante im einzelnen Fall vorliegt, ist in erster Linie auf Grund des einschlägigen kantonalen und kommunalen Rechts zu entscheiden. Lässt sich diesem keine eindeutige Antwort entnehmen, ist auch abzuklären, welche Haltung die beteiligte Gemeindebehörde

tatsächlich eingenommen hat. Alle diese Fragen prüft das Bundesgericht frei, da es dabei um die Tragweite von Art. 31 BV geht.

#### **E. 4**

Die Gemeinde Grenchen unterhält unbestrittenermassen eine Werkstatt, die sich - neben privaten Betrieben - mit der Ausführung sanitärer Installationen befasst. Der Regierungsrat geht im angefochtenen Entscheid davon aus, es liege das sog. gemischte System vor. Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, die Gemeinde Grenchen beanspruche kein Monopol, sondern ihre Installationsabteilung messe sich mit den privaten Firmen im freien Wettbewerb. Nach dem in Erw. 3 hiervor Gesagten ist mithin zu entscheiden, ob die Gemeinde die Erteilung entsprechender Installationsbewilligungen vom Bedürfnis abhängig machte. Entgegen der Auffassung des Regierungsrates trifft dies nicht zu. Zwar hindert das solothurnische Recht die Gemeinde nicht an der Einführung des sog. gemischten Systems (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 1960 i.S. R. & Cie. gegen Regierungsrat des Kantons Solothurn, ZBl 61/1960 S. 243/4). Auch die in Art. 1 Ziff. 1 der Grenchener "Konzessions-Verordnung" enthaltene Domizilklausel schliesst nicht von vornherein aus, die Erteilung von Installationsbewilligungen vom Bedürfnis abhängen zu lassen. Andererseits sehen aber weder das kantonale noch das kommunale Recht eine solche Ordnung BGE 94 I 18 S. 25 ausdrücklich vor. Bei dieser Rechtslage kommt dem Verhalten der zuständigen Gemeindebehörde im Zeitpunkt ihres Entscheides ausschlaggebende Bedeutung zu. Sie hat nun die von der Beschwerdeführerin nachgesuchte Bewilligung nicht mit der Begründung verweigert, es bestehe für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin in Grenchen kein Bedürfnis. Sie machte nicht einmal geltend, sie beanspruche das Ausführen von Hausinstallationen in erster Linie für ihre eigene Installationsabteilung. Im Gegenteil hat die Gemeinde noch in ihrer Vernehmlassung vor Bundesgericht festgestellt, die Installationsabteilung schalte sich in den freien Wettbewerb ein, soweit ihr die Hauseigentümer Gelegenheit dazu böten. Sie bestätigte damit den zur Zeit der Verweigerung der "Konzession" eingenommenen Standpunkt, aus welchem zu schliessen ist, dass sie auf das Hausinstallationsmonopol, auch in der Form des gemischten Systems, verzichtet hat. Bei der verweigerten Bewilligung handelt es sich deshalb nicht um eine echte Konzession, sondern um eine Polizeierlaubnis. Der Umstand, dass das Grenchener Reglement über die Abgabe von Wasser den Ausdruck "Konzession" verwendet, ändert an dieser Betrachtungsweise schon deshalb nichts, weil der Sprachgebrauch, in dem die Reglementsbestimmungen abgefasst werden, häufig ungenau ist. So hat denn das Bundesgericht bereits in BGE 39 I 195 ff. nicht angenommen, es bestehe zugunsten des Elektrizitätswerkes der Stadt St. Gallen ein Monopol, obwohl die einschlägigen Vorschriften das Erstellen von Installationen von der Erlangung einer "Konzession" abhängig machten (vgl. auch ZBl 67/1966 S. 507/8). Im vorliegenden Fall ist die Bezeichnung der Erlaubnis zum Ausführen von Installationen im Reglement umso weniger ausschlaggebend, als die Konzessions-Verordnung wohl in ihrem Titel die "Konzessionen" erwähnt, im übrigen aber von "Bewilligung" spricht. Zudem hat der Gemeinderat von Grenchen die Frage, ob es sich bei den Bewilligungen um echte Konzessionen oder nur um eine Polizeierlaubnis handle, ausdrücklich offen gelassen. Herrscht aber in Grenchen auf dem Gebiete der sanitären Hausinstallationen der Grundsatz der freien Konkurrenz, so braucht, wie angedeutet, auch im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden, ob an der angefochtenen bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Monopolisierung BGE 94 I 18 S. 26 von Hausinstallationen durch die Gemeinden festzuhalten sei oder nicht (vgl. BGE 88 I 65 E. 3).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin will mithin ein Gewerbe ausüben, das in Grenchen privater Erwerbstätigkeit in keiner Weise entzogen ist und demzufolge unter dem Schutz von Art. 31 BV steht. Diese Bestimmung, welche die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleistet, lässt Beschränkungen der Gewerbetätigkeit nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit zu ( BGE 93 I 410 E. 2, BGE 88 I 67 E..5). Solche polizeiliche Beschränkungen müssen zudem verhältnismässig sein, wenn sie Art. 31 BV nicht verletzen sollen. Der Regierungsrat hat die Beschwerde abgewiesen, indem er feststellte, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen des Art. 1 Ziff. 1 und 3 der Grenchener Konzessionsverordnung nicht erfülle. Die kantonale Instanz begründet ihren Entscheid zwar in erster Linie damit, die Gemeinde Grenchen verfüge über ein Hausinstallationsmonopol. Sie vertrat aber zusätzlich auch die Auffassung, es sprächen polizeiliche Gründe gegen die Erteilung der verlangten Bewilligung an die Beschwerdeführerin. Diese hält demgegenüber dafür, eine Unterscheidung zwischen ortsansässigen Firmen und ihr sei aus polizeilichen Gründen, insbesondere demjenigen der öffentlichen Sicherheit nicht gerechtfertigt. Die Beschwerdeführerin bestreitet damit dem Sinn nach die Zulässigkeit der in Art. 1 Konzessionsverordnung aufgestellten Erfordernisse des Geschäftsdomizils (Ziff. 1) und des Pikettdienstes an diesem Ort (Ziff. 3). Ob die genannten Anforderungen mit Art. 31 BV vereinbar sind, prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei und nicht auf Willkür hin ( BGE 88 I 68 E. 5 a.E.).

## **E. 6**

Der Regierungsrat hält die Erfordernisse des Geschäftsdomizils und des an diesem Standort eingerichteten Pikettdienstes für zulässig, weil die ortsansässigen Installationsfirmen der Bevölkerung jederzeit zur Verfügung stünden und besser in der Lage seien, bei Notfällen rasche und wirksame Hilfe zu leisten. In der Tat haben die Installateure die Hausinstallationen nicht nur zu erstellen, sondern an ihnen auch Reparaturen vorzunehmen und Störungen zu beheben. Es trifft weiter zu, dass solche Arbeiten mitunter unverzüglich auszuführen sind, damit eine genügende Wasserversorgung sichergestellt und umfangreicher BGE 94 I 18 S. 27 Wasserschaden vermieden werden kann. Wie das Bundesgericht schon in BGE 88 I 70 erklärt hat, liegt es deshalb auch im öffentlichen Interesse, wenn von den Installateuren verlangt wird, dass sie imstande seien, derartige Reparaturen jederzeit ohne Verzug auszuführen. Das Bundesgericht erkannte jedoch im gleichen Urteil ebenfalls, die Möglichkeit zur sofortigen Ausführung dringlicher Reparaturen bestehe nicht nur innert der Grenzen eines Gemeindegebietes, sondern erstrecke sich soweit, als die Entfernung und Strassenverhältnisse zwischen der Werkstätte des Installateurs und dem Kunden sowie die zur Verfügung stehenden Verkehrsmittel ein rasches Eingreifen in Notfällen gestatten. Die in Biel ansässige Beschwerdeführerin, welche unbestrittenermassen über 10 mit Funkruf ausgestattete Servicewagen verfügt, glaubt dieser Anforderung auch in Grenchen genügen zu können. Demgegenüber wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, die 12 km lange Strecke zwischen Biel und Grenchen könne nur im günstigsten Fall, während der verkehrsfreien Zeit, in 15 Minuten durchfahren werden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei in dringenden Fällen in Grenchen ebenso rasch zur Stelle wie das ortsansässige Gewerbe, überzeuge deshalb nicht. a) Wäre im vorliegenden Fall allein auf Tatsachen abzustellen, zu deren Würdigung die über eine bessere Ortskenntnis verfügende kantonale Behörde geeigneter ist als das Bundesgericht, dann hätte sich dieses auch im Bereich von Art. 31 BV auf eine Willkürprüfung zu

beschränken (vgl. BGE 93 I 412 E. 4 mit Zitaten). Die auf der Strecke Biel-Grenchen herrschenden Strassen- und Verkehrsverhältnisse, örtliche Gegebenheiten also, sind hier jedoch insofern nicht entscheidend, als sie nicht vom Üblichen abweichen und die Beschwerdeführerin zudem unbestrittenermassen über 10 mit Funkstationen ausgerüstete Servicewagen verfügt. Ob es sich auch unter solchen Umständen rechtfertigt, ihr die Installationsbewilligung zu verweigern, hängt somit im wesentlichen von einer Tatsachenwürdigung ab, die das Bundesgericht frei überprüfen kann. b) Der Regierungsrat vermag nicht zu bestreiten, dass der sog. Autoruf, mit welchem 10 Servicewagen der Beschwerdeführerin ausgestattet sind, dem Reparaturdienst eine Beweglichkeit gibt, wie sie ohne solche Funkausrüstung schwerlich erreicht werden könnte. Gerade in dringenden Fällen erlaubt BGE 94 I 18 S. 28 eine derartige Betriebsorganisation, rasch einzugreifen, weil die Zentrale per Funk unverzüglich denjenigen Servicewagen zur Reparatur beordern kann, dessen Standort dannzumal als der günstigste erscheint. Angesichts der Zahl der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge und des unbestrittenermassen ausgedehnten Einsatzgebietes der Beschwerdeführerin ist es dabei sehr wohl möglich, dass der betreffende Servicewagen eine kürzere Strecke zurückzulegen haben wird als die im angefochtenen Entscheid erwähnten 12 km. Aber auch wenn der Einsatz von Biel ausfolgen sollte, liesse sich die angefochtene Verweigerung der Installationsbewilligung unter dem Gesichtspunkt von Art. 31 BV nicht hinreichend rechtfertigen. Dass die mit den genannten modernen Verbindungsmitteln arbeitende Beschwerdeführerin zur Vornahme dringender Reparaturen in Grenchen von vornherein ungeeigneter sei als eine Firma, deren Werkstätte sich am Ort selber befindet, kann auch für diesen Fall nicht als erwiesen gelten. Weder verpflichtet nämlich die Grenchener "Konzessions"-Verordnung die ortsansässigen Installateure dazu, einen mit Funk ausgerüsteten Reparaturdienst zu unterhalten, noch schreibt sie ihnen das Bereitstellen einer ständigen Einsatzreserve am Geschäftsdomizil vor. Sichere Gewähr dafür, dass jeglicher Schaden an sanitären Hausinstallationen jederzeit und innert nützlicher Frist behoben werde, vermögen somit auch die Grenchener Firmen nicht zu bieten. Die Beschwerdeführerin ihnen gegenüber zu benachteiligen, nur weil sie in Grenchen kein Geschäftsdomizil unterhält, lässt sich daher mit Art. 31 BV nicht vereinbaren. Abgesehen davon würde die Distanz von 12 bis 14 km, insbesondere wenn man sie mit der Betriebsorganisation der Beschwerdeführerin in Beziehung setzt, selbst bei ungünstigsten Strassen- und Verkehrsverhältnissen noch einen wirkungsvollen Reparaturdienst erlauben. Sie liegt immerhin deutlich unter dem Rahmen von 20-30 km, bei welchem nach Ansicht der Schweiz. Kartellkommission der Reparaturservice "kaum" behindert wird (vgl. Veröffentlichungen der Schweiz. Kartellkommission 1967 S. 178). Werden aber im vorliegenden Fall nach dem Gesagten die in Art. 1 Ziff. 1 und 3 der "Konzessions"-Verordnung aufgestellten Erfordernisse des Geschäftsdomizils und des an diesem Ort eingerichteten Pickettdienstes durch den damit BGE 94 I 18 S. 29 verfolgten Zweck nicht mehr gedeckt, dann widerspricht der angefochtene Entscheid, der sie anwandte, dem Art. 31 BV und muss aufgehoben werden. Der Regierungsrat wird zudem anzuordnen haben, dass der Beschwerdeführerin die verlangte Installationsbewilligung erteilt werde. Dispositiv

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