aufgeworfen worden ist. Um einen Sitz ohne jede Geschäftstätigkeit handelte es sich allerdings im Falle AS 43 I S. 202, der die Vermögenssteuer betraf; allein dort stand dem Sitze kein auswärtiger Ort mit wesentlichem Geschäftsbetriebe gegenüber, sodass der Sitz ohne weiteres als Steuerort anzuerkennen war. Anders aber ist vorliegend zu entscheiden. Der bloss formelle Sitz der Rekurrentin in Zürich ist für ihren Geschäftsbetrieb, aus dem der steuerpflichtige Gewinn fliesst, völlig unerheblich. Es entfällt darauf kein Faktor der Gewinnbildung; diese ist vielmehr ausschliesslich auf die Verwaltungstätigkeit zurückzuführen, welche sich in den Bureauxräumlichkeiten in Bern abspielt. Folglich muss Zürich neben Bern bei der Steuerverteilung nach dem erörterten Gesichtspunkte leer ausgehen, und sein streitiger Steueranspruch ist insofern vor Art. 46 Abs. 2 BV nicht haltbar. Diese Behandlung des bloss formellen Geschäftssitzes rechtfertigt sich übrigens auch aus der Erwägung, dass damit Umgehungen der rechtmässigen Steuerordnung durch eine sachlich nicht begründete d. h. keinen berechtigten geschäftlichen Interessen entsprechende, sondern lediglich Steuerrücksichten dienende Sitzwahl verunmöglicht werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Der Rekurs wird grundsätzlich gutgeheissen und der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 30. Mai 1918 in dem Sinne aufgehoben, dass die Rekurrentin als pro 1917 in Zürich nicht einkommenssteuerpflichtig erklärt wird.

IV. VEREINSFREIHEIT

LIBERTÉ D'ASSOCIATION

24. Urteil vom 25. November 1918

i. S. Merchants-Club gegen St. Gallen.

Unterstellung eines Klubs, der für seine Mitglieder eine Wirtschaft betreibt, unter das kantonale Wirtschaftsgesetz. Verletzung der Vereinsfreiheit oder Willkür? Verhältnis des kantonalen Gesetzes zu Art. 31 BV. Bedeutung dieses Verhältnisses für die Gesetzesauslegung.

A. — Am 22. Januar 1909 bildete sich in St. Gallen ein Verein unter der Bezeichnung Merchants-Club, der nach englisch-amerikanischem Muster organisiert ist und nach den Statuten den Zweck hat, « seinen Mitgliedern in geeigneten Lokalitäten Gelegenheit zur Vereinigung und Geselligkeit zu bieten ». Er ist im Handelsregister eingetragen. Die Mitglieder bestehen in der Hauptsache aus Industriellen und Kaufleuten, die sich mit der Herstellung oder dem Vertrieb der Stickereierzeugnisse abgeben. Wer ordentliches Mitglied werden will, muss mindestens zwanzig Jahre alt sein und von zwei Klubmitgliedern empfohlen werden. Über die Aufnahme entscheidet der Vorstand in geheimer Abstimmung. Jedes « residierende », d. h. im Industriebezirk St. Gallen wohnhafte Mitglied hat eine Eintrittsgebühr von 100 Fr. und einen Jahresbeitrag von 200 Fr. zu bezahlen. Für die auswärtigen Mitglieder beträgt der Jahresbeitrag 50 Fr. Der Klub hat einige Hundert Mitglieder, gegenwärtig nach seiner Angabe etwa 150 residierende und 220 auswärtige. Die Räumlichkeiten des Klubs befinden sich im Gebäude der Eidgenössischen Bank. Sie dienen zum Aufenthalt und zur Unterhaltung, sowie zur Einnahme von Speise und Trank. Der Hauptraum ist ein Unterhaltungs- und Lesesaal, in dem Zeitungen und Zeitschriften aufliegen. Er enthält

ein Billard und ein sog. Bar, wo die üblichen — alkoholische und andere — Getränke abgegeben werden. Neben diesem Raume befinden sich ein grösserer Speisesaal und ein kleineres Spiel- und Rauchzimmer. Ferner ist noch ein sog. Damensalon vorhanden. Im Dachraume des Gebäudes ist eine Küche eingerichtet. Die Mitglieder des Klubs können in dessen Räumlichkeiten die Mittags- und Abendmahlzeiten zu sich nehmen und erhalten auch in der Zwischenzeit auf ihr Verlangen Getränke, Zigarren und Zigaretten. Der Klub hat zu diesem Zwecke einen Direktor, sowie das für die Küche und die Bedienung notwendige Personal angestellt. Barzahlung wird nicht geleistet; sondern die Mitglieder erhalten am Ende des Monats eine Rechnung für das, was sie an Speise und Trank zu sich genommen haben. Sie unterzeichnen lediglich jeweils einen sog. Check, auf dem angegeben ist, was sie bezogen haben, und diese « Checks » werden ihnen mit der Rechnung zugestellt, damit sie deren Richtigkeit nachprüfen können. Ueber die Einführung von Gästen bestimmen die Statuten: « § 44. Es ist den Mitgliedern » gestattet, Gäste in die Clublokale einzuführen, nach » Massgabe der folgenden Bestimmungen: a) In St. » Gallen oder Umgebung domizilierte Personen dürfen » höchstens viermal pro Jahr, je für die Dauer eines » Tages eingeführt werden. Einladungen zu besondern » Clubanlässen werden dabei nicht mitgezählt. b) Für » Personen, welche nicht in St. Gallen oder Umgebung » wohnen und sich nur vorübergehend hier aufhalten, » hat jede einmalige Einführung Gültigkeit für eine » Woche, jedoch ist die Einführung auf viermal pro » Jahr beschränkt. Solchen Personen kann durch den » Vorstand eine Ausweiskarte ausgestellt werden. c) Die » Konsumationen der Gäste fallen zu Lasten desjenigen » Mitgliedes, das sie eingeführt hat. — § 45. Zur Kontrolle über die Einführung von Gästen ist ein Fremdenbuch aufzulegen, in welches jeweils der Name und » Wohnort des Gastes, der Name des Einführenden und

» das Datum der Einführung einzutragen ist. » Danach kann ein Gast nur das geniessen, was ihm vom einführenden Mitgliede angeboten wird.

Schon im Jahre 1910 beschäftigte sich der Stadtrat von St. Gallen mit der Frage, ob der Klub dem kantonalen Wirtschaftsgesetze zu unterstellen sei. Die Frage wurde aber von ihm verneint und ebenso wieder im Jahre 1916, als er auf Veranlassung des kantonalen Polizeidepartementes sich mit der Sache nochmals befasste. Er begründete seinen Standpunkt mit dem Hinweis darauf, dass es sich um eine geschlossene Gesellschaft handle und eine gewerbsmässige Wirtschaftsführung nicht vorliege.

Gestützt auf ein Gutachten des Dr. Göttisheim in Basel hielt aber der Regierungsrat durch Entscheid vom 9. Juli 1918 den Klub an, ein Wirtschaftspatent zu lösen.

Er ging dabei von folgenden Erwägungen aus: Das Wirtschaftsgesetz enthalte keine Bestimmung des Begriffs einer Wirtschaft. Dieser müsse daher aus der allgemeinen Tendenz des Gesetzes und dessen einzelnen Vorschriften abgeleitet werden, wobei auch die Auslegung des Art. 31 BV zu berücksichtigen sei. Die Gesetzgebung über die Wirtschaften und den Kleinverkauf von Getränken solle vor allem der Volkswohlfahrt dienen. Sie beziehe sich auf die Abgabe von Getränken zum unmittelbaren Genuss an Ort und Stelle oder in kleinen Mengen über die Gasse. Das kantonale Wirtschaftsgesetz gehe davon aus, dass dieser Handel einer staatlichen Bewilligung bedürfe, soweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme gemacht werde. Keines Patentes bedürften nach der erschöpfenden Aufzählung in Art. 9 des Gesetzes die Kosthäuser und Pensionen, in denen die üblichen Tagesmahlzeiten abgegeben, in der Zwischenzeit aber keine geistigen Getränke verabreicht würden. Ferner erlaube Art. 9 l. c. die Abgabe von solchen ohne Patent den Unternehmern grösserer Arbeiten, soweit es sich um einen zum Selbstkostenpreis gewährten Vormittags- und

Vespertrunk handle. In allen diesen Ausnahmefällen habe man es mit einem zeitlich beschränkten Ausschankrecht zu tun. Werde die Beschränkung nicht beachtet, so trete die Patentpflicht ohne Rücksicht auf den Kreis der Abnehmer ein. Es ergebe sich hieraus, dass das kantonale Wirtschaftsgesetz unter dem Wirtschaftsgewerbe den — unter Vorbehalt der Polizeistunde — zeitlich unbeschränkten Kleinverkauf von Getränken zum Genuss an Ort und Stelle verstehe. Welche Zahlungsweise dabei stattfinde, sei gleichgültig. Ebenso sei es für den Begriff der Wirtschaft nicht wesentlich, dass die Verkaufsstelle dem allgemeinen Publikum zugänglich sei. Was die als Begriffsmerkmal bezeichnete Gewerbmässigkeit betreffe, so könne ein Wirtschaftsbetrieb auch dann als gewerbmässig betrachtet werden, wenn mit der Abgabe von Speisen und Getränken indirekt andere gewerbliche Zwecke verfolgt werden. Dr. Göttisheim führe aus, dass ein Gewerbe nicht bloss dann vorliege, wenn die Tätigkeit unmittelbar auf Erzeugung von Vermögenswerten gerichtet sei; der Endzweck sei entscheidend. Nun wolle der Merchants-Klub nach dem Gutachten von Göttisheim durch die Erleichterung des geselligen Verkehrs mit den Stickerereinkäufern offensichtlich den Absatz der Produkte der Stickereiindustrie fördern. Abgesehen hiervon weise aber der in Frage stehende Wirtschaftsbetrieb « auch selber und direkt Erwerbsmomente auf ». Der Klub habe eine erhebliche Mitgliederzahl und erhalte Besuch von Gästen. Speise und Trank werde jederzeit, gegen Bezahlung, verabreicht. Durch den Verkaufspreis könnten zweifellos auch gewisse Betriebsauslagen gedeckt werden, was übrigens nicht wesentlich sei. Der Klub sei daher « in Bezug auf die kontinuierliche Verabreichung von Getränken und Speisen in seinen Lokalitäten » unter das Wirtschaftsgesetz zu stellen. Der Vereinszweck werde hiedurch nicht beeinträchtigt, weil damit nicht die Verpflichtung verbunden sei, ungewollte Gäste aufzunehmen. Auch das verfassungsmässige Vereinsrecht werde hiedurch

nicht verletzt, da der Klub in der Erfüllung seines Vereinszweckes nicht gehemmt werden solle. Er könne nicht beanspruchen, von allgemein verbindlichen, gewerbe-polizeilichen Beschränkungen befreit zu werden. Dass der Klub dem Wirtschaftsgesetz unterstellt werde, entspreche der Behandlung der « Cercles » in den westschweizerischen Kantonen. Auch diese müssten ein Wirtschaftspatent lösen, wenn sie in ihrem Versammlungsort Speise und Trank verabreichen wollen. Würde der Regierungsrat anders entscheiden, so führte dies zu einer Umgehung der wirtschaftspolizeilichen Bestimmungen. Eine Studentenverbindung könnte dann ebenso in ihrem Vereinslokal einen Wirtschaftsbetrieb auf eigene Kosten einrichten und damit jede polizeiliche Einmischung verhindern, insbesondere sich über die Polizeistunde hinwegsetzen. Auch die Feldschützengesellschaft müsse jeweilen eine Bewilligung einholen, wenn in ihrem Schützenhause vorübergehend während einigen Tagen Speise und Trank erhältlich sei. Ebenso sei der Kaufmännische Verein, der in seinem Vereinshause den Mitgliedern ein Heim bieten wolle, zur Lösung eines Wirtschaftspatentes angehalten worden. Endlich sei auch die Traiterie des Klosters seinerzeit unter der Patentpflicht gestanden.

B. — Gegen diesen Entscheid hat der Merchants-Klub am 5. September 1918 die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung.

Er beruft sich in erster Linie auf die in Art. 56 BV gewährleistete Vereinsfreiheit. Diese soll dadurch verletzt worden sein, dass seine Vereinstätigkeit unter die Wirtschaftspolizei gestellt wird. In dieser Hinsicht wird im Rekurse ausgeführt: Die Vereinsfreiheit gewähre die Garantie, dass die rechtmässigen Zwecke auch auf dem Wege der Vereinigung verfolgt werden können; ein Verein dürfe keinen andern polizeilichen Beschränkungen als der Einzelne unterworfen werden. Allerdings sei die

Freiheit des Individuums wie diejenige des Vereins durch die allgemeinen polizeilichen Vorschriften beschränkt. Aber wie der Einzelne für sich allein oder mit seiner Familie oder mit mehreren zusammen Räume mieten, einrichten, darin der Geselligkeit leben, Küche und Keller halten könne, ohne dass die Behörden etwas dazu zu sagen hätten, so sei dies auch einem Vereine gestattet, wenn er eine streng geschlossene Gesellschaft bilde. Der Zweck des Merchants-Klub, den Mitgliedern Gelegenheit zur Vereinigung und Geselligkeit zu bieten, werde dadurch wesentlich gefördert, dass diese auch mit einander essen und trinken könnten. Zudem wolle der Klub seinen Mitgliedern eine Art Familienheim bieten, wo die Küche besser sei als in den Gasthöfen, kein Trinkzwang bestehe und wo in angenehmerer Weise als in Wirtschaften Freunde bewirtet werden könnten. Wenn der Klub dem st. gallischen Wirtschaftsgesetz unterstellt und damit der Wirtschaftspolizei unterworfen würde, so könnte er seinen Zweck nicht mehr erreichen, indem er den Charakter einer exklusiven, streng geschlossenen Gesellschaft verlöre. Die Zahlung der Patenttaxe machte zwar dem Klub keine Schwierigkeit; aber die Polizei könnte jederzeit im Klub zum Zwecke der Überwachung erscheinen, die Räume müssten um 11 Uhr geräumt, für jeden länger dauernden gesellschaftlichen Anlass müsste eine Bewilligung eingeholt, am Vormittag öffentlicher Ruhetage könnte der Besuch des Klubs verboten und am Hause müsste durch einen Schild angegeben werden, dass darin eine Speisewirtschaft betrieben werde, u. s. w. Auch könnte der Klub niemandem mehr den Eintritt verweigern.

In zweiter Linie macht der Rekurrent geltend, dass eine missbräuchliche Anwendung des Art. 31 BV vorliege, weil es sich nicht um eine Ausübung des Wirtschaftsgewerbes im Sinne der Verfassung handle. Hiezu wird ausgeführt: Die Beschränkung des Art. 31 litt. c BV gelte zwar auch für einen Verein, der das Wirtschafts-

gewerbe ausübe. Wer aber dies nicht tue, könne dem st. gallischen Wirtschaftsgesetz nicht unterstellt werden. Es komme bei der Frage der Zulässigkeit einer Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit nach der Bundesverfassung nicht darauf an, wie ein kantonales Wirtschaftsgesetz ausgelegt werden könne, da die ganze kantonale Beschränkung samt der Patentpflicht nur im Bundesrecht begründet sei, wie auch Dr. Göttisheim zugebe. Unter « Wirtschaftswesen » nach Art. 31 litt. c BV verstehe man nur einen öffentlichen Betrieb von Wirtschaften, da die Bundesverfassung nur durch das öffentliche Wohl geforderte Beschränkungen zulasse. Die Zahl der der Öffentlichkeit zugänglichen Wirtschaften solle nach Massgabe des öffentlichen Bedürfnisses zum Zwecke der Bekämpfung des Alkoholismus beschränkt werden. Auf den Alkoholgenuss im geschlossenen Privatleben beziehe sich die Verfassungsbestimmung nicht. Der Einzelne wie ein geschlossener Verein könne nicht daran gehindert werden, für sich Speisen und Getränke zu kaufen und zu geniessen. Bei der Tätigkeit des Rekurrenten handle es sich nun um einen solchen Ankauf zum Selbstverbrauch im eigenen Heim und nicht um den Betrieb des Wirtschaftsgewerbes im Sinne des Art. 31 BV. Dieses Gewerbe umfasse auch nur die zu Erwerbszwecken betriebene Abgabe von Getränken und Speisen an Dritte. Der Klub verdiene aber mit der Verabreichung von Speise und Trank nichts, sondern mache jedes Jahr ein Defizit. Allerdings berechne er dabei mehr als den Ankaufspreis; aber auch die Auslagen für die Räume, deren Einrichtung und die Bedienung gehörten zu den Selbstkosten und dürften daher zum Teil, wie es geschehe, auf die Abgabe von Speisen und Getränken gelegt werden, ohne dass hierin ein Erwerbszweck gefunden werden könnte. Der Umstand, dass durch den Klub vielleicht auch geschäftliche Beziehungen gefördert werden, gebe seiner Tätigkeit nicht Gewerbscharakter. Für ihn bilde die Verabreichung von

Speise und Trank nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Die Sache liege gleich, wie wenn sich einige Junggesellen zusammentun, um eine Wohnung zum Zwecke des gemeinschaftlichen Essens und Trinkens und der Bewirtung von Freunden einzurichten. Dass im vorliegenden Falle der Vorstand im Namen des Vereins die Räume miete, das Personal anstelle und die Vorräte anschaffe, bilde nur eine Form, die am Wesen der Sache nichts ändere.

Endlich behauptet der Rekurrent noch, dass sich die Regierung einer willkürlichen ungleichen Behandlung schuldig gemacht habe. Er begründet diesen Vorwurf wie folgt: In St. Gallen bestehe eine Freimaurerloge mit eigenem Gebäude, worin sich Gesellschaftsräume, Küche und Keller befinden. Die Mitglieder könnten zu beliebiger Zeit ein- und ausgehen und es würden jederzeit alkoholische und andere Getränke verabreicht. Bei Versammlungen würden kalte, oft auch warme Speisen abgegeben. Gästen sei der Zutritt gestattet. Dieser Betrieb sei aber dem Wirtschaftsgesetz nicht unterstellt worden. Zudem werde der Rekurrent anders behandelt als Private, die in ihren vier Wänden die Geselligkeit bei Speise und Trank pflegten.

C. — Der Regierungsrat hat die Abweisung des Rekurses beantragt. Er führt aus, es sei ihm bisher nicht bekannt gewesen, dass die Freimaurerloge einen gleichartigen Wirtschaftsbetrieb wie der Merchants-Klub habe; wenn dem so sei, so werde die Loge nicht anders als der Klub behandelt werden.

D. — In einer Replik wird nahegelegt, dass auch die Feldschützengesellschaft für ihre Mitglieder seit Jahren eine Wirtschaft betreibe, ohne zur Einholung eines Patentes für ihren ständigen Betrieb angehalten worden zu sein.

E. — Da der Rekurrent seine staatsrechtliche Beschwerde auch beim Bundesrat eingereicht hat, so hat dieser einen Meinungs-austausch mit dem Bundesgericht

über die Frage der Zuständigkeit eröffnet. Die beiden Bundesbehörden haben dabei übereinstimmend festgestellt, dass die Beurteilung der Beschwerde ausschliesslich dem Bundesgericht zustehe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Das st. gallische Gesetz über die Betreibung von Wirtschaften und den Kleinverkauf von Getränken bestimmt in Art. 1, dass « zur Ausübung des Wirtschaftsgewerbes » der Besitz eines Patentes erforderlich sei. Dessen Erteilung wird von gewissen Bedingungen, die sich auf die Person des Bewerbers oder die zum Betriebe dienenden Räume beziehen, abhängig gemacht; es soll dadurch eine polizeilich einwandfreie Wirtschaftsführung nach Möglichkeit gesichert werden. Art. 9 macht von der Patentpflicht eine Ausnahme für die Kosthäuser und Pensionen, in denen nur die üblichen Tagesmahlzeiten verabreicht werden, sowie zu Gunsten von Unternehmern, die ihren Arbeitern einen « Vormittags- und Vespertrunk » geben. In Art. 6 wird den Gemeinden unter Vorbehalt der Genehmigung des Regierungsrates gestattet, die Erteilung neuer Patente für Alkoholwirtschaften auszuschliessen, wenn das öffentliche Wohl durch eine Vermehrung der Zahl der Wirtschaften gefährdet erscheint. Durch Art. 12 werden die « Wirte » verpflichtet, am Hause durch einen Schild oder eine Aufschrift auf den Wirtschaftsbetrieb aufmerksam zu machen. Aus dem Patentzwang wird in Art. 15 ff. die Verpflichtung zur Zahlung einer « Gebühr » hergeleitet, die je nach der Natur der Wirtschaft und andern Umständen verschieden hoch bemessen ist. Endlich wird die Betriebsführung in den Art. 8 Abs. 3, 32-34 und 37-39 einer besondern polizeilichen Aufsicht und Beschränkung unterworfen. Die Wirte werden für die Aufrechterhaltung von guter Ordnung verantwortlich erklärt, die Abgabe von geistigen Getränken an gewisse Personen wird verboten, Tanzanlässe, Kegelschieben u. s. w. werden nur

beschränkt zugelassen. Sodann wird eine Polizeistunde angesetzt, die Schliessung der Wirtschaften während der Dauer des Vormittagsgottesdienstes an öffentlichen Ruhetagen angeordnet und der Polizei jederzeit das Eintrittsrecht gewährt. Die Betriebe werden unter die Sanitäts- und Lebensmittelpolizeiaufsicht gestellt und gewisse Vorschriften zum Schutze des Dienstpersonals erlassen.

Durch den Entscheid des Regierungsrates wird der Rekurrent mit Rücksicht auf die Abgabe von Speise und Trank dem für die Wirte geltenden Patentzwang unterworfen. Zugleich wird darin der Auffassung Ausdruck gegeben, dass sein Betrieb im allgemeinen auch sonst der besondern wirtschaftspolizeilichen Aufsicht und Beschränkung unterliege.

2. — Die in Art. 56 BV garantierte Vereinsfreiheit, die der Rekurrent in erster Linie anruft, um die Unterstellung unter das Wirtschaftsgesetz anzufechten, kann denselben, wie er selbst zugibt, nicht davor schützen, dass sein Vereinsleben den gleichen allgemeinen polizeilichen Beschränkungen wie die Betätigung des Einzelnen unterworfen wird. Ein Verein ist sowohl in seinem Zweck als auch in der Anwendung der Mittel zu seiner Verfolgung an die allgemeine Rechtsordnung gebunden (vergl. AS 7 S. 666, 8 S. 254, 10 S. 28, 42 I S. 10). Der Rekurrent anerkennt denn auch, dass er dem Patentzwang des schweizerischen Wirtschaftsgesetzes gleich jeder Privatperson untersteht, sofern er das « Wirtschaftsgewerbe » ausübt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Ausübung nur nebensächlich zum Vereinszweck gehört oder bloss ein Mittel zu dessen Erfüllung darstellt, weil eben ein Verein auch in Beziehung auf die Art, wie er seinen Zweck erreichen will oder dazu gelangt, der allgemeinen Rechtsordnung untersteht. Der Umstand, dass die Abgabe von Speisen und Getränken ein Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks, der geselligen Vereinigung von Personen, mit gewissen gleichartigen Interessen, bildet, ist wohl bei der Frage, ob ein patentpflichtiger Wirtschafts-

betrieb vorliege, zu berücksichtigen; er schliesst aber nicht von vornherein die Patentpflicht vermöge der Garantie der Vereinsfreiheit aus.

Entscheidend ist danach einzig, ob nach den gesamten Umständen, dem Wortlaut und Sinn des Wirtschaftsgesetzes, sowie der Art und dem Zweck des Betriebes der Rekurrent für die Abgabe von Speisen und Getränken in seinen Räumlichkeiten den Bestimmungen des genannten Gesetzes über den Patentzwang und die übrigen polizeilichen Beschränkungen unterstehe. Ist die Frage zu bejahen, so muss der Rekurrent die sich daraus notwendig ergebende Störung oder Beeinträchtigung seines Vereinszweckes hinnehmen, gerade wie auch der Einzelne sich gegen die Beschränkungen seiner Freiheit, die im Interesse des geordneten gesellschaftlichen Zusammenlebens und des öffentlichen Wohles geboten sind, nicht auflehnen kann.

Die erwähnte Frage ist in erster Linie eine solche des kantonalen Verwaltungs- speziell Polizeirechtes. Es ist zunächst Sache der Kantone, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit die Formen und Schranken zu bestimmen, in denen sich die persönliche Freiheit zu bewegen hat. Die Auffassungen hierüber wechseln je nach dem Stande der Kultur, den Lebensbedingungen, der geographischen Lage einer Gegend. Die Kantone sind daher in der Festsetzung der hierfür bestimmten Rechtsordnung frei, soweit ihnen nicht durch die Bundesgewalt Grenzen gesetzt sind, sei es, dass diese selbst ein Rechtsgebiet ordnet, sei es, dass sie nur Schranken aufstellt, die der Kanton nicht überschreiten darf. Zudem stehen die von den Kantonen selbst gesetzten Verfassungsgrundsätze, die sich auch auf die erwähnte Rechtsordnung beziehen können, unter der Garantie der Bundesorgane und ihre Durchführung wird von diesen — wenigstens teilweise — überwacht. Das Gutachten von Göttsheim, dem der Rekurrent in dieser Beziehung folgt, befindet sich daher

insofern auf unrichtigem Wege, als es für die Beschränkungen des st. gallischen Wirtschaftsgesetzes die Grundlage ausschliesslich im Bundesrecht sucht und sie in litt. c und e des Art. 31 BV findet. Das Verhältnis dieser Verfassungsbestimmung zum kantonalen Wirtschaftsgesetz ist im Gegenteil so aufzufassen, dass sie lediglich eine Schranke aufstellt, an die das kantonale Gesetz, soweit es die Ausübung von «Handel und Gewerbe» ordnet, gebunden ist. Art. 31 BV verlangt, dass die Kantone den Grundsatz der Freiheit von Handel und Gewerbe achten, d. h. den Gewerbetreibenden Freizügigkeit gewähren, ihre freie Konkurrenz zulassen und sie gleich behandeln. Er bezieht sich nur auf eine Seite des Erwerbslebens, indem er ihm eine gewisse Freiheit vor kantonalen Beschränkungen sichern will, und lässt im übrigen den Kantonen freie Hand. Litt. c und e behalten gewisse Ausnahmen oder Beschränkungen des Grundsatzes der Gewerbefreiheit vor und enthalten so eine nähere Bestimmung der Grenzen der Garantie der Gewerbefreiheit. Eine kompetenzbegründende Grundlage für die kantonale Gesetzgebung bildet aber weder der Verfassungsgrundsatz selbst noch der Vorbehalt gewisser Beschränkungen. Die Handels- und Gewerbepolizei wird nach wie vor grundsätzlich von den Kantonen kraft eigener Machtvollkommenheit geregelt. Sie können sich daher dabei auf ein engeres Gebiet beschränken, als Art. 31 BV, und andererseits ist es wohl möglich, dass sie in ihren gesetzlichen Erlassen, die in erster Linie die Ausübung von Handel und Gewerbe innert den bundesrechtlichen Schranken ordnen, auch über dieses Rechtsgebiet hinausgehen, und anderes in den Bereich ihrer polizeilichen Regelung ziehen, das nicht zu dem Kreise menschlicher Bestätigung gehört, der von Art. 31 BV umfasst wird, ohne dass gesagt werden könnte, es fehle hiefür nach der Bundesverfassung die erforderliche Grundlage. Demnach muss nicht von vornherein angenommen werden, dass das st. gallische Wirtschaftsgesetz wie Art. 31 BV

bloss gewerbliche Betriebe im Auge habe und sich auf andere überhaupt nicht beziehen könne. Es ist daher nicht ohne weiteres — durch das Verhältnis des kantonalen zum eidgenössischen Rechte — ausgeschlossen, dass der Merchants-Klub nach dem genannten Gesetz auch dann dem Patenzwang unterliegt, wenn die Abgabe von Speise und Trank in seinen Räumen nicht als Gewerbebetrieb im Sinne des Art. 31 BV aufzufassen ist.

Die Frage ist vielmehr lediglich die, ob die Verabreichung von Speisen und Getränken nach Art. 1 des Wirtschaftsgesetzes dem Patenzwang unterstellt werden darf und ob eine solche Anwendung des genannten Gesetzes nicht verfassungsmässige Rechte des Rekurrenten beeinträchtigt. Auf diesen Boden hat sich denn auch der Regierungsrat gestellt, indem er sich die Frage vorlegte, ob der Bewirtungsbetrieb des Rekurrenten unter Art. 1 des Wirtschaftsgesetzes falle, und sich dabei, weil in diesem Artikel eine klare Bestimmung des Begriffs einer Wirtschaft fehlt, auf allgemeine Erwägungen und auf Art. 31 BV, insbesondere litt. c, stützte, da die darin enthaltene Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit auf ähnlichen wirtschaftspolizeilichen Gründen beruht wie die Vorschriften des Wirtschaftsgesetzes. Von diesem Standpunkt aus ist der Regierungsrat dazu gelangt, den in Frage stehenden Betrieb des Rekurrenten unter das Wirtschaftsgesetz zu stellen, indem er annahm, der Zweck des Gesetzes, die Sorge für die Volkswohlfahrt, erfordere die Ausdehnung des Patenzwangs auf jede Art des Verkaufs geistiger Getränke zum unmittelbaren Genuss an Ort und Stelle und zwar, wie sich aus den Ausnahmefällen des Art. 9 ergebe, jedenfalls dann, wenn der Verkauf zeitlich nicht beschränkt sei.

Dass diese Auslegung und Anwendung des Wirtschaftsgesetzes eine bundes- oder kantonale rechtliche Verfassungsgarantie verletze, lässt sich nicht sagen. Es könnte sich bloss fragen, ob sie nach dem Inhalt und Zweck des Gesetzes mit Art. 4 BV im Widerspruch stehe, und diese

Frage muss verneint werden, wenn auch gesagt werden mag, dass die Auffassung des Regierungsrates nach dem Wortlaut des Wirtschaftsgesetzes etwas gezwungen erscheint. Die Regelung des Alkoholgenusses im Interesse der Volkswohlfahrt bildet seit längerer Zeit eine wichtige Frage der Gesetzgebung; diesem Zwecke dienen verschiedene Bestimmungen der Bundesverfassung; insbesondere können die Kantone nach Art. 31 litt. c Wirtschaftsbetriebe, in denen geistige Getränke abgegeben werden, beschränken (vergl. AS 41 I S. 48 ff.), und dies bezweckt denn auch das st. gallische Wirtschaftsgesetz. Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass der Regierungsrat für seine Auslegung neben dem Zweck des Gesetzes noch dessen Anwendungsgebiet, wie es sich aus Art. 9 ergibt, heranzieht. Die Annahme, dass diese Bestimmung eine erschöpfende Aufzählung der Ausnahmen vom Patentzwang enthalte, lässt sich kaum anfechten. Und der Umstand, dass danach Arbeiterkantinen mit zeitlich unbeschränkter Abgabe von Speisen und Getränken dem Patentzwang unterworfen werden, selbst wenn der Verkauf zum Selbstkostenpreise geschieht, zeigt, dass der ausdehnenden Auslegung des Art. 1 des Gesetzes der dort gebrauchte Ausdruck «Wirtschaftsgewerbe» nicht gebieterisch im Wege steht, zumal da die Überschrift des Gesetzes nur von «Wirtschaften» spricht. Man kann annehmen, dass der erwähnte Ausdruck ungenau sei und die Bezeichnung «Gewerbe» für «Betrieb» gebraucht werde, oder es lässt sich auch sagen, dass die Ausdrucksweise dem Regelfall, der geordnet werden will, angepasst sei.

Kann danach der Begriff des patentpflichtigen Wirtschaftsbetriebs so weit gefasst werden, wie es geschah, so ist es keine Willkür, dass der in Frage stehende Betrieb des Rekurrenten darunter gestellt wird. Dieser steht insofern jeder Wirtschaft gleich, als auf Rechnung des Betriebsinhabers Nahrungsmittel und Getränke — auch alkoholische — eingekauft und auf Wunsch jeder-

zeit den Anwesenden zum Genuss an Ort und Stelle abgegeben werden. Dass Barzahlung ausgeschlossen ist, bildet keinen Unterschied, der vom Standpunkt des Wirtschaftsgesetzes aus — mit Rücksicht auf dessen Zweck — wesentlich ist. Ein Wirt, der seinen Gästen grundsätzlich kreditierte, könnte sich damit zweifellos den Vorschriften des Wirtschaftsgesetzes nicht entziehen. Ebenso darf es als unerheblich betrachtet werden, dass kein Speise- oder Trinkzwang besteht; das hängt damit zusammen, dass der Verein noch andere Zwecke als die Vereinigung zum Essen oder Trinken verfolgt. Für die Mitglieder, die Getränke zu sich nehmen wollen, erfüllt der Betrieb genau denselben Zweck wie eine Wirtschaft. Hieran ändert auch die Geschlossenheit nichts. Für die breite Öffentlichkeit spielt allerdings der Betrieb des Rekurrenten insofern keine Rolle, als er nicht einen Anziehungspunkt für jedermann bildet; er gefährdet daher vielleicht das allgemeine Wohl weniger, als eine gewöhnliche Wirtschaft. Die Mitgliederzahl ist aber unbeschränkt und so gross, dass sich immerhin die Auffassung vertreten lässt, eine gewisse Beschränkung und Beaufsichtigung sei im Interesse des öffentlichen Wohles geboten. Der genannte Umstand darf als wesentlicher Unterschied zwischen dem Rekurrenten und dem gastfreundlichen Hausherrn gelten, der zu seinem Vergnügen regelmässig Gäste zu sich einlädt und durch die Kosten, die ihm zur Verfügung stehende Zeit und den Umfang seines Bekanntenkreises zu einer erheblich grösseren Beschränkung der Ess- und Trinkanlässe veranlasst wird. Für den Standpunkt des Rekurrenten fällt einzig einigermaßen ins Gewicht, dass er den Bewirtungsbetrieb nur für sich, die Mitglieder und deren Gäste eingerichtet hat, was zum Schlusse führen kann, es handle sich um eine polizeilicher Einmischung entzogene, freie Betätigung des Individuums. Indessen liegt hier die Sache doch anders als beim Einzelnen, der zum eigenen Genusse und etwa noch für Gäste Nahrungsmittel und Getränke ein-

kauft, weil, auch abgesehen von den Gästen, die Person des Betriebsinhabers mit derjenigen des Geniessenden nicht zusammenfällt. Der Betrieb wird vom Verein geführt, der eine selbständige rechtliche Existenz hat, und die Speisen und Getränke werden von seinen Mitgliedern entgegengenommen, die ihm gegenüber als bezahlende Gäste, nicht als Betriebsführer oder Unternehmer auftreten. Selbst wenn man auch statt von formal-juristischen, von wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgeht und berücksichtigt, dass sich der Verein aus seinen Mitgliedern zusammensetzt, so bleibt nichtsdestoweniger die Tatsache bestehen, dass Betriebsführer und Konsumenten nicht dieselben sind, indem der Verein aus einer grossen Anzahl von Mitgliedern besteht und nicht für den gemeinschaftlichen Genuss aller dieser einkauft, sondern wie der Wirt den Zweck verfolgt, Nahrungsmittel und Getränke in ausreichender Menge zur Verfügung zu haben, um sie in der Folge denjenigen, die es besonders verlangen, abgeben zu können. Infolgedessen werden auch die Kosten nicht unter alle verteilt; sondern jeder Abnehmer muss für das, was er geniesst, besonders Zahlung leisten, und der Verein hat gleich einem Wirt ein Interesse daran, dass er für seine Waren Abnehmer findet und einen gewissen Umsatz erzielt. Der Umstand, dass — abgesehen von den Gästen — sich die Abgabe von Speise und Trank lediglich zwischen dem Verein und den ihm angehörenden Mitgliedern abspielt, ändert also auch nichts daran, dass jener für diese genau demselben Zweck dient; wie jede Wirtschaft. Wenn ihnen der Verein auch noch anderes bietet und sie sich beim Essen und Trinken in bekannter ausgewählter Gesellschaft befinden, so vermag dies das öffentliche Interesse des Gemeinwesens an einer Beaufsichtigung der Gelegenheit zum Alkoholgenuss nicht auszuschliessen. Massgebend bleibt — wie ohne Willkür angenommen werden kann — dass wie in einer gewöhnlichen Wirtschaft geistige Getränke an einen grössern Kreis von Personen auf ihr Verlangen

jederzeit abgegeben werden. Der Hinweis des Rekurrenten auf eine Junggesellenwirtschaft bildet eine petitio principii; es ist nicht ausgeschlossen, dass auch eine solche Wirtschaft unter den Patentzwang gestellt werden kann, wenn auf sie die vom Regierungsrat aufgestellten Begriffsmerkmale zutreffen. Eine gewisse Analogie zum Wirtschaftsbetrieb des Rekurrenten bildet die Tätigkeit der Konsumvereine, die soweit sie Waren nur an Mitglieder abgeben, nicht zu Erwerbzwecken an- und verkaufen, sondern einen Selbstbetrieb durchführen, um damit Ersparnisse oder ähnliche Vorteile für ihre Mitglieder zu erzielen. Trotzdem ist ihr Betrieb den gewerbepolizeilichen Beschränkungen unterworfen worden, weil er sich nach aussen wie ein Geschäftsbetrieb darstellt, und die Konsumvereine haben sich dem nicht unter Berufung auf das Vereinsrecht zu entziehen gesucht.

St. Gallen steht mit seiner Behandlung des Merchants-Klub nicht allein. Die Westschweiz besitzt, wie der Regierungsrat hervorgehoben hat, ähnliche Einrichtungen in den « Cercles ». Es handelt sich dabei um mehr oder weniger geschlossene Gesellschaften, die sich zusammen tun, um für ihre Zwecke Räumlichkeiten zur Verfügung zu haben, in denen auch gewirtet wird, sei es von einem Pächter oder auf Rechnung des Vereins. Diese Cercles werden, soweit sie Wirtschaften mit Ausschank alkoholischer Getränke führen, vielfach ausdrücklich den wirtschaftspolizeilichen Bestimmungen unterworfen. Waadt hat für sie in Art. 1 seines Gesetzes über den Detailverkauf alkoholischer Getränke vom 21. August 1903 ausdrücklich die Patentpflicht aufgestellt, ebenso Wallis in § 13 seines Gesetzes vom Jahre 1916 und früher auch Freiburg in Art. 2 seines Wirtschaftsgesetzes vom 28. September 1888, der dann allerdings am 18. Mai 1893 insofern abgeändert wurde, als das besondere Patent für die Cercles aufgehoben und diesen für die Berechtigung zur Abgabe von Speisen und Getränken an das Publikum die Pflicht auferlegt wurde, das gewöhnliche Wirtschafts-

patent einzuholen. Ob nach dem genferischen Wirtschaftsgesetz vom 4. Juni 1887 für Cercles mit Ausschank geistiger Getränke der Patentzwang besteht, ist zweifelhaft; dagegen werden alle Cercles durch ein Reglement des Staatsrates vom 24. Januar 1893 unter strenger polizeilicher Aufsicht gestellt. Endlich erklärt der Kanton Basel-Stadt in § 6 seines Wirtschaftsgesetzes vom 19. Dezember 1887 dessen Vorschriften für anwendbar auf die den Wirtschaften entsprechenden Einrichtungen für geschlossene Vereine und Gesellschaften.

Auch den praktischen Erwägungen, auf die sich der Regierungsrat mit dem Gutachten von Göttisheim stützt, kann ihre Bedeutung nicht abgesprochen werden. Geht man davon aus, dass das Wirten, insbesondere der Ausschank alkoholischer Getränke, einer polizeilichen Beaufsichtigung und Beschränkung bedarf, so darf diese vor grösseren geschlossenen Gesellschaften, in denen es im wesentlichen genau so zugeht wie in eigentlichen Wirtschaften, nicht Halt machen. Will der Kampf gegen den Alkoholismus wirksam geführt werden, so ist der Rahmen der einer Beschränkung bedürftigen Betriebe mit Ausschank geistiger Getränke weit zu spannen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Lokalitäten eines Vereins, die in gewissem Sinne öffentlich sind, weil sie einer grossen Anzahl von Personen offen stehen, nicht denselben hygienischen Vorschriften unterstellt werden sollten, wie gewöhnliche Wirtschaften, und, wie bei diesen, so besteht auch bei den Vereinswirtschaftsbetrieben die Gefahr der Begünstigung rechts- oder gesellschaftswidrigen Missbrauchs, was gleichermassen eine gewisse Staatsaufsicht rechtfertigt. Ferner wäre es unverständlich, wenn die zum Schutze des Dienstpersonals in Wirtschaften geltenden Bestimmungen nicht auch auf von Vereinen für ihre Mitglieder geführte Betriebe Anwendung finden sollten. Es stände endlich geradezu im Widerspruch mit der Rechtsgleichheit, wenn Vereine für ihre Mitglieder von jeder zeitlichen Beschränkung freie Wirtschaftsbetriebe

einrichten könnten, während die übrigen Bürger sich beim Besuch der Wirtschaften an die Polizeistunde und andere Vorschriften über deren Schliessung zu bestimmter Zeit halten müssten.

Allerdings würde eine Anwendung sämtlicher wirtschaftspolizeilichen Bestimmungen auf den Betrieb des Rekurrenten wohl über das Ziel hinausschiessen. Das Wirtschaftsgesetz ist nach Form und Inhalt auf die gewöhnlichen Wirtschaften zugeschnitten, die gewerbmässig von Wirten geführt werden und dem Publikum offen stehen. Die mit Rücksicht auf diese Gewerbmässigkeit und Öffentlichkeit aufgestellten Bestimmungen, wie z. B. vielleicht Art. 12 und 34, dürften daher auf den Wirtschaftsbetrieb des Rekurrenten wohl kaum Anwendung finden. Auch ist es zweifelhaft, ob die Bewilligung des Patentbesitzes wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert werden könnte; diese Frage braucht aber hier nicht näher erörtert und entschieden zu werden, da dem Rekurrenten die Weiterführung seines Betriebes unter Einholung eines Patentbesitzes gestattet wird. Ebenso wäre es vielleicht unzulässig, dem Rekurrenten eine Patenttaxe aufzulegen, die sich ihrer Höhe nach nicht bloss als Gebühr, sondern als Gewerbesteuer darstellen würde. Doch hat der Rekurrent in dieser Hinsicht einen Vorbehalt oder eine Einwendung nicht gemacht und könnte sich immer noch beschweren, sofern er in verfassungswidriger Weise behandelt würde.

Weiter ist zu beachten, dass sich das Vereinsleben des Rekurrenten nicht im Wirtschaftsbetrieb erschöpft. Nur der Wirtschaftsbetrieb darf aber aus polizeilichen Gründen beschränkt werden. Die Ausdehnung dieser Einschränkung auf die übrige Vereinstätigkeit wäre eine Verletzung der Vereinsfreiheit. Die Bestimmungen über die Schliessung der Wirtschaften zu gewissen Zeiten dürften z. B. nicht dazu führen, den Mitgliedern des Merchants-Klubs das Verweilen in den Vereinsräumen zu untersagen, wenn der Wirtschaftsbetrieb eingestellt ist

und sie sich lediglich zur Unterhaltung oder geselligen Vereinigung dort aufhalten wollen.

3. — Der Vorwurf ungleicher Behandlung kann ebenfalls nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen. Wenn die Freimaurerloge denselben Wirtschaftsbetrieb wie der Rekurrent hätte, so handelte es sich ihr gegenüber um eine unzulässige Begünstigung, die dem Rekurrenten nicht den Anspruch gäbe, gleich behandelt zu werden. Zudem hat die Regierung sich bereit erklärt, die Verhältnisse der Loge zu untersuchen, und es ist nicht zu bezweifeln, dass sie dieser gegenüber die gleichen Grundsätze wie dem Rekurrenten gegenüber zur Anwendung bringen wird. Dasselbe gilt grundsätzlich in Beziehung auf die Feldschützengesellschaft, abgesehen davon, dass der Rekurrent erst in der Replik, also eigentlich zu spät, geltend gemacht hat, diese habe einen ständigen Wirtschaftsbetrieb für ihre Mitglieder.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

V. GERICHTSSTAND

FOR

25. Urteil vom 28. Juni 1918

i. S. Freisteiner gegen Zürich und Tessin.

Negativer Gerichtsstandskonflikt. — Hat der Scheidungsrichter es unterlassen, ein Abkommen über die Nebenfolgen der Scheidung nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB im Scheidungsurteil zu genehmigen, so ist er selbst von bundesrechtswegen zuständig, es nachträglich zu tun, und nicht der Richter des Wohnsitzes der im Genehmigungsverfahren beklagten Partei.

A. — Auf Antrag des Klägers Albert Kundert, damals in Chiasso wohnhaft, hat das Appellationsgericht des

Kantons Tessin, durch Urteil vom 13. April 1916, die zwischen den Eheleuten Kundert-Freisteiner bestehende Ehe geschieden. Im Prozesse hatte die Beklagte Frau Christina geb. Freisteiner verschiedene Begehren betreffend die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung geltend gemacht, über welche die Parteien am 27. Dezember 1915 (also noch während der Prozessverhandlungen) eine schriftliche Vereinbarung trafen. In einer ferneren Vereinbarung vom 6. März 1916 erklärten sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen geregelt zu haben und die darauf bezüglichen Prozessbegehren fallen zu lassen. Auf Grund dieser Erklärung sah das tessinische Appellationsgericht davon ab, über die Begehren betreffend die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung zu urteilen. Es unterliess es auch, der Vereinbarung vom 27. Dezember 1915 die richterliche Genehmigung zu erteilen, wie das in Art. 158 Ziff. 5 ZGB vorgeschrieben ist. Eine Eingabe vom 20. März 1917, womit Frau Freisteiner das Appellationsgericht des Kantons Tessin ersuchte, die gerichtliche Bestätigung der Vereinbarung vom 27. Dezember 1915 nachzuholen, wurde mit Urteil vom 28. April 1917 abschlägig beschieden, wesentlich aus folgenden Gründen: Das Scheidungsgericht habe die Genehmigung der Vereinbarung über die Nebenfolgen unterlassen, weil die Parteien, durch Erklärung vom 6. März 1916, auf die bezüglichen Begehren ausdrücklich verzichtet hätten. Das Urteil vom 13. April 1916 sei in Rechtskraft erwachsen: es gehe nicht an, das Verfahren neuerdings zu eröffnen. Das gestellte Begehren bilde vielmehr eine neue Klage, die gegen den Beklagten an seinem jetzigen Domizil (Zürich) anhängig zu machen sei und welche auch eine neue Prozessinstruktion bedinge.

B. — Die darauf von Frau Freisteiner in Zürich (wohin der Ehemann inzwischen sein Domizil verlegt hatte) am 20. September 1917 eingereichte Klage auf richterliche Genehmigung der Uebereinkunft vom 27. Dezember 1915 wurde von den Zürcher Gerichten (zweitinstanzlich durch