

Umsicht, die er bei der Prüfung angewendet hat, die gleiche Veranstaltung bald als Lotterie und bald als etwas anderes erscheinen würde. (In diesem Sinne vgl. den bereits zitierten RGE Bd. 60 Strafsenat S. 385).

Bei dieser Sachlage kann inbezug auf diejenigen der eingeklagten Tatbestände, welche Gegenstand des freisprechenden vorinstanzlichen Urteiles sind, der Tatbestand von Art. 1 des Lotterieggesetzes nicht als erfüllt angesehen werden.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.



STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

10. Urteil vom 15. Juni 1929 i. S. Guggenheim gegen Thurgau.

Totalausverkaufsbewilligung wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe (thurg. Hausiergesetz) kann ohne Willkür immer dann verweigert werden, wenn einer der Teilhaber der bisherigen Firma unmittelbar anschliessend am gleichen Ort ein ähnliches Geschäft eröffnet: Erw. 1.

— Wann kann der « Geschäftsführer » ohne Willkür als Teilhaber angesehen werden? Erw. 1.

Nachträgliche Behandlung eines zu Unrecht bewilligten Totalausverkaufs als Räumungsausverkauf. Erw. 3.

A. — Das thurgauische Gesetz vom 3. Oktober 1898 betreffend das Markt- und Hausierwesen stellt das Hausieren und die ihm gleichgestellten gewerblichen Betätigungen unter Patentpflicht. In dieser Beziehung wird des nähern bestimmt:

§ 7. « Dem Hausieren wird gleichgestellt:

a) Der freiwillige Ausverkauf, inbegriffen sogenannte Reklame-, Gelegenheits- und andere vorübergehende Massenverkäufe. »

§ 19 Abs. 2. « Patente für Warenverschleisse nach § 7 lit. a werden längstens auf einen Monat und nur einmal innerhalb eines halben Jahres von der letzten Patentausstellung an erteilt. »

§ 20 Abs. 6. « Findet der Verkauf — in den Fällen des § 7 lit. a — wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe infolge

Todes des Inhabers oder Auflösung der Firma statt, so ist die Minimaltaxe zu bezahlen, und es kann die Gültigkeit des Patentes bis auf sechs Monate ausgedehnt werden. »

§ 20 Abs. 1 und 2. « Zuhanden des Staates werden feste Patenttaxen erhoben, welche zum voraus zu entrichten sind.

Dieselben betragen :

2. für Patente in den Fällen von

§ 47 lit. a (Ausverkäufe) per Monat 50 bis 400 Fr. »

In Frauenfeld bestand seit 1921 ein Konfektionshaus H. Guggenheim, welches im Auftrag des Firmainhabers und heutigen Rekurrenten Heinrich Guggenheim durch dessen Schwager Harry Bollag geführt wurde. Bollag bezog für seine Arbeitsleistungen einen prozentualen Anteil am Geschäftsumsatz, hatte aber andererseits 20 % der allgemeinen Geschäftsunkosten und — zuerst teilweise, dann ganz — die Lokalmiete zu bezahlen. Die ihm vom Rekurrenten ausgestellte « General-Vollmacht » vom 20. September 1921 lautet : « Hierdurch erteile ich meinem Schwager Herrn Harry Bollag generelle Vollmacht alle vorkommenden Angelegenheiten in meinem Namen zu erledigen und werde ich seine Abmachungen jederzeit als rechtsgültig anerkennen. Dies gilt auch gegenüber Behörden, sowie Post, Bank, Bahn, etc. »

Am 22. Oktober 1928 erteilte das Polizeidepartement des Kantons Thurgau dem Rekurrenten die Bewilligung zur Durchführung eines Totalausverkaufs während der Monate November, Dezember und Januar 1928/29 gegen Entrichtung einer Ausverkaufsgebühr von 150 Fr. (Das Minimum gemäss § 20 Abs. 6 des Hausiergesetzes für drei Monate). Am 26. November 1928 verfügte das Polizeidepartement :

1. Der unterm 31. Oktober 1928 bewilligte Totalausverkauf der Firma H. Guggenheim endigt mit Ende November 1928.

2. H. Guggenheim hat an die Staatskasse den Betrag von 250 Fr. nachzuzahlen, sowie die Kosten der Untersuchung mit 70 Fr. 90 Cts.

Eine gegen diese Verfügung eingereichte Beschwerde wurde am 31. Dezember 1928 vom Regierungsrat des Kantons Thurgau abgewiesen, mit der Begründung :

Der Geschäftsführer und Schwager des Rekurrenten, Harry Bollag, wolle in den Lokalen der bisherigen Firma H. Guggenheim ein gleiches Geschäft eröffnen. Er habe das schon während des Ausverkaufs mit Affichen bekannt gegeben und die Lokalmiete per 1. Januar 1929 schon am 13. Februar 1928 übernommen. Das alte Geschäft des heutigen Rekurrenten bestehe also notwendigerweise irgendwie im neuen Geschäft des Bollag fort. Bei Kenntnis dieser Sachlage wäre eine Totalausverkaufsbewilligung nicht erteilt worden. Der tatsächlich bereits stattgefundene Ausverkauf müsse nun nachträglich eben als Räumungsausverkauf gemäss den §§ 19 Abs. 2 und 20 Abs. 2 Ziff. 2 behandelt werden mit Ansetzung der Taxe auf das Maximum von 400 Fr. im Monat. Die Differenz sei nachzubezahlen.

B. — Gegenüber dem am 7. Januar 1929 zugestellten Regierungsratsentscheid erhebt der Rekurrent am 7. März 1929 staatsrechtliche Beschwerde, mit dem Antrag, es sei der Entscheid, eventuell dessen Ziff. 2 als verfassungswidrig aufzuheben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Totalausverkaufsbewilligung « wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe infolge Auflösung der Firma » kann ohne Willkür immer dann verweigert werden, wenn ein Teilhaber der bisherigen Firma unmittelbar darauf am gleichen Ort ein ähnliches Geschäft gründet. Die polizeiliche Beschränkung der Ausverkäufe hat ja ihren Grund in der darin liegenden Bedrohung der Interessen des bodenständigen Gewerbes. Dieser Grund trifft aber auf alle Ausverkäufe zu ; und wenn deshalb im thurgauischen

Gesetz für die Ausverkäufe wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe gewisse Erleichterungen vorgesehen werden, so geschieht das offenbar mit Rücksicht darauf, dass hier die Warenvorräte unter allen Umständen in verhältnismässig kurzer Zeit abgestossen werden müssen. Dieser Zwang zur Liquidation des Warenbestandes besteht aber, wie ohne Willkür angenommen werden kann, überall da nicht, wo ein Teilhaber des bisherigen Geschäfts in den gleichen Lokalen ein ähnliches Geschäft eröffnet. Denn hier handelt es sich in Wirklichkeit nur um den Austritt eines Teilhabers aus dem an sich weiterbestehenden Geschäft; und wenn die alte Firma sich trotzdem zum Liquidationsausverkauf entschliesst, so tut sie das nur um der allgemein damit verbundenen Vorteile willen. Ein Grund zur Einräumung besonderer Erleichterungen besteht dann aber nicht.

Hier konnte nun ohne Willkür angenommen werden, dass Bollag — wenn nicht rechtlich, so doch faktisch — Teilhaber der bisherigen Firma H. Guggenheim gewesen sei. Bollag war in dieser Firma am Gewinn und Verlust beteiligt gewesen: am Gewinn dadurch, dass er einen prozentualen Anteil am Bruttoergebnis (Umsatz) bezog, am Verlust dadurch, dass er einen zum Teil spezifizierten (Lokalmiete) und zum Teil prozentualen Anteil der Geschäftskosten persönlich zu tragen hatte. Er war der geschäftsführende Teilhaber, wobei seine Einlage im Gegensatz zur Kapitaleinlage des Rekurrenten in Arbeit bestand. Dass das ganze Verhältnis nach aussen in die Form eines Dienstvertrags- und Vollmachtsverhältnisses gekleidet war, vermag daran nichts zu ändern. Die dem Regierungsrat bei Erlass des angefochtenen Entscheides vorgelegenen Akten — das erst nachträglich eingesandte Aktenstück kann natürlich zur Stützung dieses Entscheides nicht angerufen werden — lassen die Annahme zu, der Rekurrent habe mit der Gründung seines Frauenfelder Geschäfts nur seinem durch unglückliche Spekulationen vermögenslos gewordenen Schwager Harry Bollag die Neu-

gründung eines eigenen Geschäfts ermöglichen wollen, indem er ihm für die ersten Jahre Kapital und Namen zur Verfügung stellte. Dann aber bestand wirklich kein Grund, eine Totalausverkaufsbewilligung wegen gänzlicher Geschäftsaufgabe gerade in dem Moment zu erteilen, wo dieses Geschäft finanziell vom Rekurrenten unabhängig wurde und infolgedessen nun auch formell an Harry Bollag überging. — Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob die Ausverkaufsbewilligung auch deshalb hätte verweigert werden können, weil der Ausverkauf nebenbei zur Liquidation der Warenvorräte im Wilergeschäft des Rekurrenten benützt worden sei.

Gegenüber der Feststellung der Vorinstanz, es habe sich zwischen Bollag und dem Rekurrenten um ein Teilhaber-Verhältnis gehandelt, ist auch die Berufung auf die Expertise unbehelflich. Denn erstens ist der Richter auch für seine tatsächlichen Annahmen nicht an die Feststellungen einer Expertise gebunden, sofern nur seine eigenen Annahmen nicht in sich selber unhaltbar sind; und zweitens hat sich der Regierungsrat mit den tatsächlichen Feststellungen des Experten überhaupt nicht in Widerspruch gesetzt, sondern bloss aus ihnen in Verbindung mit andern aktenkundigen Tatsachen andere rechtliche Schlüsse gezogen, als unmittelbar nach der Expertise selber hätte erwartet werden können.

2. —

3. — Wenn nun der tatsächlich bereits stattgefundene Ausverkauf, mit der Begründung, dass die Bewilligung dafür gemäss § 20 Abs. 6 des Markt- und Hausiergesetzes zu Unrecht erteilt worden sei, nachträglich als Räumungsausverkauf gemäss § 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 behandelt und dementsprechend nachbesteuert wird, so kann darin keine offenbar unhaltbare Auslegung dieser Vorschriften erblickt werden. Allerdings hätte der Rekurrent, wenn ihm von Anfang an die Bewilligung für einen Räumungsausverkauf erteilt worden wäre, nach seiner unbestritten gebliebenen Behauptung das Recht zum Nach-

bezug von Waren gehabt, um das er nun gekürzt worden ist. Allein das hat er sich selber zuzuschreiben, da er bei der Bewerbung um die Ausverkaufsbewilligung die wahren Verhältnisse verschwieg, wobei zu bemerken ist, dass ihm nach der Feststellung der Vorinstanz bei Kenntnis dieser Verhältnisse auch ein Räumungsausverkauf nicht bewilligt worden wäre.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

11. Extrait de l'arrêt du 15 juin 1929

dans la cause **Winkler & C^{ie}** contre **Handelsgenossenschaft des Schweizerischen Baumeisterverbandes**.

La convocation des intéressés à l'audience d'homologation du concordat en première instance doit se faire par voie de publication dans la Feuille fédérale du commerce et la Feuille officielle cantonale. Lorsque cette double formalité n'est pas observée, les créanciers ne perdent point leur droit de recours par le motif qu'ils n'ont pas formé opposition devant le premier juge.

Extrait des motifs :

Lorsqu'il s'avère que les créanciers n'ont pas été régulièrement convoqués devant la première instance, on ne saurait les priver du droit de recours par le motif qu'ils n'ont pas fait valoir leurs moyens d'opposition. Les créanciers doivent être mis en mesure de présenter leurs observations en conformité de l'art. 304 LP (cf. RO 25 I p. 401) et ce n'est que si leur abstention est inexcusable qu'ils peuvent être déclarés déchu de leur droit de recours.

Le sort du recours, en ce qui concerne la recevabilité de l'appel formé par la Handelsgenossenschaft, dépend donc de la question de savoir si l'instance cantonale a commis un acte d'arbitraire en admettant que l'abstention de cette créancière aux débats de première instance était excusable. Pareil reproche ne l'atteint pas.

A teneur de l'art. 304 combiné avec l'art. 35 LP, la convocation des intéressés à l'audience du premier juge devait se faire par voie de publication dans la Feuille officielle cantonale et, en outre, dans la Feuille fédérale du commerce. La loi prescrit une double publication si le débiteur est sujet à la poursuite par voie de faillite. Elle n'envisage pas, dans ce cas, la possibilité de se contenter d'une seule annonce. Les mots « en outre » le montrent, puis le fait que l'art. 35 prend soin de spécifier que c'est l'insertion dans la Feuille fédérale qui fait règle pour la supputation des délais et pour les conséquences de la publication. Cette disposition d'interprétation a manifestement en vue l'éventualité d'une divergence de textes des insertions. En l'espèce, l'audience du juge n'a été annoncée que dans la Feuille fédérale du commerce. Dès lors, l'abstention de la Handelsgenossenschaft était excusable, car la créancière avait le droit d'admettre que les publications prévues par la loi seraient faites selon les prescriptions légales. Il n'y a en tout cas aucun arbitraire à interpréter le texte de l'art. 35 LP dans le sens qu'on vient d'indiquer et de dire, comme la Cour d'appel l'a fait, que lorsque les intéressés n'ont pas été avisés régulièrement ils ne sont point déchu de leur droit de recours. La Cour a constaté que la procédure était entachée d'un vice et l'on ne saurait lui reprocher comme un déni de justice d'avoir réparé ce vice en permettant à l'intimée de faire valoir ses moyens d'opposition.

Il est constant que la Handelsgenossenschaft a agi en temps utile lorsqu'elle a eu connaissance des avis que l'instance cantonale a fait insérer dans les deux feuilles officielles prévues par l'art. 35 LP.