

siège principal (y compris Rheinfelden et Lend) étant de 19 %. Or, la quote-part du Valais n'est fixée qu'à 47 % du revenu net. La différence entre 56 % et 47 % implique un prélèvement d'environ 10 % de la moitié du bénéfice net ou de 20 % du bénéfice net total en faveur du siège principal, dont l'importance est ainsi prise en considération.

Il convient aussi de relever qu'en 1929 les parties ont fixé d'un commun accord à 48 % du bénéfice net la quote-part du fisc valaisan.

Quant à la répartition de l'agio d'après les facteurs de production, elle n'est pas en litige dans l'hypothèse où le Valais serait en droit de l'imposer, ce qui est le cas (v. ch. 1).

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

admet le recours dans ce sens que la quote-part du Canton du Valais pour l'exercice 1930 est fixée à 42 % en ce qui concerne le capital et à 47 % en ce qui concerne le revenu (bénéfice net); — pour le surplus, rejette le recours.

### III. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

#### FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

##### 2. Urteil vom 22. Januar 1932 i. S. Rapp und Genossen gegen Basel-Stadt.

Art. 6 ZGB. Umfang der öffentlichrechtlichen Befugnis der Kantone zum Eingriff in private Rechtsbeziehungen.

Die Vorschrift des baselstädtischen Gesetzes betr. die Gewährung jährlicher Ferien, wonach der Dienstherr dem Dienstpflichtigen nicht nur Ferien geben, sondern auch während der Dauer dieser Ferien den Lohn bezahlen muss, verstösst nicht gegen

den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes, speziell des eidgenössischen Obligationenrechts gegenüber dem kantonalen Rechte.

A. — Infolge einer Initiative erliess der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt am 18. Juni 1931 ein Gesetz betreffend die Gewährung jährlicher Ferien, das mit gewissen in § 3 angegebenen Ausnahmen und unter Vorbehalt der entgegenstehenden Bestimmungen der Bundesgesetzgebung nach § 2 auf alle Personen Anwendung findet, die im Kantonsgebiet in einem öffentlichen oder privaten Dienstverhältnis beschäftigt werden. Diese haben nach § 5 unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf jährliche Ferien, die laut § 6 nach einem Jahr 6 Werkstage, nach fünf Jahren 9 Werkstage und nach 10 Jahren 12 Werkstage betragen. Die §§ 13-16 des Gesetzes lauten: « § 13: Während der Dauer der Ferien hat der Dienstpflichtige Anspruch auf Fortbezug der laufenden Lohnentschädigung. . . . . »

Das Gesetz ist in der Volksabstimmung vom 12./13. September 1931 mit 11,956 gegen 4192 Stimmen angenommen worden.

B. — Am 25. September haben Joachim Rapp, Otto Buser, der Basler Volkswirtschaftsbund, die Basler Handelskammer und der Kantonale Gewerbeverband in Basel gegen die §§ 13-16 des Gesetzes die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen mit dem Antrag, diese Bestimmungen, die die Arbeitgeber zur Lohnzahlung während der Ferien verpflichten, seien aufzuheben.

Zur Begründung wird geltend gemacht: Die angefochtenen Bestimmungen verletzen die Bundesverfassung und das Bundeszivilrecht. Nach Art. 64 BV sei der Bund ausschliesslich zur Gesetzgebung in den Gebieten des Zivilrechtes befugt, insbesondere in Beziehung auf das Dienstvertragsrecht, das er erschöpfend geregelt habe. Die Kantone dürften daher nicht widersprechende zivilrechtliche Bestimmungen über den Dienstvertrag erlassen (BGE 37 IS. 46 ff.). Lediglich in ihren öffentlichrechtlichen

Befugnissen würden sie nach Art. 6 Abs. 1 ZGB durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Es erhebe sich daher die Frage, ob die kantonale Verpflichtung zur Lohnzahlung für die Ferienzeit eine unzulässige zivilrechtliche oder eine zulässige öffentlichrechtliche Bestimmung sei. Das Dienstvertragsverhältnis sei ein privatrechtliches. Zu seinem Wesen gehöre nach dem Bundeszivilrecht die freie Vereinbarung des Dienstlohnes. Für die Vertragsfreiheit gälten nur die Schranken des Gesetzes (OR Art. 19, 319). Die Kompetenzen der Kantone erstreckten sich auf das öffentliche Recht, soweit hierin nicht der Bund kompetent sei, also vor allem auf die Aufstellung von Straf- und Polizeibestimmungen usw. Daneben seien die Kantone zweifellos auch zum Erlass von öffentlichrechtlichen Wohlfahrtsvorschriften, d. h. von Normen über den Schutz der sozial Schwachen kompetent, sofern nicht der Bund widersprechende zwingende Normen aufgestellt hat. Zu den sozialpolitischen Normen gehöre die gesetzliche Bestimmung, dass die Dienstherrn verpflichtet seien, den Dienstpflichtigen Ferien von bestimmter Dauer zu gewähren, so dass diese in der Kompetenz der Kantone stehe. Ganz anders verhalte es sich mit der Frage der Lohnzahlung für die Ferienzeit. Der Bundesgesetzgeber habe autoritativ die Rechtsauffassung kund getan, dass die Lohnfestsetzung zur Freiheitssphäre der Parteien gehöre und nicht durch den Staat bestimmt werden dürfe. Das entspreche der freiheitlichen Staatsauffassung, wie sie in der Bundesverfassung und im Zivilgesetzbuch enthalten sei. Doch habe der Bundesgesetzgeber den Freiheitsgrundsatz durchbrochen, indem er bestimmt habe, dass in einigen ausdrücklich genannten Fällen der Lohn bezahlt werden müsse, obwohl ihm keine Gegenleistung entspricht. Das sei in Art. 335 und 341 OR geschehen. Art. 335 OR bilde eine privatrechtliche Vorschrift über die Lohnzahlung. Sie sei zwingendes Recht, vor allem gegenüber dem Dienstherrn. Der Bundesgesetzgeber habe damit aber auch zu erkennen geben wollen, dass er die

Grenze dieser Mehrbelastung des Dienstherrn durch Lohnzahlung bei Nichtdienst bestimmen wolle. Zudem habe er mit den genannten beiden Vorschriften dargetan, dass er die Festsetzung der Lohnzahlung als eine privatrechtliche Norm auffasse. Die Kantone dürften daher nicht eine abweichende Bestimmung über die Lohnzahlung aufstellen mit der Behauptung, sie sei öffentlichrechtlich; denn das wäre eine offenbare Umgehung des Gesetzes. Zudem sei die Lohnfestsetzung ihrer Natur nach ein rein privatwirtschaftliches Geschäft; sie betreffe ausschliesslich die privaten ökonomischen Interessen des Dienstherrn und des Dienstpflichtigen. Nach der Auffassung des Bundesgesetzgebers bestehe ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an einer Festsetzung höherer oder niederer Löhne nur in den Fällen, die er selbst geregelt habe (OR Art. 335, 341, 336). Die Argumentation im Ratschlag des Regierungsrates zum Feriengesetz und in dem ihm beigegebenen Gutachten des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, dass die Verpflichtung zur Lohnzahlung während der Ferien untrennbar mit derjenigen zur Gewährung von Ferien zusammenhänge, sei oberflächlich und verfehlt. Es bestünden überall zahlreiche Betriebe, in denen Ferien ohne Lohnzahlung die Regel seien. Dass eine solche Trennung juristisch und logisch zulässig sei, ergebe sich aus dem Bundesrecht selbst, indem das Obligationenrecht die Lohnzahlung für Ferien ausdrücklich vorschreibe und zwar nur für bestimmte Fälle (OR Art. 335). Auch in Art. 14 des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930 habe der Gesetzgeber ausdrücklich gesagt, dass für die Ferienzeit der Lehrlinge kein Lohnabzug zulässig sei. Wenn die Auffassung des Basler Gesetzgebers geschützt würde, könnten die gesetzlichen bezahlten Ferien durch eine neue Initiative beliebig verlängert werden. . . . .

C. — Advokat Dr. Thalman hat namens des Kantons Basel-Stadt die Abweisung der Beschwerde beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die angefochtene Vorschrift des Basler Ferien-gesetzes, wonach der Dienstherr dem Dienstpflichtigen während der Dauer der Ferien den Lohn bezahlen muss, greift in das zwischen Dienstherrn und Dienstpflichtigen bestehende Rechtsverhältnis ein, das im allgemeinen vom eidgenössischen Obligationenrecht geregelt ist. Sie verstösst nur dann nicht gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes, wenn der Kanton Basel-Stadt damit von seinen öffentlichrechtlichen Befugnissen Gebrauch gemacht hat, in denen er nach Art. 6 ZGB durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt wird.

Es kommt daher zunächst, wie auch die Rekurrenten bemerken, darauf an, ob die angefochtene Vorschrift ihrem Sinn und Zweck nach dem öffentlichen Rechte angehört. Das ist dann zu bejahen, wenn sie wesentlich und in erster Linie im öffentlichen Interesse besteht, und diese Voraussetzung trifft zweifellos zu. Das Basler Feriengesetz bezweckt in der Hauptsache, den Dienstpflichtigen jährliche Ferien zu verschaffen, soweit sie nicht der Fabrikgesetzgebung unterstellt sind. Die Rekurrenten geben zu, dass das Gesetz insoweit öffentliches Recht enthält, und es handelt sich denn auch dabei um gewerbepolizeiliche Vorschriften, die im Interesse der öffentlichen Ordnung und Gesundheit aufgestellt sind, gleich wie diejenigen, die für gewisse Tage oder Stunden die Einstellung der Arbeit vorschreiben (vgl. BGE 49 I S. 229; *Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Roost und Gen. g. Schaffhausen vom 27. November 1931*; HAFNER, *Das schweiz. Obligationenrecht*, z. Auflage Art. 338 N. 2; BURCKHARDT, *Komm. 2. BV 3. Auflage* S 243; *Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes im Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 17./23. Januar 1930 zum Feriengesetz S. 75 ff.*). Dass die Dauer der vorgeschriebenen Ferien über das im Interesse der öffentlichen Gesundheit erforderliche und zulässige Mass hinaus-

gehe, haben die Rekurrenten mit Recht nicht behauptet. Die Vorschriften über die Lohnzahlung während der Ferien haben nun keine selbständige Bedeutung; sie bilden nach der Auffassung der Basler Behörden und des Feriengesetzes ein Mittel, um den Dienstpflichtigen die Ferien zu ermöglichen, und diese Auffassung ist keineswegs verfehlt. Gewiss mag es Fälle geben, in denen die Verhältnisse es den Dienstpflichtigen erlauben, von den gesetzlichen Ferien Gebrauch zu machen, auch ohne dass sie für diese Zeit ihren Lohn erhalten. Aber die grosse Mehrzahl der Dienstpflichtigen müsste auf die Ferien verzichten, wenn ihr für diese Zeit der Lohn nicht bezahlt würde (vgl. *Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes a.a.O. S. 81 f.*). Wahrscheinlich haben denn auch sehr viele Dienstpflichtige, für die das Basler Ferien-gesetz gilt, schon bisher Ferien mit Lohnzahlung genossen. Das lässt sich auch aus dem Umstand schliessen, dass das Gesetz mit einer Mehrheit von beinahe  $\frac{3}{4}$  der Stim-menden angenommen worden ist und zudem  $\frac{3}{5}$  der Stimmberechtigten der Abstimmung fern geblieben sind. Die Vorschriften über die Lohnzahlung während der Ferien erscheinen daher in Verbindung mit denjenigen über die Pflicht zur Gewährung von Ferien gleich wie diese als gewerbepolizeiliche Beschränkung in der Freiheit der Regelung der Beziehungen zwischen Dienstpflichtigen und Dienstherrn, die im Interesse der öffentlichen Ordnung und Gesundheit erforderlich ist.

2. — Der Umstand, dass diese Vorschriften über die Verpflichtung der Lohnzahlung während der Ferien öffentlichrechtliche Natur haben, genügt nun freilich nicht ohne weiteres für die Annahme, dass der Kanton Basel-Stadt damit im Rahmen der ihm nach Art. 6 ZGB zustehenden öffentlichrechtlichen Befugnisse geblieben sei. Art. 6 ZGB hat nicht, wie man dem Wortlaut nach annehmen könnte, den Sinn, dass das Bundeszivilrecht, insbesondere das Zivilgesetzbuch und das Obligationenrecht, die Kantone überhaupt nicht an der Aufstellung irgend-

welcher Vorschriften des öffentlichen Rechts hinderte. Vielmehr muss das kantonale öffentliche Recht, das Beziehungen berührt, die vom Bundeszivilrecht geregelt sind, sich diesem Recht anpassen; es darf mit dessen Sinn und Geist nicht in Widerspruch geraten (BURCKHARDT a.a.O. S. 587 f.). Wie das Bundesgericht beim Entscheid i. S. Salamin et consorts gegen Préfet du district de Sierre vom 19. Oktober 1916 (BGE 42 I S. 349 ff.) hervorgehoben hat, dient die Ordnung des Bundeszivilrechtes keineswegs ausschliesslich dem Zweck des rechtlichen Schutzes von Privatinteressen; sondern es wird dabei in erheblichem Masse auch den öffentlichen Interessen des Gemeinwesens Rechnung getragen, so dass das Bundeszivilrecht insofern öffentliches Recht enthält, das allerdings infolge der ihm im Rechtssystem angewiesenen Stellung wegen seines Zusammenhanges mit dem reinen Privatrecht in der Regel wie solches behandelt wird (vgl. auch BURCKHARDT a.a.O. S. 586 ff.; LANG, Komm. z. Dienstvertrag 2. Aufl. S. 8). Die Kantone können daher vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, die einen privatrechtlichen Vertrag, speziell einen Dienstvertrag mit einander abgeschlossen haben, nur soweit ordnen, als das eidgenössische Zivilrecht mit seinen Normen nicht selbst bestimmt, ob und inwieweit die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens Rechtsschutz verdienen. Das Obligationenrecht enthält aber keinen genügenden Anhaltspunkt für die Annahme, dass eine Anordnung wie die vorliegend streitige durch die Zivilrechtsordnung ausgeschlossen werde. Das ist, wenigstens für die Regel, schon deshalb nicht anzunehmen, weil die zivilrechtliche Ordnung auf lange Dauer erfolgt, während das Gewerbepolizeirecht sich Bedürfnissen anpassen muss, die leicht wechseln oder neu auftreten und auch an den einzelnen Orten im Herrschaftsgebiet des Zivilrechtes verschieden sein können. So hat man denn auch von jeher im allgemeinen angenommen, dass das eidgenössische Obligationenrecht gewerbepoli-

zeilichen Vorschriften der Kantone nicht im Wege stehe, auch wenn dadurch die Freiheit des Dienstvertrages eingeschränkt wird (vgl. HAFNER a.a.O.). Eine Ausnahme in dem Sinne, dass das Obligationenrecht eine im Interesse der öffentlichen Ordnung und Gesundheit aufgestellte Vorschrift über die Gewährung von Ferien mit Lohnzahlung im Dienstvertragsverhältnis ausschliesse, könnte nur dann angenommen werden, wenn die Vorschriften des Obligationenrechtes ganz unzweideutige Anhaltspunkte hierfür enthielten. Solche lassen sich aber in den von den Rekurrenten angerufenen Art. 335, 336 und 341 nicht finden. Der Kanton Basel-Stadt hat daher mit den Bestimmungen seines Feriengesetzes, soweit sie von den Rekurrenten angefochten worden sind, nicht auf das dem Bunde vorbehaltene Gebiet des Zivilrechtes übergreifen. Damit ist nicht gesagt, dass der Kanton Basel-Stadt ohne Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes beliebig lange Ferien mit Lohnzahlung vorschreiben könnte.

.....  
Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### IV. NULLA POENA SINE LEGE.

##### 3. Urteil vom 5. Februar 1932 i. S. Walter gegen Obergericht des Kts. Aargau.

Es bildet eine Verletzung des Grundsatzes «Nulla poena sine lege» und Rechtsverweigerung, wenn mehrere Beischläfer, die sich gegenüber einem unehelichen Kinde mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Schwängerung der Mutter durch ihren Beischlaf zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet haben und diese Pflicht nicht erfüllen, als «Eltern, welche ihre Familienpflichten beharrlich... vernachlässigen und ihre Angehörigen dadurch in Notstand versetzen», bestraft werden.