

BGE 23 I 481

Bundesgericht (BGE), 1897-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_23_I_481

FR: ATF 23 I 481

IT: DTF 23 I 481

Volltext

70. Urteil vom 5. Mai 1897 in Sachen Brunner. A. Dr. jur. Albert Brunner, aus Solothurn, hat im Jahre 1886 in seinem Heimatkanton nach bestandem Examen und Erfüllung der übrigen diesbezüglich durch das kantonale Recht aufgestellten Erfordernisse das Fürsprecher- und Notariatspatent erhalten. Seit dem Jahre 1893 praktiziert Dr. Brunner als Advokat in Basel. Er beabsichtigte nun, auch das dortige Notariatspatent zu erwerben, und nachdem ihm dies auf dem Wege der Ablegung der nach dem baselstädtischen Notariatsgesetz vom 6. Dezember 1869 geforderten Prüfung nicht gelungen war, wandte er sich unter Vorlegung seines solothurnischen Notariatspatentes an den Regierungsrat des Kantons Baselstadt, die zur Erteilung von solchen Patenten im dortigen Kanton zuständige Behörde, mit dem Gesuche, er möchte, gestützt auf Art. 31 und 33 B. = V., wie Art. 5 der Übergangsbestimmungen dazu zur Ausübung des Notariats in Baselstadt zugelassen werden. Laut Beschluß vom 5. Dezember 1896 wurde jedoch dieses Gesuch abgewiesen. B. Nun ergriff Dr. Brunner den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung der Art. 33 B. = V. und 5 der Übergangsbestimmungen dazu. Nach einer Darstellung über die Organisation und den Geschäftskreis des Notariats in den Kantonen Solothurn und Baselstadt, wird des längern auseinander-

gesetzt, daß dasselbe im Gegensatz zu Thätigkeiten, bei denen es im wesentlichen auf technische Fertigkeiten ankomme, als wissenschaftliche Berufsart zu betrachten sei, die in der Ausübung eines Teils der nichtstreitigen Rechtspflege bestehe. Dann müsse aber gemäß Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung jeder Kanton, der die Institution eines freien Notariats besitze, den Notaren anderer Kantone die Ausübung des Berufs auf seinem Gebiete gestatten, und bleibe nur zu untersuchen, ob das Notariat des Kantons Baselstadt eine staatliche Beamtung sei oder nicht. Nun sei, wird weiter, in Anlehnung besonders an Laband, Staatsrecht, Bd. I, § 44, ausgeführt, das wesentliche Begriffsmoment eines Beamten das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zum Staate, d. h. die Verpflichtung des Staates, den Beamten in Ausübung seiner Dienstpflicht zu schützen, und die Verantwortlichkeit für die gesetzmäßige Handhabung der Amtsgewalt einerseits, die Erfüllung der Beamtenpflichten andererseits. Unerheblich den Begriff des Beamten sei es, ob die Geschäfte, die einem solchen obliegen, obrigkeitlicher oder technischer Natur, ob sie höherer oder niederer Art seien, ob für die Verrichtungen eine Besoldung bezahlt werde oder nicht, und daß die Notare unter der Kontrolle und Disziplinargewalt staatlicher Behörden stünden und im Verzeichnisse der Behörden und Beamten des Kantons Baselstadt aufgezählt seien. Auch wenn angenommen würde, daß die Thätigkeit des Notars, als Ausübung eines Teils der freiwilligen Gerichtsbarkeit im weitern Sinne, staatlicher Natur sei, so sei dies doch für die Beamtenqualität nicht entscheidend. Und wenn ferner auch in § 16 des Notariatsgesetzes von einer Ernennung des Notars die Rede sei, so sei darunter doch sachlich nur eine Patenterteilung, eine Bewilligung zum Gewerbebetrieb zu verstehen, womit die Ausdrucksweise in § 7 des Prüfungsreglements vom 8. Februar 1870, wo von

Empfehlung zur Erteilung des Notariats gesprochen werde, und § 28 des Gesetzes, der von Entziehung des Notariats rede, sowie die Auskündigungsformel: „Dem Herrn ist „.... das Diplom eines öffentlichen Notars verliehen worden“ und der Wortlaut des Patentes selbst übereinstimme. Es fehlen denn auch bei der Ernennung eines Notars die begleitenden Umstände, die sonst bei einer Wahl regelmäßig vorhanden seien. Die Zahl der Notare sei nicht, wie die der Beamten, eine feste, und es finde eine vorherige Ausschreibung nicht statt; die Ernennung geschehe und müsse geschehen auf Vorschlag des Justizkollegiums, das wiederum an die reglementarischen Vorschriften gebunden sei. Ferner sei darauf hinzuweisen, daß es Notare gebe, die ihren Beruf nicht ausüben, und daß sie überhaupt zur Ausübung desselben weder allgemein noch in einzelnen Fällen angehalten werden können, da der Notar keine Amtsgewalt besitze und andererseits keinen Amtsschutz genieße, indem strafbare Handlungen gegen den Notar nicht strafbare Handlungen gegen einen Beamten seien, daß derselbe nicht vom Staate honoriert werde, auch keinen Anspruch auf Pensionierung, kein Amtlokal, keinen Amtssitz und =Kreis habe und an keinerlei Vorschriften über Angestellte oder Bureaustunden gebunden sei. Der Notar sei ferner auch nicht kautionspflichtig, wie andererseits der Staat für denselben nicht verantwortlich sei. Ein Hauptpunkt, der dafür spreche, daß die Notare keine Beamten seien, bestehe darin, daß dieselben einander Konkurrenz machen, wie die Konkurrenten aller andern freien Gewerbe und wissenschaftlichen Berufsarten. Ferner sei auch auf § 178 des Strafgesetzbuchs des Kantons Baselstadt zu verweisen, wo die Bestimmungen über Verbrechen von Beamten auf gewisse speziell aufgezählte Nichtbeamte, so auch auf die Notare, ausgedehnt würden. Überhaupt stelle sich das Notariat weder nach Entstehung, noch nach Inhalt und Endigung als ein öffentlich=rechtliches Dienstverhältnis dar, und sei denn auch der Notar im Gesetze vom 6. Dezember 1869 nirgends als Beamter bezeichnet. Schließlich sei auch noch auf den Ratschlag zum Entwurf des genannten Gesetzes zu verweisen, worin die Gründe dafür angegeben seien, weshalb man davon abgesehen habe, ein eigentliches Amtsnotariat einzuführen, wie denn auch darin ausdrücklich das im Gesetze vorgesehene als ein freies Notariat bezeichnet worden sei. Daraus ergebe sich, daß das Notariat im Kanton Baselstadt nicht als kantonale Beamtung organisiert, sondern als freier wissenschaftlicher Beruf zu betrachten sei, dessen Ausübung bloß abhängig sei von der Erfüllung der gesetzlich geforderten Requisite: juristische Prüfung, 24. Altersjahr, Aktivbürgerrecht, Leumund. Bezüglich des ersten Erfordernisses müsse nach Art. 5 der Übergangsbestim-

mungen zur Bundesverfassung das solothurnische Fürsprecher= und Notariatspatent des Rekurrenten als genügender Fähigkeitsausweis angesehen werden. Daß die übrigen Requisite vorhanden seien, werde nicht bestritten. Zum Schluß wird auf ein Gutachten von Professor Dr. Meili in Zürich verwiesen. Nebenbei wird auch ohne nähere Begründung Art. 4 der Bundesverfassung als verletzt bezeichnet. Der Antrag geht dahin, es sei, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, der Regierungsrat des Kantons Baselstadt anzuweisen, dem Rekurrenten die Bewilligung zur Ausübung des Notariats im Kanton Baselstadt zu erteilen. In einem Nachtrag zieht Rekurrent seine Erörterungen in folgende Sätze zusammen: 1. Das Notariat ist, wie die Advokatur, eine kantonale Schöpfung. 2. Der Notar in Basel ist kein Staatsbeamter, sondern ein gewerbetreibender Privatmann. 3. Der Notar hat kein öffentliches Amt; seine Thätigkeit ist nicht staatlicher Natur, wenngleich sie unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit im weitern Sinne fällt. Und wenn auch staatlicher Natur wäre, so bliebe sie doch Gegenstand des Gewerbes eines Privatmannes, da das Notariat in Basel nicht als Beamtung organisiert ist. 4. Das Notariat ist eine

wissenschaftliche Berufsart und hat somit Anspruch auf Freizügigkeit. C. Der Regierungsrat des Kantons Baselstadt trägt in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses an, indem darauf abgestellt wird, daß die notarielle Thätigkeit eine öffentliche sei und die Notare in Ausübung dieser Thätigkeit den Charakter von Beamten hätten, über die den Kantonen das ausschließliche Recht der Gesetzgebung zustehe. Daß das Gesetz für diese öffentlichen Funktionen das Requisite einer wissenschaftlichen Bildung aufstelle, das durch ein Examen nachzuweisen sei, ändere hieran nichts, ebensowenig wie das Fehlen einer firen Besoldung oder der Ersatz derselben durch Sporteln und die Lebenslänglichkeit der Anstellung. Dagegen sprächen alle übrigen über die Ernennung und Amtsführung der Notare bestehenden gesetzlichen Vorschriften für den öffentlich=rechtlichen Charakter ihrer Thätigkeit und ihre Eigenschaft als Beamte, wofür auf die §§ 1, 3, 4, 5, 11, 13, 15, 16, ff. des Notariatsgesetzes und §§ 101 und 105 der Civil=prozeßordnung verwiesen wird. Bezüglich der Ernennung wird beigelegt, daß nirgends vorgeschrieben sei, daß der Regierungsrat jeden Bewerber, der von der Justizkommission empfohlen werde, ernennen müsse, und ferner angebracht, daß nicht nur die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Verbrechen von Beamten auf Notare Anwendung finden (§ 178 des Strafgesetzbuches), und daß demgemäß wer unbefugt das Notariatsgewerbe ausübe, gemäß § 60 leg. cit. wegen Anmaßung eines Amtes bestraft werde, sondern daß auch Beschimpfung, üble Nachrede und Verleumdung gegen Notare in Ausübung ihres Berufes oder in Bezug auf ihren Beruf nach §§ 129, 130 und 131, Abschnitt 2 des Strafgesetzbuches als Beamtenbeleidigung bestraft werde und daß demnach die Strafverfolgung auf Antrag der Staatsanwaltschaft stattfinde, nicht, wie bei den gewöhnlichen Beleidigungen, auf Privatklage des Verletzten hin. Alle übrigen Merkmale, die der Rekurrent anführe, seien ein Ausfluß der freien Organisation des Notariats im Kanton Baselstadt, im Gegensatz zu dem Amtsnotariat, vermöchten aber den Charakter des Instituts nicht zu verändern. Ein Gutachten von Professor von Salis in Basel, das der Regierungsrat seiner Vernehmlassung beigelegt hat, kommt zu folgenden Resultaten: 1. Das Notariat ist keine private Thätigkeit und deshalb weder ein Gewerbe noch ein Beruf im Sinne der Bundesverfassung; das Notariat ist vielmehr ein öffentliches Amt, der Notar verrichtet staatliche Geschäfte, er besorgt einen Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit (der Justizverwaltung). 2. Ob dem Notar Beamteneigenschaft zuerkannt wird oder nicht, für das Wesen seiner Thätigkeit nicht entscheidend; vielmehr ist aus der Art und Weise dieser Thätigkeit selbst ihr Wesen zu bestimmen. 3. Die Organisation der kantonal=staatlichen Geschäfte ist Sache der Kantone; von Bundes wegen ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn die Kantone einen Teil der Justizverwaltungssachen als Notariatsgeschäfte organisieren: Sie können, müssen aber nicht, einen besondern Notariatsdienst einrichten; sie können den Notar in die allgemeine Beamtenhierarchie eingliedern, sie können

ihm aber auch eine freiere Stellung einräumen, selbst eine solche Stellung, die dem Notariate ein gewerbeähnliches Ansehen gibt. Trotzdem findet weder Art. 31, noch Art. 33 der Bundesverfassung auf das Notariat Anwendung. 4. Und daher besteht auch für die Notare keine sog. „Freizügigkeit“ in der Schweiz im Sinne des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung. Kraft Bundesrecht kann kein Kanton gezwungen werden, den in einem andern Kanton patentierten Notar in seinem Gebiet als Notar anzuerkennen und zur Ausübung des Notariats zuzulassen, vor Erfüllung der von ihm selbst aufgestellten Notariatsrequisite. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist gegeben, da der Rekurrent behauptet, durch den angefochtenen Beschluß des Regierungsrats des Kantons Baselstadt in dem Rechte der Freizügigkeit

der wissenschaftlichen Berufsarten, wie es in Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung dem Inhaber eines kantonalen Befähigungsausweises gewährleistet ist, verletzt zu sein. 2. Wenn schon über die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten besondere verfassungsrechtliche Normen aufgestellt worden sind, so beruht doch auch die Ordnung dieser Materie auf dem gleichen Gedanken, wie der in Art. 31 der Bundesverfassung ausgesprochene Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, dem Gedankens nämlich, daß die Erwerbstätigkeit durch kantonale Schranken nicht gehemmt werden darf, daß vielmehr die Bürger in dieser Richtung im Gebiete der Eidgenossenschaft Freizügigkeit genießen sollen. Es zeigt sich dies deutlich darin, daß in Absatz 2 des Art. 33 B.V., nachdem in Absatz 1 den Kantonen es vorbehalten worden ist, die Ausübung der genannten Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen, die Schöpfung eines eidgenössischen Befähigungsausweises in Aussicht genommen und daß in Art. 5 der Übergangsbestimmungen inzwischen dem Inhaber eines von einer kantonalen oder einer Konkordatsbehörde ausgestellten Ausweises bundesrechtlich für die Ausübung seines Berufs das Gebiet der ganzen Eidgenossenschaft erschlossen wurde. Nun kann sich aber die Garantie der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten, wie von Handel und Gewerbe, naturgemäß nur auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Bürger ziehen, während die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, soweit fällt, dieselbe wenigstens staatlich organisiert ist, nicht darunter. Dies folgt schon daraus, daß anzunehmen ist, es habe die Bundesverfassung, weil nicht ausdrücklich Ausnahmen statuiert sind, die Art und Weise der Besorgung der den Kantonen überlassenen Zweige des staatlichen Lebens vollständig diesen überlassen wollen. Ist es aber ausschließlich Sache der Kantone, festzusetzen, wie sie ihre Hoheitsrechte ausüben wollen, so kann es sich auch nur nach dem internen kantonalen Staatsrechte beurteilen, unter welchen Voraussetzungen jemand zur Besorgung einer organisierten staatlichen Tätigkeit zuzulassen sei. Somit kann sich jemand, der zu dieser Tätigkeit Zutritt zu erlangen wünscht, auf eine bundesrechtliche Vorschrift, die ihn der Erfüllung der kantonalen Requisite entheben würde, nicht berufen und trifft insbesondere die Garantie der Freizügigkeit von Handel und Gewerbe bzw. der wissenschaftlichen Berufsarten hier nicht zu. 3. Mit Recht wird denn auch in der Rekurschrift, wie in der Vernehmlassung das Hauptgewicht auf die Frage verlegt, ob das Notariat als eine freie wissenschaftliche Berufsart, oder ob dasselbe nicht vielmehr als organisierter Zweig der staatlichen Tätigkeit zu betrachten sei. Hierüber nun ist zu bemerken: Überall, wo ein Notariat besteht, ist dasselbe dazu berufen, bei gewissen Rechtsgeschäften mitzuwirken, sei es obligatorisch, sei es fakultativ, und wird dann in letzterem Falle den betreffenden rechtsgeschäftlichen Akten, wenn sie unter Mitwirkung eines Notars zustande gekommen sind, eine bestimmte höhere Autorität beigemessen; überdies genießen auch notarielle Bescheinigungen über einzelne, rechtlich relevante Thatsachen eine erhöhte Glaubwürdigkeit. Es befriedigen somit die notariellen Funktionen in bestimmtem Umfange das staatliche Interesse der Ordnung im Rechtsleben, und zwar reihen sich dieselben unter den Begriff der sog. nicht streitigen Rechtspflege oder freiwilligen Gerichtsbarkeit ein. Es wird als Aufgabe des Staates betrachtet, nicht nur in autoritativer Weise über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und remedierend gegen Einbrüche in die Rechtsordnung aufzutreten, sondern auch durch Mitwirkung staatlicher oder staatlich bevollmächtigter Organe bei der Begründung, Änderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen die Rechtssicherheit zu erhöhen und in dieser Weise Rechtsverletzungen oder Verdunkelungen vorzubeugen. Wie die streitige, ist aber auch diese nichtstreitige Rechtspflege ein Zweig staatlicher Justizverwaltung.

tung, und wer dazu berufen ist, übt eine staatliche Funktion aus. Es handelt sich somit bei der Erteilung des Notariatspatentes oder der Ernennung zum Notar nicht allein um die Erklärung, daß der Ausübung dieses Berufes durch den Petenten gewerbe- polizeilich kein Hindernis entgegenstehe, vielmehr liegt darin auch die Verleihung einer gewissen staatlichen Machtbefugnis, und es sind deshalb die Notare, wie die übrigen Organe der nichtstreitigen Rechtspflege als Träger eines Teils der Staatsgewalt und in diesem Sinne als Staatsbeamte aufzufassen. Dies trifft insbeson- dere auch zu für das baselstädtische Notariat. § 1 des Notariats- gesetzes vom 6. Dezember 1869 weist in den Geschäftskreis der Notare „alle Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege, soweit die- „selben nicht den Gerichten oder administrativen Behörden vor- „behalten sind.“ Völlig klar tritt der staatliche Charakter der Notare ferner hervor in § 2 des Gesetzes, wo ihnen neben be- stimmten Weisungen über die Ausübung ihrer spezifischen Berufs- pflichten die Aufgabe überbunden wird, bei Fallimentsmassen, deren Besorgung sie von den Gläubigern ernannt werden, mit den Kuratoren das beste der Masse nach Sage der Civilprozeß- ordnung in gleicher Weise zu wahren, wie es den Gerichts- und Bezirksämtern obliegt, und ferner überhaupt bei allen Verrich- tungen darauf zu achten, daß der Staat nicht um die gesetzlichen Gebühren verkürzt werde. Es kann danach keinem Zweifel unter- liegen, daß auf den Notar in Baselstadt, als Träger staatlicher Hoheitsrechte, die nur für freie Gewerbe geltenden verfassungs- rechtlichen Bestimmungen über die Ausübung wissenschaftlicher Be- rufsarten nicht zutreffen. Allerdings mag der Zusammenhang gerade der wichtigsten notariellen Thätigkeit, der Verurkundung von Privatverträgen, mit der Staatsverwaltung etwas locker er- scheinen. Allein auch diesen Verrichtungen wohnt ein hoheitliches Moment inne, indem nach §§ 105 und 107 der baselstädtischen Civilprozeßordnung den notariellen Urkunden eine erhöhte Beweis- kraft zuerkannt ist, welcher Vorzug sich nur daraus rechtfertigt, daß der Urkundsperson eine höhere, vom Staate abgeleitete Auto- rität beigemessen wird. Es sind denn auch die Notare hinsichtlich ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für ihre Verrichtungen den Beamten gleichgestellt (§ 178 des basl. Strafgesetzbuches), und es wird ferner auch nach einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft von Baselstadt den Notaren gegenüber Angriffen auf die Berufs- ehre in gleicher Weise ein erhöhter strafrechtlicher Schutz gewährt, wie den Beamten, indem Strafverfolgung in solchen Fällen auch auf Antrag des Staatsanwaltes und nicht bloß auf Privatklage hin eintritt. Wird aber daran festgehalten, daß das Notariat eine organisierte staatliche Thätigkeit ist, so kommt darauf, daß die Notare nicht in geschlossener Zahl ernannt werden, und daß unter ihnen die Geschäftsverteilung sich nach den Regeln und Zufällig- keiten der sog. freien Konkurrenz richtet, daß eine Pflicht zur Ausübung des Berufs nicht besteht, daß zeitlich derselben keine Schranken gesetzt sind und daß die Honorierung der Verrichtungen nicht aus Staatsmitteln oder Sporteln geschieht, nichts an. Denn dafür, daß man es mit einer wissenschaftlichen Berufsart im Sinne des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung nicht zu thun hat, ist entscheidend der Umstand, daß das Notariat als solches bestimmte staatliche Aufgaben zu erfüllen hat, so daß sich dasselbe als Glied des zur Staatsverwaltung berufenen und mit der erforderlichen Staatshoheit ausgestatteten Behörden- und Be- amtenorganismus darstellt (vergl. auch die Dissertation von Ber- theau über Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, S. 96 f. u. S. 175 unten). Danach erscheint aber die Berufung des Rekurrenten auf Art. 5 der Übergangs- bestimmungen zur Bundesverfassung als verfehlt und seine Be- schwerde als unbegründet. Wieso nämlich der angefochtene Beschluß des baselstädtischen Regierungsrats, wie ebenfalls, allerdings ohne nähere Begründung, geltend gemacht wird,

gegen den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze verstoßen soll, ist völlig unerfindlich. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Der Rekurs wird abgewiesen.

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