

OW_GERICHTE AbR 1982/83 Nr. 3 vom 26. November 2015

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1982_83 Nr. 3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1982_83_Nr._3)

FR: OW_GERICHTE AbR 1982/83 Nr. 3 du 26 novembre 2015

IT: OW_GERICHTE AbR 1982/83 Nr. 3 del 26 novembre 2015

Regeste

AbR 1982/83 Nr. 3, S. 33: Art. 24 GOG. Zur Beurteilung von Rekursen gegen die Nichtzulassung zur Anwaltsprüfung oder bei Nichtbestehen der Anwaltsprüfung ist das Obergericht zuständig (E. 1). Art. 3 Anwaltsgesetz. Weder das Anwaltsgesetz n

Erwägungen

E. 1

Findet die Kommission die Vorbedingungen der Zulassung zu den Prüfungen nicht allseitig erfüllt, so weist sie das Gesuch des Prüfungsbewerbers ab. Ein solcher Entscheid kann gemäss Art. 2 Abs. 5 des Prüfungsreglementes der Rechtsanwälte vom 25. Januar 1911 (Prüfungsreglement) an den Regierungsrat weitergezogen werden. Aufgrund des Gesetzes über die Ausübung des Berufes eines Rechtsanwaltes vom 24. April 1910 (Anwaltsgesetz) sowie des Prüfungsreglementes kamen dem Regierungsrat in bezug auf das Anwaltswesen neben der Wahl der Prüfungskommission (Art. 4 Abs. 1 Anwaltsgesetz) folgende Kompetenzen zu: Rekursinstanz bei Nichtzulassung zur Prüfung (Art. 2 Abs. 5 Prüfungsreglement) und bei Nichtbestehen der Prüfung (Art. 3 Abs. 6 Prüfungsreglement), Patentierung der Kandidaten (Art. 5 Abs. 1 Prüfungsreglement) sowie Erteilung der Berufsausübungsbewilligung an die Inhaber von Patenten anderer Kantone (Art. 9 Abs. 2 Prüfungsreglement). Demgegenüber waren bis zum Inkrafttreten des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) am 1. Januar 1974 die Kompetenzen des Obergerichtes als Aufsichtsbehörde nur lückenhaft ausgestattet. So sah die Kantonsverfassung in der Fassung vom 16. Mai 1926 erstmals vor, dass das Obergericht "über die zeitweise oder gänzliche Einstellung im Advokatenberuf anhand der durch die Gesetzgebung festzusetzenden Voraussetzungen" entscheidet (Art. 50 Abs. 2 Bst. e). Die Verfassungsnovelle vom 12. Mai 1963 bestimmte sodann, dass das Obergericht "die Aufsicht über die Rechtsanwälte" ausübt und befugt ist, "die Einstellung im Berufe eines Rechtsanwaltes nach Massgabe der Gesetzgebung auszusprechen" (Art. 52 Abs. 2). Patenterteilung und folglich auch Patententzug fielen indessen nach wie vor in die Zuständigkeit des Regierungsrates (vgl. auch N. Küchler, Die Entwicklung der Zivilrechtspflege im Kanton Obwalden von 1867 -1967, Diss. FR 1972, 92 Anm. 100). Art. 24 GOG räumt nun dem Obergericht als Aufsichtsbehörde nicht nur umfassende disziplinarische Befugnisse ein, sondern erklärt das Obergericht auch für die Patenterteilung und die Bewilligung der Berufsausübung im Kanton Obwalden als zuständig. Obergericht und Regierungsrat legen diese Bestimmung seit jeher so aus, dass sie ebenfalls die Kompetenzen umfasst, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Patenterteilung stehen, nämlich die Beurteilung von Rekursen gegen die Nichtzulassung zur Prüfung und bei Nichtbestehen der Prüfung. Das Obergericht ist deshalb zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig.

E. 2

Das Recht zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in Obwalden setzt einen guten Leumund, Handlungsfähigkeit, das Schweizerbürgerrecht sowie das Bestehen einer Prüfung voraus (Art. 1 Anwaltsgesetz). Um zur Prüfung zugelassen zu werden, muss der Kandidat neben den in Art. 1 verlangten Voraussetzungen (AbR 1976/ 77, Nr. 4) entweder das Kantonsbürgerrecht oder die gesetzliche Niederlassung haben (Art. 5 Anwaltsgesetz). In bezug auf die bildungsmässigen Voraussetzungen bestimmt Art. 3 des Anwaltsgesetzes: "Der Prüfungsbewerber hat sich über eine genügende allgemeine wissenschaftliche Vorbildung, sowie über die Vertrautheit mit den wichtigeren Rechtsmaterien und mit der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung, ebenso über wenigstens eine halbjährige Tätigkeit auf dem Bureau eines patentierten Anwaltes oder bei einer kantonalen Gerichts- oder Verwaltungsstelle auszuweisen." Umstritten ist die Frage, ob der Rekurrent diese Voraussetzungen erfüllt, weil er nicht über den von der Anwaltsprüfungskommission geforderten akademischen Abschluss eines juristischen Studiums verfügt. Verlangt werden der Nachweis genügender wissenschaftlicher Vorbildung sowie der vorgeschriebenen praktischen Tätigkeit. Dies ergibt sich auch unmissverständlich aus Art. 2 Abs. 2 des Prüfungsreglementes, der als einzige Bestimmung die bildungsmässigen Prüfungsvoraussetzungen präzisiert. Insbesondere erhellt daraus, dass der Ausweis über "Vertrautheit mit den wichtigsten Rechtsmaterien" nicht bei der Anmeldung zur Prüfung (mittels eines akademischen Abschlusses juristischer Studien) zu erbringen ist, sondern eben Gegenstand der Prüfung bildet. Weder das Anwaltsgesetz noch das Prüfungsreglement schreiben vor, dass sich ein Kandidat über einen akademischen Abschluss juristischer Studien (Lizentiat oder Doktorat) ausweisen muss. In bezug auf die "genügende allgemeine wissenschaftliche Vorbildung" macht Art. 1 des Dekretes betreffend Abänderung des Reglementes über die Prüfung und Patentierung der Rechtsanwälte vom 3. September 1913 zudem klar, dass der entsprechende Nachweis "in der Regel durch ein Maturitätszeugnis" zu leisten ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Mehrzahl der Kantone, wenn auch mehrheitlich aufgrund älterer Gesetze, ebenfalls keinen juristischen Hochschulabschluss verlangen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, 637, Anm. 10). So gesehen ist der Verzicht auf einen juristischen Hochschulabschluss auch heute noch nichts Aussergewöhnliches. Anwaltsgesetz und Prüfungsreglement lassen für die Aufstellung zusätzlicher bildungsmässiger Voraussetzungen keinen Raum. Insbesondere entbehren Gesetz und Reglement einer entsprechenden Delegationsnorm. Der Beschluss der Anwaltskommission vom 18. November 1935, nur noch Kandidaten, die sich über ein durch Lizentiat oder Doktorat abgeschlossenes Studium an einer Hochschule ausweisen können, zur Anwaltsprüfung zuzulassen, entbehrt deshalb einer gesetzlichen Grundlage.

E. 3

Die Anwaltsprüfungskommission beruft sich indessen nicht nur auf den Beschluss vom Jahre 1935, sondern auf Gewohnheitsrecht. Denn seit dem Jahre 1935 sei von allen Kandidaten ein juristischer Hochschulabschluss verlangt worden. Gewohnheitsrecht ist grundsätzlich auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts als Rechtsquelle anerkannt, wobei, wie in der Rechtsprechung immer wieder betont wird, dass bei der Anerkennung grosse Zurückhaltung am Platze ist (BGE 105 Ia 84; 103 Ia 379 f; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 7 B I). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die Anerkennung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht voraus:

Regelmässigkeit und lange, ununterbrochene Dauer der Übung; die ihr zugrundeliegende Rechtsüberzeugung sowohl der rechtsanwendenden Behörden als auch der vom angewendeten Grundsatz Betroffenen; das Bestehen einer echten Lücke im Gesetz und das unabweisliche Bedürfnis, sie zu füllen (BGE 105 Ia 84, 104 Ia 312 E. 4, 96 V 51). Die neuere Rechtsprechung geht mittlerweile von einem erweiterten Lückenbegriff aus, indem auch der Schluss auf sogenannte unechte (rechtspolitische) Lücken nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Annahme und Ausfüllung solcher Lücken ist da möglich, wo der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat, oder sich die Verhältnisse seit Erlass eines Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht, beziehungsweise nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird (BGE 99 V 23). Aufgrund der Erwägung Ziff. 2 ist die Nichterwähnung des juristischen Hochschulabschlusses als Prüfungsvoraussetzung als negative Norm zu deuten. Dies schliesst das Vorliegen einer echten Lücke aus. ... Dafür spricht auch der umstrittene Beschluss der Anwaltsprüfungskommission aus dem Jahre 1935, der ja gerade deswegen gefasst worden war, weil die Kommission die Voraussetzungen, wie sie Gesetz und Reglement umschreiben, als unbefriedigend erachtete. Der Anwaltsprüfungskommission ist freilich darin zuzustimmen, dass dieser Rechtszustand heute so wenig wie damals zu befriedigen vermag. Es haben denn auch alle Kantone, die nach 1970 ein Anwaltsgesetz erliessen, einen juristischen Hochschulabschluss oder einen diesem gleichwertigen Hochschulabschluss zur Prüfungsvoraussetzung erklärt (BS 1970; LU 1981; ZH 1974; BL 1976; JU 1978; FR 1977). Ob jedoch deswegen auch schon von einer eigentlichen Rechtsüberzeugung der Rechtsanwendenden und Betroffenen (*opinio necessitatis*) gesprochen werden kann, ist insoweit fraglich, als immerhin die Mehrheit der Kantone noch heute einen juristischen Hochschulabschluss nicht ausdrücklich verlangen. Die Frage braucht indessen nicht entschieden zu werden, da es für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht am Vorliegen einer unechten Lücke fehlt. Wohl vermag die Vorschrift nicht (mehr) zu befriedigen, doch kann ihre Anwendung, im vorliegenden Fall jedenfalls, nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Rechtsmissbrauch könnte allenfalls dann vorliegen, wenn ein Kandidat ganz offensichtlich über keine juristischen Kenntnisse verfügte und infolgedessen seine Kandidatur auch gar nicht ernst genommen werden könnte. Dies ist jedoch beim Rekurrenten nicht der Fall und wird auch von der Anwaltsprüfungskommission nicht behauptet. Der Rekurrent hat ein Studium an der philosophisch-historischen Fakultät der Universität Bern mit einer das Thema der europäischen Integration betreffenden Dissertation abgeschlossen. Ab 1980 belegte der Rekurrent während vier Semestern an den Universitäten von Bern und Genf neben rechtshistorischen Fächern und Nationalökonomie ebenfalls Vorlesungen in Privatrecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Bundesverwaltungsrecht sowie praktische Übungen, darunter auch in SchKG. Sodann hat er das vorgeschriebene juristische Praktikum zu absolvieren.

E. 4

Der Anwaltsprüfungskommission ist indessen beizupflichten, dass ohne Vorliegen eines Ausweises über den juristischen Hochschulabschluss die Prüfung eines Kandidaten noch intensiver gestaltet werden muss, damit die Gewissheit besteht, dass das aufgrund des Anwaltspatentes entstehende Vertrauen der Bevölkerung in die Fähigkeiten des Inhabers gerechtfertigt ist. Bei Kandidaten, die bereits an einer Hochschule ein juristisches Examen mit Erfolg bestanden haben, liegt es zu einem guten Teil im Ermessen der Prüfungskommission, wie intensiv sie den Kandidaten innerhalb des vorgeschriebenen

gesetzlichen Rahmens prüfen will. So mag die Prüfung bei einem Kandidaten, der seine Studien mit einer ausgezeichneten Qualifikation abschloss, weniger intensiv sein als beispielsweise bei einem Kandidaten, dessen schriftliche Prüfungsarbeiten nur knapp genügten. Unter den gegebenen Umständen ist die Anwaltsprüfungskommission - immer innerhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Rahmens - sogar verpflichtet, den Kandidaten intensiv zu prüfen, da er sich eben nicht schon andernorts über seine juristischen Kenntnisse ausgewiesen hat.

E. 5

Im angefochtenen Entscheid hat die Anwaltsprüfungskommission in allgemeiner Form auf den Wohnsitz als weitere Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltsprüfung hingewiesen, ohne jedoch in dieser Frage einen konkreten Entscheid zu treffen. Trotzdem soll im folgenden auch diese Frage kurz erörtert werden, hat doch die Kommission in ihrer Vernehmlassung zum Rekurs bezweifelt, dass der Rekurrent zur gegebenen Zeit diese Voraussetzungen überhaupt erfüllen werde. Aus der Auffassung des Rekurrenten, dass es in dieser Hinsicht nämlich nicht entscheidend sei, ob er nach Absolvierung des Praktikums im Kanton verbleiben werde oder nicht, glaubt die Kommission schliessen zu können, dass er gar nicht beabsichtige, dauernd in Obwalden zu verbleiben. Art. 5 Anwaltsgesetz bestimmt: "Um zur Prüfung zugelassen zu werden, muss der Bewerber entweder das Kantonsbürgerrecht oder die gesetzliche Niederlassung besitzen." In einem früheren Urteil hatte das Obergericht auf einen Beschluss der Anwaltsprüfungskommission vom 20. April 1927 hingewiesen, wonach es nicht genüge, dass ein Kandidat für die Mindestdauer des Praktikums die gesetzliche Niederlassung erwerbe nur zum Zwecke, um in Obwalden die Examen zu bestehen, ohne dass aber die Absicht vorhanden wäre, für eine längere oder kürzere Zeitdauer den Wohnsitz dahin zu verlegen (AbR 1976/77 Nr. 4). Das Obergericht hatte damals allerdings nur die Frage zu entscheiden, ob ein Ausländer mit fremdenpolizeilicher Niederlassung in Obwalden zur Prüfung zuzulassen sei. Es hatte die Frage verneint unter Hinweis auf Art. 1 Anwaltsgesetz, wonach das Recht zur berufsmässigen Führung von Zivil- und Strafprozessen vor den obwaldnerischen kantonalen Gerichten nur Schweizerbürgern zusteht. Es gilt nun im folgenden zu prüfen, was unter der gesetzlichen Niederlassung zu verstehen ist und ob die von der Anwaltsprüfungskommission vertretene, offenbar auf den Beschluss aus dem Jahre 1927 gestützte Auffassung einer näheren Überprüfung standhält. Die Niederlassung ist kein zivilrechtlicher Begriff sondern ein Begriff des öffentlichen Rechts. Als niedergelassen gilt jeder, der die polizeiliche Erlaubnis hat, sich an einem Orte niederzulassen und sich dort auch tatsächlich niederlässt (Burckhardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1931, 367 f.). Die erhaltene und ausgeübte Niederlassung ist in der Regel auch ein Indiz für die Absicht dauernden Verbleibens, mithin für die Wohnsitznahme, mehr aber nicht. Mit ihrem Beschluss vom 27. April 1927, inskünftig nur noch Kandidaten zuzulassen, die sich in Obwalden mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhalten, ging die Anwaltsprüfungskommission über das gesetzliche Erfordernis der "gesetzlichen Niederlassung" hinaus. Auch in dieser Hinsicht enthalten weder das Anwaltsgesetz noch das Prüfungsreglement eine Delegationsnorm, die es der Anwaltsprüfungskommission gestattete, die Zulassungsvoraussetzungen zu verschärfen. Bereits am 27. März 1916 hatte hingegen der Kantonsrat Art. 5 des Anwaltsgesetzes in dem Sinne erläutert, dass Kandidaten ohne Kantonsbürgerrecht aber mit gesetzlicher Niederlassungsbewilligung vor Einreichung ihrer Anmeldung mindestens während der Dauer eines halben Jahres ihren rechtlichen Wohnsitz in unserem Kanton gehabt haben

müssen (LB V, 288 f.). Da der Rekurrent Schweizer Bürger ist, genügt es demnach, wenn er vor Einreichung der Prüfungsanmeldung mindestens ein halbes Jahr die gesetzliche Niederlassung innehat. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gerade die Handhabung des Wohnsitzerfordernisses in der Praxis grosse Schwierigkeiten bereiten kann. Das Erfordernis müsste nämlich auch bei jenen Kandidaten, die erst mit Beginn des Praktikums in Obwalden "Wohnsitz" nehmen, als erfüllt betrachtet werden, selbst wenn keine positiven Anhaltspunkte für die Absicht weiteren Verbleibens im Kanton bestünden, es sei denn, dass geradezu eindeutige Indizien gegen eine solche Absicht sprechen würden. Nach Guldener (a.a.O. 638, Anm. 17) ist denn auch dem Wohnsitzkanton der Kanton gleichzustellen, in welchem der Kandidat seine Tätigkeit an einem Gericht oder in der Advokatur während der erforderlichen Zeit ausgeübt hat.

de | fr | it Schlagworte kandidat gesetz jurist kanton obwalden gewohnheitsrecht frage regierungsrat entscheid wohnsitz praktikum dauer zuständigkeit rechtsanwalt prüfungskommission Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BGFA: Art.1 Art.3 Art.4 Art.5 Leitentscheide BGE 99-V-19 S.23 104-IA-305 S.312 96-V-49 S.51 105-IA-80 S.84 103-IA-369 S.379 AbR 1976/77 Nr. 4 1982/83 Nr. 3

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