

S. 248 / Nr. 40 Staatsrecht (d)

BGE 71 I 248

40. Urteil vom 2. Juli 1945 i.S. Müller-Schuler gegen Zürich, Regierungsrat.

Regeste:

Art. 27, 29 SchKG. Eine kantonale Vorschrift, welche die Betätigung als Geschäftsagent, insbesondere als Gläubigervertreter vom Wohnsitz oder der Geschäftsniederlassung im Kanton abhängig macht, verletzt Art. 27 SchK.

Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde schon gegen ein vom Bundesrat im Sinne von Art. 102 Ziff. 13 BV genehmigtes Gesetz, nicht erst gegen eine Anwendungsverfügung.

Art. 27 et 29 LP. Viole l'art. 27 LP la disposition cantonale qui subordonne au domicile ou à l'existence d'un établissement d'affaires dans le canton l'activité de l'agent d'affaires, notamment la représentation de créanciers.

Le recours de droit public est recevable déjà contre une loi approuvée par le Conseil fédéral selon l'art. 102, ch. 13, CF, et non pas seulement contre l'application de cette loi dans un cas concret.

Art. 27 e 29 LEF. L'art. 27 LEF è violato da una disposizione cantonale che subordina l'attività dell'agente d'affari, in particolare la professione di rappresentante dei creditori, al domicilio o al domicilio d'affari.

Il ricorso di diritto pubblico è ricevibile già contro una legge approvata dal Consiglio federale giusta l'art. 102, cifra 13, CF e non soltanto contro l'applicazione di questa legge in un caso concreto.

A. Das zürcherische Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943 bestimmt in:

Seite: 250

«§ 2. Geschäftsagent ist, wer gegen Entgelt

- a) Dritte bei Rechtsgeschäften oder zur Wahrung rechtlicher Interessen berät oder vertritt;
- b) für Dritte Forderungen einzieht, für sie oder sich selber Forderungen aufkauft, verkauft oder derartige Geschäfte vermittelt;
- c) für Rechtsberater oder -vertreter Kunden wirbt.

§ 3. Das Gesetz ist auch auf Organe, Angestellte oder Mitarbeiter von Vereinigungen mit oder ohne juristische Persönlichkeit anwendbar.

§ 4. Als Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive dürfen sich nur Schweizerbürger betätigen die

- a) im Kanton Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung haben;
- b) nicht durch einen andern Kanton in der Ausübung dieser Tätigkeit ganz oder teilweise eingestellt sind;
- c) die bürgerlichen Ehren und Rechte besitzen und
- d) voll handlungsfähig sind.

§ 5. Die zuständige Direktion des Regierungsrates kann die Betätigung als Geschäftsagent, Liegenschaftsvermittler oder Privatdetektiv Personen verbieten die

- a) wegen eines Verbrechens oder Vergehens, besonders wegen eines solchen gegen das Vermögen, verurteilt worden sind
- b) wegen anderer wichtiger Gründe, wie wiederholt eingestellter Strafuntersuchungen, fruchtloser Pfändungen, Konkurses das erforderliche Zutrauen nicht mehr geniessen. Diese Personen sind vorher anzuhören.

§ 9. Wer diesem Gesetz oder dem Verbot der zuständigen Direktion des Regierungsrates zuwiderhandelt, wird mit Haft oder Busse bestraft. Die Strafverfolgung ist Sache der Statthalterämter. Zuwiderhandlungen gegen dieses Gesetz verjähren in sechs Monaten seit der Entdeckung, jedenfalls aber in zwei Jahren seit der Begehung.

§ 10. Das Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf (Anwaltsgesetz) vom 3. Juli 1938, das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, das Gesetz betreffend den gewerbmässigen Verkehr mit Wertpapieren vom 22. Dezember 1912, das Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und alle übrigen Sondererlasse bleiben vorbehalten.»

Gegen dieses Gesetz hat Franz Müller-Schuler, Inhaber eines Inkasso- und Sachwalterbureaus in Luzern, staatsrechtliche Beschwerde erhoben mit dem Antrag, die §§ 2 lit. a und b, 3, 4 lit. a, 5 lit. b und 10 als verfassungswidrig aufzuheben. Das Bundesgericht hat den Meinungsaustausch mit dem Bundesrat eröffnet, damit er prüfe, ob das Gesetz, soweit es sich auf die Vertretung in Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz-Sachen beziehe, nicht nach Art. 29 SchKG der

Seite: 251

Genehmigung des Bundesrates bedürfe, und damit er für den Fall der Bejahung dieser Frage die erforderliche Genehmigung erteile oder verweigere. Auch für den Fall der Genehmigung hat es sich vorbehalten noch darüber zu entscheiden, ob aus diesem Grunde eine staatsrechtliche Beschwerde gegen den Erlass selbst ausgeschlossen sei.

Der Bundesrat hat sich der Auffassung des Bundesgerichts angeschlossen, dass das Gesetz der Genehmigung nach Art. 27, 29 SchKG bedürfe und diese mit Beschluss vom 29. Juli 1944 ausgesprochen, soweit sie nach Art. 27 und 29 SchKG erforderlich war. Das Gesetz widerspreche den genannten Vorschriften nicht. Ob es die Art. 4 und 31 BV verletze, habe nicht der Bundesrat, sondern das Bundesgericht zu prüfen; Sache des Bundesrates wäre diese Prüfung nur, wenn der Erlass oder einzelne Vorschriften daraus sich von vornherein als offensichtlich unzulässig erweisen sollten, sodass es zu dieser Feststellung überhaupt keiner näheren Prüfung bedürfe. Das treffe hier nicht zu.

Das Bundesgericht hat den § 4 lit. a des Gesetzes aufgehoben.

Aus den Erwägungen:

1., 2.

3. Soweit das kantonale Gesetz die Tätigkeit der Geschäftsagenten ordnet, die sich aus dem SchKG ergibt (Vertretung der Gläubiger), bedurfte es der Genehmigung des Bundesrates. Sie schliesst die Überprüfung des Erlasses durch das Bundesgericht auf die Übereinstimmung mit dem Bundesrecht nicht aus, insbesondere nicht die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, auch nicht was die Rüge der Verletzung von Art. 27 SchKG, d. h. die Behauptung betrifft, der Erlass verstosse gegen Art. 2 Üb. Best. z. BV. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat das stets anerkannt, soweit eine Anwendungsverfügung, Einzelanwendung des genehmigten Erlasses in Frage stand (BGE 38 I 471 Erw. 3; 42 I 348 Erw. 2; 50 I 342 Erw. 3; 51 II 336 Erw. 4; 52 I 161;

Seite: 252

53 II 457 Erw. 1; im gleichen Sinn auch die Praxis des Bundesrates in SALIS, Bundesrecht Bd. 4 Nr. 1478), dagegen offen gelassen, ob sich die Beschwerde auch gegen den Erlass selbst richten könne (BGE 64 I 164, 70 I 248). Wenn eine durch die Bundesversammlung genehmigte kantonale Verfassungsvorschrift nicht Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde bilden kann (BGE 17 S. 630; 22 S. 4 und 1018 Erw. 4), dagegen ebenfalls offen blieb, ob die Verfassungswidrigkeit einer solchen Bestimmung im Anschluss an eine Anwendungsverfügung oder einen Vollzugsakt gerügt werden könne (BGE 56 I 330 Erw. 2, vgl. auch BGE 57 I 175 Erw. 3), lässt sich daraus nichts für die hier zu entscheidende Frage ableiten. Für den Ausschluss der Anfechtung kantonalen Verfassungsvorschriften war die Erwägung massgebend, dass die Art. 6 und 85 BV im Verhältnis zu Art. 113 BV Sondernormen darstellen und deswegen eine Kontrolle des Bundesgerichts ausschliessen. Das trifft für Art. 102 BV, die Genehmigung kantonalen Erlasses durch den Bundesrat nicht zu. Zweck dieser Genehmigung ist nur eine vorläufige Überprüfung an sich rechtswirksamer kantonalen Erlasse auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht, keine endgültige, abschliessende Prüfung daraufhin, ob der Erlass bei seiner Anwendung zu einem Widerspruch mit dem Bundesrecht oder zur Beeinträchtigung verfassungsmässiger Rechte des Bürgers führen kann (BGE 52 I 159 Erw. 3). Das erhellt namentlich aus der Tatsache, dass ein kantonaler Erlass gegebenenfalls der bundesrätlichen Genehmigung speziell nach ganz bestimmten Richtungen bedarf, wie das hier zutrifft, wo die Übereinstimmung des Gesetzes bezüglich der Frage der gewerbmässigen Vertretung der Gläubiger (Art. 27 SchKG) zu prüfen war, nicht auch insoweit, als es im übrigen den Beruf des Rechtsagenten regelt.

Dass diese Auffassung auch diejenige des Bundesrates ist, ergibt sich aus dessen Entscheid (Erw. 4), wo er ausführt, dass die behauptete Verletzung der Art. 4 und 31 BV zu prüfen nicht Sache des Bundesrates, sondern des

Seite: 253

Bundesgerichtes im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bilden müsse, es sei denn, dass sich eine Vorschrift schon im Genehmigungsverfahren zum vornherein als offenkundig unzulässig erweisen sollte. Dieser Charakter der bundesrätlichen Kontrolle schliesst es aus, eine Bindung des Bundesgerichts an den Entscheid des Bundesrates anzunehmen. Sie besteht bloss für den Fall, wo der Bundesrat den Erlass nicht genehmigt (BGE 52 I 162), weil dann die Nachprüfung auf eine Abänderung der bundesrätlichen Entscheidung hinauslaufen würde, die dem Bundesgericht nicht zustehen kann.

4. Das zürcherische Gesetz unterscheidet nicht, ob die Tätigkeit des Geschäftsagenten das SchKG betrifft oder ob sie einen andern Zweig der Berufsausübung berührt, sondern unterstellt die gesamte in § 2 umschriebene Tätigkeit einer einheitlichen Ordnung. Die Schranken, die das Bundesrecht den

Kantone auferlegt, sind jedoch für die beiden Tätigkeitsgebiete verschieden. Während die kantonale Gesetzgebungshoheit für das letztere Gebiet ihre Schranke lediglich in den verfassungsmässigen Rechten der Bürger findet, hat sie, soweit die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger in Frage steht, die Vorschrift des Art. 27 SchKG zu beachten. Soweit dieser bestimmt, dass die Kantone bei der Ordnung der gewerbsmässigen Gläubigervertretung befugt sind, die Ausübung des Berufes vom Nachweis persönlicher Tauglichkeit und Ehrenhaftigkeit sowie von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, und die Gebühren für die einschlägigen Verrichtungen festzusetzen, schränkt er allenfalls die verfassungsmässigen Freiheitsrechte ein. Dem Bundesgericht steht darüber keine Überprüfung auf die Verfassungsmässigkeit zu (Art. 113 Abs. 3 BV, Art. 178 Ziff. 1 aOG). Da die in Art. 27 SchKG aufgezählten Massnahmen nicht abschliessend sind, wie aus dem Gesetzeswortlaut («insbesondere können sie ...») hervorgeht, sind die Kantone befugt, im Rahmen der Vorschrift weitere Bestimmungen zu erlassen. Ob dafür bezüglich der Frage nach der Wahrung

Seite: 254

verfassungsmässiger Rechte dasselbe gilt, wie für die ausdrücklich vorgesehenen Massnahmen, ist streitig (für Einschränkung durch die Handels- und Gewerbefreiheit der im Archiv Bd. V abgedruckte Entscheid des Bundesrates, S. 40 lit. c; BURCKHARDT, Komm. zu Art. 31 S. 231; dagegen: REICHEL zu Art. 27 Note 2). Jedenfalls dürfen derartige kantonale Vorschriften denjenigen des SchKG nicht widersprechen, also insbesondere eine Vertretung nicht ausschliessen, die vereinzelt und unentgeltlich, oder nicht regelmässig, jedoch gegen Entgelt besorgt wird (BGE 61 III 203, 66 III 11), oder den Gläubigervertreter der Gesetzgebungshoheit eines andern als seines Wohnsitzkantons unterstellen, in dem er seine Tätigkeit ausübt, selbst wenn der Auftraggeber in jenem andern Kanton wohnt (BGE 52 III 106, Urteil vom 20. Oktober 1941 i. S. Ozellay; Archiv Bd. I Nr. 5; Bd. II Nr. 60). Das gilt nicht nur für die gewerbsmässige Vertretung in Betreibungssachen, sondern auch für die damit zusammenhängenden Vertretungshandlungen, private Zahlungsaufforderungen usw., die, wenn sie keinen Erfolg haben, in der Regel entweder eine Betreibung oder einen Prozess vorbereiten sollen (BGE 53 I 397 Erw. 3). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Sie verfolgt den Zweck, im interkantonalen Verhältnis die Anwendung des SchKG insoweit sicherzustellen, als die Vertretung der Gläubiger auch bei interkantonal verschiedenem Wohnsitz von Gläubiger und Schuldner nicht durch kantonale Erlasse über die Tätigkeit von Geschäftsagenten soll Beschränkungen unterworfen werden können, die dem Sinn von Art. 27 SchKG zuwiderlaufen würden. Dem Gläubiger soll nicht durch derartige kantonale Vorschriften verboten werden, durch einen im Wohnsitzkanton des Gläubigers niedergelassenen Gläubigervertreter Betreibungshandlungen in einem andern Kanton vorzunehmen. Nach dem Entscheid in BGE 52 III 107 Erw. 3 soll das selbst dann gelten, wenn der ausserkantonale Vertreter einen im Kanton wohnenden Gläubiger vertritt.

5. Mit dieser Rechtsprechung ist § 4 lit. a des

Seite: 255

zürcherischen Gesetzes nicht in Einklang zu bringen. Wenn der Kanton Zürich verlangt, dass die ausserkantonalen Geschäftsagenten im Kanton Wohnsitz nehmen oder doch eine Geschäftsniederlassung verzeigen, um vor den zürcherischen Betreibungsbehörden als Gläubigervertreter handeln zu können, so unterwirft er sie damit der zürcherischen Ordnung. Gerade das widerspricht aber dem Art. 27 SchKG und stellt für die Geschäftsagenten im interkantonalen Bereich eine Einschränkung dar, die dem Sinn und Geist des SchKG zuwiderläuft. Da der Kanton Zürich nach der erwähnten Rechtsprechung nicht befugt wäre, die Geschäftsagenten ausserhalb seines Gebietes unter die Patentpflicht zu stellen, kann er auch nicht deren Tätigwerden vor den kantonalen Betreibungsbehörden untersagen, sofern der vertretene Gläubiger nicht im Kanton wohnt, und nach dem Urteil in BGE 52 III 107 selbst nicht für den Fall des Wohnsitzes des Gläubigers im Kanton. § 4 lit. a des Gesetzes widerspricht somit dem Bundesrecht, insoweit er Anwendung finden soll auf die Tätigkeit der Geschäftsagenten im Bereiche des SchKG.

Er hat übrigens vor der Verfassung (Art. 4 und 31 BV) auch keinen Bestand, soweit er sich auf die übrige Tätigkeit der Geschäftsagenten bezieht. Entweder wird damit nur die Eintragung im Handelsregister und im übrigen ein blosses Briefkastendomizil verlangt, wie sich aus der Vernehmlassung des Regierungsrates zu ergeben scheint, wenn darin vom Beschwerdeführer lediglich eine Anerkennung des Inhalts verlangt wird, dass ihm rechtswirksam Verbote im Sinne von § 5 des Gesetzes auferlegt werden können. Dann erfüllt dieses «Domizil» den mit dem Erfordernis der Wohnsitznahme angestrebten Zweck nicht und ist wertlos. Oder es wird und das ist offenbar der Sinn der Vorschrift eine eigentliche Geschäftsniederlassung mit den dafür nötigen Räumlichkeiten und der Eintragung im Handelsregister gefordert, und dann verstösst die Vorschrift gegen Art. 31 BV. Für den Agenten, insbesondere denjenigen, dessen Tätigkeit nur gelegentlich die zürcherische Gebietshoheit berührt, sind mit einem

Seite: 256

Geschäftsdomizil Kosten verbunden, die zu den Einnahmen aus der Tätigkeit in keinem Verhältnis stehen und die Gewerbeausübung erheblich erschweren. Nach der Auffassung des Regierungsrates verfolgt die Vorschrift den Zweck, den. ausserkantonalen Geschäftsagenten der zürcherischen Verwaltungshoheit zu unterstellen, die Voraussetzung dafür sei, um ihm gegenüber Verbote im Sinne von § 5 des Gesetzes aussprechen zu können. Andere Zwecke werden damit nicht angestrebt. Der Zweck der Ausübung einer wirksamen Kontrolle über die Geschäftstätigkeit käme schon deshalb nicht in Frage, weil das Gesetz eine solche Kontrolle nicht vorsieht, derjenige, die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat sicherzustellen, nicht, weil die Berufsausübung weder an Gebühren noch an eine Kautionsleistung geknüpft ist. Bei dieser Sachlage kann aber die Wohnsitznahme durch eine weniger weitgehende Anordnung ersetzt werden, insbesondere die Unterwerfung unter die Patentrechtspflicht, die mit weniger Kosten verbunden wäre. Massnahmen, die zwar dem öffentlichen Interesse dienen, die jedoch durch weniger weitgehende Massnahmen ersetzt werden können, verletzen aber die durch Art. 31 BV garantierte Handels- und Gewerbefreiheit (BGE 52 I 226 Erw. 5, 65 I 72, 70 I 3, 71 I 81 Erw. 3). Wohnsitznahme oder Geschäftsniederlassung sind auch deswegen nicht notwendig, weil ausserkantonale Geschäftsagenten mit Berufstätigkeit auf dem Gebiete des Kantons Zürich, wenn die Tätigkeit nicht unter Art. 27 SchKG fällt, auch ohne Niederlassung der Gewerbepolizei des Tätigkeitskantons unterworfen sind, wenigstens insoweit, als die Bestimmungen geeignet sind, auf alle Berufsangehörige angewendet zu werden, gleichgültig wo sie wohnen (BGE 42 I 16 Erw. 3, 65 I 87 gewerbsmässige Vermittlung des Liegenschaftsverkehrs, 50 I 183, 53 I 210 Viehhandel, 39 I 566 Kleinhandel mit gebrannten Wassern, 54 I 25 Versand von Heilmitteln, 53 I 114 Bergführer). Das gilt auch für die wissenschaftlichen Berufsarten, für den Arzt (BGE 67 I 199) und den

Seite: 257

Rechtsanwalt (42 I 278, 53 I 119, 67 I 332, 69 I 2), wobei die Kantone von diesem eine vorgängige Ermächtigung zur Berufsausübung verlangen können (33 I 492 Erw. 5, 59 I 199, 65 I 6, 67 I 332).

6. Die Vorschrift des § 5 des Gesetzes ficht der Beschwerdeführer nicht deswegen als verfassungswidrig an, weil darin ein Verbot der Berufsausübung vorgesehen ist. Das Bundesgericht hat übrigens wiederholt ausgesprochen, dass der Unterstellung des Geschäftsagentenberufes unter die Patentrechtspflicht vom Standpunkt des Art. 31 BV nichts entgegensteht (BGE 42 I 15, 65 I 75, 86; Urteile vom 26. Oktober 1940 i. S. association vaudoise des agents intermédiaires S. 24 lit. f und vom 20. Oktober 1941 i. S. Ozellay Erw. 6). Das Verbot zur Ausübung des Berufes und die Androhung von Strafe bei Widerhandlung (§ 9) ist aber eine Massnahme der gleichen Art wie die Unterstellung unter die Patentrechtspflicht. Wenn die Kantone zu dieser befugt sind, muss ihnen auch zustehen, unter Verzicht auf das Erfordernis des Patentbesitzes die Ausübung des Berufes durch das Mittel der Strafandrohung denjenigen zu verbieten, welche dafür nicht die erforderlichen Eigenschaften besitzen (BGE 67 I 18 Erw. 3, 70 I 146, Urteil vom 8. Juni 1944 i. S. Widmer).

§ 5 des Gesetzes wird vielmehr nur deswegen angefochten, weil er extensiver Auslegung Raum lassen könnte. Doch besteht auf Grund des Gesetzestextes zu solcher Annahme kein Anlass. Als wichtige Gründe, die zu einem Tätigkeitsverbot führen können, fallen darnach solche in Betracht, die bewirken, dass der Geschäftsagent nicht mehr auf das nötige Zutrauen Anspruch erheben kann. Der Regierungsrat betont denn auch, dass der Nachdruck hierauf liege, nicht auf den beispielsweise aufgezählten Gründen und dass ein Verbot im Sinne des § 5 nicht ausgesprochen werde gegen denjenigen, der etwa einen Automobilunfall verursacht oder sich eine Ehrverletzung hat zuschulden kommen lassen. Dem Beschwerdeführer ist jedoch unbenommen, sich über eine allfällige extensive

Seite: 258

Auslegung der Bestimmung bei der Anwendung auf ihn zu beschweren, wenn er glaubt, dadurch in verfassungsmässigen Rechten beeinträchtigt zu sein