

der ganzen Dauer des Konfliktes » von der Masse ein gewisses Honorar bezogen hat (Ergänzungsvernehmlassung der Rekursbeklagten vom 20. April), lässt jenen Schluss noch nicht zu, weil daraus nicht hervorgeht, wieweit dieses Mandat und die Vertretung sich erstreckten und dass sie auch den Auftrag zur Intervention im Schwurgerichtsverfahren hinsichtlich des Zivilpunktes umfasst hätten. Endlich ist unerheblich, dass der Konkursverwalter von dem Zeitpunkte der schwurgerichtlichen Verhandlung und von der Absicht der Rekursbeklagten, bei Verurteilung der Angeklagten darin auch ihre Zivilforderungen geltend zu machen, tatsächlich auch ohne Vorladung Kenntnis gehabt habe. Solange eine Aufforderung an die Masse zur Teilnahme am Verfahren nicht ergangen war, brauchte er sich um dieses nicht zu kümmern, sondern konnte es unbeachtet lassen. In der Ausfällung eines Urteils über den Zivilpunkt, ohne dass die Masse zur Verhandlung geladen oder zur Beteiligung am Verfahren aufgefordert oder in dieses tatsächlich als Partei eingetreten gewesen wäre, liegt eine Rechtsverweigerung, die allein schon zur Gutheissung des Rekurses führen muss.

e) Die Interessen der Masse sind immerhin genügend dadurch gewahrt, dass das Urteil aus den vorstehenden Gründen als ihr gegenüber unwirksam erklärt wird. Soweit es darüber hinaus eine persönliche Verurteilung des Gemeinschuldners zu den darin festgesetzten Leistungen, d. h. die Feststellung einer entsprechenden rein persönlichen Schuldpflicht seinerseits enthält, fehlt der Konkursmasse ein Interesse an der Anfechtung und damit auch das Recht zum staatsrechtlichen Rekurse. Zu einem solchen könnte vielmehr insoweit höchstens der Gemeinschuldner selbst befugt sein, der gegen das streitige Urteilsdispositiv denn auch noch persönlich an das Bundesgericht rekuriert hat,

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Der Rekurs wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die

in Dispositiv III des angefochtenen Urteils ausgesprochene Verurteilung des Gemeinschuldners Nachtigall nicht die Wirkung einer auch für dessen Konkursmasse verbindlichen Feststellung der betreffenden Forderungen haben kann. Das weitergehende Rekursbegehren ist abgewiesen.

## VIII. GEWALTENTRENNUNG

### SÉPARATION DES POUVOIRS

#### 37. Urteil vom 5. Oktober 1928

##### i. S. Traber und Mitbeteiligte gegen Regierungsrat Zürich.

Bestimmung einer kantonalen Verfassung (Zürich), die gegenüber dem Grundsatz der Gewerbefreiheit die « durch das öffentliche Wohl geforderten gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften » vorbehält. Annahme eines daraus folgenden selbständigen (von gesetzlicher Delegation unabhängigen) Verordnungsrechts des Regierungsrats als oberster Polizeibehörde auf dem Gebiete der Gewerbe Polizei. Beschränkungen der Gewerbeausübung, die demnach durch Verordnung verfügt werden können. Bewilligungszwang und Einführung bestimmter persönlicher Erfordernisse für die Ausübung eines bestimmten Berufes (Tanzunterricht) aus sittenpolizeilichen Gründen; Gebühr für Erteilung der Bewilligung und Kontrolle der Gewerbeausübung (Erw. 1). — Anfechtung der betr. Verordnungsvorschriften aus Art. 31 und 4 BV. Abweisung (Erw. 2 und 3).

A. — Am 20. Mai 1919 hat der Regierungsrat des Kantons Zürich eine Verordnung betreffend die Erteilung von Tanzunterricht erlassen. Sie macht die Ausübung dieses Gewerbes gegen Entgelt von einer schriftlichen Bewilligung des Gemeinderates der Wohngemeinde abhängig (§§ 1 u. 2). Für die Erteilung derselben sind bestimmte persönliche Erfordernisse aufgestellt (§ 3) und es ist dafür eine Gebühr von 20-100 Fr. zu bezahlen (§ 4). Nach §§ 5 und 6 haben die Tanzlehrer ein Register

mit den Namen der Schüler und mit andern Angaben zu führen, und durch § 7 wird ihr Geschäftsbetrieb einer besonderen polizeilichen Kontrolle unterstellt. § 8 bedroht Widerhandlungen gegen die Verordnung mit Polizeibussen bis auf 200 Fr. und mit Patententzug. Der letztere kann nach § 9 auch eintreten, wenn die persönlichen Erfordernisse nicht mehr erfüllt sind oder wenn der Tanzlehrer wegen Übertretung der für seinen Beruf geltenden Vorschriften wiederholt bestraft werden musste.

Während mehreren Jahren unterwarfen sich die Tanzlehrer von Zürich dem Bewilligungszwang. Mit Urteil vom 29. Juni 1926 hiess dann aber das Obergericht des Kantons Zürich eine Nichtigkeitsbeschwerde des Tanzlehrers August Traber-Amiel gut, der vom Bezirksgericht wegen Zuwiderhandlung gegen die §§ 6 und 7 der Tanzlehrerverordnung gebüsst worden war, und sprach den Beklagten mit der Begründung frei, dass die Verordnung nicht zu Recht bestehe, weil Gründe des öffentlichen Wohles dafür nicht angeführt werden könnten und sie deshalb mit den Grundsätzen der Gewerbefreiheit nicht vereinbar sei. Im gleichen Sinne erkannte das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 11. November 1926 in Sachen des André Zimmermann, der ebenfalls der Zuwiderhandlung gegen die Verordnung beschuldigt war, weil der Regierungsrat zum Erlass der letzteren nicht zuständig gewesen sei. Die Tanzlehrer forderten darauf zunächst die bereits unter Vorbehalt für das Jahr 1926 bezahlten Gebühren zurück, wurden aber mit diesem Begehren letztinstanzlich durch (unangefochten gebliebenen) Entscheid des Regierungsrates vom 8. September 1927 abgewiesen. Sodann erklärte im Namen von 18 Tanzlehrern- und Lehrerinnen Rechtsanwalt Gloor in einer Eingabe vom 30. Dezember 1926 an das Gewerkekommissariat der Stadt Zürich, dass die Tanzlehrerunion der Schweiz den Bewilligungszwang bestreite und ihr Vertreter beauftragt sei, diesen Standpunkt bei den Ver-

waltungsbehörden und den Gerichten zu verfechten; letztere hätten sich bereits in definitiver Weise zu Gunsten der Tanzlehrer ausgesprochen; die endgültige Stellungnahme der Verwaltungsbehörden dagegen stehe noch aus. Das Gesuch um Erteilung der Unterrichts-Bewilligung werde deshalb nur für den Fall gestellt, dass der grundsätzliche Standpunkt der Tanzlehrer nicht geschützt werden sollte.

Mit Verfügungen vom 5. März 1927 erteilte der Polizeivorstand von Zürich den Gesuchstellern die Bewilligung zur Erteilung von Tanzunterricht für das Jahr 1927 und setzte die entsprechende Gebühr fest. Für die Erhebung der Bewilligungsurkunde und die Bezahlung der Gebühr wurde eine Frist bestimmt. Die Gesuchsteller zogen diese Verfügungen an die oberen Verwaltungsbehörden weiter. Sowohl der Stadtrat von Zürich, als das Statthalteramt des Bezirkes Zürich als der Regierungsrat des Kantons Zürich, letzterer durch Entscheid vom 16. Februar 1928, verwarfen indessen die Beschwerde. Der Regierungsrat verwies dabei zunächst auf die Erwägungen seines früheren Entscheides vom 26. September 1927, um sich anschliessend mit den von den Rekurrenten dazu erhobenen Einwendungen auseinanderzusetzen.

B. — Gegen den Entscheid des Regierungsrates vom 16. Februar 1928 haben A. Traber-Amiel und 13 Mitbeteiligte staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben mit dem Antrag auf Aufhebung desselben sowie der Vorentscheide. Als Beschwerdegründe werden Übergriff der Verwaltungsbehörde in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt, Verletzung der Gewerbefreiheit und von Art. 4 BV geltend gemacht. Der Regierungsrat könne, so wird im wesentlichen ausgeführt, nach zürcherischem Verfassungsrecht, nur Vollziehungsverordnungen, nicht selbständige Rechtsverordnungen erlassen und Verordnungen *praeter legem* widersprechen der Verfassung (STRÄULI, Verfassung des eidg. Standes Zürich

S. 175; RÜEGG, Die Verordnung nach zürcherischem Staatsrecht S. 71 ff.; Entscheid des zürcherischen Kassationsgerichts i. d. Blättern für zürch. Rechtsprechung Bd. 26 Nr. 47). Das gelte auch für das Gebiet der Gewerbewesens. Die Stellung des Regierungsrates als oberste Polizeibehörde ermächtige ihn auch hier nicht, über das Gesetz hinauszugehen; ebensowenig könne eine solche Befugnis aus Art. 21 der Kantonsverfassung hergeleitet werden. Die Theorie von Rüegg, auf die sich der angefochtene Entscheid ebenfalls berufe und wonach dem Regierungsrat eine allgemeine, historisch bedingte, provisorische Rechtsverordnungskompetenz zukommen würde, erwecke von vorneherein erhebliche Bedenken, indem sie nur die in älteren Gesetzen fehlende Delegation ersetzen wolle. Neue Probleme müssten aber im Kanton Zürich durch die Gesetzgebung bewältigt werden. Auch auf dem Boden jener Theorie hätte übrigens der Regierungsrat nicht das Recht Verordnungen zu erlassen, die sich überhaupt nicht auf ein Gesetz gründen, sondern sich eines Gebietes bemächtigen, mit welchem der Gesetzgeber es bisher nicht zu tun hatte. Die Tanzlehrerverordnung könne sich aber weder auf eine Gesetzesdelegation stützen noch diene sie zur Vollziehung irgend eines Gesetzes. Selbst bei Annahme eines polizeilichen Verordnungsrechts des Regierungsrates würden zudem höchstens die Bestimmungen der angefochtenen Verordnung über die Kontrolle der Tanzlehrer als zulässig erscheinen, nicht diejenigen über den Bewilligungszwang und die Gebührenpflicht, §§ 1-4 (FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl. S. 366, 376 und 378). Zum mindesten mit Bezug auf die Konzessionsgebühren gehe die Verordnung über die Kompetenzen der Polizei hinaus (FLEINER, S. 396). Die Festsetzung einer Patentpflicht stehe überdies nicht allein neben dem Gesetz, sondern gehe direkt gegen ein kant. Gesetz, nämlich den § 1 des Gesetzes über das Gewerbewesen vom 9. Mai 1832. Seit den oben erwähnten Urteilen des

Obergerichts Zürich vom 29. Juni und des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. November 1926 habe denn auch der Audienzrichter von Zürich in einem weiteren Entscheide vom 9. Dezember 1927 die Rechtsöffnung für die einem Tanzlehrer auferlegte und von ihm nicht bezahlte Bewilligungsgebühr wegen Ungültigkeit der Verordnung vom 20. Mai 1919 verweigert und das Obergericht eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde am 27. Januar 1928 verworfen. Gegen Art. 31 der Bundesverfassung verstosse die Tanzlehrerverordnung deshalb, weil das allgemeine Wohl die dadurch eingeführte Beschränkung der Gewerbefreiheit nicht fordere; jedenfalls sei die Konzessionsgebühr in den vorgesehenen und in den vorliegenden Fällen angewendeten Ansätzen unzulässig, indem sie durch ihre Höhe Steuercharakter annehme. Und Art. 4 der Bundesverfassung sei verletzt, weil eine Menge ähnlicher Berufsarten, die vom sittenpolizeilichen Standpunkt aus mindestens ebensowohl Veranlassung zum polizeilichen Einschreiten gäben, so insbesondere der Unterricht in verschiedenen Sportarten nicht der Patentpflicht unterstehen; insbesondere verstosse auch in dieser Beziehung die Auferlegung einer Konzessionsgebühr gegen die Rechtsgleichheit.

C. — Der Regierungsrat von Zürich trägt auf Abweisung der Beschwerde an.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Ob der Regierungsrat mit dem Erlass der angefochtenen Verordnung seine Befugnisse überschritten und in die gesetzgebende Gewalt übergreifen habe, die nach Art. 28 der zürcherischen KV dem Volke unter Mitwirkung des Kantonsrates zusteht, hängt davon ab, ob die Aufstellung allgemeiner Rechtssätze durch diese Verfassungsvorschrift auf allen Gebieten der Gesetzgebung vorbehalten worden sei. Der Regierungsrat verneint dies, indem er in seinen Entscheiden vom 8. September 1927 und 16. Februar 1928 in Anlehnung an die

erwähnte Arbeit von RÜEGG (insbes. S. 62 ff.) für sich eine durch die Unvollständigkeit und langsame Entwicklung der Gesetzgebung geforderte, historisch bedingte, von gesetzlicher Ermächtigung unabhängige provisorische Rechtsverordnungs-kompetenz in Anspruch nimmt, angesichts deren sich nur noch die Frage der Zweckmässigkeit eines solchen Eingreifens stelle, die vom Regierungsrat zu beantworten und für die Tanzlehrerverordnung zu bejahen sei. Es kann dahingestellt bleiben, wie es sich hiemit verhält. Denn jedenfalls lässt sich für das heute in Frage stehende Gebiet der Gewerbe-polizei die in Anspruch genommene Kompetenz in dem Umfange, wie sie durch die angefochtene Verordnung ausgeübt wird, aus Art. 21 der KV und der Stellung des Regierungsrates als oberste Polizeibehörde herleiten, worauf sich dieser denn auch ebenfalls berufen hat. Wenn die erwähnte Verfassungsvorschrift zwar zunächst « die Ausübung jeder Berufsart in Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe » grundsätzlich als frei erklärt, im Anschluss daran dann aber beifügt: « Vorbehalten sind die gesetzlichen u n d p o l i z e i l i c h e n Vorschriften, welche das öffentliche Wohl erfordert », so ist darin die Anerkennung eines selbständigen Verordnungsrechts der Polizeibehörde auf diesem Gebiete eingeschlossen, das in Materien, die allgemein als solche der Polizei angesehen werden, auch praktischen Bedürfnissen entspricht (vgl. hiezú AS 32 I S. 109 Erw. 3). Das Gesetz über das Gewerbewesen vom 9. Mai 1832 steht dieser Annahme nicht entgegen. Art. 1 Satz 2 desselben lautet freilich: « Demzufolge ist jede Art von Handel, von Fabrikation oder von sonstigem erlaubtem Erwerb, wofür nicht durch gegenwärtiges Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme verordnet ist, als ein freies Gewerbe anzusehen, dessen Betreibung Jedem ohne Unterschied gestattet ist; » indessen hat diese Bestimmung schon nach der Entstehungszeit des Gesetzes doch wohl in erster Linie die Beseitigung von Vorrechten

(Gewerbeprivilegien) im Auge, wie sie damals noch bestanden: sodann steht sie, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, wiederum unter dem gleichen Vorbehalt, unter dem im ersten Satz des Artikels die Freiheit des Handels und der Gewerbe allgemein als Grundsatz aufgestellt ist, nämlich: « soweit sie mit dem Wohl der Gesamtbürgerschaft und demjenigen der Handel-, gewerbe- und handwerk-treibenden Klassen vereinbar ist ». So wird Art. 21 KV denn auch in der Abhandlung von SCHURTER, Das Verordnungsrecht im Kanton Zürich S. 19 unten, und von SCHINDLER in der Schw. Jur.-Ztg. Bd. 23, S. 288 aufgefasst. Auch das zürcherische Obergericht hat sich in seinem Urteil vom 29. Juni 1926 dieser Auffassung angeschlossen und ist nur deshalb dazu gekommen, die Tanzlehrerverordnung trotzdem als ungültig zu erklären, weil es die Frage nachprüfte und verneinte, ob das « öffentliche Wohl » es erforderte, die Tanzlehrer konzessionspflichtig zu erklären und sie allgemein einer polizeilichen Kontrolle zu unterstellen. Damit ist nun aber doch wohl eher der kantonale Richter seinerseits über die Schranken seiner Überprüfungs-befugnis hinausgegangen, da die Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit polizeilichen Einschreitens aus Gründen des öffentlichen Wohls in erster Linie den zur Handhabung der öffentlichen Ordnung zuständigen Polizeibehörden zur Beurteilung überlassen bleiben muss und von den Gerichten kaum frei nachgeprüft werden kann. Jedenfalls hat das Bundesgericht in dieser Beziehung sich nur zu fragen, ob die Gründe für die polizeiliche Beschränkung der Ausübung des Tanzlehrergewerbes ernsthaft und an sich geeignet seien, ein polizeiliches Einschreiten zu rechtfertigen. Das ist aber zweifellos der Fall. Im Ent-scheid vom 8. September 1927 führt der Regierungsrat aus, es seien die sich mehrenden Veranstaltungen von öffentlichen Tanzbelustigungen unter der Maske von Repetitionskursen und Schlusskränzchen gewesen, geleitet von zweifelhaften Elementen und unter Beteiligung

des Dirnen- und Zuhältertums, also vor allem gesundheits- und sittenpolizeiliche Erwägungen, die ihn veranlassen hätten, Vorschriften über den Tanzunterricht zu erlassen. Und mit Bezug auf den Bewilligungszwang und die Gebührenpflicht im besondern erklärt er, dass vor Erlass der Verordnung allgemein über die im Tanzunterricht eingerissene Sittenlosigkeit geklagt worden sei und dass man diesen Klagen nur durch Vorschriften über die moralische Eignung der Tanzlehrer habe gerecht werden können. Es handelt sich danach um eine Beschränkung aus wesentlich sittenpolizeilichen Rücksichten, die sich jedenfalls da rechtfertigt, wo Veranstaltungen in Frage stehen, die für jedermann zugänglich sind und so leicht zu andern Zwecken benutzt werden können als zu denen, welchen sie dem Namen nach dienen sollen. Sittenpolizeiliche Erwägungen dieser Art bilden aber einen genügenden Grund, um die Ausübung des Gewerbes an eine vorherige Bewilligung zu knüpfen und deren Erteilung von einer Prüfung der Eignung und Zuverlässigkeit des Bewerbers in Hinsicht auf die Gefahr von Missbräuchen abhängig zu machen. Die Pflicht zur Bezahlung einer Kontrollgebühr sodann steht mit dem Bewilligungszwang in engstem Zusammenhange. Auch sie konnte infolgedessen auf dem Verordnungswege eingeführt werden, soweit man es noch mit einer Gebühr, nicht mit einer Steuer zu tun hat. Das trifft aber hier zu; die Höhe der vorgesehenen Abgabe hebt sie nicht über das für Gebühren zulässige Mass hinaus und auch die Abstufung nach dem Umfange der vorauszusehenden Kontrolle ist zulässig (BGE 53 I S. 482 ff. und die dort erwähnten früheren Entscheide).

2. — Die durch die Bundesverfassung gewährleistete Gewerbefreiheit steht der Einführung einer Patentpflicht und besondern polizeilichen Kontrolle über einzelne Gewerbe nicht entgegen, sobald dafür Gründe des öffentlichen Wohles angeführt werden können (vgl. BURCKHARDT Komm. zur BV S. 269, ferner BGE 38 I 72; 42 I 7, 15 und 127; 46 I 219, 332; 47 I 259; 48 I 274;

285, 457; 49 I 91; 51 I 292; 52 I 225; 53 I 118, 197). Solche Gründe lagen aber hier, wie bereits ausgeführt, vor. Ebensowenig wie der Bewilligungszwang verstösst die Gebührenpflicht gegen Art. 31 der BV, der sogar die Erhebung besonderer Gewerbesteuern zulässt.

3. — Bei der Ausübung der anderen, von den Rekurrenten angeführten Gewerbe haben sich ähnliche sittenpolizeiliche Misstände, wie der Regierungsrat in seiner Vernehmlassung feststellt, bis jetzt nicht ergeben, womit der Vorwurf rechtsungleicher Behandlung entfällt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## IX. INTERKANTONALE AUSLIEFERUNG EXTRADITION ENTRE CANTONS

### 38. Auszug aus dem Urteil vom 9. Juni 1928

i. S. Zürich gegen Bern.

Bundesgesetz betr. die Auslieferung unter den Kantonen vom 24. Juli 1852. Verhältnis von Art. 1 Abs. 2 zu Art. 4 Abs. 2. Auslegung der letzteren Vorschrift. Begriff der Mitschuld im S. derselben. Anwendbarkeit auch, wenn die ganze verbrecherische Tätigkeit, neben der « Haupthandlung » auch die Nebenhandlungen der übrigen Teilnehmer im ersuchenden Kanton vor sich gegangen sind. « Mitschuld »-Verhältnis speziell bei den Vergehen des leichtsinnigen oder betrüghchen Bankerotts, wenn der in Konkurs geratene Schuldner eine juristische Person ist, in bezug auf die verfolgten Gesellschaftsorgane. Einwendung des Niederlassungskantons, der selbst die Strafverfolgung gegen einzelne Teilnehmer übernehmen will, dass der ersuchende Kanton zur Verfolgung dieser Vergehen nicht zuständig sei, weil die Strafhoheit in bezug darauf nach Bundesrecht und dem eigenen Strafrecht des ersuchenden Kantons ausschliesslich dem Kanton der Konkurseröffnung und nicht demjenigen des Ortes, wo die Bankerott-handlungen vorgenommen worden sind, zustehe.