

sangallese domiciliati nel cantone, esclusi gli avvocati detentori d'una patente rilasciata da un altro cantone, non è contraria al principio dell'eguaglianza davanti alla legge (consid. 3 e 4).

III. AUSÜBUNG DER WISSENSCHAFTLICHEN BERUFSARTEN

EXERCICE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

57. Urteil vom 18. Dezember 1947 i. S. Schaffhauser und Konsorten gegen Gerevini und Konsorten und Kassations- gericht des Kantons St. Gallen.

*Oeffentliche Beurkundung, Freizügigkeit der wissenschaftlichen
Berufsarten, Gewerbefreiheit* (Art. 4, 31, 33 BV und 5 Üb.-
Best. z. BV).

1. Die öffentliche Beurkundung ist in allen Fällen, also auch wenn sie (nichtbeamteten) Notaren oder Anwälten übertragen ist, eine amtliche Funktion und steht daher nicht unter dem Schutz der Garantie der Gewerbefreiheit und der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten (Erw. 2).
2. Das st. gallische EG z. ZGB, das zur öffentlichen Beurkundung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen neben gewissen Beamten auch den « im Kanton wohnhaften Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes » zuständig erklärt und damit die Anwälte mit ausserkantonalem Patent ausschliesst, verstösst nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit (Erw. 3 und 4).

*Rédaction des actes authentiques, libre exercice des professions
libérales, liberté du commerce* (art. 4, 31, 33 Cst. et 5 Disp. trans.
Cst.).

1. La rédaction des actes authentiques constitue toujours une fonction officielle, même lorsqu'elle est confiée à des notaires (non fonctionnaires) ou à des avocats; l'exercice de cette activité n'est donc pas au bénéfice des garanties de la liberté du commerce et du libre exercice des professions libérales (consid. 2).
2. La loi st-galloise d'introduction du Code civil, qui autorise à recevoir des testaments publics et des pactes successoraux, outre certains fonctionnaires, les titulaires du brevet d'avocat st-gallois domiciliés dans le canton, à l'exclusion des avocats porteurs d'un brevet délivré par un autre canton, n'est pas contraire au principe de l'égalité devant la loi (consid. 3 et 4).

*Redazione degli atti pubblici, libero esercizio delle professioni liberali
libertà di commercio* (art. 4, 31, 33 CF e 5 delle Disp. trans. CF).

1. La redazione degli atti pubblici è sempre una funzione ufficiale, anche se è affidata a notai (non funzionari) o ad avvocati. Una siffatta attività non è garantita dalla libertà di commercio né dal libero esercizio delle professioni liberali (consid. 2).
2. La legge sangallese di applicazione del codice civile che autorizza a ricevere testamenti pubblici e patti successori non solo certi funzionari ma anche i titolari della patente d'avvocato

(*Tatbestand gekürzt.*)

A. — Das st. gallische EG z. ZGB vom 16. Mai 1911 bestimmte in

« Art. 36. Für die öffentliche Beurkundung ist zuständig :

.....

5. der im Kanton wohnhafte Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes in den Fällen von
ZGB 499 (öffentliche letztwillige Verfügung)
» 512 (Erbvertrag)

Art. 109. Die öffentlichen letztwilligen Verfügungen und Erbverträge können ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Verfügenden vor jedem st. gallischen Bezirksammann, Gemeindeammann, Gemeinderatsschreiber oder im Kanton wohnhaften Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes errichtet werden. »

Bei der Revision vom 22. Juni 1942 wurde der Ziff. 5 des Art. 36 beigefügt : « OR 522 Abs. 1 (Verpfändungsvertrag) ». Im übrigen wurde der Wortlaut der beiden Bestimmungen (nach der neuen Numerierung Art. 15 Ziff. 5 und Art. 78) nicht geändert.

B. — Dr. X., wohnhaft in Y. (St. Gallen), besitzt das Anwaltspatent des Kantons Schwyz. Auf sein Gesuch hat ihm das Kantonsgericht St. Gallen am 16. Februar 1932 bescheinigt, dass er auf Grund von Art. 5 Üb.-Best. z. BV und Art. 1 lit. a des st. gallischen Anwaltsreglements von 1901 berechtigt sei, den Anwaltsberuf im Kanton St. Gallen auszuüben.

Am 12. November 1937 beurkundete Dr. X. eine von Johann Schaffhauser gemäss Art. 501 ZGB errichtete öffentliche letztwillige Verfügung. Darin setzte der Erblasser seine Schwester Verena Schaffhauser zugunsten seiner Ehefrau Agatha Schaffhauser-Angehrn auf den Pflichtteil, schloss die Nachkommen zweier vorverstorbenen Schwestern von der Erbfolge aus, vermachte seiner Pflegetochter Elisabeth Keller-Angehrn Fr. 50,000.— unter

Vorbehalt der Nutzniessung der Ehefrau und setzte schliesslich eine Reihe kleinerer Vermächtnisse aus.

Nachdem Johann Schaffhauser am 11. Januar 1946 gestorben war, erhoben seine Schwester und die Nachkommen der vorverstorbenen Schwestern gegen Agatha Schaffhauser-Angehern und Elisabeth Keller-Angehern Klage auf Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügung. Die Beklagten verkündeten Dr. X. den Streit, und dieser nahm auf ihrer Seite am Verfahren teil.

Durch Urteil vom 11. Juli 1946 schützte das Kantonsgericht St. Gallen die Klage, da Dr. X. das st. gallische Anwaltspatent nicht besitze und daher nicht befugt gewesen sei, eine öffentliche letztwillige Verfügung zu beurkunden. Den Erwägungen dieses Urteils ist zu entnehmen: Art. 499 ZGB lasse den Kantonen in der Bezeichnung der zuständigen Urkundsperson volle Freiheit. Der Kanton St. Gallen habe neben gewissen Beamten auch die im Kanton wohnhaften Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes zuständig erklärt. Wer Inhaber eines solchen Patentes sei, ergebe sich aus dem Anwaltsreglement von 1901. In diesem werde das *Anwaltspatent*, das auf Grund einer im Kanton St. Gallen abgelegten Prüfung erteilt werde, klar unterschieden von der *Bewilligung* zur Ausübung des Anwaltsberufs, die nach Art. 5 Üb.-Best. z. BV den Inhabern von Anwaltspatenten anderer Kantone ausgestellt werde. Diese Unterscheidung sei sachlich gerechtfertigt, weil der Kanton durch die Erteilung des Patentes eine « vermehrte Verantwortung zum mindesten moralischer Natur übernehme, die einzugehen ihm bei der Erteilung der blossen Bewilligung zweifellos fernlag und auch nicht zugemutet werden könnte ». Da Art. 36 Ziff. 5 bzw. Art. 109 EG z. ZGB klar sei, bedürfe er keiner Auslegung und bestehe auch kein Grund, auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen. Aus dem gleichen Grunde seien die Einwendungen der Beklagten gegen die Angemessenheit und Zweckmässigkeit der streitigen Regelung unbehelflich. Diese verstosse auch nicht gegen die

Art. 31, 33 BV und 5 Üb.-Best. z. BV, denn gestützt hierauf könne der Anwalt nicht mehr als die Ausübung des Anwaltsberufes beanspruchen. Wer eine öffentliche letztwillige Verfügung beurkunde oder sonst eine öffentliche Urkunde ausstelle, erfülle aber eine öffentliche Aufgabe, die nicht zu der durch jene Bestimmungen allein gewährleisteten privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Anwalts gehöre. Dass der Kanton St. Gallen kein Notariat kenne, wie es in andern Kantonen bestehe, sei bedeutungslos; indem er neben gewissen Beamten auch die Inhaber des st. gallischen Anwaltspatentes zur öffentlichen Beurkundung im Sinne von Art. 499 ZGB zuständig erklärte, habe er ihnen eine Kompetenz mit amtlichem Charakter verliehen, die Erfüllung einer dem Staate zukommenden Aufgabe übertragen.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht des Kantons St. Gallen am 26. April 1947 abgewiesen.

C. — Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde beantragen Agatha Schaffhauser-Angehern und Elisabeth Keller-Angehern sowie Dr. X., das Urteil des Kassationsgerichtes sei wegen Verletzung der Art. 4, 31, 33 BV und 5 Üb.-Best. z. BV aufzuheben. Zur Begründung wird im wesentlichen geltend gemacht:

a) Die dem Anwalt nach Art. 36 EG z. ZGB zustehende Beurkundung öffentlicher Testamente gehöre zur Anwalts-tätigkeit. Da der Kanton St. Gallen das Notariat nicht kenne, und die Anwälte nicht wie Beamte vereidigt werden (Art. 107 KV), fehle jeder Anhaltspunkt dafür, dass es sich dabei um eine notarielle, amtliche Tätigkeit handle. Die gegenteilige Auffassung stehe im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte des Art. 36 EG z. ZGB und sei willkürlich.

b) Gehöre somit die Beurkundung öffentlicher Testamente im Kanton St. Gallen zur Anwaltstätigkeit, so verletze das angefochtene Urteil die Art. 31, 33 BV und 5 Üb.-Best. z. BV, nach denen jeder Kanton gehalten sei,

dem Inhaber ausserkantonaler Fähigkeitsausweise die Ausübung des Anwaltsberufs im gleichen Umfange zu gestatten, in welchem seine Gesetze diese Berufsart anerkennen und zulassen.

c) Das Kassationsgericht nehme an, durch die Übertragung der Zuständigkeit zur Beurkundung öffentlicher Testamente habe der Gesetzgeber die Inhaber des st. gallischen Anwaltspatentes privilegieren wollen. Wenn dies richtig wäre (was bestritten werde), so würde dieses gänzlich unbegründete Privileg gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) verstossen. Das Kantonsgericht übernehme bei der Erteilung des kantonalen Anwaltspatentes keineswegs eine grössere Verantwortung als bei der Bewilligung der Berufsausübung auf Grund von Art. 5 Üb.-Best.z.BV. Der einzige Unterschied sei, dass der Entzug der Bewilligung den Anwalt nicht hindere, seine Tätigkeit in einen andern Kanton zu verlegen; doch dafür sei nicht das Kantonsgericht, sondern der andere Kanton verantwortlich.

D. — Das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen hat sich zur Beschwerde nicht geäußert.

Die Beschwerdebeklagten beantragen Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Das Eintreten auf die Beschwerde kann nicht gestützt auf Art. 84 Abs. 2 OG wegen Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht (Art. 43 ff. OG) abgelehnt werden. Obwohl die Gültigkeit einer öffentlichen letztwilligen Verfügung im Sinne von Art. 499 ff. ZGB streitig ist und der Streitwert Fr. 4000.— übersteigt, ist die Berufung ausgeschlossen, da die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung davon abhängt, ob bei der Errichtung eine dafür zuständige Urkundsperson mitwirkte, was sich ausschliesslich nach kantonalem Recht beurteilt (vgl. BGE 59 II 8).

2. — Mit der Beschwerde aus Art. 31, 33 BV und 5

Üb.-Best.z.BV, zu der neben Dr. X. auch die Beschwerdeführerinnen Schaffhauser und Keller legitimiert sind (vgl. BGE 59 I 199 Erw. 1), wird geltend gemacht, dass die Beurkundung öffentlicher letztwilliger Verfügungen nach st.gallischem Recht Teil der Anwaltstätigkeit sei und daher auf Grund jener Verfassungsbestimmungen auch den (im Kanton wohnhaften) Inhabern ausserkantonaler Anwaltspatente zustehe. Unter dem Schutz der Garantie der Gewerbefreiheit und der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten steht indessen die Tätigkeit des Anwaltes nur, wenn und soweit sie eine privatwirtschaftliche Tätigkeit darstellt und nicht als Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, als Amtstätigkeit zu betrachten ist (vgl. BGE 60 I 15 ff.). Entscheidend ist somit, welchen Charakter die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen nach den massgebenden Vorschriften hat.

Die öffentliche Beurkundung, die nach dem ZGB und OR Gültigkeitserfordernis zahlreicher Rechtsgeschäfte ist und in der Mitwirkung einer Person öffentlichen Glaubens bei der schriftlichen Festlegung von Willensäusserungen besteht, gehört der sog. freiwilligen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit an (BGE 23 I 487/8, 49 II 435; EGGER, Komm. z. ZGB, Art. 9 N. 8; MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweiz. Privatrecht, ZSR nF. 40 S. 112a). Als solche ist sie eine staatliche Aufgabe, zu deren Erfüllung die Kantone von Bundesrechts wegen verpflichtet und kraft ihrer staatlichen Hoheit befugt sind. Die Bestimmung, in welcher Weise die öffentliche Beurkundung herzustellen ist, hat das Bundesrecht weitgehend den Kantonen überlassen. Insbesondere hat es ihnen, was die Bezeichnung der zuständigen Urkundspersonen betrifft, sowohl bei der öffentlichen Beurkundung im allgemeinen (Art. 55 SchlT z. ZGB) als auch bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen (Art. 499 ZGB) völlige Freiheit gelassen. Die Kantone können nach Belieben Beamte damit betrauen oder aber (nichtbeamtete) Notare oder andere Personen, z. B. Anwälte, als Urkunds-

personen bezeichnen. Da die öffentliche Beurkundung einen Ausfluss der staatlichen Hoheit darstellt, ist die Ausstattung einer Person mit dem öffentlichen Glauben auch dann, wenn es sich nicht um einen Beamten handelt, als Verleihung einer gewissen staatlichen Machtbefugnis zu betrachten, wie das Bundesgericht bereits in BGE 23 I 488 festgestellt hat. Wenn somit der Kanton St. Gallen die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen Anwälten übertragen hat, so üben diese damit nicht eine privatwirtschaftliche Tätigkeit in ihrer Eigenschaft als Anwälte aus. Vielmehr erfüllen sie eine staatliche Aufgabe und versehen, ohne Beamte zu sein, ein öffentliches Amt, ähnlich wie z. B. der Vormund, dessen Aufgabe im ZGB durchwegs als « Amt » bezeichnet wird (vgl. Art. 379 ff., 426, 441 ff.). Da dies aus dem Wesen der öffentlichen Beurkundung folgt, deren Begriff dem Bundesrecht angehört, so kann auch nichts darauf ankommen, dass die im Kanton St. Gallen als Urkundspersonen tätigen Anwälte nicht vereidigt werden. Selbst wenn Art. 107 KV die Vereidigung nicht nur für Behörden und Beamte, sondern für jede Person, die eine staatliche Aufgabe erfüllt, vorschreiben sollte, so würde daraus nur folgen, dass richtigerweise auch die zur Beurkundung öffentlicher Testamente zuständigen Anwälte zu vereidigen wären. Dagegen vermag das Unterlassen der Vereidigung nichts zu ändern am Wesen der öffentlichen Beurkundung. Diese ist in allen Fällen eine amtliche Funktion. Ein Anspruch auf Übertragung einer solchen Funktion aber lässt sich aus der Gewerbefreiheit und damit auch aus der Garantie der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten nicht ableiten (BGE 23 I 486 ff., 60 I 15 ff.).

3. — Nach Art. 36 Ziff. 5 und 109 st.gall. EG z. ZGB ist zur öffentlichen Beurkundung letztwilliger Verfügungen auch zuständig « der im Kanton wohnhafte Inhaber eines st.gallischen Anwaltspatentes ». Der angefochtene Entscheid nimmt an, damit seien diejenigen Anwälte, die ihren Beruf im Kanton St. Gallen gestützt auf eine nach

Art. 5 Üb.-Best. z. BV erteilte Bewilligung ausüben, von der Beurkundung letztwilliger Verfügungen ausgeschlossen worden. Diese Auslegung entspricht zweifellos dem Wortlaut. Da das vom Grossen Rat genehmigte Anwaltsreglement von 1901 einen kantonalen Fähigkeitsausweis vorsieht und diesen ausdrücklich als « st.gallisches Anwaltspatent » bezeichnet, beziehen sich jene Bestimmungen offenbar auf die Inhaber dieses st.gallischen Patentes und nicht auf Anwälte mit ausserkantonalem Patent, auch wenn die beiden Patente in Art. 1 einander gleichgestellt sind, denn diese Gleichstellung erfolgt unter Hinweis auf Art. 5 Üb.-Best. z. BV, erstreckt sich also nicht auf eine Tätigkeit, die wie die öffentliche Beurkundung als amtliche zu betrachten ist. Hat aber die angefochtene Auslegung den Wortlaut für sich, so kann sie keinesfalls als willkürlich bezeichnet werden (BGE 31 I 19), und es braucht nicht geprüft zu werden, ob die Entstehungsgeschichte des EG z. ZGB eine andere Auslegung rechtfertigen würde...

4. — Hat demnach das Kassationsgericht Art. 36 Ziff. 5 und Art. 109 EG z. ZGB nicht willkürlich ausgelegt, so kann sich nur noch fragen, ob diese Bestimmungen selbst den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzen und deshalb nicht hätten angewendet werden dürfen, wie die Beschwerdeführer eventuell geltend machen.

Dass die streitige Regelung die Anwälte mit st.gallischem Patent privilegiert, wird im angefochtenen Entscheid ausdrücklich anerkannt. Eine solche Bevorzugung verstösst jedoch nicht notwendigerweise gegen Art. 4 BV, sondern nur dann, wenn sich dafür keinerlei ernsthafte, sachliche Gründe anführen lassen (BGE 38 I 372/3, 61 I 92). Nun hat das Bundesgericht bereits früher entschieden, dass die Kantone befugt seien, aus den Inhabern des kantonalen Anwaltspatentes eine besondere Klasse von Anwälten zu schaffen (BGE 28 I 116). Dieser Entscheid bezog sich auf die Ausübung des Anwaltsberufes, auf die Vertretung der Parteien im Prozess und die Führung

des Titels. Umsomehr muss eine Sonderstellung der Inhaber des kantonalen Patentes zulässig sein, wo die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe wie der öffentlichen Beurkundung in Frage steht. Die Kantone sind grundsätzlich frei in der Aufstellung von Bedingungen für den Zutritt zu öffentlichen Ämtern und Funktionen. So können sie diesen vom Bestehen einer besonderen Prüfung abhängig machen und Personen, die diese Bedingung nicht erfüllen, davon ausschliessen, selbst wenn die Bewerber sich auf andere Weise, z. B. durch eine in einem andern Kanton bestandene Prüfung, über die erforderlichen Fähigkeiten auszuweisen vermögen. Wenn daher ein Kanton die öffentliche Beurkundung Notaren überträgt, d. h. Personen, die ohne Beamte zu sein eine amtliche Funktion ausüben, und für den Zutritt zum Notariat eine besondere Prüfung vorsieht, so verstösst dies weder gegen Art. 31, 33 BV und 5 Üb.-Best. z. BV noch gegen Art. 4 BV (BGE 23 I 489). Die Beschwerdeführer bestreiten das nicht; sie wenden aber ein, der Kanton St. Gallen kenne kein Notariat. Das ist zweifellos unrichtig. Der Kanton St. Gallen hat durch Art. 36 Ziff. 5 und 109 EG z. ZGB ein auf die öffentliche Beurkundung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen (und, seit 1942, von Verpfändungsverträgen) beschränktes Notariat geschaffen und die Ausübung vom Bestehen der kantonalen Anwaltsprüfung abhängig gemacht. Eine solche Bevorzugung der Anwälte mit kantonalem Patent findet sich, gerade in Bezug auf das Notariat, auch in andern Kantonen. So schliesst im Kanton Solothurn die Prüfung als Fürsprecher die (auch für sich allein mögliche) Prüfung als Notar in sich (§ 2 des Prüfungsreglements von 1921) und ist im Kanton Luzern dem Inhaber des luzernischen Anwaltpatentes, ähnlich wie im Kanton St. Gallen, ein beschränktes Notariat übertragen (§ 16 EG z. ZGB), während im Kanton Basel-Stadt diejenigen, die das kantonale Advokaturexamen bestanden haben, von einem Teil der Notariatsprüfung befreit sind (§ 29 des Notariatsgesetzes von 1911). Für diese Bevorzugung des Inhabers des kantonalen

Anwaltpatentes lassen sich sachliche Gründe anführen, und zwar sowohl im allgemeinen als auch in Bezug auf die Regelung im Kanton St. Gallen. Die meisten Kantone legen bei den Urkundspersonen gleichermassen Gewicht auf juristische Kenntnisse und Vertrauenswürdigkeit. Dafür, dass diese Voraussetzungen vorliegen, besteht aber für einen Kanton grössere Gewähr bei Anwälten, die sich der Prüfung durch seine Behörden unterziehen, als bei solchen, denen er die Berufsausübung auf Grund von Art. 5 Üb.-Best. z. BV bewilligen muss. Der st.gallische Gesetzgeber scheint allerdings in erster Linie auf die Vertrauenswürdigkeit abgestellt und aus diesem Grunde die öffentliche Beurkundung zur Hauptsache an Beamte übertragen zu haben. Wenn er daneben für letztwillige Verfügungen und Erbverträge die Anwälte zuständig erklärte, so ging er offenbar davon aus, dass sich bei solchen Beurkundungen häufig schwierigere Rechtsfragen stellen und es dem Erblasser erspart werden sollte, sowohl einen Anwalt als auch einen Urkundsbeamten beizuziehen. Die Beschränkung auf die Anwälte mit dem st.gallischen Patent lässt sich damit rechtfertigen, dass die kantonale Prüfungsbehörde bei diesen die Möglichkeit hat, sich vom Vorhandensein gründlicher Rechtskenntnisse in dem in Frage stehenden Gebiete (Erbrecht, eheliches Güterrecht, öffentliche Beurkundung) zu überzeugen. Auch fällt, was die Vertrauenswürdigkeit betrifft, als besondere Gewähr für einwandfreie Berufsausübung in Betracht, dass die disziplinarischen Befugnisse eines Kantons gegenüber den Inhabern des kantonalen Patentes in ihren Wirkungen weiter gehen als gegenüber Inhabern ausserkantonaler Patente, indem das schärfste Disziplinarittel, der Patententzug, die Berufsausübung in der ganzen Schweiz ausschliesst, während sich der Entzug der Bewilligung auf das Kantonsgebiet beschränkt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.