

nach beiden Richtungen — Abhängigkeit der Gültigkeit der Klausel von derjenigen des Hauptvertrages und Geltung derselben auch für den Prozess über die Rechtsbeständigkeit jenes Vertrages — bereits dieselbe Auffassung vertreten im Urteil vom 23. Juni 1933 in Sachen Brütsch gegen Krick, in einem Falle, der die Auslegung von Art. 2 Ziff. 2 des schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommens betraf und wo es infolgedessen zu diesen Fragen mit freier Kognition Stellung zu nehmen hatte (BGE 59 I S. 223 ff). Ebenso schon früher in dem nicht veröffentlichten Urteile vom 27. Juni 1930 in Sachen Brönnimann gegen Pfister bei einem interkantonalen Gerichtsstandskonflikt aus Art. 59 BV, in dem ihm ebenfalls darüber die freie Kognition zustand. Was für die Prorogation zutrifft, muss aber auch für die mit einem zivilrechtlichen Rechtsgeschäft verbundene Abrede gelten, wodurch für Streitigkeiten aus demselben allgemein die schiedsgerichtliche Erledigung vorgesehen wird. Ein sachlicher Grund, die beiden Arten prozessualer Vereinbarungen insoweit verschieden zu behandeln, ist nicht ersichtlich (s. dazu auch KOHLER, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess S. 178-184).

Ist sogar der Streit über die Gültigkeit des Hauptrechtsgeschäftes als in die Zuständigkeit des Schiedsrichters fallend zu erachten, so muss dies aber noch vielmehr für die andere Einwendung der Dissimulation angenommen werden, wie sie hier vom Rekurrenten erhoben wird, nämlich, dass sich unter der im Verträge vom 13. April 1926 beurkundeten Abtretung der Patente zu vollem Eigentum in Wirklichkeit ein blosses Treuhandverhältnis verborgen habe.

Vgl. auch Nr. 32. — Voir aussi n° 32.

## II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

#### 32. Urteil vom 25. November 1933

##### i. S. Aeberhard gegen Regierungsrat des Kantons Thurgau.

Im Kanton Thurgau, welcher die Ausübung der Hebammentätigkeit zu einem öffentlichen Amt erhoben und den Gemeindehebammen übertragen hat, darf die ausnahmsweise Zulassung von Privathebammen vom Nachweis des Bedürfnisses abhängig gemacht werden.

A. — Frau Rosa Aeberhard-Hänni, seit einiger Zeit wohnhaft in Romanshorn, beabsichtigte, dort neben den beiden Gemeindehebammen als Privathebamme tätig zu sein. Die thurgauischen Behörden, in letzter Instanz der Regierungsrat, verweigerten ihr die hiefür erforderliche Bewilligung. Sie erklärten, dass die thurgauische Gesetzgebung die Hebammentätigkeit grundsätzlich der Gemeindehebamme vorbehalte; daneben könnten allerdings nach § 7 der geltenden Hebammenordnung Privathebammen zugelassen werden; doch müsse dabei im Interesse der Erhaltung eines tüchtigen und ausreichend besoldeten Gemeindehebammenstandes die Bedürfnisfrage geprüft werden; in Romanshorn seien die dortigen beiden Gemeindehebammen bereits ungenügend beschäftigt, und die gleiche Erscheinung treffe man in andern thurgauischen Gemeinden an; deshalb komme die Zulassung von Frau Aeberhard als Privathebamme nicht in Frage.

B. — Gegen den Entscheid des Regierungsrates hat Frau Aeberhard die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen mit dem Antrag:

Er sei aufzuheben und es sei damit der Rekurrentin die Berufsausübung als Hebamme im Kanton Thurgau und speziell in Romanshorn zu bewilligen, bzw. es sei

der Regierungsrat anzuhalten, die Bewilligung nach Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erteilen.

Es wird ausgeführt :

Die Rekurrentin habe eine sorgfältigere Ausbildung erhalten und sie sei für ihren Beruf besser qualifiziert als die thurgauischen Gemeindehebammen. Die Bewilligung sei ihr verweigert worden, um die Gemeindehebammen vor einer unangenehmen Konkurrenz zu schützen. Rechtlich verstosse der Entscheid gegen Art. 31 und 4 BV.

Im Sanitätsgesetz von 1850 finde sich keine Bestimmung, welche die Ausübung des Berufs einer Hebamme der sogenannten Gemeindehebamme reservieren würde. Das Gesetz dürfe daher nicht im Sinne eines Monopols der Gemeindehebamme ausgelegt werden, ganz abgesehen von der Frage, ob dies mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit vereinbar wäre. Aus allen Hebammenordnungen seit 1865 gehe hervor, dass es neben den Gemeindehebammen auch Privathebammen gebe, die vom Sanitätsdepartement patentiert werden können (so auch im Entwurf einer neuen Hebammenordnung, in dessen § 3 vorgesehen sei, dass von der Anstellung einer Gemeindehebamme Umgang genommen werden könne, wenn genügend Privathebammen vorhanden seien). Die Hebamme sei also ein Privatberuf, der neben dem « Amt » der Gemeindehebamme im Kanton immer bestanden habe und anerkannt worden sei. Eine gegenteilige Auslegung des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen wäre willkürlich und würde der jahrzehntelangen Auslegung und Handhabung des Gesetzes widersprechen. Bei dieser Sachlage brauche die Frage nicht weiter untersucht zu werden, ob der Beruf der Hebamme in einem Kanton überhaupt als reines Amt ausgestaltet werden könnte. Ein Interesse hieran bestehe nur solange, als nicht ein gut qualifizierter Berufsstand von Hebammen existiere.

Wenn auch die Verordnung sage, dass das Sanitätsdepartement qualifizierten Personen das Hebammenpatent erteilen « könne », so dürften dabei doch nur solche

Erwägungen massgebend sein, die vor Art. 31 BV standhalten. Das treffe nicht zu für die vom Regierungsrat als entscheidend angeführte Bedürfnisfrage (Schutz der klagenden Gemeindehebammen), die auf dem Boden der Gewerbefreiheit nicht angerufen werden dürfe.

C. — Der Regierungsrat hat die Abweisung der Beschwerde beantragt.

*Das Bundesgericht zicht in Erwägung :*

1. — Wie der Beruf anderer Medizinalpersonen, so ist auch der Hebammenberuf geeignet, ein freies Gewerbe zu sein, das unter dem Schutz des Art. 31 BV steht. Die Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege werden freilich rechtfertigen und verlangen, dass die Ausübung dieses Berufes von einem Befähigungsausweis abhängig gemacht wird. Da es sich aber nicht um einen wissenschaftlichen Beruf handelt (Urteil BASS vom 18. Oktober 1929, Erw. 3 i. f. ; SALIS II Nr. 822 S. 635 f.), folgt die Befugnis der Kantone, einen solchen Befähigungsausweis aufzustellen, nicht aus Art. 33, sondern aus Art. 31<sup>e</sup> BV. Aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit ergibt sich dann, dass abgesehen vom Befähigungsausweis der Beruf der Hebamme der freien Konkurrenz offen steht und dass insbesondere eine Beschränkung nach dem Bedürfnis unzulässig ist (vgl. BGE 47 I 40 ff. ; 57 I 168 ff.).

2. — Die Kantone können indessen den Hebammenberuf zu einem öffentlichen Amt erheben und damit dem Wirkungsbereich der Gewerbefreiheit entziehen. Hiefür mögen zutreffende Gründe des öffentlichen Wohls, d. h. der öffentlichen Gesundheitspflege, sprechen, die Sorge dafür, dass überall, auch den weniger bemittelten Kreisen, tüchtige und erfahrene Hebammen jederzeit zur Verfügung stehen. Diese Gründe sind ohne Frage mindestens ebenso einleuchtend, wie diejenigen, gestützt auf welche bei gewissen andern Berufszweigen die Verleihung in Form eines Amtes als zulässig erachtet wird (BGE 38 I 52 ; BURCKHARDT BV<sup>3</sup> 231 ; für den Hebammen-

beruf hat das Bundesgericht bereits in dem erwähnten Urteil Bass, S. 10, anerkannt, dass er zu einem öffentlichen Amt gemacht werden kann).

3. — Im Kanton Thurgau hat die Hebamme in der Tat den Charakter eines Gemeindebeamten nach der vom Sanitätsgesetz (SG) und den Hebammenordnungen (HO) seit 1865 (die heute geltende, welche diejenige von 1907 nur in bezug auf die Taxen ändert, datiert vom 24. Dezember 1919) getroffenen Ordnung dieses Zweiges des Gesundheitswesens.

Die Hebammen werden von den Gemeinden gewählt aus dem Kreis der tauglichen Personen (SG § 59). Jede Gemeinde von bestimmter Grösse hat eine Gemeindehebamme zu wählen; kleinere Gemeinden haben sich mit angrenzenden zu verständigen (HO § 1). Die gewählten Personen werden nach Verfügung des Sanitätsdepartementes auf öffentliche Kosten ausgebildet (HO § 4); nachher haben sie an Repetitionskursen teilzunehmen, wobei sie Taggelder und Reisegeld erhalten (HO § 9). Die Hebammen beziehen von der Gemeinde eine jährliche Entschädigung, Wartegeld genannt (SG § 59); daneben können sie gewisse Taxen erheben (HO § 14). Sie sind verpflichtet, den Gebärenden in der Gemeinde beizustehen und zwar in erster Linie vor Frauen anderer Gemeinden (SG § 61, HO § 12). Sie haben das Handgelübde für gewissenhafte Ausübung ihrer Pflichten und Befolgung der Vorschriften abzulegen (HO §§ 6, 8). Sie haben eine Präsenzpflicht: sie dürfen sich nicht über 24 Stunden von der Gemeinde entfernen ohne Vorwissen des Gemeindeammanns (HO § 12). Die Gemeindehebamme kann nicht über das 65. Altersjahr hinaus ihren Beruf ausüben; sie wird vorher entlassen, wenn sie untauglich geworden ist oder wegen tadelhaftem Lebenswandel (HO § 15). Im übrigen ist der Rücktritt nur unter erschwerenden Bedingungen gestattet (HO § 16). Die zurückgetretene Gemeindehebamme erhält in der Regel eine Pension (HO § 15).

Diese ganze Ordnung zeigt, dass man es bei der Gemeindehebamme im Kanton Thurgau nicht nur mit einer weitgehenden polizeilichen Regelung eines grundsätzlich freien Berufes, der Verleihung einer gewerblichen Tätigkeit, sondern überwiegend mit einer amtlichen Funktion zu tun hat. An dem ganz überwiegenden öffentlichen Charakter ändert auch der Umstand nichts, dass die Gemeindehebamme für ihre Bemühungen von der Klientin feste Taxen beziehen darf: dass ein kantonaler oder Gemeindebeamter ganz oder zum Teil durch Taxen (Sporteln) entlohnt wird, ist ja eine nicht seltene Erscheinung (die Regelung des Hebammenwesens ist im Kanton Thurgau wesentlich anders als im Kanton Graubünden — Falls Bass —, wo lediglich Wartegeldverträge der Gemeinden oder Krankenkassen mit Hebammen vorgesehen sind).

Nach der thurgauischen Ordnung des Hebammenwesens sind freilich neben den Gemeindehebammen auch Privathebammen vorgesehen, zwar nicht durch das SG, aber die HO seit 1889. Die geltende HO bestimmt:

§ 7: « Personen, welche auf eigene Kosten in einer schweizerischen Hebammenlehranstalt die Hebammenkunst erlernt haben, sowie solche, die anderswo amtlich als Hebammen patentiert wurden und sich über den Besitz der in § 3 vorgeschriebenen Eigenschaften ausweisen, können vom Sanitätsdepartement patentiert werden, wenn ihre Berufsbildung der hier vorgeschriebenen gleichwertig erscheint und durch ein Zeugnis über wohlbestandene Prüfung nachgewiesen ist. »

§ 11 Abs. 2: « Privathebammen haben sich auf eigene Kosten mit allem Vorgeschriebenen zu versehen. »

Neben den Gemeindehebammen können also Privathebammen vorhanden sein, die ihren Beruf nicht als Amt, sondern als Gewerbe ausüben.

4. — Die Frage, ob die Zahl dieser Privathebammen beschränkt werden darf, ist gemäss der Begründung der Beschwerde zunächst nach kantonalem Recht und abgesehen von Art. 31 BV zu untersuchen.

§ 7 HO gibt der Privathebamme, welche die dortigen Voraussetzungen erfüllt, noch keinen Anspruch auf die Bewilligung. Der Wortlaut (« können ») spricht für administratives Ermessen. Als entscheidenden Ermessensgesichtspunkt macht der Regierungsrat die Bedürfnisfrage geltend: eine Privathebamme soll nur zugelassen werden, wenn und soweit das amtlich organisierte kommunale Hebammenwesen den Bedürfnissen nicht genügt.

Eine solche Beschränkung hat in der Tat etwas einleuchtendes. Amtliches System und freies Gewerbe schliessen sich grundsätzlich aus. Es hat keinen Sinn, eine sonst gewerbliche Tätigkeit aus Gründen des öffentlichen Wohls zu einem Amte zu machen, weil mit der Überlassung der Tätigkeit an die freie gewerbliche Konkurrenz den öffentlichen Interessen nicht Genüge geschieht, und dann doch neben der amtlichen Ausübung die freie gewerbliche unbeschränkt zuzulassen. Es mögen Erwägungen dafür sprechen, die eigentliche volle Konsequenz der amtlichen Organisation, den gänzlichen Ausschluss der Privattätigkeit, nicht strikte zu ziehen; aber die Zulassung der letztern kann denn doch nur als eine begrenzte, als eine Art Ergänzung der amtlichen Tätigkeit gemeint sein, da wo eine solche Ergänzung wünschbar ist, nicht aber dort, wo sie mangels Bedürfnisses neben der amtlichen Berufsausübung nicht erwünscht ist. Was speziell das Hebammenwesen anlangt, so wäre die freie Tätigkeit der Privathebammen geeignet, die Gemeindehebammen in ihrer Stellung zu beeinträchtigen, sie tatsächlich von der Berufsausübung zu verdrängen und ihnen dadurch die Möglichkeit zu nehmen, sich durch die Praxis auf der Höhe der Aufgabe zu erhalten.

Vom Standpunkt des kantonalen Rechtes aus ist daher gegen eine solche Auslegung der HO (die übrigens vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang nur auf Willkür nachzuprüfen wäre) nichts einzuwenden.

5. — Die fragliche Beschränkung ist aber auch zulässig auf dem Boden des Art. 31 BV.

Nach der ständigen Praxis der Bundesbehörden ist die Bedürfnisklausel für einen Gewerbebezweig mit der Gewerbefreiheit nicht vereinbar (s. z. B. BGE 47 I 40 ff., 57 I 168 ff., abgesehen vom Wirtschaftsgewerbe, BV Art. 32 quater). Daraus möchte man hier vielleicht schliessen: der Kanton Thurgau ist zwar bundesrechtlich nicht gehalten, neben den Gemeindehebammen Privathebammen zuzulassen; wenn er sie aber überhaupt zulässt, so muss er sie, abgesehen von Beschränkungen im Sinne von Art. 31<sup>e</sup>, unbeschränkt zulassen und er darf die Zulassung namentlich nicht vom Bedürfnis abhängig machen.

Eine solche Folgerung würde aber dem Sinn und Geist der Gewerbefreiheit und der wahren Bedeutung jener die Bedürfnisklausel ausschliessenden Praxis doch nicht gerecht werden. Denn man hat es hier mit einem ganz eigenartigen Verhältnis und Problem zu tun: Gewerbebetrieb neben amtlicher Funktion für die gleiche Verrichtung, womit notwendig die Frage der Grenzziehung verbunden ist. Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass, wie schon bei der Auslegung des kantonalen Rechtes ausgeführt wurde, die private Betätigung neben der amtlichen mehr nur einen Ausnahmecharakter haben kann als eine Art Ergänzung jener. Sie wird damit selber auch in den Kreis und die Ordnung des amtlichen Systems gewissermassen hineingezogen, wobei sich der Bedürfnisgesichtspunkt nach der ganzen Sachlage aufdrängt.

Dabei handelt es sich in Wahrheit gar nicht um eine Regelung und Beschränkung der freien Konkurrenz, als welche die Bedürfnisklausel nach Art. 31 unzulässig erscheint, nicht um eine ungleiche Behandlung von Gewerbebesessenen, von denen die einen durch Ausschluss der andern vom Wettbewerbe begünstigt werden, sondern um die Stellung und Befugnisse von Amtspersonen, die mit ihrer Tätigkeit überhaupt und grundsätzlich ausserhalb des freien gewerblichen Wettbewerbes stehen, im

Verhältnis zu Personen, welche dieselben Verrichtungen gewerbmässig besorgen. Die Beschränkung der Privathebammen nach dem Bedürfnis ist keine wirtschaftspolizeiliche Massnahme, die das Spiel der freien wirtschaftlichen Kräfte im Gebiet eines bestimmten Gewerbes berichtigen soll, sondern eine solche der sanitärischen Fürsorge, die als geboten erscheint, damit die amtliche Organisation des Hebammenwesens ihre Aufgabe richtig erfüllen kann.

Freilich bezweckt auch eine Regelung oder Verfügung, die weitere Gewerbetreibenden vom Betrieb eines Gewerbes ausschliesst, vielfach nicht sowohl den Schutz der Zugelassenen vor störender Konkurrenz, sondern will den Interessen der Allgemeinheit dienen (z. B. Bekämpfung des Alkoholismus beim Wirtschaftsgewerbe, s. auch 57 I 169<sup>1</sup> i. f.). Aber dem Wesen und der Wirkung nach ist es doch eine wirtschaftspolizeiliche Massregel, indem sie im Umfang eines Gewerbes, im Verhältnis der Personen, die Gewerbetreibenden sind oder es werden möchten, die Konkurrenz limitiert und reguliert; es ist ein Eingriff in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte, wobei die eine Gewerbetreibende als begünstigt, die andere als benachteiligt erscheint. Die Beziehung von Amtspersonen und Gewerbetreibenden gehört einem ganz andern Gebiet an. Die Gemeindehebamme wird nicht in einer wirtschaftlichen Stellung, wie sie dem Gewerbetreibenden eignet, sondern in ihrer amtlichen Funktion geschützt. Die Privathebamme freilich wird in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt, aber nicht gegenüber Konkurrenten, sondern gegenüber Amtspersonen. Das Verhältnis beider ist seinem Wesen nach der Wirkung des Art. 31 überhaupt entzogen, sodass die Aufwerfung der Bedürfnisfrage hier nicht aus der Gewerbefreiheit beanstandet werden kann. Wenn ein Kanton bundesrechtlich befugt ist, ein Gewerbe zu einem Amt zu machen und demgemäss die entsprechende Privattätigkeit auszuschliessen, wie das beim Hebammenberuf der Fall ist, muss er folgerichtig auch befugt sein,

die Privattätigkeit nur beschränkt zuzulassen, eben als Ergänzung der amtlichen Tätigkeit und nach Massgabe der neben ihr noch bestehenden Bedürfnisse (vgl. BGE 41 I Nr. 53, wo bei einem Gemeindeelektrizitätswerk die in sachlicher Weise beschränkte Zulassung der Konkurrenz privater Installateure neben demjenigen des Werkes im Interesse eines richtigen Betriebes als zulässig erklärt wurde; s. dagegen BGE 39 I Nr. 33: unzulässige Beschränkung der Zahl der Installateure aus Gründen der Wirtschaftspolizei).

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### 33. Urteil vom 1. Dezember 1933 i. S. Schmid gegen Luzern.

Die Gewerbefreiheit gilt auch für die zu Erwerbzwecken erfolgende Ausübung eines wissenschaftlichen Berufs, z. B. eines Apothekers. — Die Kantone dürfen vorschreiben, dass grundsätzlich einer Apotheke diejenige Person tatsächlich vorstehen müsse, auf deren Namen und Verantwortung sie nach aussen betrieben wird, und daher ein Apotheker eine Filiale nur eröffnen könne, wenn hiefür ein öffentliches Bedürfnis besteht.

A. — Am 31. Januar 1930 hat der Regierungsrat des Kantons Luzern in Ausführung der §§ 22, 32, 34 und 35 des kantonalen Sanitätsgesetzes vom 25. Juni 1923 eine Verordnung über das Apothekenwesen u.s.w. erlassen, die u.a. folgende Bestimmungen enthält:

« § 2. Zur Eröffnung und zur selbständigen Führung einer öffentlichen Apotheke bedarf es der Bewilligung des Militär- und Polizeidepartementes. Sie wird nur an Personen erteilt, welche das eidgenössische Apothekerdiplom besitzen und sich hierüber beim Militär- und Polizeidepartement ausweisen. »

« § 4. Geht eine öffentliche Apotheke durch Kauf oder Verpachtung in andere Hände über, so muss der Über-