

Verletzung der Bundesverfassung keine andern Bestimmungen bestehen als für diejenigen wegen Verletzung der kantonalen Verfassung, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch bei der ersteren in der Regel die vorgängige Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges verlangt werden sollte. Immerhin ist heute nur die Frage zu lösen, ob bei Beschwerden wegen Verletzung der Pressfreiheit die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges erforderlich sei. Gerade hier darf in der Regel dem Rekurrenten gewiß zugemutet werden, daß er sein Recht zuerst bei der zuständigen kantonalen Oberinstanz suche, und nur ausnahmsweise wird von dieser Regel abzugehen sein, so z. B. dann, wenn der Rekurrent die örtliche Kompetenz der betreffenden kantonalen Behörden bestreitet. Dabei hat es freilich die Meinung, daß nur die ordentlichen kantonalen Rechtsmittel vor der Anrufung des Bundesgerichtes ergriffen werden müssen, nicht auch die außerordentlichen Rechtsmittel (wie z. B. die Anrufung des Landrates nach ernerischem Rechte), da ein solcher prozessualer Aufwand mit dem Zwecke, welchem das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges dienen soll, in keinem richtigen Verhältnisse stünde. In der bisherigen Rechtsprechung ist nun freilich in Bezug auf die staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung der Bundesverfassung wiederholt ausgeführt worden, daß hier die vorgängige Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht nötig sei, weil das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege ein solches Erfordernis nicht aufstelle (siehe z. B. BGE 10 S. 187 f.), und es ist speziell bei Beschwerden wegen Verletzung der Pressfreiheit das betreffende Erfordernis abgelehnt worden (vergl. BGE 15 S. 60 Erw. 2; 18 S. 636 Erw. 2 und das Urteil vom 9. Februar 1910 i. S. Dr. Sidler gegen Karl Williger *). Indessen handelte es sich dabei im ersten und dritten der eben erwähnten Fälle um die Anfechtung obergerichtlicher Urteile. Im zweiten Falle aber war Gegenstand der Anfechtung eine prozessuale Auflage der ersten Instanz (die Vorlegung des Manuskriptes des eingeklagten Artikels). Es handelte sich also um einen Nachteil, der nicht mehr hätte gehoben werden

* AS 36 I Nr. 5.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

können, auch wenn nach Ausfällung des Haupturteils und nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges der Prozeß zu Gunsten des Rekurrenten entschieden worden wäre; gerade in diesem Falle war eine ausnahmsweise Zulassung des staatsrechtlichen Rekurses vor der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht ungerechtfertigt, derart, daß auch von der im gegenwärtigen Urteil vertretenen Rechtsauffassung aus nicht anders hätte entschieden werden müssen. Die bisherige Gerichtspraxis kann daher nicht dazu führen, von der als richtig erkannten Rechtsauffassung abzuweichen, und es ist demnach im vorliegenden Falle, in welchem nach der Sachdarstellung beider Parteien eine Weiterziehung ans Obergericht offen gestanden hätte, auf den Rekurs nicht einzutreten.

2. — (Ausführung, daß der Rekurs eventuell materiell un begründet wäre.)

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

V. Derogatorische Kraft des eidgenössischen Rechts. — Force dérogatoire du droit fédéral.

70. Urteil vom 26. Mai 1910 in Sachen Steiner gegen Appellationshof des Kantons Bern.

Berechtigung und Verpflichtung des zweitinstanzlichen Konkursrichters, zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Konkurseröffnung im Momente des erstinstanzlichen Entscheides erfüllt waren, und daher das Konkursbegehren abzuweisen, falls sich ergibt, dass eine vom Schuldner zwar erst vor zweiter Instanz erhobene Einrede (in casu diejenige der Stundung) schon im Momente des erstinstanzlichen Entscheides begründet war. — Verletzung dieses im SchKG implicite enthaltenen Rechtssatzes durch einen Entscheid, in welchem auf Grund des kantonalen Prozessrechtes die nachträgliche Erhebung jener Einrede als unzulässig erklärt wurde. Dadurch begangene Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht.

A. — Der Rekurrent schuldet einer Emma Käser 245 Fr. Für diesen Betrag stellte die Gläubigerin am 9. März 1910 beim Richteramt Narwangen das Konkursbegehren. Nachdem die Parteien auf den 15. März zur Verhandlung über das Klagbegehren vorgeladen worden waren, übersandte der Rekurrent dem Vertreter der Gläubigerin am 14. März eine Abschlagszahlung von 100 Fr., mit dem Ersuchen, es möchte ihm für den Rest Stundung erteilt werden, so daß das Klagbegehren dahinfalle. Der Vertreter der Gläubigerin war mit der Stundung einverstanden, unterließ es jedoch aus Versehen, das Klagbegehren rechtzeitig zurückzuziehen, bzw. dem Richter von der Stundung Kenntnis zu geben. Infolgedessen wurde im Termin vom 15. März, an welchem keine Partei vertreten war, über den Rekurrenten der Konkurs eröffnet.

Gegen dieses Erkenntnis ergriff der Rekurrent rechtzeitig die in Art. 174 SchRG und in § 35 des bernischen Einführungsgesetzes vorgesehene Appellation, indem er sich darauf berief, daß wegen der ihm erteilten Stundung die Voraussetzungen der Konkursöffnung am 15. März objektiv nicht vorhanden gewesen seien und daß übrigens die Schuld seither gänzlich getilgt worden sei, weshalb die Gläubigerin mit der Aufhebung des Konkurserkennnisses einverstanden sei. Letztere beiden Behauptungen (betr. gänzliche Tilgung der Schuld in der Zeit zwischen dem erst- und dem zweitinstanzlichen Entscheid und betr. Einverständnis der Emma Käser mit der Aufhebung des Konkurses) entsprachen der Wirklichkeit. Trotzdem erkannte am 16. April 1910 der Appellationshof des Kantons Bern:

1. Dem Konkursbegehren der Emma Käser wird, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, entsprochen und über den Rekurrenten Steiner der Konkurs eröffnet, mit Datum vom 15. März 1910, vormittags 11 Uhr.

2. Dem Rekurrenten Steiner werden die 14 Fr. 20 Cts. betragenden Gerichtskosten auferlegt.

Dieser Entscheid wird damit begründet, daß „zur Zeit der erstinstanzlichen Beurteilung dem Richter keine Tatsachen zur Kenntnis gebracht waren, welche die Begründetheit des Konkursbegehrens hätten in Frage stellen können.“ Neue Tatsachen aber dürfe

der Appellationshof nach konstanter Praxis (vergl. Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver. 28 S. 426, 29 S. 393, 37 S. 160, 43 S. 353, 44 S. 401) nicht berücksichtigen.

B. — Gegen diesen Entscheid richtet sich der vorliegende, rechtzeitig und formrichtig ergriffene staatsrechtliche Rekurs mit den Rechtsbegehren:

Es sei der Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern vom 16. April 1910, wodurch dem Konkursbegehren der Emma Käser entsprochen, über den Rekurrenten Steiner der Konkurs eröffnet und ihm die Gerichtskosten auferlegt wurden, zu kassieren.

Der Rekurs wird damit begründet, daß eine Verletzung der Art. 4 und 64 BB und des Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BB vorliege.

C. — In seiner Vernehmlassung auf den Rekurs hat der Appellationshof des Kantons Bern bemerkt: Die praktische Folge der Ansicht des Rekurrenten wäre die, daß der Schuldner bis zur oberinstanzlichen Beurteilung immer neue Tatsachen und zwar sukzessive anbringen könnte, womit offensichtlich der Trölerie im Konkursverfahren Tür und Tor geöffnet würde. Die erstinstanzliche Beurteilung hätte dann wenig oder gar keinen Sinn mehr.

Der Vertreter der Emma Käser hat vom Rekurse Kenntnis genommen und auf Gegenbemerkungen zu verzichten erklärt.

D. — Über das Konkursöffnungsverfahren enthält das bernische Einführungsgesetz folgende Bestimmungen:

§ 31. Der Gerichtspräsident ist der zuständige Richter in allen Fällen, bezüglich welcher das Bundesgesetz den Gerichten eine Entscheidung oder Verfügung zuweist, sofern nicht durch dieses Gesetz etwas Anderes bestimmt ist.

§ 32. Der Gerichtspräsident erlebigt insbesondere die Begehren und Anträge betreffend:

4. Die Erkennung des Konkurses nach durchgeführter ordentlicher Betreibung (Art. 168 BG) oder ohne vorgängige Betreibung (Art. 190, 191, 192 und 309 BG);

§ 35. In den Fällen des § 32, mit Ausnahme der unter Ziffer 4 angeführten, findet gegen das erstinstanzliche Erkenntnis eine Appellation nicht statt.

Die Appellation gegen Erkenntnisse über die in § 32 Ziff. 4 angeführten Konkursbegehren, sowie gegen Verfügungen des Gerichtspräsidenten in Nachlasssachen muß binnen der Frist von 10 Tagen durch Einreichung der Rekurschrift beim Vektern stattfinden. Die Rekurschrift soll die Gründe der Weiterziehung und die Anträge enthalten, und es sind ihr die in den Händen des Rekurrenten liegenden, als Beweismittel angerufenen Urkunden beizulegen.

Der Gerichtspräsident fordert den Gegner des Rekurrenten auf, binnen 10 Tagen seine Antwort und schriftlichen Beweismittel einzureichen. Nach Ablauf dieser Frist sendet er die Akten mit seinem Bericht an den Appellations- und Kassationshof als obere Instanz ein. Diese Behörde kann über bestrittene Tatsachen weitere Erhebungen anordnen. Sie entscheidet ohne Parteivorträge und teilt das Urteil dem Gerichtspräsidenten zur Kenntnisnahme und Eröffnung an die Parteien mit.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Von einer willkürlichen Anwendung, sei es des kantonalen, sei es des eidgenössischen Rechtes, kann im vorliegenden Falle keine Rede sein. Weber das SchKG noch das kantonale Einführungsgezet enthalten über die Zulässigkeit von Noven im Verfahren vor dem zweitinstanzlichen Konkursrichter eine ausdrückliche Bestimmung. Es erscheint daher jedenfalls nicht als willkürlich, wenn der Appellationshof — übrigens im Einklang mit seiner bisherigen Praxis — jene in der Literatur bestrittene Frage (vergl. Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 2 zu Art. 171, Anm. 4 zu Art. 174; Jaeger, Anm. 7 zu Art. 174; Leemann, Die Konkursgründe nach dem SchKG, S. 34) im Sinne des Ausschlusses aller Noven entschieden hat; dies umso weniger, als nach den für den ordentlichen Zivilprozet geltenden Normen des bernischen Prozetrechtes die Anbringung von Noven in der obern Instanz in der Tat ausgeschlossen ist.

2. — Eine andere Frage ist es, ob nicht der Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht verletzt sei.

Das SchKG enthält zwar, wie bereits bemerkt, über die Frage der Zulässigkeit von Noven im Konkursöffnungsverfahren keine

ausdrückliche Bestimmung, und es läßt sich auch aus dem in Art. 174 gebrauchten Ausdruck „Berufung“ (französisch: *peut être déférée*; italienisch: *si può ricorrere*) weder in der einen noch in der andern Richtung ein zwingender Schluß ziehen. Es könnte daher naheliegend erscheinen, die Entscheidung dieser Frage als dem kantonalen Recht überlassen zu betrachten; dies umso mehr, als ja das Bundesgezet in Art. 25 die Regelung des „summarischen Prozetverfahrens betreffend . . . Konkursbegehren“ ausdrücklich den Kantonen anheimstellt.

Indessen ist aus den Art. 168 und 171, sowie überhaupt aus der Natur des Konkursöffnungsverfahrens, zu schließen, daß es sich hier nicht um einen gewöhnlichen, bloß rascher durchzuführenden Zivilprozet handelt, sondern daß dieses Verfahren, welches vom Bundesgericht schon in anderm Zusammenhange als ein vom ordentlichen Zivilprozet abweichendes Verfahren charakterisiert wurde (vergl. US 19 S. 758 i. f. Erw. 3), in höherem Grade, als der ordentliche Zivilprozet, von öffentlichrechtlichen Grundsätzen und in geringerem Maße, als jener, von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird. Insbesondere ergibt sich dies aus der Vorschrift des Art. 171, daß das Gericht „auch in Abwesenheit der Parteien“ zu entscheiden habe, in Verbindung mit der Bestimmung des Art. 168, daß es den Parteien freistehe, vor Gericht zu erscheinen oder nicht. Mit diesen Bestimmungen ist nicht etwa gesagt, daß bei unentschuldigter Abwesenheit einer Partei die tatsächlichen Anbringen der Gegenpartei als anerkannt zu gelten hätten — ein Satz, welcher sich allerdings in den meisten Zivilprozetordnungen findet —, sondern es wird im Gegenteil dem Konkursrichter zur Pflicht gemacht, die Voraussetzungen des Konkurses von Amtes wegen zu prüfen und, sofern sie nicht erfüllt sind, bzw. sofern „einer der in den Artikeln 172 und 173 erwähnten Fälle vorliegt“ (vergl. Art. 171 Satz 2), das Konkursbegehren abzuweisen, auch wenn z. B. ein bezüglichlicher Antrag in der Verhandlung nicht gestellt wurde oder der Schuldner gewisse ihm zustehende Einreden, über deren Begründetheit keine Zweifel bestehen können, zu erheben unterlassen hat. Diese Lösung steht denn auch allein im Einklang mit der Natur des Konkurses als einer für sämtliche Gläubiger verbindlichen Universalerektion,

deren Durchführung das Tätigwerden zahlreicher staatlicher Organe erfordert und welche daher nicht von dem zufälligen Umstände abhängig gemacht werden sollte, ob im Momente der erstinstanzlichen Verhandlung ein tatsächlich vorhandenes Konkurshindernis dem Richter von den Parteien mitgeteilt worden war oder nicht. Es besteht in der Tat keinerlei öffentliches Interesse an der Durchführung eines Konkurses, welcher, wie im vorliegenden Falle, nur infolge eines Mißverständnisses eröffnet wurde.

Nach dem Gesagten ist beim Mangel einer entgegensehenden Vorschrift des Bundesgesetzes anzunehmen, daß nicht nur der erstinstanzliche Richter im Falle des Ausbleibens des Schuldners allfällig ihm sonst bekannte Konkurshindernisse zu berücksichtigen hat (vergl. Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 2 zu Art. 171), sondern daß auch der zweitinstanzliche Richter solche Konkurshindernisse, falls der erstinstanzliche Richter infolge des Richterscheidens der Parteien keine Kenntnis davon erhalten hatte, seinerseits zu berücksichtigen berechtigt und verpflichtet ist; m. a. W. es hat der zweitinstanzliche Richter seinen Entscheid nicht davon abhängig zu machen, ob der erstinstanzliche Entscheid nach den Angaben, die die Parteien dem Richter gemacht oder nicht gemacht hatten, subjektiv gerechtfertigt war, sondern er hat zu untersuchen, ob im Momente der erstinstanzlichen Verhandlung das Konkursbegehren objektiv begründet war, d. h. ob damals die Voraussetzungen der Konkursöffnung tatsächlich erfüllt waren. Nur wenn letzteres der Fall ist, darf ein auf Konkursöffnung lautendes Erkenntnis des erstinstanzlichen Richters von der zweiten Instanz bestätigt werden.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der zweitinstanzliche Richter auch allfällig nach dem erstinstanzlichen Urteile eingetretene, an sich konkurs hindernde Tatsachen im Sinne der Art. 172 und 173 SchRG, wie z. B. im vorliegenden Falle die zwischen beiden Entscheiden erfolgte gänzliche Tilgung der Forderung des betreibenden Gläubigers und das dadurch bewirkte Einverständnis dieses Gläubigers mit der Aufhebung des Konkurses, zu berücksichtigen habe und ob vielleicht in dieser Beziehung ein Unterschied zu machen sei, je nachdem dem erstinstanzlichen Konkurserkennntnis gemäß Art. 174 Abs. 2 aufschiebende Wirkung erteilt wurde oder nicht

(vergl. darüber Jaeger, Anm. 7 zu Art. 174, speziell S. 296 unten; Deemann, Konkursgründe, S. 34). Für die Entscheidung des vorliegenden Falles genügt es vielmehr, festzustellen, daß nach dem Sinn und Geiste des Bundesgesetzes der zweitinstanzliche Richter alle schon im Momente des erstinstanzlichen Entscheides vorhandenen, aber damals vom Schuldner infolge eines Versehens nicht geltend gemachten konkurs hindernden Tatsachen zu berücksichtigen hat, sofern sie wenigstens vor zweiter Instanz geltend gemacht wurden.

Die in der Vernehmlassung des Appellationshofes ausgesprochene Befürchtung, es möchten durch eine solche Praxis der Trölerlei Tür und Tor geöffnet werden, erscheint nicht als begründet. Wohl pflegt es vorzukommen, daß schlecht situierte Schuldner behufs Hinausschiebung einer ihnen nachteiligen Rechtsfolge, wie z. B. gerade des Konkurses, zu trölerhaften Mitteln ihre Zuflucht nehmen; dagegen ist kaum anzunehmen, daß ein Schuldner, welcher unter Aufbietung aller Mittel im letzten Augenblick eine Stundung erlangt hat, die Tatsache dieser Stundung absichtlich vor erster Instanz nicht geltend machen wird, um auf diese Weise ein Konkurserkennntnis herbeizuführen, das er dann selber sofort durch Weiterziehung des Entscheides rückgängig zu machen sucht.

3. — Ist auf Grund der vorstehenden Ausführungen anzunehmen, daß nach einem im SchRG implicite enthaltenen Rechtssatz der zweitinstanzliche Konkursrichter auch solche Tatsachen zu berücksichtigen hat, welche zwar dem erstinstanzlichen Richter nicht bekannt waren, welche aber doch schon im Momente des erstinstanzlichen Entscheides existierten, so muß der vorliegende Entscheid des Appellationshofes wegen Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht aufgehoben werden. Denn es steht außer Frage und ergibt sich u. a. speziell aus den vom Appellationshof in seinem Entscheide zitierten Präjudizien, daß in diesem Entscheide nicht etwa das Bundesgesetz (in rechtsirrtümlicher Weise) ausgelegt worden ist — worauf allerdings der staatsrechtliche Rekurs nicht gestützt werden könnte —, sondern daß das kantonale Prozeßrecht ausgelegt und angewendet werden wollte, in der Meinung, das Konkursöffnungsverfahren unterstehe hinsichtlich

der Frage der Zulässigkeit von Reven ausschließlich dem kantonalen Recht, und der Appellationshof habe in seiner Stellung als Konfuzeröffnungsrichter rein nach den Normen des bernischen Zivilprozesses zu verfahren. Es ist also in der Tat der Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht verkannt und dadurch Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur VB verletzt worden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Refurs wird gutgeheißen und demgemäß der Entscheid des Appellationshofes vom 16. April 1910 aufgehoben.

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Zivilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

71. Arrêt du 14 juillet 1910, dans la cause Debonneville contre Debonneville.

Interprétation de l'art. 8 LF sur l'état civil et le mariage. Compétence exclusive des tribunaux du lieu d'origine pour connaître d'une action ayant trait au droit d'une femme divorcée de porter et d'utiliser dans l'exploitation d'une pension le nom de famille de son mari divorcé.

A. — Par jugement du 8 décembre 1908, le Tribunal de première instance du canton de Genève a déclaré dissous par le divorce le mariage contracté le 3 mars 1893, entre John-Samuel Debonneville, originaire de Gimel, Essertines et Bursinel (Vaud), et Sophie-Henriette Dufrêne.

Dame Debonneville était, durant son mariage, domiciliée à Genève, et depuis le divorce elle a continué à demeurer à Genève. Elle possède un permis d'établissement pour le canton de Genève, commune de Plainpalais, délivré le 10 novembre 1909 sous le nom de « M^{me} Debonneville, Sophie, née Dufrêne, tenant pension, originaire de Gimel, Essertines et Bursinel (Vaud). »

Le 23 avril 1909, le sieur Debonneville a, par acte d'huissier, fait très expresse défense à « M^{me} Sophie-Henriette Dufrêne, sa femme divorcée, domiciliée à Plainpalais, d'avoir