

Si le prononcé présidentiel n'est pas soutenable au regard des textes légaux, il ne l'est pas non plus au point de vue de l'esprit et du système de la procédure civile genevoise. Celle-ci, en effet, exclut tout contrôle du Président du Tribunal et laisse aux parties seules le soin d'introduire les actions en justice dans les causes ordinaires. Et dans les cas exceptionnels où la loi prévoit l'intervention et l'autorisation du Président, cette activité ne s'exerce qu'en vue de la conciliation.

De tout ce qui précède il résulte que le Président du Tribunal de première instance en s'attribuant sans droit la compétence de trancher seul une question qu'il aurait dû laisser arriver devant le Tribunal, a commis un déni de justice auquel le Tribunal fédéral doit mettre fin. Le premier moyen de recours étant fondé, l'annulation de la décision attaquée s'impose sans qu'il y ait lieu d'entrer en matière sur le second moyen du recours pris de ce que les motifs sur lesquels le Président a basé son refus seraient arbitraires. Il suffit de remarquer que la question de savoir si le recourant Borsetti est recevable à former une action en divorce devant les tribunaux genevois appelle un examen approfondi et demeure réservée aux juges du fond.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis. En conséquence l'ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Genève, du 4 octobre 1911, refusant de donner suite à la demande du recourant et d'ouvrir la procédure en divorce est annulée.

2. Urteil vom 7. März 1912 in Sachen Müller gegen Ersparniskasse Uri und Baumann.

Art. 178 Ziff. 3 OG: Die Frist für die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegenüber einem mit der kantonalen Kassationsbeschwerde angefochtenen Urteile läuft erst von der Eröffnung des kantonalen Kassationsurteiles an. — Keine Rechtsverweigerung ist es, wenn im ernerischen Rechtsöffnungsverfahren die vom Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Bevollmächtigung des Vertreters des Klägers deswegen unberücksichtigt gelassen wird, weil sie nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache als Vorfrage geltend gemacht wurde. — Darin, dass dem Beklagten ohne gesetzliche Grundlage eine Prozesskaution auferlegt und dass er wegen Nichtleistung der Kaution von der Verteidigung ausgeschlossen wird, liegt eine formelle Rechtsverweigerung.

A. — Der Rekurrent wurde von den Rekursbeklagten auf Grund von Verlustscheinen aus Konkurs betrieben und erhob in beiden Betreibungen Rechtsvorschlag. Die Rekursbeklagten stellten darauf bei der Gerichtskommission des Kantons Uri das Begehren um Rechtsöffnung. In der Verhandlung verlangten sie mittelst einer Vorfrage, daß dem Rekurrenten eine Kaution für die Kosten auferlegt werde. Dieses Begehren wurde gutgeheißen und der Rekurrent gestützt auf die Verlustscheine unter Hinweisung auf zwei Erkenntnisse der Gerichtskommission vom 16. Dezember 1910/16. Januar 1911 zur Hinterlegung eines Betrages von 50 Fr. verpflichtet.

Die beiden erwähnten Entscheide heißen im Dispositiv zwei Rechtsöffnungsgefuche der Ersparniskasse Uri gegen den bevormundeten Dr. Alban Müller teilweise gut. In der Begründung des ersten Entscheides Nr. 210 wird folgendes ausgeführt: Der Schuldner werde, gestützt auf § 27 litt. f urn. ZPO und unter Hinweisung auf ein freisgerichtliches Urteil vom 23. Mai 1910, auf Begehren der Gläubigerin zu einer Kaution von 50 Fr. verpflichtet. Waisenvogt Dom. Epp habe die Erklärung abgegeben, er könne die Kosten nur insofern verbürgen, als er versuchen werde, den Mündel oder den Vogt seiner Gattin zu bestimmen, für die Kosten aufzukommen. In der Begründung des zweiten

Entscheides Nr. 211 wird einfach bemerkt, daß das Waisenamt bei der Kostenverbürgung nach Beschluß Nr. 210 behaftet werde. Im Urteil des Kreisgerichtes Uri vom 23. Mai 1910 i. S. Moser gegen Elektrizitätswerk Altdorf, von Rög und Gisler, worauf der Entscheid Nr. 210 hinweist, wird ausgeführt, daß die Beklagten verlangt hätten, es sei dem Kläger Moser eine Kaution aufzuerlegen und daß Moser als Beklagter ein gleiches Gesuch gegenüber von Rög als Kläger gestellt habe, sowie daß gegen die grundsätzliche Auferlegung einer Kaution keine Einwendungen erhoben worden seien. Demgemäß wurde in diesem Falle den Klägern Moser und von Rög ein Kostenvorschuss auferlegt.

Der Rekurrent erhob, nachdem der Vertreter der Rekursbeklagten das Rechtsöffnungsbegehren begründet hatte, seinerseits die Einwendung, der Vertreter habe keine Vollmacht. Diese Einwendung wurde aber wegen Verspätung nicht berücksichtigt. Da der Rekurrent sodann die ihm auferlegte Kaution nicht leistete, entzog ihm die Gerichtskommission das Wort und wies die Akten, die er vorlegen wollte, zurück. Die Rechtsöffnung wurde hierauf mit Entscheid vom 9. Oktober / 13. November 1911 bewilligt, ohne daß sich der Rechtsöffnungsbeklagte hätte verteidigen können.

Eine vom Rekurrenten hiegegen ergriffene Kassationsbeschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Uri mit Entscheid vom 22. November 1911 mit folgender Begründung abgewiesen: Der Rekurrent hätte „von Anbeginn der Rechtsöffnungsverhandlung“ vom Anwalt der Rekursbeklagten Vorlegung der Vollmacht verlangen sollen. Nach dem Vortrag dieses Anwaltes sei die „Einrede bezw. Vorfrage“ der mangelnden Bevollmächtigung verspätet gewesen. Die Gerichtskommission sei nach der Gerichtspraxis, wie sich aus deren Entscheiden vom 16. Dezember 1910 / 16. Januar 1911 und dem Erkenntnis des Kreisgerichtes Uri vom 23. Mai 1910 ergebe, berechtigt gewesen, dem Rekurrenten eine Kaution für die Kosten aufzuerlegen. Eine solche Kautionsaufgabe sei als vorsorgliche Maßnahme und zur Vermeidung offenkundiger Trölerie unter Umständen notwendig und geradezu selbstverständlich. Sie sei im vorliegenden Falle gerechtfertigt gewesen, weil der Rekurrent in den Betreibungen trotz der Verlustscheine ohne Begründung Rechtsvorschlag erhoben habe.

B. — Gegen die Entscheide der Gerichtskommission und des Obergerichtes des Kantons Uri hat der Rekurrent am 9. Dezember 1911 den staatsrechtlichen Refurs an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen, diese Erkenntnisse seien aufzuheben und dem Obergericht, eventuell der Gerichtskommission sei eine Ordnungsbüße aufzuerlegen. Er macht eine Verletzung des Art. 4 BB, des Art. 29 urn. RW, der die Rechtsgleichheit garantiert, des Schuldbetreibungsgesetzes und des § 27 litt. c und f urn. ZPD geltend, indem er zur Begründung folgendes ausführt: Die in den angefochtenen Entscheiden enthaltene Auslegung des § 27 ZPD sei widersinnig. Nirgends komme es vor, daß der Beklagte eine Kaution für die Prozeßkosten leisten müsse. Die Gerichtspraxis, auf die sich die Entscheide stützen, bestehe nicht. Im Fall Ersparnisasse Uri gegen Dr. Müller habe das Waisenamt keine Einsprache erhoben. Im Fall Moser gegen von Rög sodann seien beide Parteien als Kläger zur Leistung einer Kaution angehalten worden. Was die Nichtberücksichtigung der Vorfrage der mangelnden Bevollmächtigung betreffe, so habe der Rekurrent dem Anwalt der Gegenpartei nicht ins Wort fallen können, da dieser auch eine Vorfrage aufgeworfen habe.

C. — Aus der Refursbeantwortung der Rekursbeklagten, der sich das Obergericht des Kantons Uri angeschlossen hat, ist folgendes hervorzuheben: In Rechtsöffnungssachen sei der staatsrechtliche Refurs gegen den Entscheid des Rechtsöffnungsrichters zu richten. Dieser sei am 9. Oktober eröffnet worden und der Refurs daher verspätet. Die Beschwerde sei aber auch materiell unbegründet. Das Rechtsöffnungsverfahren unterstehe nicht durchwegs den Vorschriften der Zivilprozeßordnung. So sei z. B. dabei sowohl das mündliche als auch das schriftliche Verfahren gestattet und es könne das Gericht nicht bloß dem Kläger, sondern auch dem Beklagten eine Kaution für die Kosten auferlegen. Was der Rekurrent in Beziehung auf den Entscheid des Kreisgerichtes Uri vom 23. Mai 1910 behaupte, sei unrichtig. Von Rög sei nicht Kläger gegen Moser gewesen und es sei ihm daher als Beklagten eine Kaution auferlegt worden.

D. — § 27 urner. ZPD lautet:

„Will der Beklagte Rede und Antwort verweigern, so muß er

„diese Weigerung gleich Anfangs der Verhandlung und vor der Erörterung der Klage durch den Kläger geltend machen, hierüber einen richterlichen Entscheid (Beurteil) verlangend.

„Verweigerung der Rede und Antwort (oder Einlässigkeit)
„wird gerechtfertigt entweder:

„c) wegen nicht gehöriger Bevollmächtigung des Klägers;

„f) wegen Nichtverbürgung des Rechts, wenn der Kläger im Kanton keinen festen Wohnsitz hat oder fallit oder ausgepfändet ist.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Rekurs ist auf alle Fälle, auch soweit er sich gegen den Entscheid der Gerichtskommission richtet, rechtzeitig erhoben. Nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts ist eine Rechtsverweigerungsbeschwerde im allgemeinen erst nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges zulässig. Dies gilt auch für die Aufhebung von Entscheiden des Rechtsöffnungsrichters. Die Praxis hat hiefür nie eine Ausnahme gemacht (vgl. *US 29 I S. 4* Erw. 1). Demgemäß konnte der Entscheid der Gerichtskommission erst nach Erledigung der Kassationsbeschwerde mit dem staatsrechtlichen Rekurs wegen Rechtsverweigerung angefochten werden und es lief daher die Rekursfrist erst vom Tage der Eröffnung des obergerichtlichen Urteiles an (*BGE 35 I S. 517*).

2. — Soweit der Rekurrent eine bloße Verletzung des Schuldbetreibungsgesetzes und der umerischen Zivilprozessordnung geltend macht, fällt der Rekurs außer Betracht, da die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 175 Ziff. 3 *OG* nur wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, von Konfordinen und Staatsverträgen erhoben werden kann. Nur insoweit kommen die behaupteten Gesetzesverletzungen in Frage, als der Rekurrent geltend macht, daß sie eine Verletzung der Rechtsgleichheit in sich schließen. Dabei ist indessen nicht zu prüfen, ob etwa eine willkürliche Anwendung des Schuldbetreibungsgesetzes vorliege; denn in dieser Beziehung ist die Beschwerde nicht substantiiert. Der Rekurrent hat es unterlassen, die Bestimmungen dieses Gesetzes, die verletzt sein sollten, anzugeben. Es ist also lediglich zu untersuchen, ob die prozessuale Behandlung des Rekurrenten staatsrechtlich anfechtbar sei, und die Frage, ob die Bewilligung der Rechtsöffnung materiell eine Rechtsverweigerung enthalte, auf der Seite zu lassen.

3. — Darin, daß die Einrede der mangelnden Prozeßlegitimation wegen Verspätung unberücksichtigt geblieben ist, kann nun eine Rechtsverweigerung nicht gefunden werden. Die Annahme, daß der Rekurrent gleich zu Beginn der Verhandlung den angeblichen Mangel der Vollmacht hätte rügen sollen, ist nicht nur nicht willkürlich, sondern entspricht vielmehr dem Wortlaute des § 27 litt. c *urn. ZPO*, wonach eine derartige Vorfrage geltend zu machen ist, bevor zur Hauptsache verhandelt wird. Allerdings kann die buchstäbliche Auslegung dieser Bestimmung, wie sie von der Gerichtskommission gehandhabt wurde, zu Unzukömmlichkeiten führen, die dem Willen des Gesetzgebers kaum entsprechen dürften; allein diese buchstäbliche Auslegung bedeutet keine Willkür, da es dem Rekurrenten immerhin möglich gewesen sein sollte, die Vorfrage der mangelnden Bevollmächtigung vor dem Vortrage des Anwaltes der Gegenpartei zu behandeln oder wenigstens dem Gerichte bei Beginn der Verhandlung, sofern der Gegenanwalt seine Vorfrage zuerst vorbringen mußte, von der Absicht, ebenfalls eine Vorfrage aufzuwerfen, Kenntnis zu geben und vor der materiellen Begründung des Rechtsöffnungsbegehrens das Wort zur Erörterung dieser Frage zu verlangen.

4. — Was die Aussetzung einer Kaution für die Prozeßkosten betrifft, so darf nach der klaren Vorschrift des § 27 litt. f *urn. ZPO* der Beklagte verlangen, daß der fallite K l ä g e r eine solche Kaution leiste. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung in dem Sinne, daß auch der Kläger einen falliten B e k l a g t e n zur Leistung einer solchen Kaution anhalten könne, ist vollständig ausgeschlossen, weil es ohne weiteres klar ist, daß der Grund, aus welchem das Gesetz den Kläger unter Umständen zur Leistung einer Kaution verpflichtet, auf den Beklagten nicht zutrifft. Der Kläger ist in der Hauptsache der Angreifer, er leitet den Prozeß nach seinem Belieben ein und kann also den Beklagten, je nachdem es ihm paßt, zwingen, ihm Rede zu stehen. Der Beklagte befindet sich dagegen in der Verteidigungsstellung, er ist gezwungen, sich in den Prozeß auch dann einzulassen, wenn die Klage unbegründet ist, sofern er nicht Gefahr laufen will, in seinem Rechte beeinträchtigt zu werden. Der hierin liegende Nachteil hat das Gesetz bestimmt, den Beklagten unter gewissen Voraussetzungen vor der

Gefahr zu schützen, die ihm aus der Einlassung in den Prozeß entstandenen Kosten bei Unbegründetheit der Klage vom Kläger nicht ersetzt zu erhalten. Die offenbare Unzulässigkeit einer analogen Anwendung des § 27 litt. f im Sinne einer Verpflichtung des Beklagten zur Kautionseistung ergibt sich auch aus der Unmöglichkeit, die für den Kläger eintretende Folge der Nichtleistung der Kaution auf diesen Fall analog anzuwenden. Leistet der Kläger die ihm auferlegte Kaution nicht, so wird die Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Dadurch verliert aber der Kläger sein Klagerecht nicht; er kann jederzeit wieder von neuem klagen (vgl. § 28 urn. ZPO). Leistet dagegen der Beklagte eine ihm auferlegte Kaution nicht, so könnte der Prozeß selbstverständlich nicht in bloß formeller Weise erledigt werden, weil dadurch der Kläger, nicht der Beklagte benachteiligt würde. Wenn der Beklagte dagegen, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist, einfach von der Verteidigung ausgeschlossen wird, so geht das weit über die Folge hinaus, die den Kläger bei Nichtleistung einer ihm auferlegten Kaution trifft; eine derartige prozessuale Behandlung kommt in der Regel geradezu der Gutheißung der Klage gleich. Den Beklagten in dieser Weise zu benachteiligen, geht aber nach der urn. Zivilprozeßordnung ebensowenig an, als es zulässig wäre, ihn zu einseitigem Vortrage zuzulassen, wenn der Kläger eine ihm auferlegte Kaution für die Prozeßkosten nicht leistet. Eine Verpflichtung des Beklagten zur allgemeinen Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten ist denn auch eine ganz seltene Erscheinung. Etwas anderes ist es natürlich, wenn er zu einem Vorchuß für die Kosten einer bestimmten von ihm beantragten Prozeßhandlung angehalten wird. In einem solchen Fall befindet er sich eben in der gleichen Lage, wie der Kläger.

5. — Die Annahme des Obergerichtes, daß Kautionsauflagen als vorsorgliche Maßnahmen und zur Vermeidung von Trölerien zulässig seien, ist offenbar haltlos. Die Zivilprozeßordnung enthält keine Bestimmung, wonach die Auferlegung von Kautionen als vorsorgliche Maßregel nach freiem Ermessen des Richters zulässig wäre. Vielmehr zeigt gerade § 27 litt. f ZPO, daß eine Kaution nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen auferlegt werden darf. Ohne gesetzliche Grundlage kann eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung in Gestalt einer vorsorglichen Maßnahme, durch welche

die Rechtsstellung einer Partei im Prozesse in der Weise beeinträchtigt wird, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist, nicht begründet werden. Übrigens dienen vorsorgliche Maßregeln im allgemeinen nur zur Erhaltung des bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustandes. Endlich liegt auch dafür nicht der geringste Anhaltspunkt vor, daß Kautionen zur Vermeidung von Trölerie auferlegt werden dürften. Hiefür müßte wiederum eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein. Dazu kommt, daß über derartige Kautionsauflagen nicht im Vorfrageverfahren entschieden werden könnte, da es in der Regel erst nach der Verhandlung zur Hauptsache möglich wäre, die Frage, ob eine Trölerie vorliege, zu beantworten.

6. — Allerdings ist es richtig, daß, wie die Rekursbeflagten ausführen, das Rechtsöffnungsverfahren nicht durchwegs den Regeln der Zivilprozeßordnung untersteht. Hieraus kann aber unter keinen Umständen die Zulässigkeit der angefochtenen Kautionsauflage abgeleitet werden. Art. 29 urn. GG zum SchKG, der unter dem Titel „Summarisches Verfahren“ die besondern für das Rechtsöffnungsverfahren geltenden, vom ordentlichen Verfahren abweichenden Bestimmungen enthält, lautet: „In den Fällen der Art. 80 bis 84 SchKG werden die Parteien . . . von der Gerichtskommission . . . innert 5 Tagen von der Einlangung des Begehrens an und mindestens 2 Tage vor der stattfindenden mündlichen Verhandlung durch chargiertes Schreiben vorgeladen. Der Entscheid wird den Parteien, mit kurzen Erwägungen versehen, sofort eröffnet und erlangt alsbald Rechtskraft.“ In Art. 30 werden weitere Abweichungen für das Konkursverfahren aufgestellt. Diese Gesetzesbestimmungen können richtigerweise nur so ausgelegt werden, daß im summarischen Prozesse die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens anzuwenden sind, soweit das zitierte Einführungs-gesetz in den Art. 29 und 30 keine Abweichungen vorschreibt. Unter dem Titel „Summarisches Verfahren“ sollte kein vom ordentlichen vollständig unabhängiges, selbständiges Prozeßverfahren aufgestellt werden; sonst hätte die Regelung sich selbstverständlich nicht auf zwei Artikel beschränken können. Da nun Art. 29 l. c keine Bestimmungen über die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten enthält, so muß § 27 litt. f ZPO auch für das Rechtsöffnungsverfahren gelten und es wird denn auch im Rechtsöffnungsentscheid

Nr. 210 der Gerichtskommission Uri vom 16. Dezember 1910 / 16. Januar 1911 auf diese Bestimmung hingewiesen. Selbst wenn dies übrigens nicht der Fall wäre, so bestünde doch keine gesetzliche Vorschrift, wonach der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren zur Kaution für die Prozeßkosten angehalten werden könnte.

7. — Mit Unrecht berufen sich die angefochtenen Entscheide zur Rechtfertigung der Kautionsaufgabe auf eine bestehende Gerichtspraxis. Nach dem Wortlaut der drei zitierten Erkenntnisse vom 23. Mai 1910 und 16. Dezember 1910/16. Januar 1911 bestand in keinem von diesen drei Fällen Streit über die Pflicht zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten; sondern die Parteien haben, wie aus dem Wortlaut der Entscheide zu schließen ist, jeweiligen freiwillig das Begehren der Gegenpartei um Kostenkaution — in dem am 23. Mai 1910 behandelten Fall wenigstens grundsätzlich — anerkannt, so daß in keinem Falle über die prinzipielle Verpflichtung hierzu entschieden, sondern jeweils in Wirklichkeit bloß die Anerkennung der Verpflichtung durch eine Partei festgestellt worden ist. Die Dispositive der beiden Entscheide vom 16. Dezember 1910/16. Januar 1911 enthalten denn auch bloß das Erkenntnis über das Rechtsöffnungsbegehren, und die Kautionspflicht wird nur in der Begründung berührt. Was den freisgerichtlichen Entscheid vom 23. Mai 1910 im besondern betrifft, so steht die Behauptung der Refursbeklagten, von Noß sei als Beklagter zur Kostenversicherung angehalten worden, mit dem Wortlaute dieses Entscheides im Widerspruch. Es ergibt sich somit, daß irgend ein gerichtliches Erkenntnis, worin ausgesprochen wäre, daß der Beklagte unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich zur allgemeinen Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verpflichtet sei, nicht besteht. Demgemäß war es willkürlich, dem Refurrenten eine Kaution für die Prozeßkosten aufzuerlegen. Dessen Ausschließung von der Verurteilung und die Nichtberücksichtigung seiner Beweismittel bildet daher eine formelle Rechtsverweigerung. Infolgedessen sind die angefochtenen Entscheide aufzuheben. Das Rechtsöffnungsverfahren ist von neuem durchzuführen und dabei muß dem Refurrenten das rechtliche Gehör gewährt werden.

8. — Auf das Begehren des Refurrenten, es sei dem Obergericht, eventuell der Gerichtskommission eine Ordnungsbuße auf-

zuerlegen, kann dagegen schon deshalb nicht eingetreten werden, weil dem Bundesgericht keine Disziplinalgewalt in Beziehung auf die kantonalen Gerichte zusteht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der Refurs wird gutgeheißen und demgemäß die Entscheide des Obergerichtes Uri vom 22. November 1911 und der Gerichtskommission Uri vom 9. Oktober 1911 aufgehoben.

2. Auf das Begehren um Auferlegung einer Ordnungsbuße wird nicht eingetreten.

3. Arrêt du 25 avril 1912

dans la cause Mesey contre Commune de Morat.

Viole le droit d'une partie d'être entendu et commet ainsi un déni de justice le Tribunal cantonal qui omet de statuer sur des exceptions sérieuses soulevées par cette partie.

A. — Le 14 octobre 1909, la commune de Morat fit notifier à Hans Mesey, aubergiste au dit lieu, un commandement de payer pour la somme de 1 fr. 50 représentant le montant de deux amendes prononcées contre le débiteur en raison de son absence à deux exercices du corps des pompiers de la commune. Mesey fit opposition.

Le Président du Tribunal du Lac ayant refusé d'accorder la demande de mainlevée présentée par la commune de Morat, celle-ci recourut en cassation, le 3 avril 1911, à la Cour de cassation du canton de Fribourg. Dans sa réponse au recours, Mesey souleva 1° une exception de tardiveté et 2° une exception « d'inadmissibilité » tirée du fait que le recours est contraire à la loi fédérale sur la poursuite. Subsidiairement il conclut au rejet du recours comme mal fondé.

Par arrêt du 13 juin 1911, la Cour de cassation a admis le recours, a annulé l'ordonnance présidentielle du 3 février 1911 et a accordé à la commune de Morat la demande de mainlevée définitive de l'opposition faite par Mesey au com-