

gerische Eigenthum in Anspruch genommen hatte, gänzlich verfallen lassen und ist dadurch das klägerische Haus geschädigt worden; es ist somit Beklagter grundsätzlich allerdings schadensersatzpflichtig.

3. In Betreff der Höhe des Schadensersatzes, so ist in Bezug auf den am klägerischen Gebäude eingetretenen Schaden der Werthung des Experten Königer, welcher denselben resp. die für Herstellung des Gebäudes in seinen frühern Zustand erforderliche Summe auf 6800 Fr. anschlägt, beizutreten. Wenn der Anwalt des Beklagten in seinem heutigen Vortrage ausgeführt hat, diese Schätzung sei zu hoch, da der Experte auch Ansätze in Rechnung gebracht habe, welche gar nicht hieher gehören, wie die Kosten für Erstellung eines neuen Kochherdes, neuer Fenster u. dgl., so ist dies gewiß unrichtig; denn es steht ja fest und ist vom Beklagten selbst rechtzeitig nicht bestritten worden, daß in Folge des Einsturzes eines Theiles der klägerischen Hausmauer die betreffenden bestehenden Anlagen, der bestehende Kochherd u. s. w., in der Art beschädigt wurden, daß sie durch neue ersetzt werden mußten. Dagegen erscheint der klägerische Anspruch auf Entschädigung für einen in Folge der Beschädigung eingetretenen bleibenden Minderwerth des Hauses nicht als begründet. Denn eine solche Entwerthung des Hauses ist nicht eingetreten, jedenfalls nicht nachgewiesen. Wenn nämlich der Experte Königer sich dahin ausspricht, daß die von ihm angenommene Summe von 6800 Fr. genüge, um das Haus in den „früheren Zustand bringen zu können, ohne erhebliche Werthverminderung,“ so hat dies nach dem ganzen Zusammenhange des Gutachtens offenbar keine andere Bedeutung als die, daß die proponirte Summe genüge, um das Haus wieder herzustellen, ohne daß überhaupt eine merkliche, in Ziffern auszudrückende, Werthverminderung eintrete.

4. Was sodann die Entschädigungsforderungen des Klägers für Störung des Wirthschaftsbetriebes, für Beschädigung und Verlust von Gegenständen beim Wegschaffen der Möbel u. s. w., bei der Hochwasserkatastrophe sowie für Verbrauch von Viktualien für die Hülfsmannschaft und Arbeiter anbelangt, so sind, nach den heutigen Erklärungen der Parteien, diese nunmehr

darüber einig, daß deren Höhe durch richterliches Ermessen, ohne weitere Beweisaufnahme, festgesetzt werde. Nun ist nach den Grundsätzen der Erfahrung klar, daß in den genannten Richtungen für den Kläger ein Schaden allerdings eingetreten sein muß. Dagegen mangelt es an bestimmten Anhaltspunkten um dessen Verlauf genau festzusetzen, und es muß somit eine ungefähre Abschätzung ex aequo et bono Platz greifen. Zieht man nun in Betracht, daß eine Störung im Wirtschaftsbetrieb allerdings eingetreten ist, daß aber dieser Betrieb keineswegs ganz hat eingestellt werden müssen, vielmehr die Schenkwirtschaft, welche wohl den wesentlichsten Bestandtheil des klägerischen Gastwirthschaftsbetriebes bildete, fortgesetzt werden konnte, da Schenklokal und Keller nicht zerstört wurden; erwägt man ferner, daß keine Gründe dafür vorliegen, um anzunehmen, es sei ein besonders bedeutender Verlust an Mobilien beim Flüchten desselben eingetreten, oder es seien besonders bedeutende Auslagen für die Hülfsmannschaft nöthig geworden, so erscheint eine Aversalentschädigung von 700 Fr. für die vom Kläger in den angegebenen Richtungen erlittenen Beschädigungen als genügend. Der Gesamtbetrag der dem Beklagten aufzuerlegenden Entschädigung ist mithin auf 7500 Fr. festzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der beklagte Fiskus des Kantons Solothurn ist verpflichtet, dem Kläger eine Entschädigung von 7500 Fr. (siebentaufend-fünfhundert Franken) zu bezahlen; mit seinen weitergehenden Begehren ist der Kläger abgewiesen.

92. Urtheil vom 14. Dezember 1883 in Sachen
Bär gegen Zürich.

A. Gegen Albert Meyer, Kaufmann, von Zürich, wohnhaft in New-York, wurde im Jahre 1881 vom Statthalteramte Zürich eine Strafuntersuchung wegen betrügerischen Bankrottes und Begünstigung von Gläubigern, welche im Jahre 1877

wegen Entweichens des Angeschuldigten sistirt worden war, wieder aufgenommen und es wurde derselbe am 7. Juli 1881 im Kanton Schwyz verhaftet und nach Zürich abgeführt. Am 8. Juli gleichen Jahres wurde Albert Meyer gegen eine durch Bürgerschaft seines Vaters J. J. Meyer zur Kronenhalle und der Klägerin Elise Bär geb. Nieder bestellte Kaution von 60,000 Fr. aus der Untersuchungshaft entlassen. Der betreffende Kautionsschein lautet: „Die Unterzeichneten verpflichten sich hiemit solidarisch „für Albert Meyer von New-York die Summe von sechzigtausend „Franken an die Staatskasse Zürich zu bezahlen, wenn der Ge- „nannte sich nicht auf jeden an ihn ergangenen Ruf, sei es vor „Untersuchungsrichter, vor Gericht, oder zur Erstehung einer all- „fälligen Strafe stellen sollte.“

B. Durch erstinstanzliches Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. März 1882 wurde Albert Meier, nachdem die Strafuntersuchung wegen betrügerischen Bankrottes gegen ihn fallen gelassen, dagegen Anklage wegen „Begünstigung von Gläubigern“ erhoben worden war, des letzteren Vergehens im Betrage von 197,000 Fr. als schuldig erklärt und zu einem Jahre Gefängniß verurtheilt. Die Civilansprüche der Damnisfikaten, welche sich dem Strafverfahren angeschlossen hatten, nämlich der Firmen Honegger & Lavater, S. Rüttschi & Cie. in Zürich, Kägi, Fierz & Cie. in Rüschnacht und J. Schultheß & Cie. in Zürich, wurden an den Civilrichter gewiesen, dagegen Albert Meyer zu einer Prozeßenschädigung an Honegger & Lavater und S. Rüttschi & Cie. verurtheilt. Einem Begehren der Damnisfikaten um sofortige Verhaftung des Angeschuldigten wurde vom Gerichte „angesichts des Kautionsscheines, welcher bis zum Antritte der Strafe wirksam ist,“ keine Folge gegeben; aus demselben Grunde wurde auch das vom Angeklagten gestellte Verlangen um Aushängabe des Kautionsscheines und seines Passes abgewiesen.

C. Gegen dieses Urtheil erklärte der Bertheidiger des Albert Meyer, Dr. Zucker in Zürich, sofort die Appellation an die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes. Am 17. März 1882 richtete Dr. Zucker im Fernern eine Eingabe an die Appellationskammer, in welcher das bezirksgerichtliche Urtheil und die gegen

dasſelbe ergriffene Berufung erwähnt und ſodann mitgetheilt wird, daß Albert Meyer durch Bürgſchaft des J. J. Meyer und der Frau Bär geb. Nieder eine Kaution von 60,000 Fr. geſtellt habe, worauf die Eingabe fortfährt: „Nunmehr hat ſich geſtern Albert Meyer vor Gericht geſtellt und er wird ſich auch vor der zweiten Inſtanz ſtellen, ſofern er nicht krankheits halber an dem Erſcheinen verhindert ſein ſollte. Dagegen verlangen jetzt die beiden Bürgen ihre Kaution von 60,000 Fr. zurück, ſind dagegen bereit, jederzeit eine neue, reduzirte Kaution zu leiſten, die ich denſelben hiemit in einer fixen Summe zu beſtimmen bitte. Dieſe Summe dürfte den Betrag von 5000 Fr. jedenfalls nicht überſteigen, aber wenn heute die Kaventen die übermäßige Kaution von 60,000 Fr. zurückverlangen, ſo wird man dies gewiß ſehr begreiflich finden.“ Am 11. April 1882 beſchloß indeß die Appellationskammer, „das Geſuch des Anwaltes des Albert Meyer, Advokat Dr. Zucker, um Reduktion der vom Angeklagten geleifteten Kaution von 60,000 Fr. werde abgewieſen.“

D. Zur Verhandlung der Sache in zweiter Inſtanz wurde Albert Meyer gemäß einem Beſchlusse der Appellationskammer vom 29. April 1882, nachdem vorher mehrfache Vertagungen der Verhandlung ſtattgefunden hatten und ein Geſuch des Dr. Zucker, dem Angeklagten das perſönliche Erſcheinen zu erlaſſen, abgewieſen worden war, auf 6. Juli 1882 ediktaliter vorgeladen mit der Androhung, daß im Falle Nichterſcheinens ſein Ausbleiben als Rückzug der Appellation betrachtet und die geleiftete Kaution als verfallen erklärt würde, wovon dem Advokaten Dr. Zucker zu Händen des Angeklagten und den Kaventen J. J. Meyer zur Kronenhalle und Frau Bär geb. Nieder Kenntniß zu geben beſchloſſen wurde. Bei der Tagfahrt vom 6. Juli 1882 erſchien der Angeklagte, welcher inzwiſchen nach Nordamerika zurückgekehrt war, nicht, und die Appellationskammer beſchloß daher:

„1. Das heutige Ausbleiben des Angeklagten wird als nicht „entſchuldigend, deſſen Appellation als durch Rückzug erledigt und „das Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. März 1882 „als in Rechtskraft erwachſen erklärt.

„2. Die von J. J. Meyer-Volkart und Frau Juliana Sujanina Bär geb. Binder in Zürich für den Angeklagten geleistete „Personalkaution wird als verfallen erklärt und ist von den „genannten Bürgen einzufordern. Im Uebrigen ist bezüglich „dieser Kaution nach § 819 des Gesetzes betreffend die Rechts- „pflege zu verfahren.“

Eine hiegegen vom Advokaten Dr. Zucker Namens des Albert Meyer eingelegte Kassationsbeschwerde wurde vom Kassationsgerichte des Kantons Zürich am 24. August 1882 abgewiesen.

E. Die Obergerichtskanzlei des Kantons Zürich forderte hie-
rauf von den Kaventen die Kautionssumme sammt Folgen auf dem Betreibungswege ein. Die gegenwärtige Klägerin erhob indes hiegegen Rechtsvorschlag, worauf die Obergerichtskanzlei um Rechtsöffnung nachsuchte. Durch zweitinstanzliche Entscheidung der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 14. Oktober 1882 wurde diesem Begehren entsprochen und wurden die Rechte gegen Frau Bär für den Betrag von 60,000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 7. Juli 1882 sowie für die Betreibungs- und erstinstanzlichen Rechtsöffnungskosten, unter Verurtheilung der Frau Bär in die Kosten, geöffnet. Daraufhin bezahlte die Klägerin laut Quittung der Obergerichtskanzlei vom 4. Dezember 1882 „mit dem ausdrücklichen Vorbehalte weiterer ihr gut scheinender rechtlicher Schritte,“ den Betrag von 30,000 Fr. als Hälfte der verfallenen Kaution, 39 Fr. 60 Cts. als Hälfte der Rechtstriebkosten und 616 Fr. 15 Cts. an Zinsen.

F. Mit Klageschrift vom 1. Februar 1883 stellt Advokat Dr. Kyj Namens der Frau Bär geb. Nieder beim Bundesgerichte den Antrag: Der zürcherische Fiskus sei schuldig, an die Klägerin 30,616 Fr. 15 Cts. nebst Zinsen zu 5% seit dem 4. Dezember 1882 und 39 Fr. 60 Cts. Kosten zurückzubezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, indem er unter Darstellung des Sachverhaltes ausführt: Die Klage sei formell zulässig, da die Entscheidung der Rekurskammer des Obergerichtes über die Frage der Rechtsöffnung keine rechtskräftige Erledigung der Sache enthalte, vielmehr nach der Entscheidung im summarischen Verfahren immer noch statthaft sei, den eigent-

lichen Prozeßweg zu betreten. Materiell sei die in Frage kommende sogenannte Bürgschaft keine Bürgschaft für eine feste Forderung, sondern bloß eine *satisfactio iudicio sisti*; dieselbe stelle sich nur als ein Zwangsmittel dar und sei daher ihrer Natur und ihrem Zweck nach jederzeit widerruflich, beziehungsweise kündbar, so lange es noch möglich sei, den Verhaft wieder anzuordnen, zu dessen Abwendung die Kaution geleistet worden sei. Sogar eine Bürgschaft für eine feste Forderung sei ja kündbar und unzweifelhaft gelte dies für die Amtsbürgschaft, mit welcher die hier in Frage stehende *satisfactio* die meiste Ähnlichkeit habe. Im vorliegenden Falle nun haben die Kaventen durch ihre Eingabe vom 17. März 1882 die Bürgschaft gekündigt, allerdings mit dem gleichzeitigen Anerbieten, eine neue Bürgschaft in geringerem Betrage eingehen zu wollen. Am 17. März 1882 wäre es noch möglich gewesen, den Albert Meyer zu verhaften, da er sich noch während des ganzen Monats März in Zürich aufgehalten und erst am 14. April 1882 Europa verlassen habe. Daß das Gericht die Eingabe vom 17. März anfänglich einfach ignoriert habe, könne den Kaventen nicht schaden, ebensowenig der die Kündigung zurückweisende Beschluß der Appellationskammer vom 11. April. Der spätere Beschluß der nämlichen Gerichtsstelle, wodurch die Kaution als verfallen erklärt worden sei, sei für die Bürgen gleichfalls unverbindlich, denn sie seien ja nicht Partei im Prozesse gewesen und haben gegen diesen Beschluß daher auch kein Rechtsmittel ergreifen können. Der Augenblick, ihre Rechte geltend zu machen, sei für sie erst gekommen, als sie auf Zahlung belangt worden seien. Zu bemerken sei noch, daß die Kaution zu einer Zeit geleistet worden sei, als die Untersuchung noch auf betrüglichen Bankrott gerichtet gewesen sei. Die Kaution werde nach § 819 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Rechtspflege wesentlich zur Deckung eines allfälligen Schadenersatzes geleistet. Eine Verurtheilung sei aber nur wegen Begünstigung von Gläubigern erfolgt, ein Schaden also gar nicht eingetreten.

G. In ihrer Vernehmlassung auf diese Klage beantragt die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Namens des Fiskus dieses Kantons zunächst, es sei den Damnsifakaten, welche auf

den Kautionsbetrag nach Abrechnung der Prozeßkosten Anspruch haben, der Streit zu verkünden; im Weiteren trägt sie darauf an, es sei die Klägerin angebrachtermaßen wegen Inkompetenz, eventuell es sei dieselbe sachlich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, indem sie ausführt: Es liege *res judicata* vor und es sei eine Weiterziehung der Sache an das Bundesgericht durchaus unzulässig; denn es handle sich um eine in einem Straffalle für Stellung des Angeschuldigten bestellte Kaution, deren Modalitäten durch die kantonale Strafprozeßordnung bestimmt werden. Ueber deren Verfall sei bereits durch den zuständigen zürcherischen Richter entschieden und es habe die Klägerin alle Rechtsmittel des ordentlichen und des summarischen Verfahrens vor den kantonalen Behörden erschöpft, so daß das Bundesgericht nicht kompetent sei. Die Klage sei aber auch sachlich unbegründet. Vorerst kenne die zürcherische Gesetzgebung eine Kündigung einer derartigen strafprozessualen Bürgschaft nicht, und es würde die Zulassung einer Kündigung mit Wesen und Zweck der Kautionbestellung im Widerspruche stehen. Ebensovienig sei in dem Kautionsscheine, dessen Inhalt für die Verpflichtung der Kaventen zunächst maßgebend sei, eine Kündigung vorbehalten. Uebrigens sei auch thatsächlich eine Kündigung im vorliegenden Falle gar nicht erfolgt; die Kaventen haben niemals bei einer Gerichtsstelle die Wiederverhaftung des Angeschuldigten beantragt, sondern sich derselben im Gegentheile widersetzt. Dagegen haben sie allerdings Reduktion der Kaution beantragt, seien indeß hiemit abgewiesen worden und haben sich dabei beruhigt. Die Strafuntersuchung gegen Albert Meyer sei von vornherein wegen betrüglichen Bankerottes und Begünstigung von Gläubigern eingeleitet worden, schließlich aber nur für letzteres Delikt aufrecht erhalten worden. Ein Schaden sei, wenn auch das Bezirksgericht die Civilforderungen an den Civilrichter gewiesen habe, allerdings eingetreten; übrigens liege dessen Nachweis den Damuskifanten ob.

H. In Replik und Duplik halten die Parteien an ihren Ausführungen und Anträgen fest; die Klägerin macht in ihrer Duplik namentlich geltend, daß der Entscheid des Strafrichters über den Verfall der Kaution der Frage, ob die unstreitig civilrecht-

liche Verpflichtung der Kaventen zu Recht bestehe, oder etwa wegen Handlungsfähigkeit derselben ungültig oder in Folge des Verfahrens der staatlichen Organe dahingefallen sei, nicht präjudizieren könne und daß eine Kündigung der Kaution als statthaft erachtet werden müsse und wirklich stattgefunden habe. Es sei nicht Sache der Kaventen gewesen, die Verhaftung des Meyer zu verlangen, vielmehr hätte das Gericht mit Rücksicht auf die stattgefundene Kündigung der Bürgschaft das Erforderliche vorkehren sollen. Ein Schaden sei nicht eingetreten, eventuell jedenfalls nur in dem Maße, als die Civilparteien durch die Begünstigung anderer Kreditoren seitens des Meyer geschädigt worden seien; für das Ausmaß eines solchen Schadens mangle aber jeder Anhaltspunkt und hätte jedenfalls die Kaution mit Rücksicht auf denselben nicht in der Höhe festgesetzt werden sollen, wie dies geschehen sei.

I. Namens der Damnikalaten Honegger und Lavater in Zürich und Sal. Rüsschi & Cie. daselbst schließt sich Advokat Goll in Zürich den Anträgen des Beklagten als Nebenintervenient an, indem er wesentlich die bereits vom Beklagten geltend gemachten Argumente weiter ausführt und darzuthun sucht, daß für die genannten Firmen ein Schaden in erheblichem Maße allerdings eingetreten sei. Ebenso Advokat Dr. Weili in Zürich, Namens der Firmen Kägi, Pierz & Cie. in Rüfnacht und J. Schultheß-Lavater in Zürich, welcher überdem geltend macht, daß die Klägerin unter allen Umständen die Kautionssumme nicht hätte bezahlen, sondern bloß deponiren sollen und daß die Klägerin selbst, da sie für Stellung des Albert Meyer nicht gesorgt habe, der Vorwurf eines Verschuldens treffe.

K. Gegenüber der Schlußverfügung des Instruktionsrichters hat die Klägerin durch Eingabe vom 5. November 1883 Beschwerde eingelegt, für den Fall, daß die Thatsache, es habe sich Albert Meyer erst am 14. April 1882 der zürcherischen Justiz entzogen, nicht als zugestanden betrachtet, sondern diesfalls ein Beweis als erforderlich erachtet würde.

L. Bei der heutigen Verhandlung hält Advokat Dr. Nyf Namens der Klägerin die im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht, indem er speziell noch gegen einen etwaigen Kostenzu-

spruch an die Intervenienten protestirt. Staatsanwalt Koller Namens des Beklagten sowie Advokat Dr. Curti, als substituierter Vertreter der Firmen Honegger und Lavater und Sal. Rüttschi & Cie. halten ebenfalls die von ihnen gestellten Anträge aufrecht. Die Intervenienten Kägi, Fierz & Cie. und Schultheß-Lavater sind nicht erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich um eine direkt beim Bundesgerichte anhängig gemachte Klage gegen einen Kanton; die Kompetenz des Bundesgerichtes hängt also nach Art. 27, Ziffer 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, da der Streitwerth den Betrag von 3000 Fr. übersteigt, einzig davon ab, ob die Streitigkeit eine „civilrechtliche“ im Sinne des Gesetzes ist oder nicht, d. h. ob dieselbe einen seiner Natur nach dem Privatrechte angehörigen Anspruch zum Gegenstande hat und ob sie nach Maßgabe der kantonalen Gesetzgebung im ordentlichen Rechtswege zu erörtern ist. Wie nämlich das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat (siehe Entscheidungen, Antliche Sammlung VII, S. 47 ff., VIII, S. 126), beschränkt sich die ihm nach Art. 27 Ziffer 4 cit. neben den kantonalen Gerichten zustehende konkurrenzierende Gerichtsbarkeit in Zivilsachen auf die kantonalgesetzlich im ordentlichen Verfahren zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten und erstreckt sich nicht auf solche Sachen, für welche mit Rücksicht auf ihre eigenthümliche Natur ein besonderes Verfahren durch die Kantonalgesetzgebung vorgeschrieben ist.

2. Nun ist gewiß nicht zu bezweifeln, daß das Rechtsverhältniß zwischen demjenigen, welcher für die Stellung eines Angeeschuldigten im Strafprozeß Bürgschaft geleistet hat, und dem Empfänger dieses Versprechens, dem Staate, seiner Natur nach ein privatrechtliches ist, denn dasselbe beruht nicht auf öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, sondern auf einem privatrechtlichen Vertrage. Fraglich kann nur sein, ob nicht über die Zahlungspflicht des Kaventen nach Maßgabe der kantonalen Gesetzgebung vom Strafrichter im Strafverfahren endgültig zu entscheiden und somit die Sache dem ordentlichen Zivilverfahren entzogen sei.

3. Dies ist indeß nach der zürcherischen Gesetzgebung zu ver-

neinen. Allerdings ist nach § 819 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, wenn der Angeschuldigte entweicht, die Kaution durch das „zuständige Gericht beziehungsweise die Anklagekammer“ als verfallen zu erklären und es unterliegt somit keinem Zweifel, daß der zuständige Strafrichter im Strafverfahren darüber zu entscheiden hat, ob die Voraussetzungen des Verfalls der Kaution vorliegen. Die daherige Entscheidung des Strafrichters erlangt auch wohl gegenüber dem Angeschuldigten, vorbehaltlich der ihm etwa gegen dieselbe zustehenden strafprozessualen Rechtsmittel, Rechtskraft. Dagegen kann, nach dem zürcherischen Prozeßrechte, derselben nicht die Bedeutung eines das Rechtsverhältniß zwischen dem Fiskus und einem dritten Kaventen rechtskräftig feststellenden Urtheils beigegeben werden. Denn das Gesetz spricht diese Folge nirgends aus und dieselbe ergibt sich auch nicht aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen; vielmehr spricht letzterer für das Gegentheil, da das Gesetz nicht vorschreibt, daß vor der strafrichterlichen Entscheidung über den Verfall der Kaution der dritte Kavent anzuhören sei und eine kontradiktorische Verhandlung über den Bestand seiner Verpflichtung stattzufinden habe und nun gewiß der Wille des Gesetzgebers nicht dahin gerichtet sein kann, daß der Bürge ungehört verurtheilt werden dürfe. Durch den Entscheid des Strafrichters wird also die Zahlungspflicht des Bürgen nicht rechtskräftig festgestellt und es ist somit letzterer immer noch befugt, dieselbe im Civilprozesse klage- oder einredeweise zu bestreiten. Dies ist auch durch mehrere Präjudizien der zürcherischen Gerichte anerkannt worden (siehe Streuli, Kommentar ad § 819, lemma 3). Ist aber demnach nach dem kantonalen Rechte für Streitigkeiten zwischen dem Fiskus und einem dritten Kaventen der ordentliche Rechtsweg statthaft, so ist das Bundesgericht unzweifelhaft kompetent. Ob etwa der Entscheid des Strafrichters für den Civilrichter in gewisser Hinsicht, nämlich rücksichtlich der Frage, ob die Bedingung der Zahlungspflicht des Kaventen in Erfüllung gegangen, d. h. ob der Angeschuldigte entwichen sei, präjudiziell ist und also vom Civilrichter nur noch geprüft werden kann, ob die Verpflichtung des Bürgen ursprünglich gültig eingegangen und nicht durch spätere Auf-

hebungsgründe entkräftet worden sei, ist für die Frage der Kompetenz gleichgültig und daher nicht weiter zu untersuchen.

4. Nach dem Ausgeführten fällt die Einrede der abgeurtheilten Sache, soweit sie sich auf die den Verfall der Kaution aussprechende Entscheidung der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 6. Juli 1882 stützt, offenbar von selbst als unbegründet dahin. Allein auch in der Entscheidung der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes über Ertheilung der Rechtsöffnung, auf welche die *ex. rei jud.* in zweiter Linie begründet zu werden scheint, liegt eine rechtskräftige Entscheidung der Sache zweifellos nicht. Denn es ist ja bekannnten Rechts, daß den im sogenannten summarischen Verfahren des zürcherischen Rechtes gefällten Urtheilungen Rechtskraft nicht zukommt, vielmehr speziell die Folge der sogenannten Rechtsöffnung lediglich die ist, daß der Ansprecher den Rechtsstreit ungehindert fortsetzen kann und der Belangte seine Einwendungen gegen die betreffende Forderung seinerseits klageweise im ordentlichen Verfahren geltend machen muß.

5. Ebenjowenig ist die Einwendung begründet, daß in der Zahlung der Kautionssumme eine Anerkennung der Schuld durch die Klägerin liege, denn die Zahlung ist ja ausdrücklich unter Vorbehalt aller Rechte erfolgt; es muß somit auf Prüfung der entscheidenden Frage, ob wirklich, wie die Klägerin behauptet, die von dieser eingegangene Verpflichtung vor Verfall der Kaution in rechtsgültiger Weise habe gekündigt werden können und gekündigt worden sei, eingetreten werden. Wenn nämlich die Klägerin beiläufig betont hat, daß die Kaution zu einer Zeit bestellt worden sei, wo die Untersuchung nicht nur auf das Vergehen der Begünstigung von Gläubigern sondern auch auf das Verbrechen des betrügerischen Bankrottes gerichtet war, und daß die Höhe der Kaution nicht in richtigem Verhältnisse zu dem muthmaßlichen Schaden stehe, so kommt auf diese Momente offenbar überall nichts an, denn die Klägerin hat selbst, und zwar gewiß mit Recht, nicht behauptet, daß aus dem einen oder andern Grunde etwa die Kautionsbestellung von Anfang an ungültig gewesen oder später *ipso jure* dahingefallen sei.

6. Die für die Stellung eines Angeeschuldigten im Straf-

prozesse zum Zwecke der Abwendung der Untersuchungshaft geleistete Bürgschaft nun ist keine Bürgschaft im eigentlichen juristischen Sinne des Wortes; denn sie ist, da ja die Verbindlichkeit des Angeschuldigten, für deren Erfüllung die Bürgschaft geleistet wird, nicht vermögensrechtlicher, überhaupt nicht privatrechtlicher Natur ist, keine akzessorische Verpflichtung auf Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit. Sie qualifizirt sich vielmehr als ein selbständiges bedingtes Versprechen des Kaventen, gerichtet auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme als Konventionalstrafe für den Fall, daß der Angeschuldigte mit der Untersuchungshaft verschont werden, sich aber dem Verfahren oder der Strafvollstreckung durch Entweichen entziehen sollte. Der Zweck dieses Versprechens ist der, als Sicherungsmittel für die Stellung der Angeschuldigten am Plage der Untersuchungshaft zu dienen. Aus Natur und Zweck dieses Versprechens kann wohl abgeleitet werden, daß der Kavent die Verhaftung des Angeschuldigten zu beantragen berechtigt ist, und daß er, wenn der Angeklagte daraufhin wirklich in Verhaft gesetzt wird, wegen Wegfalls der Bedingung seines Versprechens, die geleistete Sicherheit zurückfordern kann; ebenso kann daraus gefolgert werden, daß der Bürge befreit wird, wenn er die Verhaftung des Angeschuldigten rechtzeitig und unter Angabe der Gründe beantragt hat, diesem Antrage aber von der Staatsbehörde nicht stattgegeben worden ist und in Folge dessen der Angeschuldigte hat entweichen können. Denn in diesem Falle ist der Zweck der Kautionsbestellung, die Sicherung der Stellung des Angeschuldigten, durch das eigene Handeln der Organe des Staates vereitelt worden und es kann aus diesem Grunde, wegen des gegen Sinn und Zweck des Vertrages verstoßenden Verhaltens seiner Organe, der Staat einen Anspruch gegen den Bürgen nicht geltend machen. Dagegen ist nicht einzusehen, inwiefern aus der juristischen Natur und dem Zwecke des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ein weitergehendes einseitiges Widerrufs- oder Kündigungsrecht des Kaventen sollte gefolgert werden können und es kann daher ein derartiges, allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes widersprechendes, Recht nur insoweit anerkannt werden, als es entweder vom Gesetze

ausdrücklich statuiert oder vertraglich besonders vorbehalten ist (siehe Blank, Systematische Darstellung, S. 269 u. ff.; Holzendorff in seinem Handbuch des Strafprozesses, S. 371; Geyer, Strafprozeß, S. 597).

7. In Anwendung dieser Grundsätze muß die Klage abgewiesen werden; denn das zürcherische Gesetz gesteht dem Kaventen das Recht einseitigen Widerrufs oder einseitiger Kündigung keineswegs zu, es hat sich die Klägerin ein solches Recht nicht vorbehalten und ebensowenig hat sie rechtzeitig auf Verhaftung des Angeschuldigten angetragen. Denn in der Eingabe des Dr. Zucker vom 17. März 1882, auf welche Klägerin sich nunmehr beruft, ist ein derartiger Antrag so wenig enthalten, daß vielmehr aus dem Inhalte derselben deutlich hervorgeht, daß die Kaventen eine Verhaftung des Angeschuldigten gerade nicht wollten, dagegen freilich eine Reduktion der Kaution zu erlangen wünschten.

8. Was die Kostenvertheilung anbelangt so ist der Protest der Klägerin gegen Kostenanspruch an die bei der heutigen Verhandlung erschienenen Nebenintervenienten unbegründet. Denn es ist nach Art. 18 der eidgenössischen Zivilprozeßordnung unzweifelhaft und übrigens auch gar nicht bestritten, daß die Damnikfaten zur Nebenintervention berechtigt waren, und es kann denselben mithin auch ein Recht auf Kostenersatz nicht abgesprochen werden. Immerhin kann von einem Kostenanspruche an die heute nicht erschienenen Nebenintervenienten Kägi, Fierz & Cie. und Schulthess-Lavater abgesehen werden, da diesen ein in Betracht fallender Kostenaufwand durch ihre Betheiligung am Prozesse nicht erwachsen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

IX. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden war.

Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par conventions des parties.

93. Urtheil vom 30. November 1883 in Sachen
Centralbahn gegen Jura-Bern-Luzernbahn.

A. Durch Vertrag vom 9./19. Februar 1863 mit Nachtrag vom 13./28. August und 1. September 1869 räumte die schweizerische Centralbahngesellschaft den bernischen Staatsbahnen die pachtweise Mitbenutzung des Bahnhofes Bern und der Bahnstrecke Bern-Wylersfeld sowie anderer Objekte ein. Dieser Vertrag blieb auch nach Abtretung der bernischen Staatsbahnlinien an die bernische Jurabahngesellschaft einerseits und an die Bern-Luzernbahngesellschaft andererseits zwischen der schweizerischen Centralbahn und den genannten Rechtsnachfolgern der bernischen Staatsbahn unverändert bestehen und erlitt auch dadurch keine Veränderung, daß im Jahre 1877 die Bern-Luzernbahnlinie durch den Kanton Bern erworben wurde. Erst im Oktober 1880 wurden zwischen der schweizerischen Centralbahngesellschaft und der bernischen Jurabahngesellschaft sowie dem Kanton Bern als Eigenthümer der Bern-Luzern-Bahn neue besondere Mitbenützungsverträge vereinbart, wodurch der Vertrag vom 9./19. Februar 1863 mit zugehörigem Nachtrag auf 1. Januar 1881 aufgehoben wurde. Aus diesen Verträgen von 1863/1869 und 1880 sind folgende Bestimmungen hervorzuheben :

1. Aus dem Vertrage vom 9. Februar 1863 und 13. August 1869 :

„Art. 5. Würden im Verfolge Neubauten auf den gemeinschaftlich benützten Bahntheilen nothwendig erscheinen, so hat „eine daheringe Verständigung zwischen den beiden Kontrahenten