

2. Den zweiten Rekursgrund, die behauptete Verletzung der Eigentums-garantie anlangend, stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, daß er Eigentümer der auf die Konzession bezüglichen Wasserrechte sei, daß die wasserpolizeilichen und sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung der projektierten Wasserwerksanlage erfüllt seien und daß er bei dieser Sachlage einen Rechtsanspruch gegenüber der Verwaltungsbehörde auf Erteilung der Konzession habe. Diese Argumentation erscheint indessen schon deshalb nicht als schlüssig, weil über die erste Behauptung, betreffend die vom Rekurrenten beanspruchten privaten Wassernutzungsrechte, unter den Rekursparteien keine Übereinstimmung herrscht. Der Rekurrent geht von der Annahme aus, daß, wenn es infolge der verbesserten Technik möglich ist, der fraglichen Gewässerstrecke eine größere Menge nutzbarer Kraft zu entnehmen, dieser Mehrgewinn an Kraft ihm als privaten Berechtigten, als Inhaber der zur Zeit thatsächlich verwerteten Nutzungsrechte, zukomme. Die gegenteilige Auffassung vertritt der Regierungsrat, indem er (ohne übrigens die beanspruchten privatrechtlichen Befugnisse des Rekurrenten ausdrücklich als solche anzuerkennen) erklärt, daß er nur die bisherige Ausnutzung der behaupteten Eigentumsrechte unangefochten lasse. Daraus muß geschlossen werden, er betrachte den durch neue technische Installationen zu erzielenden Überschuß an Kraft nicht als dem Rekurrenten zugehörig, nicht als Ausfluß seiner privaten Nutzungsbefugnisse. Es handelt sich also in erster Linie um eine Streitfrage, wenn nicht über die Existenz, so doch über den Umfang der fraglichen Wasserrechte, welche Streitfrage in die Kompetenz der ordentlichen Zivilgerichte fällt (vgl. z. B. bundesger. Entsch., Bd. III, Nr. 53, Erw. 3, S. 314). So lange dieser Punkt nicht zu Gunsten des Rekurrenten entschieden ist, kann von dem Nachweise einer Verletzung der Eigentums-garantie, die in der Verweigerung der angebehrten Konzession liegen würde, zum vornherein nicht gesprochen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge  
der Schweiz mit dem Ausland. — Traités  
de la Suisse avec l'étranger.

Staatsvertrag mit dem Grossherzogtum Baden  
vom 7. Juli 1808. — Traité  
avec le Grand duché de Bade du 7 juillet 1808.

91. Urteil vom 17. Oktober 1901 in Sachen  
Konkursmasse der Färberei und Appretur  
Schusterinsel A. = G. gegen Münch\*.

*Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung von Staatsverträgen ohne vorhergehende Erschöpfung des Instanzenzuges. Stillschweigende Aufhebung eines (des oben citierten) Staatsvertrages wegen Nichtbefolgung durch den einen der Vertragsteile (in casu des Grossherzogtums Baden)?*

A. Am 15. Januar 1901 eröffnete das Großherzoglich badische Amtsgericht Lörrach über das Vermögen der in seinem Bezirke domizilierten Aktiengesellschaft Färberei und Appretur Schusterinsel in Liquidation den Konkurs. Am 17. Januar d. J. erwirkte Alfred Münch in Basel bei der Arrestbehörde Baselstadt

\* Im Anschluss an diesen Fall hat sich eine Korrespondenz zwischen dem schweizerischen Bundesrate und dem grossherzoglich badischen Ministerium des Auswärtigen entwickelt, worin sich das letztere mit der Auffassung des Bundesgerichtes vollkommen einverstanden erklärt hat.

einen Arrestbefehl für eine Forderung von 1731 Fr. an die genannte Gesellschaft auf ein Guthaben derselben von 1200 Fr. an Emil Völliger-Häfelinger in Basel. Am 19. Januar 1901 erwirkte derselbe Gläubiger bei gleicher Amtsstelle einen weiteren Arrestbefehl für eine andere Forderung von 4662 Fr. 10 Sts., an der Gesellschaft auf ein Guthaben von circa 3060 Fr., das derselben an der Firma Gebrüder Sarasin, Bandfabrikanten in Basel zusteht. Für seine zwei Arrestforderungen ließ der Arrestnehmer der „Färberei und Appretur Schusterinsel A.=G.“ am 19. und 22. Januar je einen Zahlungsbefehl durch die Post zustellen.

B. Vermittelt Eingabe vom 13./14. Februar 1901 wandte sich die Konkursverwaltung der falliten Aktiengesellschaft auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht mit dem Antrage, die beiden Arrestbefehle und die in Ausführung derselben vorgenommenen Betreibungshandlungen als ungültig zu erklären. All diese Vorkehren, führte sie aus, verletzen den Staatsvertrag zwischen der Eidgenossenschaft und dem Großherzogtum Baden vom 7. Juli 1808, der zweifellos noch zu Recht bestehe und dessen Art. 2 bestimme, daß zwischen den Angehörigen der beiden Staaten „nach Ausbruch eines Fallimentes keine Arreste „auf bewegliches Eigentum des Falliten anderst als zu Gunsten „der ganzen Schuldenmasse gelegt werden dürfen.“ Das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz behalte denn auch in Art. 271 in fine die Bestimmungen der Staatsverträge gegenüber den Arrestnahmen ausdrücklich vor.

C. Die Arrestbehörde von Baselstadt läßt sich über den Recurs, auf Abweisung desselben antragend, wie folgt vernehmen:

Der angerufene Staatsvertrag bestehe nicht mehr zu Recht. Denn § 207 (nunmehr § 237) der deutschen Konkursverordnung habe das (durch jenen Vertrag vereinbarte) Prinzip der Universalität und Attraktivkraft des Konkurses durchbrochen und bei inländischen Konkursen die Zwangsvollstreckung in inländisches Vermögen zugelassen. Gemäß § 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung sei durch das Reichskonkursrecht alles Landrecht über Konkursverfahren, also auch das auf dem Staatsvertrag von 1808 beruhende, aufgehoben worden. Das deutsche Reich

habe also in einer für Baden verbindlichen Weise dem Staatsvertrage widersprechendes Recht geschaffen, wenigstens in dem heute streitigen Punkte, wogegen allerdings zuzugeben sei, daß die Reichskonkursordnung die Einheit und Attraktivkraft des Konkurses in internationaler Beziehung insofern noch wahre, als der ausländische Konkursverwalter auch in Deutschland liegendes Vermögen zur Masse ziehen könne. Daß fraglicher Staatsvertrag für Baden angesichts der durch die Reichsgesetzgebung geschaffenen Änderungen nicht mehr zu Recht bestehe, werde denn auch in der Litteratur anerkannt, so vom Kommentar Petersen und Kleinfeller zur deutschen Konkursordnung (3. Aufl., S. 625) und von Laband, Staatsrecht, II, S. 195. In zahlreichen Fällen hätten ferner baslerische Konkursverwaltungen in Baden liegendes Vermögen auf Grund des citierten Staatsvertrages zur Masse ziehen wollen, wobei aber die bezüglichlichen Begehren von den badischen Behörden unter Berufung auf § 207 R.=D. jeweils abgelehnt worden seien. Der Vorsteher des Konkursamtes Basel habe die Feage schon bis an die letzten Instanzen erfolglos weitergezogen. Unter diesen Umständen müsse nach völkerrechtlichen Grundsätzen auch die Schweiz als Gegenkontrahent das Recht haben, die weitere Erfüllung des Vertrages abzulehnen (Rivier, *Droit des gens*, II, S. 135).

D. Der Arrestnehmer Münch stellt sich in seiner ebenfalls auf Abweisung des Rekurses schließenden Vernehmlassung im wesentlichen auf den nämlichen Standpunkt, zu dessen Begründung er noch des besondern anbringt:

Der Rücktritt von einem Staatsvertrage könne nicht nur durch ausdrückliche Kündigung erfolgen, sondern durch jede Handlung, aus welcher sich ein dahingehender Wille des betreffenden Staates kund gebe, speziell auch durch dem Vertrage widersprechende Gesetzgebungsakte. Würde man hiebei dem andern Staate die Beobachtung der für die Vertragsauflösung sonst üblichen Formalitäten (Kündigung etc.) zumuten, so müßte dies für ihn und seine Angehörigen eine unbillige Benachteiligung bedeuten.

Der klare Wortlaut des § 207 R.=D. finde seine Unterstützung noch an § 23 (früher 24) der Reichsweilprozeßordnung, der in allgemein verbindlicher Weise, ohne der Staatsverträge einzelner

Gliedstaaten Erwähnung zu thun, eine Rechtsverfolgung gegen das in Deutschland befindliche Vermögen ausländischer Falliten zulasse, wie dies ein Reichsgerichtsentscheid vom 21. Januar 1885 (Seufferts Archiv, N. F., S. 251) auch ausdrücklich bestätige. Wenn die Motive zu § 207 cit. die Verträge der Einzelstaaten ausdrücklich vorbehalten, so komme diesem Umstande keine Bedeutung zu, da eben, wie das Reichsgericht in seinem Entscheide vom 11. Dezember 1884 (loc. cit., S. 250) bestimmt ausführe, nachher die Konkursordnung selbst sich auf einen entgegengesetzten Standpunkt gestellt habe. Es werde auch auf den Entscheid des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. VI, S. 404 und 405 verwiesen. In all diesen Gesetzesstellen und Gerichts-erkenntnissen finde sich keine Erwähnung der alten einzelstaatlichen Verträge vorliegender Art, welche offenbar in Vergessenheit geraten seien.

Hieran anschließend citiert der Rekursopponent eine Reihe von 7 Fällen, in welchen seitens der badischen Behörden ohne Rücksichtnahme auf den von Amtes wegen anzuwendenden Staatsvertrag und gestützt auf § 207 R.-D. Arreste bewilligt und gerichtlich geschützt worden sein sollen. Und zwar habe in der größern Zahl dieser Fälle nicht nur das den Arrest bewilligende Amtsgericht über dessen Rechtsbeständigkeit entschieden, sondern auch das betreffende Landgericht, welches, da das Rechtsmittel der Revision in dieser Materie nicht gegeben sei, als Berufungsinstanz endgültig urteile. Das Konkursamt Basel habe sich in der vorwürftigen Frage im Jahre 1895 auch an das eidgenössische Amt für Schuldbetreibung und Konkurs gewandt und von ihm die Versicherung erhalten, daß schweizerischerseits der Vertrag als noch in Kraft befindlich betrachtet werde. Daraufhin habe es in einem der erwähnten Arrestfälle das Amtsgericht Freiburg besonders auf den Vertrag aufmerksam gemacht und gegen dessen Anwendung protestiert, ohne aber damit Erfolg zu haben.

Im weitem müsse in Erwägung fallen, daß der badische Gläubiger nicht gehindert wäre, trotz des Vertrages auf Vermögen in sonstigem deutschen Gebiete Arreste zu nehmen resp. den Vertrag, z. B. bei Forderungen durch Cession an außerbadische Cessionare, mit Leichtigkeit zu umgehen. Es frage sich, ob überhaupt bei dieser Sachlage Gegenseitigkeit noch möglich sei.

Auf alle Fälle habe der Staatsvertrag die Rekurrentin nicht davon befreien können, gegen die angefochtenen Arrestmaßnahmen sich in der durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vorgeschriebenen Weise zur Wehre zu setzen. Statt dessen habe sie die fünftägige Frist zur Bestreitung des Arrestgrundes und ebenso die nachherige Rechtsvorschlagsfrist unberührt verstreichen lassen, trotzdem die ihr zugestellten Arrest- bzw. Betreibungsurkunden über die Rechtsfolgen solcher Veräumung deutlichen Aufschluß gegeben hätten. Es bestehe deshalb eine praesumptio juris e de jure dafür, daß Rekurrentin den Arrestgrund und die Arrestforderungen nach ihrem materiellen Bestande und ihre Vollstreckbarkeit anerkannt habe. Infolge dessen sei die Pfändung möglich geworden und nach unbenutztem Ablauf der Anschlußfrist ein gültiges und ausschließliches Pfandrecht für den Betreibungsgläubiger entstanden, das ihm als wohl erworbenes Recht nicht mehr entzogen werden könne.

E. Replikando beruft sich die Rekurrentin auf eine größere Zahl von Auktionen zum Nachweise dafür, daß die deutsche Konkursordnung derartige Staatsverträge nicht ausschliesse und daß namentlich der hier fragliche noch in Geltung stehe. Sodann macht sie darauf aufmerksam, daß der Vertrag als noch bestehend in den halbamtlichen Sammlungen von v. Salis, Bundesrecht, und Wolf, Bundesgesetzgebung, II, S. 559 figuriere und daß ihn auch eine neuliche Zusammenstellung der badischen Gesetzgebung von Dr. A. Glock (Karlsruhe 1900, Braun'sche Buchdruckerei, S. 77) aufführe. Im weitem verweist sie auf das für ihren Standpunkt sprechende reichsgerichtliche Urteil vom 1. Juli 1889 (Bd. 24, S. 13). Daß der Staatsvertrag von 1808 von den badischen Behörden allgemein nicht mehr angewandt werde, führt Rekurrentin ferner aus, sei unrichtig. Für diese Behauptung seien die Gegenparteien beweispflichtig und zwar müßte hierbei dargethan sein, daß die obersten Gerichte konsequent und bewusst den Vertrag mißachtet hätten. Aber auch dies würde den schweizerischen Gerichts- bzw. Arrestbehörden keineswegs die Befugnis geben, den Vertrag nun ebenfalls ohne weiteres nicht zu beachten, sondern die Staatsregierung und nur sie hätte alsdann das Recht, dem Mitkontrahenten gegenüber die fernere Erfüllung des Vertrages abzulehnen. Das Rechtsmittel

des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht sei vorliegenden Falles das gegebene und anderweitige Schritte zur Anfechtung der fraglichen Arrest- bzw. Betreibungsmaßnahmen nicht erforderlich gewesen.

F. In seiner Duplik kommt der Arrestnehmer Münch neuerdings auf die von ihm angerufenen Entscheidungen badischer Amts- bzw. Landgerichte zurück, wobei er immerhin zugibt, daß in einem Falle ein Urteil gar nicht erfolgte, da der Arrest unwidersprochen geblieben sei. Er beantragt Edition der bezüglichen Akten vom Konkursamte Basel und vom Landgerichte Freiburg i. B., welche letztere Amtsstelle sich zur Herausgabe der bei ihr befindlichen Dokumente an das Bundesgericht bereit erklärt habe. Im weitern wird, in Erneuerung der Antwort anbringen, noch näher ausgeführt, daß die Beiseitesetzung des Vertrages durch die badischen Behörden eine bewußte sei, daß die Rekurrentin den Beweis für die Beobachtung des Staatsvertrages zu führen habe und ihn nur durch eine dahin lautende Bescheinigung des obersten badischen Gerichtshofes (Oberlandesgericht in Karlsruhe) erbringen könne, und daß ihr Rekursrecht verwirkt sei, bzw. der Rekurs mangels Innehaltung des kantonalen Instanzenzuges nicht in Behandlung gezogen werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Als unstichhaltig erweist sich zunächst die Einwendung des Rekursopponenten Münch, die Rekurrentin hätte sich in erster Linie bei den baslerischen Arrest- bzw. Betreibungsbehörden wegen Verletzung des angerufenen Staatsvertrages beschweren sollen und da sie dies versäumt habe, so erscheine ihr Rekurs an das Bundesgericht aus dem doppelten Gesichtspunkte als unstatthaft, weil die angefochtenen Maßnahmen inzwischen Rechtskraft erlangt hätten und der ordentliche Instanzenzug nicht innegehalten worden sei. Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der bisherigen Praxis, welche gegen Verletzung von Staatsverträgen stets ein direktes, von der Ergreifung anderweitiger Rechtsmittel unabhängiges Rekursrecht an das Bundesgericht als Staatsgerichtshof einräumte, durch dessen rechtzeitige Geltendmachung der betreffende Beschwerdeführer seine Rechtsstellung voll wahren konnte (vgl. Amtl. Samml. der bundesger. Entscheid., Bd. XII, Nr. 76,

S. 541; Bd. XVI, Nr. 42, S. 297, und den ebenfalls eine Arrestnahme betreffenden Fall in Bd. XV, Nr. 36, S. 242).

2. In der Sache selbst stellt die Rekursgegnerschaft vorerst mit Recht nicht in Abrede, daß, wenn der Staatsvertrag vom 7. Juli 1808 zur Anwendung zu kommen hat, die im Streite liegenden Arrest- bzw. Betreibungsvothehren, als ihm widersprechend, aufzuheben sind. In Frage gezogen wurde vielmehr lediglich, ob der Vertrag zur Zeit noch Geltung besitze und deshalb von den baslerischen Behörden hätte beobachtet werden sollen.

In dieser Beziehung sodann herrscht auch kein Streit darüber, daß eine Aufhebung des Vertrages durch ausdrückliche Erklärung nach den völkerrechtlich hiefür üblichen Formen nicht erfolgt ist. Vielmehr behauptet der Rekursgegner bloß, der Vertrag sei stillschweigend in der Weise von einem der Kontrahenten, dem Großherzogtum Baden, aufgelöst worden, daß desselben Behörden sich an denselben nicht mehr halten und übrigens auch nicht mehr halten können, angesichts des Inkrafttretens der für sie verbindlichen, dem Vertrage widersprechenden Reichskonkursordnung. Nun ist allerdings die Möglichkeit einer derartigen Auflösung eines Staatsvertrages infolge konstanter und bewußter Nichterfüllung, resp. infolge rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten der Behörden des einen Staates nicht ausgeschlossen, und es mag dabei nach Umständen der Fall derart sein können, daß auch die Behörden des andern Staates, welche sonst den Staatsvertrag ihren Entscheidungen und Verfügungen zu Grunde zu legen hätten, denselben von sich aus als außer Kraft stehend ansehen müssen. Hiefür fehlt es aber in casu an den erforderlichen Voraussetzungen, da die Sache nicht so liegt, daß die der Schweiz als Vertragsstaat obliegenden Verpflichtungen ohne weiteres dahin gefallen wären, sondern lediglich so, daß für die Schweiz Grund vorhanden sein mag, wegen mangelhafter Befolgung des Vertrages bei der großherzoglich badischen Regierung vorstellig zu werden und eventuell kündigungswise das Vertragsverhältnis aufzulösen. Freilich berufen sich die Rekursopponenten für ihre Behauptung, daß die badischen Behörden ständig und bewußter Weise die Anwendung des Vertrages von

sich ablehnen, auf eine Anzahl gerichtlicher Entscheidungen. Aber es ist zunächst nicht ersichtlich, daß diese Entscheidungen trotz ausdrücklicher Berufung auf den Staatsvertrag von Seiten der interessierten Parteien erfolgt seien. Sodann gehen dieselben von Gerichtsstellen unterer Instanz aus, während aus den Akten keineswegs ersichtlich ist, daß auch die obern badischen Gerichtsinstanzen, und namentlich das Oberlandesgericht, den Vertrag als ungültig ansehen und dementsprechend judizieren. Dann erst ließe sich aber die von den Rekursopponenten aufgestellte Behauptung als thatsächlich gerechtfertigt ansehen. Bei der gegebenen Sachlage wird man vielmehr bloß annehmen dürfen, daß über die Frage, ob der Vertrag noch anzuwenden sei oder nicht, bei einzelnen badischen Gerichten angesichts der Bestimmungen der Reichsgesetzgebung über das Konkursrecht sich Zweifel erhoben haben.

Daß aber die Ansicht von der Ungültigkeit des Vertrages sich bei den genannten Gerichten allgemein Bahn gebrochen habe, widerlegt sich schon durch die Thatsache, daß das Reichsgericht, das als oberster deutscher Gerichtshof über die Auslegung des in Frage stehenden § 237 (früher 207) der Konkursordnung entscheidet, sich dahin erklärte, der Fortbestand der einzelstaatlichen Staatsverträge vorliegender Art sei mit der genannten Bestimmung vereinbar (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 24, S. 12/13). Diese Auffassung hat denn auch bei den Kommentatoren der Konkursordnung — wenn auch nicht ausnahmslos — Anerkennung gefunden (vergl. z. B. Sarwey, Kommentar, Ausgabe von 1901, S. 33, 62; Wilmosky, Kommentar, Ausgabe 1889, zu § 4). Ihr entsprechend wird sodann speziell der vorwürjige Staatsvertrag in einer jüngst von einem badischen Gerichtsbeamten veranstalteten Zusammenstellung badischer Gesetze und Staatsverträge als noch zu Recht bestehend angeführt. Die von den Rekursopponenten namhaft gemachten Reichsgerichtsentscheidungen beschlagen die hier in Betracht fallende Frage nicht oder doch nicht direkt und können demgemäß dem oben angeführten Erkenntnisse dieses Gerichtshofes keine Bedeutung nicht nehmen. Endlich hat noch in Erwägung zu kommen, daß auch schweizerischerseits der Vertrag von 1808 bisher als noch in Geltung befindlich betrachtet wurde, wofür sich auf den

Geschäftsbericht des Bundesrates für das Jahr 1881 und den bezüglichen Genehmigungsbeschluß der Bundesversammlung (Bundesblatt 1882, Bd. II, S. 739; v. Salis, Bundesrecht I, Nr. 293) und auf das oben erwähnte Schreiben des eidgenössischen Amtes für Schuldbetreibung und Konkurs verweisen läßt. Auf diesen Standpunkt stellen sich sodann auch ausnahmslos die schweizerischen Autoren (vergl. Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht, Bd. III, S. 525; Roguin, Confits, chap. IX; Wolf, Bundesgesetzgebung, II, S. 559; Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr; Excurs II, Schweiz, von Dr. E. Zürcher, S. 138, Note 1; ferner die Kommentare zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs von Jäger, Art. 197, S. 333/334 und von Weber-Brüftlein, Reichel zu Art. 197, S. 252, Note 3). Aus all diesen Gründen kann es also nicht angehen, daß eine schweizerische Behörde anlässlich der Entscheidung eines Einzelfalles ohne weiteres den Vertrag als nicht mehr rechtsbeständig außer Acht läßt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt, womit die angefochtenen Verfügungen der Arrestbehörde bezw. des Betreibungsamtes Baselstadt dahin fallen.