

de savoir si la Constitution n'est pas violée du fait que cinq juges-instructeurs voient leurs fonctions supprimées dès le 1<sup>er</sup> janvier 1921, soit avant l'expiration de la période de quatre ans pour laquelle ils ont été nommés conformément à l'art. 85 Const. cant. Mais il va sans dire que seuls les magistrats atteints par cette mesure auraient qualité pour l'attaquer. D'ailleurs il ne s'agit pas là d'un moyen de recours proprement dit, mais d'un simple exemple donné à titre d'illustration des procédés prétendument inconstitutionnels de l'autorité législative valaisanne. Et au surplus il est évident que la question de la durée normale des fonctions est complètement indépendante de celle de savoir si telle magistrature existante peut être supprimée.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

Vgl. auch Nr. 52. — Voir aussi n° 52.

## STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

### I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

#### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

64. Urteil vom 11. Dezember 1920

i. S. Schönwaldt gegen Zürich Kassationsgericht und  
Obergericht.

Voraussetzungen für die Aufhebung des eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde abweisenden Entscheides aus Art. 4 BV. Erteilung des Arrests unter Vorbehalt der späteren Auflegung einer Kautions auf Begehren des Schuldners. Aufhebung der gestützt darauf von der Arrestbehörde nachträglich getroffenen Kautionsverfügung durch den kantonalen Rekursrichter wegen Unzulässigkeit eines solchen Vorbehalts, obwohl die dahingehende Bedingung des Arrestbefehls vom Gläubiger nicht auf dem Rechtsmittelwege angefochten worden war. Willkür.

A. — Am 2. Dezember 1919 erliess der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren des heutigen Rekursbeklagten Schmuziger-Stäheli gegen den heutigen Rekurrenten Ludwig Schönwaldt, wohnhaft in Nürnberg, « z. Z. im Hotel Habis Zürich » für eine Forderung von 9000 Fr. einen Arrestbefehl auf « Waaren, liegend in dem bei der Station Tiefenbrunnen befindlichen Schuppen, speziell Holzkohle und Phosphat, eventuell deren Erlös. » Der Befehl enthält zum Schluss vor der Unterschrift des Einzelrichters den Vermerk: « Kautionsvorbehalt ». Nach der bisher — bis zu einem Entscheide des Obergerichts

vom 28. November 1919 — im Kanton Zürich geltenden Praxis konnte nämlich das Begehren um Sicherheitsleistung nach Art. 273 SchKG vom Arrestschuldner auch noch nach dem Vollzug des Arrestes bei der Arrestbehörde angebracht und die Sicherheitsleistung von jener nachträglich angeordnet werden, unter der Androhung, dass sonst der Arrest dahinfalle. Mit Rücksicht darauf pflegte in den Fällen, wo es angemessen schien, der Arrest nur unter der Bedingung des eventuellen späteren Erlasses einer solchen Verfügung, « unter Kautionsvorbehalt » erteilt zu werden. Nach Zustellung der Arresturkunde stellte Schönwaldt an den Einzelrichter das Begehren, es sei dem Rekursbeklagten Schmutziger eine Kautionsleistung von 10,000 Fr. aufzulegen. Der Einzelrichter entsprach dem Gesuch am 27. Dezember 1919, setzte aber immerhin die Kautionsleistung auf 7000 Fr. herab.

Auf Rekurs Schmutzigers hob jedoch das Obergericht des Kantons Zürich II. Kammer am 16. Januar 1920 diese Verfügung auf, mit der Begründung: « Das einzig » zulässige ordentliche Rechtsmittel gegen einen bewilligten Arrest ist die Arrestaufhebungsklage, daher auch » der Ausschluss des Rekurses gegen eine Arrestbewilligung. Als Arrestverweigerung wurde in der Praxis » auch der Arrest unter Kautionsauflage behandelt. » Es geht aber nicht an, den bewilligten und bereits » vollzogenen Arrest nachträglich im summarischen Verfahren noch von einer Kautionsleistung abhängig » zu machen. Diese Frage kann nur im Arrestaufhebungsverfahren geprüft werden. Der Arrestbewilligungs- » richter muss sich, bevor er den Arrestbefehl erteilt, » darüber schlüssig machen, ob er ihn bedingungslos » erteilen oder die Bewilligung von der Leistung einer » Kautionsleistung abhängig machen wolle. »

Die Erwägungen lehnen sich an den eingangs erwähnten grundsätzlichen Entscheid des Obergerichts vom 28. November 1919 (Schweiz. Juristenzeitung,

Jahrgang 16, S. 213) an, wo ebenfalls eine vom Arrestrichter nachträglich, gestützt auf dem im Arrestbefehl gemachten Vorbehalt, auferlegte Kautionsleistung durch den Gläubiger im Rekurswege angefochten worden war. Das Obergericht führte damals in Gutheissung des Rekurses und in Abweichung von der bisherigen Praxis aus: « Nach dem SchKG ist das einzig zulässige Rechtsmittel gegen einen bewilligten Arrest die Arrestaufhebungsklage (Art. 279); daher auch der Ausschluss des Rekurses gegen die Arrestbewilligung, während der Rekurs gegen die Verweigerung des Arrestes zugelassen wurde (§ 344, 78 ZPO). Als eine Verweigerung wurde in der Praxis auch das Kautionsverlangen, die Bewilligung nur unter der Bedingung der Kautionsleistung behandelt (vgl. Blätter für zürch. Rechtsprechung 16 Nr. 225). Es geht nun aber nicht an, auch den blossen Kautionsvorbehalt als Verweigerung des Arrestes zu behandeln und den bewilligten und vollzogenen Arrestbefehl nachträglich im summarischen Verfahren von der Bedingung der Kautionsleistung abhängig zu machen. Zwar ist das nachträgliche Kautionsbegehren zugelassen worden (Blätter für zürch. Rechtsprechung 8 Nr. 61, 18 Nr. 152). Allein es ist jedenfalls dann, wenn es nicht vor Vollzug des Arrestbefehls zur Wirksamkeit gelangen kann, bundesrechtlich nur im Arrestaufhebungsverfahren als zulässig zu erachten: nur der Arrestaufhebungsrichter kann nach Anhörung der Parteien wieder den Arrest ganz aufheben, ihn nachträglich von der Bedingung einer Arrestkautionsleistung abhängig machen. Ein Verfahren, wie es hier eingeschlagen wurde, dass vor dem Audienzrichter und im Rekursverfahren über die Kautionsleistung verhandelt wird, während der Arrest schon längst vollzogen und dem Arrestschuldner die Verfügung über den Arrestgegenstand entzogen ist und daneben auch die Arrestaufhebungsklage anhängig wird und vor dem hierfür zuständigen Einzelrichter eine zweite Verhandlung stattfindet, entspricht der gesetzlichen Ge-

gelung nicht. Der Arrestbewilligungsrichter muss sich, bevor er den Arrestbefehl erteilt, darüber schlüssig machen, ob er ihn bedingungslos erteilen oder von der Leistung einer Kaution abhängig machen will und ein Kautionsvorbehalt kann höchstens solange als wirksam erachtet werden, als der Arrestvollzug noch nicht stattgefunden hat. »

Eine gegen den Entscheid im vorliegenden Falle unter Berufung auf die Nichtigkeitsgründe des § 344 Ziff. 5, 6, 7, 8 und 9, der zürcherischen Zivilprozessordnung (*judex ne eat ultra petita partium*, Verweigerung des rechtlichen Gehörs, aktenwidrige tatsächliche Annahmen, Verletzung klarer materiellrechtlicher Gesetzesbestimmungen) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das zürcherische Kassationsgericht am 25. Juni 1920 ab.

B. — Am 7. Juli 1920 hat darauf Schönwaldt die staatsrechtliche Beschwerde aus Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, die Entscheide des Kassationsgerichts und des Obergerichts seien wegen Verletzung von Art. 4 BV aufzuheben. Die vom Kassationsgericht geschützte neue Praxis des Obergerichts, so wird ausgeführt, mache den im Auslande wohnhaften Arrestschuldner überhaupt rechtlos. Bei der Erteilung des Arrestbefehls könne er seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht geltend machen, weil der Arrest auf das einseitige Begehren des Gläubigers erteilt zu werden pflege und auch erteilt werden müsse, wenn er nicht seinen Zweck in den meisten Fällen zum vorneherein verfehlen solle. Die Klage nach Art. 279 SchKG aber, auf die das Obergericht verweise, sei deshalb ausgeschlossen, weil beim Fehlen eines Wohnsitzes in der Schweiz das Bestehen des Arrestgrundes angesichts Art. 271 Ziff. 4 ebenda unmöglich in Abrede gestellt werden könne. Nur zur Bestreitung eines solchen sei aber nach dem Gesetz das erwähnte Verfahren gegeben. Die Frage der Auferlegung einer Kaution wegen ungenügenden Nachweises der Forderung könne darin höchstens adhäsionsweise geprüft werden.

keinesfalls für sich allein den Prozessgegenstand bilden. Hier würde übrigens die « Rechtsverweigerung und Willkür » auch dann klar vorliegen, wenn man im letzteren Punkte anderer Ansicht sein wollte, weil der Arrest eben tatsächlich (im Anschluss an die bisher geltende Praxis) nur unter dem Vorbehalt nachträglicher Auferlegung einer Kaution durch den Arrestrichter selbst erteilt gewesen sei. Der Rekurrent habe deshalb keinen Anlass gehabt, wegen der Kautionsfrage eine Arrestaufhebungsklage einzureichen. Nachdem er den ihm durch den Arrestbefehl selbst gewiesenen Weg eingeschlagen und infolgedessen die Frist zur Klage nach Art. 279 versäumt habe, könne ihm jener Weg nicht hinterher deshalb verschlossen werden, weil der erwähnte Vorbehalt grundsätzlich nicht zulässig gewesen wäre.

C. — Das Kassationsgericht und das Obergericht des Kantons Zürich haben auf Gegenbemerkungen verzichtet. Der Rekursbeklagte Schmuziger hat Abweisung der Beschwerde beantragt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das zürcherische Kassationsgericht hatte bei Beurteilung der an es gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid des Obergerichts sachlich richtig sei, sondern nur, ob einer der Nichtigkeitsgründe des § 344 der zürcherischen ZPO vorliege. Seine Entscheidung hat deshalb nicht die Bedeutung eines neuen Sachurteiles, das an Stelle desjenigen des Obergerichts treten und es ersetzen würde, sondern eines reinen Rechtsmittelentscheides. Sie könnte deshalb auch nur dann wegen Verletzung von Art. 4 BV aufgehoben werden, wenn das Zutreffen der erwähnten Kassationsgründe willkürlich verneint worden wäre. Hievon kann aber nach der eingehenden und sachlich durchaus vertretbaren Begründung, welche das Kassationsgericht dafür gegeben hat, nicht die Rede sein.

Soweit die vorliegende staatsrechtliche Beschwerde sich gegen das Urteil des Kassationsgerichts richtet, muss sie deshalb verworfen werden.

2. — Andererseits ist der Rekurrent gerade wegen der Eigenschaft jenes Urteils als eines blossen Rechtsmittelentscheidendes auch nicht auf dessen Anfechtung beschränkt. Da für Beschwerden aus Art. 4 BV das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges gilt, musste er von dem kantonalen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde Gebrauch machen, bevor er das Bundesgericht anrufen konnte. Es kann ihm aber dadurch, nach Abweisung dieses Rechtsmittels, die Befugnis nicht genommen werden, seine Anfechtung unmittelbar gegen das Sachurteil des Obergerichts zu richten und dessen Aufhebung zu verlangen, wenn sich das Obergericht nach dem Umfange der ihm zustehenden Kognition durch dasselbe einer Rechtsverweigerung schuldig gemacht hat. Dies ist aber in der Tat der Fall. Und zwar auch dann, wenn man die Auffassung des Obergerichts, dass der Arrestrichter die Kautionsleistung i. S. von Art. 273 SchKG nur im Arrestbefehl selbst, als Bestandteil und Voraussetzung desselben anordnen, nicht dagegen sich eine solche Auflage noch für später vorbehalten könne, als an sich nicht anfechtbar betrachten wollte. Denn im vorliegenden Falle war eben der Arrest vom Einzelrichter tatsächlich nicht unbedingt, sondern nur unter jenem Vorbehalte gewährt worden. Die Bestimmung des Art. 279 Abs. 1 SchKG, wonach gegen den Arrestbefehl weder Berufung noch Beschwerde stattfindet, kann aber nach dem Zusammenhang nur den Sinn haben, dass gegen die Bewilligung des Arrests dem Schuldner ein anderer Rechtsbehelf als derjenige der Arrestaufhebungsklage nach Abs. 2, sowie ihm das Bundesrecht nicht gibt, auch vom kantonalen Prozessrecht nicht zugestanden werden darf. Es wird dadurch ein Rekurs des Gläubigers gegen dem Befehl beigelegte ungesetzliche und unzulässige Bedingungen nicht ausgeschlossen,

wenn und insoweit das kantonale Recht einen solchen gegen Verfügungen dieser Art vorsieht. So legt denn auch das Obergericht selbst den § 334 der kantonalen Zivilprozessordnung, der gegen alle Erledigungsverfügungen der Einzelrichter im summarischen Verfahren bei einem Streitwerte von über 100 Fr. grundsätzlich den Rekurs an das Obergericht zulässt, davon aber bestimmte Verfügungen, u. a. in litt *b* solche, « durch die ein Arrest bewilligt wurde », ausnimmt, dahin aus, dass unter die letztere Ausnahme die Bewilligung bloss unter Kautionsauflage nicht falle, weil sie einer Verweigerung des Arrestes gleichzuachten sei. Dasselbe muss aber zweifellos auch gelten, wenn der Arrest, wie hier, nur unter dem Vorbehalte eventueller *s p ä t e r e r* Anordnung der Kautionsleistung erteilt wurde, weil auch darin, die Richtigkeit der vom Obergericht dem SchKG gegebenen Auslegung vorausgesetzt, die Hinzufügung einer unzulässigen, die Guttheissung des Arrestgesuches einschränkenden Bedingung gesehen werden müsste, die sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen braucht. In dem oben wiedergegebenen Entscheide vom 28. November 1919, dessen Erwägungen die Ergänzung und Erläuterung des im vorliegenden Falle gefällten bilden, erklärt denn auch das Obergericht nicht etwa, dass ein Rekurs des Gläubigers gegen den Kautionsvorbehalt nicht statthaft wäre, sondern nur, dass der Arrestrichter zu einem solchen Vorbehalte an sich nicht befugt sei und daraus nicht Kompetenzen herleiten könne, die nach vollzogenem Arreste gesetzlich nur noch dem Richter im Arrestaufhebungsprozesse zustehen. Hier hatte indessen der Arrestgläubiger und heutige Rekursbeklagte Schmuziger gegen den Arrestbefehl vom 2. Dezember 1919 weder den Rekurs noch sonst irgend ein Rechtsmittel ergriffen, ihn also, so wie er lautete, mit dem Kautionsvorbehalt hingenommen. Das Obergericht konnte daher nicht bei Anlass eines Rekurses des Gläubigers, der sich nicht gegen den Arrestbefehl als solchen, sondern gegen

eine im Anschluss daran erlassene spätere Verfügung des Arrestrichters richtete, in diese durch die Unterlassung der Anfechtung des Befehls geschaffene prozessuale Situation zum Nachteile des Arrestschuldners eingreifen und den in Wirklichkeit nur bedingt bewilligten Befehl in einen unbedingten verwandeln, ohne eine Rechtsverweigerung zu begehen. Der Rekursbeklagte selbst hatte denn auch die Aufhebung der nachträglichen Kautionsauflage keineswegs aus dem vom Obergericht als massgebend erklärten Grunde, wegen der Unzulässigkeit der Erteilung eines Arrestes unter Vorbehalt, sondern ausschliesslich deshalb verlangt, weil die materielle Voraussetzung für das Verlangen nach Sicherheitsleistung — ungenügende Glaubhaftmachung der Arrestforderung — nicht vorliege. Das Unzulässige eines solchen Verfahrens wird umso augenscheinlicher, wenn man mit dem Obergerichte davon ausgeht, dass der Ausschluss einer nachträglichen Kautionsauflage durch die Arrestbehörde dem Arrestschuldner die Möglichkeit nicht nehme, jene dennoch zu erzwingen, weil ihm dazu das Mittel der Arrestaufhebungsklage nach Art. 279 SchKG d. h. eines dahingehenden Begehrens beim Arrestaufhebungsrichter offen bleibe. Wäre der Arrest hier vom Einzelrichter von vorneherein unbedingt bewilligt worden, so hätte der Rekurrent dementsprechend dagegen jenes Rechtsmittel ergreifen können. Nachdem der Einzelrichter tatsächlich denselben nur unter Kautionsvorbehalt gewährt, d. h. dem Rekurrenten die Befugnis gewahrt hatte, die Kautionsfrage bei der Arrestbehörde selbst noch anhängig zu machen und zur Entscheidung zu bringen, bestand für jenes Vorgehen kein Grund. Zur Zeit aber, als das Obergericht über den Rekurs gegen die nachträgliche Kautionsauflage entschied und ihn guthiess, war die Anhebung der Arrestaufhebungsklage nicht mehr möglich, weil die Frist dazu nach Art. 279 längst abgelaufen war. Die hinterher erfolgte Unzu-

lässigerklärung des « Vorbehalts » hätte daher zur Folge, den Rekurrenten um ein Rechtsmittel zu bringen, das ihm ohne diesen zugestanden hätte. Ein solches nachträgliches Zurückkommen auf eine Verfügung, die von dem dadurch Betroffenen selbst nicht angefochten worden ist und nach der sich andererseits das weitere Vorgehen der Gegenpartei bestimmen musste, muss aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als unzulässig bezeichnet werden. Es stellt einen Eingriff in eine zu Gunsten dieser Partei geschaffene prozessuale Rechtslage dar, auf deren Bestand sie sich verlassen durfte, und kann vor Art. 4 BV nicht standhalten.

Die grundsätzliche Auffassung des Obergerichts über die Gesetzwidrigkeit des sog. « Kautionsvorbehalts » braucht deshalb auf ihre Haltbarkeit nicht nachgeprüft zu werden. Da es sich um eine Frage des Bundesrechts handelt, die nur auf diesem Wege der Entscheidung einer Bundesinstanz unterstellt werden kann, mag immerhin bemerkt werden, dass eine solche Verweisung des Schuldners auf die Arrestaufhebungsklage als einzigen Weg zur Geltendmachung des Kautionsanspruchs jedenfalls die Möglichkeit voraussetzen würde, jenes Rechtsmittel auch ohne Bestreitung des Arrestgrundes selbst, lediglich für die Erledigung der Kautionsfrage zu benützen. Sonst würde für den Arrestschuldner, der das Vorliegen des Arrestgrundes sachlich nicht in Abrede stellen kann, wie es z. B. für den Fall des Wohnsitzes im Auslande zutrifft, da andererseits eine Anhörung des Schuldners vor der Arresterteilung nicht stattzufinden pflegt und regelmässig nicht stattfinden kann, eine Ungleichheit in der prozessualen Rechtsstellung und Behandlung entstehen, die mit Art. 4 BV nur dann als vereinbar betrachtet werden könnte, wenn sich aus den einschlägigen Bestimmungen der Bundesgesetzgebung, d. h. des SchKG, selbst zwingend ergäbe, dass sie von ihm gewollt ist. Dies ist aber offenbar nicht der Fall. Die vom Obergericht angeführte Bestimmung des Art. 279

Abs. 1 SchKG kann dafür kaum angerufen werden, da sie nur ein anderes Rechtsmittel als die Arrestaufhebungsklage seitens des Schuldners gegen die Bewilligung des Arrestes ausschliesst, woraus sich für die andere Frage, ob nicht jene Bewilligung auch bloss unter Bedingungen geschehen könne, noch kein zwingender Schluss ergibt. Hierum handelt es sich aber hier.

Das gegen das obergerichtliche Urteil gerichtete Beschwerdebegehren ist demnach in der Meinung gutzuheissen, dass das Obergericht die vom Einzelrichter verfügte nachträgliche Kautionsauflage materiell auf ihre Begründetheit zu untersuchen hat und sie nicht aus dem im angefochtenen Entscheide geltend gemachten formellen Grunde als unzulässig erklären darf.

*Demanch erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde gegen den Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 1920 wird abgewiesen. Die Beschwerde gegen das obergerichtliche Urteil vom 16. Januar 1920 wird gutgeheissen und dasselbe aufgehoben.

Vgl. auch Nr. 65. — Voir aussi n° 65.

## II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

#### 65. Urteil vom 17. Dezember 1920

##### i. S. Wirtverein des Kantons Bern gegen Regierungsrat Bern.

Eine anfechtbare Verfügung i. S. von Art. 178 OG liegt nicht in der Weigerung der verordnenden Behörde, auf eine von ihr erlassene Verordnung zurückzukommen, oder in der Ablehnung einer an den Kanton gestellten Schadenersatzforderung durch die Regierung als Vertreter des Staates. — Verordnung, wodurch die von der Maul- und Klauenseuche bedrohten oder schon betroffenen Gemeinden ermächtigt werden, die Wirtschaften auf ihrem Gebiete zu schliessen. Angebliche verfassungsmässige Abhängigkeit einer solchen Massnahme von der Anerkennung der Schadenersatzpflicht gegenüber den Betroffenen. Verfassungsmässigkeit der Massregel an sich nach Art. 4, 31 und 69 BV, Art. 89 bernische KV (Eigentumsgarantie).

A. — Am 27. Mai 1920 erliess der Regierungsrat des Kantons Bern « mit Rücksicht darauf, dass die Maul- und Klauenseuche im Gebiete des Kantons neuerdings eine grosse Ausdehnung erfahren hat und der Kampf dagegen mit der grössten Kraft geführt werden muss, gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen von 1872 und die Vollziehungsverordnung hiezu vom 14. Oktober 1887, sowie in Anwendung von Art. 39 Abs. 2 der Staatsverfassung », einen im kantonalen Amtsblatt vom 1. Juni 1920 bekanntgemachten Beschluss, dessen Ziffern 11 und 13 lauten :

« 11. In unmittelbar von Seuchengefahr bedrohten oder verseuchten Ortschaften kann von den zuständigen Gemeindebehörden mit Bewilligung des Regierungsrats vorübergehend die Schliessung der