

rechtlich zu behandeln wäre. Vgl. BGE 49 I 46 f.). Vom bundesrechtlichen Standpunkt aus hat man es daher bei dem Gewinn des Rekurrenten aus dem Bau der vier Häuser in Basel nicht zu tun mit Wertzuwachs auf Liegenschaften, Liegenschaftsertrag im weitern Sinne, der in Basel als dem Orte der Liegenschaften besteuert werden könnte, sondern mit einem Teilertrag des Geschäftsbetriebs des Rekurrenten, der ausschliesslich in Olten als dem Orte, wo das Geschäft sich befindet, der Besteuerung unterliegt.

Die praktischen Bedenken, die der Regierungsrat von Baselstadt gegen diese Lösung geltend macht, erscheinen nicht als stichhaltig. Die Besteuerung des Wertzuwachses auf Liegenschaften im eigentlichen Sinn bleibt auch auswärts wohnenden Eigentümern gegenüber unberührt, und was die basellandschaftlichen Bauunternehmer anlangt, die auf eigene Rechnung in Basel Bauten errichten, ohne einen steuerpflichtigen Gewerbebetrieb daselbst zu haben, so geht es eben bundesrechtlich nicht an, dass Baselstadt sie für einen Teil ihres Geschäftsgewinns besteuert, und es kann dieses Verbot nicht dadurch umgangen werden, dass die Besteuerung in die Form der Einkommenssteuer auf Wertzuwachs gekleidet wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird dahin gutgeheissen, dass die angefochtene baselstädtische Steuerauflage aufgehoben wird und der Kanton Baselstadt dem Rekurrenten die bezogene Steuer von 1638 Fr. 50 Cts. zurückzuerstatten hat.

VI. GERICHTSSTAND

FOR

35. Urteil vom 1. Juni 1928

i. S. Otto gegen Bern, Appellationshof.

Bundesrechtlicher, dem Art. 59 BV derogierender Gerichtsstand am Wohnsitz des klagenden Ehegatten für die Verfügungen nach Art. 169, 170 ZGB, auch soweit sie die Festsetzung von vermögensrechtlichen Forderungen (Unterhaltsansprüchen) an den anderen Ehegatten zum Gegenstand haben. Geltung auch für ausländische Ehegatten, von denen der Kläger seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, oder analoge Anwendung des Scheidungsgerichtsstandes der Haager Konvention, wenn die Ehegatten einem Konventionsstaate angehören? Die Voraussetzung einer kant. ZPO für die Vollstreckung ausländischer Urteile, dass das Urteil von einem nach den Grundsätzen des schweiz. Rechts zuständigen Richter erlassen sein muss, darf ohne Willkür als erfüllt betrachtet werden, sobald sich auch der Ort, wo nach internem schweiz. Recht die Klage hätte erhoben werden müssen, im Urteilsstaate befunden haben würde.

Nach § 1360 des deutschen BGB hat der Mann der Frau nach Massgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Leben die Ehegatten getrennt, so ist, solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren: die Unterhaltungspflicht fällt weg oder beschränkt sich auf die Zahlung eines Beitrages, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse, sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht (§ 1361). Verweigert werden kann die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1353 u. a., wenn der sie verweigernde Ehegatte berechtigt wäre auf Scheidung zu klagen.

In Anwendung dieser Bestimmungen verpflichtete das Landgericht Offenburg (Land Baden) auf eine von der heutigen Rekursbeklagten Frau Frieda Otto geb. Himmelsbach am 5. Februar 1920 eingereichte und dem Beklagten am 28. Juni 1920 zugestellte Klage deren Ehemann, den heutigen Rekurrenten Ernst Otto, an die Klägerin eine vierteljährlich vorauszahlbare Rente zu entrichten, deren Höhe sich aus der jährlichen Grundzahl 4000 vervielfacht mit der jeweils gültigen Reichsindexziffer für Lebenshaltungskosten mit Bekleidung bestimmen sollte. Die Ehegatten Otto, deutsche Staatsangehörige, hatten zuletzt zusammen in Oberweier, Landgerichtssprengel Offenburg, gewohnt. Im April 1919 verliess die Ehefrau die eheliche Wohnung wegen ehebrecherischer Beziehungen des Rekurrenten zu einer E. H. und begab sich mit den Kindern nach Freiburg i. B., wo sie noch wohnt. Der Rekurrent befindet sich seit Dezember 1919 in der Schweiz. Er hielt sich hier zuerst in St. Moritz, dann in Zürich und wieder in St. Moritz auf. Seit Dezember 1922 wohnt er in Bern und bekleidet dort gegenwärtig eine Anstellung.

Auf Berufung des Rekurrenten bestätigte das badische Oberlandesgericht in Karlsruhe zunächst durch Teilurteil vom 11. April 1924 die erstinstanzliche Entscheidung, soweit es sich um die Unterhaltspflicht bis Ende 1921 handelte. Für die Zeit vom 1. Januar 1922 an änderte es dagegen durch ein weiteres Teilurteil vom 26. Februar 1925 das landgerichtliche Urteil dahin ab, dass es die Unterhaltsrente auf monatlich 200 RM, vierteljährlich vorauszahlbar mit Zins zu 5% jeweilen vom Verfallstag festsetzte. Die Revisionen gegen diese beiden Teilurteile wurden vom Reichsgericht zurückgewiesen.

Im Oktober 1927 kam die Rekursbeklagte beim Appellationshof des Kantons Bern um Vollstreckbarerklärung des dadurch rechtskräftig gewordenen zweiten Teilurteils des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 26. Februar 1925 im Kanton Bern ein. Durch Entscheid

vom 24. November 1927 entsprach der Appellationshof diesem Gesuche entgegen dem Einspruche des heutigen Rekurrenten.

Mit dem vorliegenden staatsrechtlichen Rekurse verlangt der Ehemann Ernst Otto die Aufhebung dieser Vollstreckungsbewilligung wegen Verletzung von Art. 59 und 4 BV (willkürlicher Missachtung von Art. 401 Ziff. 2 der bernischen ZPO).

Der Appellationshof des Kantons Bern hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Die Rekursbeklagte Frau Frieda Otto geb. Himmelsbach hat auf Abweisung des Rekurses geschlossen.

Art. 401 Ziff. 2 der kant. ZPO macht die Vollstreckungsbewilligung für ausländische Urteile u. a. davon abhängig: « dass das Urteil von einem nach den Grundsätzen des schweiz. Rechts zuständigen Gerichte erlassen ist. »

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Gegenstand des vollstreckbar erklärten Urteils des Oberlandesgerichts Karlsruhe bildet die Regelung der Unterhaltspflicht des Ehemannes gegenüber seiner von ihm berechtigterweise getrennt lebenden Ehefrau, also eine Anordnung, die nach schweizerischem Recht unter Art. 169, 170 ZGB, insbesondere den dritten Absatz des letzteren Artikels fielen. Der angefochtene Entscheid nimmt an, dass dafür zwar grundsätzlich Art. 59 BV Anwendung finden würde, sofern das ZGB keine andere Ordnung des Gerichtsstandes enthalte, da der Begriff der persönlichen Ansprachen im Sinne der Verfassungsvorschrift auch die auf familienrechtlicher Grundlage beruhenden Forderungsklagen einschliesse. Er hält aber dafür, dass der erwähnte Vorbehalt zutreffe, indem die in Art. 144, 145 ZGB für den verwandten Tatbestand des Scheidungsprozesses getroffene Regelung dazu führen müsse, denselben ausnahmsweisen Gerichtsstand zu-

gunsten des Klägers auch bei Art. 169, 170 als gewollt zu unterstellen und anzunehmen. Der Appellationshof befindet sich damit in Übereinstimmung mit dem (nicht veröffentlichten) Urteile des Bundesgerichts in Sachen Morano vom 23. September 1927, wo gegenüber der Anfechtung einer gleichen Anordnung, die vom Richter am schweizerischen Wohnsitz der klagenden, getrennt lebenden Ehefrau getroffen worden war, ausgeführt wurde: « Es handelt sich um eine Verfügung nach Art. 169 ZGB. Das ZGB sagt nicht, welcher Richter zuständig sei, wenn die Ehegatten in verschiedenen Gerichtsprengeln oder Kantonen wohnen. Doch muss nach der Natur der zu treffenden Verfügungen angenommen werden, der Bundesgesetzgeber habe die Bestimmung des zu ihrem Erlass zuständigen Richters nicht den Kantonen überlassen wollen (vgl. STAUFFER, Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz S. 55 ff.). Es handelt sich also um eine Lücke im Gesetz, die in Analogie zu Art. 144 ZGB dahin auszufüllen ist, dass der Richter am Wohnsitz des klagenden Ehegatten zuständig sei (so auch GMÜR, Kommentar zu Art. 169, Nr. 21), umsoher als die Verfügung nach Art. 169 oft in eine solche nach Art. 145 übergeht. Art. 59 BV, den der Rekurrent in diesem Zusammenhang anruft, ist gegenüber einer bundesgesetzlichen Gerichtsstandsnorm nicht anwendbar.» Es besteht kein Anlass, die Frage heute anders zu entscheiden (vgl. im gleichen Sinne noch SCHLATTER, Schutz der ehelichen Gemeinschaft S. 106 ff., Urteile des luzernischen, bernischen und thurgauischen Obergerichts in Zeitschr. des bernischen Juristenvereins Bd. 54 S. 327 Nr. 6, Bd. 56 S. 176; Schweiz. Juristenzeitung Bd. 20 S. 101 Nr. 74, während die in der letzteren Zeitschrift Bd. 14 S. 346 Nr. 305, Bd. 18 S. 212 veröffentlichten Entscheidungen des Strafgerichts Basel-Stadt und des Obergerichts Zürich sich dagegen und für den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten aussprechen). Dass die Art. 144, 145 ZGB,

worauf in den beiden letzterwähnten Entscheidungen Gewicht gelegt wird, sich im Titel « Ehescheidung » des Gesetzes, Art. 169, 170 dagegen im Titel « Wirkungen der Ehe im allgemeinen, E. Schutz der Gemeinschaft » finden, und dadurch in einen äusserlichen Gegensatz gebracht sind, steht der im Urteile Morano und im vorliegenden Falle vom bernischen Appellationshof vertretenen Lösung nicht entgegen, wenn die Wesensgleichheit oder doch -verwandtschaft zwischen den am einen und anderen Orte vorgesehenen richterlichen Massregeln eine gleiche Behandlung auch hinsichtlich der Gerichtsstandsfrage als geboten und vom Gesetzgeber vorausgesetzt erscheinen lässt. Auch Art. 145 ZGB hat seine Grundlage in einer Bestimmung des Titels « Wirkungen der Ehe im allgemeinen », nämlich in Art. 170 Abs. 2, der nach Einreichung einer Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe jeden Ehegatten für die Dauer des Rechtsstreites zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt erklärt. Erst aus der Verbindung mit dieser Bestimmung ergibt sich der wirkliche Sinn des Art. 145 und die Stellung, die dem Richter in dem hier vorgesehenen Verfahren zukommt, indem daraus folgt, dass sich sein Ermessen hinsichtlich der « Notwendigkeit » und Angemessenheit der begehrten Massregeln nicht etwa auch auf die Gestattung des Getrenntlebens selbst, sondern nur auf die Art seiner Durchführung, die nähere Ausgestaltung der weiteren Anordnungen bezieht, die es mit sich bringen muss. Im Falle des Art. 145, wie des Art. 170 Abs. 1 und 3 ZGB handelt es sich demnach sachlich um das Gleiche: die Ordnung der rechtlichen Folgen einer berechtigten Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes durch einen Ehegatten bei noch bestehendem Ehebande und ohne dass eine Trennung der Ehe im Sinne von Art. 143, 147 erfolgt wäre. Der Unterschied liegt einzig darin, dass im einen Falle (Art. 145) zum Nachweis der Berechtigung des Getrenntlebens

schon die Hängigkeit einer Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe genügt, während im andern (Art. 170 Abs. 1) ein Mehreres, nämlich das Vorliegen von Umständen dargetan werden muss, die ein weiteres Zusammenleben als Gefährdung der Gesundheit, des guten Rufs oder des wirtschaftlichen Auskommens eines Ehegatten erscheinen lassen würden. Dies bringt denn auch das Gesetz schon äusserlich dadurch zum Ausdruck, dass es in Art. 170 Abs. 1 und 2 die beiden Tatbestände, die das Recht zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes geben, die Gefährdung im eben erwähnten Sinne und die Einreichung einer Scheidungs- oder Trennungsklage als gleichwertig nebeneinanderstellt und für beide anschliessend bestimmt, dass wenn die Voraussetzungen zu einer solchen Aufhebung gegeben seien, der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Unterhaltsbeiträge des einen an den anderen festzusetzen habe. Unter diesen Umständen darf es aber als ausgeschlossen gelten, dass der eidg. Zivilgesetzgeber den Gerichtsstand für die betreffenden Massnahmen verschieden hätte geregelt wissen wollen, jenachdem sie im Anschluss an eine eingereichte Scheidungs- oder Trennungsklage oder ohne solche, ausschliesslich gestützt auf Art. 170 Abs. 1 begehrt werden, und im ersten Falle dem gesuchstellenden Ehegatten die Verfolgung seiner Ansprüche durch Zulassung der Geltendmachung vor dem Richter seines Wohnortes hätte erleichtern, im zweiten dagegen diese Vergünstigung versagen und ihn an den Richter des Wohnortes des beklagten Ehegatten verweisen wollen. Dies umsomehr, als das Vorgehen nach Art. 170 Abs. 1, worauf schon im Urteile Morano hingewiesen wurde, häufig nur eine Vorstufe zur Scheidungsklage bilden wird, mit der dann die betreffenden Verfügungen, soweit nicht ihre Abänderung beantragt und angeordnet wird, zugleich für die Dauer des Scheidungsprozesses die Wirkung vorsorglicher Massregeln im Sinne des Art. 145 annehmen. Der Rekurrent vermag denn auch nicht

darzutun noch ist sonst ersichtlich, dass der Zulassung des Gerichtsstandes des Wohnortes des Klägers bei der Scheidungsklage und den damit zusammenhängenden vorsorglichen Massregeln Erwägungen zugrunde liegen würden, die sich auf den Fall des Art. 170 Abs. 1 nicht ebensogut übertragen liessen und einer gleichen Behandlung desselben entgegenstehen würden. Die verwandtschaftliche Unterstützungspflicht der Art. 328, 329 ZGB beruht auf ganz anderen Grundlagen und Voraussetzungen als die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten, wie denn auch diese in Art. 328 unter den gegenseitig unterstützungspflichtigen Personen nicht genannt sind. Es kann daher auch aus der Regel des Art. 329 Abs. 3, wonach der Unterstützungsanspruch vor der zuständigen Behörde des Wohnsitzes des Pflichtigen geltend zu machen ist, entgegen der Ansicht des Rekurrenten, schon deshalb ein Rückschluss für den Tatbestand des Art. 170 Abs. 1 nicht gezogen werden, wie übrigens auch daraus erhellt, dass das Gesetz andererseits für die Vaterchaftsklage, auch die nur auf Unterhaltsbeiträge gerichtete, Mutter und Kind wiederum den Gerichtsstand des Wohnortes der Klagen Partei zur Zeit der Geburt (elektiv neben demjenigen des Wohnsitzes des Beklagten) zur Verfügung stellt.

Sind die Verfügungen nach Art. 169, 170 ZGB, selbst wenn sie die Festsetzung von vermögensrechtlichen Forderungen eines Ehegatten an den anderen zum Gegenstand haben, dergestalt durch bundesgesetzliche Gerichtsstandsnorm aus dem Kreise der persönlichen Ansprachen im Sinne von Art. 59 BV ausgeschieden worden, so kann aber ihr Erlass durch den Richter eines anderen Ortes als des Wohnsitzes des Beklagten überhaupt, grundsätzlich nicht mehr unter Berufung auf diese Verfassungsvorschrift angefochten werden, auch dann nicht, wenn jene Gerichtsstandsnorm zunächst nur internrechtliche Bedeutung haben und auf Ehegatten ausländischer Nationalität nicht sollte er-

streckt werden können. Wenn ihrer Anwendung auch auf die letzteren Hindernisse entgegenständen, könnten sie unter diesen Umständen jedenfalls nicht in der verfassungsmässigen Garantie des Wohnsitzrichters des Beklagten zugunsten des in der Schweiz wohnhaften Schuldners, sondern nur in davon unabhängigen Vorschriften des internationalen Privat- bzw. Prozessrechtes bestehen.

3. — Im angefochtenen Entscheide hat der Appellationshof diese Seite der Frage nicht übersehen. Er geht davon aus, dass nach Art. 32 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (N. u. A. G.) auch der in der Schweiz wohnhafte Ausländer für seine familienrechtlichen Beziehungen dem inländischen Rechte und der inländischen Gerichtsstandsordnung unterstehe, soweit nicht dieses Gesetz besonders einen Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts und der heimatlichen Gerichtsbarkeit mache. Zu den Materien, für die mangels eines solchen Vorbehalts jene allgemeine Kollisionsregel gelte, gehöre auch die Unterhaltspflicht (Alimentenklage) zwischen Ehegatten (BGE 34 I S. 316). Eine bundesgesetzliche Gerichtsstandsnorm, die für derartige Klagen internrechtlich den Richter des Wohnsitzes des klagenden Ehegatten zuständig erkläre, müsse daher auch gegenüber ausländischen Ehegatten Anwendung finden, mögen nun beide in der Schweiz wohnen oder nur der klagende Teil hier seinen Wohnsitz haben. Seien die schweizerischen Gerichte nach schweizerischer Rechtsauffassung zuständig zur Entgegennahme der Alimentenklage eines in der Schweiz wohnhaften Ausländers gegen seinen im Auslande wohnenden Ehegatten, so müsse aber umgekehrt auch die Zuständigkeit des Richters am ausländischen Wohnsitz des Klägers trotz Wohnsitz des Beklagten in der Schweiz anerkannt werden.

Der Rekurs ficht diese Ausführungen unter der Vor-

aussetzung, dass das ZGB für die Verfügungen nach Art. 169, 170 selbständig den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Klägers vorsähe, nicht an: da die angefochtene Entscheidung in dieser Beziehung sich auf das N. u. A. G. stützt, hätte die Anfechtung wohl auch nur durch zivilrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 2 OG und kaum durch staatsrechtlichen Rekurs erfolgen können. Er geht daran einfach vorbei, indem er geltend macht: wenn man auf solche Klagen den Scheidungsgerichtsstand analog als anwendbar betrachten wollte, wie es der Appellationshof tue, so könnte das analog anwendbare Scheidungsrecht alsdann nur das für die betreffenden Ehegatten geltende sein. Da die Parteien Deutsche seien, wäre massgebend hier im zwischenstaatlichen Verkehr also die Haager Ehescheidungskonvention. Nach ihr, Art. 5, hätte eine Ehescheidungsklage aber im vorliegenden Falle ebenfalls am Wohnsitz des Rekurrenten angestrengt werden müssen, so dass auch nur dieser Ort für die Klage auf Gewährung von Unterhaltsbeiträgen in Betracht kommen könnte. Auch die Haager Konvention sei schweiz. Recht im Sinne von Art. 401 Ziff. 2 der bernischen ZPO.

Nun geht aber der Sinn des angefochtenen Entscheides nicht dahin, dass die Zuständigkeit für Verfügungen nach Art. 169, 170 ZGB nach den für Scheidungsklagen massgebenden Grundsätzen zu bestimmen sei. In Frage steht vielmehr die Ausfüllung einer Lücke im Gesetze durch die Annahme eines der Eigenart des in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses angepassten besonderen Gerichtsstandes. Der so bestimmte Gerichtsstand ist ein eigener, selbständiger, auch wenn er sich am gleichen Orte befindet wie internrechtlich der Scheidungsgerichtsstand, so dass auch sein Geltungsgebiet in internationaler Beziehung selbständig nach der Natur der betroffenen Ansprüche selbst abgegrenzt werden muss und die Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht mit der oben

wiedergegebenen Begründung des Rekurses bekämpft werden kann. Auch die Heranziehung der Haager Konvention würde übrigens nicht zu dem vom Rekurrenten behaupteten Ergebnis führen. Einmal kann nach Art. 5 Ziff. 1 der Konvention die Scheidungsklage ausser beim Richter des Wohnsitzes in dem in Ziff. 2 umschriebenen Sinne auch bei der « nach dem Gesetze des Heimatstaates der Ehegatten zuständigen Gerichtsbarkeit » angestrengt werden. Dass dies hier ein anderes Gericht als das Landgericht Offenburg oder der badische Richter gewesen wäre, wird aber nicht behauptet. Sodann eröffnet Art. 5 Ziff. 2 die Möglichkeit der Erhebung der Klage auch beim Richter des letzten gemeinsamen ehelichen Wohnsitzes, wenn die Verlegung des Wohnortes von dort erst nach Eintritt eines Scheidungs- oder Trennungsgrundes erfolgt ist, ein Fall, der hier nach den Akten vorliegen würde. Letzter gemeinsamer Wohnsitz der Ehegatten Otto war aber unbestrittenermassen Oberweier im Landgerichtskreise Offenburg.

4. — Dass die Rekursbeklagte hier und nicht an ihrem Wohnsitz Freiburg i. B. als dem Orte geklagt hat, wo sich nach der vom Appellationshof für das interne schweizerische Recht angenommenen und anzunehmenden Regel der Gerichtsstand befunden haben würde, ist unerheblich, sobald beide Orte, der Wohnsitz der Klägerin zur Zeit der Klage und der letzte gemeinsame Wohnsitz in Deutschland lägen. Unter dem « nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechts zuständigen Gerichte » in Art. 401 Ziff. 2 der bernischen ZPO braucht nicht notwendig der Richter des Ortes verstanden zu werden, wo nach der schweizerischen Rechtsordnung ein gleicher Prozess in der Schweiz hätte durchgeführt werden müssen. Die Vorschrift kann sehr wohl, jedenfalls ohne Willkür auch bloss dahin ausgelegt werden, dass das Urteil von einem Gerichte eines Staates erlassen sein muss, dem nach den in der Schweiz über die internationale Abgrenzung der Jurisdik-

tionsgewalten herrschenden Anschauungen Gerichtsbarkeit über die Parteien für den streitigen Anspruch zukam, während die andere Frage, vom Richter welchen Ortes innert dieses Staates das Urteil ausging, sobald einmal die ausländische und nicht die schweizerische Justizhoheit gegeben war, für den Vollstreckungsstaat keine Rolle spielte und ausschliesslich die interne Zuständigkeitsordnung des Urteilsstaates berühre. Nur vom beschränkten Gesichtspunkte der Willkür und Rechtsverweigerung aus kann aber das Bundesgericht die vom Appellationshof in dieser Beziehung vertretene Auffassung nachprüfen, da die Ordnung der Voraussetzungen für die Vollstreckung ausländischer Urteile, von den aus Art. 59 BV sich ergebenden Schranken und staatsvertraglichen Vereinbarungen abgesehen, ausschliesslich Sache der kantonalen Gesetzgebung ist. Jene (auch im Kommentar LEUCH zum Gesetze vertretene) einschränkende Interpretation des Art. 401 Ziff. 2 ZPO und nicht die irrtümliche Voraussetzung, dass die Rekursbeklagte bei Erhebung der Klage noch in Oberweier, Landgerichtskreis Offenburg gewohnt habe, ist es aber, die dem angefochtenen Entscheide zugrunde liegt, wie sich unzweideutig aus Erw. 3 am Schlusse desselben ergibt (« kann nicht zweifelhaft sein, dass die Klägerin im fraglichen Zeitpunkt in Deutschland [also nicht etwa in Offenburg bezw. Oberweier] domiziliert war »). Sachlich befindet sich der Appellationshof damit in Übereinstimmung mit einer für den internationalen Rechtsverkehr immer mehr zum Durchbruch kommenden Ansicht, die u. a. auch den Vorschlägen der Haager Konferenz von 1925 zur Frage der internationalen Urteilsvollstreckung zugrunde liegt (vgl. MERZ, Die 5. Haager Konferenz für intern. Privatrecht S. 34, 48, ferner Annuaire de l'Institut de droit international 1921 S. 39). Im vorliegenden Falle bestehen gegen diese Lösung umsoweniger Bedenken, als das Oberlandesgericht Karlsruhe, dessen Urteil vollstreckt

werden soll, das zuständige Gericht zweiter Instanz zugleich auch für den Wohnsitz der Klägerin, Freiburg i. Breisgau war und das materiell anwendbare Recht bei einer Klage hier oder in Offenburg das gleiche blieb.

5. — Die Frage, ob wirklich der Beklagte zur Zeit der Erhebung oder Zustellung der Klage schon Wohnsitz im Rechtssinne in der Schweiz hatte oder nicht sein deutscher Wohnsitz (in Oberweier) damals noch als fortbestehend angesehen werden dürfte und müsste, braucht daher nicht geprüft zu werden, wie auch der Appellationshof sie offengelassen hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 36. — Voir aussi n° 36.

VII. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

36. Auszug aus dem Urteil vom 11. Mai 1928

i. S. Konkursmasse Nachtigall gegen Solothurn Schwurgericht

Art. 204, 207, 247-250 SchKG. Urteil des Strafrichters, wodurch der Gemeinschuldner in einer Strafsache, in der die Überweisung an den erkennenden Richter erst nach der Konkurseröffnung erfolgt war, adhäsionsweise zum Ersatz des aus der strafbaren Handlung entstandenen Schadens an die Zivilpartei verpflichtet wird. Aufhebung wegen Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 2 Übergangsbestimmungen zur BV) und eidgenössischer Gerichtsstandsvorschriften (Art. 189 Abs. 3 OG) in dem Sinne, dass das Urteil der Konkursmasse des Verurteilten nicht entgegengehalten werden kann.

A. — In dem Strafverfahren gegen Wyss, Karo und Nachtigall, auf das sich das Urteil des Bundesgerichts

in Sachen der heutigen Rekurrentin vom 1. Oktober 1927 (BGE 53 I 380) bezieht, wurden die drei Angeeschuldigten in der Folge dem solothurnischen Schwurgericht überwiesen und auf Grund des Wahrspruches der Geschworenen vom Schwurgerichtshof zu Zuchthausstrafen verurteilt; Wyss wegen Unterschlagung, Nachtigall wegen Anstiftung zu diesem Vergehen, Hehlerei und betrügerischen Konkurses. Die im Strafverfahren erhobenen Expertisen schätzten den Wert der Waren (Ebauches), die Wyss seit 1923 der Firma Ed. Kummer A.-G. entwendet und ohne Fakturierung dem Nachtigall hatte zukommen lassen, auf 443,496 Fr. 10 Cts. In der Verhandlung vor Schwurgericht stellte die Firma Kummer nach Verkündung des Wahrspruches der Geschworenen den Antrag, Wyss und Nachtigall seien solidarisch zum Ersatze dieser Summe an sie mit Zinsen zu verhalten, ferner hätten die drei Angeschuldigten ebenfalls solidarisch sie für Prozessumtriebe zu entschädigen. Der Schwurgerichtshof entsprach diesem Begehren, indem er in Dispositiv III seines Urteils vom 15. Dezember 1920 verfügte :

« III. Die Beklagten haben an die Firma Ed. Kummer A.-G. in Bettlach unter Solidarhaft eine Prozessentschädigung von 300 Fr. zu bezahlen, ferner an Schadenersatz Wyss und Nachtigall solidarisch 443,496 Fr. 10 Cts. zuzüglich Zinse zu 5 % auf den einzelnen Jahresbeträffen. »

Die Konkursmasse Nachtigall bzw. deren Verwaltung war zur Verhandlung vor Schwurgericht unbestrittenermassen nicht vorgeladen worden, noch war an sie vorher die Aufforderung ergangen, sich über den eventuellen Eintritt in den Prozess über den Zivilpunkt zu erklären. Für den Angeklagten Nachtigall hatte sich dessen Verteidiger Fürsprech Dr. G., der zugleich dem Gläubigerausschuss im Konkurs Nachtigall angehört, der Beurteilung der Schadenersatzklage im Strafverfahren mit der Begründung widersetzt, dass dem solothurnischen Richter nach dem Entscheide des Bundesgerichtes vom