

VI. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

9. Urteil vom 15. März 1917

i. S. Wellig gegen Sacco u. Einleitungsrichter Brig.

Bedeutung des Art. 182 Abs. 1 OG. — Art. 2 Ueb.-Best. zur BV: Die Bürgschaft zur Leistung von Prozesskostensicherheit untersteht als solche nicht dem kant. Prozessrecht, sondern den Art. 492 ff. OR.

A. — Das Gesetzbuch über die bürgerliche Prozessordnung des Kantons Wallis vom 30. Mai 1856 (bPO) erklärt in den Art. 339 und 340 den Kläger, sowie auch den appellierenden Beklagten pflichtig, « auf Anlangen » für die Prozesskosten genügsame Sicherheit zu leisten, und bestimmt ferner:

Art. 341. « Die Sicherheit kann durch Bürgschaft » oder durch Geldhinterlage oder, in deren Ermanglung, » durch Spezialverpfändung hinreichender Liegenschaften » geleistet werden. »

Art. 342. « Die Sicherheitsleistung geschieht mittelst » Hinterlage beim Aktuarate entweder des Geldes, oder » eines authentischen Bürgschaftsaktes, oder mittelst » einer Hypothekaussetzung. »

B. — In einem vor dem Einleitungsrichter des Bezirks Goms schwebenden Arrestprozess zwischen dem Unternehmer Sacco in Brig, dem heutigen Rekursbeklagten, und einem bei Prozessbeginn in Oberwald (Bezirk Goms) wohnhaften Elektriker Decoppet leistete der Rekurrent, Advokat Wellig in Brig, als Anwalt Decoppets wegen eines von diesem veranlassten Inzidenzverfahrens auf Verlangen der Gegenpartei Kosten-

sicherheit, indem er mit « Bot » des Einleitungsrichters vom 3. Oktober 1913 die unterschriftliche Erklärung abgab, er stelle sich für den Mandanten Decoppet als « Kostenbürge », und beifügte, die Verbürgung beschlage nur die Kosten betreffend die Inzidenz, nicht aber den Haupthandel. Der Inzidenzstreit wurde durch Berufungsurteil des Gerichtshofs des I. Kreises für den Bezirk Goms vom 2. April/16. Juni 1914 endgültig zu Ungunsten Decoppets entschieden und dieser in die Kosten des Verfahrens verfällt. Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamts Goms vom 23. Dezember 1914 leitete in der Folge Sacco gegen Decoppet, « früher in Oberwald, nun unbekanntem Aufenthalts », für den seinem Vertreter mit gerichtlichem « Bot » vom 7. Juli zuvor angezeigten Kostenbetrag von 154 Fr. 40 Cts. Betreibung ein und erhielt, nachdem der Schuldner sich auf die Zustellung des Zahlungsbefehls durch Publikation im Walliser Amtsblatt nicht hatte vernehmen lassen, am 18. Januar 1915 einen Pfändungsverlustschein für Kapital, Zinsen und Kosten von insgesamt 165 Fr. 15 Cts. Diesen Betrag setzte er sodann, mit Zahlungsbefehl vom 17. November 1916, gegen den Advokaten Wellig als Kostenbürgen gestützt auf die Urkunde vom 3. Oktober 1913 in Betreibung. Wellig erhob Rechtsvorschlag und brachte gegenüber dem Rechtsöffnungsbegehren Saccos folgende, schon in der Rechtsvorschlagserklärung skizzierte Einwendungen vor:

1. Der angerufene Bürgschaftstitel sei nichtig, weil darin, in Missachtung des Art. 493 OR, kein Maximum angegeben und verlangt worden sei.

2. Der Bürge hafte sowieso nicht für die Kosten der Betreibung Decoppets; denn diese sei am unrichtigen Ort erfolgt, da Decoppet zur Zeit der Betreibungsanhebung seinen Wohnsitz bereits nicht mehr in Oberwald, sondern, wie Sacco nach den Prozessakten habe wissen müssen, in Lausanne gehabt habe.

3. In das der Forderung zu Grunde liegende Kosten-

verzeichnis seien unbegründeterweise 6 Posten im Gesamtbetrage von 39 Fr. 45 Cts., die sich nicht auf das Inzidenzverfahren bezögen, mit aufgenommen worden. Sie könnten jedenfalls dem Bürgen gegenüber nicht geltend gemacht werden, da das Kostenverzeichnis ihm nicht notifiziert worden sei.

Mit Entscheidung vom 29. November 1916 verwarf der Einleitungsrichter des Bezirks Brig als Rechtsöffnungsbehörde diese Einwendungen und erkannte:

« Die angebehrte Rechtsöffnung wird gewährt; der » Betriebene trägt die Kosten des Verfahrens, Herrn Adv. » Eschers 3 Fr. »

Der Entscheid beruht auf wesentlich folgenden Erwägungen: Die Kostenbürgschaftsleistung des Advokaten Wellig im « Bot » vom 3. Oktober 1913 entspreche den Vorschriften der Art. 339 und 342 wall. bPO, sowie den Rechtsgepflogenheiten. Die Prozessbürgschaft habe öffentlich-rechtlichen Charakter. Sie werde vom schweizerischen Privatrecht (OR) nicht berührt, sondern unterstehe der kantonalen Gesetzgebung, speziell dem Prozessrecht. Mit dessen Wesen sei sie eng verknüpft; denn es handle sich dabei nicht um eine freiwillige, sondern um eine, in jedem Prozess-Stadium unter bestimmten Rechtsfolgen erzwingbare Leistung. Dass das kantonale Prozessrecht sie regiere, spreche auch CURTI (gemeint ist: FICK) in seinem Kommentar zum OR, Ziff. 38 auf S. 946, aus. Eine ziffermässige Vorausbestimmung des Kostenbetrages wäre bei der Ungewissheit der Ausdehnung der Prozesse, des Eintretens von Zwischenfragen usw. kaum möglich; es bestände dabei die Gefahr, immer neue Bürgschaften leisten oder verlangen zu müssen, was unbedingt nicht dem Sinne des Gesetzes entspreche. Hier liege nun ein rechtskräftiges, vollstreckbares Kostenverzeichnis vor, das den Advokaten Wellig und Perrig lange vor Niederlegung ihres Mandates als Vertreter Decoppets angezeigt worden sei. Wellig

habe somit volle Kenntnis von den Kosten gehabt. Einer besonderen Anzeige an ihn als Bürgen habe es nicht bedurft; vielmehr sei das Kostenverzeichnis durch das Stillschweigen der Mandatare rechtskräftig und sowohl für Decoppet, als auch für dessen Bürgen verbindlich geworden. Decoppet sei laut Verlustschein an seinem früheren Wohnsitz Oberwald fruchtlos betrieben worden. Diese Ausklagung des Schuldners wäre nach dem kantonalen Zivilgesetzbuche (Art. 1798) nicht nötig gewesen, könne aber als Schonung für den Bürgen aufgefasst werden.

C. — Gegenüber dem vorstehenden (laut Art. 11 Abs. 2 wall. EG z. SchKG an sich endgültigen) Rechtsöffnungsentscheide hat Advokat Wellig das Bundesgericht angerufen, und zwar zunächst im Wege der zivilrechtlichen Beschwerde wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts, auf die jedoch durch Urteil vom 24. Januar 1917 nicht eingetreten worden ist, weil keine Zivilsache im Sinne des Art. 87 OG vorliege, und hierauf, noch rechtzeitig, im Wege des staatsrechtlichen Rekurses. Dieser enthält den Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren Saccos abzuweisen, eventuell die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen... Zur Begründung wird, als Verletzung des Art. 4 BV, wesentlich geltend gemacht:

1. Der Einleitungsrichter von Brig gewähre auf Grund von Kostenbürgschaften bald provisorische, bald definitive Rechtsöffnung; die hier gewährte definitive trage daher eine eklatante Rechtsungleichheit zur Schau. Zudem liege überhaupt reine Willkür darin, bei Bürgschaften definitive Rechtsöffnung zu gewähren, da hiefür laut Art. 82 SchKG nur provisorische Rechtsöffnung gewährt werden dürfe.

2. Ferner liege Justizverweigerung vor, weil der Rechtsöffnungsrichter diejenigen Posten des Kostenverzeichnisses, welche nicht auf die angeblich verbürgte

Inzidenz Bezug hätten, sowie auch die Kosten der offenbar am unrichtigen Ort durchgeführten Betreibung gegen Decoppet, auf welche die Bürgschaft sich gewiss nicht erstrecke, nicht ausgeschaltet habe.

3. Endlich habe sich der Rechtsöffnungsrichter der willkürlichen Gesetzesauslegung dadurch schuldig gemacht, dass er annehme, die Prozesskostenbürgschaft werde durch die Art. 339 und 342 wall. bPO unter Ausschluss des schweiz. OR regiert. Diese Prozessvorschriften sprächen sich über Voraussetzungen und Inhalt der Bürgschaft nicht aus, sondern hiefür sei eben das OR massgebend, gleichwie für die dort neben der Bürgschaft noch vorgesehenen Prozesskostenhypothek unzweifelhaft das ZGB.

D. — Der Rekursbeklagte Sacco hat Abweisung des Rekurses beantragt. Es handle sich nach der Rekursbegründung, wird eingewendet, in Tat und Wahrheit einfach um angebliche Verletzung der Art. 82 SchKG und 492 ff OR, also privatrechtlicher Vorschriften. Von einer Verfassungsverletzung könne nicht die Rede sein. Dem Rekurs stehe daher Art. 182 OG entgegen. Zudem habe tatsächlich auch keine Gesetzesverletzung stattgefunden. Die Rechtsöffnung sei gewährt worden auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, nämlich der gesetzmässig notifizierten und in Rechtskraft erwachsenen Kostenliste, und werde somit eine definitive ein. Auf die Bemängelung des Umfangs der Kostenforderung habe der Rechtsöffnungsrichter nicht mehr eintreten können, noch viel weniger könne dies das Bundesgericht tun. Und bei seinem Entscheide, dass die Prozesskostenbürgschaft öffentlich-rechtlichen Charakter habe und der kantonalen Gesetzgebung unterstellt sei, habe der Rechtsöffnungsrichter trotzdem auch die Frage geprüft, ob der verbürgte Betrag in Zahlen angegeben sein müsse, um dem OR Genüge zu leisten, komme aber zum Schlusse, dass der Sinn des Gesetzes nicht der sein könne. Wenn also auch das OR, nicht das kantonale Recht, die vor-

liegende Bürgschaft regeln würde, so wäre die Gültigkeitseinrede des Rekurrenten nach dem Rechtsöffnungsrichter unhaltbar, und sollte dieser letztere den Art. 493 OR unrichtig ausgelegt haben, so bestände deswegen doch kein Grund für einen staatsrechtlichen Rekurs. Nun habe aber auch das Bundesgericht mit Urteil vom 14. April 1916. (AS 42 II N° 23 Erw. 3 S. 152 f.) festgestellt, dass dem Art. 493 OR Genüge geschehe, wenn sich die verbürgte Summe nur durch eine rechnerische Operation oder eine logische Ueberlegung bestimmen lasse. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt, da der Rekurrent den verbürgten Kostenbetrag an Hand des Tarifs habe voraussehen können.

E. — Auch der Rechtsöffnungsrichter hat auf Abweisung des Rekurses angetragen. Er hält an den Erwägungen des angefochtenen Entscheides fest und schliesst sich ferner auch den Ausführungen des Rekursbeklagten an.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Der Rekursbeklagte und mit ihm der Rechtsöffnungsrichter halten dem Rekurrenten zu Unrecht die Bestimmung des Art. 182 OG entgegen. Diese schliesst nach feststehender Auslegung (so AS 40 I N° 49 S. 433) den staatsrechtlichen Rekurs nur insoweit aus, als das Bundesgericht wegen angeblicher Verletzung privatrechtlicher oder strafrechtlicher Vorschriften eidgenössischen Rechts auf einem andern Wege (vermitteltst der Berufung, der zivilrechtlichen Beschwerde oder der strafrechtlichen Kassationsbeschwerde) angegangen werden kann, was hier bezüglich der in dieser Hinsicht allein in Frage kommenden Vorschriften des OR über die Bürgschaft nach dem zivilrechtlichen Inkompetenzentscheide des Bundesgerichts vom 24. Januar 1917 feststehendermassen nicht der Fall ist. Daneben ist auch auf diesem Rechtsgebiete eine selbständige Beschwerde über Ver-

letzung verfassungsmässiger Rechte zulässig. Und diesem Erfordernis entspricht der vorliegende Rekurs, indem darin ausdrücklich Art. 4 BV und, was den Hauptbeschwerdegrund der Nichtberücksichtigung des Art. 493 OR betrifft, wenigstens der Sache nach auch der in Art. 2 Ueb.-Best. z. BV enthaltene Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht als verletzt bezeichnet wird. Aus Art. 2 Ueb.-Best. z. BV hat das Bundesgericht von jeher ebenfalls ein Individualrecht abgeleitet und dessen Schutz gewährt, selbst wenn die Verfassungsbestimmung nicht ausdrücklich angerufen war (so z. B. neuestens mit Urteil vom 20. Oktober 1916 i. S. Eidg. Bank gegen Konkursmasse der Spar- und Leihkasse Bremgarten und Obergericht des Kantons Aargau: AS 42 I N^o 47 S. 360 f.). Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

2. — Bei Beurteilung der Frage, ob die vom Rekurrenten übernommene Prozesskostenbürgschaft dem kantonalen der dem eidgenössischen Recht unterstehe, muss zwischen der Pflicht der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten an sich und der Erfüllung dieser Pflicht durch Bürgschaftsbestellung unterschieden werden. Was der Rechtsöffnungsrichter vom Zusammenhang der «Prozessbürgschaft» mit dem kantonalen Prozessrecht sagt, gilt unbestreitbar für die Pflicht der Kostensicherheitsleistung als solche: Sie bildet in der Tat einen Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Prozessverhältnisses und wird deshalb an sich nach Voraussetzungen, Inhalt und Rechtswirkungen durch das einschlägige kantonale Recht, insbesondere die Art. 339 ff. wall. bPO, bestimmt. Andererseits aber ist die Bürgschaft ein privatrechtliches Institut, das die eidgenössischen Vorschriften der Art. 492 ff. OR, und zwar mangels eines ausdrücklichen Vorbehalts zu Gunsten des kantonalen Rechts ausschliesslich, regeln (vergl. über diesen allgemeinen Grundsatz der Abgrenzung eidgenössischer und kantonalen Rechtshoheit z. B. AS 37 I N^o 10 Erw. 3

S. 45). Jene Vorschriften sind also auch massgebend für die Verbürgung von Verbindlichkeiten kantonal- und öffentlich-rechtlicher Natur (so die Kommentare des OR: OSER, Vorbemerkung zum Titel der Bürgschaft, Ziffer 2, S. 853 und Anmerkung 1 zu Art. 504; FICK, Vorbemerkung zum Titel der Bürgschaft, Ziffer 3, S. 944, während die vom Rechtsöffnungsrichter angerufene Ziffer 38 ebenda nicht auf den Gegensatz von eidgenössischem und kantonalem Recht, sondern auf die örtliche Rechtsanwendung bei zwischenstaatlichen Verhältnissen Bezug hat). Wenn daher Art. 341 wall. bPO bestimmt, dass die Prozesskostensicherheit u. a. durch Bürgschaft geleistet werden kann, so wird damit in dem Sinne auf das eidgenössische Bürgschaftsrecht abgestellt, dass der Akt der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft den bundesrechtlichen Erfordernissen einer Bürgschaftsurkunde entsprechen muss. Hiezu gehört nach Art. 493 OR die Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen. Dieses Erfordernis hat nun der Rechtsöffnungsrichter hier nicht anerkannt und sich deshalb, entgegen der Behauptung des Rekursbeklagten, auch nicht darüber ausgesprochen, ob es erfüllt sei, sondern es ausdrücklich als für die Prozesskostenbürgschaft nicht passend und nicht im Sinne des von ihm ausschliesslich in Betracht gezogenen kantonalen Rechts liegend abgelehnt. Damit hat er, in Anwendung dieses kantonalen Rechts, massgebendes eidgenössisches Recht missachtet und so gegen Art. 2 Ueb.-Best. z. BV verstossen. Aus diesem Grunde ist sein Entscheid in der Meinung aufzuheben, dass er den Einwand der Nichtigkeit der streitigen Bürgschaftsverpflichtung an Hand des Art. 493 OR zu prüfen hat, wobei dann auch zu erwägen sein mag, ob der Rekurrent in seiner doppelten Eigenschaft als Anwalt und als Bürge mit diesem Einwande nach Treu und Glauben überhaupt zu hören sei.

3. — Nach der vorstehenden Erwägung bedürfen die weiteren Rekursargumente vorläufig keiner Erörterung,

da ihre praktische Bedeutung vom neuen grundsätzlichen Entscheide des Rechtsöffnungsrichters abhängt. Sollte dieser letztere neuerdings zur Abweisung des Nichtigkeitseinwandes des Rekurrenten gelangen, so hätte er sich zuerst wiederum mit den jenen Argumenten zu Grunde liegenden Behauptungen zu befassen, also die Frage der betriebsrechtlichen Bedeutung des vorliegenden Kostenverzeichnisses gegenüber dem Rekurrenten als Bürgen, sowie die Frage, ob nicht die Haftung des Rekurrenten speziell für die Kosten der erfolglosen Ausklagung des Hauptschuldners Decoppet ausgeschlossen wäre, wenn diese Ausklagung wirklich aus Versehen des Gläubigers am unrichtigen Orte stattgefunden haben sollte, nochmals zu prüfen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Der Rekurs wird gutgeheissen und der Rechtsöffnungsentscheid des Einleitungsrichters des Bezirkes Brig vom 29. November 1916 im Sinne der Erwägungen aufgehoben.

VII. AUSLIEFERUNG

EXTRADITION

10. Arrêt du 9 mars 1917

dans la cause en extradition **Rabbat et Limoge.**

Traité franco-suisse d'extradition: il est applicable même lorsque l'individu recherché n'a pas été de France en Suisse, mais se trouve en Suisse à la suite de son expulsion du territoire français.

En cas de délit continu commis à la fois en France et en Suisse ainsi qu'en cas d'activité délictueuse déployée en

Suisse, mais dont les effets se sont produits en France, les tribunaux suisses sont compétents pour statuer sur l'ensemble du délit et l'extradition à l'Etat étranger doit par conséquent être refusée.

A. — Le 23 novembre 1916 ont été arrêtés à Genève Rabbat Gabriel, né le 15 mars 1883, banquier, ressortissant turc, et Limoge Philippe, né le 29 juillet 1857, représentant, ressortissant français. Le 5 décembre l'Ambassade de France en Suisse a réclamé l'extradition des deux prévenus. A cette demande étaient joints trois mandats d'arrêt décernés par le Juge d'instruction près le Tribunal de la Seine.

1. Le premier de ces mandats d'arrêt concerne Rabbat seul qui est inculqué d'escroquerie, abus de confiance et tentatives d'escroquerie à raison des faits relatés comme suit :

a) Affaire Farge.

Rabbat a reçu à Paris la visite d'un nommé Farge, paysan illettré et l'a engagé à acheter des parts de la Banque universelle donnant de gros bénéfices et dont il lui assurerait la représentation pour l'Auvergne ; il a préparé et fait signer par Farge une lettre par laquelle celui-ci demandait qu'on lui envoyât aussitôt les fonds nécessaires pour cet achat. En attendant l'arrivée de l'argent, Rabbat a accaparé Farge, le conduisant au restaurant, au théâtre, le ramenant en automobile, etc. Farge a reçu les fonds soit 6000 fr. mais dans l'antichambre de Rabbat le portefeuille qui contenait ces 6000 fr. et en outre 2350 fr. a disparu de sa pelisse. Rabbat l'a consolé en affirmant que les opérations fructueuses dans lesquelles il allait l'engager répareraient bientôt cette perte ; il l'a poussé à écrire chez lui pour demander de nouveau 6000 fr. Farge ayant été rappelé chez lui, Rabbat l'a suivi en automobile et après lui avoir offert ainsi qu'à sa fille un déjeuner à la gare du Pont de Dore, il a obtenu de lui, à ce que dit Farge, un nouveau versement de 7000 fr. Moyennant paiement de 4500 fr., plus 1500 fr. avancés à Paris