

darf derjenige, der seine Stempelpflicht zulässigerweise auf den Nachmann übertragen hat, nur dafür verantwortlich gemacht werden, dass dieser die schuldige Abgabe entrichte, wozu auch die Entwertung im Sinne des Art. 75 VVO gehört, nicht aber auch dafür, dass diese Entwertung in einer in Gesetz und Verordnung nicht vorgesehenen Form erfolge.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.

III. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

Vgl. Nr. 56. — Voir n° 56.

STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

57. Urteil vom 19. Dezember 1919 i. S. Equey gegen Melly.

Rechtsverweigerung im Zivilprozesse, begangen durch die einfache Nichtbeachtung einer rechtzeitig und in gehöriger prozessualer Form angebrachten und unter Beweis gestellten Parteibehauptung, die ihr Zutreffen vorausgesetzt eine Grundlage des Urteils bildende tatsächliche Annahme ausschliesst, gleichgiltig ob die Ausserachtlassung auf einem Uebersehen oder auf Verschulden des Richters beruht. Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges. Erfüllt, wenn die gegen das Urteil bestehende kantonalrechtliche Beschwerde nur noch zur Feststellung der persönlichen Verantwortlichkeit der bei der Ausfällung beteiligten Richter, nicht mehr zur Aufhebung des Urteils selbst führen kann.

A. — Der Rekurrent Dr. Equey hat im Jahre 1908 von einem gewissen Rämly die Besitzung « Petit-Vivy » in der freiburgischen Gemeinde Barberêche um 11,550 Fr. gekauft und hiebei auf Rechnung des Kaufpreises die Schuldpflicht für zwei auf den gekauften Liegenschaften im ersten und zweiten Range grundversicherte Forderungen der Freiburgischen Staatsbank aus Darlehen und der Kinder des verstorbenen Alfred Melly in Genf aus Kauf von 5000 Fr. und 5500 Fr. übernommen. Die Hypothekarobligation zu Gunsten der Freiburgischen Staatsbank ist zu einem innert des gesetzlichen Maximums

vom Gläubiger zu bestimmenden Zinsfusse jeweilen auf den 16. Februar verzinslich ; ausserdem sollen auf den gleichen Termin daran jeweilen 1% oder 50 Fr. abbezahlt werden. Auch der Zins ist im übrigen, abgesehen vom Zinsfusse ein konstanter, d. h. wird stets von der ganzen ursprünglichen Darlehenssumme berechnet ; der Mehrbetrag über die Verzinsung der wirklichen Restschuld wird jeweilen am Kapital abgeschrieben. Nachdem bis dahin nur $4\frac{1}{4}$ % gefordert worden waren, erhöhte die Staatsbank im Jahre 1913 den Zinsfuss auf 5%, sodass die vom Titelschuldner zu leistende Annuität seitdem 300 Fr. (50 + 250) betrug.

Im Mai 1914 versuchte der Rekurrent den Pfandtitel zweiten Ranges zu Gunsten der Kinder Melly, weil abhanden gekommen und wertlos, vom Richter amortisieren zu lassen. Als der Versuch fehlschlug, verkaufte er im Januar 1915 die Besitzung « Petit Vivy » an seine Haushälterin Emma Liweh zu 4600 Fr., tilgbar durch Uebernahme der Schuldpflicht für die Hypothekarobligation 1. Ranges der Staatsbank, die damals auf 4464 Fr. 60 Cts. abbezahlt war, worauf die neue Erwerberin beim Grundbuchamt Murten das Begehren um Durchführung des in Art. 828, 829 ZGB, 320, 321 des freiburgischen EG hiezu vorgesehenen Ablösungsverfahrens hinsichtlich der weiteren, nachgehenden Hypotheken stellte, für die sie nicht persönliche Schuldnerin, sondern nur mehr Pfand-eigentümerin war; die Erben Melly als Inhaber der zweiten Hypothek erklärten jedoch innert Frist, sich der Ablösung auf Grund des Erwerbspreises zu widersetzen und eine öffentliche Versteigerung im Sinne von Art. 829 ZGB zu verlangen. Diese Steigerung fand nach Abweisung einer von der Liweh dagegen bei der Aufsichtsbehörde über die Grundbuchführer erhobenen Beschwerde am 24. März 1915 statt. Ersteigerer war dabei einer der Erben Melly, der heutige Rekursbeklagte Alfred Melly um das Meistgebot von 6100 Fr. Auch hier wurde der Preis nicht baar, sondern im Einverständnis mit den

Hypothekargläubigern durch Eintritt des Erwerbers in die Schuldpflicht für die Pfandforderung der Freiburgischen Staatsbank und diejenige der Erben Melly bis zur Höhe der Zuschlagssumme beglichen. Nach erfolgter Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuche trat der Rekurrent Dr. Equey an Melly mit dem Vorschlage heran, die Besitzung zurückzuerwerben. Tatsächlich kam dann ein solcher neuer Kaufvertrag am 18. August 1915 zustande. Als Käuferin wurde darin aber nicht Dr. Equey selbst, sondern die Liweh eingesetzt, als deren bevollmächtigter Vertreter Equey den Kauf unterzeichnete. Der Kaufpreis war auf 7290 Fr. angesetzt, wovon 4390 Fr. durch Uebernahme der Schuldpflicht für die Forderung der Staatsbank von noch 4390 Fr., die weiteren 2900 Fr. baar getilgt werden sollten ; gegen diese Barzahlung erklärte andererseits Melly, die Forderung der Erben Melly aus dem bei der Steigerung vom 24. März 1915 teilweise zu Verlust gekommenen Hypothekartitel zweiten Ranges an Dr. Equey abzutreten. Einige Tage vorher hatte die Staatsbank ihrerseits ihre Ansprüche aus der Hypothekarobligation ersten Ranges von ursprünglich 5000 Fr. an Louis Equey, den Bruder des Rekurrenten Dr. Equey zediert. Trotzdem diese Zession am 17. August 1915 im Grundprotokolle vorgemerkt worden war, wurde im Kaufvertrage vom 18. August 1915 zwischen der Liweh und Melly noch die Staatsbank als Titelgläubigerin aufgeführt. Die Eintragung dieses Kaufes im Grundbuche erfolgte am 24. November 1915. Einen Tag später verkaufte die Liweh die Liegenschaften wieder an Dr. Equey und zwar diesmal um 1000 Fr., zahlbar in bar, ohne Uebernahme der Hypothekarschulden durch den Erwerber. Da damit wiederum der Fall des Art. 828 ZGB — Auseinanderfallen von Eigentum am Unterpfand und von persönlicher Haftung für die Pfandschulden und unter den letzteren bleibender Erwerbspreis — eingetreten war, stellte Dr. Equey am 15. März 1916 beim Grundbuchamt Murten neuerdings das Begehren um Ablösung der noch

vorhandenen Hypotheken im Sinne der erwähnten Vorschrift in Verbindung mit Art. 829 ebenda, 320, 321 EG (purge hypothécaire). Das Gesuch wurde dem Louis Equey als derzeitigem Inhaber der früher der Staatsbank zustehenden Hypothekarobligation ersten Ranges mitgeteilt. Schon vorher im November 1915 hatte das Grundbuchamt demselben auch nach Art. 834 ZGB von dem Verkaufe der Liegenschaften durch Melly an die Liweh und der Schuldübernahme durch diese Kenntnis gegeben, ohne dass Louis Equey darauf zunächst reagiert hätte. Auf die weitere Anzeige von der begehrten purge hypothécaire schrieb er dem Grundbuchamt, ohne gegen letztere Einsprache zu erheben, unter Berufung auf Art. 832 ZGB lediglich, dass er die Liweh nicht als Schuldnerin annehme und sich an den bisherigen (d. h. auf Grund des Steigerungskaufes vom 24. März 1915 dazu gewordenen) Schuldner Alfred Melly halten werde: der Grundbuchführer möge daher dem Melly mitteilen, dass er, Louis Equey sich gegen ihn alle Gläubigerrechte unter Abzug der aus dem Unterpfande erhaltenen 1000 Fr. vorbehalte. Dieser Brief ist zwar vom 15. April 1916 datiert, wurde aber festgestelltermassen erst am 17. April 1916 der Post übergeben und kam am 20. April 1916 beim Grundbuchamte Murten an, sodass die Benachrichtigung davon den Melly erst am 24. April 1916 erreichte, zu einer Zeit als die Frist zum Widerspruch gegen die purge hypothécaire nach Art. 829 ZGB schon abgelaufen war. Nachdem Melly dadurch von dem Vorgehen Dr. Equeys erfahren hatte, reichte er gegen diesen, dessen Bruder Louis Equey und die Liweh im Mai 1916 bei der Untersuchungsbehörde des Seebezirks Freiburg Strafklage wegen Betruges ein, die indessen durch Beschluss der Anklagekammer des Kantons Freiburg vom 30. Mai 1917 mit der Einstellung des Verfahrens mangels Vorliegens eines strafbaren Tatbestandes, immerhin unter Verfallung der Angeschuldigten in die Kosten, endigte. Einige Monate vorher, im Dezemb. 1916 hatte inzwischen Louis Equey seine Rechte

aus der von der Freiburger Staatsbank erworbenen Hypothekarobligation ersten Ranges auf Petit-Vivy seinerseits an den Rekurrenten Dr. Equey, den Pfandeigentümer, weiterabgetreten.

Infolgedessen leitete letzterer im August 1918 für die drei auf dem Titel per 16. Februar 1916, 1917 und 1918 verfallenen Annuitäten von je 300 Fr. mit Strafzins gegen Melly als persönlichen Schuldner Betreuung und zwar nach Art. 41 SchKG auf Pfändung ein und erhielt gegenüber dem vom Betriebenen erhobenen Rechtsvorschlage die provisorische Rechtsöffnung. Melly machte dagegen rechtzeitig die Aberkennungsklage anhängig, indem er den Standpunkt einnahm: das Vorgehen, mittelst dessen Dr. Equey sich einerseits von der Schuldpflicht gegenüber den Erben Melly befreit, andererseits zum Gläubiger des Klägers zu machen gewusst habe, verstosse gegen Treu und Glauben. Der Geltendmachung der in Betreuung gesetzten Forderung stehe deshalb die Einrede der Arglist entgegen.

In der Duplik bestritt der Rekurrent Dr. Equey, dass er sich irgendwelcher unredlicher und widerrechtlicher Handlungsweise schuldig gemacht habe und wies im Anschluss an die Erwähnung des dies seiner Meinung nach feststellenden Einstellungsbeschlusses der freiburgischen Anklagekammer darauf hin, dass er, um jeden Verdacht, als habe er es auf die Schädigung des Aberkennungsklägers abgesehen, zu beseitigen, durch Erklärung vom 16. September 1916 an das Grundbuchamt Murten auf die Wohltat der eingeleiteten purge hypothécaire wieder verzichtet habe, worauf die begehrte Löschung der Pfandrechte unterblieben sei. Die Frage, ob und inwiefern der Aberkennungskläger aus deren Herbeiführung Einreden hätte herleiten können, brauche deshalb nicht geprüft zu werden, weil die Pfandrechtseinträge tatsächlich bestehen geblieben seien. Zum Beweise dafür wurde eine Bescheinigung des Grundbuchführers Murten vom 16. September 1916 über den Eingang der fragli-

chen Verzichtserklärung vorgelegt und ausserdem die Edition dieser selbst durch das Grundbuchamt verlangt. Nachdem infolge der allgemeinen Bestreitung aller in der Duplik enthaltenen Vorbringen durch den Aberkennungskläger auch diese Behauptung unter Beweis gestellt worden war, hat der Grundbuchführer Murten im weiteren Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens auf Anforderung des Richters in der Tat eine beglaubigte Abschrift des erwähnten Aktenstückes eingesandt; es lautet: « Le soussigné a l'honneur de porter à votre connaissance qu'il renonce au bénéfice de la purge hypothécaire demandée par lui le 15 mars 1916 sur les immeubles qu'il possède au Petit-Vivy. Morat le 15 septembre 1916. Dr. André Equey. » Schon vorher war mit der Klagebeantwortung ein vom 15. März 1918 datierter Grundbuchauszug über die Besitzung Petit-Vivy eingelegt worden, der unter den noch eingetragenen Pfandlasten u. a. im ersten Range: « obligation hypothécaire du 16 février 1904 en faveur de Louis Equey à Rueyres-Treyfayes contre Melly Alfred à Berne pour la somme de 5000 fr. » (den ursprünglich zu Gunsten der Staatsbank errichteten Titel) aufführt.

Trotzdem hiess der Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer durch Urteil vom 26. September 1919, in Abänderung des erstinstanzlichen Erkenntnisses des Gerichtspräsidenten 3 von Bern, die Aberkennungsklage mit der Begründung gut, in der Geltendmachung der Forderung aus dem Hypothekartitel vom 16. Februar 1904 könne zwar kein Rechtsmissbrauch erblickt werden; die persönliche Schuldnerschaft des Aberkennungsklägers dafür stütze sich auf einem von ihm ausgegangenen freiwilligen Akt, bei dem Dr. Equey nicht mitgewirkt habe, nämlich den Steigerungskauf vom März 1915 und dadurch, dass als Gläubiger an Stelle der Staatsbank Dr. Equey auftrete, werde der Aberkennungskläger nicht geschädigt. Dagegen könne derselbe sich darauf berufen, dass ihm andererseits gegen Dr. Equey ein verrechenbarer Schaden-

ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs. 2 OR in mindestens gleicher Höhe zustehe. Geschädigt, so fahren die Urteilerwägungen fort, sei der Aberkennungskläger insofern, als er, dem nur die zahlungsunfähige Liweh aus der Schuldübernahme vom 18. August 1915 persönlich hafte, durch die im Verfahren nach Art. 828 ZGB erfolgte Löschung der Pfandhaft für den Titel um die Möglichkeit gebracht worden sei, sich für seine Zahlungen auf denselben aus dem Grundstück bezahlt zu machen. Dass letzteres dafür Deckung geboten hätte, sei angesichts des in den ernsthaften Transaktionen bezahlten Kaufpreises von mehr als 6000 Fr. ohne Bedenken anzunehmen: auf alle Fälle wäre dadurch die heute allein in Betracht kommende Teilschuld von 900 Fr. plus Zins mehr als gedeckt gewesen. Wenn schon das Vorgehen des Rekurrenten und seiner Helfer (Liweh und Louis Equey) zur Ausmerzung des Pfandrechts nicht als widerrechtlich bezeichnet werden könne, weil die dazu verwendeten Mittel im Einzelnen nicht rechtswidrig gewesen seien, so verstosse es doch als Ausfluss eines einheitlichen vorgefassten Planes aufgefasst — und dass es sich um einen solchen gehandelt habe, gehe aus einer Reihe (näher angeführter) Umstände hervor — im höchsten Masse gegen die guten Sitten, das von rechtlich denkenden Leuten bei Verfolgung des eigenen Vorteils noch für erlaubt Erachtete, was zur Begründung der Schadenersatzpflicht genüge. Da die Tilgung durch Verrechnung nach dem Gesetz (Art. 124, 120 OR) mit dem Zeitpunkte eingetreten sei, wo Forderung und Gegenforderung sich zur Verrechnung geeignet gegenüber gestanden hätten, könne auch von einer Verjährung, wie der Rekurrent sie behaupte, nicht die Rede sein.

B. — Gegen dieses Urteil hat Dr. Equey den Weg der Beschwerde an den Grossen Rat des Kantons Bern, nach Art. 374, 376 der bernischen ZPO in Verbindung mit Art. 30 ff. des kantonalen Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Beamten von 1851 beschritten und beantragt,

es sei ihm die Bewilligung zu erteilen, die Mitglieder der I. Zivilkammer des Appellationshofes deshalb vor dem Zivilrichter auf Schadenersatz zu belangen.

Zugleich hat er mit der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht dessen Aufhebung verlangt. Er erblickt eine Verletzung von Art. 4 BV (Rechtsverweigerung und Willkür) darin, dass

1. der Appellationshof von der Voraussetzung der Löschung der Pfandhaft für den streitigen Hypothekartitel im Purgationsverfahren nach Art. 828 ZGB ausgegangen sei und damit die vom Rekurrenten behauptete und bewiesene Tatsache, dass eine solche Löschung tatsächlich infolge des nachträglichen Verzichts auf die Purgation nicht stattgefunden habe, einfach nicht beachtet bzw. übersehen habe;

2. dass entgegen der klaren Vorschrift des Art. 124 OR Tilgung durch Verrechnung angenommen worden sei, obwohl der Aberkennungskläger Melly selbst eine Verrechnungserklärung im Sinne dieser Bestimmung nie, auch nicht durch Erhebung der Verrechnungseinrede im Prozesse abgegeben gehabt habe.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern sieht in seiner Beschwerdebeantwortung davon ab, einen Antrag zu stellen. Er gibt zu, dass die Voraussetzung, von der aus er zur Gutheissung der Aberkennungsklage gekommen sei, in der Tat aus den vom Rekurrenten angeführten Gründen dem wirklichen Sachverhalte nicht entspreche, verwehrt sich aber gegen den Vorwurf einer fahrlässigen oder absichtlichen Amtspflichtverletzung. Wenn die Tatsache des nachträglichen Verzichts des Rekurrenten auf die begehrte Purgation übersehen worden sei, so habe jener dies in erster Linie seiner eigenen nachlässigen Prozessführung zuzuschreiben. Nachdem schon das erstinstanzliche Urteil auf der Annahme der tatsächlich erfolgten Löschung des Pfandrechts beruht und nur infolge unzutreffender rechtlicher Erwägungen dennoch die Klage abgewiesen habe, wäre es Pflicht des Rekurrenten ge-

wesen, bei der Appellationsverhandlung auf diese Aktenwidrigkeit aufmerksam zu machen. Statt dessen habe sein Vertreter wie übrigens auch der Gegenanwalt auf das Wort verzichtet und die Würdigung der Akten dem Gerichte überlassen. Eine Widerlegung nach der gedachten Richtung wäre um so angezeigter gewesen, als der Hinweis auf die fragliche Verzichtserklärung auch schon in der Duplikschrift nicht, wie es seiner Wichtigkeit entsprochen hätte, allem anderen vorangestellt worden, sondern mehr nur nebenbei in Verbindung mit anderen Auseinandersetzungen angebracht worden sei. Dazu komme, dass der Fall, so wie er sich nach der Tatbestandsdarstellung des erstinstanzlichen Richters dargeboten habe, ein derart besonderer gewesen sei, dass sich die Aufmerksamkeit unwillkürlich auf die rechtliche Seite desselben konzentriert habe, worunter dann die Durchdringung des Prozesstoffes «in tatbeständlicher Beziehung» etwas gelitten habe. Die Behauptung nicht pflichtgemässen Studiums der Akten müsse deshalb als unangebracht zurückgewiesen werden.

D. — Der Rekursbeklagte Melly hat auf Gegenbemerkungen verzichtet und sich begnügt, unter Verweisung auf die Erwägungen des angefochtenen Urteils die Abweisung der Beschwerde zu beantragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Das von der bundesgerichtlichen Praxis als Voraussetzung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Rechtsverweigerung aufgestellte Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges ist erfüllt, da gegen das angefochtene Urteil des Appellationshofes ein weiteres kantonales Rechtsmittel nicht mehr bestand. Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne der von der Nichtigkeitsklage handelnden Art. 359 ff. der bernischen ZPO, der zur Kassation durch den Appellationshof selbst hätte führen können, liegt nicht vor und die in Art. 374 ff. ebenda vorgesehene Beschwerde wegen « Rechtsverweigerung »

hat gegenüber Urteilen des Appellationshofes nicht die Bedeutung eines Rechtsmittels zur sachlichen Entscheidung des Rechtsstreites. Es kann damit nur die Verantwortlicherklärung der Richter, welche bei dem Urteile mitgewirkt haben, wegen Pflichtverletzung mit den in Art. 40 des Gesetzes von 1851 vorgesehenen Folgen (Feststellung der Schadenersatzpflicht gegenüber der benachteiligten Partei, Ueberweisung an die Gerichte zur Abberufung oder an die Strafbehörden) verlangt und erwirkt werden, wie sich denn auch der Rekurrent in seiner Eingabe an den Grossen Rat tatsächlich hierauf, nämlich auf das Begehren um Erteilung der Bewilligung zur Anstrengung einer Schadenersatzklage gegen die angeblich fehlbaren Gerichtsmitglieder beschränkt hat. Eine Aufhebung des Urteils, durch welches die Pflichtverletzung begangen worden sein soll, selbst in diesem Verfahren ist nach Art. 51 der KV, wonach kein richterliches Urteil von einer Verwaltungs- oder der gesetzgebenden Behörde aufgehoben oder abgeändert werden darf, ausgeschlossen. Auf die vorliegende Beschwerde ist deshalb, weil sie sich gegen eine auf kantonalen Boden endgiltige Entscheidung richtet, einzutreten, ohne dass zunächst der Ausgang des Verfahrens vor dem Grossen Rate abzuwarten wäre.

2. — Sachlich erweist sich dieselbe ohne weiteres als begründet. Aus den Erwägungen des Urteils vom 26. September 1919 erhellt, dass der Appellationshof alle sonst vom heutigen Rekursbeklagten Melly gegen seine Schuldpflicht erhobenen Einwendungen für unstichhaltig erachtet und die Aberkennungsklage lediglich deshalb geschützt hat, weil der Rekursbeklagte gegenüber der in Betreibung gesetzten Forderung eine Gegenforderung aus unerlaubter Handlung in gleicher Höhe an den Rekurrenten verrechnen könne. Die tatsächliche Feststellung, aus der diese Gegenforderung hergeleitet wird, nämlich die Herbeiführung der Löschung des Grundpfandrechts für den in Betreibung gesetzten Hypothekartitel im Purgationsverfahren durch den Rekurrenten, ist

aber unbestrittenermassen aktenwidrig. Sie steht im Widerspruch mit der vom Rekurrenten in der erstinstanzlichen Duplikschrift — zugegebenermassen prozessual noch rechtzeitig — angebrachten und erhärteten Tatsache, dass jene Löschung zwar anfänglich begehrt, dann aber in Wirklichkeit doch nicht durchgeführt worden, sondern infolge Verzichts des Rekurrenten darauf unterblieben ist. Wenn der Appellationshof von einer anderen Annahme ausgegangen ist, so geschah es denn auch nicht etwa, weil er die Beweise dafür und für das Weiterbestehen des Pfandrechtseintrages als nicht genügend erachtet hätte, sondern nach seinem eigenen Zugeständnis bloss deshalb, weil er die darauf bezüglichen Ausführungen der Duplikschrift übersehen hatte. Eine solche einfache Nichtbeachtung einer erheblichen, ja nach der dem Urteil zu Grunde liegenden Rechtsauffassung, ihr Zutreffen vorausgesetzt entscheidenden Parteibehauptung enthält aber nach feststehender Praxis eine Rechtsverweigerung. Dass sie auf Verschulden, Absicht oder Fahrlässigkeit des Richters zurückgehe, ist nicht nötig. Es genügt, dass objektiv der aus Art. 4 BV fliessende Anspruch jeder Partei vom Richter mit allen wesentlichen, in prozessual richtiger Form geltend gemachten Vorbringen gehört zu werden, verletzt und so ein Urteil ausgefällt worden ist, das sich sachlich schlechterdings nicht halten lässt und ohne jenes Uebersehen nicht hätte zustandekommen können. Dies trifft aber hier ohne weiteres zu, da wenn die vorausgesetzte Löschung der Pfandbelastung auf Petit-Vivy tatsächlich nicht erfolgt ist, natürlich auch von einer Schädigung des Rekursbeklagten durch sie nicht die Rede sein konnte. Dass der Rekurrent es unterlassen hatte, bei der Appellationsverhandlung auf die Aktenwidrigkeit des erstinstanzlichen Urteils in dieser Beziehung aufmerksam zu machen, kann daran nichts ändern, nachdem es sich dabei nicht etwa um eine Lücke in seiner Appellationsbeantwortung handelt, sondern beide Teile vor der Appellationsinstanz über-

haupt auf das Wort verzichtet hatten. War ein solcher Verzicht zulässig — und dass er es war, ist zweifellos und wird nicht bestritten, da ja sonst die entsprechende prozessuale Folge in der Annahme einer Anerkennung der Appellation durch den Rekurrenten hätte bestehen müssen — so konnte er auch den Richter von der Pflicht zur Prüfung der Akten, insbesondere des Schriftenwechsels als des wichtigsten Bestandteils derselben und der Berücksichtigung aller darin enthaltenen erheblichen und prozessual zulässigen Parteibehauptungen nicht entbinden, wie denn auch Art. 354 der bernischen ZPO vorsieht, dass selbst beim völligen Ausbleiben des Appellaten das Gericht «die aus den Akten hervorgehenden Gründe des Appellaten von sich aus zu beachten habe». Aehnliches gilt für die weitere Bemerkung, dass sich infolge der besonderen rechtlichen Eigenart des Falles die Aufmerksamkeit vorab auf diese Seite konzentriert f. be. Nach Art. 333 der kantonalen ZPO hat die Appellation vollen Devolutiveffekt. Die Aufgabe des Appellationsrichters beschränkt sich demnach nicht etwa auf die rechtliche Würdigung des Streitgeschehens auf Grund des vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatbestandes; sie umfasst auch die Nachprüfung dieses Tatbestandes selbst an Hand der sämtlichen Prozessakten. Den Ausführungen des Appellationshofes in seiner Vernehmlassung könnte das Gewicht nicht abgesprochen werden, wenn die Frage der Verantwortlichkeit der Gerichtsmitglieder aus schuldhafter Verletzung der Amtspflicht im Streitläge. Für die hier allein zu entscheidende Frage, ob das gefällte Urteil als solches vor Art. 4 BV Stand hatte, sind sie ohne Bedeutung. Da demnach die Beschwerde schon aus diesem Grunde geschützt werden muss, braucht auf die weitere vom Rekurrenten erhobene Rüge der Verletzung klaren Rechts durch willkürliche Missachtung des Art. 124 OR nicht eingetreten zu werden.

3. — Die bundesgerichtlichen Kosten sind bei diesem Ausgang und weil zivilrechtliche Interessen auf dem

Spiele stehen (Art. 221 Abs. 5 OG), dem Rekursbeklagten Melly aufzulegen. Dagegen ist dem Rekurrenten eine Prozessentschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren nicht zuzuerkennen. Sein ganzes Verhalten in der Angelegenheit gegenüber dem Rekursbeklagten war, wenn auch vielleicht formellrechtlich nicht zu beanstanden, so doch, selbst wenn man den nachträglichen Verzicht auf die Pfandablösung berücksichtigt, moralisch derart anstössig, dass es begreiflich ist, wenn der Rekursbeklagte sich der gegen ihn angehobenen Betreibung für eine Forderung, für welche eigentlich die vom Rekurrenten vorgeschobene Liweh aufkommen sollte, mit allen zulässigen Mitteln zu widersetzen versuchte.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern I. Zivilkammer vom 26. September 1919 aufgehoben.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

58. Urteil vom 15. November 1919

i. S. Weber gegen Basel-Stadt.

Eine Notverordnung, wodurch während eines Generalstreikes der Ausschank alkoholischer Getränke verboten wird, ist nach Art. 31 BV zulässig. Verfassungsmässigkeit einer solchen Verordnung auf dem Boden des kantonalen Rechtes.

A. — Als am 31. Juli 1919 in der Stadt Basel ein Generalstreik der Arbeiterschaft ausbrach, erliess der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt eine Verordnung, durch die