

nicht finden. Somit aber steht die Behauptung am Schluß des gemeinderätlichen Berichtes, es sei von früher her bewiesen, daß der Rekurrent mit dem ihm zur Verfügung stehenden Geld nicht hausälterisch umzugehen wisse, durchaus unbelegt da und vermag so den streitigen Entmündigungsgrund nicht zu substantzieren. In der Rekursantwort allerdings beruft sich der Regierungsrat auf den — an sich gewiß erheblichen — Umstand, daß sich der Rekurrent von seinem Bruder und Vormund ohne Widerspruch ökonomisch übervorteilen lasse, allein hierauf kann das Bundesgericht aus prozessualischen Gründen keine Rücksicht nehmen; zudem fehlt auch dieser Angabe die nötige tatsächliche Bestimmtheit, insbesondere hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit und Leistung des Rekurrenten einerseits, der Größe des Vermögens, dessen Ertrag der Vormund lukrieren soll, anderseits.

Nach dem Gefagten ist der angefochtene Entscheid und damit die Bevormundung des Rekurrenten wegen ungenügender tatsächlicher Begründung bundesrechtlich nicht haltbar. Mit der Aufhebung der bestehenden Vormundschaft aber wird selbstverständlich die Pflicht des bisherigen Vormundes zur Rechnungslegung in keiner Weise berührt. Auch bleibt es natürlich den Vormundschaftsbehörden unbenommen, ein neues Verfahren gegen den Rekurrenten einzuleiten und eventuell, auf Grund der genauer ermittelten tatsächlichen Verhältnisse, neuerdings dessen Bevogtigung auszusprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und damit in Aufhebung des Beschlusses des Regierungsrates von Uri de dato 24. Januar 1903 die Entwogtigung des Rekurrenten ausgesprochen.

II. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuites pour dettes et faillite.

40. Urteil vom 14. Mai 1903 in Sachen
Cardoner gegen Cardoner.

Zulässigkeit der (kantonalen) Einführung der Appellation gegen Rechtsöffnungs-Entscheide. Unzulässigkeit des Suspensiveffekts. Stellung des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof. Art. 25 Ziff. 2; Art. 84 Sch.- u. K.-Ges.

A. Durch Entscheid vom 12. Januar 1903 hatte der Gerichtspräsident II in Bern der Rekursbeklagten, Frau Elise Cardoner-Wyß, in einer gegen ihren Ehemann, den Rekurrenten José Cardoner, angehobenen Betreibung auf Sicherstellung einer Frauengutsforderung im Betrage von 98,323 Fr. 25 Cts. definitive Rechtsöffnung erteilt. Gegen diesen Entscheid erklärte der Rekurrent rechtzeitig die Appellation an den kantonalen Appellations- und Kassationshof, gemäß dem bernischen Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, welches jenes Rechtsmittel für Rechtsöffnungsfachen mit einem Streitwert von über 400 Fr. vorsteht, und des Näheren normiert (vergl. §§ 36 Ziffer 3, 37, 39—41 leg. cit.). Die I. Abteilung des Appellations- und Kassationshofes aber erkannte am 28. Januar 1903, unter Berufung auf einen Plenarentscheid des Gerichts i. Sachen Lach, Meschlimann und Jost gegen Uebi vom 15. November 1902, auf die Appellation des Rekurrenten werde von Amtes wegen nicht eingetreten. Das angerufene Präjudiz ist im wesentlichen wie folgt motiviert: Das Bundesgericht als oberste Aufsichtsbehörde in Betreibung- und Konkursfachen habe sich in seinen Entscheidungen i. S. Lehmann vom 4. Mai 1897 (Amtl. Samml., Bd. XXIII, 1, Nr. 130) und neuerdings i. S. Brändlin vom 30. September 1902 dahin ausgesprochen, daß der Ergreifung eines durch die kantonale Gesetzgebung im Rechtsöffnungsverfahren eingeführten Rechtsmittels — auch wenn solche

Rechtsmittel als zulässig betrachtet werden — nach Bundesrecht unmöglich suspensive Wirkung zukommen könne. Nun habe aber das vom bernischen Gesetzgeber in jenem Verfahren zugelassene Rechtsmittel der Appellation zweifellos Suspensiveneffekt, da für dasselbe gemäß § 39 letzter Absatz des E.-G. zum B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs die Bestimmungen des kantonalen Civilprozesses gelten und das bernische Recht eine anders geartete Appellation nicht kenne. Somit erscheine dieses Rechtsmittel nach der Auslegung des eidg. Betreibungsgesetzes durch das Bundesgericht als bundesrechtswidrig und könne folglich nicht in Kraft bestehen. Es wäre übrigens auch schon deshalb abzulehnen, weil die vom Bundesgericht bisher offen gelassene Frage, ob überhaupt den Kantonen bundesrechtlich gestattet sei, eine Weiterziehung von Rechtsöffnungsentscheiden einzuführen, verneint werden müßte. Dies ergebe sich — abgesehen von der Entstehungsgeschichte der bundesrechtlichen Vorschriften über die Rechtsöffnung und vom Charakter des Rechtsöffnungsentscheides als einer der Urteilsnatur entkleideten, bloß das Betreibungsverfahren betreffenden richterlichen Verfügung, worüber auf den cit. Entscheid des Bundesgerichts i. S. Lehmann verwiesen werde — aus folgenden Erwägungen: Die Rechtsöffnung gehöre zu den Instituten, für welche die Kantone gemäß Art. 25 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs ein summarisches Prozeßverfahren aufzustellen haben. Da nun das Bundesgesetz in den beiden Fällen des Konkurserkennnisses (Art. 174) und der Frage der Bewilligung des Rechtsvorschlages bei der Wechselbetreibung (Art. 185), deren Entscheidung ebenfalls innert kurzer Frist zu erfolgen habe, eine Berufung ausdrücklich vorsehe, so spreche dies einigermaßen für die Ausschließung derselben im Rechtsöffnungsverfahren. Danach dürfe ferner der Rechtsöffnungsrichter einem allfällig durch die kantonale Gesetzgebung eingeführten Rechtsmittel nicht gestützt auf Art. 36 des Bundesgesetzes aufschiebende Wirkung erteilen, sondern müßte die Kompetenz hiezu aus dem kantonalen Rechte schöpfen, welches jedoch ohne ausdrückliche Ermächtigung des Bundesgesetzgebers eine dahingehende Vorschrift nicht erlassen könne. Wenn aber das Bundesgesetz in Rechtsöffnungssachen einen Instanzenzug ohne Suspensiveneffekt hätte gestatten wollen,

so hätte es in Art. 85 auch den Fall erwähnen müssen, daß der Schuldner einen oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid vorlege, der in Abänderung desjenigen der ersten Instanz das Rechtsöffnungsbegehren ablehne; außerdem hätte das in Art. 83 ibidem vorgesehene Provisorium auf die Zeit zwischen dem erst- und oberinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid ausgedehnt und der Beginn der Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage auf den Zeitpunkt der Rechtsöffnungserteilung durch die obere Instanz hinausgeschoben werden müssen; überhaupt hätte den Unzulänglichkeiten, welche ein derartiger Instanzenzug mit seiner Möglichkeit der Aufhebung bereits vollzogener Entscheidungen der ersten Instanz biete, in irgend einer Weise gesteuert werden müssen.

B. Gegen den vorstehenden Entscheid des Appellations- und Kassationshofes ergriff José Cardoner rechtzeitig und formrichtig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht mit dem Antrag, derselbe sei als verfassungswidrig aufzuheben und die rekursbeklagte Behörde zu materieller Behandlung der Streitsache zu verhalten. Die Rekurschrift führt im wesentlichen aus: Da das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs mit Bezug auf das Rechtsöffnungsverfahren lediglich vorschreibe, daß die Ausfällung des Entscheides nach kontraktlicher Verhandlung und innert fünf Tagen erfolgen müsse (Art. 84 leg. cit.), so ergebe sich aus dem in Art. 25 Ziff. 2 ibidem enthaltenen Auftrag an die Kantone, jenes Verfahren zu regeln, ohne weiteres deren Kompetenz zur Einführung eines Instanzenzuges in Rechtsöffnungssachen, sofern und soweit dieser nicht mit den Zwecken und dem Wesen der Rechtsöffnung im Widerspruch stehe. Nun sei der Zweck dieses Institutes, wie der Bundesrat in seiner Botschaft vom 7. Dezember 1888 zutreffend bemerke, den Gläubiger einer liquiden Forderung gegen trölerischen Rechtsvorschlag zu schützen und ihm zu ermöglichen, sich selbst gegen den Willen des Schuldners rechtzeitig einer bestehenden Pfändung anzuschließen. Dieser Zweck aber könnte sogar bei einem Instanzenzug mit Suspensivwirkung erreicht werden (zu vergl. Reichel, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1891, Bd. XXVII, S. 28), um so mehr also, wenn einem kantonarrechtlich vorgesehenen Rechtsmittel kein Suspensiveneffekt beigelegt werde. Somit stehe die

streitige Appellation grundsätzlich, bei richtiger Handhabung der Bestimmungen des Einführungsgesetzes (vgl. Art. 40 *ibidem*) dem genannten Prozeßzweck keineswegs entgegen; nur die Praxis habe sich mißbräuchlich, und im Widerspruch mit dem Gesetz selbst, in einer den Anforderungen des summarischen Verfahrens nicht entsprechenden Weise entwickelt. Daß dieses Rechtsmittel auch dem Wesen der Rechtsöffnung nicht widerspreche, ergebe sich ohne weiteres aus den Art. 174 und 185 des Bundesgesetzes, die für zwei unbestrittenermaßen summarisch zu erledigende Streitfachen einen Instanzenzug ausdrücklich vorschreiben. Demnach könne die Appellation im Rechtsöffnungsverfahren nicht als bundesrechtswidrig bezeichnet werden, wie übrigens auch der Bundesrat annehme, da er acht kantonalen Einführungsgeetzen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, welche jenes Rechtsmittel vorsehen, anstandslos die Genehmigung erteilt habe. Schon die bisherige Erörterung beweise die Unrichtigkeit der vom Appellations- und Kassationshof vertretenen Rechtsauffassung; immerhin sei, gegenüber den Motiven des angefochtenen Entscheides im einzelnen noch zu bemerken: Gemäß der Praxis der Betreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, wonach Rechtsmittel mit Suspensiv-effekt im Rechtsöffnungsverfahren bundesrechtlich ausgeschlossen seien, erscheine die bernische Appellation, welche jenen Effekt habe, nicht, wie der Appellationshof annehme, schlechthin als bundesrechtswidrig, sondern nur soweit sie dem Bundesgesetz widerspreche, d. h. nur mit Bezug auf den Suspensiv-effekt, so daß lediglich dieser nicht in Kraft bestehe. Die Berufung des Appellationshofes auf die Ausführungen des bundesgerichtlichen Entscheides in Sachen Lehmann über Entstehungsgeschichte und Charakter der bundesgesetzlichen Rechtsöffnung gehe fehl, da dort nicht die Frage, ob es den Kantonen überhaupt freistehe, einen Instanzenzug für Rechtsöffnungssachen einzuführen oder nicht, entschieden, sondern lediglich ausgesprochen worden sei, daß ein kantonalrechtlich vorgesehenes Rechtsmittel nicht Suspensiv-effekt haben könne. Übrigens widerlege gerade die Entwicklungsgeschichte des streitigen Rechtsinstitutes die Auffassung des Appellhofes, indem der Urtypus des summarischen Prozeßverfahrens, der italienische Exekutivprozeß, nach der herrschenden Lehre eine Appella-

tion zugelassen, aber ihr den Suspensiv-effekt abgesprochen habe. Aus dem Umstand, daß der Bundesgesetzgeber selbst in zwei summarischen, der Rechtsöffnung analogen Verfahren die Berufung vorgesehen habe, dürfe keineswegs gefolgert werden, er habe dieselbe bei der Rechtsöffnung ausschließen wollen, vielmehr ergebe sich daraus nur, daß die grundsätzliche Kompetenz der Kantone zur Regelung des summarischen Prozeßverfahrens (Art. 25 Ziff. 2 *leg. cit.*) hier auch die Frage des Instanzenzuges umfasse. Wenn endlich auf Unzukömmlichkeiten verwiesen werde, die ein Rechtsmittel ohne Suspensiv-effekt angeblich im Gefolge habe, so könnte dieses Argument jedenfalls nur dafür sprechen, ein solches Rechtsmittel als unzweckmäßig durch die Gesetzgebung außer Kraft zu setzen, nicht aber dasselbe richterlich als ungültig zu erklären. Allein jene Unzukömmlichkeiten würden bei richtiger Handhabung des Gesetzes gar nicht bestehen, eventuell könnte der Rechtsöffnungsrichter zu ihrer Vermeidung im einzelnen Falle gemäß Art. 36 des Bundesgesetzes den Suspensiv-effekt eintreten lassen, da dieser Artikel nicht nur die im Bundesgesetz selbst erwähnten Rechtsvorkehrungen betreffe, sondern von allgemeiner Tragweite sei.

Nach dem Gesagten erscheine die im bernischen Einführungs-gesetz vorgesehene Appellation nur insoweit als bundesrechtswidrig, als ihr von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung beigelegt werde, im übrigen aber bestehe sie zu Recht. Daher sei der Appellations- und Kassationshof gehalten, auf die vorliegende Appellation materiell einzutreten. Seine Weigerung, dies zu tun, qualifiziere sich demnach als bewußte Nichtanwendung eines geltenden Gesetzes, somit als Rechtsverweigerung im Sinne des Art. 4 B.-V.

C. Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern verweist als Rekursantwort auf seine Vernehmlassung an das Bundesgericht i. S. des Rekurses Lach, Aeschlimann und Jost gegen Aebi. Dort hatte er mit dem Antrag auf Rekursabweisung, soweit hier wesentlich, geltend gemacht: Nach den citierten Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, welche den Suspensiv-effekt der im bernischen Einführungs-gesetz vorgesehenen Appellation als bundesrechtswidrig erklären, trotzdem jenes Gesetz und damit das streitige Rechts-

mittel mit seiner suspensiven Wirkung durch den Bundesrat genehmigt worden sei, können die kantonalen Gerichte nicht mehr einfach auf diese bundesrätliche Genehmigung abstellen, sondern seien genötigt, gegebenenfalls jede der in Rede stehenden kantonalen Gesetzesbestimmungen selbständig darauf zu prüfen, ob sie mit dem Bundesrecht vereinbar sei. Dies aber treffe mit Rücksicht auf die erwähnte bundesgerichtliche Auslegung des Bundesrechts für die bernische Appellation nicht zu. Da das Bundesgericht eine Suspensivwirkung als schlechthin unzulässig erkläre, könne dieselbe — entgegen der Annahme des Rekurrenten — auch nicht gemäß Art. 36 des Bundesgesetzes verliehen werden.

D. Der Vertreter der Rekursbeklagten, Frau Cardoner, sieht sich zu Gegenbemerkungen auf den Rekurs nicht veranlaßt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen den Entscheid des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern, der dahin geht, daß die im bernischen Einführungs-gesetz zum Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs für Rechtsöffnungsstreitsachen vorgesehene Appellation, weil bundesrechtswidrig, nicht in Kraft bestehe. Dieser Entscheid bezw. die daraus resultierende formelle Abweisung der vom Rekurrenten eingereichten Appellationserklärung wird aus dem Gesichtspunkt der Rechtsverweigerung (Verletzung von Art. 4 B.-V.) angefochten. Nun handelt es sich dabei zunächst allerdings um die Anwendung kantonalen Prozeßrechts, welche an sich das Bundesgericht im Sinne der angerufenen Verfassungsbestimmung nur darauf zu überprüfen befugt wäre, ob nicht der kantonale Richter klare Rechtsnormen rein willkürlich, d. h. mit nur vorgeschobener, nicht sachlicher Begründung, mißachtet habe. Allein der angefochtene Entscheid selbst beruht nicht auf jenem kantonalen, sondern auf eidgenössischem Recht, indem er die Zulässigkeit der streitigen Prozeßvorschriften, gestützt auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs, verneint. Somit steht in letzter Linie die Auslegung von Normen dieses Bundesgesetzes in ihrem Verhältnis zum kantonalen Prozeßrecht in Frage. In dieser Hinsicht aber ist eine verfassungswidrige Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz schon dann anzunehmen, wenn eine kantonale Behörde den

hier maßgebenden Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht — Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung — unrichtig angewendet hat, sei es, daß sie dem kantonalen Recht einen zu großen Spielraum gewährt, bezw. implicite das Bundesrecht zu eng interpretiert, sei es, daß sie umgekehrt — wie vorliegend behauptet — die Tragweite eidgenössischer Normen überschätzt und dadurch die Geltung kantonalrechtlicher Bestimmungen in bundesrechtswidriger Art beschränkt hat. Denn die verfassungsmäßige Garantie der Rechtsgleichheit, welche der Rekurrent anruft, erfordert zweifellos, daß der Wirkungsbereich des eidgenössischen Rechts in einheitlicher, zuverlässiger Weise abgegrenzt sei; sie bedingt daher die Kompetenz des Bundesgerichts, Entscheidungen kantonalen Behörden, die sich auf jene Abgrenzung beziehen, nicht nur in dem oben bezeichneten beschränkten Sinne, sondern durchaus frei zu überprüfen und schon wegen sachlicher Unrichtigkeit aufzuheben. Dieser Auffassung entspricht denn auch das Urteil des Bundesgerichts i. S. Hediger & Söhne (Amtl. Samml., Bd. XXV, 1, Nr. 31, Erw. 2), welches den dem heutigen entgegengesetzten Fall, einen Rekurs gegen die Zulassung der Anwendbarkeit kantonalrechtlicher Vorschriften betrifft.

2. Nach dem Gesagten hat das Bundesgericht vorliegend auf eine selbständige Untersuchung der Frage einzutreten, ob die Interpretation des Bundesrechts durch das angefochtene Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes materiell richtig sei oder nicht. Wenn nun die kantonale Behörde ihre Auffassung in erster Linie auf die Praxis der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts stützt, laut welcher einem Rechtsmittel im Rechtsöffnungsverfahren nach Bundesrecht keinesfalls Suspensivwirkung zukommen kann, so ist hierüber vorab zu bemerken, daß das Bundesgericht als Staatsgerichtshof an jene Praxis gebunden ist, indem dieselbe den Einfluß des Rechtsöffnungsentscheides auf die pendente Betreibung, also eine Frage rein betreibungrechtlicher Natur beschlägt, deren Entscheidung ausschließlich in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden fällt. Demnach muß eine kantonale Gesetzesvorschrift, welche einem Rechtsmittel streitiger Art Suspensiveffekt verleiht — so die hier einschlägige Be-

stimmung des bernischen Einföhrungsgesetzes zum Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, bzw. der bernischen Prozessordnung über die Appellation — ohne weiteres als bundesrechtswidrig bezeichnet werden und kann daher, gemäß dem mehrerwähnten Grundsatz der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts, nicht in Kraft bestehen. Allein aus dieser Feststellung ergibt sich keineswegs notwendig, wie der Appellations- und Kassationshof annimmt, daß ein Rechtsmittel mit Suspensiveffekt — in casu die bernische Appellation — schlechthin dem Bundesrecht widerspreche und in seiner Totalität rechtsungültig sei; vielmehr würde diese Schlußfolgerung nur dann zutreffen, wenn ein solches Rechtsmittel ohne jenen Effekt überhaupt nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte, keinen vernünftigen Sinn und Zweck mehr hätte. Dies kann jedoch speziell mit Bezug auf die in Rede stehende Appellation durchaus nicht behauptet werden. Denn einerseits ist zu beachten, daß die Frage nach dem Suspensiveffekt derselben für alle diejenigen zahlreichen Fälle, in welchen die erste Instanz die Rechtsöffnung verweigert, gar keine Bedeutung hat. Andererseits ist die Appellation ohne jenen Effekt gewiß auch im Falle der Rechtsöffnungserteilung in erster Instanz keineswegs zwecklos, da das Appellationsurteil bei gesetzesprechender Durchführung des bernischen Verfahrens, welche natürlich vorausgesetzt werden muß, ohne Zweifel zeitig genug ergehen kann, um die Wirkung des erstinstanzlichen Entscheides, sofern er ihm widerspricht, aufzuheben, bevor die Betreibung in ihrem Fortgang eine nicht mehr zu beseitigende Situation (Vollzug der Pfandverwertung; Konkursöffnung) geschaffen hat. In Art. 40 Ziff. 3 des Einföhrungsgesetzes ist ja dem Appellations- und Kassationshofe zur Pflicht gemacht, die Rechtsöffnungsfälle, mit Übergehung der üblichen Reihenfolge auf einen der nächsten Sitzungstage anzuberaumen und zwar auch während der Gerichtsserien. Da das bernische Obergericht wöchentlich Sitzungen hält, ist damit die Möglichkeit gegeben, eine Berufung in 8—14 Tagen nach ihrer Einreichung zu erledigen.

Übrigens ergibt sich schon aus der historischen Entwicklung des heutigen summarischen Prozessverfahrens (vergl. Briegleb: Geschichte des Executivprozesses), daß die Unterdrückung des Suspensiv-

effektes der Appellation nicht etwa deren Wesenheit berührt, sondern lediglich eine durch die spezielle Natur jenes Verfahrens erforderliche Modifikation derselben darstellt. Aus diesem Gesichtspunkt hat denn auch der Bundesgesetzgeber selbst in Art. 36 leg. cit. die nicht aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel des Betreibungsrechts, darunter also auch der im Gesetze selbst ausdrücklich vorgesehenen Berufung in den ähnlichen Fällen der Art. 174 und 185, als Regel aufgestellt.

3. In zweiter Linie geht die Argumentation des angefochtenen Urteils selbständig dahin, es sei überhaupt ein Instanzenzug im Rechtsöffnungsverfahren mit dem geltenden Bundesrecht nicht vereinbar, so daß die vom bernischen Gesetzgeber eingeföhrte Appellation schon aus diesem Grunde nicht in Kraft bestehen könne. Der Appellations- und Kassationshof deutet in seiner Rekursantwort an, er hätte sich mit Rücksicht auf die Genehmigung des maßgebenden kantonalen Einföhrungsgesetzes durch den Bundesrat allerdings nicht für kompetent gehalten, hierüber zu entscheiden, wenn nicht die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts durch ihre mehrerwähnte Praxis hinsichtlich des Suspensiveffektes implicite eine solche, den Richter bindende Wirkung jener Genehmigung verneint hätte. Nun wäre auf diesen Einwand an sich vorab zu untersuchen, welche Bedeutung und Tragweite der bundesrätlichen Genehmigung des genannten Gesetzes gemäß Art. 29 des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs zukomme, ob damit insbesondere, wie die Vorinstanz zu behaupten scheint, die in jenem enthaltenen Bestimmungen über das Rechtsöffnungsverfahren allgemein und für den Richter verbindlich als bundesrechtlich zulässig anerkannt seien; allein dies mag vorliegend dahingestellt bleiben, da sich speziell über die hier streitige Frage der Zulässigkeit des Instanzenzuges die Auffassung des Bundesgerichts, gemäß den nachfolgenden Ausführungen, materiell mit der im genehmigten Gesetz zum Ausdruck gelangten Anschauung des Bundesrates deckt, so daß das Resultat jener formellen Erörterung die konkrete Entscheidung unter keinen Umständen beeinflussen könnte. In der Sache selbst ist nämlich auf folgende Erwägung abzustellen: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs erteilt den Kantonen in Art. 25 Ziff. 2

den allgemeinen Auftrag, das Rechtsöffnungsverfahren zu normieren und gibt hierüber des näheren lediglich die Weisung (Art. 84), daß „der Richter nach Einvernahme der Parteien „binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens“ zu entscheiden habe. In dieser direkten bundesrechtlichen Vorschrift nun, auf welche übrigens die Vorinstanz gar nicht abgestellt hat, kann ein durchgreifendes Verbot des Instanzenzuges nicht gefunden werden. Dieselbe verlangt, was den Gang des Verfahrens betrifft, offenbar nur, daß nach fünf Tagen ein Urteil erlassen sei, welches, seinem Zweck für die pendente Betreibung entsprechend, den Zwischenfall des Rechtsvorschlages vorläufig erledigt und dem Gläubiger die Möglichkeit schafft, sich einer bestehenden Pfändung anzuschließen, nicht aber, daß gleichzeitig das Verfahren überhaupt seinen Abschluß finden müsse; vielmehr ist jedenfalls eine Weiterziehung der Streitsache ohne suspensive Wirkung mit jenem betreibungrechtlichen Zwecke sehr wohl vereinbar. Ausdrückliche Vorschriften anderer Art betreffend das Rechtsöffnungsverfahren enthält das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht, namentlich finden sich in demselben über die Frage der Appellabilität der Rechtsöffnungsentscheide Bestimmungen weder positiver noch negativer Art. Das Gesetz schweigt über diese Frage, gleich wie es auch bezüglich anderer, den Gerichten überwiesener Entscheidungsbefugnisse im summarischen Verfahren keine Bestimmung über die Möglichkeit einer Berufung enthält, nämlich bezüglich der Bewilligung eines verspäteten Rechtsvorschlages (Art. 77) und der Aufhebung bzw. Einstellung der Betreibung (Art. 85). Trotz diesem Schweigen haben eine Reihe von Kantonen, darunter auch der Kanton Bern (vergl. Art. 36, Ziff. 1 und 2 des Einführungsgesetzes) nicht geögert, auch für diese beiden Fälle, und zwar mit Zustimmung des Bundesrates, eine Appellation einzuführen, und es ist dieselbe bis heute noch nie in Frage gestellt worden.

Wenn daher das Bundesgesetz in andern Fällen des summarischen Verfahrens die Berufungsmöglichkeit ausdrücklich vorgesehen hat, wie in Art. 174 für das Konkurserkennntnis (vergl. auch Art. 189 Abs. 2) und in Art. 185 für den Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung, so

kann daraus, für sich allein, gewiß noch nicht der Schluß gezogen werden, daß der Bundesgesetzgeber in allen andern Fällen die Berufung ausdrücklich habe ausschließen wollen. Ein solches Verbot könnte angesichts des den Kantonen in Art. 25 Ziff. 2 erteilten allgemeinen Auftrages zur Feststellung des Verfahrens im summarischen Prozeßverfahren betreffend Rechtsvorschlüge und Konkursbegehren nur dann angenommen werden, wenn noch andere Umstände, wenn namentlich die gesamte Ökonomie des Gesetzes darauf hinweisen würde, daß die Einführung einer zweiten Instanz für die Rechtsöffnungsentscheide nicht möglich wäre und zu Verwicklungen führen müßte, deren Lösung im Gesetze weder ausdrücklich vorgesehen ist, noch auf dem Wege der Auslegung und analogen Anwendung sich finden läßt. Dies scheint der Appellations- und Kassationshof allerdings anzunehmen, allein die Argumente, welche er hiefür vorbringt, können nicht als stichhaltig bezeichnet werden. Wenn das angefochtene Urteil zunächst ausführt, das Bundesgesetz hätte, bei Zulassung einer zweiten Rechtsöffnungsinstanz im genannten Sinne, unter den Urkunden des Art. 85 den Entscheid dieser zweiten Instanz, welcher die in erster Instanz zugelassene Rechtsöffnung ablehnt, erwähnen müssen, so beruht dies auf einer Verwechslung des formellen mit dem materiellen Recht. Der citierte Artikel betrifft die Aufhebung bzw. Einstellung einer formell korrekten Betreibung aus Gründen materiellrechtlicher Natur (Nichteristenz bzw. Nichtfälligkeit der Forderung) und bestimmt, daß dieselben erst nach gerichtlicher Anerkennung wirksam seien; in dem vorliegend angenommenen Falle aber, in welchem die zweite Instanz einen erstinstanzlichen, die Rechtsöffnung bewilligenden Entscheid abgeändert hat, handelt es sich um die Beseitigung eines als formell unzulässig erkannten Betreibungsaktes durch das betreffende Erkenntnis selbst, welches natürlich ipso jure wirkt und die weitergeführte Betreibung direkt hemmt, womit allfällig bereits vollzogene Betreibungshandlungen von selbst als nichtig dahinsinken, so daß es eines besondern gerichtlichen Verfahrens hiezu nicht bedarf. Für ein solches Verfahren wäre so wenig Raum vorhanden, wie in dem Falle, wo ein letztinstanzliches kantonales Rechtsöffnungsurteil auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses aufgehoben,

oder wo ein erstinstanzlicher Entscheid infolge Nichtigkeitsklage hinfällig wird. Eventuell, wenn der Betreibungsbeamte diese Konsequenzen aus der durch den Berufungsentscheid geschaffenen Sachlage zu ziehen sich weigern sollte, wären die Aufsichtsbehörden die zur Intervention allein kompetenten Stellen.

Ebenso wenig schlüssig für den Ausschluß einer Berufung im Rechtsöffnungsverfahren ist der weitere Einwand, es hätte das in Art. 83 vorgesehene Provisorium auf die Zeit zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid ausgedehnt werden müssen, wenn ein Instanzenzug hätte zugelassen werden wollen. Es ist nicht klar, welches „Provisorium“ damit gemeint sein soll. Sollte darunter die in Abs. 1 erwähnte Möglichkeit, provisorische Pfändung oder Aufnahme des Güterverzeichnisses verlangen zu können, verstanden sein, so wäre zu sagen, daß die Bemerkung durchaus verständlich ist, da ja die Frage, ob der Gläubiger diese Befugnisse schon auf Grund der erstinstanzlichen Bewilligung der Rechtsöffnung habe oder nicht, identisch ist mit der im Falle Lehmann vom Bundesgericht entschiedenen Frage nach der Wirkung des erstinstanzlichen Entscheides auf die Betreibung und aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Norm hierüber für die heute zu entscheidende Frage keinerlei Schlußfolgerungen gezogen werden können. Wenn aber geltend gemacht werden wollte, es hätte — gleich wie in Absatz 3 des Art. 83 für den Fall der Bewirkung oder Abweisung der Aberkennungsklage bestimmt ist, die Rechtsöffnung bzw. Pfändung werde eine endgültige — das gleiche auch für den Fall der Bestätigung einer erstinstanzlich bewilligten Rechtsöffnung durch die zweite Instanz bestimmt und damit implicite der Rechtsöffnung bzw. Pfändung ein bloß provisorischer Charakter auch für die Zeit zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid beigelegt werden sollen, so ist ebenfalls nicht einzusehen, wieso sich aus dem Mangel einer solchen Gleichstellung ein Schluß gegen die Zulässigkeit der Appellation ziehen ließe. Das Provisorium, welches besteht in der Zeit zwischen dem Moment, da eine provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist und dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, daß die Aberkennungsklage verwirkt bzw. abgewiesen ist, und das nach der Meinung der Vorinstanz auch auf die Zeit

zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid hätte ausgedehnt werden sollen, äußert sich ja nur darin, daß die provisorische Rechtsöffnung eben provisorisch bleibt, d. h. nur das Recht zur provisorischen Pfändung bzw. zur Aufnahme eines Güterverzeichnisses verleiht, was sich ja, wie erwähnt, aus Art. 83 Alinea 1 ergibt. Die Vorschrift des dritten Alinea eod. hat lediglich die Dauer dieses Provisoriums und die Wirkungen fixiert, die nach Ablauf desselben eintreten. Davon nun, daß diese Bestimmungen des Art. 83 Abs. 3 auch auf den Fall einer Appellation eines provisorischen Rechtsöffnungsentscheides hätten ausgedehnt werden können, kann ebenfalls keine Rede sein.

Endlich ist auch nicht einzusehen, wieso der Mangel einer Bestimmung darüber, daß der Beginn der Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage auf den Zeitpunkt der oberinstanzlichen Rechtsöffnungserteilung hinausgeschoben sei, zwingend auf die Absicht des Gesetzgebers hinweise, eine solche Oberinstanz auszuschließen. Da das Bundesgesetz hier die allgemeine Vollmacht an die Kantone zur Regelung des Verfahrens nicht einschränkt, blieb eben Raum für ein Verfahren mit zwei oder nur mit einer einzigen Instanz, und es konnte daher auch der Beginn der Frist für die Aberkennungsklage nicht einheitlich auf den Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Urteils angelegt werden, so daß sich ganz ungezwungen erklärt, weshalb der Anfangspunkt der Frist in mehr allgemeiner Art und Weise bezeichnet wurde, so daß die Beantwortung der Frage, welchen Einfluß auf den Fristenlauf die Berufung habe, der Praxis überlassen blieb, die denn auch schon längst die übrigens auf der Hand liegende Lösung gefunden hat. (Vergl. Entsch. des Bundesgerichts, Bd. XXII, S. 328.)

Die sämtlichen von der Vorinstanz signalisierten Unzukömmlichkeiten, welche die Möglichkeit einer Appellation des Rechtsöffnungsentscheides im Gefolge haben soll, erweisen sich somit als von ganz untergeordneter Bedeutung. Die Schwierigkeiten, die sich in einzelnen Fällen etwa daraus ergeben könnten, daß eine in erster Instanz bewilligte Rechtsöffnung zweitinstanzlich verweigert wird, sind nicht größer, als diejenigen, welche bei der Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages nach Art. 77 eintreten können. In diesem letztern Falle hat der Gesetzgeber die Folgen

eines solchen Entscheides im Gesetze selbst auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern die Praxis hat sie festgesetzt. Umsoweniger kann aus der Tatsache, daß auch bei der Rechtsöffnung die Bestimmung der Wirkungen eines zweitinstanzlichen Entscheides der Praxis überlassen wurde, auf ein Verbot geschlossen werden, eine zweite Instanz einzuführen, zumal ja, wenn die Berufung auch summarisch erledigt wird, wie bereits erwähnt, der zweitinstanzliche Entscheid immer ergehen kann, bevor auf Grund des erstinstanzlichen eine Betreibungshandlung ergehen könnte, die sich ohne Schädigung nicht mehr rückgängig machen ließe.

4. Was die Anwendbarkeit des Art. 36 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes auf das hier streitige Rechtsmittel betrifft: die Frage, ob die zweite Instanz im Rechtsöffnungsverfahren der Appellation ausnahmsweise suspensive Wirkung verleihen könne, so kann hierauf vorliegend nicht eingetreten werden, da der Entscheid hierüber, im Sinne der Erwägung 2 oben, in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden fällt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und somit der angefochtene Entscheid des bernischen Appellations- und Kassationshofes in der Meinung aufgehoben, daß der Appellations- und Kassationshof zu materieller Behandlung der in Frage stehenden Streitsache verhalten wird.

III. Erwerb und Betrieb der Eisenbahnen. Acquisition et exploitation des chemins de fer.

41. Urteil vom 3. Juni 1903 in Sachen
Bundesbahnen gegen Regierungsrat Luzern.

Steuerfreiheit der Bundesbahnen. Art. 10 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz betr. Erwerb und Betrieb von Eisenbahnen vom 15. Oktober 1897 (sog. Rückkaufsgesetz). — *Steuerstreitigkeit zwischen Bund und Kantonen; Art. 179 Org.-Ges. Rechtliche Natur der Schweiz. Bundesbahnen, juristische Persönlichkeit oder Zweig der Bundesverwaltung? — Umfang der Steuerfreiheit der Bahnhofswirtschaften.*

A. Anlässlich der Neutaration der Steuerpflichtigen im Jahre 1902 entstand zwischen der Staatssteuerverwaltung Luzern und der Kreisdirektion II der Schweizerischen Bundesbahnen ein Steuerkonflikt. Unter Berufung auf ein schiedsgerichtliches Urteil vom 11. Dezember 1899 in Sachen der Schweizerischen Centralbahngesellschaft gegen den Kanton Luzern, erklärte die Staatssteuerverwaltung den auf die Wirtschaftsräumlichkeiten im Aufnahmegebäude des Bahnhofes Luzern entfallenden Gebäudewert von 200,000 Fr. zu 20% als steuerbar. Den von der Kreisdirektion gegen diese Verfügung ergriffenen Rekurs hat der Regierungsrat mit Beschluß vom 24. Januar 1903 abgewiesen.

Mit dem erwähnten schiedsgerichtlichen Urteil hat es folgende Bewandtnis: Im Jahre 1898, nach dem Neubau des Bahnhofes Luzern, war zwischen der Schweizerischen Centralbahngesellschaft und dem Kanton Luzern die Frage streitig geworden, ob von dem auf die Restaurationslokalitäten im Bahnhof Luzern entfallenden Gebäudewert von 200,000 Fr. eine Quote von 40,000 Fr. d. h. $\frac{1}{5}$ steuerpflichtig sei, oder ob die Centralbahngesellschaft auch für die Restaurationslokalitäten in vollem Umfange Steuerfreiheit habe. Nach dem in Betracht kommenden Art. 34 der Konzession für den Eisenbahnbau von Luzern gegen Zofingen vom 19. November 1852 sollte die Centralbahngesellschaft Steuerfreiheit ge-