

compatibles avec la pratique de l'art médical que quelques habitudes d'intempérance ».

En présence de cet ensemble de faits on ne saurait attacher d'importance à l'erreur matérielle commise par le Dr B. qui ne porte que sur un point accessoire et qui laisse intact le fond de la critique dirigée contre le Dr T. Il est naturel qu'on ait été choqué que ce dernier, connaissant la gravité de l'état de M^{me} Carlen, l'ait quittée pour se rendre à un bal. Ce fait, placé en corrélation avec celui qui s'était passé quelques jours auparavant lors de l'accouchement et avec le penchant du Dr T. pour la boisson, explique que l'opinion publique émue du décès survenu se soit demandé si la direction du cours de sages-femmes avait été placée en de bonnes mains. La presse avait certainement le droit de s'occuper de cette question qui présentait un intérêt général. Le Dr B. était donc fondé à la traiter et l'on doit observer qu'il l'a fait d'ailleurs en des termes modérés puisqu'il a reproché au Dr T. non de se livrer à des excès de boisson, mais seulement de trop fréquenter les établissements publics.

C'est par conséquent en violation de l'art. 55 Const. féd. que le Tribunal cantonal a condamné le Dr B. Le jugement attaqué doit donc être annulé en entier tant en ce qui concerne celui-ci qu'en ce qui concerne l'abbé A. qui ne saurait évidemment être condamné comme complice, du moment que la condamnation de l'auteur principal est inconstitutionnelle. Quant à la question des frais le Tribunal cantonal aura à la régler par un nouveau jugement en tenant compte des considérants du présent arrêt.

Par ces motifs.

le Tribunal fédéral
prononce :

Les recours du Dr B. et de l'abbé A. sont admis et le jugement du Tribunal cantonal du Valais du 2 juin 1911 est annulé.

VI. Gerichtsstand, verfassungsmässiger. For constitutionnel.

15. Urteil vom 31. Mai 1912 in Sachen Flotron gegen Bern.

Willkürliche Auslegung kantonalen Strafprozessrechts (Art. 27 Ziffer 4 u. 7 bern. StrV)? — Der aus Art. 4 und 58 BV abgeleitete Grundsatz, dass ein Parteivertreter zur Ausübung des Richteramtes in Streitsachen seiner Partei nicht fähig sei, schliesst die sukzessive Ausübung staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Funktionen in derselben Strafsache nicht aus. — Verletzung des Verbots der Kumulation von Stellen der administrativen und der richterlichen Gewalt (Art. 11 Ziffer 1 bern. StrV)?

Das Bundesgericht hat
bei folgender Aktenlage :

A. — Auf Grund einer im Juni 1908 gegen ihn erhobenen Strafflage wurde der damals in Meiringen wohnhafte Rekurrent Elias Flotron im Dezember 1910 unter der Anklage der Urkundenfälschung und des Betrugs den Assisen des I. bernischen Geschwornenbezirks zur Aburteilung überwiesen. Den Vorsitz des Assisengerichts für seinen Straffall erhielt Obergerichter Kummer, der bis zu seiner Wahl ins Obergericht (19. Mai 1909) das Amt des Bezirksprokurators des I. Geschwornenbezirks bekleidet hatte.

Als nun Obergerichter Kummer im Februar 1912 die Hauptverhandlung anordnete, wurde er vom Rekurrenten gestützt auf Art. 27 Ziffer 4 und 7 des kantonalen Gesetzes über das Verfahren in Strafsachen vom Jahre 1850 (StrV) refusiert mit der Begründung, er sei als Bezirksprokurator in der Sache tätig gewesen, insbesondere habe er das Strafverfahren gegen den Rekurrenten auf Grund und nach Prüfung der bei ihm in jener Stellung angebrachten Denunziationen durch Anordnung der Verhaftung des Angeeschuldigten eingeleitet und auch im Laufe der Voruntersuchung

noch verschiedene Untersuchungs- und Strafverfolgungshandlungen vorgenommen.

Die erwähnten Gesetzesbestimmungen lauten:

Art. 27. „Eine Gerichtsperson ist unfähig zu verhandeln und muß sich daher jeder Mitwirkung enthalten:

„4. wenn sie selbst Denunziant ist;

„7. wenn sie als Bevollmächtigter, Verteidiger oder Richter darin (scil. im Prozesse) aufgetreten ist.“

B. — Durch Entscheid vom 20. Februar 1912 hat die I. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern das Refusationsgesuch Klotrons aus wesentlich folgenden Erwägungen abgewiesen: Es sei nicht einzusehen, wieso Oberrichter Kummer „Denunziant“ des Gesuchstellers im Sinne des Art. 27 Ziffer 4 StrB sein sollte, da der Gesuchsteller selbst nicht behauptete, daß die Anzeige, die zur Einleitung der Strafuntersuchung gegen ihn geführt habe, vom damaligen Bezirksanwalt Kummer selber abgefaßt worden sei, abgesehen davon, daß das bernische Strafverfahren unter dem „Denunzianten“ überhaupt niemals einen Beamten der Staatsanwaltschaft, der durch eigene Strafanzeige eine Strafverfolgung veranlasse, verstanden wissen wolle. Fehl gehe aber auch die weitere Behauptung des Gesuchstellers, daß Bezirksanwalt Kummer als „Bevollmächtigter“ im Sinne des Art. 27 Ziffer 7 StrB, nämlich als „Bevollmächtigter des Staates“, im Verfahren gegen ihn tätig gewesen sei. Man müsse schon dem Wortlaut der Bezeichnung „Bevollmächtigter“ Gewalt antun, um darunter einen Beamten des Staates und speziell der Staatsanwaltschaft zu begreifen; denn dem Wortstamme nach sei „bevollmächtigt“ einer, der auf Grund einer Vollmacht d. h. eines privatrechtlichen Auftrages, nicht aber einer, der auf Grund öffentlichen Rechtes, als Beamter, handle. Noch deutlicher sei der Ausdruck « mandataire » des französischen Gesetzestextes, da mit diesem Ausdruck nach französischem Sprachgebrauch nur ein zivilrechtlich Beauftragter und niemals ein Staatsbeamter bezeichnet werde. Auch die logische Interpretation ergebe mit Sicherheit, daß Art. 27 Ziffer 7 lediglich den Bevollmächtigten der Zivilpartei, sei es einen Spezialbevollmächtigten

ohne Anwaltspatent, sei es einen Anwalt gemäß Art. 309 StrB, im Auge habe. Daß das Gesetz nur diese Person, und nicht auch den Untersuchungsrichter oder gar den Staatsanwalt, gleich dem Verteidiger des Angeklagten und dem früheren urteilenden Richter als unfähig zur Ausübung des Richteramtes habe bezeichnen wollen, folge aus der Organisation der bernischen korrekzionellen Gerichte, deren Vorsitzender ja gerade mit dem Untersuchungsrichter identisch sei. Es habe deshalb auch in Art. 15 des Gerichtsorganisationsgesetzes (vom 31. Januar 1909) als Ausnahme speziell bestimmt werden müssen, daß im Affisenverfahren der Untersuchungsrichter des betreffenden Falles nicht als Ersatzmann der Affisenkammer gewählt werden dürfe. Wenn der Gesetzgeber dieselbe Ausnahme auch für die Staatsanwaltschaft hätte statuieren wollen, so hätte er dies ausdrücklich sagen müssen; denn « exceptio firmat regulam ».

C. — Gegen den vorstehenden Entscheid des bernischen Appellationshofes hat Klotron rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, der Entscheid sei aufzuheben und das Refusationsgesuch des Rekurrenten gegen Oberrichter Kummer als Vorsitzenden der Affisenkammer in seiner Strafsache als begründet zu erkennen. Er macht im wesentlichen geltend: Mit dem Begriff des öffentlichen Anklägers ebensosehr, wie mit demjenigen des Klägers überhaupt, sei eine mehr oder weniger leidenschaftliche tendenziöse Verfolgung des Parteistandpunktes untrennbar verbunden: die Stellung des öffentlichen Anklägers erzeuge notwendigerweise einen Zustand parteiseitiger Voreingenommenheit, der zur Ausübung des Richteramtes im gleichen Falle unfähig mache. Demgemäß bestimme die deutsche Gesetzgebung, unter deren Einfluß die bernische Praxis in Strafsachen unverkennbar stehe, ausdrücklich, daß ein Richter vom Amte ausgeschlossen sei, wenn er in der Sache als „Beamter der Staatsanwaltschaft“ tätig gewesen sei (§ 22 StrB), und zwar spiele dabei nach der Praxis die materielle Bedeutung der entfalteten Tätigkeit keine Rolle. Den gleichen Sinn habe auch die Bestimmung von Art. 27 Ziffer 7 des bernischen StrB; denn zur Zeit des Erlasses dieses Gesetzes sei der Staatsanwalt als „Beauftragter der Regierung zur Geltendmachung der Interessen des Staates“ aufgefaßt worden

und falle deshalb unzweifelhaft unter die Bezeichnung „Bevollmächtigter“ in jener Bestimmung. Überdies sei er auch als „Denunziant“ im Sinne des Art. 27 Ziffer 4 StrB anzusehen. Dieser Begriff umfasse nämlich jedenfalls in erster Linie die Angestellten und Beamten der gerichtlichen Polizei, die in der Regel den Anstoß zur Einleitung der Strafverfolgungen gäben. Wenn aber demnach die Tätigkeit dieser untergeordneten Polizeiorgane nach Gesetz die Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramtes in der gleichen Sache nach sich ziehe, so müsse dies noch in erhöhtem Maße von der Tätigkeit des Bezirksprokurators gelten, der als Oberbeamter der gerichtlichen Polizei die unteren Organe zu beaufsichtigen habe und selbst viel intensiver, als sie, an der Strafverfolgung beteiligt sei. Für diese Auffassung spreche denn auch die Vorschrift in Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909, wonach bei Besetzung der Assisenkammer der Untersuchungsrichter des betreffenden Falles nicht einmal die (gegenüber der ausschlaggebenden Stellung und Machtvollkommenheit des Assisenpräsidenten verhältnismäßig unbedeutende) Funktion eines Ersatzmannes des Gerichtshofes ausüben dürfe. Die abweichende Interpretation der einschlägigen Gesetzesbestimmungen im angefochtenen Entscheide des Appellationshofes sei willkürlich, mit dem richtig verstandenen Gesetzeswillen nicht in Einklang zu bringen und enthalte deshalb eine gegen die Garantie der Art. 4 BB und Art. 72 bern. StW verstoßende materielle Ungleichheit. Durch den appellationsgerichtlichen Entscheid werde der Rekurrent gleichzeitig auch, in Verletzung des Grundsatzes der Art. 58 Abs. 1 BB und Art. 75 bern. StW, seinem ordentlichen, verfassungsmäßig garantierten Richter entzogen; denn wer der ordentliche Richter sei, bestimme sich, in Verbindung mit den grundlegenden Verfassungsvorschriften, nach der Gerichtsorganisation und der Strafprozeßordnung und danach komme dem unfähigen Richter nicht die Qualifikation eines ordentlichen Richters zu. Endlich habe der Appellationshof auch noch den Grundsatz des Art. 11 bern. StW verkannt, wonach in der gleichen Person nicht vereinigt sein dürfen „eine Stelle der administrativen und der richterlichen Gewalt“; denn dieser Grundsatz müsse auch auf Fälle Anwendung finden, wo die gleiche Person in derselben Sache bald als administrativer,

bald als richterlicher Beamter tätig sei und somit Funktionen ausübe, die sich nicht vereinbaren lassen.

D. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat unter Hinweis auf die Begründung seines Entscheides von einer besonderen Beantwortung des Rekurses abgesehen; —

in Erwägung:

Die Beschwerde des Rekurrenten über Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit (Art. 4 BB; Art. 72 bern. StW) und der Garantie des ordentlichen verfassungsmässigen Richters (Art. 58 BB; Art. 75 bern. StW) erweist sich ohne weiteres als haltlos, soweit sie damit begründet wird, der Appellationshof habe sich einer willkürlichen Auslegung der vom Rekurrenten angerufenen Bestimmungen des kantonalen Strafprozeßrechts über die Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramtes (Art. 27 Ziffer 4 und 7 StrB) schuldig gemacht. Die Annahme des kantonalen Richters, daß unter dem „Denunzianten“ der Ziffer 4 jedenfalls nur jemand, der selbst eine Strafanzeige erstatte, und unter dem „Bevollmächtigten“ der Ziffer 7 nur der zivilrechtlich beauftragte Parteivertreter zu verstehen sei, entspricht durchaus der allgemeinen sprachlichen Bedeutung der beiden Ausdrücke. Und die weitere Ausführung des angefochtenen Entscheides darüber, daß speziell der Ausdruck „Bevollmächtigter“ auch nach dem Zusammenhange des Gesetzes nicht auf den Bezirksprokurator als Beamten der Staatsanwaltschaft bezogen werden könne, verdient gewiß ebenfalls nicht den Vorwurf der Willkür.

Dagegen ist weiterhin zu prüfen, ob der Entscheid des Appellationshofes nicht insofern mit der Garantie der Art. 4 und 58 BB unvereinbar sei, als sich aus diesen Verfassungsbestimmungen schon unmittelbar und unabhängig von einer dahin lautenden ausdrücklichen Gesetzesvorschrift die Folgerung ergebe, daß niemand das Amt des Strafrichters in einer Sache ausüben dürfe, in der er zuvor bereits staatsanwaltliche Funktionen ausgeübt hat. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Allerdings hat das Bundesgericht aus den Art. 58 und 4 BB den Grundsatz abgeleitet, daß ein Parteivertreter als solcher schlechthin unfähig sei, in einer Streitsache seiner Partei als Richter mitzuwirken, und es hat diesen Grundsatz speziell auch auf das gesetzliche Vertretungsverhältnis

des Konkursbeamten als Konkursverwalters mit Bezug auf die Prozesse der Konkursmasse anwendbar erklärt (vgl. US 33 I Nr. 21 Erw. 1 ff. S. 146 f.). Allein die Stellung des Staatsanwaltes im Strafprozeß ist nicht die eines Parteivertreters, wie ihn diese Praxis im Auge hat. Wohl steht der Staatsanwalt nach dem Anklageprinzip dem Angeklagten formell als Gegenpartei gegenüber, materiell aber hat er nicht in einseitiger Weise, unter Geltendmachung nur der den Angeklagten belastenden Momente, die Strafverfolgung zu betreiben, sondern als staatlicher Funktionär der Strafgerichtsbarkeit neben dem Richter für die der gesamten Aktenlage angemessene und in diesem Sinne objektiv gerechte Anwendung der staatlichen Straffsanktionen einzutreten. Es kann daher nicht gesagt werden, daß die Betätigung als Staatsanwalt begrifflich notwendigerweise eine Voreingenommenheit gegenüber dem Angeklagten erzeuge, welche die zur späteren Ausübung des Richteramtes in der gleichen Sache erforderliche Unbefangenheit des betreffenden Funktionärs schlechterdings ausschließe. Der hier gegebene Fall unterscheidet sich vom erwähnten Falle des Konkursbeamten als Konkursverwalters nicht nur dadurch, daß der Konkursverwalter private Vermögensinteressen zu vertreten hat, während dem Staatsanwalt die Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen obliegt, sondern namentlich auch darin, daß dort der Konkursbeamte gleichzeitig die Funktionen des Richters und des Parteivertreters ausüben wollte, während hier die Stellungen des angefochtenen Beamten als Bezirksprokurator und als Richter zeitlich nicht neben-, sondern hintereinander liegen. Ein in der gleichen Sache zunächst als Vertreter der Staatsanwaltschaft und sodann als urteilender Richter tätiger Beamter befindet sich in ähnlicher Lage, wie nach dem Inquisitionsprinzip der Richter überhaupt, der in gleicher Person zuerst die Untersuchung durchführen und hierauf zu erkennen hat. Diese Doppelfunktion von Gerichtsbeamten, die sich in gewissem Umfang tatsächlich noch in verschiedenen Kantonen erhalten hat (vgl. z. B. gerade Art. 79 des bernischen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden, vom 31. Januar 1909, wonach dem Gerichtspräsidenten ordentlichweise die Verrichtungen des Untersuchungsrichters obliegen), kann aber nicht etwa als bundesverfassungswidrig bezeichnet werden. Denn die Bundesverfassung enthält über

die Organisation der Strafrechtspflege in den Kantonen keine Vorschriften; sie postuliert und gewährleistet hierfür insbesondere keineswegs die reine Durchführung des Anklageprinzips im Gegensatz zum Inquisitionsprinzip. Folglich verstößt auch die sukzessive Ausübung staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Funktionen in der gleichen Strafsache nicht zum vornherein gegen die in Rede stehenden Verfassungsgrundsätze.

Endlich kann auch von einer Verkenning des verfassungsmäßigen Verbotes der Kumulation einer Stelle der administrativen mit einer solchen der richterlichen Gewalt (Art. 11 Ziffer 1 bern. StW) durch den angefochtenen Entscheid schon bezweigen nicht die Rede sein, weil die Staatsanwaltschaft nach dem bernischen Staatsrecht unzweifelhaft nicht zu den administrativen sondern auch zu den Gerichtsbehörden zählt (vgl. Art. 84 ff. des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden), abgesehen davon, daß jenes Verbot offenbar nur die gleichzeitige Bekleidung der als unvereinbar erklärten beiden Beamtenstellen im Auge hat; —

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

VII. Derogatorische Kraft des eidgenössischen Rechts. — Force dérogatoire du droit fédéral.

16. Urteil vom 6. März 1912 in Sachen Maignon & Cie. gegen Lüthi & Jügg.

Die Vorschrift des § 72 bern. ZPO, wonach die Versäumnis der Reformdiligenzen als Abstand vom Prozess betrachtet wird, verstößt nicht gegen das OR, selbst wenn damit eine anspruchvernichtende oder -begründende Wirkung verbunden sein sollte.

A. — Am 2. August 1909 hatte die Rekurrentin der Rekursbeklagten eine Schadenersatzklage im Betrage von 50,000 Fr. aus Agenturvertrag in Aussicht gestellt. In einem darauf stattgefundenen Provolationsverfahren unterzog sich die Rekurrentin dem von der