

gendes: Der Rekursbeklagte behaupte, der Rekurrent habe durch den Kiegenschaftskauf vom 6. Oktober 1884 die Kompensation seiner Kaufpreisforderung mit einer gleich großen Summe der Darlehensforderung des Josef Alois Siegwart freiwillig anerkannt. In Ziffer 3 der Kaufsbedingungen heiße es nämlich: „Die Kaufsumme wird sofort beglichen.“ Das bedeute, wie der Rekurrent wohl wisse, nichts anderes, als dieselbe werde verrechnet, kompensirt. Eine derartige Verrechnung verstoße durchaus nicht gegen Art. 59 B.-V. Demnach werde beantragt: Der Rekurs sei als unbegründet und unter Kostenfolge für den Rekurrenten abzuweisen.

D. Das Obergericht des Kantons Nidwalden schließt sich dem Antrage auf Abweisung des Rekurses ohne weitere Bemerkungen an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Rekursbeklagte im vorliegenden Falle der Forderung des Rekurrenten nicht lediglich die Kompensationseinrede entgegengestellt, sondern eine ihm angeblich zustehende Gegenforderung widerklagsweise, in Form eines selbständigen Angriffes, geltend gemacht hat. Der Rekursbeklagte verlangt ja nicht etwa bloß, der Rekurrent sei mit seiner Forderung abzuweisen, weil er für seine Ansprache durch Verrechnung befriedigt sei, sondern er trägt positiv auf Beurtheilung des Rekurrenten zu Bezahlung der die Klageforderung übersteigenden Gegenforderung an.

2. Nach konstanter bundesrechtlicher Praxis nun ist im interkantonalen Verkehr gemäß Art. 59 Absatz 1 B.-V. die widerklagsweise Geltendmachung einer Gegenforderung beim Gerichte der Vorklage nur dann statthaft, wenn die Gegenforderung mit der Klageforderung konnex ist. Dies ist aber hier gewiß nicht der Fall, denn Klageforderung und Gegenforderung stammen aus ganz verschiedenen, unter sich in keinem innern Zusammenhange stehenden, Rechtsgeschäften. Die nidwaldenschen Gerichte sind daher zu Beurtheilung der Widerklage des Rekursbeklagten verfassungsmäßig nicht kompetent und es ist die angefochtene Entscheidung derselben als verfassungswidrig aufzuheben. Dagegen ist immerhin vorzubehalten, daß dem Rekursbeklagten

freisteht, der Klageforderung vor den nidwaldenschen Gerichten gestützt auf seine behauptete Gegenforderung die Einrede der Kompensation entgegenzustellen, d. h. geltend zu machen, die Klageforderung sei durch Verrechnung getilgt und die Klage sei aus diesem Grunde abzuweisen. Dies ist zweifellos verfassungsmäßig durchaus statthaft. Denn die Einrede der Kompensation ist bloßes, auf einen Erlöschungsgrund des klägerischen Rechtes begründetes Verteidigungsmittel und wird daher durch Art. 59 Absatz 1 B.-V. in keiner Weise betroffen. (Vergl. Entscheidungen, Amtliche Sammlung II S. 205, VII S. 228 Erw. 2.)

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen als begründet erklärt und es werden mithin die angefochtenen Urtheile des Ober- und des Kantonsgerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 2. und 16. Juli 1886 aufgehoben.

## V. Schuldverhaft. — Contrainte par corps.

73. Urtheil vom 26. November 1886  
in Sachen Buschle.

A. Das schaffhausensche Gesetz „über Abänderung des § 122 des Konkursgesetzes“ vom 8. März 1884 enthält unter andern folgende Bestimmungen:

„Die im abgekürzten oder im Exekutionsrechtstriebe ausge-  
„triebenen Schuldner, welche keine oder nicht vollständige Zah-  
„lung geleistet haben, können auf Anrufen des Gläubigers  
„von dem zuständigen Bezirksgerichte mit Wirthshausverbot  
„von 1 bis 5 Jahren oder mit Gefangenschaft von 1 bis 20  
„Tagen oder mit Gefangenschaft und Wirthshausverbot bis zu  
„der angegebenen Höhe bestraft werden.

„Siebei sind speziell folgende Vorschriften zu beobachten:

„4. Eine Verurtheilung findet nur im Falle eines Verschuldens des erfolglos Betriebenen statt; ob ein solches vorhanden ist oder nicht, wird in analoger Anwendung der §§ 114 bis 117 des Konkursgesetzes entschieden.

„Liegt ein betrügerisches Handeln vor, so fällt dasselbe strafrechtlicher Verfolgung anheim.

„6. Eine Aufhebung der Bestrafung findet nur statt, wenn der Kläger die Klage zurückzieht und die erwachsenen Kosten von ihm oder vom Bestraften erlegt werden.“

B. In Anwendung dieser Gesetzesbestimmung wurde Johann Buschle, Schmid, in Schaffhausen auf Klage des B. Rauschenbach zum Schiff in Schaffhausen, welchem er eine Forderung von 10 Fr. nicht bezahlt hatte, vom Bezirksgerichte Schaffhausen durch Urtheil vom 31. Mai 1886 zu zwei Tagen Gefangenschaft und zwei Jahren Wirthshausverbot (im Umfange des Bezirkes Schaffhausen) verurtheilt. In der Begründung des Urtheils wird ausgeführt, daß die Insolvenz des Beklagten auf bösen Willen oder mindestens auf Fahrlässigkeit desselben zurückzuführen und daher eine selbstverschuldete sei. Nach diesem Urtheile wurde B. Rauschenbach für seine Forderung an Buschle befriedigt, indem er dieselbe an einen Dritten, der sie mit einer Forderung des Buschle kompensirte, veräußerte. Buschle wurde indeß nichtsdestoweniger am 30. August 1886 zum Antritte der ihm zuerkannten Gefängnißstrafe aufgefordert, wie auch das Strafurtheil vom 31. Mai 1886 vorschriftsgemäß publizirt wurde.

C. Mit Rekurschrift vom 6. September 1886 beschwert sich J. Buschle gegen das Strafurtheil vom 31. Mai 1886 und dessen Vollziehung beim Bundesgerichte unter Berufung auf Art. 59 Absatz 2 B. V.; er verlangt Aufhebung des Urtheils und Entschädigung für die ihm verursachten Umtriebe und die ihm durch Veröffentlichung des Urtheils zugefügte „Brandmarkung.“

D. Das Bezirksgericht Schaffhausen führt in seiner Bernehmung auf diese Beschwerde aus: Der Rekurs sei prozeßualisch

nicht mehr zulässig; er sei wegen Verabsäumung der sechzigtägigen Beschwerdefrist des Art. 59 D.-G. verspätet; zudem habe der Beschwerdeführer den kantonalen Instanzenzug nicht erschöpft, indem er die Appellation an das kantonale Obergericht nicht ergriffen habe; damit habe er das Urtheil anerkannt. Die Bestrafung wegen selbstverschuldeter Insolvenz qualifizire sich, wie auch das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Keller vom 28. Februar 1879 anerkannt habe, nicht als Schuldverhaft, sondern als eigentliche Strafe; im vorliegenden Falle habe das Gericht die Frage des eigenen Verschuldens des Beklagten geprüft und beurtheilt. Jedenfalls verstoße die Verhängung des Wirthshausverbotes gegen keine Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung. Nach einer milderen Praxis werde allerdings die Bestrafung wegen Insolvenz aufgehoben, wenn der Gläubiger, sogar nach dem Urtheile, seine Klage zurückziehe und wenn die erlaufenen Kosten bezahlt werden. Rekurrent habe nun aber erst am 21. September einen Ausweis dafür beigebracht, daß der Gläubiger mit Aufhebung der Bestrafung einverstanden sei; die Kosten des Verfahrens habe er überhaupt noch nicht bezahlt. Es werde, gestützt auf das Angebrachte, beantragt: Das Bundesgericht wolle den Rekurs aus formellen und materiellen Gründen abweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Einwendung, daß die Beschwerde wegen mangelnder Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges unstatthaft sei, ist nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis unbegründet. Was die Einrede der Verspätung des Rekurses anbelangt, so ist allerdings richtig, daß zwischen der Eröffnung des Urtheils vom 31. Mai 1886 und der Einreichung der Beschwerde mehr als 60 Tage verstrichen sind. Allein es ist nichtsdestoweniger auf die materielle Prüfung der Beschwerde einzutreten. Nach Ziffer 6 des kantonalen Gesetzes vom 8. März 1884 nämlich ist der Rekurrent unzweifelhaft befugt, gestützt auf die Thatsache, daß er den klagenden Gläubiger befriedigt und daß dieser die Klage zurückgenommen hat, Aufhebung der Bestrafung zu verlangen und hierüber einen Entscheid des Bezirksgerichtes zu provoziren. Würde nun durch einen solchen Entscheid die Aufhebung der

Bestrafung verweigert, weil die Kosten des frühern Verfahrens nicht bezahlt seien, so stände hiegegen dem Rekurrenten das Beschwerderecht an das Bundesgericht offen; derselbe wäre berechtigt, geltend zu machen, daß er zum Kostenersatze nicht angehalten werden könne, weil das Strafurtheil vom 31. Mai ein verfassungswidriges sei. Es steht also dem Rekurrenten noch gegenwärtig die rechtliche Möglichkeit offen, die Verfassungsmäßigkeit des Strafurtheils beim Bundesgerichte anzufechten, und es kann daher, wie gesagt, auf die Beschwerde materiell eingetreten werden.

2. Die Belegung des Rekurrenten mit Wirthshausverbot enthält nun jedenfalls eine Verfassungsverletzung nicht. Denn das Wirthshausverbot involviret keine Freiheitsentziehung und verstößt daher keinesfalls gegen Art. 59 Absatz 2 B.-V., welcher den „Schuldverhaft“ als abgeschafft erklärt. Es besteht auch eine anderweitige, eidgenössische oder kantonale, Verfassungsvorschrift, welche die Verhängung des Wirthshausverbotes gegen zahlungsunfähige Schuldner als unzulässig erklärte, nicht. (Vergl. Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Sorg vom 24. Oktober 1879.)

3. Dagegen muß sich fragen, ob nicht die Verurtheilung des Rekurrenten zu einer Freiheitsstrafe gegen Art. 59 Absatz 2 B.-V. verstoße. Als verfassungsmäßig unzulässiger Schuldverhaft ist, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Keller vom 28. Februar 1879 (Amtliche Sammlung V S. 27) ausgeführt hat, derjenige Verhaft anzusehen, welcher als Exekutionsmittel zu Eintreibung einer Forderung dient, sei es, daß dadurch die Erfüllung einer Ansprache erzwungen, sei es, daß durch den Verhaft eine Forderung, welche nicht den Charakter einer Strafe hat, getilgt werden soll. Hingegen schließt Art. 59 Absatz 2 cit. nicht aus, daß leichtfertiges Schuldenmachen und böswillige oder fahrlässige Nichterfüllung vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten als Delikt behandelt und als solches im öffentlichen Interesse mit Freiheitsstrafe belegt werde. Die in dem Schaffhausenschen Gesetze vom 8. März 1884 normirte Freiheitsentziehung wegen selbstverschuldeter Insolvenz erscheint nun aber als Schuldverhaft und nicht als Strafe.

Allerdings ist dieselbe nur auszusprechen, wenn ein Verschulden des Beklagten vorliegt; sie trifft daher nicht alle, sondern nur die böswilligen oder fahrlässigen zahlungsunfähigen Schuldner. Allein sie enthält nichtsdestoweniger nicht eine Strafe, sondern einen verdeckten und auf die Fälle selbstverschuldeter Insolvenz beschränkten Schuldverhaft. Nach Ziffer 6 des citirten Gesetzes nämlich ist, — was bei frühern ähnlichen Rekursen nicht ersichtlich war, — unzweifelhaft, daß nicht nur die Verfolgung der sogenannten selbstverschuldeten Insolvenz vom Antrage des Beschädigten abhängt, was bekanntlich bei manchen Delikten der Fall ist, sondern daß auch die Vollstreckung des rechtskräftig gewordenen Strafurtheils insofern durchaus in die Willkür des Gläubigers gestellt ist, als derselbe bei gleichzeitiger Tilgung der Kosten durch Rückzug seiner Klage die Vollstreckung hemmen und die Aufhebung der ausgesprochenen Strafe herbeiführen kann. Eine solche Dispositionsbefugniß eines Privaten über die Strafvollstreckung ist gewiß mit der Natur einer im öffentlichen Interesse zu Vergeltung einer strafwürdigen Uebelthat rechtskräftig ausgesprochenen Strafe unvereinbar; aus dem Bestande dieser Befugniß folgt, daß es sich hier in That und Wahrheit nicht um eine solche Strafe handelt, sondern um ein im Privatinteresse des Gläubigers aufgestelltes und deshalb in dessen Hände gelegtes Zwangsmittel, um den Schuldner (oder Dritte an dessen Stelle) zu Befriedigung der Forderung zu bewegen, d. h. um einen verfassungsmäßig unzulässigen Schuldverhaft. Liegt in einer Strafsache ein verurtheilendes Erkenntniß vor, so ist ja urtheilmäßig festgestellt, daß ein Strafrecht des Staates besteht; ein solches kann aber gewiß nicht durch den Verzicht eines Privaten vernichtet werden. Wenn daher das vorliegende Gesetz dem Rückzuge der Klage durch den Gläubiger die Wirkung der Aufhebung der ausgesprochenen Strafe beilegt, so zeigt dies, daß diese Strafe nicht eine Strafe im eigentlichen Sinne, sondern ein Exekutionsmittel ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird dahin als begründet erklärt, daß die dem

Rekurrenten durch das angefochtene Urtheil des Bezirksgerichtes Schaffhausen vom 31. Mai 1886 auferlegte Freiheitsstrafe aufgehoben wird; im Uebrigen ist der Rekurs abgewiesen.

## VI. Vollziehung kantonaler Urtheile.

### Exécution de jugements cantonaux.

74. Urtheil vom 4. Dezember 1886  
in Sachen Wälchli.

A. Nach dem luzernischen Schuldbetreibungsgesetze beginnt die Betreibung ordentlicher Weise mit dem sogenannten Warnungsbot, welchem frühestens nach Verfluß von sechs Wochen das zweite oder Aufrechnungsbot folgen kann. Wenn der Schuldner die Ansprache bestreiten will, so hat er dies innert 14 Tagen von Legung des Warnungsbotes an dem Botenweibel anzuzeigen. Der so erklärte Rechtsvorschlag hat nach § 45 des luzernischen Schuldbetreibungsgesetzes die Wirkung, „daß die Betreibung bis zu erfolgtem Einverständnis oder rechtlichem Entscheid stille steht und daß bis zur Beseitigung „desselben für die gleiche Ansprache keine neue gültige Betreibung angehoben werden kann.“ Jedoch kann der Ansprecher vorsorglich das Aufrechnungsbot legen. Außerordentlicherweise kann nach § 21 des Schuldbetreibungsgesetzes für „innert Jahresfrist dekretirte gesetzliche Steuern und Abgaben, für amtliche Sporeten, Gefangenschaftskosten und Bußgelder, sowie „für in Rechtskraft erwachsene richterliche Urtheile sofort das „Aufrechnungsbot gelegt werden.“ Allfällige Einwendungen gegen ein solches Bot können bei dem Gerichtspräsidenten vorgebracht werden, der sodann entscheidet, ob hiedurch die Betreibung gehindert werde oder nicht. Ueber die Vollziehung außerkantonalers schweizerischer Urtheile bestimmt § 315 a des luzernischen Gesetzes über das Zivilrechtsverfahren: „Ist das Urtheil von „einem Gerichte in der Eidgenossenschaft ausgefällt worden, so

„wird es gleich einem inländischen Urtheile vollzogen. Wird „aber die Rechtskräftigkeit eines solchen Urtheils wegen „mangelnder Kompetenz oder aus einem andern Grunde bestritten, so entscheidet das Obergericht über die Zulässigkeit „der Vollziehung.“

B. Der Rekurrent Joh. Wälchli, Notar in Reinach besitzt (als Rechtsnachfolger einer Frau Berena Wirz geb. Ammann) eine auf einem rechtskräftigen Urtheile des Bezirksgerichtes Kulm (Aargau) vom 29. Dezember 1885 beruhende Kostenforderung von 41 Fr. 75 Cts. an den Rekursbeklagten E. Dové, Geschäftsgenten in Pfäffikon, Kantons Luzern. Für diese Forderung ließ der Rekurrent dem Rekursbeklagten am 5. März 1886 das „Warnungsbot“ legen, wogegen der Rekursbeklagte am 6. gleichen Monats, Recht darschlug. Hierauf erklärte der Rekurrent am 10. März 1886 dem Botenweibel von Pfäffikon brieflich, daß er nunmehr, da der Rekursbeklagte die Absicht zu besitzen scheine, ihn zu foppen und zu ärgern, einen andern Weg einschlagen wolle. Er mache nunmehr von § 21 des luzernischen Betreibungsgesetzes Gebrauch, wonach für in Rechtskraft erwachsene richterliche Urtheile sofort das Aufrechnungsbot gelegt werden könne und beauftrage demnach den Botenweibel, gestützt auf das Urtheil des Bezirksgerichtes Kulm, den § 21 des luzernischen Schuldbetreibungsgesetzes und den Art. 61 der Bundesverfassung dem E. Dové das Aufrechnungsbot für 41 Fr. 75 Cts. und Verzugszins zu legen. Demnach wurde vom Botenweibel von Pfäffikon am 11. März 1886 das Aufrechnungsbot gelegt und erfolgte am 26. April gleichen Jahres die Aufrechnungsanzeige. E. Dové verlangte nun aber beim Bezirksgerichtspräsidenten von Münster Aufhebung dieser Betreibung und siegte mit diesem Begehren sowohl vor dem Bezirksgerichtspräsidenten von Münster als in der Rekursinstanz, vor der Justizkommission des Obergerichtes des Kantons Luzern, ob; in den sachbezüglichen Entscheidungen vom 22. Mai und 1. Juli 1886 wird übereinstimmend ausgeführt: Vor gültlicher oder rechtlicher Beseitigung des gegen das Warnungsbot vom 5. März 1886 erhobenen Rechtsdarschlages sei jede weitere Betreibung für die gleiche Forderung unwirksam und zwar sei