nève, à laquelle il remit une annonce à faire insérer, et la dite agence la fit paraître dans le « Murtenbieter » à Morat et dans « l'Indicateur fribourgeois ». Or, ce fait est constitutif de deux délits distincts. En effet le délit, bien que commis au moyen de la presse, l'a été dans deux annonces distinctes l'une de l'autre. Il est vrai que dans les deux annonces le même droit a subi une atteinte, savoir le droit des concurrents du recourant à ne pas voir détourner d'eux leur clientèle par des moyens déloyaux. Mais, en dehors de ce droit, les lois concernant la concurrence déloyale en protègent d'autres encore, notamment les intérêts des clients eux-mêmes, et le principe général de la bonne foi dans les transactions. Le cercle des personnes auxquelles les deux annonces s'adressaient n'est pas le même dans l'une et dans l'autre (voir art. 1 dernier alinéa de la loi fribourgeoise sur la matière). Ces deux avis portent atteinte également à des intérêts divers de différentes catégories de consommateurs et de concurrents. Il y a également contravention à deux lois. Si la même annonce avait paru plusieurs fois de suite dans le même journal, l'on se trouverait en présence d'un délit continué ; mais en l'état il s'agit de deux délits différents, ce qui exclut d'emblée la possibilité d'une violation du principe « ne bis in idem ».

Il suit de ce qui précède que les deux cantons en cause ont poursuivi deux délits, chacun conformément à sa législation cantonale respective, et que la situation fâcheuse dans laquelle se trouve le recourant n'est que la conséquence de la diversité des lois cantonales en matière pénale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est rejeté comme non fondé.

87. Urteil vom 23. September 1909 in Sachen Däscher gegen Däscher.

Angebliche Rechtsverweigerung, reformatio in pejus und Verletzung des Grundsatzes judex ne eat ultra petita partium dadurch, dass der zweitinstanzliche Richter eine erstinstanzlich gutgeheissene Klage wegen Inkompetenz des erstinstanzlichen Richters « abweist », trotzdem der Appellant oder Beschwerdeführer die Kompetenzfrage als richtig entschieden bezeichnet und das erstinstanzliche Urteil nur nach dessen materieller Seite hin angefochten hatte. — Angebliche Rechtsverweigerung und Verletzung von Art. 58 BV durch unrichtige Lösung der Kompetenzfrage. — Verkennung der Natur der betreibungsrechtlichen Aberkennungsklage dadurch, dass der Streitwert auf einen höhern als den Betrag der Aberkennungsklage angesetzt wird, weil die in Betreibung gesetzte Forderung nur ein Teil einer höhern Forderung sei.

A. — Die Rekursbeklagte Anna Däscher hatte den Rekurrenten Josua Däscher für einen Betrag von 100 Fr. betrieben und für diesen Betrag, gestützt auf einen Schuldschein in höherem Betrage, die provisorische Rechtsöffnung erwirkt. Der Rekurrent hatte darauf beim Vermittleramt Davos als Einzelrichteramt die in Art. 83 Abs. 2 SchRG vorgefehene Aberkennungsklage erhoben, indem er bestritt, daß sich die Rekursbeklagte auf den von ihr produzierten Schuldschein berufen könne. Die Rekursbeklagte hatte darauf die Kompetenz des Vermittlers zur Beurteilung dieser Klage bestritten, da es sich dabei um den Bestand einer Forderung von mehreren hundert Franken handle, der Vermittler aber als Einzelrichter nur bis zu einem Streitbetrage von 150 Fr. kompetent sei. Eventuell hatte sie Abweisung der Klage beantragt.

Durch Entscheid des Vermittlers vom 28. Dezember 1908 wurde zwar die Kompetenzeinrede abgewiesen (weil es sich nur um den in Betreibung gesetzten Teil der Forderung handle), die Klage jedoch aus materiell-rechtlichen Gründen ebenfalls abgewiesen.

B. — Gegen diesen Entscheid ergriff Däscher gemäß Art. 238 ff. der seit 1908 in Kraft befindlichen neuen kantonalen ZPO die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kantonsgerichtsausschuß, indem er geltend machte, der Vermittler habe zwar die Kompetenzfrage

richtig beurteilt, dagegen habe er die Klage zu Unrecht materiell abgewiesen. Das Rechtsbegehren des Rekurrenten lautete:

„Der angefochtene Entscheid des Vermittleramtes Davos, i. S. Josua Däscher gegen seine Frau Anna Däscher in Chur, betreffs Aberkennung, sei als nichtig zu erklären und aufzuheben, und es sei die Aberkennungsklage Däschers gutzuheissen.“

In ihrer Vernehmlassung, in welcher sie Abweisung der Beschwerde beantragte, sprach sich die Rekursbeklagte über die Kompetenzfrage nicht aus.

Durch Urteil vom 29. März 1909 erkannte hierauf der Kantonsgerichtsausschuß:

1. Der angefochtene Entscheid des Einzelrichteramtes Davos vom 28. Dezember 1908 wird als nichtig aufgehoben und die Aberkennungsklage des J. Däscher wegen Inkompetenz des Einzelrichters abgewiesen.

2. (Verurteilung des Klägers zu den Kosten.)

Dieser Entscheid wurde damit begründet, daß für die Bemessung des Streitwertes der Betrag der ganzen Forderung, nicht nur der eingeklagte Teilbetrag, maßgebend sei und daß der Einzelrichter sich somit hätte inkompetent erklären sollen. Die Kompetenzfrage aber habe der Kantonsgerichtsausschuß von Amtes wegen zu prüfen, weil diese Prüfung im öffentlichen Interesse liege; und wenn er finde, daß eine Gesetzesverletzung vorliege, müsse er das Urteil gemäß Art. 241 ZPO aufheben.

C. — Gegen den Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses hat Däscher rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag:

Der Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden vom 29. März a. e. sei aufzuheben und die Nichtigkeitsbeschwerde zu nochmaliger Behandlung an den Kantonsgerichtsausschuß zurückzuweisen.

Zur Begründung des Rekurses wird ausgeführt: Der angefochtene Entscheid enthalte eine Rechtsverweigerung, indem er die Vorschrift der Bundesverfassung verletze, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe. Auch die Rechtsgleichheit sei verletzt, dadurch, daß die Klage Däschers vor andern Gerichten zum Austrag kommen solle, als sie für die übrigen Bürger

bestellt und vorgesehen seien. — In ihrer Vernehmlassung auf die Nichtigkeitsbeschwerde habe die Rekursbeklagte stillschweigend anerkannt, daß der Einzelrichter zuständig gewesen sei und daß er die Kompetenzfrage richtig gelöst habe. Die Beschwerdeinstanz habe also gar keinen Anlaß gehabt, auf diesen Punkt einzutreten. Darin, daß das Gericht diese Frage entgegen den sich deckenden Anträgen beider Parteien dennoch behandelt habe, liege eine Rechtsverweigerung und ein Entscheid ultra petita, wie er in keiner Zivilstreitsache zulässig sei. Abgesehen davon liege eine Rechtsverweigerung und eine Willkür in der Bemessung des Streitwertes seitens des Kantonsgerichtsausschusses. Der Rekurrent sei eigentlich rechtlos, da er nun nicht wisse, bei welchem Richter er seine Aberkennungsklage anzubringen habe. Auch sei es willkürlich, daß der Kantonsgerichtsausschuß sich über das Urteil des Bundesgerichts (AS 29 II S. 758 ff.) betreffend Berechnung des Streitwertes bei der Aberkennungsklage hinweggesetzt habe. Endlich sei die Sache auch noch von einem andern Gesichtspunkte aus interessant. Der Rekurrent habe Aufhebung des vermittleramtlichen Entscheides verlangt. Der Kantonsgerichtsausschuß hebe den Entscheid tatsächlich auf, wenn auch mit anderer Begründung, und lege dem Rekurrenten die Kosten auf, indem er über eine Frage urteile, welche ihm gar nicht zum Entscheide unterbreitet war. Die Kosten hätten doch folgerichtig derjenigen Partei zugeteilt werden sollen, welche auf Abweisung des Rekurses angetragen habe; denn im Kanton Graubünden gelte der Grundsatz, daß die Kosten dem Urteil folgen. Auch hierin liege eine ungesetzliche und ungleiche Behandlung des Klägers und Rekurrenten.

D. — Der Kantonsgerichtsausschuß hat Abweisung des Rekurses beantragt.

E. — Die einschlägigen Bestimmungen der am 1. Januar 1908 in Kraft getretenen neuen Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden lauten:

Art. 8.

Die Vermittler beurteilen unweiterzöglich Zivilstreitigkeiten bis auf den Betrag von 150 Fr.

Art. 12 Abs. 1.

Um behufs Ausmittlung der Gerichtskompetenzen den Streit-

betrag zu bestimmen, ist der Gesamtbetrag aller eingeklagten Forderungen, mit Ausschluß der Prozeßkosten, sowie der Wertbetrag einer allfälligen Widerklage, zusammenzurechnen.

Art. 92 Abs. 3

(unter dem Titel „Verfahren vor dem Vermittler als Einzelrichter“).

Im übrigen (d. h. von einigen im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommenden Detailbestimmungen abgesehen) gelten für das Verfahren vor dem Vermittler die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens.

Art. 114 Abs. 1 Satz 1.

Das Gericht prüft die Frage seiner Zuständigkeit von Amtes wegen oder auf bezügliche Einrede.

Art. 128.

Ein gerichtliches Erkenntnis darf sich nur auf den in Frage gesetzten Gegenstand und auf die im Recht gestandenen Personen erstrecken und die von den Parteien gestellten Rechtsbegehren in keiner Weise überschreiten.

Art. 238 Abs. 1.

Beim Kantonsgerichtsausschuß kann Beschwerde geführt werden gegen folgende Entscheide des Vermittlers, des Bezirksgerichtsausschusses und unweiterzügliche Entscheide des Bezirksgerichts:

1. Endurteile,
2. Entscheide betr. Zuständigkeit,
3. Kontumazurteile.

Art. 241 Abs. 1.

Die Nichtigkeit wird ausgesprochen, wenn der angefochtene Entscheid oder das demselben vorangegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzen, welche für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sind.

Art. 241 Abs. 3.

Wird die Nichtigkeit ausgesprochen, so fällt der Kantonsgerichtsausschuß ohne weiteres auch das Urteil, falls die Sache spruchreif erscheint.

Art. 241 Abs. 5.

Gegen Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses ist ein Rekurs an den Kleinen Rat nicht zulässig.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da nach Art. 241 Abs. 5 der bündnerischen ZPD gegen den angefochtenen Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses eine Beschwerde an den Kleinen Rat nicht ergriffen werden konnte, erscheint der vorliegende staatsrechtliche Rekurs als zulässig.

2. — Von vornherein unbegründet ist die Berufung des Rekurrenten auf Art. 58 BV. Wie das Bundesgericht stets erkannt hat (vergl. z. B. US 24 I S. 438 f.), ist diese Verfassungsbestimmung nicht dahin zu verstehen, daß durch sie die einzelnen Kompetenznormen der kantonalen Gesetzgebung verfassungsmäßig gewährleistet würden. Insbesondere ist dies nicht der Fall bezüglich derjenigen Kompetenznormen, welche die Zuständigkeit der Gerichte mit Rücksicht auf den Streitwert regeln.

3. — Was die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung betrifft, so kann zunächst nicht gesagt werden, daß der in Art. 128 der kantonalen ZPD allerdings enthaltene und nach Art. 92 Abs. 3 auch auf das Verfahren vor dem Vermittler als Einzelrichter anwendbare Grundsatz, wonach der Richter nicht über die Rechtsbegehren der Parteien hinausgehen darf, im vorliegenden Falle verletzt worden sei. Dieser Grundsatz bezieht sich sowohl im allgemeinen, wie speziell nach seiner Fassung in der bündnerischen ZPD, nur auf die materiellen Rechtsbegehren der Parteien, nicht auch auf die nach den weitaus meisten Prozeßrechten, und so auch nach Art. 114 der bündnerischen ZPD, von Amtes wegen zu prüfende Frage der richterlichen Kompetenz. Der zitierten, in erster Linie freilich für die Bezirksgerichte geltenden Bestimmung steht keine Vorschrift entgegen, die dem Kantonsgerichtsausschuß als Beschwerdeinstanz die Prüfung der Kompetenz der untern Instanz ex officio verbieten würde, zumal wenn diese Kompetenz, wie hier, vor der untern Instanz bestritten worden war. Im Gegenteil macht Art. 241 ZPD der Beschwerdeinstanz zur Pflicht, die Nichtigkeit auszusprechen, sobald sich ergibt, daß der angefochtene Entscheid oder das demselben vorangegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzt, welche für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich waren, und es ist nirgends bestimmt, daß die Nichtigkeit nicht auch unter Umständen zu Ungunsten des Nichtigkeitsklägers ausgesprochen werden könne. Die Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses,

daß die Prüfung der Kompetenz im öffentlichen Interesse liege und daher von Amtes wegen erfolgen müsse, erscheint somit jedenfalls nicht als willkürlich.

Sodann kann aber auch nicht etwa gesagt werden, durch die Prüfung der Kompetenz der untern Instanz seitens der obern Instanz sei im vorliegenden Falle eine einer Rechtsverweigerung gleichkommende reformatio in pejus bewirkt worden. Das Verbot der reformatio in pejus ist kein derart allgemein feststehender Grundsatz des Prozeßrechts, daß eine Außerachtlassung desselben auch dann als Rechtsverweigerung zu betrachten wäre, wenn dieses Verbot im Gesetze nicht positiv ausgesprochen ist. In der bündnerischen ZPD aber ist dasselbe nicht enthalten, sondern nur das demselben zwar ähnliche, jedoch, wie bemerkt, im vorliegenden Falle nicht verletzte Verbot des Zuspruchs *ultra petita partium*.

Übrigens ist der Rekurrent durch das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses insofern nicht schlechter gestellt, als seine Klage ja schon seitens des Vermittlers abgewiesen worden war, die materielle Abweisung derselben aber für ihn mindestens ebenso nachteilig war, wie die Abweisung wegen Inkompetenz.

4. — Fragt es sich somit nur noch, ob der Kantonsgerichtsausschuß durch die Art und Weise, wie er im vorliegenden Falle den Streitwert berechnete, eine Rechtsverweigerung begangen habe, so ist zunächst zu konstatieren, daß es eine in Literatur und Praxis noch heute kontroverse Frage ist, ob bei Eintragung einer Teilforderung der Streitwert sich nach der Höhe dieser Teilforderung oder nach der Höhe der Gesamtforderung bemesse. Was aber die Bestimmung des Art. 12 der kantonalen ZPD betrifft, wonach bei der Ausmittlung des Streitwertes auf den „Gesamtbetrag der eingeklagten Forderungen“ abzustellen ist, so konnte immerhin ohne Willkür die Ansicht vertreten werden, es sei im vorliegenden Falle der „Gesamtbetrag“ der eingeklagten Forderung gleich dem aus dem Schuldschein ersichtlichen Forderungsbetrage. Hätte es sich also in casu um eine gewöhnliche Forderungsklage oder um eine gewöhnliche Klage auf Feststellung der Nichtexistenz einer Forderung gehandelt, so könnte in der Bemessung des Streitwertes nach dem Gesamtbetrag der Forderung eine Rechtsverweigerung von vornherein nicht erblickt werden.

Nun handelte es sich freilich nicht um eine solche gewöhnliche Forderungs- oder Feststellungsklage, sondern um die betreibungrechtliche Aberkennungsklage. Diese bezweckt aber nach Art. 83 SchRG nur die Feststellung der Nichtexistenz der in Betreibung gesetzten Forderung, und auch dies nur insoweit es dieser Feststellung bedarf, um die Aufhebung der Rechtsöffnung und die Einstellung der Betreibung herbeizuführen; die Betreibung kann aber selbstverständlich nicht für einen höheren Betrag eingestellt werden, als sie eingeleitet wurde, und die Rechtsöffnung kann nicht für einen höheren Betrag aufgehoben werden, als sie bewilligt wurde. Die Ausnahme des Kreisgerichtsausschusses, daß der Streitwert im vorliegenden Falle höher sei, als der Betrag, für welchen die Rechtsöffnung erteilt worden war, beruht demnach allerdings (vergl. übrigens BGE 29 II S. 760) auf einer Verkennung der Natur der betreibungrechtlichen Aberkennungsklage, und es wäre somit der Rekurs gutzuheißen, wenn es sich für das Bundesgericht darum handeln könnte, in diesem Verfahren die Anwendung des SchRG seitens des kantonalen Richters zu überprüfen. Dies ist jedoch nicht der Fall, sondern es könnte das Bundesgericht nur einschreiten, wenn eine Rechtsverweigerung vorliegen würde. Von einer solchen kann aber hier deshalb nicht gesprochen werden, weil die Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses, wenn sie auch, soweit sie die Berechnung des Streitwertes bei der betreibungrechtlichen Aberkennungsklage betrifft, als rechtsirrtümlich erscheint, doch immerhin auf durchaus ernsthaften und sachlichen Erwägungen beruht.

Fraglich könnte unter diesen Umständen höchstens sein, ob nicht eine Verletzung einer eidgenössischen Gerichtsstandsnorm oder eine Mißachtung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Rechte vorliege. Allein auch dies ist zu verneinen. Was nämlich diesen letztern, übrigens vom Rekurrenten gar nicht angerufenen Grundsatz betrifft, so hat der Kreisgerichtsausschuß nicht etwa eine nach eidgenössischem Rechte zu entscheidende Frage nach kantonalem Rechte gelöst, sondern er hat bloß anlässlich der Beurteilung einer an sich durchaus nach kantonalem Rechte zu entscheidenden Frage eine Präjudizialfrage des eidgenössischen Rechts unrichtig beant-

wortet. Eine eidgenössische Gerichtsstandsnorm aber ist deshalb nicht verletzt, weil das SchRG über den Gerichtsstand für die Aberkennungsklage lediglich die im vorliegenden Falle außer Frage stehende Bestimmung enthält, daß die Klage beim Gerichte des Betreibungsortes anzubringen sei.

5. — Was endlich die Beschwerde wegen des Kostenentscheides betrifft, so kann von einer Gutheißung derselben schon deshalb keine Rede sein, weil der Rekurrent es unterlassen hat, darzutun, inwiefern hier eine Rechtsverweigerung oder eine sonstige Verfassungsverletzung vorliegen soll. Übrigens kann auch von der behaupteten Verletzung des Sukkumbenzprinzips im vorliegenden Falle keine Rede sein. Der Rekurrent hatte allerdings auf Aufhebung des vermittleramtlichen Entscheides angetragen; er ist sich aber selber bewußt, daß die vom Kreisgerichtsausschuß tatsächlich ausgesprochene Aufhebung jenes Entscheides keiner Gutheißung seines Aufhebungsantrages gleichkommt, ansonst er sich z. B. nicht darüber beschwert hätte, daß ultra petita partium geurteilt worden sei. In Wirklichkeit ist denn auch vor dem Kreisgerichtsausschuß — wie dieser in seiner Vernehmlassung mit Recht bemerkt — materiell der Rekurrent unterlegen, sodaß es durchaus dem Sukkumbenzprinzip entsprach, wenn ihm die Kosten auferlegt wurden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

2. Materielle Rechtsverweigerung (Willkür)

Déni de justice d'ordre matériel (décision arbitraire).

88. Urteil vom 9. September 1909 in Sachen Gebrüder Salomon gegen Guyer und Reis & Cie.

Unanwendbarkeit des Art. 58 BV auf Fragen der örtlichen Zuständigkeit. — Keine Rechtsverweigerung durch Subsumierung der « Deliktspauliana » unter den Begriff der Schadenersatzklagen aus unerlaubter Handlung, deren Beurteilung die kantonale ZPO dem Gerichte desjenigen Bezirkes zuweist, in welchem der « Schaden zugefügt » worden ist.

A. — Die Rekursbeklagten haben, als Konkursgläubiger eines gewissen Albert Humm und als Zeßionare im Sinne von Art. 260 SchRG, vor Bezirksgericht Zofingen gegen die in Hannover domizilierten Rekurrenten eine auf Art. 288 leg. cit. gestützte Anfechtungsklage angestrengt, weil sich die Rekurrenten kurz vor Konkursausbruch und „in voller Kenntnis der fatalen Situation des Gemeinschuldners“ für eine ihnen gegen diesen zustehende Forderung bezahlt gemacht hätten. Das Rechtsbegehren der Klage lautete:

„Die Zahlung des Konkursiten Albert Humm durch Vermittlung der Bank in Zofingen an die beklagte Firma vom 25. August 1903 im Betrage von 4816 Fr. 70 Cts. sei als anfechtbar und ungültig zu erklären und die beklagte Firma sei demgemäß zu verurteilen, den Klägern die 4816 Fr. 70 Cts. samt Zins à 5 % seit der Klageeinreichung zur Verwendung gemäß Art. 260 Abs. 2 SchRG zurückzubezahlen.“

Die Kompetenz des Bezirksgerichtes Zofingen wurde in der Klage auf § 12 Lemma c der aargauischen ZPD gegründet, weil die anfechtbare Befriedigung der Rekurrenten im Bezirk Zofingen stattgefunden habe.

§ 12 der aargauischen ZPD vom 12. März 1900 lautet, soweit hier in Betracht kommend:

„Von der Vorschrift des § 9 sind unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung und der Staatsverträge folgende Fälle ausgenommen: