107. Urteil vom 14. Oktober 1909 in Sachen Leuenberger gegen Bern.

Formelle Rechtsverweigerung (Verweigerung der Rechtshülfe) und Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt durch Verweigerung der Ernennung eines ausserordentlichen Obergerichtes seitens des hiezu gesetzlich verpflichteten Grossen Rates, in einem Falle, in welchem sämtliche Mitglieder des ordentlichen Obergerichtes, weil sie am Ausgang des Prozesses interessiert seien, rekusiert worden sind. — Verletzung der Rechtsgleichheit im engern Sinne dadurch, dass bei diesem Beschlusse auf die Eigenschaft des Rekusierenden als eines notorischen Querulanten ein entscheidendes Gewicht gelegt wurde.

A. — Am 30. September 1905 hieß das Obergericht des Kantons Bern eine gegen den Rekurrenten gerichtete Disziplinarbeschwerde gut, weil derselbe als Anwalt die Interessen seiner Klientin Marie Rindlisbacher gegenüber deren Schuldner Zutter nicht gewissenhaft gewahrt habe. Das Urteil lautete auf drei Monate Einstellung im Berufe, und es wurde ferner verfügt, daß Leuenberger der genannten Marie Rindlisbacher den ihr verursachten Schaden zu ersetzen habe.

Der Rekurrent behauptet, es sei dieser Entscheid ohne vorheriges Aktenstudium seitens der Mehrheit der Richter gefällt worden. Außerdem entspreche die Ausfertigung des Urteils nicht dem Resultate der Beratung, sondern es sei das Urteil „gefälscht". Deshalb und weil der Entscheid materiell unrichtig sei, könne er sich bei demselben unmöglich beruhigen und habe er auch das Vertrauen in die Rechtspflege des Obergerichtes verloren.

Unter Berufung auf den erwähnten Entscheid des Obergerichtes vom 30. September 1905 reichte Marie Rindlisbacher im Jahre 1906 gegen den Rekurrenten eine sogen. Schadensbestimmungsklage im Sinne der Art. 324—326 der bernischen ZPO ein. Leuenberger bestritt die örtliche und namentlich die sachliche Zuständigkeit des angesprochenen Richters (des Gerichtspräsidenten III von Bern, sowie das Vorliegen eines Zivilurteils über die grundsätzliche Frage, ob der Beklagte schadenersatzpflichtig sei. Diese

Einwendungen wurden als unbegründet abgewiesen. Ebenso scheint eine von Leuenberger verlangte Einvernahme von Mitgliedern des Obergerichtes als Zeugen darüber, daß die Ausfertigung des Entscheides vom 30. September 1905 mit der Beratung des Gerichtes nicht übereinstimme, verweigert worden zu sein. Hierauf reichte der Rekurrent am 6. Mai 1908 beim Appellations- und Kassationshofe eine Beschwerde gegen den Gerichtspräsidenten III von Bern ein, mit folgenden Anträgen:

„1. Die Schadensersatzklage der Marie Rindlisbacher vom „1./4. September 1906 wird von Amtes wegen aus dem Ver„fahren nach § 324—326 P. ausgewiesen;

„2. der Gerichtspräsident III von Bern ist sachlich nicht zu„ständig, die genannte Klage zu beurteilen; es fehlen die bezüg„lichen Prozeßvoraussetzungen;

„3. die sämtlichen bis dato ergangenen Verhandlungen und „zwar zurück bis zum 4. September 1906, eventuell von einem „gerichtlich zu bestimmenden Zeitpunkt an, werden kassiert;

„4. die sämtlichen bis dato ergangenen Kosten sind der Marie „Rindlisbacher, dem Gerichtspräsidenten III von Bern, dem Ap„pellations- und Kassationshofe des Kantons Bern, bezw. dem „einen oder andern Mitgliede desselben, eventuell dem Staate „auferlegt;

„5. eventuell: dem Fürsprecher Leuenberger ist gestattet, even„tuell auch in dem Verfahren nach § 324—326 P., die gutfin„denden Schlüsse, seine Einreden, seine Schutzbehauptungen, seine „Widerklagen usw. anzubringen;

„6. der Richter ist gehalten, die Verteidigung und Widerklage „des Fürsprecher Leuenberger vollständig entgegenzunehmen und „ebenso vollständig protokollieren zu lassen;

„7. eventuell: mit Rücksicht auf die Widerklage wird der Pro„zeß in das ordentliche Verfahren gewiesen,

„alles unter Kostenfolge."

Am Schlusse enthielt die Beschwerde folgende Bemerkung:

„Die sämtlichen Mitglieder des bernischen Appellations- und „Kassationshofes werden rekusiert, da sie in Sachen beteiligt sind „und bereits geurteilt haben."

Diese Beschwerde mit der darin enthaltenen Rekusationserklä-

rung wurde zunächst (am 9. Mai) vom Appellations- und Kassationshof durch Vermittlung der Justizdirektion an den Großen Rat gewiesen, dann aber (am 19. Mai) von dieser letztern Behörde dem Regierungsrat zum Bericht und Antrag übermittelt. Der Regierungsrat holte seinerseits eine Vernehmlassung des Appellations- und Kassationshofes ein und beschloß sodann am 5. August 1908, beim Großen Rate den Antrag zu stellen, es sei über das Rekusationsgesuch Leuenbergers zur Tagesordnung zu schreiten.

Am 12. November 1908 reichte der Rekurrent beim Appellations- und Kassationshofe ein ausführliches, an „das von dem Tit. Großen Rate des Kantons Bern, gemäß § 10 P. zu wählende außerordentliche Gericht, eventuell an die kompetente Behörde" gerichtetes Rekusationsgesuch ein, worin die von Leuenberger geltend gemachten Rekusationsgründe folgendermaßen formuliert sind:

„1. Die Herren Oberrichter haben an dem Ausgange ein „unmittelbares bezw. ein mittelbares Interesse.

„2. Die Herren Oberrichter haben in dem obschwebenden Pro„zesse z. T. als Richter geurteilt, oder sie sind als Zeugen auf„gerufen, ꝛc."

Zur Begründung der Rekusation wird zunächst ausgeführt, daß die Oberrichter, wenn sie die Beschwerde zu beurteilen hätten, „nun z. B. darüber entscheiden müßten, ob sie selbst als Zeugen angerufen werden können, ferner, ob sie selbst ein Verschulden treffe, weiter, ob sie selbst zum Schadens- und Kostenersatz verurteilt werden müssen, ꝛc." Sodann enthält die Eingabe Ausführungen darüber, warum das Disziplinarurteil des Obergerichts vom 30. September 1905 ungerecht sei, sowie darüber, wie es zu Stande gekommen und wie es nachher obendrein vom Gerichtsschreiber „gefälscht" worden sei. Gerade zum Beweise dieser Fälschung habe der Rekurrent die Mitglieder des Obergerichts als Zeugen anrufen wollen. Allein dies sei ihm vom Gerichtspräsidenten III von Bern nicht gestattet worden. „Es wäre nun absurd", fährt der Rekurrent fort, „wenn die Herren Oberrichter selber darüber entscheiden könnten, ob Fürsprech Leuenberger mit den bezüglichen Einreden, wie derjenigen der Fälschung ꝛc., abgewiesen oder angehört werden müsse — sowie ferner, ob sie, die Herren Oberrichter, als Zeugen angerufen und vorgeladen werden können".

Diese ebenfalls beim Appellations- und Kassationshof eingereichte zweite Eingabe des Rekurrenten wurde vom Präsidenten dieses Gerichtes sofort an die Justizdirektion zu Handen des Großen Rates weitergeleitet. Der Regierungsrat beschloß darauf am 17. November 1908, „es sei dem Großen Rate zu beantragen, auch über das erneuerte Rekusationsgesuch des Rob. Leuenberger zur Tagesordnung zu schreiten".

B. — Am 8. Februar 1909 faßte der Große Rat über die beiden Rekusationsgesuche des Rekurrenten folgenden Beschluß: „Der Antrag der vorberatenden Behörden wird stillschweigend angenommen und über das Rekusationsgesuch des Fürsprechers Robert Leuenberger wird zur Tagesordnung geschritten."

Bei der am 19. Februar 1909 stattgefundenen Eröffnung dieses Beschlusses wurde der Rekurrent „hinsichtlich der grundlegenden Erwägungen" auf das stenographische Bülletin des Großen Rates verwiesen.

Aus diesem Bülletin ergibt sich, daß im Schoße des Großen Rates in der Tat keine Diskussion über die Eingaben des Rekurrenten stattgefunden hatte, sondern daß der mitgeteilte Beschluß ohne weiteres nach Anhörung der beiden Berichterstatter, nämlich des Justizdirektors und des Präsidenten der Justizkommission, gefaßt wurde.

Aus den Referaten dieser beiden Berichterstatter ist hervorzuheben:

1. Aus dem Referat des Justizdirektors:

a) in Bezug auf die Eingabe vom 6. Mai 1908: Freilich sei nicht der Große Rat zur Prüfung der materiellen Begründetheit derartiger Rekusationsgesuche kompetent, sondern das von ihm zu wählende außerordentliche Obergericht. Aber der Große Rat habe doch wohl das Recht, über ein auf den ersten Blick sich als unbegründet darstellendes Rekusationsgesuch zur Tagesordnung zu schreiten. Sonst würden einfach der Chikane Tür und Tor geöffnet und dem Staate unnütze Kosten verursacht. Es sei ein allgemeiner, nun auch im schweiz. ZGB anerkannter Grundsatz, daß der offenbare Mißbrauch eines Rechtes keinen

Rechtsschutz finden dürfe. Im vorliegenden Falle handle es sich um ein durchaus ungenügend motiviertes Gesuch, das daher nicht zu berücksichtigen sei;

b) in Bezug auf die Eingabe vom 12. November 1908: Daß die Mitglieder des Obergerichts als Zeugen angerufen seien, bilde nach konstanter Praxis keinen Rekusationsgrund. Ebensowenig, daß dieselben sich, wie Leuenberger behaupte, bereits über die Streitsache ausgesprochen hätten. Wenn endlich geltend gemacht werde, die Mitglieder des Obergerichts seien am Ausgang des Prozesses interessiert, wobei an das Disziplinarurteil vom 30. September 1905 und die vom Rekurrenten seither unternommenen Schritte erinnert werde, so könne auch hierin ein ernsthafter Rekusationsgrund nicht gefunden werden.

Erscheine demnach das Rekusationsgesuch Leuenbergers als von vornherein unbegründet, so sei auf dasselbe nicht einzutreten. Diese Lösung sei um so mehr gerechtfertigt, als Leuenberger an Prozeßsucht leide, weshalb er denn auch schon am 30. November 1906 anläßlich einer andern Angelegenheit in einem gerichtsärztlichen Gutachten des Direktors der Irrenanstalt „Waldau", Professor von Speyer, als ein „unglücklicher, kranker Querulant" bezeichnet worden sei. Bloß um der Grillen des Rekurrenten willen dürfe der Große Rat im vorliegenden Falle das außerordentliche Gericht nicht ernennen, zumal dies doch nur zur Abweisung des Rekusationsgesuches führen würde. Es werde daher beantragt, über das Gesuch Leuenbergers zur Tagesordnung zu schreiten.

2. Aus dem Referat des Präsidenten der Justizkommission:

a) in Bezug auf die Eingabe vom 6. Mai 1908: Der Große Rat sei vor die Frage gestellt, ob er gestützt auf die von Leuenberger vorgenommene Rekusation der sämtlichen Mitglieder des Appellationshofes sich „in die Lage versetzt fühle, ein Extragericht zu ernennen" — ein Fall, der jedenfalls seit Jahren nicht vorgekommen sei. Man werde natürlich ein solches Gesuch etwas näher ansehen; denn es sei klar, daß die Einsetzung eines solchen „Extragerichtes" eine große und kostspielige Sache sei, die doch einigermaßen zur Bedeutung der Angelegenheit in einem

richtigen Verhältnis stehen sollte. Man habe daher das Rekusationsgesuch Leuenbergers etwas näher geprüft. Der Große Rat habe zwar nicht „materiell zu prüfen, ob die Beschwerdegründe zutreffen oder nicht", aber er sei doch kompetent, zu untersuchen, ob überhaupt ein Rekusationsgesuch im Sinne des Gesetzes vorliege. Dies sei hier wegen mangelnder Begründung des Gesuches zu verneinen und es sei daher über die Eingabe Leuenbergers ohne weiteres zur Tagesordnung zu schreiten.

b) in Bezug auf die Eingabe vom 12. November 1908: In dieser neuen Eingabe habe Leuenberger sein Rekusationsgesuch gegenüber dem Appellationshof erneuert und es einigermaßen, wenigstens formell, rein äußerlich begründet. Wenn man aber seine Rekusationsgründe prüfe und mit den Akten vergleiche, werde man sich auf den ersten Blick sagen müssen, daß sie offenbar aus der Luft gegriffen und nicht stichhaltig seien. Es entstehe nun aber die Frage, ob der Große Rat überhaupt „die Begründetheit der Rekusationsgründe" prüfen dürfe. Der Große Rat habe bei Rekusationsbegehren gegen den Appellationshof die Sache lediglich an ein von ihm zu ernennendes „Extragericht" weiterzuleiten, und man könne sich fragen, ob er überhaupt untersuchen dürfe, ob die Rekusation voraussichtlich begründet sei oder nicht. Allein man habe sich gesagt, es könne doch nicht angehen, daß staatliche Behörden sich mit Gesuchen befassen müssen, die sich auf den ersten Blick als unhaltbar herausstellen. Es gebe da ein gewisses Notwehrrecht der Behörden; sonst würde man mit derartigen Gesuchen noch viel mehr überschwemmt, als es jetzt schon der Fall sei. Und wenn es sich um eine Persönlichkeit handle, über die ein psychiatrisches Gutachten vorliege, das sie als einen „unglücklichen, kranken Querulanten" bezeichne, so müsse man dieses Notwehrrecht der staatlichen Behörden noch viel mehr anerkennen und ihnen das Recht zugestehen, wenigstens zu sehen, ob die Eingabe begründet sei oder nicht. Es sei übrigens diese Möglichkeit auch in analogen Fällen im Prozeß vorgesehen. Im Beschwerdeverfahren werde eine Beschwerde einfach ad acta gelegt und der beschwerdebeklagten Partei nicht einmal zugewiesen, wenn ihre Grundlosigkeit von vornherein außer Frage stehe. Es sei also im Prozeßrecht der Fall vorgesehen, daß nicht jeder Fetzen Papier,

der an das Gericht oder eine andere Behörde gelange, unbesehen weitergeleitet werden müsse, sondern es werde zunächst untersucht, ob ihm die gewollte Bedeutung zukomme oder nicht. So müsse auch hier der Große Rat das Recht haben, sich ein Urteil zu bilden, ob man es überhaupt mit einem ernsten Rekusationsgrund zu tun habe oder nicht. Wenn man diese Prüfung vornehme, komme man ohne weiteres zur Überzeugung, daß die angeführten sogenannten Rekusationsgründe absolut haltlos seien. Vor allem sei nicht einzusehen, wieso die Mitglieder des Appellationshofes irgendwie an der Frage mitinteressiert sein sollten, ob der Gerichtspräsident III sich zu Recht oder Unrecht mit der Angelegenheit Rindlisbacher gegen Leuenberger befaßt habe. Das sei kein Beschwerdegrund. Ferner werde geltend gemacht, der Appellationshof habe bereits als Richter funktioniert. Nun handle es sich aber um ein Beschwerdeverfahren, in welchem nichts anderes vorliege, als die Beschwerde gegen den Gerichtspräsidenten III, in welchem noch nichts gegangen sei und in welchem der Appellationshof unmöglich bereits geurteilt haben könne. Als weiterer Rekusationsgrund werde angeführt, daß Mitglieder des Appellationshofes als Zeugen angerufen seien. Ein Richter, der in einem Prozeß als Zeuge funktioniert habe, könne allerdings rekusiert werden, aber es sei durch obergerichtliches Urteil längst festgestellt, daß, wenn auch eine Gerichtsperson in einer Prozeßschrift als Zeuge angerufen sei, sie gleichwohl als Richter funktionieren könne, solange sie nicht als Zeuge funktioniert habe. Im vorliegenden Fall habe sich Leuenberger allerdings in verschiedenen Punkten auf das Zeugnis von Mitgliedern des Gerichtes berufen, aber es sei noch gar nicht sicher, daß die Betreffenden wirklich als Zeugen abgehört werden können und müssen. Voraussichtlich werde gar keine Zeugeneinvernahme stattfinden, und die bloße Tatsache der Anrufung dieser Mitglieder des Appellationshofes als Zeugen genüge nicht, um sie zu rekusieren. Somit seien die angeführten Rekusationsgründe ohne weiteres hinfällig. Nun entstehe die Frage: Solle der Große Rat in dieser sichern Voraussicht das Extrageericht ernennen, den ganzen Apparat in Bewegung setzen, damit das Gericht, das natürlich gewisse Kosten verursachen würde, erkläre, die Sache sei nichts? Soweit könne der Große Rat nicht

gehen, sondern er müsse „sich die Kompetenz anmaßen", die Sache zu prüfen, um ein weiteres Vorgehen zu vermeiden, dessen negatives Resultat von vornherein in sicherer Aussicht stehe. Leuenberger möge dann den staatsrechtlichen Rekurs ergreifen und es sei zu gewärtigen, ob das Bundesgericht die ablehnende Haltung des Großen Rates allfällig als eine Verletzung verfassungsmäßiger Rechte auffassen werde. Der Sprechende glaube es nicht; denn Leuenberger sei in Lausanne so gut bekannt wie in Bern. Im schlimmsten Falle hätte sich der Große Rat eben zu fügen. Allein der Berichterstatter halte dafür, man solle einen so komplizierten Apparat nicht in Bewegung setzen, bis die Notwendigkeit dazu vorliege. Darum empfehle die Justizkommission dem Großen Rate in Übereinstimmung mit dem Regierungsrat, über das Gesuch Leuenbergers zur Tagesordnung zu schreiten.

C. — Gegen den Beschluß des Großen Rates vom 8. Februar 1909 hat Leuenberger rechtzeitig und formrichtig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

„Es sei der Große Rat des Kantons Bern, bezw. es seien die „zuständigen Behörden des Kantons Bern pflichtig zu erklären, „auf das Rekusationsgesuch des Fürsprecher Leuenberger gegen die „Mitglieder des Appellations- und Kassationshofes einzutreten — „es sei demnach ein außerordentliches Gericht zu bestellen, damit „solches über die Zulässigkeit der Rekusation zu entscheiden habe, —

„eventuell: die Schlußnahme des Großen Rates vom 8. Fe„bruar 1909 sei aufzuheben, und dem Großen Rate Weisung zu er„teilen, die Angelegenheit materiell zu behandeln, unter Kostenfolge."

Der Rekurs wird damit begründet, daß ein Übergriff des Großen Rates in das Gebiet der richterlichen Gewalt und damit eine Verletzung des in der bernischen Kantonsverfassung aufgestellten Grundsatzes der Gewaltentrennung, ferner Verweigerung der gesetzlichen Rechtshülfe und Willkür, vorliege.

D. — In seiner Vernehmlassung auf den Rekurs hat der Regierungsrat des Kantons Bern erklärt: im Hinblick auf die Tatsache, daß der Rekurrent notorischer Querulant sei, beschränke er sich darauf, die Begründetheit der vorliegenden Beschwerde, speziell des Vorwurfes der Rechtsverweigerung, zu bestreiten und den Antrag zu stellen:

„Es sei auf den vorliegenden Rekurs nicht einzutreten, bezw. es sei derselbe als unbegründet abzuweisen."

Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern hat auf Gegenbemerkungen zum Rekurse verzichtet.

Der Große Rat des Kantons Bern hat von der an ihn ergangenen Einladung zur Vernehmlassung ebenfalls keinen Gebrauch gemacht.

E. — Die einschlägigen Bestimmungen der bernischen ZPO (revidiertes Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivilrechtsstreitigkeiten vom 3. Juni 1883) lauten:

§ 8 (soweit hier in Betracht kommend):

Eine Gerichtsperson soll an der Verhandlung und Beurteilung eines Streites nicht teilnehmen:

. . . . . .

2) wenn sie am Ausgange des Streites ein unmittelbares oder mittelbares Interesse hat;

4) wenn sie für eine Partei in dem obschwebenden Rechtsstreite als Vormund, Anwalt oder Bevollmächtigter verhandelt, oder in erster Instanz als Richter geurteilt hat oder als Zeuge aufgetreten ist, sowie wenn sie in der Streitsache Rat erteilt hat;

§ 10. . . . . .

Wird ein Amtsgericht in seiner Gesamtheit oder in der Mehrheit seiner Mitglieder — die Ersatzmänner eingerechnet — abgelehnt, so soll der Appellations- und Kassationshof darüber urteilen, welche Behörde dann, falls die Rekusation erkannt wird, gleichzeitig die Beurteilung der Sache dem Amtsgerichte eines der nächstgelegenen Bezirke übertragen soll.

Tritt endlich der letztvorgesehene Fall bei dem Appellations- und Kassationshof ein, so entscheidet ein von dem Großen Rate aus der Zahl der Gerichtspräsidenten des Kantons gewähltes außerordentliches Gericht über die Zulässigkeit der Rekusation. Wenn die Ablehnung begründet erfunden wird, so urteilt ein auf die gleiche Weise zusammengesetztes außerordentliches Gericht auch in der Hauptsache.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da der Beschluß des Großen Rates vom 8. Februar 1909 als solcher nicht begründet ist, der Rekurrent aber „hinsichlich der grundlegenden Erwägungen" auf das stenographische Bülletin der erwähnten Behörde verwiesen wurde, und da gemäß diesem Bülletin, nach Anhörung der beiden Berichterstatter, deren Antrag „stillschweigend", also ohne Diskussion, zum Beschluß erhoben worden ist, so müssen die Motive des großrätlichen Beschlusses in den Voten jener beiden Berichterstatter gesucht werden. Es ist daher zu prüfen, ob auf Grund der in diesen Voten enthaltenen Erwägungen die angefochtene Schlußnahme vor den in Betracht kommenden Verfassungsgrundsätzen standhalte.

2. — Nun hat im Großen Rate, nach dem erwähnten stenographischen Bülletin, der erste der beiden Berichterstatter ausdrücklich anerkannt, daß der Große Rat zur materiellen Prüfung eines Rekusationsgesuches wie des vorliegenden nicht kompetent sei, sondern daß diese Prüfung grundsätzlich einzig dem zu ernennenden außerordentlichen Obergericht zustehe; und ebenso ausdrücklich hat der zweite Berichterstatter anerkannt, daß der Große Rat „nicht materiell zu prüfen" habe, „ob die Beschwerdegründe (sollte wohl heißen „Rekusationsgründe") zutreffen oder nicht", sondern daß er beim Vorliegen eines das gesamte Obergericht oder die Mehrheit der Oberrichter betreffenden Rekusationsgesuches lediglich kompetent sei, „die Sache an ein von ihm zu ernennendes Extragericht weiterzuleiten". Dies ist denn auch der unverkennbare Standpunkt des Gesetzes, welches (in § 10 Abs. 2 der ZPO) den „Entscheid über die Zulässigkeit der Rekusation" dem „vom Großen Rate zu wählenden außerordentlichen Gerichte", also nicht dem Großen Rate selber, zuweist. Angesichts dieser unzweideutigen Gesetzesbestimmung mußte die vom zweiten Berichterstatter dennoch aufgeworfene Frage, ob der Große Rat „überhaupt die Begründetheit der Rekusationsgründe prüfen" dürfe, ohne weiteres verneint werden. Wenn sich die Berichterstatter trotzdem „sagten", es könne „doch nicht angehen", daß staatliche Behörden sich mit Gesuchen befassen müßten, die sich auf den ersten Blick als unhaltbar herausstellen, und es „müsse" sich daher der Große Rat „die Kompetenz anmaßen, die Sache zu prüfen", usw., so liegt hierin eine petitio principii, mit welcher gegen den klaren Gesetzestext nicht anzukämpfen ist. Daß sich übrigens staatliche Behörden mit Gesuchen, die sich auf den ersten Blick als unhaltbar herausstellen, überhaupt

nicht zu befassen brauchten, ist ein Satz, der auch in andern Gebieten der Rechtspflege oder der Staatsverwaltung, also ganz abgesehen von der zitierten Bestimmung der bernischen ZPO, in dieser Allgemeinheit wenigstens, nicht anerkannt werden kann. Wenn der mehrerwähnte zweite Berichterstatter des Großen Rates sich darauf beruft, daß z. B. im Beschwerdeverfahren eine Beschwerde, deren Grundlosigkeit sich ohne weiteres ergebe, einfach ad acta gelegt werde, so ist demgegenüber zu bemerken, daß ein solches Verfahren, falls es überhaupt zulässig sein sollte — nach § 365 der bernischen ZPO kann bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden lediglich von der Einholung einer Vernehmlassung Umgang genommen werden — doch auf alle Fälle nur von derjenigen Behörde gehandhabt werden darf, welcher der materielle Entscheid über die Begründetheit der Beschwerde zusteht. Im vorliegenden Falle wurde nun aber vom Großen Rate über ein Gesuch „zur Tagesordnung geschritten", dessen Begründetheit von einem andern Behörde (nämlich von dem zu wählenden außerordentlichen Obergericht) zu prüfen gewesen wäre; diejenige Maßnahme aber, die dem Großen Rate laut Gesetz obgelegen hätte, nämlich die Wahl bezw. Ernennung jener andern Behörde, würde einfach unterlassen. Hierin liegt sowohl eine bundesverfassungswidrige formelle Rechtsverweigerung, d. h. eine Verweigerung der gesetzlichen Rechtshülfe, als auch ein Übergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt und damit eine Verletzung des in Art. 10 der Kantonsverfassung aufgestellten Grundsatzes der Gewaltentrennung. Der Große Rat hatte nach den einschlägigen Bestimmungen der ZPO über die materielle Begründetheit des Rekusationsgesuches keinen Entscheid zu fällen, sondern lediglich die Wahl des mit diesem Entscheid betrauten Gerichtshofes vorzunehmen, was höchstens eine Prüfung darüber voraussetzte, ob ein formell gültiges Rekusationsgesuch vorliege. Die formellen Erfordernisse eines gültigen Rekusationsgesuches (wozu vor allem die Rekusationserklärung und sodann die Berufung auf einen oder mehrere der sieben gesetzlich vorgesehenen Rekusationsgründe gehörte) waren nun aber bei der Eingabe des Rekurrenten vom 12. November 1908 (im Gegensatz zu derjenigen vom 6. Mai 1908) offenbar erfüllt, und es

ist denn auch von den Berichterstattern des Großen Rates jene zweite Eingabe des Rekurrenten in formeller Beziehung durchaus nicht bemängelt worden. Ein weiteres Prüfungsrecht aber, insbesondere ein materielles Vorprüfungsrecht, d. h. ein Recht zur Prüfung der Frage, ob das Rekusationsgesuch Aussicht habe, von dem zu ernennenden außerordentlichen Obergerichte gutgeheißen zu werden, stand dem Großen Rate nicht zu.

3. — Demgegenüber können auch die von den Berichterstattern des Großen Rates geltend gemachten Opportunitätsgründe nicht als durchschlagend anerkannt werden. Allerdings mag es inopportun erscheinen, wenn bloß zur Prüfung eines sich von vornherein als unbegründet darstellenden Rekusationsgesuches ein aus der Zahl der Gerichtspräsidenten des ganzen Kantons gewähltes außerordentliches Obergericht konstituiert werden muß. Allein abgesehen von der hier nicht zu erörternden Frage, ob es sich im vorliegenden Falle wirklich um ein von vornherein unbegründetes Rekusationsgesuch handelte, ist zu konstatieren, daß jenes Verfahren eben vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben worden ist, wobei offenbar von der Ansicht ausgegangen wurde, es gefährde das Ansehen der Justiz weniger, wenn das eine oder andere Mal zur Prüfung eines unbegründeten Rekusationsgesuches — wie sich der zweite Berichterstatter des Großen Rates ausdrückt — „ein komplizierter Apparat in Bewegung gesetzt" werde, als wenn auch nur ein einziges Mal das Gefühl aufkommen könne, es sei nicht möglich, zur Beurteilung gewisser Rechtsbegehren einen unbefangenen Richter zu finden.

Übrigens ist zu bemerken, daß auch vom reinen Opportunitätsstandpunkte aus betrachtet die Ausführungen der mehrerwähnten Berichterstatter des Großen Rates keineswegs unanfechtbar sind. Insbesondere muß es gewiß auffallen, wenn der zweite Berichterstatter gegenüber dem Rekusationsgesuche Leuenbergers ein „gewisses Notwehrrecht der staatlichen Behörden" in Anspruch nimmt und von der Gefahr spricht, daß die Behörden „mit derartigen Gesuchen noch viel mehr überschwemmt" werden könnten, „als es jetzt schon der Fall" sei, während er doch im ersten Teile seines Referates selber anerkennt, daß der Fall einer Rekusation des gesamten Obergerichtes äußerst selten sei.

4. — Wenn sodann vom ersten Berichterstatter des Großen Rates — übrigens nur anläßlich der Besprechung des allerdings keine ausführliche Begründung enthaltenden ersten Rekusationsgesuches — auch noch darauf hingewiesen wurde, daß der offenbare Mißbrauch eines Rechtes bezw. die Chikane keinen Rechtsschutz finden dürfe, ein Prinzip, welches u. a. an die Spitze des schweizerischen Zivilgesetzbuches gestellt worden sei, so ist demgegenüber zu betonen, daß über die Frage, ob ein offenbarer Mißbrauch eines Rechtes vorliege, grundsätzlich nur diejenige Behörde zu befinden hat, welche in der Sache selber kompetent ist und welcher in der Regel (vergl. Art. 44 Abs. 2 der bernischen ZPO) auch gesetzliche Mittel zur Ahndung mutwilligen Prozessierens zustehen. Zur Prüfung des vom Rekurrenten eingereichten Rekusationsgesuches war nun aber, wie ausgeführt, nicht der Große Rat, sondern einzig das von ihm zu wählende außerordentliche Obergericht kompetent. Es stand also gegebenen Falles auch nur dieser letztern Behörde zu, darüber zu erkennen, ob sich das Rekusationsgesuch Leuenbergers als chikanös darstelle.

5. — Außer einer formellen Rechtsverweigerung und einem Übergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt liegt auch eine Verletzung der Rechtsgleichheit im engern Sinne vor, insofern nämlich ein entscheidendes Gewicht darauf gelegt wurde, daß man es „mit einer Persönlichkeit zu tun" habe, „über die ein psychiatrisches Gutachten vorliegt, das sie als einen unglücklichen, kranken Querulanten bezeichnet". Auch einem notorischen Querulanten oder sonst geistig anormalen Menschen kann unter Umständen einmal Unrecht geschehen sein. Werden aber alle von ihm herrührenden Eingaben stets ohne weitere Prüfung bei Seite gelegt, so ist dem Betreffenden einfach ein für allemal die Möglichkeit benommen, sich gegenüber allfälligen wirklichen Rechtsverletzungen zur Wehr zu setzen. Solange er daher nicht unter Vormundschaft gestellt, sondern zur Wahrung seiner Interessen auf sich selbst angewiesen ist, und sofern es sich weder um eine Eingabe handelt, die sich auch dem mit der Persönlichkeit des Gesuchstellers Unbekannten sofort als das Produkt eines kranken Gehirns darstellt, oder sonst völlig unverständlich ist, bezw. von einer Person herrührt, welche keinen bewußten Willen hat oder

des Vernunftgebrauches beraubt ist (vergl. Art. 4 HFG), noch um eine Eingabe, welche sich auf eine längst erledigte, vom Petenten immer und immer wieder aufgerollte Angelegenheit bezieht, so ist dem betreffenden Gesuche genau die gleiche Aufmerksamkeit zu schenken und die gleiche Prüfung angedeihen zu lassen, wie wenn dasselbe von einer der Behörde völlig unbekannten Persönlichkeit ausginge.

Im vorliegenden Falle handelte es sich nun zwar um ein mit einer alten Angelegenheit in ursächlichem Zusammenhang stehendes Gesuch; allein der Inhalt dieses Gesuches war etwas durchaus neues, und dasselbe bezog sich auch, wie es scheint, auf einen noch keineswegs rechtskräftig erledigten Prozeß. Daß aber das Rekusationsgesuch Leuenbergers unverständlich gewesen sei oder sich ohne weiteres und unabhängig von dem, was über den Rekurrenten sonst bekannt sein mochte, als das Produkt eines kranken Gehirns habe darstellen müssen, kann nicht gesagt werden. Die Ausführungen des Rekurrenten in seiner Eingabe vom 12. November 1908 erscheinen vielmehr — wenn von der Frage der Richtigkeit seiner Prämissen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abgesehen wird — zum Teil wenigstens, als durchaus logisch. So insbesondere die Ausführung, daß ein Richter nicht in die Lage versetzt werden dürfe, selber darüber entscheiden zu müssen, ob er als Zeuge einzuvernehmen sei, oder gar, ob ihn (den Richter) ein Verschulden treffe, auf Grund dessen er zum Ersatz früherer Gerichtskosten zu verurteilen sei. Diesen Teil der Ausführungen des Rekurrenten scheinen die Berichterstatter des Großes Rates allerdings übersehen zu haben, da sie den von Leuenberger in erster Linie behaupteten Rekusationsgrund des § 8 Ziff. 2 (unmittelbares oder mittelbares Interesse am Ausgange des Streites) mit der Bemerkung erledigen, die Mitglieder des Obergerichts könnten doch nicht daran interessiert sein, ob sich der Gerichtspräsident III von Bern zu Recht oder zu Unrecht mit der Angelegenheit Rindlisbacher befaßt habe, während in seiner Eingabe vom 12. November 1908 der Rekurrent doch u. a. ausdrücklich und sogar zweimal geltend gemacht hatte, es seien die Mitglieder des Obergerichts deshalb nicht unbefangen, weil z. B. darüber zu entscheiden sei, „ob sie selbst als Zeugen angerufen werden können"

Auch wurde übersehen, daß der Rekurrent in seiner Beschwerde vom 6. Mai 1908 förmlich beantragt hat, es seien „die sämtlichen bis dato ergangenen Kosten" u. a. „dem Appellations- und Kassationshofe bezw. dem einen oder andern Mitgliede desselben" aufzuerlegen. Daß unter solchen Umständen die Mitglieder des Appellations- und Kassationshofes am Ausgange des Streites interessiert seien, konnte somit immerhin behauptet werden, ohne daß diese Behauptung von vornherein als von einem des Vernunftgebrauches beraubten Menschen herrührend und daher als eine rechtlich nicht zu berücksichtigende Äußerung aufzufassen war. Ob dieselbe aber richtig sei, hatte, wie bereits dargetan, nicht der Große Rat, sondern einzig das von ihm zu ernennende außerordentliche Obergericht zu entscheiden.

6. — Ist demnach der Rekurs Leuenbergers grundsätzlich gutzuheißen, so hat dies die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Folge. Dagegen bedarf es bei dieser Sachlage keiner förmlichen Weisungen an den Großen Rat, wie sie der Rekurrent in seinem Rekurse beantragt hat. Das von der genannten Behörde in dieser Angelegenheit nunmehr einzuschlagende Verfahren ergibt sich ohne weiteres aus den vorstehenden Erwägungen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und der Beschluß des Großen Rates des Kantons Bern vom 8. Februar 1909 als verfassungswidrig aufgehoben.

---

3. *Materielle Rechtsverweigerung (Willkür).*
Déni de justice d'ordre matériel (décision arbitraire).

Vergl. Nr. 112 Erw. 2 und Nr. 116 Erw. 1.

II. Verweigerung und Entzug der Niederlassung. Verweigerung der Ausstellung eines Heimatscheines. — Refus et retrait de l'établissement. Refus de délivrer un acte d'origine.

108. **Urteil vom 21. Oktober 1909** in Sachen **Schwyz** gegen **Zürich.**

Recht der Kantone, die Niederlassung auch in solchen Fällen zu bewilligen, in welchen sie nach Art. 45 BV zur Verweigerung derselben berechtigt wären. — Infolgedessen kein Einspruchsrecht eines Kantons gegen die Erteilung der Niederlassung an einen seiner Angehörigen durch die Behörden eines andern Kantons. — Keine Ausnahme hievon im Falle eines Mündels, der den Heimatkanton ohne Bewilligung der Vormundschaftsbehörde verlassen hatte, wobei jedoch ein allfälliges Gesuch um Erteilung der Rechtshülfe behufs Vollstreckung einer von der kompetenten Vormundschaftsbehörde zu treffenden Anordnung vorbehalten bleibt. — Verhältnis zwischen dem BG betr. zivilr. V. d. N. u. A. einerseits und Art. 45 BV anderseits; Rückwirkung des erwähnten Bundesgesetzes auf die Ausübung des Rechts der freien Niederlassung. — Begriff der staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen; Recht einer Kantonsregierung, sich über ein bestimmtes Begehren eines andern Kantons zunächst als **Behörde** *und erst nachher eventuell (im Falle der Anrufung des Bundesgerichts durch diesen andern Kanton) als* **Partei** *auszusprechen.*

A. — Am 21. Januar 1903 stellte der in Alpthal (Schwyz) heimatberechtigte Joseph Ulrich, welcher Vater dreier Kinder ist, der Armenpflege Alpthal folgende „Vollmacht" aus:

„Der Unterzeichnete erteilt hiemit der tit. Armenpflege Alpthal „die Vollmacht, seine Kinder seiner Frau wegzunehmen und stellt „hiemit dieselben bis zum erfüllten zwanzigsten Altersjahre unter „die Vormundschaft und Aufsicht der tit. Armenpflege resp. der „Gemeinde Alpthal."

Ende 1903 oder anfangs 1904 wurde der Ehefrau des Joseph