

war, anzugeben, was eigentlich die Verbindung der Ursprungsbezeichnung mit dem Worte Typ bedeute. Dass damit nur die Farbe des Weines beschrieben werden solle, ist ohne weiteres ausgeschlossen, wird doch der Wein nicht in erster Linie nach der Farbe gekauft. Es bleibt daher nur die Annahme, die Angabe eines andern als des dem verkauften Weine entsprechenden Ursprungslandes sei gewählt worden, weil diese Bezeichnung vermöge des guten Rufes des Burgunderweines den Absatz erleichterte, wogegen die Angabe des wirklichen Produktionsortes, oder die blosser Bezeichnung als Rotwein diesen Zwecken nicht gedient hätte. Ein solches Geschäftsgefahren aber, das übrigens auch vom Berufsverband der Schweizerischen Weinhändler als nicht reell abgelehnt wurde, will der Gesetzgeber ausschliessen.

Die Freisprechung des Beschwerdegegners verletzt daher in der Tat sowohl Art. 173 als Art. 3 LMV.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Kassationsbeschwerde wird gutgeheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückgewiesen.

## A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

### I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

#### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

31. Urteil vom 6. Mai 1921

i. S. Baumann gegen Bern Appellationshof.

SchKG Art. 174. Die Berufung gegen die Konkursöffnung kann weder mit einem im Berufungsverfahren erfolgenden Rückzug des Konkursbegehrens noch mit dem Zugeständnis des Gläubigers begründet werden, dass er, wenn er eine die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners dartuende Tatsache damals schon gekannt hätte, auf der Konkursöffnung nicht bestanden haben würde (sich im Irrtum hierüber befunden habe.)

1. — In der von Vicente Salleras Camps in Figueras, Spanien, gegen Wilhelm Baumann in Bern durch Zahlungsbefehl vom 15. Dezember 1920 angehobenen und mit Konkursandrohung vom 11. Januar 1921 für 165,852 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zinsen seit 15. Dezember 1920 — Betrag, hinsichtlich dessen der Schuldner den ursprünglich erhobenen Rechtsvorschlag hatte fallen lassen — fortgesetzten Betreibung stellte der Gläubiger am 1. Februar 1921 das Konkursbegehren. An der Verhandlung vor dem Gerichtspräsidenten II von Bern vom 8. Februar 1921, zu welcher der Vertreter des Gläubigers, Fürsprecher Pulver in Bern und der Schuldner Baumann persönlich erschienen, behauptete dieser, die betriebene Summe liege bei der Spar- und Leihkasse

Bern, der er schon Auftrag zur Auszahlung an den Betreibungsgläubiger gegeben, bereit, der Vertreter des Gläubigers oder der Richter möchten ihn zur Abhebung dorthin begleiten. Fürsprecher Pulver lehnte es jedoch ab, sich darauf einzulassen und in einen Aufschub der Verhandlung einzuwilligen und beharrte auf dem Konkursbegehren. In Erwägung, dass « der Schuldner eine Quittung, wonach die Forderung bezahlt wäre, nicht vorweisen könne », eröffnete der Gerichtspräsident deshalb den Konkurs.

Baumann zog das Konkurserkennntnis durch Berufung nach Art. 174 SchKG, 336 und 317 Ziff. 8 der bernischen ZPO an den Appellationshof weiter. Er legte zwei Bescheinigungen der Spar- und Leihkasse Bern vom 10. und 15. Februar 1921 vor, dass sie in der Tat schon vor dem 8. Februar 1921 dem Betriebenen auf gestellte Sicherheiten hin die Zusicherung erteilt, ihm zur Bezahlung der Forderung Vicente Salleras Camps einen Kredit von 167,351 Fr. 10 Cts. zur Verfügung zu stellen, der Betriebene auch ebenfalls vor dem 8. Februar wiederholt davon gesprochen habe, der Betrag werde dann an Salleras Camps zu überweisen sein, und sie die Ueberweisung nur wegen Ausbleibens der schriftlichen Bestätigung dieses Auftrages einstweilen unterlassen habe, und machte geltend, der Vertreter des Gläubigers habe lediglich aus Irrtum, weil er den dahingehenden Erklärungen des Appellanten an der erstinstanzlichen Verhandlung keinen Glauben geschenkt, auf dem Konkursbegehren bestanden, während er sonst ohne weiteres zu dessen Rückzug oder doch zu einem Aufschub der Verhandlung bereit gewesen wäre. Fürsprecher Pulver seinerseits teilte dem Appellationshof am 16. Februar mit, dass er das Konkursbegehren zurückziehe, indem er beifügte: « Vicente Salleras ist vorläufig in dem Sinne » zufriedengestellt, als die Spar- und Leihkasse Bern » ihm gegenüber folgende Verpflichtung einging: « Wir » verpflichten uns hiermit, an Herrn Vicente Salleras

» Camps, Figueras, Spanien, den Betrag von 167,351 Fr. » 10 Cts. (Hundertstiebenundsechzigtausenddreihundert- » einundfünfzig und 10/100) zu zahlen, sobald die Auf- » hebung des Konkurserkennntnisses des Gerichtspräsi- » denten II von Bern gegenüber Herrn W. Baumann, » Schauplatzgasse 39, Bern, durch die zuständige Rechts- » mittelinstanz rechtskräftig verfügt ist. Die Auszahlung » der oben erwähnten Summe von 167,351 Fr. 10 Cts. » hat an Sie als Vertreter des Herrn Vicente Salleras » Camps, Figueras, zu erfolgen. » Wird dem Begehren » auf Konkursaufhebung nicht Folge geleistet, so wird » natürlich im Konkurs Baumann die ganze Forderung » geltend gemacht, da in diesem Fall die Verpflichtung » der Spar- und Leihkasse dahinfällt.

» Nach dieser Erklärung der Bank ist anzunehmen, » dass Baumann wohl am 8. Februar noch nicht zahlungs- » unfähig war. Aus seinem Verhalten während des Be- » treibungsverfahrens und auch in der Verhandlung » über das Konkursbegehren konnte ich aber diesen » Schluss damals noch nicht ziehen. Das Verhalten » Baumanns liess mich vielmehr auf das Gegenteil » schliessen. Hätte mir Baumann oder dessen Anwalt » oder die Bank verbindliche Zusicherungen über das » Vorhandensein des Geldes und dessen Auszahlung » gegeben, so hätte ich selbstverständlich auf der Kon- » kurseröffnung nicht beharrt. In diesem Sinn befand » ich mich also in einem Irrtum über die Vermögens- » lage des Baumann. Der Irrtum war aber durch das » Verhalten der Gegenpartei selbst in mir erregt worden.

» Ich habe also das Konkursbegehren aufrecht er- » halten, weil ich mich inbezug auf einen bestimmten » Sachverhalt — die Zahlungsfähigkeit des Schuldners » Baumann — im Irrtum befand.

» Dieser Umstand bestand vor der Konkursklärung » vom 8. Februar 1921. Es handelt sich also nicht um » ein *novum*. Das bereits ergangene Konkurserkennntnis » ist deshalb meines Erachtens, weil aus einem irrüm-

»lichen, deshalb unverbindlichen Begehren heraus  
» entstanden, aufzuheben. »

Der Appellationshof bestätigte jedoch am 17. Februar 1921 das Konkurserkennnis mit der Begründung: aus der von Fürsprecher Pulver angeführten Erklärung der Spar- und Leihkasse Bern gehe hervor, dass zwar die Zahlung für den Fall der Rückgängigmachung des Konkurses in sicherer Aussicht stehe, dass sie aber bis jetzt nicht erfolgt sei. Eine Aufhebung des Konkurserkennnisses wegen Befriedigung des Gläubigers könne demnach nicht in Frage kommen. Der Rückzug des Konkursbegehrens durch den antragstellenden Gläubiger allein aber sei rechtlich unerheblich, weil mit der einmal erfolgten Eröffnung des Konkurses das Betreibungsverfahren aus dem Stadium, wo es nur Sache des einzelnen Gläubigers sei, heraustrete und zu einer gemeinsamen Angelegenheit aller Gläubiger geworden sei, die durch den Verzicht eines einzelnen Gläubigers auf die Durchführung nicht mehr berührt werden könne (Plenarentscheid des Appellationshofs vom 19. März 1919, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 55, S. 317, Praxis des Bundesgerichts 9 Nr. 136). Daran hätte auch eine Verfügung, wodurch der Berufung aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 174 Abs. 2, 36 SchKG zuerkannt worden wäre, nichts zu ändern vermögen. Die Erteilung aufschiebender Wirkung sei für die Fälle vorgesehen, wo die Richtigkeit des Konkurserkennnisses nach der bei seiner Ausfällung vorhandenen Sachlage bei vorläufiger Prüfung zweifelhaft erscheine, nicht um die Berücksichtigung von *nova* zu ermöglichen und es so nachträglich zu einem ungerechtfertigten zu machen. Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen mit der Entscheidung über die Bewilligung der Suspensivwirkung auch diejenige über die Bestätigung oder Aufhebung der Konkursöffnung selbst in das freie Gutfinden des Präsidenten der Berufungsinstanz zu legen, eine Ordnung, die bei richtiger Ueber-

legung nicht in Betracht kommen könne. Dagegen müsste allerdings die Berufung gutgeheissen werden, wenn das Konkursbegehren auf einem Irrtum beruht hätte, der Gläubiger dasselbe, so wie es tatsächlich gestellt worden, nicht habe stellen wollen. Davon sei aber im vorliegenden Falle nicht die Rede. « Der Gläubiger wollte die Konkursöffnung über seinen Schuldner entsprechend seinem Antrage. Er ging dabei allerdings von falschen Voraussetzungen aus. Der Irrtum betraf also den Beweggrund, der aber hier noch weniger beachtlich sein kann als sonst, weil das Gesetz die Konkursöffnung nicht vom Vorhandensein eines bestimmten Sachverhaltes, insbesondere nicht von der Insolvenz des Schuldners abhängig macht, sondern ohne Rücksicht hierauf bei Erfüllung gewisser Formalerfordernisse — Zahlungsbefehl, Konkursandrohung, Konkursbegehren — ohne weiteres gewährt. »

B. — Am 21 Februar 1921 hat darauf Baumann die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, der Entscheid des Appellationshofs vom 17. Februar 1921 und das über den Rekurrenten ausgefallte Konkurserkennnis seien aufzuheben. Als Beschwerdegrund wird Verletzung von Art. 4 BV und Art. 2 Uebergangsbestimmungen zur BV geltend gemacht und ausgeführt: die Konkursöffnung durch den Gerichtspräsidenten sei auf Grund eines ungesetzlichen, eine Rechtsverweigerung in sich schliessenden Verfahrens erfolgt..... Eine solche liege ferner auch in der Ablehnung der beantragten Suspensivwirkung der Berufung. Aus dem allgemeinen Grundsatz der « Zurücknehmbarkeit » prozessualer Anträge folge, dass auch der Antrag auf Konkursöffnung bis zur Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses müsse zurückgenommen werden können. Die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses aber trete im Falle der Berufung erst mit dem oberinstanzlichen Entscheide ein, woran die Rückdatierung der Wirkungen der Eröffnung auf den Zeitpunkt des erst-

instanzlichen Entscheides nichts ändere. Habe es demnach die Berufungsinstanz in der Hand, durch die Bewilligung aufschiebender Wirkung der Berufung die Berücksichtigung in der Zwischenzeit eingetretener konkurshindernder Tatsachen, wie des Rückzuges des Konkursbegehrens oder der Erklärung des Gläubigers, befriedigt zu sein, zu ermöglichen, so müsse sie aber dazu da, wo während der Berufungsfrist vom Gläubiger eine solche Erklärung tatsächlich abgegeben worden sei, auch als verpflichtet erachtet und in der Verweigerung der Suspensivverfügung ein Willkürakt gesehen werden. Auch die übrigen Einwendungen der Appellation gegen die Konkurseröffnung hätten im angefochtenen Entscheide eine willkürliche Erledigung gefunden..... Insbesondere sei das Gericht dabei der Berufung des Gläubigers auf den bei ihm in der erstinstanzlichen Verhandlung obwaltenden Irrtum « in keiner Weise gerecht geworden ».....

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — (Zurückweisung der gegen das Verfahren vor dem erstinstanzlichen Richter erhobenen, auf das kantonale Prozessrecht gestützten Rügen.)

2. Ob der Berufung gegen das Konkurserkennniss aufschiebende Wirkung zuzuerkennen sei, ist durch Art. 174 Abs. 2, 36 SchKG unzweideutig in das E r m e s s e n der Berufungsinstanz gestellt. Die Ablehnung eines dahingehenden Antrages des Schuldners vermöchte überdies naturgemäss die Anfechtung des zweitinstanzlichen Entscheides über die Konkurseröffnung selbst nur dann zu rechtfertigen, wenn d i e s e r bei Bewilligung der aufschiebenden Wirkung anders hätte ausfallen können. Wenn der Rekurrent hier einen solchen Zusammenhang deshalb behauptet, weil die Zuerkennung der Suspensivwirkung den Appellationshof in die Lage versetzt hätte, den vom Gläubiger in zweiter Instanz erklärten Rückzug des Konkursbegehrens zu berücksichtigen und die Verweigerung einer solchen Anordnung daher eine willkür-

liche Benachteiligung des Rekurrenten in sich schliesse, so genügt es demgegenüber auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Schlumpf vom 24. September 1920 (A S 46 I S. 365 ff.) zu verweisen. Er stellt fest, dass eine erst nach Erlass des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses erfolgende Rücknahme des Antrages auf Konkurseröffnung rechtlich unwirksam sei, da durch die rechtskräftige Konkurseröffnung ein über die Beziehungen der Parteien des Konkurseröffnungsprozesses hinausgehendes Rechtsverhältnis, das konkursrechtliche Beschlagsrecht der Gesamtheit aller Gläubiger an den Aktiven des Gemeinschuldners begründet werde und daher von jenem Momente an das Verfahren der Verfügung des einzelnen antragstellenden Gläubigers entzückt sei: die Rechtskraft des Konkurseröffnungserkennnisses trete aber schon mit dem Zeitpunkte ein, da es vom erstinstanzlichen Konkursrichter erlassen werde, und der von der Berufungsinstanz der Berufung dagegen zuerkannten aufschiebenden Wirkung komme nicht sowohl die Bedeutung einer Hemmung der Rechtskraft, als bloss der Hemmung der Vollstreckung des an sich rechtskräftigen Entscheides zu. Nachdem dadurch zu einer bekannten Streitfrage, die früher wiederholt offen gelassen worden war, grundsätzlich Stellung genommen worden ist, besteht kein Anlass, heute von neuem auf eine Widerlegung der entgegengesetzten Auffassung des Rekurses einzutreten und darf so mit der Beschwerde über willkürliche Verweigerung der Suspensivwirkung auch die weitere über die Nichtberücksichtigung des nachträglichen Rückzuges des Konkursbegehrens an sich als erledigt betrachtet werden.

3. — (Zurückweisung der Behauptung, dass in den Vorgängen vor der erstinstanzlichen Verhandlung ein der Zahlung der Schuld gleichkommender Tatbestand i. S. von Art. 172 Ziff. 3 SchKG liege.)

Auch der Vertreter des Gläubigers hat in seiner Eingabe an die Berufungsinstanz nicht etwa erklärt, dass

er die Krediterteilung durch die Spar- und Leihkasse Bern in Verbindung mit den mündlichen Weisungen des Rekurrenten an diese, wenn der Rekurrent beides an der erstinstanzlichen Verhandlung glaubhaft gemacht hätte, als genügend betrachtet hätte, um sich im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG für befriedigt, die Forderung für getilgt zu erklären, sondern nur, dass er angesichts der damit dokumentierten Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners alsdann auf der Eröffnung des Konkurses nicht bestanden haben, m. a. W., einem Aufschub zugestimmt haben würde. Was er behauptet, ist also nicht ein Irrtum über einen für die rechtliche Zulässigkeit des Konkursbegehrens erheblichen Umstand, sondern einzig über die Opportunität dieses Begehrens, die, wie immer, von der Einschätzung der Aussicht, auch ohne das Zwangsmittel des Konkurses Zahlung zu erlangen, abhing. Um die Anfechtung der Konkursöffnung aus diesem Grunde auszuschliessen, ist es nicht nötig zu der allgemeinen Frage Stellung zu nehmen, inwiefern eine Anfechtung der Giltigkeit prozessualer Erklärungen wegen Irrtums bei deren Abgabe überhaupt möglich sei. Denn hier ist es nicht mehr bloss die Erklärung der Partei, des Gläubigers, der Antrag auf Konkursöffnung, sondern die daraufhin vom Richter erlassene antragsgemässe Entscheidung, deren Aufhebung in Frage steht. Und die Aufhebung soll nicht etwa erfolgen, weil der Gläubiger jene Folge in Wirklichkeit nicht wollte, versehentlich etwas anderes erklärte, als was seinem Willen entsprach, sondern weil er bei Abgabe der Erklärung von einer unrichtigen Abschätzung seiner Interessen, falschen Voraussetzungen hinsichtlich ausser des Inhalts der Erklärung selbst stehender Tatsachen ausging. Die Anfechtung einer erstinstanzlichen Entscheidung aus diesem Grunde in der Rechtsmittelinstanz würde aber notwendig voraussetzen, dass dem Willen der Partei, die ihre Erklärung

nicht mehr gelten lassen will, in diesem Stadium des Verfahrens überhaupt noch irgendwelcher Einfluss auf dessen weiteren Gang zukommen könnte, was, wie in Erw. 2 ausgeführt, im Konkursöffnungsverfahren nicht zutrifft. Erscheint infolgedessen ein Rückzug des Konkursbegehrens nach dem erstinstanzlichen Konkurskenntnisse als unwirksam, so muss dasselbe aber auch gelten für die nachträgliche Anfechtung der Giltigkeit des Begehrens wegen Irrtums über die Zahlungsbereitschaft des Schuldners. Ein solcher Irrtum wird in den Fällen, wo der Gläubiger nachträglich zum Verzicht auf die Konkursöffnung bereit ist, stets vorgelegen haben und es würde auch der Gläubiger, wenn ihm an der Rückgängigmachung jener gelegen ist, zur Anerkennung desselben stets gewillt sein, sodass bei Zulassung dieses Aufhebungsgrundes der im Entscheide in Sachen Schlumpf aufgestellte Grundsatz, wonach mit der Ausfällung des erstinstanzlichen Konkurskenntnisses das Konkursverfahren der Verfügung der Parteien des Konkursöffnungsprozesses entrückt ist, illusorisch würde. Der Rekurrent ist denn auch, was allein schon zur Abweisung der Beschwerde aus Art. 1 BV genügen würde, nicht imstande, eine positive Gesetzesbestimmung oder einen allgemeinen anerkannten Rechtsgrundsatz anzuführen, der durch den Entscheid des Appellationshofes über diesen Punkt verletzt worden wäre. Die Vorschriften des OR Art. 23 ff., die er im Auge hat, beziehen sich ausschliesslich auf die Anfechtung privatrechtlicher rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, zu denen das Konkursbegehren nicht gehört, und das SchKG oder eidgenössische Prozessrecht enthält irgendwelche Vorschrift über die Frage nicht. Sie muss deshalb auf dem Wege der Auslegung gelöst werden, sodass angesichts des grundsätzlichen Unterschieds zwischen der Anfechtung einer blossen privatrechtlichen Willenserklärung und eines durch eine prozessuale Handlung des Anfechtenden ausgelösten richterlichen

Aktes die Annahme der Unerheblichkeit eines Irrtums, der psychologisch nicht den Inhalt der Erklärung, sondern die Beweggründe dazu betrifft, auf diesem Gebiete, auch abgesehen von dem oben für den speziellen Fall des Konkurserkennnisses Ausgeführten, aus dem Gesichtspunkte des Art. 4 BV unmöglich beanstandet werden kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### 32. Urteil vom 8. Juli 1921

#### i. S. Einwohnergemeinde Nidau gegen Bern Grossen Rat.

Bestimmung einer kantonalen Verfassung (Bern, Art. 83), wonach die Bildung neuer, Vereinigung und Aenderung in der Umschreibung bestehender Gemeinden durch Dekret des Grossen Rates erfolgt. Rechtliche Natur eines solchen Dekretes. Angebliche Verletzung der Gemeindeautonomie und von Art. 4 BV durch einen die von zwei Gemeinden begehrte Vereinigung ablehnenden Beschluss des Grossen Rates. Ausschluss einer Beschwerde der Gemeinde oder einzelner Gemeindeeinwohner wegen materieller Rechtsverweigerung (Willkür), wenn die Vornahme der Vereinigung zugleich eine Aenderung der Amtsbezirke, d. h. der staatlichen Verwaltungsorganisation mit sich brächte.

A. — Infolge eines Initiativbegehrens von 71 Einwohnern bestellte die Gemeindeversammlung von Nidau am 21. Mai 1919 eine sog. Fusionskommission, die die Frage der Vereinigung der Gemeinde mit Biel prüfen und zu diesem Zwecke mit den Behörden der letzteren Gemeinde in Verbindung treten sollte. Die Verhandlungen führten zum Abschluss eines sog. Vereinigungsvertrages, der in der Gemeindeabstimmung von Nidau am 26. September 1920 mit 309 gegen 244 Stimmen und in derjenigen von Biel am 30. u. 31. Oktober 1920

mit 4509 gegen 839 Stimmen angenommen wurde. Eine Beschwerde gegen die Gültigkeit der Abstimmung in Nidau wiesen sowohl der Regierungsstatthalter von Nidau als der Regierungsrat des Kantons Bern ab.

Im Januar 1921 unterbreitete sodann der Regierungsrat dem Grossen Rate nachstehenden Dekretsentwurf :

« § 1. Die Einwohnergemeinden Biel und Nidau werden in der Weise vereinigt, dass Biel die Gemeinde Nidau in sich aufnimmt. Sämtliche Verwaltungszweige der Einwohnergemeinde Nidau gehen auf die erweiterte Einwohnergemeinde Biel über. »

« § 2. Dieses Dekret tritt auf einen vom Regierungsrat näher festzusetzenden Zeitpunkt in Kraft . . . . »

« § 3. Auf den im Sinne von § 2 hievor festgesetzten Zeitpunkt wird die Einwohnergemeinde Nidau aufgelöst. Ihr bisheriges Gebiet wird auf diesen Zeitpunkt vom Amtsbezirke Nidau losgelöst und demjenigen von Biel zugeteilt. Alle bis zu diesem Zeitpunkte aus dem Gemeindebezirk Nidau bei den Bezirksbehörden in Nidau anhängig gemachten bürgerlichen oder verwaltungsrechtlichen Geschäfte sind von diesen Behörden, soweit es in ihrer Kompetenz liegt, zu erledigen. »

« § 4. . . . . »

« § 5. Durch die Vereinigung der Gemeinden Biel und Nidau wird bis auf weiteres in bezug auf den Amtssitz für den Bezirk Nidau nichts geändert. »

Der Grosse Rat beschloss jedoch am 2. März 1921 mit 102 gegen 35 Stimmen auf die Vorlage nicht einzutreten, d. h. die Verschmelzung der beiden Gemeinden grundsätzlich abzulehnen.

B. — Gegen diesen Beschluss des Grossen Rates haben der Gemeinderat Nidau namens der Einwohnergemeinde Nidau und Ernst Bucher, Lokomotivheizer in Nidau in seiner Eigenschaft als stimmberechtigter Gemeindeeinwohner beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde erhoben mit dem Antrage auf Aufhebung. In der Begründung wird zunächst darauf verwiesen,