

werden soll, das zuständige Gericht zweiter Instanz zugleich auch für den Wohnsitz der Klägerin, Freiburg i. Breisgau war und das materiell anwendbare Recht bei einer Klage hier oder in Offenburg das gleiche blieb.

5. — Die Frage, ob wirklich der Beklagte zur Zeit der Erhebung oder Zustellung der Klage schon Wohnsitz im Rechtssinne in der Schweiz hatte oder nicht sein deutscher Wohnsitz (in Oberweier) damals noch als fortbestehend angesehen werden dürfte und müsste, braucht daher nicht geprüft zu werden, wie auch der Appellationshof sie offengelassen hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Der Rekurs wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 36. — Voir aussi n° 36.

## VII. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

### FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

#### 36. Auszug aus dem Urteil vom 11. Mai 1928

#### i. S. Konkursmasse Nachtigall gegen Solothurn Schwurgericht

Art. 204, 207, 247-250 SchKG. Urteil des Strafrichters, wodurch der Gemeinschuldner in einer Strafsache, in der die Überweisung an den erkennenden Richter erst nach der Konkurseröffnung erfolgt war, adhäsionsweise zum Ersatz des aus der strafbaren Handlung entstandenen Schadens an die Zivilpartei verpflichtet wird. Aufhebung wegen Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 2 Übergangsbestimmungen zur BV) und eidgenössischer Gerichtsstandsvorschriften (Art. 189 Abs. 3 OG) in dem Sinne, dass das Urteil der Konkursmasse des Verurteilten nicht entgegengehalten werden kann.

A. — In dem Strafverfahren gegen Wyss, Karo und Nachtigall, auf das sich das Urteil des Bundesgerichts

in Sachen der heutigen Rekurrentin vom 1. Oktober 1927 (BGE 53 I 380) bezieht, wurden die drei Angeeschuldigten in der Folge dem solothurnischen Schwurgericht überwiesen und auf Grund des Wahrspruches der Geschworenen vom Schwurgerichtshof zu Zuchthausstrafen verurteilt; Wyss wegen Unterschlagung, Nachtigall wegen Anstiftung zu diesem Vergehen, Hehlerei und betrügerischen Konkurses. Die im Strafverfahren erhobenen Expertisen schätzten den Wert der Waren (Ebauches), die Wyss seit 1923 der Firma Ed. Kummer A.-G. entwendet und ohne Fakturierung dem Nachtigall hatte zukommen lassen, auf 443,496 Fr. 10 Cts. In der Verhandlung vor Schwurgericht stellte die Firma Kummer nach Verkündung des Wahrspruches der Geschworenen den Antrag, Wyss und Nachtigall seien solidarisch zum Ersatze dieser Summe an sie mit Zinsen zu verhalten, ferner hätten die drei Angeschuldigten ebenfalls solidarisch sie für Prozessumtriebe zu entschädigen. Der Schwurgerichtshof entsprach diesem Begehren, indem er in Dispositiv III seines Urteils vom 15. Dezember 1920 verfügte :

« III. Die Beklagten haben an die Firma Ed. Kummer A.-G. in Bettlach unter Solidarhaft eine Prozessentschädigung von 300 Fr. zu bezahlen, ferner an Schadenersatz Wyss und Nachtigall solidarisch 443,496 Fr. 10 Cts. zuzüglich Zinse zu 5 % auf den einzelnen Jahresbeträgen. »

Die Konkursmasse Nachtigall bzw. deren Verwaltung war zur Verhandlung vor Schwurgericht unbestrittenermassen nicht vorgeladen worden, noch war an sie vorher die Aufforderung ergangen, sich über den eventuellen Eintritt in den Prozess über den Zivilpunkt zu erklären. Für den Angeklagten Nachtigall hatte sich dessen Verteidiger Fürsprech Dr. G., der zugleich dem Gläubigerausschuss im Konkurs Nachtigall angehört, der Beurteilung der Schadenersatzklage im Strafverfahren mit der Begründung widersetzt, dass dem solothurnischen Richter nach dem Entscheide des Bundesgerichtes vom

1. Oktober 1927 die Kompetenz fehle, über diese Ansprache zu befinden. Tatsächlich habe denn auch die Firma Kummer ihre Ansprüche bereits in La Chaux-de-Fonds im Konkurse geltend gemacht, sodass der Strafrichter sich auch aus diesem Grunde damit nicht mehr zu befassen habe und befassen dürfe. Eventuell wurde die Verweisung der Forderung auf dem Zivilweg im Sinne von § 96 der kant. StPO verlangt, weil der Schaden ziffernmässig nicht genügend ausgewiesen sei.

In den Erwägungen des schwurgerichtlichen Urteils wird hiezu ausgeführt: Nach § 94 in Verbindung mit §§ 303, 306 StPO solle die Ausmittlung und Beurteilung des aus einer strafbaren Handlung entstandenen Schadens auf Verlangen des Verletzten ebenfalls durch den Strafrichter, bei in die schwurgerichtliche Kompetenz fallenden Strafsachen also durch den Schwurgerichtshof geschehen, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung des Strafverfahrens möglich sei. Der Schwurgerichtshof sei deshalb für den Zivilpunkt grundsätzlich gleichfalls zuständig und zwar auch gegenüber dem Angeklagten Nachtigall, obwohl dieser seinen Wohnsitz im Kanton Neuenburg gehabt habe, nachdem Neuenburg die Auslieferung bewilligt und damit die Beurteilung des Falles den solothurnischen Behörden übertragen habe. Art. 59 BV komme nicht in Betracht, weil der Schuldner nicht aufrechtstehend sei und ein Schadenersatzanspruch aus einer strafbaren Handlung im Streite liege, über den ohne Verletzung dieser Verfassungsvorschrift auch gegenüber einem ausser Kantons wohnhaften Beklagten durch den in der Strafsache kompetenten Richter abgeprochen werden könne. Auch das bundesgerichtliche Urteil vom 1. Oktober 1927 schliesse dies für den vorliegenden Fall nicht aus. Dass die verletzte Firma Kummer ihre Eigentumsrechte an den mit Beschlag belegten Waren in La Chaux-de-Fonds gegen die Konkursmasse eingeklagt habe, sei für die Zuständigkeit des Solothurner Strafrichters in bezug auf den heute

allein im Streite liegenden Schadenersatzanspruch unerheblich. Eine Klage auf Feststellung dieser Forderung aber sei bis jetzt in La Chaux-de-Fonds nicht angehoben worden. Die blosser Anmeldung im Konkurse hindere den Gläubiger nicht, den Bestand der angemeldeten Forderung adhäsionsweise im Strafprozesse feststellen zu lassen, solange diese von der Konkursverwaltung im Kollokationsverfahren nicht anerkannt worden sei. Dass letzteres hier der Fall wäre, sei aber nicht dargetan. Sodann befassen sich die Erwägungen einlässlich mit den Einwendungen der Angeschuldigten Wyss und Nachtigall gegen den Beweiswert der im Strafverfahren erhobenen Gutachten, um zum Schlusse zu kommen, dass die Sachverständigenberichte sowohl die Menge der defraudierten Waren als deren Wert in einer Weise klarstellten, die weitere Beweiserhebungen überflüssig mache. Die von der Firma Kummer geforderte Summe von 443,496 Fr. 10 Cts. stelle nach den Gutachten den Mindestbetrag der von Wyss und Nachtigall gemeinsam zum Nachteil dieser Firma begangenen Defraudationen dar. Sie sei deshalb zuzu sprechen.

Am 9. Januar 1928 erliess sodann die Kanzlei des solothurnischen Schwurgerichts an die Konkursmasse N. Nachtigall in La Chaux-de-Fonds folgende Anzeige: « In dem vor dem solothurnischen Schwurgerichte erledigten Strafprozesse gegen ..... ist der Angeschuldigte Nissim Nachtigall am 15. Dezember 1927 vom Schwurgerichtshof des Kantons Solothurn im Adhäsionsprozessweg nach §§ 94 und 306 der solothurnischen StPO solidarisch mit Arnold Wyss zur Zahlung einer Schadenersatzsumme von 443,496 Fr. 10 Cts. nebst Zins zu 5% auf den einzelnen Jahresbetroffnissen an die Firma Ed. Kummer A.-G. in Bettlach verurteilt worden. Das motivierte Urteil ist bereits in Ihrem Besitze und verweisen wir Sie auf Ziff. VII der Erwägungen und Ziff. III des Dispositivs dieses Urteils. Auf Grund von Art.

56 ff. und insbesondere unter Berufung auf Art. 63 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege teilen wir Ihnen zu Händen der Konkursmasse des Nissim Nachtigall mit, dass das bezügliche Schadenersatz-Urteil des Schwurgerichtshofes des Kantons Solothurn vom 15. Dezember 1927 zur Einsichtnahme durch die Parteien auf der Obergerichtskanzlei in Solothurn aufliegt und eröffnen hiemit die Berufungsfrist an das schweizerische Bundesgericht. »

B. — Mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 16./18. Januar 1928 hat darauf die Konkursmasse des N. Nachtigall, vertreten durch den ausseramtlichen Konkursverwalter, beim Bundesgericht unter Berufung auf Art. 4, 5, 59 BV und Art. 2 Übergangsbestimmungen zur BV die Anträge gestellt, Dispositiv III des Urteils des solothurnischen Schwurgerichts und die Notifikation der Schwurgerichtskanzlei an die Rekurrentin vom 9. Januar 1928 seien aufzuheben, eventuell wenigstens zu erkennen, dass die in diesem Dispositiv enthaltenen Verurteilungen (zu 443.496 Fr. 10 Cts. Schadenersatz und einer Prozessentschädigung von 300 Fr.) der rekurrierenden Konkursmasse nicht entgegengehalten werden könnten. Es wird vorgebracht :

Durch die Konkursöffnung sei die Verfügung über die Vermögensstücke und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners mit Einschluss des Prozessführungsrechts für Streitigkeiten, die sich hierauf beziehen, vom Gemeinschuldner auf die Masse übergegangen. Nur sie habe deshalb von diesem Zeitpunkte an auch für Ansprüche, welche die Passivmasse des Konkurses betreffen, wie die streitige Schadenersatzforderung und Prozessentschädigung, noch ins Recht gefasst werden können und zwar vor ihrem Gerichtsstand, also den neuburgischen Gerichten (SchKG Art. 207, JAEGER zu diesem Artikel Nr. 9). Das habe denn auch die Firma Kummer selbst dadurch zugestanden, dass sie die fraglichen Ansprüche am 27. Oktober 1927 im Konkurse eingeleitet habe.

Wenn die Konkursverwaltung bis jetzt den Kollokationsplan nicht habe auflegen können und infolgedessen über die Ansprache noch nicht entschieden habe, so bleibe deshalb nichtsdestoweniger bestehen, dass diese vor den Organen des Konkurses schon hängig gewesen sei, als die Rekursbeklagte den Schwurgerichtshof im Adhäsionswege damit befasst habe. Der solothurnische Strafrichter hätte daher die Firma Kummer auf den Weg der Klage gegen die Masse vor dem Richter von La Chaux-de-Fonds verweisen sollen und habe sich selbst, ohne mit der eidgenössischen Konkursgesetzgebung in Widerspruch zu geraten, mit der Ansprache nicht mehr befassen dürfen. Es sei zudem ausgeschlossen, dass ein Urteil sich Rechtskraftwirkung gegenüber einer Partei beilegen könne, die zum vorangegangenen Verfahren weder vorgeladen, noch darin angehört, noch auch nur in die Lage versetzt worden sei, sich zu verteidigen. Das Vorgehen des Schwurgerichtshofes enthalte demnach auch eine Verletzung von Art. 4 BV (Verweigerung des rechtlichen Gehörs).

C. — Der Schwurgerichtshof des Kantons Solothurn und die Rekursbeklagte Ed. Kummer A.-G. haben auf Abweisung des Rekurses geschlossen. Die Begründung der Antworten ist, soweit nötig, aus den nachstehenden Erwägungen ersichtlich.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — .....
2. — a) In der Antwort erhebt der Schwurgerichtshof in erster Linie die Einrede mangelnder Erschöpfung der kantonalen Instanzen, weil die Rekurrentin es unterlassen habe, von dem in § 331 der kant. StPO vorgesehenen Rechtsmittel des Rekurses an das Obergericht im Zivilpunkte Gebrauch zu machen. § 331 StPO gibt indessen dieses Rechtsmittel nur « dem Verletzten und dem Angeklagten » und auch ihnen nur « wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung des Zivilgesetzes ».

Die Rekurrentin war aber im kantonalen Verfahren weder Verletzte noch Angeklagte noch beschwert sie sich über falsche Anwendung des Zivilgesetzes. Im Streite liegt vielmehr die behauptete Missachtung von Vorschriften des eidgenössischen SchKG über das Konkursverfahren, also von Bestimmungen prozessualen Inhalts. Dass sie nicht unter § 331 StPO bezogen werden können, hat aber das solothurnische Obergericht, dessen Praxis in dieser Beziehung massgebend sein muss, gerade in der vorliegenden Angelegenheit erkannt, indem es die Berufung des Gemeinschuldners Nachtigall, der persönlich gegen das Schwurgerichtsurteil den Rekurs an das Obergericht ergriffen hatte, auf angebliche Verletzung von Art. 207 SchKG mit dieser Begründung als unzulässig zurückwies.

b) für die Legitimation der Konkursmasse zur Anfechtung des streitigen Urteilsdispositivs kann es entgegen der Ansicht des Schwurgerichtshofs nicht darauf ankommen, ob die Masse im Verfahren vor Schwurgericht formell die Stellung einer Prozesspartei hatte oder nicht. Massgebend ist, ob das Urteil auch gegen sie Wirkungen auszuüben bestimmt oder geeignet ist, wodurch die Passivmasse des Konkurses und damit die den übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners zukommende Dividende beeinflusst wird. Soweit dies zutrifft, muss auch die Gläubigerschaft im Konkurse bzw. die Konkursverwaltung für sie befugt sein gegen das Urteil aufzutreten und es der Überprüfung auf seine Verfassungsmässigkeit durch das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nach Art. 175 Ziff. 3, 178 OG zu unterstellen.

Dem Wortlaute nach richtet sich die fragliche Urteilsverfügung allerdings nur gegen den Gemeinschuldner Nachtigall. Er wird zur Zahlung von 443,496 Fr. 10 Cts. Schadenersatz und einer Prozessentschädigung von 300 Fr. an die heutige Rekursbeklagte Ed. Kummer A.-G. verurteilt und damit eine entsprechende Schuldpflicht seinerseits gegenüber der Rekursbeklagten fest-

gestellt. Würde sich die Bedeutung des Urteilsdispositivs III hierin erschöpfen, ohne dass damit eine rechtskräftige Feststellung des Bestehens dieser Schuldpflicht zugleich auch gegenüber der Konkursmasse des Gemeinschuldners verbunden sein sollte oder aus dem Urteil mangels Anfechtung desselben durch die Masse resultieren könnte, so würde auch für die Konkursmasse keine Veranlassung zur Beschwerdeführung bestehen. Dies ist indessen nichts weniger als sicher. Dagegen spricht schon die von der Schwurgerichtskanzlei am 9. Januar 1928 an die Konkursmasse erlassene Anzeige nach Art. 63 Ziff. 4 OG. Sie ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass das Urteil einen Forderungstitel auch gegen die Masse zu bilden bestimmt sei. Nur unter dieser Voraussetzung, nicht wenn es sich ausschliesslich um eine persönliche Verurteilung des Gemeinschuldners ohne Wirkungen für den Anspruch der Rekursbeklagten auf Teilnahme am Konkursergebnis handelte, hätte die Konkursmasse zur Berufung nach Art. 56 ff. OG im Zivilpunkte befugt sein können. In der Rekursantwort wendet der Schwurgerichtshof allerdings ein, die Mitteilung sei nur vorsorglich für den Fall gemacht worden, « dass die Konkursverwaltung gegen das Urteil Rechte sollte wahren wollen, wenn die Berufung allenfalls von ihr statt vom Verurteilten und Konkursiten Nachtigall erklärt werden müsste ». Man habe es dabei nicht mit einer Verfügung des Schwurgerichtshofs, sondern nur mit einer Massnahme der Gerichtskanzlei zu tun, die von ihr in Fällen, wo solche Ungewissheiten herrschen, regelmässig getroffen werde. Allein andererseits erklärt die Rekursantwort des Schwurgerichtshofs auch nirgends, dass das angefochtene Urteilsdispositiv materiell die Masse nicht betreffe, nicht auch eine gegen sie wirksame Forderungsfeststellung enthalten solle. Vielmehr scheint die Auffassung des kantonalen Richters dahin zu gehen; infolge der Hängigkeit des Strafverfahrens schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung habe der Prozess auch

im Zivilpunkt wirksam gegen den Gemeinschuldner weitergeführt werden können, ohne dass es für die Verbindlichkeit des gefälltten Urteils gegenüber der Masse ihrer Beziehung zum Verfahren bedurft hätte (« Partei war im Strafverfahren, das auch den Zivilpunkt umfasste, der Beklagte Nachtigall und nicht die Konkursmasse Nachtigall, die bei Eröffnung des Strafverfahrens noch gar nicht existierte. Auf Grund von §§ 303 und 306 in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO hatte der Schwurgerichtshof das Recht, den Zivilpunkt ebenfalls zu beurteilen..... »). Nur aus der Annahme einer auch die Konkursmasse bindenden Feststellung der Forderung durch das Urteil lässt es sich ferner erklären, wenn die Rekursantwort des Schwurgerichtshofs der von der Rekurrentin erhobenen Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs mit der Begründung entgegnet: der Gemeinschuldner sei in der Verhandlung vor Schwurgericht durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses verteidigt worden, auch der Konkursverwalter habe tatsächlich trotz der Unterlassung einer besonderen Mitteilung von der Tagfahrt Kenntnis gehabt, endlich seien drei andere Mitglieder des Gläubigerausschusses als Zeugen bei den Verhandlungen anwesend gewesen. Denn wäre nicht dies die Meinung des Urteils, so hätte auf die fragliche Rüge einfach erwidert werden können und wäre zweifellos auch erwidert worden, dass der Konkursmasse, weil sie durch die getroffene Entscheidung nicht berührt werde, auch keine Gelegenheit zur Teilnahme am Verfahren habe gegeben zu werden brauchen. Darauf weisen schliesslich auch die Urteils *erwägungen* hin. Wenn darin ausgeführt wird, dass die Anmeldung der Forderung im Konkurs die Rekursbeklagte solange nicht hindern könne, den Bestand der Forderung im Adhäsionsverfahren gerichtlich feststellen zu lassen, als die Forderung von der Masse nicht anerkannt sei, so ist auch dies wiederum nur unter der Voraussetzung

verständlich, dass das Urteil, wenn es im Sinne der Gutheissung des Zivilbegehrens der Rekursbeklagten ausfalle, eine solche Anerkennung zu ersetzen und einer allfälligen Forderungsbestreitung der Masse entgegenzutreten geeignet sei. Sonst hätte es genügt festzustellen, dass die Anmeldung im Konkurs, weil nur für die Teilnahme am Ergebnis der Konkursliquidation von Bedeutung (Art. 265 SchKG), eine Streithängigkeit des Anspruchs auch gegenüber dem *G e m e i n s c h u l d n e r* in Neuenburg, kraft deren er sich der Belangung dafür in Solothurn widersetzen könnte, von vorneherein nicht zu begründen vermöge.

Dazu kommt, dass die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, die bei der Konkurseröffnung schon bestanden, ihrem Rechtsgrunde nach damals bereits vorhanden waren, grundsätzlich, materiell auch solche der Konkursmasse sind (Art. 197 SchKG). Es ist deshalb keineswegs gewiss, dass die Masse, wenn sie das Urteil unbeanstandet hingehen liesse, nachträglich ihrerseits den Bestand der Forderung noch im Kollokationsverfahren bestreiten könnte, oder ob nicht vielmehr der Richter, den die Rekursbeklagte darauf mit der Kollokationsklage anginge, oder die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs, an die sie sich mit dem Begehren um Einschreibung der Forderung im Kollokationsplan im Sinne von Art. 63 der bundesgerichtlichen Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter wendete, erklären würden und müssten: Nachdem die Masse einmal von dem Urteil durch amtliche Mitteilung Kenntnis erhalten habe, hätte sie es, auch wenn es formell nur gegen den Gemeinschuldner lautete, dazumal im Rechtsmittelwege anfechten müssen, um zu verhüten, dass die darin enthaltene Feststellung der Schuldpflicht des Gemeinschuldners einen Vollstreckungstitel auch gegen sie bilde. Auf den Rekurs ist somit auch in diesem Punkte einzutreten.

c) Durch die Konkurseröffnung verliert der Gemein-

schuldner weder die zivilrechtliche Handlungs- insbesondere Verpflichtungsfähigkeit noch die Prozessfähigkeit (im weiteren, auch die prozessuale Parteifähigkeit einbegriffenden Sinne verstanden), wohl aber die Verwaltung seines Vermögens, soweit es gemäss Art. 197 ff. SchKG zur Konkursmasse gehört, Gegenstand der konkursmässigen Liquidation bildet. Nach Art. 204 SchKG sind Rechtshandlungen, die er inbezug auf dieses Vermögen nach der Konkurseröffnung vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam und brauchen von ihnen bzw. der Konkursverwaltung nicht anerkannt zu werden. Unter Vermögen sind dabei nicht bloss die zur Masse gehörenden Aktiven, Vermögensrechte zu verstehen, sondern auch die ihnen entgegenstehenden Passiven, Verpflichtungen, die bei der Konkurseröffnung schon vorhanden waren und Anspruch auf anteilmässige Befriedigung aus dem Ergebnis der Konkursliquidation haben, wenn und soweit es sich um die Teilnahme am letzteren handelt. Der Begriff der Rechtshandlungen aber umfasst alle Handlungen, die rechtliche Wirkungen auszuüben geeignet sind, also auch Handlungen in Prozessen, die zur Konkursmasse gehörende Vermögensrechte oder aus dem Konkursvermögen zu deckende Verpflichtungen (Konkursforderungen) betreffen. Der Weg, den der Konkursgläubiger zu betreten hat, wenn die Konkursverwaltung eine solche Forderung nicht zulassen will, ist in Art. 247-250 SchKG vorgezeichnet. Er besteht in der Erhebung der hier vorgesehenen Kollokationsklage gegen die Masse gegenüber der Abweisung der Forderung im Kollokationsplan. Der Gerichtsstand für diese Klage aber befindet sich nach Art. 250 SchKG am Orte der Konkurseröffnung. Nur in diesem Verfahren und an diesem Orte kann die Forderung mit der Wirkung geltend gemacht werden, dass das Urteil einen rechtskräftigen Forderungstitel auch gegen die Masse zu bilden und sie zur Kollokation der Forderung zu verpflichten vermag,

mag es sich nun um eine Ansprache handeln, die auch gegen den Gemeinschuldner nur an seinem Wohnsitze hätte verfolgt werden können oder für die gegen ihn anderwärts ein Sondergerichtsstand gegeben gewesen wäre. Von dieser Ordnung macht die eidgenössische Konkursgesetzgebung nur eine Ausnahme in Art. 207 SchKG. Schwebte über einen solchen Anspruch bei der Konkurseröffnung schon ein Zivilprozess des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner als Beklagten, so ist über den Bestand der Forderung trotz des eröffneten Konkurses durch Fortsetzung dieses Verfahrens zu entscheiden. Die Masse hat, wenn sie die Forderung nicht anerkennen will, den hängigen Prozess aufzunehmen und ihn weiterzuführen. Ein darin ergangenes rechtskräftiges Urteil stellt alsdann den Bestand der Forderung auch ihr gegenüber verbindlich fest und gibt dem Kläger einen vollstreckbaren Titel auf Kollokation, der von der Konkursverwaltung oder den übrigen Konkursgläubigern nicht mehr durch Wegweisung der Forderung im Kollokationsplan oder Klage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG in Frage gestellt werden kann. Wenn Art. 207 SchKG bestimmt, dass solche hängige Prozesse mit Ausnahme dringlicher Fälle und der in Satz 2 ebenda erwähnten Entschädigungsklagen wegen Ehr- oder Körperverletzung, Prozesse über Zivilstand- und Ehesachen oder Unterhaltsansprüche bis zum 10. Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung eingestellt seien und vorher nicht wieder aufgenommen werden können, so hat dies nicht den Sinn, dass in den genannten Ausnahmefällen der Prozess mit Wirkung auch für die Masse gegen den Gemeinschuldner fort- und zu Ende geführt werden könnte, sondern nur, dass hier von der Masse schon früher, alsbald eine Erklärung über die Anerkennung des Anspruchs oder den Eintritt in den Prozess verlangt werden kann, indem sich dann eben gegebenenfalls schon die erste Gläubigerversammlung (Art. 238 SchKG) oder, wenn sie nicht zustandekommt, das Konkursamt

von sich aus darüber schlüssig zu machen hat. Unnötig ist eine solche Erklärung nur dann, sodass der Prozess ohne weiteres gegen den Gemeinschuldner fortgeführt werden kann, wenn sich der Streit entweder auf konkursfreies Vermögen desselben oder auf Verpflichtungen bezieht, die nicht zu den Konkursforderungen gehören und für die infolgedessen nicht Befriedigung aus dem Konkursvermögen verlangt werden kann, wie es bei einzelnen der in Art. 207 aufgeführten « Ausnahmefälle » (nicht bei allen) zutrifft, aber auch noch in anderen Rechtsverhältnissen zutreffen kann, oder wenn der Gläubiger für seinen Anspruch auf die Teilnahme am Konkurse verzichtet (vgl. hiezu und zum Vorstehenden überhaupt JAEGER zu Art. 204 Nr. 1 und 4, Art. 207 Nr. 2, 9, 10-14, Art. 240 Nr. 5 auf S. 204, Art. 247 Nr. 3 auf S. 224 oben, 250 Nr. 4; BLUMENSTEIN, Handbuch § 50 insbes. I, II und IV, ferner S. 737, Abs. 2, 786).

Da es sich dabei um eine durch das Bundesrecht statuierte Abweichung von dem in Art. 250 SchKG der Masse für Streitigkeiten über den Bestand von Konkursforderungen gewährleisteten Gerichtsstand und Verfahren handelt, ist auch die Frage, ob die Voraussetzungen für eine solche abweichende Behandlung vorliegen, eine solche des eidgenössischen Rechtes. Die Fortführung des Prozesses an einem andern Orte und in einem anderen Verfahren ohne Vorliegen jener Voraussetzungen gestützt auf kant. Prozessvorschriften enthält eine Missachtung des in Art. 2 Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung ausgesprochenen Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und einen Verstoss gegen eine eidgenössische Gerichtsstandsvorschrift im Sinne von Art. 189 Abs. 3 OG. Das Bundesgericht hat deshalb in einem solchen Streitfalle frei zu prüfen, ob die Inanspruchnahme der Urteilskompetenz durch ein anderes Gericht als den für Kollokationsstreitigkeiten zuständigen Richter des Konkursortes zum Zwecke einer auch die Masse bindenden Feststellung des

Forderungsverhältnisses vor der umschriebenen bundesrechtlichen Ordnung standhalte.

Hiebei kann im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, ob die in Art. 207 SchKG für bei Konkursöffnung schwebende « Zivilprozesse » vorgesehene Regelung sich auch auf die adhäsionsweise Erledigung der Schadenersatzforderung des durch eine strafbare Handlung Verletzten im Strafverfahren beziehe, d. h. ob auch ein solches Adhäsionsverfahren zu denjenigen gehöre, das die Masse als Partei aufzunehmen und fortzuführen hat, wenn sie den Anspruch nicht anerkennen will (vgl. dagegen BLUMENSTEIN S.706, andererseits JAEGER zu Art. 207 Nr. 2). Voraussetzung dafür wäre auf alle Fälle, selbst bei grundsätzlicher Bejahung der Frage, dass der Adhäsionsprozess gegen den Gemeinschuldner als Beklagten zur Zeit der Konkursöffnung schon hängig war. Das Strafverfahren müsste sich also schon damals in einem Abschnitte befunden haben, in dem der Zivilpartei ein Anspruch darauf zustand, dass über ihre Schadenersatzforderung im Strafverfahren ebenfalls abgesprochen werde. Nur dann könnte von einem bereits hängigen Zivilprozesse über die Forderung i. S. von Art. 207 SchKG und infolgedessen von einer Verpflichtung der Masse gesprochen werden, in diesen Rechtsstreit an Stelle des Gemeinschuldners einzutreten, wenn sie den Anspruch bestreiten will. Ein solcher Rechtsschutzanspruch des Verletzten auf Beurteilung auch des Zivilpunktes im Strafprozesse kann aber frühestens von dem Zeitpunkte an in Betracht kommen, wo die Voruntersuchung zur Überweisung der Angeschuldigten vor das zuständige Strafgericht und Anklagestellung geführt hat, wenn man dafür nicht sogar noch einen späteren Akt, nämlich die Stellung des Entschädigungsbegehrens im Hauptverfahren vor dem Strafgericht in der durch die kantonale Prozessordnung dafür geforderten Form als massgebend und ausserdem nötig betrachten will. Erst von jenem Zeitpunkt an steht fest, ob es überhaupt

zu einem strafrichterlichen Verfahren gegen den Angeeschuldigten kommen wird, in dem eine Entscheidung auch über die dem Verletzten gebührende Entschädigung verlangt werden kann. Die blossе Konstituierung des Verletzten als Zivilpartei schon in der Voruntersuchung, welche die Vorinstanz anscheinend als entscheidend betrachten möchte, kann nur die Bedeutung eines vorbereitenden Vorgehens haben, um durch Unterstützung der Untersuchungsbehörde in ihren Erhebungen die tatsächlichen Vorbedingungen für eine Überweisung zu schaffen und damit einen eventuellen Adhäsionsprozess über den Zivilpunkt überhaupt zu ermöglichen. Die Rechtshängigkeit des letzteren kann dadurch noch keinesfalls begründet werden, jedenfalls nicht in dem Sinne, wie Art. 207 SchKG ihn voraussetzt.

Im vorliegenden Falle hat aber die Überweisung der Angeschuldigten an den Strafrichter zur Aburteilung erst lange nach der Konkursöffnung über den Gemeinschuldner Nachtigall, durch Beschluss der solothurnischen Anklagekammer vom 5. November 1927 und die schwurgerichtliche Verhandlung, an der die Rekursbeklagte ihr Schadenersatzbegehren dem zuständigen Strafrichter unterbreitete, am 15. Dezember 1927 stattgefunden. Wenn die Rekursbeklagte für ihre Ansprüche auf Ersatz des ihr durch die strafbaren Handlungen des Gemeinschuldners zugefügten Schadens am Konkursergebnis teilnehmen will, so konnte dies infolgedessen nur noch so geschehen, dass sie die bezügliche Forderung im Konkursverfahren eingab und die Stellungnahme der Konkursverwaltung dazu im Kollokationsplan abwartete, um im Falle der Wegweisung der Forderung in diesem die Zulassung durch Klage nach Art. 250 SchKG zu verlangen. Im Adhäsionsverfahren vor dem Strafrichter konnte ein die Masse bindendes Urteil über den Bestand der Forderung unter diesen Umständen nicht mehr erwirkt werden.

d) Wäre aber auch die Verfolgung der Forderung auf

diesem Wege noch möglich gewesen, so hätte doch, damit dem Urteil Wirkung gegen die Masse zukommen könnte, das Verfahren auf alle Fälle nicht bloss gegen den Gemeinschuldner, sondern auch gegen sie gerichtet werden müssen. Die Masse wäre demnach ebenfalls zu der Verhandlung vor Schwurgericht vorzuladen gewesen, in der über den Zivilpunkt abgeurteilt wurde, und es wäre ihr zu eröffnen gewesen, dass, wenn sie es versäume an der Verhandlung teilzunehmen und ihre Rechte zu wahren, sie gewärtigen müsse, dass der Schwurgerichtshof gleichwohl über den Bestand der Forderung auch ihr gegenüber verbindlich urteile. Nichts von alledem ist geschehen, und es hat die Masse auch nicht etwa unaufgefordert im Verfahren als Partei interveniert, sodass der in der Unterlassung jener Vorkehren liegende Mangel hiedurch als behoben angesehen werden könnte. Dadurch, dass der Verteidiger des Gemeinschuldners Dr. G. zugleich dem Gläubigerausschuss im Konkurs angehört, wurde er noch nicht zum Vertreter auch der Masse im Verfahren vor Schwurgericht und noch weniger kann selbstverständlich diese Eigenschaft den weiteren Mitgliedern des Gläubigerausschusses zugeschrieben werden, die als Zeugen in der Strafsache geladen worden waren. Dafür aber, dass Dr. G. von der Konkursverwaltung beauftragt und bevollmächtigt gewesen wäre, sich der Zusprechung des Zivilbegehrens auch für sie zu widersetzen, seine Anträge im Zivilpunkte also nicht bloss für den Gemeinschuldner, sondern zugleich als Vertreter der Masse als Prozesspartei (im Verfahren Intervenierender) gestellt hätte, liegt nichts vor. Der Urteilstext und das mit ihm verbundene Verhandlungsprotokoll geben dafür keine Anhaltspunkte und ebenso wenig vermögen dafür andere Stellen der Prozessakten angerufen zu werden. Die Tatsache, dass Dr. G. nach dem Berichte des Konkursverwalters an die zweite Gläubigerversammlung für die « Vertretung der Masse im Konflikt mit den solothurnischen Behörden während

der ganzen Dauer des Konfliktes » von der Masse ein gewisses Honorar bezogen hat (Ergänzungsvernehmlassung der Rekursbeklagten vom 20. April), lässt jenen Schluss noch nicht zu, weil daraus nicht hervorgeht, wieweit dieses Mandat und die Vertretung sich erstreckten und dass sie auch den Auftrag zur Intervention im Schwurgerichtsverfahren hinsichtlich des Zivilpunktes umfasst hätten. Endlich ist unerheblich, dass der Konkursverwalter von dem Zeitpunkte der schwurgerichtlichen Verhandlung und von der Absicht der Rekursbeklagten, bei Verurteilung der Angeklagten darin auch ihre Zivilforderungen geltend zu machen, tatsächlich auch ohne Vorladung Kenntnis gehabt habe. Solange eine Aufforderung an die Masse zur Teilnahme am Verfahren nicht ergangen war, brauchte er sich um dieses nicht zu kümmern, sondern konnte es unbeachtet lassen. In der Ausfällung eines Urteils über den Zivilpunkt, ohne dass die Masse zur Verhandlung geladen oder zur Beteiligung am Verfahren aufgefordert oder in dieses tatsächlich als Partei eingetreten gewesen wäre, liegt eine Rechtsverweigerung, die allein schon zur Gutheissung des Rekurses führen muss.

e) Die Interessen der Masse sind immerhin genügend dadurch gewahrt, dass das Urteil aus den vorstehenden Gründen als ihr gegenüber unwirksam erklärt wird. Soweit es darüber hinaus eine persönliche Verurteilung des Gemeinschuldners zu den darin festgesetzten Leistungen, d. h. die Feststellung einer entsprechenden rein persönlichen Schuldpflicht seinerseits enthält, fehlt der Konkursmasse ein Interesse an der Anfechtung und damit auch das Recht zum staatsrechtlichen Rekurse. Zu einem solchen könnte vielmehr insoweit höchstens der Gemeinschuldner selbst befugt sein, der gegen das streitige Urteilsdispositiv denn auch noch persönlich an das Bundesgericht recurriert hat,

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Der Rekurs wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die

in Dispositiv III des angefochtenen Urteils ausgesprochene Verurteilung des Gemeinschuldners Nachtigall nicht die Wirkung einer auch für dessen Konkursmasse verbindlichen Feststellung der betreffenden Forderungen haben kann. Das weitergehende Rekursbegehren ist abgewiesen.

## VIII. GEWALTENTRENNUNG SÉPARATION DES POUVOIRS

### 37. Urteil vom 5. Oktober 1928

**i. S. Traber und Mitbeteiligte gegen Regierungsrat Zürich.**

Bestimmung einer kantonalen Verfassung (Zürich), die gegenüber dem Grundsatz der Gewerbefreiheit die « durch das öffentliche Wohl geforderten gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften » vorbehält. Annahme eines daraus folgenden selbständigen (von gesetzlicher Delegation unabhängigen) Verordnungsrechts des Regierungsrats als oberster Polizeibehörde auf dem Gebiete der Gewerbe Polizei. Beschränkungen der Gewerbeausübung, die demnach durch Verordnung verfügt werden können. Bewilligungszwang und Einführung bestimmter persönlicher Erfordernisse für die Ausübung eines bestimmten Berufes (Tanzunterricht) aus sittenpolizeilichen Gründen; Gebühr für Erteilung der Bewilligung und Kontrolle der Gewerbeausübung (Erw. 1). — Anfechtung der betr. Verordnungsvorschriften aus Art. 31 und 4 BV. Abweisung (Erw. 2 und 3).

A. — Am 20. Mai 1919 hat der Regierungsrat des Kantons Zürich eine Verordnung betreffend die Erteilung von Tanzunterricht erlassen. Sie macht die Ausübung dieses Gewerbes gegen Entgelt von einer schriftlichen Bewilligung des Gemeinderates der Wohngemeinde abhängig (§§ 1 u. 2). Für die Erteilung derselben sind bestimmte persönliche Erfordernisse aufgestellt (§ 3) und es ist dafür eine Gebühr von 20-100 Fr. zu bezahlen (§ 4). Nach §§ 5 und 6 haben die Tanzlehrer ein Register