

trag, es sei die genannte Verfügung wegen Verletzung von Art. 59 BB aufzuheben. Es wird ausgeführt, daß der Rekurrent nach dieser Verfassungsbestimmung nicht verpflichtet gewesen sei, sich vor dem inkompetenten Richter in Zürich auf die Klage der Rekursbeklagten irgendwie einzulassen und daß ihm deshalb auch nicht wegen Nichterscheinens eine Ordnungsbusse und Prozeßentschädigung an die Gegenpartei habe auferlegt werden können. Eine solche Verfügung des inkompetenten Richters sei vor Art. 59 BB nicht haltbar.

C. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich im ordentlichen Verfahren hat auf Abweisung des Rekurses angetragen. Die Begründung deckt sich im wesentlichen mit derjenigen des angefochtenen Entscheides. Außerdem wird bemerkt: Die über den Rekurrenten verhängte Ordnungsbusse und die ihm aufgelegte Prozeßentschädigung seien rein prozessuale Folgen des Ausbleibens einer Partei, die mit der Garantie des Art. 59 BB nichts zu tun hätten.

D. Die Rekursbeklagte hat auf Abweisung des Rekurses angetragen; —

in Erwägung:

Es steht fest, daß der Rekurrent nach der in Art. 59 BB enthaltenen Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes mit der Klage der Rekursbeklagten nicht in Zürich belangt werden konnte. Damit ist gesagt, daß der Einzelrichter in Zürich in Bezug auf den Beklagten keinerlei Jurisdiktionsgewalt hatte. Als Akt der Jurisdiktionsgewalt stellt sich aber nicht nur ein Entscheid in der Sache selber dar, sondern auch eine prozessualische Verfügung, die den Rekurrenten in seiner Rechtsstellung betrifft, wie die Auflage einer Ordnungsbusse und von Prozeßentschädigung. Verfügungen solcher Art eines nach Art. 59 BB unzuständigen, der Jurisdiktionsgewalt ermangelnden Richters müssen notwendigerweise gleichfalls gegen die verfassungsmäßige Gewährleistung des Domizilrichters verstoßen und können daher bundesrechtlich keinen Bestand haben. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß derjenige, der mit einer persönlichen Ansprache vor einem nach Art. 59 BB inkompetenten außerkantonalen Richter belangt wird, nicht verpflichtet ist, sich auf den Prozeß mit irgend welchen Vorkehrungen einzulassen, sondern ohne Rechtsnachteil (und ohne daß daraus

auf eine Anerkennung des Gerichtsstandes geschlossen werden dürfte) sich der Klage gegenüber gänzlich passiv verhalten darf (siehe US 3 S. 60; 12 S. 267; 22 S. 942; 25 I S. 422). Dann darf aber folgerichtig ein solches nach Art. 59 zulässiges Verhalten auch nicht gestützt auf das kantonale Prozeßrecht mit Buße und Prozeßentschädigung bestraft werden.

Die angefochtene Verfügung des Einzelrichters ist daher wegen Verletzung des Art. 59 BB aufzuheben und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie rein nach kantonalem Recht zulässig war; —

erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und die Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich für das ordentliche Verfahren vom 27. August 1907 aufgehoben.

### 9. Urteil vom 26. März 1908 in Sachen Sandigliano gegen Sennefeld (Gerichtspräsident I Bern).

*Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnortes durch Unterschreibung eines Bestellscheines, der eine Klausel betr. den Gerichtsstand enthält?*

Das Bundesgericht hat

da sich ergeben:

A. Die Rekurrentin betreibt einen kleinen Spezereiladen in Bully. Am 5. Mai 1907 wurde sie vom Rekursbeklagten, der in Bern mit Manufakturwaren und Uhren handelt, besucht, und sie kaufte ihm 18 Uhren im Gesamtbetrag von 222 Fr. ab. Das von ihr unterschriebene französische Bestellscheinformular enthält unter Ziff. 5 die Klausel: „Les contestations qui pourraient surgir entre „les deux parties seront portées de part et d'autre devant „l'instance du vendeur, sans qu'il soit tenu compte du domicile de l'acheteur.“ In der Folge beanstandete die Rekurrentin einen Teil der Uhren wegen schlechter Qualität, und sie erhob denn auch, als sie für den Kaufpreis betrieben wurde, Rechtsvorschlag. Am 7. Oktober 1907 belangte sie der Rekursbeklagte vor dem Gerichtspräsidenten Bern mit folgendem Rechtsbegehren:

„Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den mittelfst Zahlungsbefehl Nr. 17,547 vom 23./24. August 1907 geforderten aber widersprochenen Betrag von 222 Fr. nebst Zins zu 6 % und 2 % Provision seit 15. August 1907, 6 Fr. 80 Cts. Protestkosten und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen, unter Kostenfolge.“ Die Rekurrentin leistete der Vorladung auf den 29. Oktober 1907 keine Folge. An diesem Tage erkannte der Gerichtspräsident I Bern durch Versäumnisurteil: Dem Kläger sei sein Rechtsbegehren zugesprochen und es sei die Beklagte zu 80 Fr. Prozeßkosten verurteilt. In der Begründung des Urteils heißt es, daß die Rekurrentin den Gerichtsstand in Bern vertraglich anerkannt habe.

B. Gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten Bern hat Frau Sandigliano den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung ergriffen. Es wird ausgeführt, das Urteil verlege den Art. 59 BB. Ein Verzicht der Rekurrentin auf die Wohlthat dieser Verfassungsbestimmung könne im Bestellschein vom 5. Mai 1905 nicht erblickt werden, denn die fragliche Klausel sei unklar, und die Rekurrentin, die keine juristische Kenntnisse besitze und nur notdürftig französisch verstehe, habe, falls sie die Klausel überhaupt gelesen habe, sie unmöglich im Sinne eines Verzichts auf den Wohnsitzgerichtsstand verstehen können.

C. Der Rekursbeklagte hat auf Abweisung des Rekurses angetragen und diesen Antrag damit begründet, daß Ziff. 5 des von der Rekurrentin unterzeichneten Bestellscheins eine deutliche Vereinbarung des Gerichtsstandes in Bern für alle Streitigkeiten aus dem Kaufvertrag enthalte.

Der Gerichtspräsident I Bern hat auf Vernehmlassung verzichtet; —

#### in Erwägung:

Die Rekurrentin hat ihr festes Domizil in Bully; sie ist unbestrittenermaßen aufrechtstehend, und der Anspruch, für den sie vom Rekursbeklagten in Bern belangt und der diesem im angefochtenen Urteil des Gerichtspräsidenten I Bern zugesprochen wurde, ist ohne Frage persönlicher Natur. Die Rekurrentin kann sich daher dem Urteil gegenüber auf die in Art. 59 BB. enthaltene Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes berufen, falls sie nicht etwa

für die vorliegende Streitigkeit durch Vereinbarung des Gerichtsstandes in Bern darauf verzichtet hat. Mit der Annahme eines Verzichts auf die Wohlthat des verfassungsmäßig garantierten heimatischen Gerichtsstandes darf es jedoch nicht leicht genommen werden, und in der Klausel in Ziff. 5 des von der Rekurrentin unterzeichneten Bestellscheins kann hier nach den gesamten Umständen ein solcher Verzicht nicht erblickt werden. Einmal ist die Klausel nicht klar formuliert: Was unter «instance du vendeur» zu verstehen ist, ist nicht ohne weiteres deutlich, da instance nicht mit for oder juge oder tribunal identisch ist, und auch der Sinn des Abjages «sans qu'il soit tenu compte du domicile de l'acheteur» ist bei dessen merkwürdig abstrakter Ausdrucksweise nicht sofort und absolut einleuchtend. Ein juristisch gebildeter oder geschäftlich sehr gewandter Kontrahent wird allerdings in der Klausel unschwer eine Gerichtsstandsabrede finden; aber Personen ohne rechtliche Kenntnisse und größere geschäftliche Erfahrung — und gerade solche kommen als Käufer des Rekursbeklagten in Betracht — werden kaum in der Lage sein, ihre Bedeutung richtig zu erfassen, und sie werden dabei um so weniger an eine Prorogation denken, als bei den Rechtsgeschäften, um die es sich hier handelt, die Wahl eines Spezialforums sich keineswegs als im gewöhnlichen Verkehr üblich und durch besondere Gründe gerechtfertigt darstellt. Die Vermutung liegt denn auch nahe, daß die Bestimmung deshalb nicht deutlicher abgefaßt worden ist, damit die Käufer den Bestellschein unterschreiben, ohne sich über ihre Tragweite klar geworden zu sein. Nun ist die Klägerin eine kleine Spezialehändlerin, die unbestrittenermaßen keinerlei juristische Bildung und zweifellos auch keine besondere geschäftliche Gewandtheit besitzt und die französische Sprache nur in mangelhafter Weise beherrscht. Es ist ferner nicht behauptet, daß sie bei den Kaufunterhandlungen auf Sinn und Bedeutung der Ziff. 5 des Bestellscheins vom Rekursbeklagten irgendwie aufmerksam gemacht worden sei. Unter diesen Umständen läßt sich nicht annehmen, daß die Rekurrentin durch Unterzeichnung des Bestellscheins auf ihren Domizilgerichtsstand habe verzichten wollen, oder daß ihr auch nur hätte bewußt sein können und müssen, es stehe ein derartiger Verzicht in Frage und daß die Gegenpartei dieses Bewußtsein hätte

mit Grund als vorhanden betrachten können. Dann kann aber auch die Klausel in Ziff. 5 des Bestellscheins der Berufung der Rekurrentin auf Art. 59 BV nicht im Wege stehen. Das angefochtene Urteil ist daher wegen Verletzung dieser Verfassungsbestimmung aufzuheben (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 1907 in Sachen Thiévent\*, ferner NS 26 I S. 185, 442 Erw. 2, 32 I S. 647); —

erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und demgemäß der Entscheid des Gerichtspräsidenten I Bern vom 29. Oktober 1907 aufgehoben.

\* AS 33 I Nr. 117 S. 736 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

## V. Gesetzgebungsrecht

des Bundes betreffend das Obligationenrecht, etc.

Attributions législatives de la Confédération  
en matière de droit des obligations.

Vergl. Nr. 5 und 13.

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

## Bundesgesetze. — Lois fédérales.

### I. Persönliche Handlungsfähigkeit.

Capacité civile.

Vergl. Nr. 3.

### II. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

10. Urteil vom 30. Januar 1908

in Sachen Nestlé and Anglo-Swiss Condensed Milk Company  
gegen Protestantische Kirchgemeinde des Kantons Zug  
(Obergericht Zug).

Rückforderung bezahlter Steuern, gestützt auf Art. 86 SchKG. —  
Rekurs gegen Inkompetenzerklärung der Gerichte; Kompetenz des  
Bundesgerichts, Art. 189 Unterabsatz zu Abs. 2 (« Abs. 3 ») OG:  
Gerichtsstandsfrage. Art. 2 Uebergangsbestimmungen zur BV. —  
Art. 86 SchKG statuiert nicht die Zulässigkeit der Rückforderung  
öffentlichrechtlicher Forderungen auf dem Rechtswege.

A. Die Rekurrentin, die Nestlé and Anglo-Swiss Condensed  
Milk Company in Cham hatte für die Jahre 1904 und 1905  
am 4. Januar und 12. April 1906 infolge Betreibung und  
Rechtsöffnung der Rekursbeklagten, der Protestantischen Kirche