

als Zeuge einvernommen würde. Da dieser Angestellter des Rekursbeflagten ist, und er es ist, der den Rekurrenten zur Unterschrift des Bestellscheines veranlaßt hat, so könnte er nicht als ganz unbefangen gelten, und das Gericht könnte demgemäß doch nicht dessen Einzelzeugnis als beweiskräftig betrachten.

Somit sind die Behauptungen des Rekurrenten als erwiesen zu betrachten. Demgemäß ist also die Vereinbarung über den Gerichtsstand als unverbindlich zu erklären und der Rekurs gutzuheißen.

Demnach hat des Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demgemäß das Urteil des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 15. Juni 1910 aufgehoben.

97. Urteil vom 20. Oktober 1910 in Sachen Clarenbach gegen Erben Moser.

Keine Verletzung des Art. 59 BV durch Anbringung einer persönlichen Klage am Forum der Provokation, auch nachdem der Provokant seinen Wohnsitz in einen andern Kanton verlegt hat.

A. — Der Rekurrent stellte beim Gerichtspräsidenten von Luzern am 27. November 1909 gegen die Rekursbeflagten ein Provokationsgesuch, indem er beantragte, sie aufzufordern, binnen zwei Monaten ihre angeblichen Ansprüche aus Mietvertrag, deren sie sich gegenüber dem Rekurrenten berühmt hatten, einzuklagen, mit der Androhung, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die vermeintlichen Ansprüche als erloschen erklärt würden. Vorher hatte er beim Stadtammannamt Luzern 500 Fr. als streitigen Mietzins deponiert. Die Provokation wurde bewilligt und dem Rekursbeflagten zur Einreichung der Klage eine Frist angesetzt, die bis zum 1. März 1910 erstreckt wurde. Der Rekurrent hatte damals seinen Wohnsitz in Luzern, wo er ein Coiffeurgeschäft betrieb. Er verließ aber Luzern im Laufe des Monats Januar, indem er sich am 10. Januar 1910 beim Kontrollbureau in Luzern abmeldete und sich am 19. Januar in Korschach anmeldete. Dort betreibt er, wie

früher in Luzern, ein Coiffeurgeschäft. Auf Grund der Provokation reichten die Rekursbeflagten am 24. Februar 1910 beim Bezirksgerichte Luzern schriftlich ihre Klage auf Aufhebung eines Mietvertrages und auf Zahlung von 3000 Fr. nebst Zins gegen den Rekurrenten ein. Die Klagschrift wurde dem Rekurrenten am 27. Februar 1910 in Korschach zugestellt. Dieser erhob aber, ohne sich materiell auf die Klage einzulassen, die Einrede der Unzuständigkeit des Luzerner Gerichts, indem er darauf verwies, daß sein Wohnsitz seit dem Januar Korschach sei. Das Bezirksgericht Luzern erklärte sich aber durch Urteil vom 2. April 1910 für kompetent und verpflichtete den Rekurrenten zur Einlassung auf die Klage. Clarenbach rekurrierte gegen dieses Erkenntnis an das Obergericht des Kantons Luzern. Dieses wies durch Entscheid vom 28. Mai 1910 den Rekurs ab und verpflichtete den Rekurrenten zur Einreichung einer einläßlichen Rechtsantwort innert 20 Tagen. Der Entscheid wurde nach Feststellung der Tatsache, daß der Wohnsitz des Rekurrenten zur Zeit der Klageeinleitung Korschach war, folgendermaßen begründet: Die Erwirkung einer Provokation beim Präsidenten des zuständigen Gerichtes, das bei Einreichung der Klage wegen eines Domizilwechsels des Provokanten an sich nicht mehr zuständig sei, involviere einen Verzicht auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. eine freiwillige Unterwerfung unter die Jurisdiktion des betreffenden Bezirksgerichtes. Auf Grund des § 351 Abs. 1 des Luzerner ZMB sei die Provokation vom Präsidenten des für die Klage kompetenten Gerichts zu erlassen. Daraus folge, daß die Erwirkung einer Provokation als stillschweigende Erklärung darüber zu betrachten sei, daß der Anspruch des Provokanten durch das Bezirksgericht, dessen Präsident die Provokation erlassen habe, zu beurteilen sei. Dem stehe nicht entgegen, daß der vorliegende Provokationsfall nicht im § 56 ZMB enthalten sei, da die Anerkennung der Zuständigkeit eines Gerichtes auch durch Übereinkunft oder konkludente Handlung erfolgen könne.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Rekurrent rechtzeitig einen staatsrechtlichen Rekurs erhoben mit dem Antrage, den Entscheid aufzuheben und das Bezirksgericht Luzern für unzuständig zu erklären. Er begründet den Rekurs in erster Linie damit, daß der Entscheid gegen Art. 59 BV verstoße. Dabei verweist er darauf,

daß er sich schon einen Monat vor der Klageeinreichung in Norschach niedergelassen habe, daß er aufrechtstehend sei und es sich um eine persönliche Ansprache handle, und führt weiter aus, es liege keine Prorogation des Gerichtsstandes vor, er habe nie auf den verfassungsmässigen Gerichtsstand des Art. 59 verzichtet oder den Gerichtsstand in Luzern anerkannt, da für einen solchen Verzicht oder eine solche Anerkennung vor Erhebung der Klage nach bundesgerichtlicher Praxis eine ausdrückliche Erklärung nötig sei, eine solche aber nie erfolgt sei; zudem könne im Provokationsgesuche schon deshalb kein Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes liegen, weil er damals noch in Luzern gewohnt habe, das kantonale Prozeßverfahren aber nach bundesgerichtlicher Praxis keine Fiktion aufstellen könne, wonach in bestimmten Handlungen oder Unterlassungen eine Anerkennung des Gerichtsstandes und ein Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BW liege; übrigens kenne das Luzerner ZMW gar keine Prorogation auf Grund der Provokation, denn § 351 ZMW bestimme nicht, daß ein Prozeß, der auf Grund einer Provokation eingeleitet worden sei, von dem Gerichte zu behandeln sei, dessen Präsident die Provokation erlassen habe, sondern schreibe bloß vor, welche Gerichtsbehörde die Provokation zu erlassen habe; zudem sei dem erwähnten Präjudiz ein anderer Tatbestand zu Grunde gelegen. In zweiter Linie wird der Rekurs auf Art. 4 BW gestützt mit der Begründung, der angefochtene Entscheid enthalte eine willkürliche Interpretation des Luzerner ZMW, indem er Bestimmungen hineininterpretiere, die nicht darin enthalten seien.

C. — Das Obergericht des Kantons Luzern hat in seiner Vernehmlassung auf die Begründung des angefochtenen Entscheides verwiesen und Abweisung des Rekurses beantragt.

D. — Die Rekursbeklagten haben ebenfalls den Antrag auf Abweisung des Rekurses gestellt und dabei bestritten, daß der Rekurrent aufrechtstehend sei und daß er zur Zeit der Klageeinreichung in Norschach seinen Wohnsitz gehabt habe. Sie führen aus, es handle sich um einen dinglichen Anspruch, da der Rekurrent 500 Fr. beim Stadtmann deponiert habe; übrigens seien sie durch die Provokation gezwungen gewesen, am Orte, wo die Provokation erfolgt sei, zu klagen; der Standpunkt des Rekurrenten müsse zur Chikane führen, da danach ein Provokant das Domizil wechseln,

wieder provozieren, und wieder das Domizil wechseln könnte, ohne daß der Provokat ihn ins Recht fassen könnte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es ist mit dem Luzerner Obergericht anzunehmen, daß der Rekurrent zur Zeit der Einreichung der Klage der Rekursbeklagten, am 24. Februar 1910 seinen zivilrechtlichen Wohnsitz in Norschach gehabt habe, da er dort seit einem Monat niedergelassen war und ein Geschäft betrieb. Die Rekursbeklagten haben nichts anführen können, was trotz diesen Tatsachen das Vorhandensein des zivilrechtlichen Wohnsitzes ausschließen würde. Sodann ist der Rekurrent als aufrechtstehend zu betrachten, da die Vermutung hierfür spricht und die Rekursbeklagten das Gegenteil nicht bewiesen haben (Burckhardt, Kommentar z. BW S. 589). Endlich ist die Forderung, die die Rekursbeklagten geltend machen, eine persönliche Ansprache aus Mietvertrag. Daß der Rekurrent 500 Fr. beim Stadtmannamt Luzern deponiert hat, ändert hieran nichts, da er den Betrag den Rekursbeklagten nicht verpfänden wollte und der Betrag auch nicht an die Stelle von Retentionsobjekten trat (Burckhardt, Komm. 3, BW S. 611).

Somit könnte sich also Clarenbach mit Recht auf den Art. 59 BW berufen, wenn nicht aus einem zureichenden Grunde dessen Anwendbarkeit bei der gegebenen Rechtslage ausgeschlossen wäre.

2. — Das Verhältnis der Provokation wegen Verühmung zu Art. 59 ist bis jetzt dem Bundesgericht nur in Beziehung auf den Provokaten vorgelegen. Es ist mehrfach entschieden worden, daß es keine Verletzung des Art. 59 bedeutet, wenn der Provokant als zukünftiger Beklagter, dessen Gerichtsstand für den Hauptprozeß bei persönlichen Ansprüchen an seinem Wohnsitz ist, den außerhalb domizilierten Provokaten in den Gerichtsstand des Hauptprozesses zur Verhandlung über die Festsetzung der Klagefrist ladet (vergl. BGE 24 I, S. 656 und die dort zitierten Urteile. Im gleichen Sinne hat sich auch die Literatur ausgesprochen (vergl. ROUVIN, Part. 59 de la CF S. 139; Schöch, Art. 59 der Schweiz. BW 172; Burckhardt, Komm. z. BW S. 615). Als wesentlicher Grund wird in dem zitierten Entscheid angeführt:

„Mit der Provokationsklage wird nicht ein selbständiger persönlicher Anspruch privatrechtlicher Natur geltend gemacht, sondern es wird dadurch lediglich ein mit dem Hauptprozeß in Verbindung

stehendes Vorverfahren eingeleitet, das den Zweck hat, den Kläger im Hauptprozeß zur Anhebung seiner Klage innert bestimmter Frist zu veranlassen.“

Aus dieser Entscheidung kann für den gegenwärtigen Fall, der eine andere Rechtslage hat, nur soviel abgeleitet werden, daß das Provokationsverfahren, welches den Entscheid über die anzusetzende Provokation an den Gerichtsstand des zukünftigen Hauptprozesses, als an das Domizil des zukünftigen Beklagten verlegt, an sich nichts der BB zuwiderlaufendes enthält. Auf diesem Boden steht das luzernische Provokationsverfahren, welches in § 351 Abs. 1 bestimmt: Die Aufforderung (Provokation) ist durch den Gerichtspräsidenten desjenigen Gerichtes, welches über den Anspruch zu urteilen hat, zu erlassen.

3. — Im gemeinen Zivilprozeßverfahren war die Frage, ob die Provokation einen Gerichtsstand begründe, streitig. Während Schmidt (Handbuch des gem. deutschen Zivilprozesses III S. 49), und Bayer (Theorie der summ. Prozesse S. 130) auch nach erfolgter Provokation dem Provokaten die Wahl unter mehreren Gerichtsständen freilassen, hält Lindt (Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses S. 415 insbes. Num. 9) den Gerichtsstand der Provokation für den Hauptprozeß für maßgebend. Eine Mittelstellung nimmt Pland (Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 314) ein; Wegel in seiner abschließenden Darstellung des gemeinen Zivilprozesses spricht sich nicht über die Frage aus, bezeichnet aber die Provokationen (III. Aufl. S. 103) als „außerordentliche Formen der Einleitung des zu veranlassenden Hauptverfahrens“. Dieser Ansicht von Wegel über die Natur des Provokationsstreites hat sich auch das Bundesgericht in dem oben zitierten Entscheide angeschlossen, wenn es die Provokation als „ein mit dem Hauptprozeß in Verbindung stehendes Vorverfahren“ bezeichnet.

4. — Immerhin kann die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites nicht allein aus der Natur des Provokationsprozesses gefolgert werden, denn die gemeinrechtliche Doktrin geht von der Voraussetzung eines einheitlichen Rechtsgebietes aus, während man es hier mit zwei von verschiedenen Prozeßordnungen beherrschten Kantonen zu tun hat. Die bisherigen Erörterungen führen aber immerhin zu dem Ergebnis, daß jedenfalls keine willkürliche Entscheidung des luzernischen Obergerichtes vorliegt und deshalb eine

Verletzung des Art. 4 der BB nicht gegeben ist. Denn das mit einer einläßlichen Begründung verfehene Urteil des luzernischen Obergerichtes hat seiner Auslegung des kantonalen Zivilprozesses eine seiner bisherigen Praxis entsprechende, auch in der gemeinrechtlichen Doktrin vertretene Auffassung zu Grunde gelegt.

5. — Um zu einer Entscheidung aus Art. 59 BB zu gelangen, muß man sich gegenwärtig halten, daß diese Verfassungsbestimmung nicht eine eigentliche Gerichtsstandsnorm, sondern eine interkantonale Konfliktnorm ist, bestimmt, das Recht des Individuums auf freie Wahl seines Wohnsitzes in der ganzen Schweiz vor Übergriffen des Territorialsystems in den einzelnen Kantonen zu schützen. Für persönliche Ansprachen darf der aufrechtstehende Schuldner nur an seinem Wohnsitz gesucht werden, auch wenn ein kantonales Prozeßrecht gestatten würde, ihn andernwärts zu belangen. Da die Bestimmung also zum Schutze des Einzelnen aufgestellt ist, so kann der Einzelne auf die ihm durch die Verfassung gewährte Rechtswohltat verzichten. Dies ist vom Bundesgericht in konstanter Praxis anerkannt worden. Auch durch konkludente Handlungen kann verzichtet werden, wobei das Bundesgericht allerdings angenommen hat, daß diese konkludenten Handlungen (zum Beispiel Einlassung auf die Klage) nach Anbringung der Klage stattfinden müssen (vergl. den Abschnitt Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes bei Burckhardt, Komm. S. 618 ff. und BGE 33 I S. 90, 34 I S. 66 ff.). Immerhin hat das Bundesgericht in einem Fall ausgesprochen, daß eine Einrede aus Art. 59 unzulässig erscheine, wenn zwei Urteile in einem solchen Zusammenhange stehen, daß das erste als Vorbereitung des zweiten erscheint, der Beklagte aber im Verfahren, das dem ersten Urteile vorausging, das Gericht als zuständig anerkannt hatte. Es handelte sich um grundsätzliche Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches, der im zweiten Urteil ziffermäßig bestimmt wurde (BGE 31 I S. 397 ff.).

6. — Im gegenwärtigen Falle hat man es ebenfalls mit dem Verhältnis zweier Verfahren (Provokationsverfahren und Hauptprozeß) zu tun, von denen das eine als Vorbereitung des andern erscheint, mit der Besonderheit, daß das erste nicht vom Kläger, sondern vom Beklagten veranlaßt wurde. Er hat also die rechtliche Situation geschaffen, deren Konsequenzen er sich jetzt entziehen

will. Das erste Verfahren schloß mit der in der richterlichen Verfügung enthaltenen Auflage an den Kläger, seine Klage innert bestimmter Frist unter Folge des Verzichtes anzuheben. An der Hand des luzernischen Prozeßrechtes kann diese Auflage nur dahin verstanden werden, daß die Klage am damaligen Wohnsitze des Beklagten in Luzern anzubringen war. Der Beklagte hat damit in Ausübung der ihm durch das luzernische Prozeßrecht verliehenen Macht den Kläger gezwungen, seinen Anspruch binnen Frist, und zwar in Luzern, geltend zu machen. Die Verfügung des Richters war in durchaus unanfechtbarer Weise zu Stande gekommen. Es würde nun der guten Treue im Verkehr widersprechen, die auch für Prozeßrechtsverhältnisse maßgebend ist (vergl. BGE 30 I S. 91), wenn der vom Provokanten während der Provokationsfrist vorgenommene Wohnsitzwechsel die Wirkung haben sollte, die von ihm selbst geschaffene Rechtslage aufzuheben, durch welche der Hauptprozeß in Luzern vorbereitet und auf die Provokaten ein Zwang ausgeübt wurde, die Klage in Luzern auszuspielen.

Zu einer andern Ansicht könnte man nur gelangen, wenn man annehmen würde, durch den Wohnsitzwechsel seien die Wirkungen des Provokationsverfahrens überhaupt dahingefallen. Man darf jedoch kaum so weit gehen, denn an sich ist, wie oben nachgewiesen, der Provokationsprozeß kein den Normen der BW widerstrebendes Gebilde. Es kann deshalb der Beklagte nicht durch eine einseitige Handlung — Wechsel seines Wohnsitzes — eine von ihm selbst beantragte rechtsgültige richterliche Entscheidung aus der Welt schaffen. Ließe man aber, ohne die Wirkungen des Provokationsverfahrens aufzuheben, eine Einrede auf Grund des Wohnsitzwechsels und gestützt auf Art. 59 zu, so wäre es bei der Kürze der Provokationsfristen in die Hand des Beklagten gelegt — man denke an die Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland — dem Kläger die Ausübung des Klagrechtes außerordentlich zu erschweren.

Diese Erwägungen führen zur Abweisung des Rekurses, auch soweit er sich auf Art. 59 BW stützt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

98. Urteil vom 28. Dezember 1910 in Sachen Marc Ruchet u. Cie. gegen Ammann.

Rekurs wegen Verletzung von Art. 59 BV. Untersuchung, ob im konkreten Fall ein Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnortes vorlag. Anwendung des Art. 1 OR auf diese Frage.

A. — Die Rekurrenten bestellten feinerzeit beim Reisenden des Rekursbeklagten Waren. Dieser schrieb ihnen daraufhin am 4. Dezember 1909 u. a.: « Je prends note avec remerciements de la commande, tout en me référant à mes conditions ci-contre. » Auf der Rückseite dieses Briefes befinden sich unter der Aufschrift: « Conditions de livraison » eine Reihe von gedruckten Bestimmungen, so auch die folgende: « Les différends entre les parties contractantes sont jugés dans tous les cas à Langenthal. » In einer Postkarte vom 31. Januar 1910 zeigten die Rekurrenten dem Rekursbeklagten den Empfang seines Schreibens vom 4. Dezember an. In der Folge erhob dann der Rekursbeklagte auf Grund der erwähnten Bestellung vor dem Gerichtspräsidium von Narwangen Klage auf Zahlung von 61 Fr. nebst Zins gegen die Rekurrenten. Da diese zur Verhandlung nicht erschienen, so wurde die Klage durch Kontumazialurteil vom 16. September 1910 gutgeheißen. Das Urteil wurde den Rekurrenten am 22. September zugestellt.

B. — Diese haben hiegegen rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, jenes Urteil aufzuheben. Zur Begründung haben sie folgendes ausgeführt: Art. 59 BW sei verletzt. Es liege keine Vereinbarung vor, wonach sie auf die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes verzichtet hätten. Eine solche müßte, um gültig zu sein, ausdrücklich erfolgt sein; sie hätten aber nie ausdrücklich ihre Zustimmung zur Klausel gegeben, daß für Streitigkeiten aus dem mit dem Rekursbeklagten abgeschlossenen Vertrage der Gerichtsstand in Langenthal sein solle. Die Bestellung sei dem Reisenden ohne eine Vereinbarung über den Gerichtsstand gemacht worden. Eine solche habe daher nicht nachträglich einseitig vom Rekursbeklagten hinzugefügt werden