

## 2. Gerichtsstand der belegenen Sache. — For de la situation de la chose.

## 90. Entscheid vom 2. Oktober 1880 in Sachen Bär.

A. Am 7. Januar 1879 vertauschte der seither verstorbene Vater des als Dragoner eingetheilten, 1849 geborenen, Rekurrenten Gottlieb Bär das dem letztern gehörige Dienstpferd an den Rekursbeklagten Papierfabrikanten Johann Meyenberg in Baar, Kantons Zug, und zwar, wie letzterer behauptet, mit der Veredung, daß das Pferd dem Sohne Gottlieb Bär noch für den nächsten Militärdienst geliehen werden müsse. Im Monat März 1879 holte Rekurrent, welcher seinerseits behauptet, von dem durch seinen Vater abgeschlossenen Tauschhandel keine Kenntniß gehabt zu haben, sondern der Meinung gewesen zu sein, das Pferd sei dem Meyenberg bloß miethweise übergeben worden, dasselbe bei letzterm ab und stellte es demselben nach einigen Tagen, nach gemachtem Gebrauche, wieder zurück. Als er dagegen im Monat Juli 1879 das Pferd wiederum verlangte, verweigerte Meyenberg dessen Herausgabe, da er seiner Vertragspflicht bereits Genüge geleistet habe. Rekurrent wirkte hierauf am 13. Juli 1879 eine gerichtliche Verfügung des Inhaltes aus, daß Johann Meyenberg angewiesen wurde, ihm, laut Ueberkunft vom 9. Januar 1879, für den Kavalleriedienst, der am 14. Juli 1879 beginne, das vertauschte Pferd sofort zu verabsolgen. Dieser Verfügung gab der Rekursbeklagte, welcher ursprünglich Aufhebung derselben hatte auswirken wollen, erst Folge, nachdem Rekurrent, laut Zeugniß des Weibelamtes Baar vom 14. Juli 1879, bei letzterm „für verlangte Sicherung bis zur Rückstellung des Pferdes“ den zugestandenermaßen dem Werthe des Pferdes entsprechenden Betrag von 1150 Fr. „hinter Recht“ deponirt hatte und in die gerichtliche Verfügung der Zusatz „gegen Bürgschaft“ aufgenommen worden war.

B. Da Rekurrent das Pferd trotz einer an ihn ergangenen gerichtlichen Aufforderung nicht zurückstellte, brachte der Rekursbeklagte am 16. August 1879 ein sog. Provokationsgesuch beim Kantonsgerichtspräsidenten von Zug an, dahin lautend, Gottlieb

Bär in Riffersweil, Kantons Zürich, werde aufgefordert, das ihm am 15. Juli abhin zum momentanen Gebrauche in den Militärdienst geliehene Pferd dem Meyenberg innert bestimmter Frist zurückzustellen, widrigenfalls das Weibelamt Baar angewiesen würde, die bei ihm deponirte, dem Werthe des Pferdes äquivalente Faustpfandhinterlage von 1150 Fr. dem Meyenberg auszuhändigen, Alles unbeschadet der Meyenberg'schen Schadensersatzforderung. Gegen dieses Provokationsgesuch meldete Rekurrent beim Kantonsgerichtspräsidenten von Zug Bestreitung an, worauf hin Johann Meyenberg beim Kantonsgerichte Zug klagend auftrat, indem er beantragte: Provokat und Beklagter sei pflichtig, das Provokationsgesuch Klägers vom 16. August 1879 anzuerkennen und es sei daher die angebehrte Provokation gerichtlich zu bewilligen. Dagegen stellte Gottlieb Bär, unter Bestreitung des zugerischen Gerichtsstandes, den Antrag: Beklagter sei nicht schuldig, das klägerische Provokationsbegehren vom 16. August anzuerkennen, es sei daher die vom Kläger angebehrte Provokation zu verweigern unter Kostenfolge. Durch Entscheid vom 29. November 1879 erkannte das Kantonsgericht von Zug dahin: Es sei die Provokation gerichtlich bewilligt, welche Entscheidung vom Obergerichte in zweiter und vom Kassationsgerichte in dritter Instanz bestätigt wurde, wesentlich aus den Gründen, daß als eigentlicher Streitgegenstand, auf den sich die Provokation beziehe, das als Äquivalent für das Pferd hinterlegte Depostum erscheine, welches im Kanton Zug liege und sich im rechtlichen Besitze des Meyenberg befinde, so daß der Rechtsstreit sich als ein dinglicher qualifizire, für welchen das Gericht der gelegenen Sache kompetent sei.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff Gottlieb Bär den Rekurs an das Bundesgericht; er stellt den Antrag: Es sei in Anwendung des Art. 59 litt. a des Gesetzes über die Bundesrechtspflege das Urtheil des hiesigen Kassationsgerichtes vom 31. März 1880 (resp. das des Obergerichtes vom 26. Januar 1880 und jenes des Kantonsgerichtes vom 29. November 1879) in Sachen der Litiganten als aufgehoben zu erklären unter Kostenfolge. Zur Begründung wird angeführt: Er anerkenne den von seinem Vater über das Pferd abgeschlossenen Tauschhandel, der überdem

schon wegen der durch Art. 38 der Militärorganisation ausgesprochenen Unveräußerlichkeit des Pferdes ungültig sei, keinenfalls als gültig an. Erst als er im Juli 1879 das Pferd zum zweiten Male habe abholen wollen, habe er von diesem Vertrage Kenntniß erhalten. Die Deposition des Betrages von 1150 Fr., zu welcher er sich damals, um das Pferd herauszuerhalten, habe verstehen müssen, involvire keineswegs eine Anerkennung der fraglichen Veräußerung oder einen Verzicht auf den natürlichen Gerichtsstand. Vielmehr sei er der Meinung gewesen, daß Meyenberg, sofern er das Pferd wiederum zurückfordern oder auf das Depositum greifen wolle, zuerst im Kanton Zürich gegen ihn klagen müsse, bezw. daß vorher durch den Richter seines Wohnortes über die Frage entschieden werden müsse, ob er verbunden sei, den von seinem Vater abgeschlossenen Tauschvertrag anzuerkennen. Das entgegengesetzte, durch die zugerischen Gerichte gebilligte Verfahren sei ein durchaus unzulässiges. Vorerst sei zu bemerken, daß das zürcherische Gesetz über die Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 das Institut der Klageprovokation nicht kenne, sodann sei festzuhalten, daß auch nach der zugerischen Zivilprozessordnung (§§ 9 und 10) persönliche Klagen vor dem Richter des Wohnortes des Beklagten, dingliche oder Besitzklagen vor dem Richter der gelegenen Sache anzubringen seien. Nun sei im vorliegenden Falle das Pferd in erster Linie Streitobjekt. Dieses aber befinde sich zweifellos im Kanton Zürich in seinem Besitze. Von einem Verfallen des allerdings in Baar liegenden Depositums könne erst dann die Rede sein, wenn er durch seinen natürlichen Richter zur Rückgabe des Pferdes verurtheilt sei, es aber vorziehe, statt dessen auf das Depositum zu verzichten. Von einem Pfandrechte des Rekursbeklagten an dem Depositum könne keine Rede sein; durch dessen Hinterlage sei eine bloß eventuelle Sicherheit von vorsorglichem Charakter geschaffen, keineswegs dagegen ein Pfandrecht kreirt worden. Es handle sich also um eine rein persönliche Klage auf Rückgabe einer im Kanton Zürich befindlichen beweglichen Sache. Zu Beurtheilung dieser Klage sei aber einzig der Richter seines Wohnortes verfassungsmäßig zuständig.

D. Johann Meyenberg dagegen trägt in seiner Rekursbeant-

wortung auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er im Wesentlichen ausführt: Das Depositum sei als Sicherheit dafür gegeben worden, daß Bär das Pferd zurückgebe, bezw. von der zu seinen Gunsten erlassenen gerichtlichen Verfügung keinen Mißbrauch mache. Bär habe, als er im Monat Juli 1879 das Pferd herausverlangt und die gerichtliche Verfügung vom 13. Juli erwirkt habe, das Pferd nur zu momentanem Gebrauche im Militärdienste, gestützt auf den Vertrag vom 9. Januar 1879, verlangt und erhalten. Hätte er damals davon gesprochen, daß er den von seinem Vater abgeschlossenen Vertrag beanstanden wolle, so wäre ihm die gerichtliche Verfügung niemals ertheilt, sondern er auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen worden, wo er dann als Kläger am Wohnorte des Rekursbeklagten hätte auftreten müssen. An dem Depositum habe demgemäß Meyenberg ein wirkliches Pfandrecht, das einzig an die Bedingung geknüpft gewesen sei, daß Bär die gerichtliche Verfügung mißbrauche, erworben. Die Provokation habe sodann lediglich den Sinn gehabt, daß Bär, wenn er auf das Depositum für den Fall, daß er das Pferd nicht zurückgebe, noch irgendwelchen Anspruch zu haben glaube, provoziert werde, diesen gerichtlich geltend zu machen; sie habe sich also ausschließlich auf das Depositum, nicht auf das Pferd bezogen. In diesem Sinne haben sowohl die zugerischen Gerichte als auch der Rekursbeklagte die Provokation stets aufgefaßt, wie sich aus dem Gerichtsprotokolle ergebe. Die Frage, wem das Eigenthum an dem Pferde zustehe, bezw. ob Bär verhalten werden könne, letzteres zurückzugeben, sei der andern Frage, ob Rekursbeklagter für den Fall, daß das Pferd nicht zurückgestellt werde, Anspruch auf das Depositum habe, keineswegs präjudiziell; vielmehr entscheide sich letztere einfach danach, ob das Depositum einzig als Sicherheit für die Rückstellung des Pferdes oder in anderweitiger Absicht hinterlegt worden sei. Demnach handle es sich lediglich um Feststellung der Rechte der Parteien am Depositum, mithin nicht um eine persönliche, sondern um eine dingliche Klage, resp. um Provokation zu einer dinglichen Klage. Somit sei der zugerische Richter als Richter der gelegenen Sache allerdings kompetent.

E. Replicando bestreitet Rekurrent die Ausführungen der Re-

kursbeantwortung, ohne seinerseits etwas wesentlich Neues anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent begründet seine Beschwerde offenbar aus einem doppelten Gesichtspunkte: einmal scheint er davon auszugehen, daß, da die Befehgebung seines Niederlassungskantons, des Kantons Zürich, das Institut der Provokation zur Klage nicht kenne, die Anstellung einer Provokationsklage in einem andern Kanton überhaupt ihm gegenüber verfassungsmäßig unzulässig sei; im fernern sodann beschwert er sich darüber, daß vorliegend die Provokationsklage dazu dienen solle, ihn seinem verfassungsmäßigen Richter zu entziehen, bezw. ihn zu nöthigen, sich vor einem andern als dem nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung zuständigen Richter des Wohnortes in Bezug auf eine persönliche Ansprache einzulassen.

2. In ersterer Beziehung erscheint nun die Beschwerde von vornherein als unbegründet. Denn es ist nicht einzusehen, inwiefern die Provokation zur Klage an sich ein verfassungsgemäß gewährleistetes Recht des Rekurrenten verletzen sollte. Vielmehr kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß Rekurrent, sofern er in Bezug auf den Hauptprozeß der zugerischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, den Vorschriften der dortigen Zivilprozeßordnung auch in Bezug auf die Provokation zur Klage, welche lediglich als ein den Hauptprozeß vorbereitender, präparatorischer Akt erscheint, untersteht. (Vergl. Entsch. des Bundesgerichtes i. S. Michel I S. 223; i. S. Meyer-Sibler II S. 410.)

3. Was sodann den zweiten Beschwerdepunkt anbelangt, so muß zunächst davon ausgegangen werden, daß dem Provokationsgesuche des Rekursbeklagten diejenige Bedeutung zukommt, welche ihm vom Rekursbeklagten in seiner Refursbeantwortung beigelegt wird, d. h. die Bedeutung einer Aufforderung an den Provokaten und Rekurrenten, Ansprüche, die er für den Fall, daß er das Pferd nicht zurückstellen sollte, auf den von ihm hinterlegten Gelbbetrag noch zu haben vermeine, bei Strafe des Erlöschens dieser Ansprüche binnen gesetzter Frist gerichtlich geltend zu machen. Nach dem Wortlaute des fraglichen Provokationsgesuches könnte es zwar scheinen, daselbe bezwecke überhaupt

nicht eine Provokation zur Klage, sondern direkt die Einleitung einer und zwar in erster Linie auf Rückgabe des Pferdes und bloß eventuell auf die Geldhinterlage gerichteten Klage gegen den Rekurrenten als Beklagten. Allein sowohl die Bezeichnung des fraglichen Gesuches als Provokationsgesuch, als auch die Behandlung desselben durch die zugerischen Gerichte beweist, daß demselben wirklich die Bedeutung einer Provokation zur Klage im oben angegebenen Sinne zukommt.

4. Geht man aber hievon aus, so war der zugerische Richter als Richter des Orts der gelegenen Sache kompetent. Denn nach feststehender bundesrechtlicher Praxis ist zur Beurtheilung von Klagen, welche auf Anerkennung oder Realisirung behaupteter Pfandrechte gehen, sofern wenigstens nicht ein Pfandanpruch offenbar bloß zum Zwecke der Umgehung des verfassungsmäßigen Grundgesetzes, wonach für persönliche Klagen der Richter des Wohnortes des Beklagten zuständig ist, erhoben wird, der Richter des Ortes der gelegenen Sache kompetent und zwar auch dann, wenn nicht nur das Pfandrecht, sondern auch der angeblich pfandversicherte Anspruch bestritten wird. Nun behauptet vorliegend der Rekursbeklagte ein Pfandrecht an der vom Rekurrenten gemachten Geldhinterlage und es kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß diese Behauptung eine bloß zum Zwecke der Umgehung des verfassungsmäßigen Gerichtsstandes vorgeschobene sei. Wenn daher Rekursbeklagter, wie ihm offenbar freigestanden wäre, anstatt den Rekurrenten zur Klage zu provoziren, seinerseits mit einer Klage auf Anerkennung bezw. Realisirung dieses Pfandrechtes aufgetreten wäre, so wäre zu Beurtheilung dieser Klage zweifellos der zugerische Richter kompetent gewesen. Demgemäß muß aber der zugerische Richter offenbar auch als zuständig zu Beurtheilung der vom Rekursbeklagten angestregten Provokationsklage anerkannt werden. Denn letztere macht ja keineswegs einen anderweitigen selbständigen Anspruch geltend, sondern hat lediglich zum Zwecke die Geltendmachung des vom Rekursbeklagten behaupteten Pfandrechtes nur nicht auf dem Wege der Klage, sondern auf demjenigen der Einrede gegenüber einer allfälligen Klage des Rekurrenten einzuleiten. Demgemäß kann davon, daß im Wege der Provokationsklage ein persönlicher An-

spruch gegen den Rekurrenten vor einem verfassungsmäßig nicht zuständigen Richter habe geltend gemacht, bezw. er auf diesem Wege habe genöthigt werden wollen, in Bezug auf einen solchen Anspruch vor einem verfassungsmäßig nicht zuständigen Richter Recht zu nehmen, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Refurs wird als unbegründet abgewiesen.

3. Gerichtsstand der Widerklage. — For de l'action reconventionnelle.

91. Urtheil vom 8. Oktober 1880 in Sachen Bloch.

A. Gebrüder Bloch, Pferdehändler in Zürich, verkauften am 22. Januar 1880 dem Kaspar Jenny an der Ziegelbrücke, Kantons Glarus, zwei Pferde um den Kaufpreis von 4500 Fr., auf welchen bei der Uebergabe die Hälfte mit 2250 Fr. baar bezahlt wurde. Hinwiederum kauften die Gebrüder Bloch am 25. gl. M. von Jenny zwei andere Pferde um den Preis von 600 Fr., so daß dieser ihnen noch 1650 Fr. schuldig blieb. In Betreff des einen der gekauften Pferde erhob nun Jenny eine Reklamation wegen Mängel und zeigte, nachdem gepflogene Unterhandlungen zu keinem Resultate geführt hatten, am 10. Februar 1880 den Gebrüdern Bloch an, daß er das fragliche Pferd in Drittmannshände stelle und daß sie es gegen 600 Fr. und das Futtergeld beziehen können; auch stehe es ihnen frei, beide ihm verkauften Pferde gegen Bezahlung seiner Auslagen und des Kaufpreises der ihnen seinerseits verkauften Pferde zu beziehen. Im Fernern trat Jenny am 21. April 1880 vor dem Zivilgerichte in Glarus mit einem Provokationsbegehren gegen die Gebrüder Bloch auf, dahin gehend, es sei letztern ein gerichtlicher Termin zu stellen, innerhalb dessen sie allfällige ihnen aus dem Vertrage vom 22. Januar 1880 zustehende Forderungsrechte an ihn geltend zu machen haben, unter Androhung der

Rechtsfolge der Präklusion im Unterlassungsfalle. Gestützt auf §§ 95 und 96 1 c der glarnerischen Zivilprozeßordnung sprach das Gericht dieses Begehren zu und setzte den Gebrüdern Bloch demgemäß Frist zur Prozesseinleitung an.

B. Die Gebrüder Bloch leiteten, dieser Fristansetzung Folge gebend, den Rechtsstreit bei dem kompetenten glarnerischen Richter ein und stellten beim Vorstande vor Zivilgericht Glarus am 22. Mai 1880 die Rechtsfrage auf: Ist nicht zu erkennen, es sei der Beklagte pflichtig, den Klägern 1632 Fr. 50 Cts. sammt Zins vom 12. Februar d. J. zu bezahlen unter Kostenfolge? Dieser Klage gegenüber stellte nun Kaspar Jenny im erwähnten Termine vom 22. Mai 1880 eine Widerklage an, indem er seinerseits die Rechtsfrage aufwarf: Ist nicht unter Abweisung des klägerischen Begehrens gerichtlich zu erkennen, es seien Kläger pflichtig, entweder die beiden durch den Vertrag vom 28. Januar 1880 betroffenen Pferde zurückzunehmen und dem Beklagten den Betrag von 2867 Fr. 70 Cts. sammt Zinsen zu bezahlen, oder aber das vom Beklagten bei Jakob Berger an der Ziegelbrücke eingestellte Pferd allein zurückzunehmen und dem Beklagten den Betrag von 617 Fr. 70 Cts. sammt Zinsen zu bezahlen, sowie im einen oder andern Falle die Kosten für die Einstellung und Fütterung dieses letztbezeichneten Pferdes abzuheben unter Kostenfolge? Gegenüber dieser vom Beklagten angebrachten Widerklage wurde im Termine vom 22. Mai 1880, ausweislich des Sitzungsprotokolles, eine Kompetenzerrede nicht aufgeworfen, vielmehr wurde von beiden Parteien zur Hauptsache verhandelt, wobei die Kläger ein Gesuch um Terminverschiebung, um einen abwesenden Zeugen zur Stelle bringen zu können, anbrachten, welchem Gesuche vom Gerichte Folge gegeben wurde. In den spätern in der Streitsache abgehaltenen gerichtlichen Terminen vom 14. und 26. Juni 1880 hingegen protestirten die Kläger dagegen, daß auch die in der Gegenrechtsfrage des Beklagten enthaltene Streitfrage, für welche eine besondere Prozesseinleitung nothwendig sei, im angehobenen Prozesse zur Verhandlung gelange und verwahrten sich diesfalls alle Rechte. Das Zivilgericht von Glarus verwarf indeß durch Urtheil vom 26. Juni diese Einwendung, weil Kläger im Termin