

Demnach werde auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge angetragen.

E. Replikando bestreitet Rekurrent, daß seine Domizilverlegung nur eine fingirte sei und sucht darzulegen, daß in casu durch unrichtige Auslegung kantonalgesezlicher Bestimmungen Art. 59 der Bundesverfassung umgangen und Rekurrent seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden wolle.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da Rekurrent behauptet, die angefochtene Entscheidung verlege den Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung, so ist das Bundesgericht unzweifelhaft kompetent.

2. Es ist feststehender, vom Rekurrenten selbst übrigens nicht bestrittener, Grundsatz des Bundesrechtes, daß Art. 59 der Bundesverfassung den Schuldner nur bei dem Richter seines Wohnortes zur Zeit der Anhängigmachung der Klage resp. der Einleitung des Rechtsstreites schützt und daß also ein nach diesem Zeitpunkte eintretender Wohnsitzwechsel des Beklagten für die Kompetenz in dem eingeleiteten Prozesse unerheblich ist. Ebenso ist unbestreitbar und unbestritten, daß die Frage, durch welche Handlungen ein Prozeß einzuleiten sei und mit welchem Momente also der Gerichtsstand für denselben fixirt werde, nach dem Prozeßrechte desjenigen Kantons zu beurtheilen ist, in welchem der Prozeß geführt wird; die kantonale Gesetzgebung entscheidet demnach speziell auch darüber, ob hiefür die Anrufung eines Sühnebeamten resp. die Ladung vor denselben, oder erst die Einreichung der Klage bei Gericht oder die Mittheilung derselben an den Beklagten entscheidend sei.

3. Bestritten ist im vorliegenden Falle einzig, ob nach zürcherischem Prozeßrechte in der gedachten Richtung die Anrufung des Sühnebeamten oder aber die Einreichung der Weisung bei Gericht entscheidend sei. In dieser Beziehung nun muß, da es sich dabei ausschließlich um die Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes handelt, für das Bundesgericht die Entscheidung des kantonalen Richters maßgebend sein und es ist somit die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Es kann nämlich offenbar nicht gesagt werden, daß die angefochtene Entscheidung etwa durch willkürliche Auslegung des kantonalen Rechtes eine Um-

gehung des Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung bezwecke, in welchem Falle allerdings das Bundesgericht zum Einschreiten befugt wäre. Vielmehr kann, bei unbefangener Prüfung des Wortlautes der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, gar kein Zweifel darüber obwalten, daß die vom kantonalen Appellationsgerichte vertretene Auslegung des Gesetzes die richtige ist. Denn Art. 223 des kantonalen Gesetzes betreffend die Rechtspflege setzt ja ganz unzweideutig voraus, daß der Gerichtsstand durch die Anrufung des Sühnebeamten begründet werde und der von dem Rekurrenten angerufene § 317 leg. cit. steht hiemit keineswegs im Widerspruch; derselbe normirt vielmehr lediglich die Art und Weise der Anhängigmachung des Prozesses bei dem urtheilenden Gerichte, an welche sich dann die Litispandez mit den in § 318 ibidem aufgezählten speziellen Folgen, keineswegs dagegen die Begründung des Gerichtsstandes für die Vorlage knüpfen. Eine Antinomie scheint allerdings zwischen Art. 223 und 318 des Gesetzes rücksichtlich der Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage zu bestehen; allein hierauf kommt für den vorliegenden Fall nichts an.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

7. Urtheil vom 8. März 1884 in Sachen Kopp.

A. Albert Kopp, von Hitzkirch, Kantons Luzern, wohnte im Laufe des Jahres 1882 in Goshau, Kantons St. Gallen, wo er am 5. September 1882 die Niederlassungsbewilligung erhielt und den Beruf eines Musiklehrers ausübte; im November 1882 verließ er Goshau und kehrte nach seiner Heimathgemeinde Hitzkirch, Kantons Luzern, zurück, wo er sich vom 5. November 1882 an ununterbrochen aufhielt. Seine in Goshau deponirten Ausweisschriften zog er indes erst am 28. April 1883 zurück. Am 13. März 1883 erstattete Elise Fröhlich, in Mettendorf (Goshau),

bei deren Eltern Albert Kopp während seines Aufenthaltes in Gofau gewohnt und welcher er Musikunterricht erteilt hatte, beim Bezirksamte Gofau die Anzeige, daß sie im Oktober 1882 von dem Albert Kopp, nachdem sie sich die Ehe versprochen und auch schon ihre Verlobungskarten versandt haben, geschwängert worden sei. Albert Kopp, welcher über diese Anzeige durch Vermittlung des Gemeindeammanns von Hitzkirch am 15. März 1882 einvernommen wurde, bestritt deren Richtigkeit. Elise Fröhlich ließ hierauf den Albert Kopp auf 20. April 1883 vor das Vermittleramt Gofau zum Sühneversuch vorladen über die Rechtsbegehren, daß er als Vater des zu erwartenden Kindes gerichtlich erklärt und zu der gesetzlichen Wochenbettentschädigung an die Klägerin sowie zu einem Alimentsbeitrage für das zu erwartende Kind bis zum zurückgelegten fünfzehnten Altersjahre verurtheilt werde, unter Kostenfolge. Am Sühneversuchstermin, bei welchem der Beklagte sich durch einen Anwalt hatte vertreten lassen, bestritt letzterer die Klage unter Kostenwahrung und es wurde hierauf die Sache, da ein gütlicher Vergleich nicht zu Stande kam, mit Zeitschein vom 23. April 1883 an das Bezirksgericht Gofau gewiesen, bei welchem die Klage am 26. gleichen Monats eingeschrieben wurde. Da Albert Kopp trotz zweimaliger Ladung vor das Bezirksgericht Gofau nicht erschien, so wurde durch Kontumazialurtheil dieses Gerichts vom 22. Oktober 1883 der Klägerin ihr Rechtsbegehren zugesprochen und Albert Kopp in die Kosten sowie in eine Ordnungsbusse von 8 Fr. wegen unentschuldigtem Nichterscheins verurtheilt.

B. Nachdem dieses Urtheil dem Albert Kopp am 1. November 1883 in Hitzkirch zugestellt worden war, ergriff derselbe mit Beschwerdeschrift vom 28. Dezember 1883 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht; er stellte den Antrag: Es sei das vom Bezirksgericht Gofau unterm 22. Oktober 1883 gegen den Rekurrenten erlassene Kontumazialurtheil als null und nichtig zu erklären, und die Klägerin in die Rekurskosten zu verfallen, indem er ausführt: Die von der Elise Fröhlich gegen ihn angestrebte Vaterschafts- resp. Alimentsklage qualifizierte sich, nach einer Reihe bundesrechtlicher Entscheidungen,

als eine persönliche Forderungsklage; dieselbe müsse also gemäß Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung am Wohnorte des Beklagten angebracht werden. Nun habe er schon lange vor Einleitung des Prozesses durch die Klägerin Gofau verlassen und seinen festen Wohnsitz in Hitzkirch genommen, so daß das Bezirksgericht Gofau verfassungsmäßig zu Beurtheilung der Klage nicht kompetent gewesen sei.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht die Rekursbeklagte Elise Fröhlich unter Darstellung des Sachverhaltes in rechtlicher Beziehung im Wesentlichen geltend: Da Rekurrent seine Ausweispapiere in Gofau erst am 28. April 1883 zurückgezogen habe, so habe seine dortige Niederlassung bis dahin noch fortgedauert. Allerdings habe er Gofau schon einige Zeit früher verlassen; dabei habe er aber gegenüber der Rekursbeklagten, mit der er sich, unter Beobachtung der üblichen Ceremonien, des Ringwechsels und der Versendung der Verlobungskarten, verlobt gehabt habe, erklärt, daß er nur auf kurze Zeit seine Eltern in Hitzkirch besuchen wolle und nachher wieder zurückkehren werde. Die Thatsache nun, daß er bis zum 28. April 1883 seine Ausweispapiere in Gofau nicht zurückgezogen, beweise, daß er bis dahin sein rechtliches Domizil an diesem Orte, trotz einer vorübergehenden Abwesenheit in Hitzkirch, beibehalten habe und habe beibehalten wollen. Er habe also bis zum genannten Zeitpunkte in Gofau belangt werden können und müssen. Nun sei aber der Prozeß schon am 15. März 1883 durch die Zustellung der friedensrichterlichen Ladung an den Beklagten, gemäß dem st. gallischen Prozeßrecht, eingeleitet worden, also zu einer Zeit, wo für den Beklagten der Gerichtsstand in Gofau noch begründet gewesen sei. Durch einen spätern Wohnsitzwechsel des Beklagten habe dieser Gerichtsstand nach feststehender und auch im Bundesrechte anerkannter civilprozessualer Regel, nicht mehr aufgehoben werden können. Uebrigens habe Rekurrent den st. gallischen Gerichtsstand anerkannt, da er beim Vermittlungsvorstande eine Kompetenzeinrede nicht aufgeworfen, sondern sich auf die Sache selbst eingelassen habe. Demnach werde auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist nicht bestritten, daß Rekurrent aufrechtstehend ist und ebenso ist unbestritten und unbestreitbar, daß die gegen ihn von der Rekursbeklagten angestrengte Alimentationsklage sich als persönliche Klage qualifizirt. Der Rekurs erscheint daher gemäß Art. 59. Abs. 1 der Bundesverfassung als begründet, sofern Rekurrent zur Zeit der Einleitung des Prozesses seinen festen Wohnsitz in Hitzkirch, Kantons Luzern, hatte und sofern er nicht etwa den st. gallischen Gerichtsstand ausdrücklich oder stillschweigend freiwillig anerkannt hat.

2. Eine ausdrückliche Anerkennung des st. gallischen Gerichtsstandes nun ist nicht behauptet; ebensowenig aber liegt eine stillschweigende Anerkennung vor. Eine solche muß allerdings in der Regel darin gefunden werden, daß der Beklagte vor Gericht vorbehaltlos, d. h. ohne die Kompetenz des Gerichtes zu bestreiten, zur Hauptsache verhandelt. Allein dies ist in casu nicht geschehen, da der Beklagte ja vor dem Bezirksgerichte Gossau gar nicht erschienen ist und sich auch nicht hat vertreten lassen. Ob er resp. sein Vertreter bereits beim Sühneversuch vor dem Vermittleramte Einwendung gegen die Kompetenz der st. gallischen Gerichte erhoben hat oder nicht, ist gleichgültig; denn auch wenn er dies unterlassen haben sollte, was übrigens, da die Vorbringen der Parteien vor Vermittleramt nicht protokolliert worden sind und nach dem Gesetz (Art. 69 und 70 der st. gallischen Zivilprozeßordnung) nicht zu protokollieren waren, aus den Akten nicht zu ersehen ist, so läge doch hierin keine Anerkennung des st. gallischen Gerichtsstandes. Denn der Vermittler hatte ja lediglich als Sühnebeamter zu handeln und es kann daher in dem Erscheinen und vorbehaltlosen Verhandeln vor demselben, da es sich dabei einzig um einen Versöhnungsversuch und keineswegs um Geltendmachung der beidseitigen materiell-rechtlichen und prozessualen Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt, ein Verzicht auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand keinesfalls gefunden werden; demgemäß knüpft denn auch § 13 der st. gallischen Zivilprozeßordnung erst an die vorbehaltlose Einlassung vor Gericht die Wirkung einer Anerkennung des Gerichtsstandes.

3. Als Moment der Anhebung des Prozesses erscheint die Zustellung der vermittleramtlichen Ladung an den Beklagten, da mit dieser Zustellung nach st. gallischem Prozeßrechte (§ 12, leg. cit.) der Gerichtsstand fixirt wird. Es muß sich also fragen, ob in diesem Zeitpunkte (d. h. am 15. März 1883, nach der Behauptung der Rekursbeklagten, jedenfalls aber vor dem 23. April gleichen Jahres, dem Tage der Ausstellung des Leitscheines) Rekurrent noch in Gossau domicilirt war oder aber seinen dortigen Wohnsitz bereits, unter Erwerbung eines festen Domizils an seinem Heimathorte Hitzkirch, aufgegeben hatte. Nun ist Rekurrent, wie thatsächlich feststeht, bereits im November 1882 von Gossau weggezogen und hat sich nach seiner Heimathgemeinde Hitzkirch begeben, wo er sich von da an ununterbrochen aufhielt. Angesichts dieser Thatsache aber muß angenommen werden, Rekurrent habe zur Zeit der Anhebung des Prozesses sein Domizil bereits nach Hitzkirch verlegt gehabt. Denn zur Veränderung der Domizils ist lediglich die thatsächliche Ueberstedelung, verbunden mit dem Willen, statt des bisherigen Wohnortes den neuen zum bleibenden Aufenthalt zu wählen, erforderlich; wie zur Begründung des Domizils an einem Orte die bloße Deposition der Ausweisschriften ohne die entsprechende That nicht genügt, so ist auch der Umstand für sich allein, daß die Ausweisschriften nach der Abreise vom bisherigen Wohnorte an demselben belassen werden, keineswegs genügend, um das bisherige Domizil als fortdauernd erscheinen zu lassen. Wohl kann aus der Nichterhebung der Ausweisschriften am bisherigen Wohnorte unter Umständen gefolgert werden, daß es sich um eine bloß vorübergehende Abwesenheit handle und die Absicht bestehe, diesen Ort trotz momentaner Abwesenheit fortwährend als Mittelpunkt seiner Geschäfte zu betrachten; wenn dagegen aus den sonstigen Umständen sich die Absicht ergibt, den bisherigen Wohnort definitiv zu verlassen resp. nicht mehr dahin zurückzukehren, so wird durch das bloße Zurücklassen der Ausweisschriften, welches ja auf den verschiedensten Gründen, bloßer Nachlässigkeit und dergleichen beruhen kann, das frühere Domizil keineswegs festgehalten. Nun kann nach den Umständen des vorliegenden Falles gewiß kein Zweifel darüber obwalten, daß

Rekurrent zur Zeit der Anhebung des Prozesses die Absicht, nach Gossau zurückzukehren, jedenfalls längst aufgegeben und seinen festen Aufenthaltsort an seinem Heimorte in Hitzkirch genommen hatte; denn sollte auch anfänglich Rekurrent die Absicht wirklich gehegt haben, nach Gossau zurückzukehren und seine diesbezügliche, von der Rekursbeklagten behauptete, Versicherung sich nicht lediglich als lügenhafte Vorpiegelung qualifiziren, so geht doch aus seinem spätern Verhalten, insbesondere aus der Dauer seines Aufenthaltes in Hitzkirch, deutlich hervor, daß er diese Absicht bald aufgab und an eine Rückkehr nicht mehr dachte, so daß seine tatsächliche Entfernung aus Gossau nicht mehr nur als vorübergehende Abwesenheit zum Zwecke eines Besuches und dergleichen, sondern als definitive Aufgabe seines dortigen Domizils betrachtet werden muß. Demnach muß der Rekurs als begründet erklärt werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird somit das angefochtene Urtheil des Bezirksgerichtes Gossau vom 22. Oktober 1883 aufgehoben.

8. Arrêt du 29 Mars 1884 dans la cause Dummermuth.

Pour garantir MM. Cyprien Gendre et C^{ie}, banquiers à Fribourg, de toutes pertes ou dommages qui pourraient résulter pour eux d'un crédit de fr. 2500 qu'ils avaient ouvert à Ulrich Dummermuth, domicilié à Glockenthal près Thounne, ce dernier a stipulé en leur faveur, par acte du 5 Mai 1880, notarié Burgy, une gardance de dam, avec constitution d'hypothèque en second rang sur les articles 2739, 2740 et 2741 du cadastre de la commune de Fribourg, dont il était propriétaire.

Dans cet acte, Ulrich Dummermuth a déclaré faire élection de domicile au bureau du notaire stipulateur, J. Burgy à Fribourg.

A la suite de cette stipulation, Cyprien Gendre et C^{ie} ont effectivement versé à U. Dummermuth la somme de 2500 fr., objet du compte-courant.

Ulrich Dummermuth étant décédé au commencement de l'année 1883, Cyprien Gendre et C^{ie} ont, par citation-demande du 11 Juillet même année, fait assigner les hoirs d'Ulrich Dummermuth devant le Tribunal de la Sarine; à l'audience du 28 dit, ils ont conclu à ce qu'il soit dit et prononcé que les dits hoirs ont l'obligation de procéder au règlement des rapports de compte-courant ayant existé entre parties, et de se reconnaître débiteurs envers eux de la somme de 2740 fr. avec accessoires, — ce aux fins, à défaut par l'hoirie Dummermuth de s'exécuter volontairement, de poursuivre le remboursement de la susdite somme sur les immeubles affectés à la garantie du compte-courant.

L'hoirie défenderesse, sans contester son obligation de répondre devant le juge de la situation des immeubles à une demande d'investiture, a soulevé d'entrée de cause l'exception déclinatoire et conclu à ce que le juge fribourgeois se déclare incompetent pour statuer sur la réclamation, soit demande de paiement formulée par Cyprien Gendre et C^{ie}.

Par jugement du 28 Juillet, le Tribunal de la Sarine a écarté l'exception déclinatoire soulevée, et la Cour d'appel, par arrêt du 30 Octobre suivant, a confirmé la sentence des premiers juges.

C'est contre l'arrêt susvisé que l'hoirie Dummermuth a recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise l'annuler comme contraire à l'art. 59 de la constitution fédérale.

A l'appui de cette conclusion, l'hoirie recourante invoque les considérations suivantes :

Les créanciers voulaient réaliser leur hypothèque par voie d'investiture : les hoirs Dummermuth objectèrent qu'une gardance de dam n'est pas un titre de créance à l'égal d'une obligation hypothécaire.

A teneur de l'art. 2067 du code civil fribourgeois, la gardance de dam est créée en vue d'assurer l'exécution d'une