Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

105. Urteil vom 7. November 1913 in Sachen Konkursmasse Probst gegen Vallaster.

Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs bei Beschwerden wegen Rechtsverweigerung. — Aus § 258 Abs. 2 der luzernischen ZPO folgt nicht, dass dieses Erfordernis mit Bezug auf luzernische Urteile dahingefallen sei. OG Art. 178.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Josef Vallaster-Rütter in Luzern hat sich mit einer Einlage von 5000 Fr. an der im Jahre 1900 mit einem Stammaktienkapital von 120,000 Fr. gegründeten Eisenwerkzeuge- und Glashandlung Adolf Probst G. m. b. H. in St. Ludwig i/E. beteiligt. Die Gründung vollzog sich nach Maßgabe des deutschen Gesetzes vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Am 29. Juli 1901 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Zur Einbringung der ausstehenden Stammeinlagen belangte die Konkursmasse zuerst die Gesellschafter Albert Schilling und Anton Egli in Basel; oberinstanzlich wurden diese zur Zahlung von je 1728 M. 26 Pf. verurteilt. Auf die von den Unterlegenen eingereichte Berufung trat das Bundesgericht mit Urteil vom 5. März 1909 deshalb nicht ein, weil der Streit vom deutschen Recht beherrscht war. Einen zweiten ähnlichen Prozeß strengte die Konkursmasse Probst gegen den Rekursbeklagten Josef Vallaster-Rütter vor den Luzerner Gerichten an. Sie verlangte von ihm die Bezahlung von 8641 M. 34 Pf. = 10,801 Fr. als

seinem verhältnismäßigen Anteil an dem Stammeinlagenausfall (Posten Besserer, Freudiger, Albert Probst und Zwicki) und an den nicht einbringlichen Kollektivanteilen Durrer, Morath und Ad. Probst. Mit Urteil vom 22. November 1912 sprach die erste Instanz die Klage in einem Betrage von 5009 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 5 % vom 1. Mai 1905 zu. Die zweite Instanz hingegen wies die Klage gänzlich ab, indem sie im wesentlichen ausführte: Die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschafter Besserer und Albert Probst und die Nichteinbringlichkeit ihrer Posten sei nicht in rechtsgenüglicher Weise dargetan. Bei Freudiger habe die Konkursmasse einen Vergleich abgeschlossen ohne die Rückgriffsrechte der Gesellschafter in gehöriger Weise zu wahren, bei Zwicki auf Rechte verzichtet, die die Gesellschafter sich hätten abtreten lassen können, gegen den ausdrücklichen Willen des Beklagten Vallaster. Bei den Posten Durrer und Morath könne man mit Recht der Gesellschaft den Vorwurf der Säumnis in der Belangung der einzahlungspflichtigen Gesellschafter machen. Auf die Ansprüche gegen Adolf Probst sei nicht einzutreten, nachdem die Nichteinbringlichkeit der Stammeinlage Besserers zur Zeit noch nicht feststehe.

B. — Über dieses Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 16. Mai, zugestellt den 18. Juli 1913, beschwert sich rechtzeitig die Konkursmasse Adolf Probst beim Bundesgericht wegen Rechtsverweigerung, bezw. wegen Willkür. Sie führt aus: Die Annahme, daß Besserers Zahlungsunfähigkeit nicht nachgewiesen worden sei, sei aktenwidrig. Im Jahre 1909 habe Besserer einen Verlustschein ausgestellt: es gehe nicht an und sei willkürlich, diesen Verlustschein als Beweismittel einfach bei Seite zu schieben mit der bloßen Behauptung, es sei nichtsdestoweniger möglich, daß Besserer im Jahre 1911 wieder zu Vermögen gekommen sei. Ebenfalls müsse den dem Richter vorgelegten Akten entnommen werden, daß Freudiger insolvent gewesen sei, als er von der Konkursmasse belangt wurde. Damit habe aber die Rekurrentin ihrer Beweispflicht hinsichtlich dieser zwei Posten Genüge getan; es sei willkürlich, ihr ein Mehreres zuzumuten und namentlich von ihr zu verlangen, sie hätte die Zustimmung der Gesellschaft zum Vergleich mit Freudiger einholen müssen. Davon sei in keiner gesetzlichen Vorschrift, speziell nicht im § 24 des Reichsgesetzes vom 20. April 1892, die Rede. Ebenfalls sei die Annahme willkürlich,

weil in keiner Weise auf gesetzlicher Grundlage beruhend, daß die Konkursmasse Probst (Posten Zwicki) statt sich mit den Bürgen Zwickis zu vergleichen, ihre Rechte an die Gesellschafter hätte abtreten müssen. Aktenwidrig sei der Vorwurf der Säumnis in der Belangung der subsidiär haftenden Durrer und Morath, direkt gegen die aufgelegten Liquidationsakten verstoßend die Behauptung, daß aus den betreffenden Konkursen ein Mehrbetreffnis erhältlich gewesen wäre. Das obergerichtliche Urteil sei daher willkürlich; der Richter habe in Wahrheit nicht das Gesetz ausgelegt, sondern seinen Willen dem Gesetze substituiert und in diesem Sinne das Recht verweigert.

C. — In seiner Vernehmlassung schließt Josef Vallaster auf Nichteintreten, eventuell auf Abweisung des Rekurses. Man habe es tatsächlich mit einer verkappten Berufung, nicht mit einem staatsrechtlichen Rekurse zu tun. Als staatsrechtliche Beschwerde sei die Eingabe der Rekurrentin nicht hinreichend substantiiert, indem überall die präzise Behauptung und Aufstellung jener Punkte fehle, in denen Willkür geübt worden sein soll. Die Beschwerdeführerin hätte überdies die in §§ 261 ff. der alten ZPO und in §§ 258 ff. der neuen ZPO vorgesehene Kassationsbeschwerde dem staatsrechtlichen Verfahren vorangehen lassen müssen; sie habe den kantonalen Instanzenzug nicht erschöpft und es könne schon deswegen auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Dieselbe sei aber auch materiell unbegründet.

D. — Das Obergericht des Kantons Luzern trägt auf Abweisung der Beschwerde an. Unter Hinweis auf § 258 der gegenwärtig geltenden Zivilprozeßordnung äußert es die Ansicht, daß dem staaatsrechtlichen Rekurse eine Kassationsbeschwerde auf kantonalem Boden nicht mehr vorauszugehen habe. Dieser Auffassung schließt sich die Rekurrentin in ihrer Replik an.

E. — § 258 Abs. 2 der luzernischen ZPO vom 28. Januar 1913, in Kraft getreten den 1. Juli 1913, lautet wie folgt:

„Die Kassations- oder Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig gegen „die Urteile des Friedensrichters, des Gerichtspräsidenten und die „inappellabeln Urteile des Amtsgerichts, sowie gegen die Urteile „des Obergerichts selbst, soweit diese nicht durch Berufung oder „zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden „können und der staatsrechtliche Rekurs nicht ergriffen wird; —

in Erwägung:

1. — . . . . .

2. — Die von der Rekurrentin gegen das Urteil erhobenen Einwände lassen sich dahin zusammenfassen, es liege eine willkürliche Würdigung des Beweismaterials vor (bezüglich der Zahlungsunfähigkeit Besserers) und es habe der kantonale Richter in willkürlicher Weise Voraussetzungen für die Belangung der Gesellschafter m. b. H. aufgestellt, die sich aus den dem Klageanspruch zu Grunde liegenden Vorschriften des Reichsgesetzes vom 20. April 1892 nicht ergeben (Notwendigkeit der Zustimmung der Gesellschafter zu Vergleichen, der Anbietung der Rechte der Masse gegenüber den Bürgen von Zwicki an die Gesellschafter, Säumnis im Vorgehen gegen die subsidiär haftenden Gesellschafter usw.). Die Beschwerdepunkte fallen somit unter die Kassationsgründe, die im § 263 Ziff. 2 und 3 der alten und § 259 Ziff. 4 und 5 der neuen luzernischen ZPO vorgesehen sind: offenbarer Irrtum hinsichtlich entscheidender Tatsachen und Verstoß gegen den klaren, unzweideutigen Buchstaben des Gesetzes. Da der Rekurrentin somit hinsichtlich aller Beschwerdepunkte das kantonale Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde offen stand und sie davon nicht Gebrauch gemacht hat, so kann auf die staatsrechtliche Beschwerde, die eine Verletzung des Art. 4 BV geltend macht, wegen Nichterschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht eingetreten werden (Entscheide aus der neuesten Zeit: AS **35** I S. 114, **36** I S. 57).

3. — Die Rekurrentin wendet nun ein, nach § 258 der neuen ZPO sei die vorgängige Erhebung der Kassationsbeschwerde nicht notwendig. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall deswegen nicht überhaupt ausgeschlossen sei, weil das Verfahren bis und mit der Urteilsfällung sich vor den kantonalen Instanzen noch unter der Herrschaft der alten Zivilprozeßordnung abgespielt hat (s. § 1 und 2 SchlT der neuen ZPO). Jedenfalls folgt aus der Bestimmung des neuen Gesetzes nicht, daß der staatsrechtliche Rekurs gegen Urteile des Obergerichtes von Luzern nunmehr ohne vorgängige Ergreifung der Kassationsbeschwerde zulässig sei. Die Bedingungen und Voraussetzungen der Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde richten sich nach eidgenössischem Rechte; sie werden durch dieses und durch die bundesgerichtliche Praxis festgestellt. Das kantonale

Recht vermag darauf direkt nicht einzuwirken. Dagegen können diese Voraussetzungen indirekt dadurch beeinflußt werden, daß das kantonale Recht kantonale Rechtsmittel ausschaltet, deren Ergreifung bundesrechtlich als Bedingung der staatsrechtlichen Beschwerde gelten. Aber das Prozeßrecht des Kantons Luzern hat die Kassationsbeschwerde nicht abgeschafft. Die beiden obgenannten Kassationsgründe bestehen nach wie vor. Wenn die Rekurrentin die Bestimmung des § 258 Abs. 2 dahin deutet, daß die Kassationsbeschwerde unzulässig sei, wenn die Beschwerdeführerin die staatsrechtliche Beschwerde erheben wolle, so steht diese Auffassung im Gegensatz zum Wortlaut der Bestimmung. So ausgelegt, wäre übrigens die Vorschrift des § 258, Abs. 2, was den staatsrechtlichen Rekurs anbetrifft, praktisch kaum verwertbar, da sie die Zulässigkeit eines kantonalen Rechtsmittels, das innert zwanzig Tagen nach Zustellung des Urteils erhoben werden muß (§ 260 ZPO), von der vielleicht gar nicht vorhandenen, jedenfalls aber in den seltensten Fällen zum Ausdruck gelangten Absicht der Ergreifung des staatsrechtlichen Rekurses abhängig macht, zu dessen Erhebung eine sechzigtägige Frist offen steht. Vom Standpunkte des eidg. Rechtes und der konstanten Bundesgerichtspraxis, die in Fällen wie dem vorliegenden die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges verlangt, genügt es, daß auch nach Maßgabe der neuen Bestimmung die Rekurrentin die kantonale Kassationsbeschwerde binnen 20 Tagen nach Zustellung des Urteils ergreifen konnte. Wie sich die Sache verhalten würde, wenn die Kassationsbeschwerde ergriffen, aber vom Kassationsgericht als unzulässig erklärt worden wäre, ist in diesem Falle nicht zu untersuchen. Ebenso mag vorläufig dahingestellt bleiben, ob das kantonale Recht, wenn es ein kantonales Rechtsmittel vorsieht, neben dem ein bundesrechtliches Mittel ergriffen werden kann, überhaupt befugt sei, die Zulässigkeit des ersten von der Nichtergreifung des letzten bezw. vom Verzichte darauf abhängig zu machen; —

erkannt:

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

II. Erbrecht. — Des successions.

106. Urteil vom 28. November 1913 in Sachen Aargau gegen Bern.

Staatsrechtliche Streitigkeit zwischen Kantonen (Art. 175 Abs. 1 Ziffer 2 OG): Interkantonaler Konflikt betr. die **Kompetenz für die Massnahmen zur Sicherung des Erbgangs (Art. 551 ZGB).** *Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs? —* **Bestimmung des Wohnsitzes** *einer* **bevormundeten Person (Art. 25 und 377 ZGB);** *Bedeutung des «Wohnsitzwechsels.»*

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Am 1. September 1910 wurde über die gegen 70 Jahre alte ledige E. J., die im Jahre 1906 von einem Bruder ein Vermögen von mehr als einer Million geerbt hatte, an ihrem Wohnorte Wohlen (Aargau), wo sie auch heimatberechtigt war, auf Begehren ihrer Verwandten und des Gemeinderates Wohlen, welche sie als zufolge Geisteskrankheit zur Besorgung ihrer Angelegenheiten unfähig bezeichneten, das Bevormundungsverfahren eröffnet. Dieses führte dazu, daß die J. durch Urteil des Bezirksgerichts Bremgarten, vom 13. Mai 1911, das mit der obergerichtlichen Abweisung ihrer hiegegen ergriffenen Beschwerde am 22. September 1911 in Rechtskraft erwuchs, wegen postapoplektischer und seniler Demenz unter Vormundschaft gestellt wurde. Inzwischen, im November 1910, war die J., die in Wohlen ein eigenes Haus bewohnt hatte, von ihrer Pflegerin in eine für sie gemietete Wohnung nach Bern verbracht worden. Die aargauischen Behörden hatten ihr jedoch die Ausstellung eines Heimatscheines behufs dortiger Niederlassung verweigert, und das Bundesgericht erklärte ihren staatsrechtlichen Rekurs in dieser Angelegenheit, nachdem es den Ausgang des Bevormundungsverfahrens abgewartet hatte, durch Urteil vom 28. Dezember 1911 als gegenstandslos, weil die Rekurrentin als bevormundete Person nicht mehr selber über ihre Niederlassung disponieren könne.