

sa solvabilité n'étant pas contestés, le droit du recourant de s'opposer à l'action de nature personnelle, qui lui est intentée devant le Tribunal cantonal de Neuchâtel, dépend de la réponse donnée à la question de savoir si la clause de prorogation de for de l'art. 40 des statuts le lie et s'applique à la demande formée par l'actionnaire Albert Favarger.

C'est à tort que le recourant conteste que cette clause lui soit opposable parce qu'il n'est pas et n'a jamais été actionnaire de la Société d'appareils électriques Favarger, n'ayant fait que représenter au sein du conseil d'administration de cette société l'« Allgemeine Finanzgesellschaft ». En effet, à supposer même qu'il en soit ainsi, les règles de la bonne foi exigent que le recourant, ayant accepté et exercé les fonctions de membre du conseil d'administration qui, aux termes de l'art. 649 CO, ne peuvent être confiées qu'à un actionnaire, soit dès lors assimilé à l'un de ceux-ci et envisagé comme substitué de plein droit à tous les engagements prévus par les statuts de la société, y compris la prorogation de for. De même, il est évident que le fait que le recourant ne s'est pas conformé à l'obligation de déposer des actions, prévue par l'art. 658 CO, ne saurait le libérer de ses obligations statutaires.

3. — Le recourant prétend que le demandeur Albert Favarger n'ayant pas assigné tous les membres du conseil d'administration, c'est-à-dire le conseil d'administration en tant qu'organe de la société, ne peut, dès lors, se prévaloir de la clause de prorogation de for de l'art. 40 des statuts dans l'action de nature personnelle qu'il a introduite contre lui. Il oublie, toutefois, que cette prescription statutaire prévoit la juridiction des « tribunaux ordinaires du siège de la société » non seulement en ce qui concerne les contestations « au sujet des affaires sociales entre la société et ses organes, entre les organes eux-mêmes, entre la société ou ses organes et un ou plusieurs actionnaires », mais aussi en ce qui concerne les litiges « entre actionnaires comme tels ». Or, il n'est nullement nécessaire de donner

à ce texte une interprétation extensive pour admettre qu'il s'applique de toute évidence non seulement aux différends entre simples actionnaires, mais aussi, et à plus forte raison, aux contestations nées au sujet des affaires sociales entre un simple actionnaire, d'une part, et un actionnaire, membre du conseil d'administration, d'autre part. Il s'ensuit que le Tribunal cantonal a admis à juste titre que la clause de prorogation de for s'applique aussi à l'action au moyen de laquelle l'actionnaire Albert Favarger demande au recourant la réparation du préjudice qu'il aurait causé en sa qualité d'actionnaire, membre du conseil d'administration de la société.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours.

### III. VOLLZIEHUNG AUSSERKANTONALER ZIVILURTEILE

#### EXECUTION DE JUGEMENTS DE DROIT CIVIL RENDUS DANS UN AUTRE CANTON

##### 17. Urteil vom 21. März 1930 i. S. Müller gegen Bosshard.

Art. 178 OG. Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen Entscheid, der mit einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten worden ist, wenn die Kassationsinstanz diese Beschwerde wegen materieller Richtigkeit des Entscheides abweist, obwohl er an einem Nichtigkeitsgrund leidet (Erw. 1).  
Art. 61 BV. Begriff der regelrechten Ladung im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG: Diese muss auch der bundesrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs entsprechen. Zulässigkeit einer Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung (Erw. 2).

A. — Die Rekurrentin erhob im März 1928 vor dem Zivilgericht des Kantons Glarus gegen den Rekursbeklagten eine Vaterschaftsklage, womit sie Zahlung einer Entschädi-

gung von 2000 Fr. verlangte. Da sie geltend machte, der Rekursbeklagte sei zur Zeit nicht zu finden, und die Durchführung des Ediktalverfahrens beantragte, wurde dieser zur Hauptverhandlung durch öffentliche Bekanntmachung vorgeladen und zwar auf Grund des § 75 Abs. 1 der glarn. ZPO, der bestimmt: «Ist der Aufenthaltsort einer Partei unbekannt oder wird die Vorladung von der betreffenden ausländischen Behörde verweigert, so kann die Ediktalladung eintreten.» Der Rekursbeklagte erschien nicht an der Verhandlung. Das Zivilgericht hiess am 12. Mai 1928 die Klage gut und wies am 7. Dezember 1929 ein Begehren um Aufhebung dieses Urteils ab, indem es annahm, die Rekurrentin habe im März 1928 den Aufenthaltsort des Rekursbeklagten nicht gekannt. Die Rekurrentin leitete im August 1929 gegen den Rekursbeklagten für die ihr zugesprochene Forderung in Glattfelden die Betreibung ein und stellte, nachdem der Rekursbeklagte Rechtsvorschlag erhoben hatte, ein Rechtsöffnungsbegehren. Der Präsident des Bezirksgerichts von Bülach wies dieses am 27. September 1929 ab, indem er ausführte, der Beweis dafür, dass das Urteil des Zivilgerichts vollstreckbar sei, liege nicht vor.

B. — Gegen diesen Entscheid hat Elisabeth Müller am 15. Oktober 1929 die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, er sei aufzuheben und ihr die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Die Rekurrentin hat geltend gemacht, es gehe aus Art. 78 der glarn. ZPO klar hervor, dass das Urteil des Zivilgerichtes rechtskräftig sei, daher liege eine Rechtsverweigerung, sowie eine Verletzung der Garantie der Vollstreckung der rechtskräftigen Zivilurteile eines Kantons in den übrigen Kantonen vor.

C. — Schon vor der Einreichung der staatsrechtlichen Beschwerde hat Elisabeth Müller das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten beim Obergericht des Kantons Zürich mit einer Nichtigkeitsbeschwerde angefochten. Die II. Kammer des Obergerichtes nahm zwar an, dass der

Nichtigkeitsgrund der Verweigerung des rechtlichen Gehörs vorliege, weil der Bezirksgerichtspräsident an Hand der glarnerischen Zivilprozessordnung hätte prüfen sollen, ob das Urteil des Zivilgerichtes rechtskräftig sei. Doch beurteilte sie dann selbst, ob das Rechtsöffnungsgesuch begründet sei, und gelangte zur Verneinung dieser Frage, indem sie die Einrede des Rekursbeklagten, er sei nicht regelrecht zur Verhandlung vor dem Zivilgericht des Kantons Glarus vorgeladen worden, guthiess. Infolgedessen wies sie am 18. Februar 1930 die Nichtigkeitsbeschwerde ab. Sie bemerkte, dass nach der zürcherischen Gerichtspraxis eine solche Beschwerde abzuweisen sei, wenn der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leide, die Kassationsinstanz den Entscheid aber gleichwohl für richtig halte. Der Standpunkt, dass eine regelrechte Ladung vor das Zivilgericht des Kantons Glarus fehle, ist im obergerichtlichen Urteil wie folgt begründet: « . . . . Es ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 58 BG über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die öffentliche Ladung nur dann zulässig ist, wenn die schriftliche Ladung «aus irgend einem Grunde» dem Beteiligten nicht hat zugestellt werden können. Darnach kann die Zustellung einer schriftlichen Ladung nicht schon dann als unmöglich betrachtet werden, wenn der Aufenthaltsort des Vorzuladenden dem Gerichte tatsächlich unbekannt ist, was nach § 75 der glarnerischen Zivilprozessordnung zur Einleitung des Ediktalverfahrens zu genügen scheint, sondern erst, wenn auch bei Anwendung der dem Gerichte oder der Partei, welche die Vorladung veranlasst hat, zu Gebote stehenden Mittel der Aufenthaltsort nicht hat ausfindig gemacht werden können (vgl. auch BURCKHARDT, Kommentar zur BV S. 597). . . . . Es ist daher zu prüfen, ob das Zivilgericht Glarus bzw., da sich dieses mit einer Auflage an die Klägerin, den Aufenthaltsort des Beklagten zu bezeichnen, begnügen konnte, die Klägerin alles getan hat, was ihr unter den gegebenen

Verhältnissen zur Eruiierung des Aufenthaltsortes zuge-  
 mutet werden konnte. Nach den im Urteil vom 12. Mai  
 1928 angeführten Briefen hat der damalige Vertreter der  
 Klägerin, Rechtsanwalt Schlittler, noch am 23. September  
 1927 vom Beklagten eine Antwort erhalten. Der damalige  
 Aufenthaltsort des Beklagten muss also dem Vertreter  
 der Klägerin bekannt gewesen sein. Aus dem Schreiben  
 Schlittler's an die Amtsvormundschaft Pfäffikon vom  
 18. November 1927 geht hervor, dass damals bekannt war,  
 dass der Beklagte im Hotel Bahnhof in Zweidlen, das zu  
 Glattfelden gehört, logierte, und aus dem Briefe der  
 Klägerin vom 17. November, dass der Beklagte an die  
 Eltern der Klägerin geschrieben hatte. Die Korrespondenz  
 mit dem Amtsvormund, der veranlasst werden sollte,  
 auf den Beklagten einzuwirken, dass er die Klägerin  
 befriedige, beweist, dass die Klägerin und ihr Anwalt  
 annahmen, dass der Aufenthaltsort des Beklagten dem  
 Amtsvormund bekannt sei, denn sonst hätte sie keinen  
 Sinn gehabt. Unter diesen Umständen hätte es nahe  
 gelegen, einmal in Glattfelden Nachforschungen anzu-  
 stellen, sodann aber auch den Amtsvormund um die  
 Adresse des Beklagten anzugehen. Da der Beklagte  
 seinen Heimatschein in Glattfelden hinterlegt hatte,  
 hätten jedenfalls Nachfragen in Glattfelden Erfolg gehabt.  
 Nun fehlt aber jeder Beweis dafür, dass die Klägerin und  
 ihr Vertreter irgendwelche Schritte nach den beiden  
 erwähnten Richtungen hin unternommen haben. Die  
 Klägerin hat keine Abschriften von Briefen an den Amts-  
 vormund und an die Gemeinderatskanzlei Glattfelden, in  
 denen diese beiden Stellen um Angabe des Aufenthalts-  
 ortes des Beklagten ersucht worden wären, und auch  
 keine Antwortschreiben vorgelegt. Daraus darf unbedenk-  
 lich geschlossen werden, dass überhaupt nichts getan  
 worden ist. Unter diesen Umständen muss die öffentliche  
 Vorladung des Beklagten als unzulässig bezeichnet werden »

D. — Die Rekurrentin hat am 26. Februar dem Bundes-  
 gericht erklärt, dass sie die staatsrechtliche Beschwerde

aufrecht halte, und in einer Eingabe vom 1. März noch  
 ausgeführt: Die Annahme des Obergerichtes, dass eine  
 regelrechte Vorladung des Rekursbeklagten gefehlt habe,  
 sei unhaltbar. Die Frage der regelrechten Ladung müsse  
 ausschliesslich nach glarnerischem Prozessrecht beurteilt  
 werden. Dessen Vorschriften über die Ediktalladung seien  
 in keiner Weise verletzt worden. Es entspreche auch  
 nicht den Tatsachen, dass die Rekurrentin und ihr Ver-  
 treter zu wenig oder nichts getan hätten, um den Auf-  
 enthaltsort des Rekursbeklagten herauszufinden. Advokat  
 Schlittler habe mit dem Gesuch um Einleitung des Ediktal-  
 verfahrens zwei Aktenstücke vorgelegt, woraus hervor-  
 gegangen sei, dass man den Rekursbeklagten seit Ende  
 1927 brieflich nicht mehr habe erreichen können, weil er  
 immer wieder den Wohnort gewechselt habe. Diese  
 Aktenstücke seien zwar verloren gegangen; doch werde  
 Advokat Schlittler als Zeuge angerufen. Die Rekurrentin  
 verweise auch auf Briefe vom November 1928 und Januar  
 1929, woraus sich ergebe, dass sie den Rekursbeklagten  
 immer gesucht und erst am 11. Januar 1929 gefunden habe.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Das Obergericht hat in seinem Entscheid aus-  
 geführt, die Beschwerde der Rekurrentin sei, soweit das  
 Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes in Frage stehe,  
 begründet und es habe, weil die Kassation auf Grund des  
 § 344 Ziff. 6 ZPO erfolge und die Erledigung des Streit-  
 es ohne weitere umfangreiche Erhebungen möglich sei, in  
 der Sache selbst zu entscheiden. Hieraus wäre zu schlies-  
 sen, dass das Obergericht den Entscheid des Bezirks-  
 gerichtspräsidenten aufgehoben und an dessen Stelle durch  
 eigenen Entscheid die Rechtsöffnung verweigert habe.  
 Dann wäre die staatsrechtliche Beschwerde gegen den  
 Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten gegenstandslos  
 geworden und es fragte sich, ob eine den gesetzlichen  
 Anforderungen entsprechende staatsrechtliche Beschwerde  
 gegen den Entscheid des Obergerichtes vorliege. Da

aber dieses den Standpunkt einnahm, dass die Rechtsöffnung mangels einer regelrechten Ladung des Rekursbeklagten vor das Zivilgericht des Kantons Glarus zu verweigern sei, und deshalb im Dispositiv seines Urteils formell die Nichtigkeitsbeschwerde abwies, indem es sich für diese Erledigung auf die zürcherische Gerichtspraxis berief, blieb der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten formell bestehen; das Obergericht hat ihm nur eine andere Begründung gegeben. Somit ist auf die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten einzutreten und dabei die Frage zu beurteilen, ob dieser Entscheid mit der obergerichtlichen Begründung eine Verletzung des Art. 4 oder des Art. 61 BV bilde.

2. — Wie das Obergericht mit Recht hervorgehoben hat, ist der in Art. 81 Abs. 2 SchKG verwendete Begriff der regelrechten Ladung ein solcher des Bundesrechts. Kantonales Recht kommt dabei nur insoweit zur Geltung, als das Bundesrecht auf dieses abstellt. Eine Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung muss, um als regelrecht gelten zu können, in erster Linie nach dem kantonalen Prozessrecht des Gerichtsortes zulässig sein (BGE 11 S. 444). Das Zivilgericht des Kantons Glarus hat freilich angenommen, dass diese Voraussetzung im vorliegenden Fall vorhanden gewesen sei, weil die Rekurrentin den Aufenthaltsort des Rekursbeklagten im März 1928 nicht gekannt habe; doch dürfte diese Annahme wohl kaum zutreffen. Der Wortlaut des § 75 Abs. 1 der glarn. ZPO, wonach die Ediktalladung erfolgen darf, wenn der Aufenthaltsort einer Partei « unbekannt ist », stimmt insofern mit demjenigen des Art. 66 Abs. 4 SchKG überein, als auch diese Bestimmung die Ersetzung einer Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung zulässt, wenn der Wohnort des Schuldners « unbekannt ist » (vgl. auch den entsprechenden Wortlaut des § 203 DZPO). Nach Art. 66 Abs. 4 SchKG (wie auch nach § 203 DZPO) genügt aber für die öffentliche Bekanntmachung der blosse

Umstand, dass der Wohnort oder Aufenthaltsort desjenigen, dem eine Urkunde zugestellt werden sollte, der Gegenpartei (und dem Betreibungsamt oder dem Richter) tatsächlich unbekannt ist, nicht; sondern er muss ihnen im allgemeinen auch nicht erkennbar sein, d. h. es muss die weitere Voraussetzung dazu kommen, dass die Gegenpartei (wenn nicht das Betreibungsamt oder der Richter) alle zweckmässigen Mittel angewendet hat, um diesen Ort herauszufinden, oder dass solche Nachforschungen überhaupt aussichtslos sind (vgl. BGE 24 I S. 530; 27 I S. 267 f.; 29 I S. 569 f.; 36 I S. 784 ff.; JAEGER, Komm. z. SchKG Art. 66 N. 16 und 18; PETERSEN und ANGER, Zivilprozessordnung 4. Aufl. § 203 N. 2; STEIN-JONAS, Zivilprozessordnung 14. Aufl. § 203 Anm. I, 1).

Selbst wenn aber nach glarnerischem Zivilprozessrecht die Vorladung einer Partei durch öffentliche Bekanntmachung ohne weiteres zulässig sein sollte, sobald der Richter und die Gegenpartei ihren Aufenthaltsort nicht kennen, so folgte daraus noch nicht, dass die Anwendung dieser Vorladungsart im vorliegenden Fall regelrecht im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG gewesen sei. Vielmehr ist es klar, dass eine Ladung nur dann als regelrecht im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG gelten kann, wenn sie auch der bundesrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs entspricht (vgl. BGE 22 S. 913). Danach muss aber (was auch in Art. 58 BZP zum Ausdruck kommt) die — erfolglose — Vorladung einer Partei durch öffentliche Bekanntmachung im allgemeinen als ungenügend gelten, wenn diese ihr nicht zu Gesicht gekommen ist und ihr eine Vorladungsurkunde durch Abgabe in ihrer Wohnung oder am Ort der Berufsausübung übergeben werden konnte (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Meda gegen v. Känel vom 28. September 1928 S. 13 Erw. 4). Das Bundesgericht hat denn auch bereits festgestellt, dass eine Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung, sofern der Aufenthaltsort der Partei, die vorgeladen werden soll, sich in einem andern Kanton als

demjenigen des Gerichtsortes befindet und der Richter oder die Gegenpartei diesen Ort kennt, selbst dann nach Art. 81 Abs. 2 SchKG als mangelhaft gilt, wenn sie nach dem kantonalen Prozessrecht des Gerichtsortes zulässig ist (BGE 20 S. 294 ; 23 S. 62). Aber auch der Umstand, dass der Aufenthaltsort der vorzuladenden Partei der Gegenpartei und dem Richter unbekannt ist, genügt regelmässig noch nicht, damit eine Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung, von der nicht feststeht, dass sie der vorzuladenden Person zu Gesicht gekommen ist, der Garantie des rechtlichen Gehörs entspricht ; sondern es muss in der Regel noch dazu kommen, dass es dem Richter oder der Gegenpartei trotz aller zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen nicht gelungen ist, den Aufenthaltsort herauszufinden, oder dass solche Schritte offenbar nutzlos sind. Indem das Bundesrecht es für gewisse Zivilklagen zulässt, dass jemand vor einem andern Richter als demjenigen des Wohnsitzes belangt wird, und die Vollstreckbarkeit der Urteile über solche Klagen in der ganzen Schweiz vorsieht, geht es zweifellos davon aus, dass die Möglichkeit, jemanden, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ohne vorhergehende Ermittlung seines Wohnsitzes zu belangen, nicht dazu führen darf, diesem das rechtliche Gehör durch Zulassung von Ediktalladungen ohne die erforderlichen Nachforschungen nach seinem Aufenthaltsort zu versagen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts i. S. Meda gegen v. Känel vom 28. September 1928 S. 14).

Das Obergericht hat nun mit Recht angenommen, dass das Zivilgericht des Kantons Glarus oder die Rekurrentin es unterlassen habe, durch zweckmässiges Vorgehen den Aufenthaltsort des Rekursbeklagten zu ermitteln, und dass solche Nachforschungen sehr wohl zum Ziele hätten führen können. Die Rekurrentin hat nicht dargetan, dass sich aus dem Inhalt, den die von Advokat Schlittler dem Zivilgericht vorgelegten Aktenstücke nach ihrer Annahme hatten, das Gegenteil ergebe. Auch aus den Briefen vom

November 1928 und Januar 1929, die die Rekurrentin dem Bundesgericht vorlegt, geht nicht das Gegenteil hervor. Die Vorladung des Rekursbeklagten durch öffentliche Bekanntmachung war daher nicht regelrecht im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG ; die Rechtsöffnung ist somit vom Gerichtspräsidenten des Bezirkes Bülach mit Recht verweigert worden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Der Rekurs wird abgewiesen.

#### IV. GEWALTENTRENNUNG

#### SÉPARATION DES POUVOIRS

##### 18. Arrêt du 4 avril 1930 dans la cause Vienne contre Conseil d'Etat du canton de Fribourg.

*Séparation des pouvoirs.* Litige portant sur un droit de prise d'eau pour alimenter une usine.

Pour résoudre la question de l'empiétement de l'autorité administrative sur le domaine de l'autorité judiciaire, il faut rechercher la nature véritable du litige sans s'arrêter à la façon dont l'autorité administrative l'a envisagé.

On est en présence d'un différend de droit civil lorsque l'intéressé prétend être au bénéfice d'un droit privé prévu par la loi et dont l'existence est contestée par la partie adverse, qu'il invoque, par exemple, une servitude de droit privé pour s'opposer à la suppression de la prise d'eau.

A. — Le recourant est propriétaire de la scierie « aux Cuassières », à Granges (Fribourg). La force motrice est fournie par la Biordaz, ruisseau qui, tout près de la scierie, passe sous le Pont du Vuaz dans un canal souterrain. En 1900, tout le terrain situé en amont du pont constituait un marais. A l'endroit même du pont, le