

beratung erteilt worden sei, was natürlich für die Wertbeständigkeit des materiell gleichlautenden Schweizer Patentes von einer gewissen Bedeutung sein kann. »

Es bleibt also nur von dieser Erklärung Kenntnis zu nehmen. Darnach leiten die Kläger aus dem deutschen Patent keinerlei Ansprüche ab, weshalb seine Gültigkeit nicht einmal vorfrageweise zu prüfen ist; vielmehr wird lediglich auf die Tatsache der deutschen Patenterteilung hingewiesen, um dadurch die Gültigkeit des Schweizer Patentes zu erhärten.

Damit erweist sich die Aktenwidrigkeitsrüge der Beschwerdeführer, mit der sie die Übereinstimmung des Wortlautes der beiden Patente bestreiten, als bedeutungslos. Im übrigen hat die Vorinstanz die Übereinstimmung nicht selber festgestellt, sondern bloss die Angabe wiedergegeben, welche die Kläger darüber gemacht haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die beiden Beschwerden werden, soweit darauf eingetreten werden kann, abgewiesen.

40. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1940 i. S. Christen gegen Christen.

Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechts :

Anspruch der Parteien auf die zuständige erste Instanz, auch wenn nicht die Behörden eines andern Kantons, sondern lediglich eines andern Bezirks des nämlichen Kantons in Frage kommen. Die obere kantonale Instanz hat eine vor ihr aufrechterhaltene Unzuständigkeitseinrede auch im letztern Fall zu beachten; sie darf darüber nicht hinweggehen mit der Begründung, sie selbst sei nun auf alle Fälle als Rekursinstanz zur einlässlichen Behandlung zuständig. arg. Art. 87 Ziff. 3 OG.

Dispositions du droit fédéral sur le for :

Pour la première instance déjà, les parties ont droit au for garanti, même lorsque le juge compétent et le juge saisi appartiennent au même canton, bien qu'à deux districts différents de ce canton. Dans ce cas, le juge cantonal de dernière instance doit admettre le déclinatoire maintenu devant lui. Il ne peut se saisir de l'affaire par le motif qu'il est en tout cas compétent pour connaître au fond du recours porté devant lui.

Art. 87 ch. 3 OJ.

Disposizioni del diritto federale in materia di foro :

Già per la prima istanza le parti hanno diritto al foro garantito, anche se il giudice competente e il giudice adito appartengono allo stesso cantone, ma a due distretti diversi di questo cantone. In tale caso, il giudice di ultima istanza deve ammettere la declinatoria di foro mantenuta davanti a lui e non può non tenerne conto pel motivo ch'egli è, ad ogni modo, competente per esaminare il merito del ricorso.

Art. 87 cp. 3 OGF.

Aus dem Tatbestand :

Die in Huttwil, Amtsbezirk Trachselwald, wohnende Ehefrau reichte gegen den in einem andern bernischen Amtsbezirk wohnenden Ehemann Scheidungsklage ein. Dieser erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit und stellte eventuelle Anträge zur Sache. Beide kantonalen Instanzen verwarfen die Unzuständigkeitseinrede, sprachen die Scheidung aus und ordneten die Nebenfolgen. Mit der vorliegenden Berufung gegen das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 21. Juni 1940 beantragt der Beklagte: « I. Es sei das angefochtene Urteil als ungesetzlich aufzuheben, weil das erstinstanzliche Urteil von einem örtlich unzuständigen Gerichte ausging. II. ... »

Aus den Erwägungen :

Die Ehefrau konnte in Trachselwald klagen, wenn sie in diesem Bezirk einen selbständigen Wohnsitz erworben hatte (Art. 144 ZGB), d. h. wenn sie nicht nur, was feststeht, dort tatsächlich wohnte, sondern nach Massgabe von Art. 170^I ZGB zu getrenntem Wohnen berechtigt war (Art. 25^{II} ZGB; BGE 64 II 395). Der Appellationshof bejaht diese Voraussetzung. Er fügt bei, die Gerichtsstandseinrede sei übrigens gegenstandslos geworden, da auch bei Verneinung eines selbständigen Wohnsitzes der Ehefrau nur ein bernisches Amtsgericht als erste Instanz in Frage gekommen wäre, weshalb nun auf alle Fälle der Appellationshof zur einlässlichen Beurteilung in oberer Instanz zuständig sei. Das letztere Argument erweckt

Bedenken. Ist Gerichtsstandseinrede nicht erhoben oder jedenfalls nicht aufrechterhalten, so hat allerdings die ihrerseits als Rekursinstanz zu einlässlicher Beurteilung zuständige Oberbehörde von Bundesrechts wegen keine Veranlassung, das Urteil der ersten Instanz aufzuheben und den Kläger an ein anderes erstinstanzliches Gericht zu weisen (BGE 42 II 312 f., 60 II 4 f.), sofern sich eine Rückweisung nicht aus andern Gründen gebietet. Hat aber der Beklagte in erster Instanz die Unzuständigkeit eingewendet oder sich einfach nicht materiell auf die Klage eingelassen und die Einrede in oberer Instanz erneuert, so darf darüber nicht mit der erwähnten Begründung hinweggegangen werden. Art. 87 Ziff. 3 OG gibt die Anrufung des Bundesgerichts « wegen Verletzung von Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechts » auch dann, wenn nur streitig ist, welches von mehreren örtlich getrennten Gerichten des nämlichen Kantons zuständig sei; was darnach für die zivilrechtliche Beschwerde in den der Berufung nicht unterliegenden Fällen, gilt ebenso in den andern Fällen für das Berufungsverfahren (BGE 61 II 363). In dem soeben angeführten Entscheid wurde freilich offen gelassen, ob auf die Unzuständigkeit der ersten Instanz noch etwas ankomme, wenn die zentrale Oberinstanz des betreffenden einzig in Betracht kommenden Kantons einlässlich geurteilt hat. Doch ist dies zu bejahen, sofern eben die Oberbehörde nicht als einzige kantonale Instanz zu gelten hat. Die zivilrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 3 OG — und ebenso gegebenenfalls die Weiterziehung der nach eidgenössischem Recht zu beurteilenden Zuständigkeitsfrage mit Berufung — steht wie dem uneinlässlich zurückgewiesenen Kläger zur weitem Verfechtung des in Anspruch genommenen Gerichtsstandes so auch dem mit der Gerichtsstandseinrede abgewiesenen Beklagten zur weitem Verfechtung dieser Einrede zu. Die einlässliche Beurteilung in oberer Instanz macht das erstinstanzliche Verfahren nicht bedeutungslos, auch nicht in einem

Kanton mit frei ausgestaltetem Appellationsverfahren und uneingeschränkter Überprüfungsbefugnis der Appellationsinstanz. Pfl egt diese doch den Prozess nicht neu zu beginnen; ein Beklagter, der sich vor der mit Recht als unzuständig bezeichneten ersten Instanz nicht gehörig zur Sache verteidigte, hat somit nicht Gewähr, das Versäumte in oberer Instanz nachholen zu können; ganz abgesehen von der Frage, ob ihm zuzumuten sei, eine ordentlicherweise vor ein erstinstanzliches Gericht gehörende Prozessinstruktion statt dessen von Anfang an vor einer Oberinstanz vor sich gehen zu lassen, und ob nicht die Behandlung der Sache durch die zwei vorgesehenen Instanzen vermehrte Sicherheit für richtige Entscheidung bietet, zumal wo örtliche Verhältnisse und Anschauungen eine besondere Rolle spielen mögen. Jedenfalls kann dem Beklagten der Anspruch auf die zuständigen zwei Instanzen nicht durch Hinweis auf die Zuständigkeit der obern Instanz verkümmert werden, wenn er an dem Anspruch festhalten zu sollen glaubt. Ist die Unzuständigkeitseinrede aufrechterhalten und begründet, so muss ihr demnach entsprochen werden. Nur so wird der Anspruch auf die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, wo eben zwei kantonale Instanzen bestehen, gewahrt.

Dem Appellationshof ist nun aber darin beizupflichten, dass die Klägerin gemäss Art. 170¹ ZGB zum Getrenntleben berechtigt war und daher die Scheidungsklage in dem Bezirk einreichen konnte, wo sie schon seit einem Jahr wohnte. Insoweit halten die Erwägungen des kantonalen Urteils der Überprüfung in jeder Hinsicht stand. Die Gerichtsstandseinrede war demnach zwar nicht gegenstandslos geworden, aber unbegründet.

Vgl. auch Nr. 44. — Voir aussi n° 44.
