

schen Patentrecht, im welchem allerdings dem Patentanspruch eine geringere Bedeutung beigemessen und das entscheidende Gewicht auf den Stand der Technik gelegt wird: KRAUSSE, Kommentar zum PatG, S. 112, lit. c; PIETZCKER, Anm. 33 zu § 4 PatG, Entscheid des Reichsgerichts in GRUR 42 S. 349 ff.).

d) Danach ist im vorliegenden Falle massgebend, ob dem Fachmann — und zwar wird auch in diesem Zusammenhang, wie bei der Frage der Erfindungshöhe, auf das Wissen und Können des gut ausgebildeten Fachmannes abzustellen sein — durch die beiden zur Behandlung stehenden Patente geoffenbart wurde, dass den Luftöffnungen auch Kühlfunktionen zukommen. Die Vorinstanz hat sich mit dieser Frage nicht befasst. Sie erklärt lediglich, die Erkenntnis der Kühlfunktion des zu andern Zwecken angebrachten Luftschlitzes stelle nicht eine Erfindung, sondern eine Entdeckung dar. Damit gibt die Vorinstanz zu erkennen, dass nach ihrer Ansicht aus diesem Grunde die Kühlfunktion nicht unter den Schutzbereich des Patentbesitzes der Kläger falle. Allein diese Betrachtungsweise ist dann unzutreffend, wenn dem Fachmann die Kühlwirkung durch das klägerische Patent im oben umschriebenen Sinne geoffenbart wurde. Ob dies der Fall sei, ist eine vom Sachverständigen zu beantwortende Frage, die vom Bundesgericht nicht entschieden werden kann. Die Sache ist daher zur Abklärung dieses Punktes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

VIII. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

POURSUIITE ET FAILLITE

Vgl. Nr. 61 und III. Teil Nr. 41.
Voir n° 61 et III^e partie n° 41.

I. PERSONENRECHT

DROIT DES PERSONNES

Vgl. Nr. 70. — Voir n° 70.

II. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

68. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1938 i. S. Fricker gegen Fricker.

1. Die Befugnis der Ehefrau zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes (Art. 25 Abs. 2 ZGB) hängt, entsprechend der Rechtsprechung der staatsrechtlichen Abteilung, nur vom Recht ab, nach Art. 170 Abs. 1 oder 2 ZGB den gemeinsamen Haushalt aufzuheben. Eine richterliche Bewilligung ist dazu nicht erforderlich (Erw. 2, a).
2. Die Niederlassung an einem andern Ort zu dem einzigen Zwecke, dort den Scheidungsprozess anzuhängen, schafft keinen gültigen Wohnsitz und Gerichtsstand (Erw. 2, b).
3. Vor dem Scheidungsprozess getroffene Massnahmen nach Art. 169 ff. ZGB bleiben auch nach Anhebung des Prozesses in Kraft, bis der Scheidungsrichter sie allenfalls ändert oder aufhebt (Erw. 1).

Die Klägerin zog im April 1938 von Zürich, wo sie mit ihrem Ehemanne wohnte, nach Rorschach (Goldach) zu ihrer erkrankten Mutter. Nach einigen Wochen fasste sie den Entschluss, nicht mehr zum Manne zurückzukehren. Sie beschuldigte ihn auf Grund eines Detektivberichtes unerlaubter Beziehungen und liess ihm durch einen Anwalt die Absicht, auf Scheidung zu klagen, kundgeben. Noch

im Mai 1938 meldete sie sich in Rorschach bei der Wohnsitzkontrolle an. Es folgte ein Briefwechsel der Anwälte über die bei einer Scheidung zu treffende Auseinandersetzung. Am 14. Juli 1938 brachte die Klägerin das Scheidungsbegehren vor Vermittleramt Rorschach, und nach Erhalt der Vorladung zum Aussöhnungsversuch, der am 22. Juli erfolglos stattfand, suchte sie beim dortigen Bezirksgerichtspräsidium vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB nach: Gestattung des Getrenntlebens, Zuweisung des Kindes an sie und Verpflichtung des Ehemannes zu Unterhaltsbeiträgen.

Der Mann widersetzte sich dem Gesuch und bestritt in erster Linie die örtliche Zuständigkeit des Richters von Rorschach. Dieser verwarf jedoch die Einrede und entsprach dem Gesuch der Frau mit Verfügung vom 9. August 1938.

Mit der vorliegenden zivilrechtlichen Beschwerde beantragt der Ehemann beim Bundesgericht Aufhebung dieser Verfügung mangels Zuständigkeit der st. gallischen Gerichte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der mit einer Scheidungsklage befasste Richter ist als solcher zuständig zu vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB. Bestehen Zweifel über seine örtliche Zuständigkeit zur Behandlung der Scheidungsklage selbst, so wird er darauf bedacht sein, der Gestaltung der Verhältnisse nicht mit Massnahmen vorzugreifen, die nicht als dringlich erscheinen. Unter Umständen kann mit der Beurteilung des Gesuches zugewartet und vorerst über die Zuständigkeit für den Hauptprozess geurteilt werden, bei deren Ablehnung sich das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gleichfalls erledigt. So kann namentlich verfahren werden, wenn bereits vor der Prozessanhebung, gemäss Art. 169 ff. ZGB, eine gerichtliche Verfügung erwirkt wurde, die den dringenden Bedürfnissen der Familie genügt. Wie das Bundesgericht schon auszusprechen Gelegenheit hatte,

bleibt eine solche Verfügung auch nach Anhebung des Scheidungsprozesses in Kraft, bis sie vom Scheidungsrichter aufgehoben oder geändert wird. Hier ist indessen nicht in solcher Weise vorgesorgt und auch nicht dargetan, dass die angebehrten Massnahmen nicht dringlich wären.

2. — Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu solchen Massnahmen ist gegeben, sobald bei ihm die Scheidungsklage nach dem kantonalen Prozessrecht hängig geworden ist (BGE 64 II 175). Ein Gesuch nach Art. 145 ZGB kann aber als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn die, obwohl noch nicht (rechtskräftig) beurteilte, Zuständigkeit für den Hauptprozess offenkundig fehlt (BGE 53 I 57, 54 I 115). Aus diesem Gesichtspunkt erscheint hier die Einrede des Ehemannes begründet, so dass offen bleiben kann, ob die Hängigkeit der Scheidungsklage mit dem Vermittlungsverfahren bereits eingetreten war.

a) Als erste Voraussetzung eines selbständigen Wohnsitzes und Scheidungsgerichtsstandes der Ehefrau (Art. 144 ZGB) hat nach Art. 25 Abs. 2 ZGB zu gelten, dass sie «berechtigt ist, getrennt zu leben». Das trifft nicht nur bei gerichtlicher Trennung der Ehe (Art. 146 ff. ZGB) zu, sondern auch bei blosser Berechtigung, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben, nach Massgabe von Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB. Es ist umstritten, ob eine solche Berechtigung ohne weiteres beim Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes gegeben sei, oder ob es einer gerichtlichen Feststellung und Ermächtigung bedürfe. Die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes hat die Frage im ersteren Sinne entschieden (BGE 47 I 425, 54 I 115). Die zweite Zivilabteilung sieht keine Notwendigkeit, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Allerdings lässt sich die erwähnte Auslegung nicht mit Sicherheit auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes stützen (wie DU PASQUIER, im Journal des Tribunaux 1913, droit fédéral 290 ff., und GUIBAN, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht 1930 S. 338 Anm. 29, zutreffend bemerken). Sie hat aber den Gesetzestext selbst für sich, der vor allem massgebend sein muss:

vorab den deutschen, aber auch den französischen Text. Art. 170 ZGB steht unter den Bestimmungen über den « Schutz der Gemeinschaft » (Art. 169-176), die in erster Linie richterliche Hülfe vorsehen (Art. 169), jedoch (auch abgesehen von den Art. 173 ff.) nicht ausschliesslich. Gerade Art. 170 spricht in den Abs. 1 und 2 nicht von richterlicher Ermächtigung, sondern erklärt einen Ehegatten beim Vorliegen bestimmter Verhältnisse kurzerhand « berechtigt, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben »; ebenso der französische Text: « Un époux peut avoir une demeure séparée... » und « Chacun des époux a le droit ... de cesser la vie commune... ». Demgemäss ist auch der weniger klar gefasste Text von Art. 25 Abs. 2 (« La femme... qui est autorisée à vivre séparée ») im Sinne des deutschen Textes zu verstehen. Der italienische Text hat dagegen in Art. 170 Abs. 1 wohl eine richterliche Ermächtigung im Auge (« ... può essere autorizzato ... »). Damit ist aber nicht gesagt, eine Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes sei nur mit solcher Ermächtigung statthaft. Die Anrufung des Richters ist ja den Eheleuten anheimgestellt, nicht vorgeschrieben, noch kennt das Gesetz ein Einschreiten der Behörden von Amtes wegen, um den Eheleuten eine Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ohne richterliche Bewilligung zu verwehren. Jedenfalls könnte der Auffassung, zu berechtigtem Getrenntleben bedürfe es einer richterlichen Bewilligung, angesichts des deutschen und des französischen Textes nur gefolgt werden, wenn sie aus sachlichen Gründen als unabweislich erschiene.

Das ist nicht der Fall. Einen Ehegatten bei Gefährdung seiner Gesundheit, seines guten Rufes oder seines wirtschaftlichen Auskommens, sowie nach Einreichung einer Scheidungsklage auch ohne richterliche Ermächtigung für berechtigt zu erklären, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben, ist keineswegs so seltsam, dass diese Ordnung dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen könnte. Die Ehegatten (namentlich die Ehefrau) mögen ein Interesse haben, ihre Berechtigung durch richterliche Verfügung

klarstellen zu lassen. Diesem Interesse ist aber dadurch genügt, dass sie den Richter anrufen können, wenn und sobald es ihnen beliebt. Art. 170 ZGB lässt sich auch nicht zu Gunsten anderer Personen in anderm Sinne auslegen. Die Bestimmung ist nur für die Eheleute, zum Schutz der Ehe, aufgestellt und zieht Drittinteressen nicht in Betracht. Übrigens geht das Interesse Dritter, die eine getrennt lebende Ehefrau etwa mit Klage oder Betreibung belangen wollen, in der Regel nicht dahin, ihr keinen selbständigen Wohnsitz zuzuerkennen, solange sie gegenüber dem Manne nicht den Richter angerufen hat. Auch für Dritte handelt es sich vornehmlich um die Abklärung der Rechtslage. Sollte nicht möglich sein, darüber in ihrem Verfahren gegen die Ehefrau einen Vorfrageentscheid zu erhalten, so bleibt doch die nachträgliche Austragung der Frage zwischen den Eheleuten selbst vorbehalten.

In diesem Falle wie überhaupt kann die Ehefrau den behaupteten selbständigen Wohnsitz als Gerichtsstand gerade auch für das in Frage stehende Gesuch in Anspruch nehmen (BGE 54 I 245). Missbräuchen ist dadurch vorgebeugt, dass der Richter dann eben zu prüfen hat, ob die Gesuchstellerin zum Getrenntleben berechtigt sei und wirklich einen selbständigen Wohnsitz begründet habe.

Nicht haltbar ist endlich die Ansicht, berechtigtes Getrenntleben einer Ehefrau sei zwar nicht von richterlicher Bewilligung abhängig, wohl aber die Berechtigung zu selbständiger Wohnsitzbegründung. Art. 25 Abs. 2 ZGB knüpft an die Berechtigung zum Getrenntleben ohne weiteres die Berechtigung zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes.

b) Konnte demnach die Klägerin den Scheidungsprozess in Rorschach anheben, falls sie dort befugterweise selbständigen Wohnsitz genommen hatte, so fehlt es nun aber augenscheinlich jedenfalls an einer allgemeinen Voraussetzung solchen Wohnsitzerwerbes. Nichts spricht dafür, dass sie, statt nach dem Besuch der Mutter zum Manne zurückzukehren, zu anderm Zwecke in Rorschach

geblieben ist; als um dort den Scheidungsprozess zu führen. Damit ist das Erfordernis einer Absicht « dauern- den Verbleibens » nach Art. 23 ZGB nicht erfüllt ; vielmehr läuft solches Vorgehen auf die willkürliche Wahl eines Scheidungsgerichtsstandes hinaus, was nicht geschützt werden kann (BGE 42 I 140).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die zivilrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Präsidiums des Bezirgsgerichtes Rorschach vom 9. August 1938 aufgehoben.

**69. Extrait de l'arrêt de la II^{me} Section civile
du 11 novembre 1938 dans la cause Gonseth contre Gonseth.**

Lorsque l'époux qui est seul en droit d'invoquer une cause de dissolution du lien conjugal conclut à une séparation de corps d'une *durée indéterminée*, le juge ne peut, d'office ou à la réquisition de l'autre conjoint, prononcer une séparation d'une *durée déterminée* que si la réconciliation paraît probable. Art. 146 et 147 C.civ. (consid. 2).

Le dispositif du jugement n'a pas à indiquer en termes exprès aux torts de qui le divorce ou la séparation de corps est prononcé (consid. 3).

2. — Les conclusions subsidiaires du recourant tendant à la réduction de la séparation de corps à un an soulèvent la question de savoir si, lorsque l'époux qui est seul en droit d'invoquer une cause de dissolution du lien conjugal conclut à ce que la séparation de corps soit prononcée pour une durée indéterminée, le juge peut, à la réquisition de l'époux coupable ou d'office, substituer à la séparation d'une durée indéterminée une séparation d'une durée déterminée. Du principe susrappelé, selon lequel l'époux innocent en faveur duquel existe une cause légale de divorce est libre de demander à son gré soit le divorce soit la séparation de corps, on pourrait être tenté, il est vrai, de conclure qu'il est également seul juge de la durée

de la séparation, solution qui trouverait d'ailleurs un point d'appui dans le fait qu'une limitation de la durée de la séparation aura en général pour résultat de favoriser au profit de l'époux coupable la transformation de la séparation de corps en divorce. Ce serait toutefois aller trop loin. Si le législateur avait réellement entendu exclure toute intervention du juge en pareil cas, en laissant uniquement à l'époux demandeur le soin de fixer la durée de la séparation, il aurait exprimé cette règle dans la loi ou y aurait du moins fait allusion au cours des travaux préparatoires, ce qui n'est pas le cas. Bien plus, l'art. 147 al. 1 CC, en disant simplement que la séparation de corps est « prononcée » pour une durée d'un à trois ans ou pour une durée indéterminée, autorise à dire que la loi n'a pas entendu interdire au juge d'intervenir pour réduire éventuellement la durée de la séparation. Mais encore faut-il, tout comme lorsqu'on est en présence d'une demande de divorce, que cette intervention soit motivée par la perspective d'une réconciliation des époux (cf. art. 146). Si une réconciliation ne paraît pas probable, il n'y a aucune raison de limiter la durée de la séparation. Or, en l'espèce, rien n'autorise à dire que la réconciliation paraît probable, et il n'y a donc pas lieu de réduire en quoi que ce soit les conclusions de la demanderesse.

3. — Certains tribunaux ont coutume, comme l'a fait en l'espèce le Tribunal de Vevey, d'indiquer dans le dispositif même de leurs jugements aux torts de qui le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés. C'est une pratique que rien ne justifie. En droit suisse, le juge n'a point à rendre un verdict sur la conduite des époux. La question des torts ne doit donc être tranchée que dans les motifs et la solution qui y a été donnée ressortira suffisamment du fait que le jugement dira quelle est, entre les deux demandes, celle qui a été admise et, le cas échéant, si elles l'ont été toutes les deux (RO 40 II p. 574).