

non cotée en bourse, de mettre en doute la possibilité pour le vendeur de réaliser simultanément son bénéfice sur les deux marchés, comme aussi, d'une façon générale, de discuter la manière dont il établit son prix de revient. Il va de soi également que ces considérations ne se rapportent qu'au cas où l'inexécution du contrat a réellement privé le vendeur du bénéfice qu'il comptait en retirer. Elles perdent donc toute valeur s'il peut être prouvé qu'au lieu de le priver de ce bénéfice, l'inexécution du contrat lui a au contraire permis de tirer de la même marchandise un bénéfice supérieur à celui que lui aurait rapporté le premier marché, du fait, par exemple, d'une hausse des prix survenue depuis la conclusion du contrat. Il appartiendrait alors évidemment à l'acheteur de prouver que c'est en raison uniquement de l'inexécution du contrat que le vendeur a pu profiter de cette hausse et d'imputer la différence de prix sur le montant du dommage allégué. Mais cela suppose en réalité que le vendeur ne possédait qu'une quantité limitée de la marchandise, insuffisante pour lui permettre de satisfaire simultanément aux obligations découlant des deux contrats, de sorte aussi qu'on se trouverait alors en dehors de l'hypothèse envisagée ci-dessus. Or en l'espèce il n'a pas été prouvé ni même allégué que la demanderesse aurait pu revendre la marchandise avec un bénéfice supérieur à celui qu'elle aurait retiré du marché conclu avec la défenderesse. Comme, d'autre part, il ressort de l'arrêt attaqué — constatation qui lie le Tribunal fédéral — qu'elle était en mesure de se procurer du bitume, d'une façon illimitée, aux mêmes conditions que celui qui faisait l'objet du contrat litigieux, et qu'enfin la résiliation du contrat intervenu entre elle et la Derunapht (son propre fournisseur) ne l'empêchait pas de tenir ses engagements envers la défenderesse, on doit nécessairement admettre que la demande était fondée en principe.

La demanderesse a évalué son préjudice à la différence entre son prix de revient, qui équivaut en l'espèce au

prix auquel elle-même se procurait le bitume, et le prix du contrat conclu avec la défenderesse. Il résulte de ce qui précède qu'en principe il n'y a rien à objecter à ce mode de calcul.

Vgl. auch Nr. 20, 42. — Voir aussi nos 20, 42.

## V. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Mai 1939

i. S. Geiger gegen Geiger-Melocchi.

Eine zwischen schweizerischen Ehegatten an ihrem italienischen Wohnsitz anhängige *Trennungsklage* vermag gegenüber der am schweizerischen Heimort erhobenen *Scheidungsklage* die Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu begründen (Art. 2 und 8 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 3. Januar 1933; Art. 7 g und i NAG).

Lorsque le juge italien est saisi d'une demande en *séparation* d'époux suisses domiciliés en Italie et que l'un des époux porte une demande en *divorce* devant le juge suisse, l'autre ne saurait exciper de la litispendance (art. 2 et 8 de la Convention entre la Suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, du 3 janvier 1933; art. 7 g et i LRDC).

Se davanti al giudice italiano è pendente un'azione di *separazione* tra coniugi svizzeri domiciliati in Italia e uno dei coniugi promuove azione di *divorzio* davanti al giudice svizzero, l'altro coniuge non può opporre l'eccezione di pendenza di lite (art. 2 e 8 della Convenzione tra la Svizzera e l'Italia circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, del 3 gennaio 1933; art. 7 g ed art. 7 i legge fed. sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dimoranti).

Die Eheleute Paul Geiger, gebürtig von Wigoltingen (Thurgau), und Angelina geb. Melocchi, vor der Ehe

italienische Staatsangehörige, waren seit 1926 verheiratet und in Mailand wohnhaft. Im Jahre 1935 klagten beide Ehegatten beim zuständigen Gericht in Mailand auf Trennung der Ehe (die am 15. November 1935 provisorisch ausgesprochen wurde). Während das Trennungsverfahren in Mailand hängig war, leitete der Ehemann als Bürger von Wigoltingen beim Bezirksgericht Weinfelden die Klage auf Scheidung der Ehe gestützt auf Art. 142 ZGB ein. Die Beklagte erhob die Einrede der Rechtshängigkeit im Hinblick auf den in Mailand laufenden Trennungsprozess; materiell widersetzte sie sich der Scheidung.

Die Einrede der Rechtshängigkeit ist vom Bundesgericht, in Zustimmung zu beiden Vorinstanzen, verworfen worden mit folgenden

*Erwägungen:*

Nach Art. 8 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Januar 1933 hat der Richter das Eintreten auf die Streitsache abzulehnen, wenn sie schon vor einem Gericht des andern Vertragsstaates anhängig und dieses nach Massgabe des Abkommens zuständig ist. Die Zuständigkeit des italienischen Richters zur Behandlung der von beiden Parteien schon im Jahre 1935 eingereichten Trennungsklagen folgt aus Art. 2 Ziff. 1 des Abkommens und aus der Tatsache (vgl. Art. 2 Abs. 2), dass für die Trennungs- wie für die Scheidungsklage nach schweizerischem Recht (Art. 7 g und 7 i Abs. 2 NAG) kein ausschliesslicher Gerichtsstand besteht. Betrifft daher die dem italienischen Richter vorgelegte Trennungsklage die gleiche Streitsache wie die hier anhängige Scheidungsklage, dann ist die Einrede der Rechtshängigkeit, welche die Beklagte im Hinblick auf den in Italien früher eingeleiteten Trennungsstreit erhebt, begründet. Bei einer im Inland erhobenen Trennungsklage ist die Identität mit der vorliegenden Scheidungs-

klage trotz der Verschiedenheit des Klagebegehrens, das im ersten Prozess auf Trennung und im zweiten auf Grund des gleichen Tatbestandes auf Scheidung lautet, zu bejahen. Denn die Scheidungsklage i. w. S. umfasst beides, die gänzliche Scheidung und die Trennung, wird doch in Art. 137-142 ZGB von Scheidung in diesem weitern Sinne gesprochen, wie sich aus Art. 143 ZGB ergibt, der bestimmt, dass die Klage d. i. die Scheidungsklage i. w. S. auf Scheidung — im engern Sinne — oder auf Trennung gehe. Die Anwendung des gleichen Grundsatzes im internationalen Verhältnis setzt jedoch voraus, dass beide Klagen, die Scheidungs- und die Trennungsklage, nach dem Recht beider Staaten zulässig sind. Fehlt diese Voraussetzung, so ist zwar die eben festgestellte Identität zwischen Trennungs- und Scheidungsklage nicht weniger vorhanden. Allein die Regel muss aus dringenden praktischen Gründen eine Ausnahme erfahren: Dem klagenden Ehegatten kann nicht zugemutet werden, auf die weitergehende (Scheidungs-) Klage bis nach Abschluss des bereits eingeleiteten Trennungsprozesses zu verzichten, wenn das darauf anwendbare Recht die Scheidung nicht zulässt. Art. 8 des Vollstreckungsvertrages steht solcher Ausnahme nicht entgegen. Denn im Sinne *dieser* Bestimmung können Scheidungsstreit und Trennungsstreit von vorneherein nicht gleiche Streitigkeiten sein, da ja gerade das italienische Recht die Scheidung dem Bande nach nicht kennt, sondern nur die Trennung von Tisch und Bett. Deshalb vermag die Rechtshängigkeit der in Italien anhängigen Trennungsklage die von der Ehefrau gegenüber der Scheidungsklage des Ehemannes vor dessen heimatlichem Richter erhobene Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu begründen.