

dargetan werden, dass der Gläubiger trotz Einleitung oder Durchführung der ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel überhaupt nicht oder nicht zur vollen Befriedigung hätte gelangen können.

In diesem Sinne hat die Vorinstanz den Beweis abgenommen und auf Grund von Zeugenaussagen und Dokumenten, insbesondere der Nachlassakten, festgestellt, dass Blaser schon geraume Zeit vor dem Februar 1936 seinen Verpflichtungen nicht mehr gewachsen und dass er auf Grund einer schweren und chronischen Überschuldung am 4. Februar 1936 dauernd zahlungsunfähig war. Die Abschlagszahlungen von Fr. 1000.— nach dem 5. Mai 1936 und von Fr. 500.— anfangs September gleichen Jahres wurden nur durch Betreibung und auf Grund besonderer Abmachung nach Mahnung vom Schuldner Blaser erwirkt. Es war offenbar das äusserste, was er dem Kläger noch leisten konnte, um die Durchführung der Betreibung und damit den Konkurs oder Nachlassvertrag hinauszuschieben. Jene Zahlungen können also die erwähnten Feststellungen der Vorinstanz nicht aufheben. Für den gesamten Rest des klägerischen Anspruches war Blaser am 4. Februar 1936 im gesetzlichen Sinne zahlungsunfähig. Auf die Beweiswürdigung, die die Berufungsschrift in diesem Punkte beanstandet, ist nicht einzutreten. Die Feststellungen über das tatsächliche Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit sind für das Bundesgericht verbindlich. Und da diesen Feststellungen von der Vorinstanz der zutreffende Begriff unterlegt wurde, ist mit ihr die Haftbarkeit des Beklagten zu bejahen.

Mit Recht ist die Vorinstanz grundsätzlich auf den Einwand des Beklagten nicht eingetreten, der dahin ging, der Kläger hätte bei intensiverer Durchführung des Inkassos einen geringeren oder keinen Ausfall erlitten. Art. 495 I OR ist nicht, auch nicht analog anwendbar. Die Gewährspflicht nach Art. 171 II ist keine Bürgschaft. Die rechtliche Natur der beiden Haftungen ist vielmehr eine völlig verschiedene. Im Gegensatz zum akzessorischen Charakter der Bürg-

schaft begründet das Garantie- oder Haftungsversprechen des Zedenten eine selbständige Verpflichtung aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden Geschäft, hier dem Holzkauf. Die Grundsätze des Bürgschaftsrechtes dürfen deshalb auf die selbständige Gewährleistungspflicht des Abtretenden keine Anwendung finden (BGE 53 II 116 ff. und dortige Hinweise, BECKER und OSER-SCHÖNENBERGER Note 1-3, bzw. 3 und 14 zu Art. 171). Der Einwand des Beklagten könnte nur bedeutsam werden, wenn durch den Beweis der Behauptung, es wäre beim Schuldner Blaser mehr zu holen gewesen, im Sinne des Gegenbeweises dargetan werden könnte, dass Blaser doch nicht oder nicht in so weitgehendem Masse zahlungsunfähig war. Dazu stellt aber die Vorinstanz fest, dass nicht erwiesen sei, dass bei schonungsloserem Vorgehen beim Schuldner mehr zu erzielen gewesen wäre.

VI. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1942 I. S. X. c. X.

1. Die nicht zum Getrenntleben berechnete Ehefrau teilt den Wohnsitz des Ehemannes (Art. 25 ZGB), auch wenn es kein eigentlicher Wohnsitz (Art. 23), sondern bloss ein fingierter (Art. 24 Abs. 1 oder 2) ist.
 2. Ein früher im Ausland begründeter Wohnsitz fällt nach Art. 24 Abs. 2 ZGB ausser Betracht, wenn er tatsächlich aufgegeben ist (quitté, abandonato), mag auch am betreffenden Ort nach dortigem Rechte noch ein blosses legales Domizil bestehen.
 3. Gerichtsstand der Ausländer in der Schweiz: Für Unterhaltsklagen zwischen Ehegatten (Art. 159, 160, 170 Abs. 3 ZGB) wie auch für Gesuche um Gestattung des Getrenntlebens (Art. 170 Abs. 1 ZGB) gilt der Gerichtsstand des Wohnsitzes (Art. 2 und 32 NAG), ohne die in Art. 7 h und i NAG für Scheidungs- und Trennungsklagen aufgestellten Vorbehalte.
1. La femme mariée qui n'a pas le droit d'avoir une demeure séparée a pour domicile celui du mari (art. 25 CC) même lorsque ce n'est qu'un domicile fictif (art. 24 al. 1 ou 2) et non un domicile proprement dit (art. 23).

2. Le domicile créé antérieurement à l'étranger est sans importance (art. 24 al. 2) s'il a été abandonné en fait ; le maintien d'un domicile simplement légal selon le droit étranger est indifférent.
3. For des rapports de droit civil des étrangers en Suisse : Les actions des époux en paiement de frais d'entretien (art. 159, 160, 170 al. 3 CC) et les requêtes en cessation de la vie commune (art. 170 al. 1) relèvent de la juridiction du domicile (art. 2 et 32 L. f. sur les rapp. de dr. civil) ; en ces cas, les réserves faites à l'art. 7 litt. h et i de cette loi pour les actions en divorce et en séparation de corps n'entrent pas en considération.
1. La moglie non autorizzata a vivere separata dal marito ha per domicilio quello del marito (art. 25 CC), anche se si tratti non di un domicilio vero e proprio (art. 23), ma di un domicilio fittizio (art. 24 cp. 1 o 2).
2. Un domicilio costituito precedentemente all'estero non entra in linea di conto secondo l'art. 24 cp. 2 CC, se esso è stato effettivamente abbandonato ; è irrilevante che all'estero esista ancora, secondo il diritto estero, un domicilio semplicemente legale.
3. Foro degli stranieri in Svizzera : le azioni dei coniugi volte ad ottenere il pagamento delle spese di sussistenza (art. 159, 160, 170 cp. 3 CC) e le istanze per ottenere che cessi la comunione domestica (art. 170 cp. 1) sono di competenza della giurisdizione del domicilio (art. 2 e 32 della legge federale sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti) : in questi casi non valgono le riserve fatte dall'art. 7 lett h ed i di questa legge per le azioni di divorzio e di separazione.

A. — Die Parteien, britische Staatsangehörige, liessen sich im Jahre 1919 in London trauen, trennten sich aber schon bald darauf und leben seither getrennt. Der Beklagte hält sich seit anderthalb Jahren in einem Hotel in Zürich auf. Die Klägerin war früher Kurgast im Kanton Waadt. Im Mai 1940 verliess sie die Schweiz, kehrte aber im folgenden Jahre zurück. Sie weilte im Kanton Bern auf Besuch und begab sich dann in eine Klinik in der Waadt.

B. — Ihre in Zürich eingereichte Klage geht auf Bezahlung der Rechnung dieser Klinik durch den Beklagten. Sie stützt sich auf Art. 159, 160 und 170 Abs. 3 ZGB. Beide kantonalen Instanzen haben die vom Beklagten erhobene Einrede der örtlichen Unzuständigkeit gutgeheissen, das Obergericht mit Entscheid vom 24. März 1942 aus folgenden Gründen : Zur Beurteilung von Unterhaltsklagen im Sinne von Art. 170 Abs. 3 ZGB sei nach der Praxis analog Art. 144 ZGB der Richter am Wohnsitz des kla-

genden Ehegatten zuständig. Die Parteien seien zum Getrenntleben berechtigt, da sie schon seit zwanzig Jahren keinen gemeinsamen Haushalt führen und auch heute die Aufnahme eines solchen Haushaltes ablehnen. Somit komme es auf den selbständigen Wohnsitz oder Aufenthalt der Klägerin, nicht des Beklagten an.

C. — Mit der vorliegenden zivilrechtlichen Beschwerde beharrt die Klägerin darauf, dass die zürcherischen Gerichte als zuständig zu erklären seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Für Unterhaltsklagen nach Art. 170 Abs. 3 ZGB anerkennt die Rechtsprechung einen bundesrechtlichen Gerichtsstand und zwar, in Anlehnung an Art. 144 ZGB, denjenigen des Wohnsitzes des klagenden Ehegatten (BGE 54 I 243, 64 II 176). Hat die Ehefrau nach Art. 25 Abs. 2 ZGB einen selbständigen Wohnsitz, so ist also der Richter des betreffenden Ortes zuständig, andernfalls derjenige am Wohnsitz des Ehemannes als dem gemeinsamen ehelichen Wohnsitz nach Art. 25 Abs. 1 ZGB. Ob die Ehefrau mit selbständigem Wohnsitz derartige Klagen nur beim Richter ihres Wohnsitzes anbringen kann, oder ob ihr der ordentliche Gerichtsstand des Ehemannes an dessen eigenem Wohnsitz daneben zur Wahl steht, kann hier dahingestellt bleiben, weil entgegen der Auffassung der Vorinstanz weder die Tatsache des Getrenntlebens noch die Weigerung beider Ehegatten, einen gemeinsamen Haushalt aufzunehmen, eine Berechtigung zum Getrenntleben begründet (BGE 41 I 105 Erw. 4). Hiezu müsste einer der vom Gesetze vorgesehenen Gründe vorliegen (Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB), wovon hier nicht die Rede ist. Damit erweist sich die Grundlage des kantonalen Entscheides als unzutreffend. Die Ehefrau teilt mangels einer Berechtigung zum Getrenntleben den Wohnsitz des Ehemannes. In der Beschwerde wird mit Unrecht bezweifelt, dass dies auch dann gilt, wenn der Mann keinen eigentlichen Wohnsitz im Sinne des Art. 23, sondern nur einen

als Wohnsitz zu betrachtenden Aufenthalt in der Schweiz gemäss Art. 24 Abs. 2 ZGB hat. Art. 25 Abs. 2 nimmt, vom Fall einer Berechtigung zum Getrenntleben abgesehen, nur den Fall aus, dass « der Wohnsitz » des Ehemannes gar nicht bekannt ist. Hierbei erfasst der Ausdruck « Wohnsitz » alles, was nach den vorausgehenden Bestimmungen der Art. 23 und 24 als Wohnsitz zu gelten hat.

2. — Daher mag ungeprüft bleiben, ob, wie die Beschwerde behauptet, der Beklagte in Zürich geradezu einen festen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB erworben habe. Jedenfalls ist Zürich für ihn ein Aufenthaltsort von gewisser Bedeutung geworden, und andererseits ist der frühere englische Wohnsitz nicht Mittelpunkt der tatsächlichen Lebensbeziehungen geblieben, sondern im Sinne von Art. 24 Abs. 2 ZGB aufgegeben (« quitté », « abandonato »). Gleichgültig für die Anwendung von Art. 24 Abs. 2 ZGB ist das allfällige Beibehalten eines legalen Domizils in London. Entscheidend sind die tatsächlichen Verhältnisse, wie das Bundesgericht im Urteil vom 27. Februar 1936 in der Sache de Loriol gegen Catoire de Bioncourt dargelegt hat: « Il convient de relever d'emblée que le critère constant des dispositions du code civil suisse sur le domicile, c'est la situation de fait. Parfois le code attache une importance décisive, au point de vue du domicile civil, à des faits qui ne sont pas encore très caractérisés (ainsi à l'art. 24 al. 2: simple résidence assimilée au domicile). En revanche, il n'attribue aucune importance au domicile personnel légal qu'un individu pourrait posséder à l'étranger, lorsque cet état de droit ne correspond pas à une situation réelle, en fait ». Damit wird nicht in die ausländische Wohnsitzordnung eingegriffen. Der betreffenden Person wird unabhängig von einem allfälligen bloss legalen Domizil im Ausland ein schweizerischer zivilrechtlicher Wohnsitz am Aufenthaltsorte zuerkannt.

3. — Die englische Staatsangehörigkeit der Parteien ist kein Grund, den nach dem Gesagten in Zürich bestehenden ehelichen Wohnsitz als Gerichtsstand für die vor-

liegende Klage abzulehnen. Das NAG, das auf die in der Schweiz wohnenden Ausländer entsprechende Anwendung findet (Art. 32 NAG) und gerade auch « für die Rechtsverhältnisse... der Ausländer in der Schweiz... » in Kraft geblieben ist (Art. 59 Schlusstitel ZGB), unterstellt die Niedergelassenen und Aufenthalter unter anderm in bezug auf familienrechtliche Verhältnisse der Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes, soweit es nicht durch besondere Vorschrift den Gerichtsstand der Heimat vorbehält (Art. 2 NAG). Letzteres trifft für die gegenseitige Unterhaltspflicht von Ehegatten nicht zu (BGE 34 I 316). Unter dem Wohnsitz versteht das NAG den zivilrechtlichen Wohnsitz nach schweizerischem Recht. Es enthält selbst Bestimmungen darüber, die nun durch die Art. 23 ff. ZGB ersetzt sind (BGE 56 II 337 Erw. 2, 61 II 16). Somit bleibt es bei der Zuständigkeit der Gerichte des ehelichen Wohnsitzes Zürich. Die in Art. 7 h und i NAG aufgestellten Vorbehalte für Scheidungs- und Trennungsklagen haben ihren Grund in den Wirkungen des Scheidungs- oder Trennungsurteils, wodurch die Ehe aufgelöst oder in ihrem wesentlichen Bestand umgestaltet wird. Sie sind auf Unterhaltsklagen der vorliegenden Art nicht anwendbar, übrigens auch nicht auf einfache Gesuche um Gestattung des Getrenntlebens (Art. 170 Abs. 1 ZGB, demeure séparée) im Gegensatz zur gerichtlichen Trennung (Art. 146 ff., séparation de corps). Es gilt, was in BGE 64 II 73 in dieser Hinsicht zu Art. 7 g NAG ausgeführt ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Beschluss des Obergerichts des Standes Zürich vom 24. März 1942 aufgehoben und die Sache zur materiellen Entscheidung an die kantonalen Gerichte zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 25. — Voir aussi n° 25.