

Unternehmens und durch dieses der Familie — so sehr am Herzen lag, dass er die Stiftung auch als gewöhnliche errichtet hätte, wenn er gewusst hätte, dass sie in Form einer Familienstiftung nicht möglich war. Es darf angenommen werden, dass der Wille, den mit der Stiftung beabsichtigten Zweck zu erreichen, stärker war als eine allfällige Abneigung gegen die Unterwerfung der Stiftung unter die behördliche Aufsicht.

Was die Einschränkung der Umschreibung des Stiftungszweckes lit. b betrifft, verweist allerdings die Vorinstanz zustimmend auf die Erwägungen des Bezirksgerichtes, die dahin gehen, der Erblasser hätte die Stiftung wohl nicht errichtet, wenn er sich der dem Stiftungszweck lit. b entgegenstehenden gesetzlichen Schranken bewusst gewesen wäre. Soweit diese Schlussfolgerung eine Annahme tatsächlicher Natur enthält, kann sie für das Bundesgericht deshalb nicht als verbindlich angesehen werden, weil das Bezirksgericht dabei von der Voraussetzung ausgeht, der Hauptzweck der Stiftung gemäss lit. a sei zum vornherein angesichts der Zweckvorschrift des Art. 335 nichtig, sodass sich mit Bezug auf lit. b nur die Frage stellte, ob der Stifter den Zweck lit. b, enger gefasst, allein auch gewollt hätte. Trifft aber jene Prämisse nicht zu, weil, wie dargetan, Destinatar gemäss lit. a die GmbH und nicht die Familie ist, so darf angenommen werden, der Stifter hätte in Kenntnis der richtigen Auslegung des Art. 335 die Stiftung mit engerer Umschreibung des Zweckes lit. b auch gewollt.

Zu Gunsten der Zulässigkeit der Konversion in beiden Punkten muss endlich berücksichtigt werden, dass der Stiftungsakt einen Bestandteil eines Testaments bildet und es in der wohlbegründeten Tendenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt, letztwillige Verfügungen wenn immer möglich aufrecht zu erhalten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage nur insoweit

geschützt, dass die Stiftung als gewöhnliche (nicht Familien-) Stiftung erklärt und der Stiftungszweck lit. b dahin präzisiert wird, dass Zweck der Stiftung auch ist « die Fürsorge für die Familie durch Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen und Zuwendungen für ähnliche Zwecke ».

II. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

14. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1949 i. S. Altaffer gegen Altaffer.

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess, Art. 145 und 170 Abs. 2 ZGB.

1. Gegen letztinstanzliche Entscheide betr. solche Massnahmen ist die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG gegeben.
2. Art. 145 und 170 Abs. 2 ZGB sind erst anwendbar, nachdem der Scheidungsprozess nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts *rechtshängig* geworden ist, also nicht schon nach Anrufung des Aussöhnungsrichters, wenn mit dieser die Rechtshängigkeit noch nicht eintritt.

Mesures provisionnelles dans le procès en divorce, art. 145 et 170 al. 2 CC.

1. Les jugements de dernière instance concernant ces mesures peuvent être l'objet d'un recours en nullité selon l'art. 68 OJ.
2. Les art. 145 et 170 al. 2 CC ne sont applicables qu'après que le procès en divorce est *pendant* au sens de la procédure cantonale; il ne suffit donc pas que le juge conciliateur ait été saisi, lors que cette démarche ne crée pas la litispendance.

Misure provisionali in una causa di divorzio (art. 145 e 170 op. 2 CC).

1. Le sentenze dell'ultima giurisdizione cantonale in merito a queste misure sono impugnabili mediante un ricorso per nullità a norma dell'art. 68 OG.
2. Gli art. 145 e 170 op. 2 CC sono applicabili soltanto dopo che la causa è *pendente* a sensi della procedura cantonale; non basta adunque che il giudice conciliatore sia stato adito, se ciò non crea la litispendenza.

Maurice Altaffer war bis 1944 Vizekonsul der USA in Zürich, kam dann als erster Gesandtschaftssekretär nach

Bern und ist seit 1946 Generalkonsul in Bremen. Seine Frau weigerte sich, ihm nach Deutschland zu folgen, und blieb mit den drei noch minderjährigen Kindern in Zürich. Am 25. Mai 1948 leitete die Ehefrau beim Friedensrichteramt Zürich 2 und am 6. September beim Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, die Scheidungsklage ein. Schon vor der gerichtlichen Anhängigmachung der Klage ersuchte die Klägerin mit Eingabe vom 30. Juni 1948 das Bezirksgericht Zürich (5. Abteilung) um Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses. Der Beklagte bestritt die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte. Mit Beschluss vom 3. August 1948 erklärte sich das Bezirksgericht zuständig und traf die verlangten vorsorglichen Massnahmen (Vormerknahme vom Getrenntleben, Zuteilung der minderjährigen Kinder an die Klägerin, Verpflichtung des Beklagten zur Leistung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 1000.— sowie eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 400.—).

Auf Rekurs des Beklagten bestätigte das Obergericht diesen Beschluss bezüglich der bestrittenen Zuständigkeit der Zürcher Gerichte, änderte ihn dagegen materiell in einigen Punkten ab.

Gegen den Entscheid des Obergerichts legte der Beklagte die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG ein mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Abweisung des Begehrens der Klägerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes. Zur Begründung wird ausgeführt, die Vorinstanz setze sich in Widerspruch mit der Praxis des Bundesgerichts, wonach die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB erst vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage an zulässig sei. Der angefochtene Entscheid sei daher schon aus diesem Grunde aufzuheben; selbst wenn ein Scheidungsgerichtsstand in Zürich bestände, wäre eine Zuständigkeit zum Erlass derartiger Massnahmen vor der Einreichung der Weisung nicht gegeben gewesen.

Die Berufungsbeklagte beantragt Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell Abweisung derselben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Entscheid der Vorinstanz betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 145 ZGB unterliegt der Berufung an das Bundesgericht nicht; es handelt sich weder um einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 noch um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit in der Hauptsache im Sinne von Art. 49 OG, sondern lediglich um die Zuständigkeit im Verfahren gemäss Art. 145 ZGB selbst (BGE 41 II 329, 72 II 323 E.1). Ausser dem Beschwerdegrund des Art. 68 Abs. 1 lit. b OG — örtliche Unzuständigkeit des zürcherischen Richters mangels Wohnsitzes der Klägerin in Zürich — wird auch derjenige der lit. a angerufen mit der Behauptung, der Erlass vorsorglicher Massnahmen schon vor gerichtlicher Klageerhebung gemäss § 258 Ziff. 1 zürch. ZPO verstosse gegen eidgenössisches Recht. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. — Die angefochtenen Massnahmen wurden auf Grund von Art. 145 ZGB angeordnet, und die Vorinstanz lehnt ausdrücklich eine « Umdeutung » derselben in Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft gemäss Art. 170 Abs. 3 ab. Die Vorinstanzen stützen sich auf § 258 Ziff. 1 ZPO, der lautet:

« Das Bezirksgericht beschliesst auf schriftliches Begehren, nach Anhören der Parteien und Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse nötigenfalls unter Ansetzung einer mündlichen Verhandlung,

1. über vorsorgliche Massnahmen nach Einleitung der Ehescheidungsklage beim *Friedensrichteramt* (ZGB 145, 170 Abs. 2); »

Die zürcherische Regelung stellt mithin für die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB auf die Einleitung der Klage beim Friedensrichter ab (Komm. STRÄULI zu § 258, N. 4). Diese Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Eheschutz- und Ehescheidungsrichter ist jedoch — wie die Vorinstanz in Erw. 3 ihres Entscheides

selber bemerkt — mit der vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung dem Art. 145 ZGB gegebenen Auslegung nicht vereinbar, die dahin geht, dass Art. 145 nur zur Anwendung kommt, wenn der Scheidungsprozess nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts bereits rechtshängig geworden ist, also nicht schon nach Anrufung des Aussöhnungsrichters, wenn das Prozessrecht des betreffenden Kantons damit die Rechtshängigkeit der Klage noch nicht eintreten lässt (BGE 64 II 177, 184, 72 II 323). Vor Eintritt der Rechtshängigkeit ist es Sache des Eheschutzrichters, allenfalls vorsorgliche Massnahmen auf Grund von Art. 169 ff. ZGB zu treffen. Nach zürcherischem Prozessrecht tritt die Rechtshängigkeit erst mit der Einreichung der Weisung beim Gericht ein (§ 121 ZPO; Komm. STRÄULI hiezu).

Das Kriterium der Rechtshängigkeit als Beginn der Anwendbarkeit der Massnahmen gemäss Art. 145 ZGB ist in dieser Bestimmung selbst ausdrücklich aufgestellt. Als Zeitpunkt, da «die Klage angebracht ist», kann nur der Beginn des eigentlichen Prozesses, also der Eintritt der Litiskontestation gemeint sein. Diese erst hat zur Folge, dass von nun an, solange der Prozess nicht beendet ist, weder der klagende noch der beklagte Ehegatte an einem andern Orte eine weitere Scheidungsklage anheben kann. Gerade in der Einrede der bereits begründeten Rechtshängigkeit der Scheidungsklage findet die ausschliessliche Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu vorsorglichen Massregeln während des Prozesses die eigentliche Rechtfertigung (BGE 64 II 177). Die Gleichsetzung des in Art. 145 ZGB verwendeten Begriffs der «Anbringung der Klage» mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit hat den Vorzug, auf ein in jeder Prozessordnung klar definiertes Kriterium abzustellen und zugleich den Verschiedenheiten der kantonalen Regelungen Rechnung zu tragen. Lässt eine Prozessordnung die Rechtshängigkeit schon mit der Anrufung des Friedensrichters eintreten, so wird damit auch die Anwendbarkeit des Art. 145

begründet. Tritt die Litispendenz aber erst mit der Einreichung der Klage bzw. der Weisung beim Gericht ein, so hätte die Anwendung von Art. 145 und Art. 170 Abs. 2 schon von der Anrufung der Aussöhnungsinstanz an die Wirkung, dass die Eheleute in allen Fällen ipso iure zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt wären, ohne dass schon feststeht, ob es überhaupt zur Litispendenz kommt und ohne dass eine Behörde über das Vorhandensein wichtiger Gründe für eine Trennung im Sinne von Art. 170 Abs. 1 zu befinden hat. Das Fehlen der Voraussetzung zur Anwendung von Art. 145 — der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage — zur Zeit der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen wird durch die nachträgliche Klageeinreichung nicht gedeckt.

Ist mithin der angefochtene Entscheid aus diesem Grunde aufzuheben, kann die Frage der örtlichen Zuständigkeit des zürcherischen Richters dahingestellt bleiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, und die Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 1948 und des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 3. August 1948 werden aufgehoben.

15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Mai 1949
i. S. Schlumberger gegen Schlumberger.

Scheidung französischer Ehegatten. Wohnt der beklagte Ehemann nicht in der Schweiz, so haben sich die schweizerischen Gerichte von Amtes wegen als unzuständig zu erklären.
Art. 1 und 2 des Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869.
Art. 7 h NAG.

Divorce d'époux français. Si le mari défendeur n'habite pas la Suisse, les tribunaux suisses doivent se déclarer d'office incompétents.
Art. 1^{er} et 2 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869.
Art. 7 h LRDC.

Divorzio di coniugi francesi. Se il marito debitore non abita la Svizzera, i tribunali svizzeri debbono dichiararsi d'ufficio incompetenti.
Art. 1 e 2 della Convenzione franco-svizzera del 15 giugno 1869.
Art. 7 h LR.