

dung des Art. 2 ZGB aus, erklärte die Beklagte im Sinne des Art. 134 Abs. 1 ZGB als bösgläubig und auferlegte ihr die Kosten.

Mit der vorliegenden Berufung beantragt die Beklagte Abweisung der Klage und Scheidung der Ehe. Der Kläger trägt auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Aus den Umständen, unter denen der Eheschluss vom 28. März 1938 zustande kam, und aus dem nachherigen Verhalten der Ehefrau gelangt die Vorinstanz zum Schlusse, dass der Beklagten von Anfang an der Wille zur Eingehung einer wirklichen Ehe mit voller Lebensgemeinschaft gefehlt habe und es ihr nur darum zu tun gewesen sei, durch die Trauung das Schweizerbürgerrecht zu erlangen. Ob die von der Vorinstanz für diese Folgerung angeführten Tatsachen eine schlüssige Indiziengrundlage bilden, ist eine Frage der Beweiswürdigung, deren Überprüfung dem Bundesgericht nicht zusteht; die Folgerung selbst stellt eine tatsächliche Feststellung dar, an die es gebunden ist (Art. 81 OG). Somit ist auf Seite der Beklagten der Tatbestand des nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Ehenichtigkeitsgrund anerkannten Rechtsmissbrauchs gegeben (BGE 65 II 133 ff.).

Der vorliegende Fall weicht insofern von dem in diesem Präjudiz beurteilten ab, als hier nicht das Gemeinwesen, sondern ein Ehegatte als Nichtigkeitskläger auftritt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der bösgläubige Partner einer solchen Scheinehe, dem es entweder selbst von vornherein am Willen zur Begründung einer wirklichen ehelichen Gemeinschaft fehlte, oder der wenigstens das Fehlen des Ehemillens beim andern Ehegatten kannte, also bewusst am Rechtsmissbrauch teilnahm, zur Geltendmachung der Nichtigkeit nicht berechtigt ist, sondern die Anfechtung dem Gemeinwesen als Vertreter des öffentlichen Interesses überlassen muss. Vorliegend stellt jedoch die Vorinstanz — ebenfalls für das Bundesgericht ver-

bindlich — fest, dass der Kläger tatsächlich, wenn auch vorwiegend aus wirtschaftlichen Motiven, eine dauernde Lebensgemeinschaft mit der Beklagten erstrebte, und dass er das Fehlen des Ehemillens auf Seite der Beklagten nicht kannte. Unter diesen Umständen ist er, gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB, bezüglich des Nichtigkeitsgrundes als gutgläubig zu betrachten und daher zu dessen Geltendmachung gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB legitimiert.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 2. Juli 1940 bestätigt.

47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. November 1940

i. S. Gammenthaler c. Gammenthaler-Thomann.

1. Ein vor der Ehe Eigentum der Frau gewesenes, in der Ehe (unter Güterverbindung) von ihr als Inhaberin, jedoch unter voller Mitarbeit des Ehemannes darin, weitergeführtes Geschäft bleibt trotz dieser Mitarbeit *Sondergut* der Frau.
2. Bei Auflösung der Ehe kann der Ehemann für seine den Wert des aus dem Geschäft bezogenen Lebensunterhalts übersteigende Mitarbeit gegen die Ehefrau eine nach Billigkeit zu bemessende *Lohnforderung* geltend machen, wenn ein Reinertrag aus dem Geschäft vorhanden ist (Art. 154; 190/91, 200/01 ZGB, 320 Abs. 2 OR).
1. Une entreprise qui a appartenu à la femme dès avant le mariage — conclu sous le régime de l'union des biens — et que la femme a continué d'exploiter ensuite avec la collaboration active du mari reste, malgré cette collaboration, au nombre des biens réservés.
2. En cas de dissolution du mariage, le mari peut, lorsque l'entreprise a laissé un bénéfice net, réclamer à sa femme une certaine somme, à fixer équitablement, comme salaire pour cette part de son travail dont la valeur dépasse celle de son entretien.
1. Un'azienda, che è appartenuta alla moglie già prima del matrimonio (concluso sotto il regime dell'unione dei beni) e che la moglie ha continuata in appresso con la collaborazione attiva del marito, resta, nonostante questa collaborazione, *un bene riservato*.
2. In caso di scioglimento del matrimonio, il marito può chiedere, a sua moglie, qualora l'azienda abbia lasciato un beneficio netto, una certa somma da firsarsi equamente, a titolo di *salario* per quella parte del suo lavoro, il cui valore eccede quello del suo mantenimento (art. 154, 190/91, 200/01 CCS, 320 cp. 2 CO).

A. — Valentin Gammenthaler, geb. 1866, Kunstmaler, und Lina Thomann, geb. 1890, früher Serviertochter, gingen im Jahre 1924 die Ehe ein, nachdem sie bereits mehrere Jahre zusammen gelebt hatten. Im Jahre 1919 hatte die Frau unter der nicht eingetragenen, aus ihrem umgestellten Namen gebildeten Firma « Institut Thomalina » ein Haarpflegemittelgeschäft gegründet, in welchem in der Folge, insbesondere nach Abschluss der vom ordentlichen Güterstand der Güterverbindung beherrschten Ehe, der Mann sich in steigendem Masse betätigte und das den Eheleuten ausser einem guten Auskommen die Äufnung eines ansehnlichen, auf den Namen des Mannes angelegten Vermögens ermöglichte. Auf Klage der Ehefrau sprach das Bezirksgericht Zürich am 8. Dezember 1938 in Anwendung von Art. 137 und 139 ZGB die Scheidung der Ehe aus, ordnete die güterrechtliche Auseinandersetzung bezüglich des Mobiliars und wies die Zürcher Kantonalbank an, von dem von ihr verwalteten ehelichen Vermögen im Betrage von Fr. 44,063.90 der Klägerin Fr. 22,091.25 und dem Beklagten Fr. 21,972.60 auszusahlen. In Gutheissung der Berufung der Klägerin sprach das Obergericht des Kantons Zürich das ersparte, nun auf Fr. 69,104.40 bezifferte Vermögen, da es aus dem Betriebe des der Ehefrau als Sondergut gehörenden Instituts Thomalina stamme, abzüglich des daraus dem Beklagten bis zur Rechtskraft des Urteils zukommenden Unterhaltsbeitrags, ebenso das Geschäft selbst der Klägerin zu Eigentum zu, unter Kostenfolge für beide Instanzen zu Lasten des Beklagten.

B. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Beklagte, dass das Kapitalvermögen im Sinne des bezirksgerichtlichen Urteils beziffert und verteilt, der Kantonalbank entsprechende Anweisung zur Herausgabe erteilt, das Geschäft « Institut Thomalina » dem Beklagten zu Eigentum zugesprochen und die Klägerin zur Herausgabe, ausser den in Dispositiv 6 genannten Gegenständen, des Esszimmers, des Herrenzimmers und des gesamten Geschäftsmobiliars verurteilt werde ; eventuell sei die Sache

an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Ausfällung eines neuen Urteils auf der Grundlage, dass das Geschäft und das aus demselben stammende Vermögen eheliches Vermögen darstelle. Zur Begründung wird ausgeführt, das angefochtene Urteil verletze Art. 193 und 196 ZGB ; die Vorinstanz auferlege dem Beklagten die volle Beweislast dafür, dass das Geschäft und das Kapital eheliches Vermögen seien, indem sie von ihm zunächst den Beweis verlange, dass das Geschäft vor Eheschluss beiden Parteien gehört habe, und nachdem sie diesen Beweis als nicht erbracht erachte, ihm auch noch den weiteren zuschiebe, dass vor oder während der Ehe das Geschäft einmal auf den Beklagten übergegangen sei, welche Beweislastverteilung zu einem unsinnigen Ergebnis führe. Aus den Akten und dem Beweisverfahren gehe hervor, dass beide Parteien im Geschäft gearbeitet haben, wobei der wichtigere Anteil auf den Beklagten entfallen sei. Gerade für solche Tatbestände habe der Gesetzgeber die Vermutung zugunsten ehelichen Vermögens aufgestellt. Sondergut solle nur angenommen werden, wo wirklich der Beweis gelinge, dass ein Geschäft allein von dem betreffenden Ehegatten geführt und die Ersparnisse ausschliesslich durch seine Arbeit erzielt worden seien. Der Sinn der Vorschlagsteilung liege eben in der gemeinsamen Erwerbstätigkeit der Eheleute. Die vorliegende Lösung, wonach aller Verdienst in dieser Ehe der Frau, dagegen dem Manne nichts gehören solle, sei unverständlich.

Die Klägerin trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vorinstanz stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, dass das Geschäft fünf Jahre vor Eheabschluss, während die Parteien im Konkubinat lebten, durch die Klägerin aus ihren Ersparnissen unter dem Namen « Lina Thomann, Haut- und Haarpflege » eröffnet und geführt und bald nach der Gründung mit der ebenfalls auf die

Klägerin hinweisenden Bezeichnung « Thomalina » benannt worden ist. Aus diesen vom Beklagten wiederholt zugegebenen Tatsachen schliesst die Vorinstanz mit Recht, dass das Geschäft anfänglich Eigentum der Klägerin war. Wenn der Beklagte diese Schlussfolgerung bestreitet mit der Behauptung, diese äussere Aufmachung habe dem internen Rechtsverhältnis nicht entsprochen, indem von Anfang an er Eigentümer gewesen und nur nach aussen, zwecks Schonung seines Künstlernamens, die Klägerin vorgeschoben worden sei, so auferlegt die Vorinstanz die Beweislast für diese Behauptung mit Recht dem Beklagten. Die Klägerin hat die Tatsachen nachzuweisen, aus denen regelmässig auf die Inhaberschaft an einem Geschäft geschlossen werden kann; Sache des Beklagten aber ist es zu beweisen, dass im vorliegenden Falle dieser Schluss nicht gerechtfertigt ist. Hat der Beklagte diesen Beweis nicht erbracht, so muss davon ausgegangen werden, dass das Geschäft « Thomalina » mindestens anfänglich Eigentum der Klägerin gewesen ist. Miteigentum beider ist nicht in Betracht zu ziehen, weil der Beklagte es ausdrücklich bestreitet. Für seine weitere Behauptung, die Klägerin habe ihm das Geschäft im Jahre 1920 bzw. 1921 oder 1922, also noch vor der Ehe, in aller Form abgetreten, ist ebenfalls der Beklagte beweispflichtig. Auf Grund der Würdigung einer Reihe von Indizien aus dieser Zeit kommt die Vorinstanz zum Schlusse, dass die angebliche Abtretung eine fingierte war, und dass auch nach 1922 die Klägerin immer noch als Geschäftsinhaberin aufgetreten ist. Die Feststellung, dass eine Abtretung nie stattgefunden hat, ist tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich. Aus dem unveränderten Auftreten der Klägerin als Geschäftsinhaberin nach aussen (Unterzeichnung der Geschäftskorrespondenz, der Reklamezirkulare, Vertriebsbewilligungen auf ihren Namen, Beklagte in Zivilprozessen aus Inseratenaufträgen, Zahlung der Prozessschuld durch den Mann im Namen der Frau) ist, mangels eines gegenteiligen Beweises seitens des Beklagten,

mit der Vorinstanz für die Zeit bis zum Eheschluss auf eine mit der äussern Form übereinstimmende innere Rechtslage zu schliessen.

Die Klägerin hat also das Institut Thomalina als ihr gehörendes und von ihr geführtes Geschäft in die Ehe gebracht. Für seine Behauptung, dass sie es ihm kurz nach Eheschluss abgetreten, hat die Vorinstanz den Beweis mit Recht vom Beklagten verlangt. Sie hat ihn als nicht erbracht erachtet, woran das Bundesgericht gebunden ist. Aber auch ohne solche Abtretung, kraft der Verwaltungs- und Nutzungsbefugnis des Ehemannes am Frauengut (Art. 200/201 ZGB), hätte das Geschäft vom Beklagten als Geschäftsherrn fortgeführt werden können. Allein das geschah nicht. Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurde es in gleicher Weise weiterbetrieben wie bisher. In der Firma trat keine Änderung ein. Beide Ehegatten arbeiteten in den gleichen Funktionen wie vorher im Geschäft, der Mann besorgte den Ankauf der Materialien, die Herstellung der Präparate und die Reklame, während die Frau den Hauptteil ihrer Zeit und Arbeitskraft auf die Bedienung der Kunden verwendete, indem sie sie mit den Thomalina-Haarpräparaten behandelte oder sie zur Selbstbehandlung anleitete, und daneben die ganze Buchhaltung besorgte. Die Bewertung der einzelnen Funktionen im Betriebsganzen ist Tatfrage und die Feststellung der Vorinstanz hierüber daher für das Bundesgericht verbindlich. Danach kam der Herstellung der Präparate keine überragende Bedeutung zu, da die Rezepte aus Kosmetikbüchern zu entnehmen und zu deren Ausführung keine besondern Fachkenntnisse erforderlich waren. Dass der Mietvertrag über die Geschäftslokalitäten auf den Namen des Mannes abgeschlossen war, bildet kein Indiz für dessen Geschäftsinhaberschaft, da das Geschäft in der ehelichen Wohnung betrieben wurde, die in der Regel der Ehemann als Familienhaupt mietet. Die Bewilligungen der Gesundheitsdirektion lauten teils auf den Namen des Mannes, teils auf den der Frau. Nach vorinstanzlicher Feststellung

wird bei deren Ausstellung nicht untersucht, ob der Geschuchsteller zugleich auch Geschäftsinhaber sei; der Beklagte kann sie als mittelbarer Vertreter seiner Frau eingeholt haben. Ebensowenig erlaubt der Umstand, dass die Materiallieferanten auf den Namen des Mannes fakturierten, den Schluss auf seine Inhaberschaft; wenn der Beklagte bei den Bestellungen nicht mit der Firma, sondern nur mit seinem Namen unterzeichnete, hatten die Lieferanten keinen Anlass, an einen andern Namen zu fakturieren. Wesentlich mehr Gewicht kommt demgegenüber der Tatsache zu, dass der Beklagte in Zivilprozessen aus dem Geschäftsbetrieb vor Gericht, wo es auf die wirkliche Legitimation ankam, die Parteistellung, also die Haftbarkeit für die Firma, der Ehefrau überliess. Übrigens ist es auch unwahrscheinlich, dass der Ehemann das Geschäft hätte auf seinen Namen übernehmen wollen, da er vor und während der Ehe ausgepfändet war. So ist dem Schluss der Vorinstanz beizupflichten, dass die Klägerin das zur Zeit des Eheschlusses ihr gehörende und von ihr geführte Geschäft in der Ehe mit Zustimmung des Ehemannes selbständig als Inhaberin weiterbetrieb, und dass eine Änderung dieses Verhältnisses im Laufe derselben nicht nachgewiesen ist. Also war das Geschäft gemäss Art. 191 Ziff. 2 ZGB Sondergut der Ehefrau.

2. — War das Geschäft, d. h. die Firma und der Geschäftsfonds, Sondergut, so wurde auch der Ertrag desselben und das aus dem Ertrage geäußerte Vermögen Sondergut (Art. 191 Ziff. 3). Indem die Klägerin nur das heute noch vorhandene Vermögen herausverlangt, das die Vorinstanz verbindlich auf Fr. 69,104.40 beziffert, hat sie zum vornherein die aus dem Geschäftsertrag bestrittenen Kosten des Lebensunterhaltes der Parteien während der Ehe in Abzug gebracht, für welche aufzukommen sie als Geschäftsinhaberin neben dem Ehemanne mitverpflichtet war (Art. 192 ZGB).

3. — Diese güterrechtliche Zusecheidung des ganzen vorhandenen Vermögens an die Ehefrau befriedigt unter

Umständen, wie sie hier vorliegen, schlecht. Es wäre im höchsten Masse unbillig, wenn der Beklagte, der während Jahrzehnten seine Arbeitskraft dem Geschäfte der Klägerin gewidmet hat, von dem mit seiner Mitarbeit erworbenen Vermögen bei der Auflösung der Ehe nichts erhalten, bzw. mit dem während der Ehe aus dem Geschäft bezogenen Lebensunterhalt abgefunden sein sollte. Der Gesetzgeber hatte bei der güterrechtlichen Regelung der Erwerbstätigkeit der Ehefrau in Art. 191 Ziff. 2 und 3 den die Regel bildenden Fall im Auge, wo der Mann seinen Beruf und daneben die Frau noch ihr eigenes kleines Geschäft, z. B. einen Laden, hat, in welchem jedoch der Ehemann nicht wesentlich mitarbeitet, während vorliegend *beide* Ehegatten dem Geschäfte der Ehefrau ihre ganze Arbeitskraft zugewendet haben. Allein es kommt nicht in Frage, für andere als solche Regelfälle unter Annahme einer Gesetzeslücke vom Grundsatz, wonach der Ertrag des Sondergutes dem Sondergut zuwächst, abzuweichen. Hingegen lässt sich der billige Ausgleich finden durch Anerkennung einer aussergüterrechtlichen Forderung des Ehemannes an die Ehefrau für Lohn aus einem zwischen den Parteien stillschweigend eingehaltenen Anstellungsvertrage gemäss Art. 320 Abs. 2 OR. Der im Geschäfte der Frau, ohne ausdrücklich vereinbarten Anstellungsvertrag, mitarbeitende Ehemann soll am Ertrage der gemeinsamen Arbeit beteiligt sein, nicht mit einem fixen Lohn, wohl aber als employé intéressé, der, wenn nichts verdient wird, auch keinen Lohnanspruch hat, anderseits auch nicht haftet. Die Berücksichtigung eines solchen ex aequo et bono zu bemessenden Lohnes bei Auflösung der Ehe ändert am Sondergutscharakter des erworbenen Vermögens nichts, sondern vermindert einfach dessen Nettobetrag. Bei Würdigung aller Verhältnisse kann hier ausnahmsweise weit gegangen und ein Lohnanspruch bis zur Hälfte des noch vorhandenen *Ertrags* des Geschäftes gerechtfertigt werden.

4. —

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In teilweiser Guttheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass der Beklagte der Klägerin (statt Fr. 69,104.40) Fr. 50,000.— im Sinne des Disp. 3 herauszugeben hat. Im übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 1940, soweit noch angefochten, bestätigt, mit Ausnahme der Kosten des kantonalen Verfahrens.

48. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1940
i. S. Bosio gegen Bosio.

Eheliches Güterrecht.

Verjährung der Frauenguts-Ersatzforderung nach dem Tode des Ehemannes.

- Anwendung der Grundsätze des internationalen und intertemporalen Rechtes, NAG Art. 28, 31 ; SchlT ZGB Art. 3, 9, 49 ;
- Verjährungsfrist von 10 Jahren, OR Art. 127, ZGB Art. 7.

Régime matrimonial.

Prescription, après de décès du mari, de la créance que la femme possède pour ses apports.

- Application du droit international et du droit transitoire ; art. 28 et 31 de la loi du 25 juin 1891 ; art. 3, 9, 49 Tit. fin. CC. ;
- Délai de prescription de dix ans ; art. 127 CO ; art. 7 CC.

Regime matrimoniale.

Prescrizione, dopo la morte del marito, del credito che la moglie possiede a dipendenza dei suoi apporti.

- Applicazione del diritto internazionale e del diritto transitorio ; art. 28 e 31 della legge 25 giugno 1891 ; art. 3, 9, 49 tit. fin. CC.
- Termine di prescrizione di dieci anni ; art. 127 CO ; art. 7 CC.

Der Schweizerbürger Eduard Bosio, der in Turin seinen Wohnsitz hatte, starb am 31. Juli 1927 in Davos. Ausser seiner einzigen, am 27. November 1907 geborenen Tochter Giovanna Bosio hinterblieb seine Witwe, Johanna Bosio geb. Nüssli, mit der er im Jahre 1901 in Pfäffikon, Kt. Zürich, die Ehe geschlossen und am gleichen Ort den ersten ehelichen Wohnsitz gegründet hatte. Durch eine letzt-

willige Verfügung war der Übergang seiner Erbschaft an die Tochter als Universalerbin und das Nutzniessungsrecht der Witwe geregelt. Diese liess im Februar 1938 ein bei einer Bank in Rapperswil-St. Gallen liegendes Wertschriftendepot der Tochter mit Arrest belegen und hob gestützt hierauf am 21. Februar 1938 gegen die Tochter Betreibung an für eine Forderung von Fr. 130,000.—, die sie, zufolge des Rechtsvorschlages der Betriebenen, mit der vorliegenden Klage geltend macht. Zur Begründung führte sie an, es stehe ihr für das in die Ehe eingebrachte Gut und aus der Tilgung von Schulden des Erblassers eine weit über den eingeklagten Betrag hinausgehende Ersatzforderung zu, für welche die Tochter als Alleinerbin hafte. Die Beklagte bestritt den Bestand der Forderung und wandte ein, dass diese, falls sie bestanden hätte, durch Auszahlungen getilgt wäre. Ferner erhob sie die Einrede, dass ihre Haftung für die behauptete Forderung gemäss Art. 639 ZGB verjährt wäre.

Die erste Instanz hiess die Klage in dem Sinne gut, dass sie die mit Arrest belegten Wertschriften als Eigentum der Klägerin erklärte. Bezüglich der Mehrforderung schützte sie die Verjährungseinrede der Beklagten mit dem Hinweis, dass die Klägerin selber es unterlassen habe, die Erbschaft rechtzeitig und ordnungsgemäss zu liquidieren. Das Kantonsgericht von St. Gallen hingegen wies mit Urteil vom 16. April 1940 die Klage gänzlich ab. Es fand die Verjährungseinrede begründet, stützte sich hiebei aber nicht auf den von der Beklagten angerufenen Art. 639 ZGB, sondern auf die allgemeinen Normen über die Verjährung und kam nach diesen zum Schlusse, dass die zehnjährige Frist des Art. 127 OR, die am Todestag des Erblassers zu laufen begonnen habe, erfüllt sei, da sie weder stillgestanden habe noch unterbrochen worden sei.

Mit ihrer gegen dieses Urteil an das Bundesgericht ergriffenen Berufung wiederholt die Klägerin den Antrag auf Guttheissung der Klage.