

Ehegatte, wie die Klägerin, in der Erwerbsfähigkeit dauernd stark eingeschränkt ist — sie wird angesichts ihrer schwachen Gesundheit kaum wesentlich mehr als den eigenen Haushalt besorgen können — und sein Vermögen nicht auf die zu erwartende Lebenszeit hinaus (und auch nicht auf die mutmassliche Lebenszeit des andern Ehegatten) zur Bestreitung des Lebensunterhaltes ausreicht. Es könnte daran gedacht werden, bei solchen Verhältnissen den Unterhaltsanspruch an eine aufschiebende Bedingung zu knüpfen; doch wäre dies wohl ein Ansporn, mit den eigenen Mitteln nicht hauszuhalten; und auch abgesehen davon soll wenn möglich vermieden werden, den Beklagten einer ungewissen zukünftigen Leistungspflicht auszusetzen. Die Klägerin hat also von der Scheidung hinweg Fr. 40.— im Monat zu beziehen und wird sich mit ihren übrigen Mitteln entsprechend einzurichten haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der vom Beklagten nach Art. 152 ZGB der Klägerin zu leistende monatliche Unterhaltsbeitrag auf Fr. 40.— festgesetzt.

2. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Januar 1940

i. S. Strebel gegen Nietlisbach.

Die gemäss Art. 188 Abs. 2 ZGB belangte Ehefrau kann gegenüber den Gläubigern, denen sie mit dem empfangenen Vermögen haftet, ihre Frauengutsforderung, die durch den Vermögensübergang gedeckt werden sollte, entsprechend dem Range der Forderungen geltend machen. (Änderung der Rechtsprechung.) Art. 179 Abs. 3, 188 ZGB.

La femme mariée, actionnée en vertu de l'art. 188 al. 2 CC, peut opposer aux demandeurs, selon le rang légal des droits respectifs, la créance qu'elle avait contre son mari en raison de ses apports et qui devait être couverte par les transferts de biens opérés dans la séparation. (Changement de jurisprudence.) Art. 179 al. 3, 188 CC.

La moglie, convenuta in virtù dell'art. 188 ep. 2 CC, può opporre agli attori, secondo il grado legale dei rispettivi diritti, il credito che essa aveva verso suo marito a motivo dei suoi apporti e che doveva essere coperto mediante i beni trasferiti in sua proprietà. (Cambiamento di giurisprudenza.) Art. 179 ep. 3, 188 CC.

A. — Im Jahre 1926 starb die erste Frau des Burkard Strebel; die heutige Klägerin, geb. 1910, ist das einzige Kind aus dieser Ehe. Im folgenden Jahre heiratete Strebel in zweiter Ehe Marie Gugerli, die heutige Beklagte. Im Mai 1937, also im Alter von 27 Jahren, erhob die Tochter Klage gegen ihren Vater auf Herausgabe ihres Muttergutes. Mit Urteil vom 8. November 1937 erklärte das Bezirksgericht Muri Burkard Strebel pflichtig, der Tochter $\frac{3}{4}$ des Muttergutes = Fr. 9750.— nebst Zins zu 5% seit Klageanhebung herauszuzahlen; das Obergericht des Kantons Aargau bestätigte am 11. Februar 1938 dieses Urteil. Zwischen Klageanhebung und erstinstanzlichem Urteil, am 12. Juli 1937, schloss Strebel mit seiner zweiten Frau einen Ehevertrag ab, wonach die Eheleute mit Bezug auf das ganze Vermögen der beiden Parteien als Güterstand die Gütertrennung vereinbarten. Im Ehevertrag anerkennt Strebel, dass seine zweite Frau ihm als Frauengut einen Barbetrag von Fr. 13,000.— in die Ehe gebracht habe. Gemäss diesem Vertrag übergab Strebel seiner Ehefrau zur teilweisen Deckung der Frauengutsforderung zu Eigentum einen Kaufforderungstitel auf Fr. 8522.20, ferner den gesamten Bienenbestand mit Kasten und Zugehör im Werte von Fr. 1000.—, den gesamten Hausrat sowie Brennmaterialien u. a. im Werte von Fr. 1000.—. Dieser Ehevertrag erhielt am 23. Juli 1937 die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde und wurde im aargauischen Amtsblatt publiziert.

In der Folge betrieb die Klägerin ihren Vater für ihre Muttergutsforderung und erhielt auf dessen Rechtsvorschlag hin definitive Rechtsöffnung für Fr. 10,634.— nebst Zins und Kosten. Die Fortsetzung der Betreibung führte jedoch zur Ausstellung einer Pfändungsurkunde als Ver-

lustschein, da Strebel sich unter Hinweis auf die Vermögensübereignung an seine Ehefrau als vermögenslos erklärte.

B. — Am 14. Juli 1938 focht die Tochter mittelst Klage gemäss Art. 285 ff. SchKG gegen Frau Strebel-Gugerli die durch den Ehevertrag erfolgte Abtretung der Kaufrestanzforderung an, zog jedoch im Oktober 1938 diese Klage wieder zurück und reichte gegen jene gestützt auf Art. 188 ZGB die vorliegende Klage ein mit dem Begehren :

« Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin für die gegen Burkard Strebel-Gugerli ... in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 10,634.— mit den gemäss Ehevertrag vom 12. Juli 1937 auf die Beklagte übertragenen Vermögenswerten persönlich hafte, und es sei demgemäss die Beklagte pflichtig zu erklären, der Klägerin Fr. 10,634.— nebst Zins seit Friedensrichtervorstand zu bezahlen ».

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage im vollen Umfange. Sie erhob die Einrede der mangelnden Passivlegitimation, indem Burkard Strebel trotz dem Ehevertrag Schuldner der Klägerin geblieben sei ; Art. 188 ZGB gebe dem Gläubiger lediglich die Möglichkeit, in der Betreibung gegen den schuldnerischen Ehegatten die Ausdehnung der Pfändung auf das an den andern Ehegatten übereignete Vermögen zu verlangen, nicht aber diesen persönlich zu belangen. Sodann könne sich die Klägerin nicht auf Art. 188 berufen, weil ihr die Forderung von Fr. 9750.— erst mit Urteil vom 8. November 1937 zugesprochen worden sei, also erst nach der am 21. August 1937 erfolgten Publikation des Güterstandswechsels. Ferner liege kein Vermögensübergang im Sinne des Art. 188 vor, da die Übereignung gemäss Ehevertrag nur die teilweise Deckung der Frauengutsforderung von Fr. 13,000.— darstelle.

Eventuell beantragte die Beklagte Abweisung der Klage, soweit sie Fr. 2322.20 übersteige, mit der Begründung, dass sie von dem empfangenen Vermögen im Werte von

Fr. 8822.20 die privilegierte Hälfte ihrer Frauengutsforderung (Fr. 6500.—) in Abzug bringen dürfe.

C. — In Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Muri hat das Obergericht des Kantons Aargau am 3. November 1939 die Klage in der Höhe von Fr. 9747.20, auf welchen Betrag das übereignete Vermögen auf Grund einer Expertise bewertet wird, gutgeheissen und die Beklagte zu dessen Bezahlung verurteilt. Das Obergericht führt aus, nach den Akten sei als erstellt anzunehmen, dass der Ehevertrag vom 12. Juli 1937, der offenbar den Zweck verfolgte, die Klägerin für ihre Muttergutsforderung leer ausgehen zu lassen, sich als ein Vermögensübergang im Sinne von Art. 188 ZGB auswirke. Freilich könne sich auf Art. 188 nur der Gläubiger berufen, dessen Forderung vor dem Eintritt der Auseinandersetzung bezw. der Publikation des Güterstandswechsels entstanden sei. Dies sei aber hier der Fall, da die Klägerin schon seit ihrer Mündigkeit (1930) Anspruch auf Herausgabe ihres Muttergutes gehabt habe. Nach der geltenden Auslegung des Art. 188 Abs. 2 ZGB hafte der Ehegatte, der bei der Auseinandersetzung Vermögenswerte empfangen habe, den Gläubigern des andern persönlich, also sei die Beklagte passiv legitimiert. Auseinandersetzung und Vermögensübergang im Sinne von Art. 188 sei namentlich auch die Tilgung der Ersatzforderung eines Ehegatten für nicht mehr vorhandenes eingebrachtes Gut durch Hingabe von Vermögenswerten an Zahlungsstatt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 45 II 113 ff.) und entgegen der an dieser seither in der Literatur geübten Kritik könne die Beklagte sich ihrer Haftung gemäss Art. 188 Abs. 2 gegenüber auch nicht darauf berufen, dass sie vordem für die Hälfte ihrer Frauengutsforderung privilegiert war.

D. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage im vollen Umfange, eventuell soweit sie mehr

als Fr. 2322.20 verlangt. Auf mündlichen Vortrag vor Bundesgericht haben die Parteien verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Hinsichtlich der von der Beklagten vor den Vorinstanzen erhobenen Einwendungen, sie könne nicht persönlich belangt werden, die Forderung der Klägerin sei erst nach dem Vermögensübergang entstanden, und die Deckung einer Frauengutsforderung stelle keinen Vermögensübergang im Sinne des Art. 188 ZGB dar, kann ohne weitere Ausführungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanzen verwiesen werden, die mit der geltenden Rechtsprechung im Einklang stehen.

2. — Letzteres ist auch der Fall hinsichtlich der Frage, ob die Beklagte die Deckung ihrer bisherigen Frauengutsforderung — in Konkurrenz mit der Forderung der Klägerin — oder allenfalls wenigstens der vordem privilegierten Hälfte derselben verlangen kann, was das Bundesgericht verneint hatte (BGE 45 II 115 Erw. 3). An dieser Rechtsprechung kann indessen nach erneuter Prüfung nicht festgehalten werden (vgl. die Kritik bei EGGER Komm. Art. 188 N. 15, GMÜR Art. 188 N. 9 a-b, MUTZNER SchlT Art. 11 N. 23; HELD, SJZ 19 S. 40 ff.; BOSSHARDT, Gläubigerschutz bei Veränderung und Auflösung des Güterstandes, S. 69 ff.; GUHL, ZbJV 64 S. 165; HOMBERGER, ZbJV 68 S. 4). Nach jener Praxis stellt sich die Ehefrau bei der in der Regel gerade zu ihrem Schutze vorgenommenen Auseinandersetzung und Gütertrennung schlechter, als wenn sie den bisherigen Zustand hätte weiter bestehen lassen und sich auf die Wahrung ihrer Ansprüche durch Teilnahme am allfälligen Konkurse des Ehemannes bzw. durch Anschlusspfändung beschränkt hätte, wobei sie für die privilegierte Hälfte ihrer Frauengutsforderung (gegenüber nicht privilegierten Mannesgläubigern) vorweg gedeckt worden wäre und für die andere Hälfte mit jenen Gläubigern konkurriert hätte. Die ratio legis des Art. 188 geht lediglich dahin, den

Drittgläubiger, dem bisher ein bestimmter Vermögenskomplex haftete, vor Benachteiligung infolge Übertragung von solchem Vermögen auf den andern Ehegatten zu schützen. Nach der bisherigen Rechtsprechung hat die Vermögensverschiebung zwischen den Ehegatten, also das Rechtsgeschäft, von dem das Gesetz will, dass es auf die Haftungsverhältnisse ohne Einfluss bleibe, trotzdem Wirkungen auf diese, nämlich in dem der Absicht der Eheleute entgegengesetzten Sinne einer Schlechterstellung der Ehefrau und Besserstellung des Gläubigers gegenüber dem vorherigen Zustande. Kann schon die Schlechterstellung der Ehefrau nicht ohne weiteres in jedem Falle als gerechte Sanktion eines vom Gesetze missbilligten Manövers anerkannt werden, da die Frau bei der Transaktion gutgläubig gewesen sein kann, so zeigt vor allem die Besserstellung der Gläubiger die Unbilligkeit der Lösung; denn niemals kann der böse Glaube einem Dritten einen Vorteil verschaffen, den dieser *ohne* die bösgläubig erfolgte Handlung des andern nicht erlangt hätte. Diese Auslegung des Art. 188 Abs. 2 geht somit über das vom Gesetze angestrebte Ziel hinaus. Wenn der Sinn der Vorschrift dahin geht, dass das empfangene Vermögen für alle Schulden, für die es im Zeitpunkte des Übergangs haftete, nach diesem weiterhaften soll, so ist als eine solche Manneschuld auch die Frauengutsforderung zu berücksichtigen. Diesem Postulat kann die konstruktive Schwierigkeit, dass die Frauengutsforderung mit der Deckungsübereignung getilgt worden ist und daher im Zeitpunkte der Belangung der Ehefrau von dieser nicht mehr zur Verrechnung gegen sich selbst bzw. gleichsam zur Anschlusspfändung bei sich selbst verwendet werden könne, nicht entgegenstehen. Wenn durch die Weiterhaftung des übergegangenen Vermögens und die direkte Belangung der Frau gemäss Art. 188 der Vermögensübergang nachträglich in seinem Effekt, wirtschaftlich betrachtet, wieder als unbeachtlich behandelt wird, so muss andererseits ein Wiederaufleben der durch ihn nur vermeintlich befrie-

digten Frauengutsforderung angenommen werden. Die Haftung der Ehefrau nach erfolgter Auseinandersetzung und durchgeführter Gütertrennung für die Manneschulden erscheint nur als Nachwirkung des vorangegangenen Güterstandes, woraus billigerweise weiter folgt, dass die Haftung des Frauenvermögens unter der neu eingeführten Gütertrennung nicht ausgedehnter sein kann, als sie es unter dem früheren Güterstande war (HOMBERGER a.a.O. S. 5). Die gleiche Folgerung ergibt sich auch aus der analogen Anwendung von Art. 188 Abs. 3 ZGB, wonach das, « was die Ehefrau aus dem Konkurse des Ehemannes oder in einer Anschlusspfändung zurückerhält, den Gläubigern des Ehemannes, soweit sie nicht auch Gläubiger der Ehefrau sind, entzogen bleibt ». Für die Frauengutsforderung war die Ehefrau Gläubigerin des Mannes bis zur Deckungsübereignung und wird es wieder, sobald und soweit sie nach dieser die andern Gläubiger befriedigt haben wird. Die beiden in Art. 188 gegebenen Möglichkeiten: einerseits Exekution gegen den Ehemann unter Admassierung bzw. Mitpfändung des auf die Frau übergegangenen Haftungssubstrats und Beteiligung bzw. Anschluss der Ehefrau für ihre Frauengutsforderung (Abs. 1), anderseits Exekution gegen die Ehefrau bis zum Betrage des Empfangenen (Abs. 2) stellen nur zwei verschiedene Wege zur Verwirklichung desselben, in Art. 179 Abs. 3 allgemein aufgestellten Grundsatzes der Unveränderbarkeit der Vermögenshaftung dar und müssen daher zum gleichen rechnerischen Resultat führen. Die Ehefrau muss nach Abs. 2 auf ihre Forderung gleichviel erhalten, als sie nach Abs. 1 erhielt. Insoweit Abs. 2 nach seinem Wortlaute nicht zu diesem Ergebnis führt, liegt eine Lücke des Gesetzes vor, die der Ausfüllung bedarf.

Wenn in dem fraglichen Urteile die Berücksichtigung der Frauengutsforderung u. a. mit der Erwägung abgelehnt wurde, ob und inwieweit die Ehefrau ohne die Gütertrennung wirklich Deckung erhalten hätte, lasse sich

nachträglich nicht beurteilen, weil es unmöglich sei festzustellen, welches die Forderungen gewesen wären, mit denen sie in der Vollstreckung gegen den Ehemann hätte in Konkurrenz treten müssen (S. 117), wird zu Unrecht angenommen, es müsste auf eine fiktive Exekution gegen den Ehemann mit hypothetischem Forderungsbestand abgestellt werden. Es handelt sich um eine effektive Vollstreckung gegen die Ehefrau in das empfangene Vermögen, bei der als Forderungen, neben der Frauengutsansprache, nur diejenigen der sie gerade betreibenden bzw. klagenden Gläubiger in Betracht fallen, deren Höhe und Rang feststehen. Alle Mannesgläubiger, denen das Vermögen vor dem Übergange haftete, einzubeziehen und das Vermögen proportional auf sie zu verteilen, kommt so wenig in Frage wie nach der bisherigen, die Frauengutsforderung nicht berücksichtigenden Praxis; wer von den Gläubigern zuerst nach Art. 188 Abs. 2 gegen die Ehefrau vorgeht, kommt neben derselben zuerst zum Zug.

Was im vorstehenden über die Berücksichtigung der Frauengutsforderung gesagt wurde, bezieht sich grundsätzlich auf den *ganzen* Betrag derselben, nicht nur auf deren privilegierte Hälfte. Das Bestehen einer privilegierten Hälfte hat notwendigerweise das Bestehen einer ganzen Forderung zur Voraussetzung, und wenn jene geltend gemacht werden darf, so auch diese, nur eben mit dem Rangunterschied. Wollte man nur die privilegierte Hälfte in Abzug bringen lassen, dagegen die nicht privilegierte von der Konkurrenz mit den Gläubigern ausschliessen, so hätte diese Anwendung des Art. 188 Abs. 2 immer noch eine Schlechterstellung der Ehefrau und Besserstellung der Gläubiger gegenüber ihrer Lage, wie sie ohne den Vermögensübergang wäre, zur Folge, was zu vermeiden das ausschlaggebende Motiv der vorliegenden Änderung der Praxis bildet. Befinden sich unter den gemäss Art. 188 Abs. 2 gegen die Ehefrau eingeklagten bzw. in Betreibung gesetzten Forderungen

ebenfalls privilegierte, so können es nur solche der 1. bis 3. Klasse sein, die daher der privilegierten Frauen-gutshälfte vorgehen. Für die unprivilegierte Hälfte konkurriert die Ehefrau mit den geltend gemachten gleich-rangigen Drittforderungen...

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

3. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Februar 1940
i. S. Hammel gegen Vormundschaftsbehörde Kleinlützel.

Vor der Anordnung einer *Beiratschaft* (Art. 395 Abs. 1 oder 2 ZGB) muss die betreffende Person angehört werden (entsprechend Art. 374 Abs. 1, siehe Art. 397 ZGB); dagegen kann je nach den Umständen von der Einholung eines Sachverständigenbefundes (wie im Entmündigungsverfahren auf Grund von Art. 369 vorgeschrieben, Art. 374 Abs. 2 ZGB) abgesehen werden, auch wenn geistiges Ungenügen die Veranlassung zum Einschreiten der Behörden bildet.

Die *Verbindung von Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft* ist am Platze, wo die eine oder andere Art der Beiratschaft nicht genügt und andererseits eine über Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB hinausgehende Einschränkung der Selbständigkeit im Sinn einer Bevormundung unnötig wäre.

L'autorité ne peut instituer de conseil légal (art. 395 al. 1 ou 2 CC) avant d'avoir entendu l'intéressé (conformément à l'art. 374 al. 1, v. art. 397 CC); en revanche, elle peut, dans certains cas, renoncer à l'expertise que l'art. 369 prescrit pour la procédure de mise sous tutelle (art. 374 al. 2 CC), même lorsque son intervention est rendue nécessaire par une insuffisance intellectuelle de l'intéressé.

Il y a lieu d'ordonner à la fois les mesures prévues aux al. 1 et 2 de l'art. 395 CC lorsque l'une de ces mesures serait insuffisante et qu'il n'est cependant pas nécessaire d'instituer une tutelle.

Prima della nomina di un assistente (art. 395 cp. 1 e 2 CC), l'interessato dev'essere udito (conformemente all'art. 374 cp. 1, vedi art. 397 CC); invece, secondo le circostanze, si può fare a meno di una perizia, che l'art. 369 prescrive per la procedura d'interdizione (art. 374 cp. 2 CC), anche se l'intervento dell'autorità è dovuto a insufficienza intellettuale dell'interessato.

Si debbono ordinare *congiuntamente* le misure previste dai cap. 1 e 2 dell'art. 395 CC, allorchando una di queste misure sia insufficiente e tuttavia non appaia necessario procedere all'interdizione.

Die vom Obergericht des Kantons Solothurn mit Entscheid vom 21. November 1939 unter Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB) gestellte Martha Hammel, geboren 1914, zieht dieses Urteil mit zivilrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht und beantragt, die Beiratschaft sei abzulehnen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Das kantonale Urteil betreffend die geistig beschränkte, unerfahrene und leicht beeinflussbare Martha Hammel ist zu bestätigen. Sie gedenkt einen Knecht zu heiraten, der es, nach seinem Vorleben und seinem Auftreten zu schliessen, namentlich auf das Vermögen abgesehen hat. Es besteht Gefahr, dass die schwach begabte, vom frühern Vormund als naiv bezeichnete Person sich von diesem Bewerber zu ungünstigen Verfügungen bestimmen lässt.

In der Beschwerde wird mit Hinweis auf Art. 374 Abs. 2 ZGB geltend gemacht, das geistige Unvermögen müsste durch das Gutachten eines Sachverständigen festgestellt sein. Das trifft nicht zu. Art. 397, der für das Verfahren der Verbeiständung (im weitern Sinne, d.h. mit Einschluss der Verbeiratung, vgl. den Randtitel zu Art. 392 ff.) die bei der Bevormundung geltenden Vorschriften anwendbar erklärt, bezieht sich in erster Linie auf Art. 373 und (in seinem Abs. 2) auf Art. 375. Dagegen ist Art. 374 auf die Beistandschaft schon deshalb nicht allgemein anwendbar, weil diese Massnahme unter Umständen zum Schutze abwesender Personen, auch solcher mit unbekanntem Aufenthalt, zur Wahrung der Interessen eines Kindes vor der Geburt oder zur Sicherung eines Vermögens, dem eine Verwaltung fehlt, getroffen werden muss. Die Beiratschaft, als Beschränkung der Handlungsfähigkeit, steht freilich der Vormundschaft näher. Es