Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 36 (1917)

Artikel: Über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung

Autor: Blocher, E.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896385

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung.

Von Dr. E. Blocher,
Zivilgerichtspräsidenten in Basel.

I.

Das besondere Auseinandersetzungsrecht des Art. 154 ZGB.

Durch die Scheidung wird die eheliche Gemeinschaft, die durch die Trauung begründet worden ist, wie in persönlicher, so auch in vermögensrechtlicher Beziehung wieder aufgelöst. Die Scheidung bildet also gleich wie der Tod eines Ehegatten oder der Eintritt der Gütertrennung einen Auflösungsgrund der vermögensrechtlichen Gemeinschaft. Die Folge dieser Auflösung ist die Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens. Diese Auseinandersetzung kann, unbekümmert darum, ob der Auflösungsgrund im Tod eines Ehegatten, im Eintritt der Gütertrennung oder in der Ehescheidung liegt, grundsätzlich in gleicher Weise geregelt sein. So ist es auch nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Code civil français; die Auseinandersetzung ist in diesen beiden Gesetzen für den Fall der Scheidung, von einigen wenigen Sonderbestimmungen abgesehen, in gleicher Weise geordnet wie für die Auflösung der Ehe infolge Todes.[1]) Auch die früheren

---

[1]) S. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, Familienrecht, 8. u. 9. Aufl., § 180 u. § 186; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 5. Aufl., Bd 1, S. 410 ff.

kantonalen Rechte haben häufig[2]) auf die Auseinandersetzung infolge von Scheidung einfach die Auseinandersetzungsvorschriften infolge Todes eines Ehegatten übertragen. Ebenso knüpft das eidgenössische Recht für die Auseinandersetzung von Gesellschaftsvermögen und Gemeinderschaften keine Unterschiede an die verschiedenen Auflösungsgründe.[3])

Anders aber das Zivilgesetzbuch für die Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens. Es ordnet diese Auseinandersetzung verschieden, je nach dem Grund, aus dem die Auflösung eingetreten ist. Diese Eigenart des ZGB gegenüber dem BGB und dem C. c. fr. tritt schon äusserlich dadurch deutlich in Erscheinung, dass die Auseinandersetzung je nach dem Auflösungsgrunde an verschiedenen Stellen des Gesetzes geordnet ist: für die Scheidung in Art. 154, für die Gütertrennung in Art. 189 und für den Fall des Todes in den Abschnitten über die einzelnen Güterstände, in den Art. 212 ff. für die Güterverbindung, in Art. 225 und 236 für die Gütergemeinschaften. Dieser äusseren Anordnung entspricht auch der Inhalt der Auseinandersetzungsvorschriften. Je nach dem Auflösungsgrund ist der Inhalt des Auseinandersetzungsrechts verschieden. Jedenfalls knüpfen sich an die Auflösung infolge des Todes eines Ehegatten andere Wirkungen als an die Scheidung, während allerdings bei der fast wörtlichen Übereinstimmung von Art. 154 mit Art. 189 die Unterschiede zwischen der Auseinandersetzung infolge von Scheidung und Gütertrennung weniger tiefgreifend und sichtbar sind.

Das wesentliche Merkmal der Auseinandersetzung infolge von Scheidung besteht darin, dass sie grundsätzlich unabhängig vom Güterstand erfolgt, während die

---

[2]) S. Willwoll, Die Nebenfolgen der Ehescheidung, Berner Dissertation 1902, S. 31 ff.; Huber, Schweiz. Privatrecht Bd 1, S. 204 ff.

[3]) S. OR Art. 548 ff., 580 ff., 611, ZGB Art. 343 ff.

normale Auseinandersetzung infolge Todes eines Ehegatten auf Grund des Güterstandes einzutreten hat; inwiefern auch die Auseinandersetzung infolge von Gütertrennung gemäss dem Güterstande geschieht, soll hier nicht erörtert, dagegen immerhin darauf hingewiesen werden, dass Art. 189 im Gegensatz zu Art. 154 Abs. 1 die Unabhängigkeit vom Güterstand nicht ausdrücklich erwähnt. Diese Unabhängigkeit bei der Auseinandersetzung infolge von Scheidung ist in Art. 154 freilich nur für das Zerfallen des ehelichen Vermögens in die Eigengüter ausdrücklich ausgesprochen. Dass sie aber grundsätzlich überhaupt gilt, sofern Art. 154 nicht selbst auf den Güterstand verweist, wie für die Teilung des Vorschlages, ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Tatsache, dass durch Art. 154 eine und dieselbe Regelung für die Auseinandersetzung aller nach dem Zivilgesetzbuch möglichen ehelichen Vermögen getroffen worden ist. Es wird kein Unterschied gemacht, ob es sich um das eheliche Vermögen einer Güterverbindung mit dem getrennten Eigentum für jeden Ehegatten handelt, oder um das beiden Gatten zur gesamten Hand gehörende eheliche Vermögen der Gütergemeinschaftsehe, oder um das im Alleineigentum des Mannes stehende eheliche Vermögen der Gütereinheitsehe. In der Annahme einer durchgehenden Unabhängigkeit von jedem Güterstand wird man ferner noch bestärkt durch Art. 134, der die Grundsätze des Art. 154 auch im Falle der Ungültigkeit einer Ehe für anwendbar erklärt.

Der Grundgedanke des Zivilgesetzbuches, die Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens je nach dem Grunde der Auflösung verschieden zu gestalten, insbesondere bei Scheidung der Ehe anders als im Todesfalle und dann unabhängig vom Güterstande, ist trotz der Eigenart gegenüber dem sonst herrschenden Rechte gänzlich unangefochten geblieben. Art. 154 ist bei der Schaffung des Gesetzes weder nach seinem Inhalt, noch nach Fassung und Stellung im Gesetz irgendwelchen erheblichen Änderungen unterworfen worden; Erläuterungen, Botschaft

und die Verhandlungen in der Bundesversammlung streifen den Artikel jeweilen nur mit wenigen Worten.[4]) Der Grund für diese Erscheinung dürfte vorwiegend darin liegen, dass die Lösung des Zivilgesetzbuches innerlich durchaus gerechtfertigt ist, weil Tod und Scheidung als Auflösungsgründe ihrer Natur nach so verschieden sind, dass sich die verschiedene Gestaltung der folgenden Auseinandersetzung in hohem Masse empfiehlt.

Diese Verschiedenheit der Auseinandersetzung wird in der Literatur nicht immer deutlich und entschieden genug festgehalten. So heisst es z. B. im Manuel du droit civil suisse von Rossel und Mentha (Bd I, S. 223) in bezug auf die Rücknahme der Eigengüter: „Cette reprise s'exercera en nature ou par équivalent, et l'on s'en tiendra aux dispositions légales concernant les divers régimes matrimoniaux“.... Namentlich gegenüber den Güterverbindungsehen wird der Unterschied zwischen der normalen Auseinandersetzung und derjenigen infolge Scheidung oft verwischt. Egger beispielsweise sagt in Anmerkung 1 seines Kommentars zu Art. 212 und 213 und entsprechend in Anmerkung 2c zu Art. 154: „Die Güterverbindung wird aufgehoben durch die Auflösung der Ehe durch Tod des Ehemannes (Art. 212) oder der Ehefrau (Art. 213). Die Aufhebung erfolgt in derselben Weise bei Auflösung der Ehe durch Scheidung....“ Tuor sagt ähnlich: „Wenn ... die Ehegatten unter dem ordentlichen Güterstand lebten, dann findet die Auseinandersetzung einfach nach den Grundsätzen dieses Systems, analog wie bei Auflösung der Ehe infolge Todes, statt.“ (Das neue Recht, S. 131.) Anders dagegen Gmür, der den Unterschied der Auseinandersetzung auch bei der Güterverbindung z. B. in Anmerkung 5 zu Art. 189 seines Kommentars deutlich hervorhebt.[5])

---

[4]) S. Erläuterungen S. 138, 159, Botschaft S. 24 f., Sten. Bulletin der BVers. v. 19. Juni 1950, S. 633 und v. 3. Oktober 1905 S. 1079.

[5]) Vergl. auch Held in Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd 49, S. 559 f.

Bei der Güterverbindungsehe sind die Unterschiede zwischen der normalen Auseinandersetzung infolge des Todes eines Ehegatten und der Scheidungsauseinandersetzung nach Art. 154 allerdings bei weitem nicht von der grossen Tragweite wie bei den anderen Güterständen; denn in der Hauptsache entspricht Art. 154 unzweifelhaft dem Güterverbindungssystem: Art. 154 ordnet wie Art. 212 f. den Rückfall des Eingebrachten an und regelt die Tragung des allfälligen Rückschlages übereinstimmend mit Art. 214; der Vorschlag ist auch bei Scheidung grundsätzlich nach dem Güterstande zu teilen. Aus dieser Gleichheit in den Hauptzügen der Auseinandersetzung aber schliessen zu wollen, die Auseinandersetzung bei der Scheidung sei überhaupt gleich wie die nach Art. 212 ff., ist unrichtig. Daraus folgt lediglich, dass sich bei Art. 154 sehr oft Güterverbindungssätze analog anwenden lassen, mehr aber nicht.[6]) Wie verfehlt es theoretisch und praktisch wäre, auf die Auseinandersetzung nach Art. 154 schlechthin die Güterverbindungsnormen anzuwenden, wird leicht ersichtlich, wenn man mit Art. 196 Abs. 1 die Probe aufs Exempel macht. Art. 196 Abs. 1 enthält für die Güterverbindung die Vermutung, dass die Vermögenswerte des ehelichen Vermögens zum Mannesgute gehören. Diese Vermutung und Beweislastregel zugunsten des Mannes gilt nach herrschender Meinung nicht nur gegenüber den Gläubigern, sondern auch unter den Ehegatten selbst, also bei der Auseinandersetzung infolge Todes eines Ehegatten.[7]) Sollte dieser Rechtssatz wirklich auch bei der Auseinandersetzung infolge Scheidung zur Anwendung kommen, weil es sich um eine Güterverbindungsvorschrift handelt? Die daraus folgende Benachteiligung der Frau bei der Rücknahme des Eigengutes wäre so handgreiflich ungerechtfertigt, dass kaum ein

---

[6]) Vergl. BGE, A.-S. Bd 41, II. Teil, S. 334 oben.

[7]) S. Egger, Anm. 1d und Gmür, Anm. 2 und 10 zu Art. 196.

Richter dazu Hand böte. Und mit Recht: Art. 196 Abs. 1 ist eine Sonderbestimmung für den Güterstand der Güterverbindung, die bei der vom Güterstand unabhängigen Auseinandersetzung nach Art. 154 ausgeschaltet ist.[8]) Ist die Auseinandersetzung für den Fall der Scheidung auch in manchen und wichtigen Punkten dem Güterverbindungssystem entsprechend geregelt, in bezug auf die Beweislast für das behauptete Eigengut fehlt es an der Grundlage für die analoge Anwendung von Art. 196 Abs. 1. Mann und Frau sind für die Güter, die sie als Eigengüter zurücknehmen wollen, in gleicher Weise beweispflichtig; Art. 154 bietet keinerlei Anhaltspunkt für eine dem Art. 196 Abs. 1 entsprechende Bevorzugung des Mannes gegenüber der Frau, wie denn auch das Bundesgericht in ganz anderem Zusammenhange schon darauf hingewiesen hat, dass bei Art. 154 Mann und Frau einander gleichgestellt sind.[9])

Ich komme deshalb zu dem theoretisch und praktisch wichtigen Ergebnis, dass Art. 154 ein besonderes, auch vom Güterverbindungsrecht abweichendes Auseinandersetzungsrecht enthält. Selbstverständlich soll damit nicht gesagt sein, dass nicht zahlreiche Rechtssätze, die in Art. 154 liegen, auch bei den übrigen Auseinandersetzungen von Güterverbindungsehen in gleicher Weise Geltung haben. Es soll damit nur entgegen der bis jetzt vorwiegenden Meinung betont werden, dass die Scheidungsauseinandersetzung grundsätzlich unabhängig auch vom Güterverbindungsrechte vorgenommen werden muss. Ob dieser Gedanke

---

[8]) Ebenso Gmür, Komm. zu Art. 154, Anm. 14. — Bei dieser Gelegenheit sei darauf hingewiesen, dass in dieser Beziehung die Auseinandersetzung infolge des Eintrittes von Gütertrennung vielleicht abweicht von der Scheidungsauseinandersetzung. Nicht nur fehlen in Art. 189 Abs. 1 gegenüber Art. 154 Abs. 1 die Worte: „Unabhängig von dem Güterstand", sondern auch die Natur des Auflösungsgrundes erheischt nicht so gebieterisch wie bei der Scheidung jene Unabhängigkeit vom Güterstand.

[9]) BGE, A.-S. Bd 40, II. Teil, S. 172, Bd 41, II. Teil, S. 333 oben.

wichtig und fruchtbar ist, mag nach den späteren Ausführungen über die Auseinandersetzung beurteilt werden.

II.

Vom Verfahren und Umfang der Auseinandersetzung.

Art. 49 des Bundesgesetzes über Zivilstand und Ehe hatte vorgeschrieben, dass das Gericht über die Folgen der Ehescheidung „in betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichts der Kinder, und der dem schuldigen Teile aufzuerlegenden Entschädigungen" „von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien zu gleicher Zeit wie über die Scheidungsklage" entscheiden müsse. Eine solche Vorschrift enthält das Zivilgesetzbuch ausdrücklich nicht mehr; dagegen ist meines Erachtens sicher dem Art. 156 des Zivilgesetzbuches derselbe Sinn zu entnehmen für die Regelung der Elternrechte und den Art. 151 bis 153 für die da erwähnten Entschädigungen. Aus dem engen Zusammenhang zwischen den in den Art. 151 bis 153 vorgesehenen vermögensrechtlichen Leistungen und der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach Art. 154 ist ferner zu schliessen, dass auch nach dem neuen Rechte die güterrechtliche Auseinandersetzung wie früher im Scheidungsverfahren selbst vorzunehmen ist. Eine Unterstützung für diese Auffassung ergibt sich auch aus Art. 145, der nach Erhebung der Scheidungsklage den Richter zu vorsorglichen Massregeln in bezug auf die güterrechtlichen Verhältnisse ermächtigt. Schon unter der Geltung des Art. 49 des Zivilstandsgesetzes erwies es sich jedoch entgegen dem Wortlaute des Gesetzes als nötig, Ausnahmen zu gestatten, da es güterrechtliche Verhältnisse gibt, die schlechterdings nicht gleichzeitig mit dem Scheidungsverfahren auseinandergesetzt werden können.[10]) Ebenso wird eine solche Tren-

[10]) Vergl. für das frühere Recht Willwoll, S. 20 f. und Schneiders Komm. zu § 626 Abs. 2 des Zürcher PG.

nung von Scheidungs- und Auseinandersetzungsverfahren unter dem neuen Rechte zulässig sein, und tatsächlich kommen solche Fälle, wie es scheint, nicht selten vor.[11]) Diese Praxis ist auch unbedenklich, sofern nur im Scheidungsverfahren die güterrechtliche Auseinandersetzung wenigstens so weit klargestellt wird, dass über die Leistungen nach Art. 151 bis 153 in billiger Weise entschieden werden kann; wegen der engen Beziehungen zwischen den Ansprüchen aus Art. 151 bis 153 und der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist diese Einschränkung freilich nötig.

Es kann allerdings Fälle geben, in denen Scheidungsverfahren und güterrechtliche Auseinandersetzung auseinanderfallen, ohne dass der Richter die Trennung der Verfahren anordnet. Wenn nämlich die Parteien aus irgendeinem Grunde, sei es absichtlich, sei es unabsichtlich, z. B. aus Versehen, keine Begehren über die güterrechtliche Auseinandersetzung stellen, so wird der Richter nach kantonalem Prozessrecht gewöhnlich auf diese Auseinandersetzung auch nicht eintreten; denn von Amtes wegen muss er die Vermögensverhältnisse entgegen Art. 49 des Zivilstandsgesetzes nicht mehr prüfen. In solchen Fällen kann dann der Richter auch bei der Entscheidung über die Leistungen nach Art. 151 bis 153 die vermögensrechtlichen Verhältnisse nach Art. 154 nicht berücksichtigen, was sich die Parteien jedoch selbst zuzuschreiben haben.

Gemäss dem Willen des Zivilgesetzbuches soll aber die Auseinandersetzung nach Art. 154 regelmässig im Scheidungsverfahren und gleichzeitig mit der Scheidung stattfinden. Anders ausgedrückt: in der Regel sollen Auflösungsgrund und Auseinandersetzung gleichzeitig ein-

---

[11]) Beispiele: Zeitschr. Bern. Jur.-Ver. 1916 Bd 52, S. 143, S. 349; Entsch. des Appellationsgerichts von Basel-Stadt Bd II S. 249; als unzulässig hat der Bern. Appellationshof die Übertragung der Auseinandersetzung an einen Notar erklärt, selbst bei übereinstimmenden Anträgen der Parteien, Zeitschr. Bern. Jur.-Ver. 1916 Bd 52, S. 31 f.

treten. Erfolgt die Auseinandersetzung erst nach der Scheidung, so ist zwar die güterrechtliche Gemeinschaft aufgelöst, aber noch nicht auseinandergesetzt. Diese für das schweizerische Scheidungsrecht ausnahmsweise Rechtslage entspricht sonst der gewöhnlichen Regelung: so beim Tode eines Ehegatten, bei Eintritt richterlicher Gütertrennung und bei der vertraglichen Gütertrennung, wenn nicht gleichzeitig die Auseinandersetzung vorgenommen wird, ferner im Gesellschaftsrecht, da gewöhnlich die Liquidation nicht schon mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes durchgeführt sein kann. Im Gebiete des reichsdeutschen Scheidungsrechts können Auflösung und Auseinandersetzung nur bei aussergerichtlicher Verständigung zusammenfallen, da nach § 615 der deutschen Zivilprozessordnung die vermögensrechtlichen Ansprüche nie mit dem Scheidungsverfahren verbunden werden können. Dieser Unterschied ist zu beachten, damit nicht aus dem übrigen Auseinandersetzungsrecht auf die im Scheidungsverfahren erledigte Auseinandersetzung Vorschriften angewandt werden, die ihren Grund im Auseinanderfallen von Auflösungsgrund und Auseinandersetzung haben. Als Beispiel ist die Sicherheitsleistungspflicht zu nennen, die in Art. 189 Abs. 3 vorgesehen ist für den Fall, dass die Gütertrennung zwar eingetreten ist, die Auseinandersetzung aber noch nicht stattgefunden hat. Ehegatten, deren güterrechtliche Verhältnisse gleichzeitig mit der Scheidung auseinandergesetzt worden sind, können deshalb nicht unter Berufung auf Art. 189 Abs. 3 auch für die Zeit nach erfolgter Auseinandersetzung noch Sicherheitsleistung verlangen. Für die Zeit während des Prozesses ist die Sicherheitsleistung nach Art. 145 möglich, nachher soll jeder Ehegatte das Auseinandersetzungsurteil vollstrecken lassen. Einem Sicherheitsleistungsbegehren kann analog Art. 189 Abs. 3 nur entsprochen werden, wenn das Scheidungsurteil die Auseinandersetzung aus irgendeinem Grunde nicht vorgenommen hat. Wird freilich die Auseinandersetzung im Urteil in der Weise

vorgenommen, dass einem Ehegatten die Erfüllung seiner Pflichten aus der Auseinandersetzung gestundet wird, wie es z. B. Gmür in Anmerkung 16 zu Art. 154 als zulässig erachtet, dann freilich wird in solchen Fällen analog zu Art. 189 auch die Sicherheitsleistungspflicht bejaht werden dürfen.

Fallen entgegen der Regel des Art. 154 Auflösung und Auseinandersetzung nicht zusammen, so wird die spätere Auseinandersetzung doch immer wie im Regelfalle auf den Zeitpunkt der Auflösung, also des Scheidungsurteils, nicht auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung, aber auch nicht etwa, wie im französischen Recht,[12]) auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zu erfolgen haben.

Mit der Tatsache, dass das Zivilgesetzbuch die Auseinandersetzung in der Regel im Scheidungsverfahren selbst vorgenommen haben will, stehen wichtige Erscheinungen über den Umfang der Auseinandersetzung im Zusammenhang, die für die ganze Art der Auseinandersetzung derart wesentlich sind, dass sie auch dann Geltung haben, wenn ausnahmsweise die Auseinandersetzung verschoben wird.

Namentlich ist festzuhalten, dass die Auseinandersetzung nach Art. 154 lediglich das Verhältnis unter den Ehegatten selbst ordnet. Auch ein Rechnungsruf, wie er früher im kantonalen Recht etwa eintrat, ist nicht mehr vorgesehen.[13])

Die Stellung der Gläubiger wird durch Art. 188 ZGB von Gesetzes wegen geregelt; da sich nach Art. 188 Abs. 2 die Gläubigerrechte infolge der Auseinandersetzung ändern können, so wäre denkbar, dass den Gläubigern durch das kantonale Prozessrecht ein Interventions-

---

[12]) S. Rossel et Mentha, Manuel Bd I, S. 223; Planiol Droit Civil Bd I, S. 413.

[13]) Vergl. z. B. § 24 des baselstädtischen Gesetzes von 1884 über eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen; für Glarus bei Willwoll, S. 49.

recht im Auseinandersetzungsverfahren eingeräumt wird; eine andere Mitwirkung der Gläubiger ist ausgeschlossen.

Die Auseinandersetzung unter den Ehegatten bezieht sich aber nicht überhaupt auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche, die die Ehegatten aneinander haben. Art. 154 ordnet nur die güterrechtliche Auseinandersetzung, wie die Randbemerkung zu Art. 154 ausdrücklich sagt und wie sich auch aus der Natur des Begriffes Auseinandersetzung[14]) ergibt. Wo kein eheliches Vermögen, keine güterrechtlichen Beziehungen vorhanden sind, da gibt es auch keine Auseinandersetzung nach Art. 154. Da das Wesen der Gütertrennung im Fehlen güterrechtlicher Wirkungen der Ehe besteht, von Ausnahmen abgesehen, so hat also in der Regel bei Scheidung von Ehegatten, die in Gütertrennung leben, auch keine Auseinandersetzung stattzufinden. Ausnahmsweise können freilich auch bei Gütertrennung güterrechtliche Beziehungen bestehen, nämlich in bezug auf die Beiträge der Frau an die Lasten der Ehe, besonders in bezug auf die Ehesteuer, die nach Art. 247 unter den Regeln der Güterverbindung steht. Derartige Beziehungen sind naturgemäss auch nach Art. 154 auseinanderzusetzen.[15]) Ob die gewöhnlichen vermögensrechtlichen, nicht güterrechtlichen Ansprüche, die die Ehegatten aneinander haben, auch im Scheidungsprozess ausgetragen werden können, oder in einem besonderen Prozessverfahren zu erledigen sind, ist eine Frage des Zivilprozessrechts. Sie wird je nachdem bejaht oder verneint werden müssen, ob der Scheidungsrichter auch für die gewöhnlichen vermögensrechtlichen Ansprüche zuständig ist und ob diese Ansprüche nach dem

---

[14]) S. darüber Wielands Komm., Anm. 2 zu Art. 654; von Tuhr, der allgem. Teil des BGB Bd 1, S. 356.

[15]) Trotzdem ist die sehr allgemein gehaltene Bemerkung von Gmür (Anm. 8 zu Art. 154, vergl. auch Anm. 3 dort) unrichtig: „Mit der Ausscheidung der Eigengüter gemäss Abs. 1 ist die Liquidation des Ehevermögens nur dann erledigt, wenn die Ehegatten unter Gütertrennung lebten. . . .“

kantonalen Prozessrecht dem besonderen Verfahren für Scheidungsprozesse[16]) unterworfen sind. Fehlen diese Voraussetzungen, so ist die objektive Klagenhäufung von Scheidungsanspruch und gewöhnlichem vermögensrechtlichem Anspruch unzulässig.[17])

Diese Auffassung schliesst nicht aus, dass das Sondergut, das im allgemeinen unter den Grundsätzen der Gütertrennung steht (Art. 192 ZGB) und also nicht zum ehelichen Vermögen gehört (Art. 194 ZGB), vom Auseinandersetzungsverfahren nach Art. 154 betroffen wird, insofern, als dabei festgestellt werden muss, was jedem Ehegatten von vornherein als sein Sondergut zusteht.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung umfasst Aktiven und Passiven des ehelichen Vermögens. Insbesondere sind die schon früher fällig gewesenen und die durch die Auflösung der Ehe erst fällig werdenden Ersatzforderungen (ZGB Art. 209 und 223) zu erledigen. Dabei zeigt sich, wie unvollkommen unter Umständen die Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren ist; denn Zahl und Umfang der Ersatzforderungen sind namentlich abhängig von der Schuldentilgung und damit der Stellungnahme der Gläubiger. Treibt ein Gläubiger seine Forderung erst nach der Scheidung ein und hält er sich dabei, gestützt auf Art. 188 z. B. an Frauengut, trotzdem die Schuld unter den Ehegatten vom Manne zu tragen ist, so entsteht eine neue Ersatzforderung, die die Frau nachträglich noch muss geltend machen können. Solche nachträgliche Prozesse können immerhin schon im Scheidungsverfahren insofern vereinfacht werden, als auf Begehren der Parteien zum voraus festgestellt werden kann, wer

---

[16]) Vergl. dazu ZGB Art. 144, 158, baselstädt. Zivilprozessordnung § 183 ff.; Gisi, in dieser Zeitschr. Bd 32, S. 419 ff.; Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 824, deutsche Zivilprozessordnung, § 260. Vergl. auch unten Anm. 25.

[17]) Abweichend Entsch. des Appellationsgerichts Basel-Stadt, Bd II, S. 120.

von den Ehegatten für noch nicht getilgte bekannte Schulden aufzukommen hat; in Basel sind derartige Feststellungen auf Antrag der Parteien schon oft erfolgt, natürlich immer nur für die Ehegatten selbst und ohne Wirkung für die Gläubiger. Die nachträgliche Geltendmachung von Ersatzforderungen wird aber nur noch zulässig sein, wenn diese erst seit der Auseinandersetzung entstanden sind; jedenfalls gilt das dann, wenn im Auseinandersetzungsurteil festgestellt worden ist, dass, nach der in Basel üblichen Formel, kein Teil mehr an den anderen etwas zu fordern habe. Diese Feststellung wird dagegen die erst später entstehenden Ersatzforderungen von nachträglicher Geltendmachung nicht ausschliessen.

Diese Unvollkommenheit der Auseinandersetzung würde vermieden, wenn die Tilgung der auf dem ehelichen Vermögen haftenden Schulden in der Auseinandersetzung erzwungen werden könnte, sei es, dass sie von Gesetzes wegen vorgeschrieben wäre, oder doch von einer Partei verlangt werden könnte. Dies entspräche zwar durchaus der Natur der Auseinandersetzung, wie sie insbesondere bei der Liquidation von Gesellschaftsvermögen und, wenn auch etwas eingeschränkt, bei der Auseinandersetzung der erbrechtlichen Gemeinschaft zum Ausdruck kommt.[18]) Trotzdem könnte dem Begehren eines Ehegatten, dass die Schulden im Auseinandersetzungsverfahren getilgt werden müssten, nach Art. 154 kaum entsprochen werden: die Regelung des Verfahrens nach Art. 154, die Übertragung der Auseinandersetzung an den Scheidungsrichter in Verbindung mit dem Scheidungsverfahren, schliesst die zwangsweise Tilgung der Schulden durch die Auseinandersetzungsbehörde aus, wie mir denn auch ein solcher Antrag in der Praxis noch nie vorgekommen ist; auch einem Begehren um Sicherstellung analog Art. 610 Abs. 3 des ZGB wird mangels gesetzlicher Bestimmung

[18]) Vergl. von Tuhr, der allg. Teil des BGB Bd 1, S. 357, 363; Wieland, Komm. zu ZGB Art. 651 Anm. 8, OR Art. 549, ZGB Art. 610 Abs. 3.

kaum entsprochen werden können. Die Parteien müssen sich vielmehr bei der Auseinandersetzung nach Art. 154 mit einer blossen Zuweisung der Schulden an den einen und anderen Ehegatten begnügen.

Die Aktiven des ehelichen Vermögens sind in das Vermögen der einzelnen Parteien zu übertragen. Dabei scheint es mir wichtig, hervorzuheben, dass entgegen der Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht[19]) kein Anspruch auf Versilberung der Aktiven besteht; die Ehegatten sind vielmehr verpflichtet, sich mit der Zuweisung der Vermögenswerte in Natur zu unbeschränktem Alleineigentum zufrieden zu geben. Diese Auffassung widerspricht der Natur der Auseinandersetzung nicht und ist einzig verträglich mit dem Auseinandersetzungsverfahren, wie es in Art. 154 geordnet ist.

III.

Vom zeitlichen und örtlichen Anwendungsgebiet des Art. 154.

Es ist streitig, ob Art. 154 auf alle Ehen, die seit dem 1. Januar 1912 geschieden werden, anzuwenden sei oder nur auf diejenigen Ehen, die unter dem neuen Rechte geschlossen worden sind. Reichel und A. Huber[20]) wollen Art. 154 nur auf die neuen Ehen anwenden, weil nach Art. 9 des Schlusstitels für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unter den Ehegatten das alte Recht gelte. Andere und zwar die grosse Mehrzahl[21]) erklärten Art. 154 in allen Ehescheidungen seit dem 1. Januar 1912 gemäss Art. 8 des Schlusstitels als anwendbar. Diese Auffassung

---

[19]) Vergl. Zeller im Fickschen Kommentar zu OR Art. 549, Anm. 2 und Art. 582, Anm. 5.

[20]) Reichel, Komm., Anm. 1 zu Art. 8 des Schlusstitels; A. Huber, Schweiz. Jur.-Ztg, 8. Jahrg., S. 188.

[21]) Ostertag, Schweiz. Jur.-Ztg, 8. Jahrg., S. 383; Held, Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd 49, S. 556 ff., Giesker-Zeller, das intertemp. eheliche Güterrecht, S. 32 f.; Mutzner, in dieser Zeitschr. n. F. Bd 34, S. 185.

hat das Bundesgericht wiederholt gutgeheissen.[22]) Sie entspricht auch einzig der oben unter I besprochenen Bedeutung des Art. 154 — als einer vom Güterrecht losgelösten besonderen Norm des Scheidungsrechts.

Dieser Gesichtspunkt ist ebenso entscheidend bei der Beurteilung der weiteren Frage: ob die schweizerischen Gerichte bei der Scheidung von Ausländern oder von Schweizern, die im Ausland wohnen, die vermögensrechtlichen Folgen nach den Grundsätzen des Art. 154 zu ordnen haben oder aber nach den Grundsätzen, die im internationalen Rechte für das eheliche Güterrecht gelten, also z. B. nach dem Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes.

Da die Haager Übereinkunft über die Ehescheidung für die Regelung der vermögensrechtlichen Verhältnisse nichts vorschreibt,[23]) so ist die Frage für alle Ausländer, die in der Schweiz wohnen, ohne Unterschied, ob sie Vertragsstaaten angehören oder nicht, ausschliesslich nach dem schweizerischen Rechte, nach Art. 32 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter zu beurteilen. Je nachdem man nun aber die Auseinandersetzung infolge von Scheidung als eine Frage des ehelichen Güterrechts betrachtet oder als Bestandteil des Scheidungsrechts, muss man auf Grund des erwähnten Bundesgesetzes zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Reichel muss nach der beim intertemporalen Rechte geäusserten Meinung auf Art. 19, die Kollisionsnorm für das eheliche Güterrecht abstellen und deshalb die Auseinandersetzung nach dem Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes vornehmen, wie er es denn auch ausdrücklich in Bemerkung 7 zu Art. 59 7h des Schlusstitels sagt. Der Ansicht Reichels hat sich das Aargauische Obergericht angeschlossen, nach einem Urteil zu schliessen, das auszugsweise in der Schweizerischen

---

[22]) BGE, A.-S. 41, II. Teil, S. 332.

[23]) S. Hauser, Die Haager Übereinkunft betr. Ehescheidung, S. 56 ff.; Meili und Mamelock, Das internat. Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen, S. 235.

Juristenzeitung vom 1. Oktober 1916 (S. 108) veröffentlicht worden ist. So unterstellt auch die reichsdeutsche Rechtsprechung die Folgen der Scheidung in vermögensrechtlicher Beziehung dem Art. 15 des Einführungsgesetzes zum BGB, der güterrechtlichen Kollisionsnorm, und nicht Art. 17, der Kollisionsnorm für das Scheidungsrecht,[24]) was für das deutsche Recht ganz folgerichtig ist, da dort die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung im ehelichen Güterrechte und im allgemeinen nach dem Rechte des jeweiligen Güterstandes geregelt sind. Wo aber, wie im Rechte des ZGB, die vermögensrechtliche Auseinandersetzung Bestandteil des Scheidungsrechts ist, wo sie mit anderen Worten zu den Nebenfolgen der Scheidung gehört, da ist auch bei der Scheidung von Ausländern immer Art. 154 zugrunde zu legen, gemäss Art. 7h Abs. 3 des Gesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, der bestimmt, dass dann, wenn die Voraussetzungen zur Scheidung von Ausländern vorliegen, die Scheidung „im übrigen" nach schweizerischem Rechte zu erfolgen habe.[25]) Dasselbe gilt für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Scheidung von Schweizern im Auslande, gemäss Art. 7g Abs. 2 des erwähnten Bundesgesetzes, wiederum in Abweichung von Reichel, der auch für diesen Fall sagt, „dass die Lösung der güterrechtlichen Verhältnisse nach dem Rechte stattzufinden hat, welches diese Verhältnisse nach den sonstigen international-privatrechtlichen Normen beherrscht",[26]) was jedoch in auffallendem Widerspruche

---

[24]) S. Staudingers Komm. zu Art. 15 EG, Bem. III; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd II[2]), 1908, S. 234 Anm. 39.

[25]) Ebenso BGE, A.-S. 38, II. S. 55 f., 49 f. Bd 39, II. S. 308 f. mit der zweifellos richtigen Beschränkung auf güterrechtliche Ansprüche; vermögensrechtliche Ansprüche von Ehegatten, die in Gütertrennung leben, sind, weil nicht zu den Ansprüchen aus Art. 154 gehörend, keine Nebenfolgen der Scheidung. Vergl. auch die Ausführungen oben bei Anm. 16.

[26]) S. Anm. 1 zu Art. 59 7g des Schlusstitels.

zum Gesetze steht, das doch ausdrücklich die ausschliessliche Anwendung des schweizerischen Rechtes anordnet.

Das Ergebnis für das zeitliche und örtliche Anwendungsgebiet von Art. 154 besteht also darin, dass der schweizerische Richter seit dem 1. Januar 1912 die vermögensrechtliche Auseinandersetzung immer nach Massgabe des Art. 154 vorzunehmen hat, weil es sich dabei um eine Nebenfolge der Ehescheidung handelt. Damit ist freilich nicht jedes andere Recht ausgeschaltet, denn Art. 154 enthält in bezug auf den Vorschlag eine Verweisung auf das Recht des Güterstandes, also unter Umständen auf früheres und ausländisches Recht. Das Ergebnis, dass grundsätzlich immer Art. 154 massgebend ist, erscheint durchaus befriedigend, namentlich im Hinblick darauf, dass infolgedessen die Auseinandersetzung immer nach dem gleichen Rechte beurteilt wird wie die übrigen vermögensrechtlichen Leistungen, die in den Art. 151 und 152 vom Gesetzgeber absichtlich und mit Recht in engsten Zusammenhang mit der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung gebracht worden sind.

IV.

Die Rücknahme des Eigengutes.

In Absatz 1 des Art. 154 wird ausgesprochen, dass mit der Scheidung das eheliche Vermögen unabhängig vom Güterstand zerfalle in die beidseitigen Eigengüter. In der französischen Fassung heisst es, jeder Ehegatte „reprend" sein Eigengut, während der italienische Text davon abweichend und ungenau sagt, la sostanza conjugale diventa proprietà, was bei der Güterverbindung, sofern es sich nicht um eingebrachtes Geld und dergleichen handelt, gar nicht möglich ist, da das Eigengut trotz der Ehe im Eigentum des Einbringenden geblieben ist. Dieser Vorgang, der im Gesetze ohne Unterschied für die verschiedenen ehelichen Vermögen einheitlich mit „zerfallen", „zu-

rücknehmen" bezeichnet wird, hat jedoch wohl einen verschiedenen juristischen Inhalt bei den verschiedenen Güterständen. Wo infolge der Gütergemeinschaft das eheliche Vermögen beiden Ehegatten zu gesamter Hand gehört, da kann es nicht mit der Auflösung ipso jure zerfallen, so dass etwa ein Ehegatte mit der Scheidung ohne weiteres wieder sein Eigengut vindizieren oder darüber z. B. durch Verpfändung verfügen könnte; vielmehr ist vorerst die Auseinandersetzung nötig.[27]) Anders bei der Güterverbindung, bei der mit der Scheidung ipso jure die ehemännlichen Nutzungs- und Verwaltungsrechte dahinfallen und der freien Verfügung über das Eingebrachte meines Erachtens nichts im Wege steht. Der Unterschied erhält freilich nur dann praktische Bedeutung, wenn Scheidung und Auseinandersetzung zeitlich auseinanderfallen.[28])

Einheitlich für alle Güterstände zerfällt das eheliche Vermögen in die Eigengüter. Was zu den Eigengütern gehört, ist in Art. 154 nicht umschrieben, aber trotzdem darin zum Ausdruck gebracht. Sicher gehört nicht zum Eigengut im Sinne des Art. 154 das Sondergut, weil es überhaupt nicht Bestandteil des ehelichen Vermögens ist. Ebensowenig kann unter dem Eigengut die Errungenschaft im Sinne des Art. 239 verstanden werden. Demnach verbleiben als Eigengüter die eingebrachten Güter von Mann und Frau. Das Eigengut entspricht also dem Eingebrachten bei der Güterverbindung gemäss Art. 195. Trotzdem scheint es mir wichtig zu sein, dass der Begriff des Eigengutes aus Art. 154 selbst herausgeschält wird; denn sonst, bei einfacher Verweisung auf Art. 195, wird leicht übersehen, dass sich das Eigengut nach Art. 154 in einzelnen Fällen mit dem Eigengut nach Güter-

---

[27]) S. Wielands Komm. zu Art. 654 Anm. 2, ferner Leemann, Schweiz. Jur.-Ztg Bd XIII, S. 103, Sp. 2 unten; von Tuhr, allg. Teil des BGB Bd 1, S. 356.

[28]) Vergl. darüber die obigen Ausführungen unter Ziffer II.

verbindungsrecht nicht in jeder Beziehung zu decken braucht. Die Unabhängigkeit vom Güterstand, wie sie in Art. 154 ausgesprochen wird, bewirkt gerade in dieser Beziehung auch gegenüber dem Güterverbindungsrecht Unterschiede, die im Verlaufe der folgenden Erörterungen noch zutage treten werden.

Durch die Anordnung des Zerfallens in die Eigengüter bringt Abs. 1 des Art. 154 deutlich zum Ausdruck, dass das eheliche Vermögen nach seiner Herkunft, nicht etwa wie im französischen Recht nach Quoten[29]) auseinanderfällt, ferner, dass jeder Ehegatte sein Einbringen möglichst in Natur, nicht bloss dem Werte nach, wie nach § 1478 des BGB oder im Gesellschaftsrecht nach OR Art. 548, zurückerhalten soll.

Aus dem Rechtssatze, dass Eingebrachtes, das noch vorhanden ist, in Natur wieder zurückfällt, ergibt sich eine sichere Lösung der sonst umstrittenen Frage[30]) nach dem Schicksal des unverdienten Wertzuwachses und der Wertminderung: unverdienter Wertzuwachs und zufällige Wertverminderung des noch vorhandenen Einbringens kommen naturgemäss demjenigen Teile zu, der die Sache eingebracht hat. Irgendwelche abweichende Vorschriften güterrechtlicher Natur, wie z. B. nach Art. 199 des ZGB, sind bei der Auseinandersetzung nach Art. 154 nicht zu berücksichtigen. So hat auch das Bundesgericht schon entschieden.[31]) Anders verhält es sich natürlich bei verdientem Wertzuwachs, der zum errungenen Gute gehört, oder bei nicht zufälliger Wertminderung.

Es entsteht die Frage, ob der Rückfall in Natur auch bei den in Art. 201 Abs. 3 genannten Sachen zu gelten habe, ob also Geld, andere vertretbare Sachen

---

[29]) S. Planiol Bd 1, S. 415 Ziffer 1269.

[30]) Vergl. darüber Held, in der Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., Bd 49, S. 556 ff. und A. Huber in der Schweiz. Jur.-Ztg Bd 8, S. 163 ff.

[31]) A.-S. Bd 40, II. Teil, S. 169 ff. in Sachen Oehrli.

und nur der Gattung nach bestimmte Inhaberpapiere, wenn sie bei der Scheidung noch vorhanden sind, geradeso zurückzufallen haben, wie das andere Einbringen, trotzdem sie in das Eigentum des Mannes übergegangen sind. Für Geld ist die Frage allerdings höchst akademisch, da just das eingebrachte Geld bei der Scheidung kaum mehr in Natur vorhanden sein wird. Anders liegt aber die Sache in bezug auf die Inhaberpapiere, die sehr wohl nach Jahren noch vorhanden sein können. Dann kann die Frage praktisch von sehr grosser Bedeutung sein, ob der Mann berechtigt und verpflichtet ist, die ursprünglich eingebrachten Wertpapiere zurückzuerstatten, und ob andererseits die Frau berechtigt ist, sie zurückzuverlangen, sich damit aber auch zufrieden erklären muss. Je nach den Wertänderungen, die die Papiere durchgemacht haben, und je nach der Zahlungsfähigkeit des Mannes, wird die Rückgabe in Natur der Zahlung der Ersatzforderung von Mann oder Frau vorgezogen werden. Egger nimmt in Anmerkung 3d zu Art. 201 an, auch bei der Scheidung einer Güterverbindungsehe gelte was sonst, dass also die in Art. 201 Abs. 3 genannten Sachen nicht mehr in Natur zurückgehen, sondern ersetzt werden müssen durch Ersatzforderungen. Anders dagegen Gmür, der nach Anmerkung 18 zu Art. 210 der Ansicht ist, dass bei Eintritt von Gütertrennung und Scheidung alles Eingebrachte, soweit es noch vorhanden ist, ohne Rücksicht auf die durch die Güterverbindung bewirkten Eigentumsverschiebungen wieder auf die Ehefrau übergehe. Dies ist meines Erachtens unzweifelhaft die richtige Auffassung, während die gegenteilige in die Scheidungsauseinandersetzung einen Rechtssatz der Güterverbindung (Art. 201 Abs. 3) hineinträgt, der mit dem Grundgedanken von Art. 154, einer vom Güterstand unabhängigen Auseinandersetzung, unvereinbar ist. Wollte man die im Kommentar Eggers vertretene Meinung folgerichtig durchführen, so fiele bei der Gütereinheit, bei der nicht nur Geld und dergleichen, sondern alles Einbringen der Frau in das Eigentum des

Mannes übergehen, die Rücknahme in Natur immer dahin, ein Ergebnis, das die Verneinung des in Art. 154 ausgesprochenen Grundsatzes bedeutete. Werden demnach bei der Auseinandersetzung nach Art. 154 entgegen der normalen infolge des Todes eines Ehegatten die in Art. 201 Abs. 3 erwähnten Sachen, wenn sie noch vorhanden sind, nicht durch Ersatzforderungen ersetzt, so folgt daraus die Richtigkeit der oben aufgestellten Behauptung: dass sich das Eigengut nach Art. 154 nicht immer mit dem zurückfallenden Eigengut bei normaler Beendigung einer Güterverbindungsehe deckt.

Für den Fall, dass die eingebrachten Güter bei der Scheidung nicht mehr vorhanden sind, entsteht die Frage, nach welchem Rechte und wie dann zu entscheiden ist. Gmür und wiederholt das bernische Obergericht[32]) wollten dann die entsprechenden Ersatzregeln des Güterstandes, also nicht Art. 154, überhaupt nicht notwendig eidgenössisches Recht, sondern das kantonale Recht über den Güterstand anwenden, weil Art. 154 diesen Fall überhaupt nicht im Auge habe. Das Bundesgericht ist dieser Auffassung in dem lehrreichen Entscheide in Sachen Conrad (im 41. Bande, II. Teil, S. 334) entgegengetreten und hat mit durchschlagenden Gründen entschieden, dass die Frage, wie nicht mehr in Natur vorhandenes Einbringen zu ersetzen sei, nach dem Rechte des ZGB beantwortet werden muss.

Da Art. 154 ausdrücklich darüber nichts sagt, so ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu urteilen. Dazu gehört insbesondere, dass der allfällig noch vorhandene Erlös aus dem Eingebrachten, oder was zum Ersatz des Eingebrachten angeschafft worden ist, in jeder Beziehung an die Stelle des Eingebrachten tritt, „kraft des im Zivilgesetzbuch anerkannten Surrogationsprinzips", wie das Bundesgericht in dem soeben erwähnten Urteile sagt.

---

[32]) Gmür, Note 7 zu Art. 154, Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd 50, S. 134 ff.

In der Tat kommt dieser Grundsatz im früheren und jetzigen schweizerischen Rechte an zahlreichen Stellen zum Ausdrucke, im ehelichen Güterrechte z. B. in Art. 196 Abs. 2 und Art. 239. Zu betonen ist, dass dieser Grundsatz nicht nur etwa, wie man Art. 196 Abs. 2 entnehmen könnte, zugunsten der Frau gilt, sondern ganz allgemein auch zugunsten des Mannes anzuwenden ist, eben weil es ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist.

Der Ersatzgrundsatz wirkt auch bei Einbringen von Geld, anderen vertretbaren Sachen und gattungsmässig bezeichneten Inhaberpapieren. Egger lehnt diese Ausdehnung in Anmerkung 2 d zu Art. 196 ab, für die Auflösung der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten wohl mit Recht; denn wenn in diesem Fall für Geld und dergleichen nur eine Ersatzforderung entsteht und die Rücknahme des Einbringens in Natur ausgeschlossen ist, so ist für die Rücknahme der Ersatzanschaffung in Natur natürlich auch kein Raum. Da jedoch nach den obigen Ausführungen die Vorschrift des Art. 201 Abs. 3 bei der Scheidungsauseinandersetzung nicht gilt, so fällt auch der Grund dahin, die Rücknahme der Ersatzwerte für Geld, andere vertretbare Sachen und gattungsmässig bestimmte Inhaberpapiere auszuschliessen. Infolgedessen erhält der Ersatzgrundsatz bei der Scheidungsauseinandersetzung ein viel grösseres Anwendungsgebiet als bei der Auseinandersetzung einer Güterverbindungsehe infolge Todes eines Ehegatten.

Da der Ersatzgrundsatz bewirkt, dass Erlös oder Ersatzanschaffung in jeder Beziehung an Stelle des ursprünglich Eingebrachten treten, so muss daraus geschlossen werden, dass Erlös und Ersatzanschaffung auch in bezug auf Wertzuwachs und Wertminderung gleich zu behandeln sind wie das ursprünglich Eingebrachte. So hat denn auch das Bundesgericht in dem Fall Conrad entschieden. Je nachdem nun die Ersatzanschaffungen einen Mehr- oder

Minderwert aufweisen, hat der Ersatzgrundsatz für den einen Ehegatten Vorteile, für den anderen Nachteile. In welch tiefgreifendem Masse dadurch die Auseinandersetzungen beeinflusst werden können, hat ein von den Basler Gerichten im Jahre 1916 entschiedener Fall[33]) gezeigt. Da hatte der Mann drei Wochen vor der Eingehung der Ehe ein Sparkassenguthaben seiner Braut von Fr. 2327.— abgehoben und kaufte mit dem Geld und weiteren Fr. 800, die er selbst hatte, Hausrat an. Dieser Hausrat war bei der Scheidung noch vorhanden und wurde von Sachverständigen im Scheidungsverfahren auf Fr. 1260.— geschätzt. Das Zivilgericht nahm an, die Frau habe lediglich einen ihrem Beitrag entsprechenden Teil des Hausrates zugut, also Möbel im Schätzungsbetrag von Fr. 938.—; dem entsprechend wurde das Manneseinbringen auf Möbel im Werte von Fr. 322.— bewertet. Es ergaben sich so, unter Berücksichtigung des übrigen Einbringens, im ganzen Eigengüter im Werte von Fr. 4811.50; da sich das gesamte eheliche Vermögen zur Zeit der Scheidung auf Fr. 6529.25 belief, so wies nach dem zivilgerichtlichen Urteil das Vermögen einen Vorschlag von Fr. 1717.75 auf. Das Appellationsgericht dagegen erklärte, die Frau habe für ihr Sparkassenguthaben den Nennwert von Fr. 2327.—zurückzuerhalten, und daraus ergab sich, bei der Annahme, auch der Mann habe für die Möbel Fr. 800.—, den Anschaffungswert, zugut, ein Rückschlag von Fr. 149.25! Also je nachdem man das Geld oder den Hausrat als Eigengut betrachtete, ergab sich ein Rückschlag oder ein erheblicher Vorschlag. Dabei wird auch anschaulich, wie wichtig es ist, ob der Grundsatz des Art. 201 Abs. 3 bei der Auseinandersetzung Geltung hat oder nicht. Nur wenn er bei Art. 154 nicht wirkt, besteht überhaupt die Möglichkeit für den Ehegatten, an Stelle des eingebrachten Geldes Ersatzstücke, z. B. Hausrat zurückzugeben oder

---

[33]) Urteil in Sachen Schneider vom 9. September (Zivilgericht), 31. Oktober 1916 (Appellationsgericht).

zurückzuverlangen. Bei der Auseinandersetzung infolge Todes nach Art. 212 f. und bei Konkurs oder Pfändung des Mannes ist nicht unabhängig vom Güterstande, sondern gemäss demselben, also auch in Anwendung von Art. 201 Abs. 3 vorzugehen, weshalb für Geld und dergleichen immer nur eine Ersatzforderung entsteht und kein Recht auf Rückerstattung der Ersatzanschaffungen. Die Frage, wie in dieser Beziehung bei den Auseinandersetzungen infolge des Eintrittes von Gütertrennung zu entscheiden ist, ob unabhängig vom Güterstande, obwohl diese Worte in Art. 189 fehlen, oder gemäss dem Güterstande, soll lediglich aufgeworfen werden.[34])

Für Art. 154 ist wegen der Nichtgeltung von Art. 201 Abs. 3 die Lehre von den Ersatzanschaffungen[35]) von besonderer Bedeutung. Hier kann freilich auf diese Lehre nicht näher eingetreten werden; dagegen glaubte ich doch darauf hinweisen zu dürfen, da nach meinen Erfahrungen bisher Anwälte und Gerichte bei den Auseinandersetzungen nach Art. 154 dem Ersatzgrundsatze zu wenig Beachtung geschenkt haben.

Infolge des Ersatzgrundsatzes kann man juristisch erst dann vom Fehlen des Eingebrachten sprechen, wenn weder das Eingebrachte, noch dessen Erlös oder eine Ersatzanschaffung bei der Scheidung vorhanden sind. Das eingebrachte Gut kann ganz oder nur teilweise fehlen. Verlust und Minderung können infolge verschiedener Vorgänge eingetreten sein: rein zufällig, ohne Zutun eines Ehegatten, oder durch ordnungsgemässen Gebrauch und übliche Abnützung, aber auch durch schuldhaftes Verhalten eines Ehegatten und durch freiwillige oder zwangsweise Verwendung zur Schuldentilgung. An Stelle des fehlenden Eigengutes kann in solchen Fällen lediglich eine Forderung an den anderen Ehegatten treten, die sogenannte Ersatzforderung. Entsteht eine solche Ersatz-

---

[34]) Vergl. Gmür, Anm. 18 zu Art. 210.

[35]) S. darüber Egger, Komm. zu Art. 196 Anm. 2.

forderung in allen Fällen, in denen etwas vom Eingebrachten fehlt, wenn nein, unter welchen Voraussetzungen entsteht sie denn? Keinem Zweifel wird es unterliegen, dass bei bloss zufälligem, gänzlichem oder teilweisem Verlust eine Ersatzforderung nach allgemeinen Rechtsregeln nicht entsteht. Nicht mehr zufällig sind aber Minderung oder Untergang, wenn sie die Folge des ordnungsgemässen, üblichen Gebrauchs sind. Für die Zubilligung einer Ersatzforderung auch in diesen Fällen könnte man sich darauf berufen, dass das Bundesgericht wiederholt die möglichste Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohne den Eheabschluss bestehen würde, ex tunc, als den Grundgedanken des Art. 154 erklärt hat.[36]) Ob die Rücknahme der Eigengüter in Natur diesen vom Bundesgericht gezogenen weitgehenden Schluss rechtfertigt, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls wäre es kaum richtig, darauf allein die Ersatzforderung für Minderung und Verlust infolge ordnungsgemässen Gebrauchs ableiten zu wollen. Zur Entstehung der Ersatzforderung gehört vielmehr gemäss den allgemeinen Rechtssätzen, von positiven gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, das Schuldmoment. Das dem Art. 154 in den Hauptzügen entsprechende Güterverbindungsrecht erklärt denn auch durch Art. 201 Abs. 1 und Art. 752 den Ehemann nur insoweit verantwortlich, als Minderung und Verlust infolge Verschuldens eingetreten sind, und dieser Grundsatz ist meines Erachtens unbedenklich[37]) auf die Scheidungsauseinandersetzung zu übertragen, und zwar mit Geltung gegenüber Mann und Frau, da, wie schon betont, nach Art. 154 kein Grund zu verschiedener Rechtsstellung von Mann und Frau besteht.

---

[36]) S. A.-S., Bd 40, II. Teil, S. 174 oben, Bd 41, II. Teil, S. 332 unten, 334 Mitte.

[37]) Bei Haushaltungsgegenständen, die ganz normalerweise starker Abnützung unterliegen, wäre freilich ein gewisser Schutz zugunsten desjenigen, der diese Dinge eingebracht hat, erwünscht, da sonst Unbilligkeiten entstehen, wenn ein Teil erheblich mehr als der andere solche leicht abnützbare Sachen eingebracht hat. Vergl. BGB, § 1382 u. § 1381.

Ebenso sind die Ersatzforderungen, die infolge von Schuldentilgung aus dem Eingebrachten entstehen, grundsätzlich nach dem Rechte der Güterverbindung, Art. 209, zu beurteilen; bei Gütergemeinschaftsehen kann deshalb bei der Scheidungsauseinandersetzung nicht auf Art. 223 abgestellt werden.[38])

In bezug auf die Höhe der Ersatzforderung ist fraglich, nach welchem Werte des Eingebrachten sie zu bemessen ist: ob nach dem Werte zur Zeit des Einbringens, zur Zeit der Scheidung oder zur Zeit, in der die Ersatzforderung entsteht. Im früheren kantonalen Rechte finden sich namentlich Hinweise auf die beiden ersten Lösungen.[39]) Das ZGB enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber. Für die Ansicht, der Wert im Zeitpunkt des Einbringens sei massgebend, könnte der Grundsatz angeführt werden, den das Bundesgericht in den erwähnten Urteilen im 40. und 41. Bande aus Abs. 1 des Art. 154 abgeleitet hat: dass die Auseinandersetzung bei Scheidung die möglichste Wiederherstellung des Zustandes bewirken soll, wie er ohne den Eheabschluss bestünde. Entscheidend dagegen spricht aber der sicher in Art. 154 enthaltene, bundesgerichtlich in denselben Urteilen ebenfalls bestätigte Satz, dass das Eingebrachte, wäre es noch in Natur vorhanden, so wie es ist, mit dem unverdienten Wertzuwachs oder der üblichen Abnützung, zurückerstattet werden könnte. Es liegt nahe, aus diesem Rechtssatze den weiteren Schluss zu ziehen, dass der Wert des Einbringens zur

---

[38]) S. darüber A. Schweizer, Schuldenhaftung im ehelichen Güterrecht, Zürich 1907, S. 75; Egger, Anm. 1c zu Art. 223. Erläuterungen zum VE, S. 197 f., a. M. Gmür, Anm. 2 zu Art. 223.

[39]) S. Huber, Schweiz. Privatrecht, Bd I, S. 251; Willwoll, S. 43 (Graubünden), ferner z. B. St. Gallisches Gesetz betr. die Einführung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs Art. 29 Abs. 4, Neuenburg Code 1186, Urteil des Thurgauischen Obergerichtes in Nr. 227 des Thurg. Rechtsbuches, gerichtliche Abteilung.

Zeit der Scheidung massgebend sei. Für das noch vorhandene Einbringen ist dies jedenfalls richtig, und es wird darauf auch abgestellt werden müssen, wenn es sich z. B. darum handelt, das Einbringen — etwa einer Vereinbarung der Parteien entsprechend — dem anderen Teil zuzuweisen und zu einem bestimmten Betrage anzurechnen. Bei Berechnung der Ersatzforderung kann freilich eingewendet werden, dass sich deren Höhe nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung, nicht ihrer Fälligkeit richte, dass also massgebend sei der Zeitpunkt, in dem das Eingebrachte schuldhafterweise vermindert oder zur Tilgung einer eigenen Schuld verwendet wird. Diese dritte Annahme scheint auf den ersten Blick dem Wesen der Ersatzforderung am besten zu entsprechen, ist aber doch nicht so befriedigend wie die zweite Lösung. Nehmen wir beispielsweise an: die Frau habe eine Namensobligation eingebracht zum Kurswert von 100; im Laufe der Ehe, als der Kurs auf 110 stand, tilgte der Mann damit eine eigene Schuld. Zur Zeit der Scheidung ist die Obligation nur noch 90 wert. Soll der Mann eine Ersatzforderung von 110 schulden, während die Frau das Papier zum Werte von 90 zurücknehmen müsste, wäre es noch vorhanden? Oder umgekehrt: bei der Veräusserung war das Papier nur 90 wert, zur Zeit der Scheidung ist der Kurs auf 110 gestiegen. Soll sich die Frau mit 90 zufrieden geben, trotzdem sie ohne das Dazwischentreten des Mannes 110 zurückerhielte? Aus der Vorschrift des Art. 154 Abs. 1, dass das noch vorhandene Eigengut in Natur zurückfällt, glaube ich deshalb schliessen zu müssen, dass für die Höhe der Ersatzforderung auf den Zeitpunkt der Scheidung abzustellen ist. Die Verteilung der Beweislast, von der sogleich gesprochen wird, hat freilich zum Ergebnis, dass es praktisch doch häufig auf den Wert zur Zeit des Einbringens ankommt. Bei der Auseinandersetzung infolge Todes eines Ehegatten wird es für gattungsmässig bestimmte Inhaberpapiere u. dergl. allerdings auf den Zeitpunkt des Einbringens ankommen,

denn da von Gesetzes wegen mit diesem Augenblick das Einbringen aus dem Vermögen der Frau ausscheidet, so kann die dafür entstehende Ersatzforderung nur nach diesem Zeitpunkte bemessen werden.[40]) Nun ist aber nach den obigen Ausführungen Art. 201 Abs. 3 bei Art. 154 ausgeschaltet und damit entfällt auch die Grundlage für die Bemessung der Ersatzforderung nach dem Zeitpunkt des Einbringens.

Wie Art. 201 Abs. 3 bei der Scheidungsauseinandersetzung unwirksam ist, so sind auch Art. 198 und Art. 199 insofern bei Art. 154 nicht anzuwenden, als sie besonderes Güterstandsrecht enthalten. Für die Beweisführung über Bestehen und Wert des Eingebrachten dagegen haben Inventare gemäss Art. 197 und Art. 198 und Eheverträge natürlich grösste Bedeutung; insbesondere ist auf die Eheverträge als Beweismittel auch bei der Scheidungsauseinandersetzung abzustellen, da Abs. 3 des Art. 154 die Eheverträge in dieser Beziehung nicht betrifft. [40a])

Die Beweislast ist grundsätzlich für Mann und Frau in gleicher Weise zu regeln, da Art. 196 Abs. 1, wie schon oben unter Ziffer I ausgeführt wurde, nicht wirksam ist. Jeder Ehegatte, ob Mann oder Frau, der etwas in Natur als sein Eigengut zurückverlangt, muss beweisen, dass er es eingebracht hat, oder dass es sich um die Ersatzanschaffung für sein Einbringen handelt. Zum Nachweis des Einbringens gehört auch der Beweis, dass der in Anspruch Genommene den Besitz der Sache erlangt hat; die Fälle, in denen das Frauengut gar nie in die Gewalt des Mannes übergegangen ist, sind nämlich gar nicht selten und ein Besitzesübergang von Gesetzes wegen tritt nicht ein.[41]) Inwiefern eine Vermutung für den Besitzesübergang unter den Ehegatten zulässig ist, wie sie bei Art. 196 Abs. 1 angenommen wird[42]), mag dahingestellt

[40]) S. Egger, Anm. 2d) zu Art. 201.

[40a]) S. die Begründung unten bei Anm. 49.

[41]) Vergl. BGB § 1373.

[42]) S. Egger, Anm. 1e.

bleiben. Macht ein Ehegatte eine Ersatzforderung geltend, so wird er das Einbringen und dessen Wert zur Zeit des Einbringens zu beweisen haben; Sache des Belangten ist es dann, den Nachweis dafür anzutreten, dass er grundsätzlich für die Minderung oder den Verlust nicht verantwortlich sei, oder dass eine Minderung in gewissem Betrage auch ohne sein Zutun eingetreten wäre.

Die Frage, wie die Ersatzforderung getilgt werden muss, wird im Zusammenhang mit der Tragung des Rückschlags besprochen.

V.

Tragung des Rückschlags und Zuweisung des Vorschlags.

Ein Rückschlag liegt vor, wenn das eheliche Vermögen zur Zeit der Scheidung nicht ausreicht zur Deckung des Mannes- und Frauenguts, wie man in Anlehnung an die Fassung von Art. 242 in einem Vorentwurf[43]) am einfachsten sagen kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass unter dem Mannes- und Frauengut nicht etwa einfach das seinerzeit bei Eheschluss Eingebrachte verstanden ist, sondern das gemäss Abs. 1 von Art. 154 zurückfallende oder zu ersetzende Eigengut; worin sich das Eigengut vom ursprünglich Eingebrachten unterscheiden kann, ergibt sich aus den obigen Ausführungen über die Wertveränderungen und die Ersatzforderungen.[44]) Aus diesem engen Zusammenhang des Rückschlagsbegriffs mit dem Eigengut folgt zwingend, dass auch der Rückschlag wie das Eigengut bei Art. 154 unabhängig vom Güterstand bestimmt werden muss. Auch die Tragung des Rückschlags ist durch den meines Erachtens unzweideutigen Wortlaut in Abs. 2 von Art. 154 einheitlich und unabhängig vom Güterstand geordnet,[45]) und

---

[43]) S. Wieland in dieser Zeitschr. n. F. Bd 18, S. 397.

[44]) Abweichend Egger, Anm. 3 zu Art. 154.

[45]) Abweichend, jedoch ohne weitere Begründung, Egger, Anm. 3b zu Art. 154 und Hoffmann in den Verhandlungen des Ständerates vom 3. Oktober 1905, Sten. Bull. S. 1079.

zwar in der Weise, dass der Mann den Rückschlag zu tragen hat, wenn er nicht nachweist, dass ihn die Ehefrau verursacht hat. Die Bestimmung stellt den Mann schlechter als es meistens in anderen Rechten der Fall ist,[46]) und deshalb lässt sich die Frage wenigstens aufwerfen, ob nicht unter Umständen, z. B. bei konkurrierender Mitverursachung oder bei Zusammentreffen von Verursachung auf der einen und Verschulden auf der anderen Seite, eine Teilung der Rückschlagstragung mit dem Gesetze vereinbar wäre, wie es nach den Erläuterungen zum Vorentwurf ursprünglich vorgesehen war.[47]) Beispiele, in denen eine derartige Teilung in hohem Masse angemessen wäre, bietet das tägliche Leben in Hülle und Fülle.

Aber wie wirkt eigentlich die Tragung des Rückschlags und in welchem Verhältnis steht sie zum Recht auf Rücknahme der Eigengüter? Obwohl diese Fragen sich in gleicher Weise bei den Art. 212 bis 214 erheben, so sind sie bisher in der Literatur nicht genügend klargestellt worden. Die folgenden Ausführungen bilden vielleicht einen Beitrag zur Abklärung der beiden Fragen:

Wir nehmen an, die Eigengüter von Mann und Frau belaufen sich auf je 500 Franken = 1000 Franken. Das eheliche Vermögen weist aber nur einen Bestand von 800 Franken auf. Gelingt dem Manne der Beweis nicht, dass die Frau den Rückschlag von 200 Franken verursacht hat, weil die Ursache z. B. in einem Zufall liegt, so hat seine Pflicht, den Rückschlag zu tragen, zur Folge, dass seine Frau zwar aus dem ehelichen Vermögen ihr Eigengut von 500 Franken zurückerhält, er dagegen nur 300 Franken, und mit 200 Franken zu Verlust kommt. Mit anderen

---

[46]) Vergl. BGB § 1478, § 23 des baselstädtischen Gesetzes von 1884 über eheliches Güterrecht etc., § 85 des thurgauischen privatrechtlichen Gesetzbuches; noch strenger dagegen das französische Recht: Huber, Schweiz. Privatrecht Bd I, S. 365, 351 ff. (z. B. Neuenburg, Code 1187); Cohn, Das eheliche Güterrecht, Zürcher Beiträge, 1906, S. 29 f.

[47]) Erläuterungen, 1. Aufl., S. 193.

Worten: das Recht des Mannes auf Rückerstattung seines Eigengutes findet in der Pflicht, den Rückschlag zu tragen, eine Schranke. Wäre die Frau der Träger des Rückschlages, so erlitte umgekehrt sie eine Einbusse von 200 Franken am Eigengut, der Mann dagegen keine. Nicht ganz so selbstverständlich ist die Lösung, wenn statt der 800 Franken nur 400 Franken im ehelichen Vermögen sind, also ein Rückschlag von 600 Franken besteht. Hat in diesem Falle der Träger des Rückschlages lediglich sein ganzes Eigengut zu verlieren oder geht seine Pflicht so weit, dass er dem anderen Teil noch 100 Franken, d. h. so viel bezahlen muss, dass dieser sein Eigengut vollständig zurückerhält? Ist der Mann der Träger des Rückschlages, so wird man gewöhnlich, wie es im schon erwähnten Basler Urteile i. S. Schneider geschehen ist, dies letztere ohne Bedenken bejahen. Hat aber die Frau den Rückschlag zu tragen, weil sie etwa infolge langandauernder, nicht verschuldeter Krankheit den Rückschlag verursacht hat, so wird man es auf den ersten Blick leicht als höchst unbillig empfinden, dass sie nicht nur ihr ganzes Eigengut verlieren, sondern ausserdem noch an den Mann so viel herausbezahlen soll, bis er sein ganzes Eigengut ersetzt erhalten hat. Für den Mann sind aber die Folgen dieser Auffassung grundsätzlich noch schwerer, weil er ja sogar bei blossem Zufall den Rückschlag tragen muss. So hart diese Zahlungspflicht den Träger des Rückschlages treffen kann, einen Anhaltspunkt für eine andere Lösung bietet meines Erachtens das ZGB im Gegensatz zum BGB nicht. Nach BGB § 1478, jener Sonderbestimmung für die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaftsehe, wenn sie infolge alleiniger Schuld eines Teiles erfolgt, kann der Schuldlose verlangen, dass jedem Teil der Wert desjenigen zurückerstattet wird, was er eingebracht hat; reicht der Wert des Gesamtgutes nicht aus zur Rückerstattung, so hat jeder Ehegatte die Hälfte des Fehlbetrages zu tragen. Der Rückschlag wird also unter beiden Ehegatten zu gleichen Teilen geteilt und eine Erstattungspflicht über die

Einwerfung des Eingebrachten hinaus wird wenigstens nach herrschender Meinung[48]) nicht angenommen.

Die Ordnung der Rückschlagstragung im ZGB hat also zur Folge, dass der Träger des Rückschlages unter Umständen nicht nur sein Eigengut verliert, sondern darüber hinaus noch zahlungspflichtig ist. Diese Zahlungspflicht findet jedoch ihre Begrenzung in dem Eigengut, und zwar der Ersatzforderung des anderen Teiles. Dadurch verliert die Zahlungspflicht des Rückschlagträgers von ihrer Härte: sie tritt nur ein, wenn die Voraussetzungen einer Ersatzforderung, sei es nach Art. 201/752 oder nach Art. 209, vorliegen. Es wäre also unrichtig, aus der Ordnung der Rückschlagstragung etwa schliessen zu wollen, dass der Träger des Rückschlages ohne Verschulden zahlungspflichtig sei: das Schuldmoment ist in der Ersatzforderung, deren Tilgung einzig in Frage steht, berücksichtigt. Dabei ist ersichtlich, wie wichtig es ist, dass bei der Bestimmung von Eigengut und Rückschlag nicht jeder auch zufällige Verlust am ursprünglich Eingebrachten berechnet wird, sondern nur der ersatzpflichtige. Das Ergebnis wäre demnach, dass die Rückschlagsordnung keine Zahlungspflicht begründet, sondern lediglich bestimmt, welcher der Ehegatten zuerst sein Eigengut opfern muss, wenn das eheliche Vermögen zur Befriedigung beider Eigengüter nicht ausreicht; darüber hinaus geht die Leistungspflicht eines Ehegatten nur, wenn er noch Schuldner einer Ersatzforderung ist.

Ein anderweitiger güterrechtlicher Anspruch auf Zahlung besteht unter Ehegatten nicht, weder auf Grund der Rückschlagstragung noch sonst. Insbesondere kann ein Ehegatte bei der Scheidung nicht, wie es in meiner Praxis einmal geschehen ist, unter Berufung auf Art. 154 Ersatz dafür verlangen, dass der andere den einmal vorhandenen Vorschlag verprasst habe; solange das Eigengut des so klagenden Ehegatten unangetastet bleibt, muss der

---

[48]) S. Staudingers Komm., Anm. 3c) zu § 1478.

Ersatzanspruch abgewiesen werden. Denkbar ist aber vielleicht unter Umständen ein gewöhnlicher vermögensrechtlicher Anspruch, wenn z. B. die Voraussetzungen von Art. 41 ff. des OR vorliegen, der aber regelmässig nicht mit dem Verfahren über die Scheidungsauseinandersetzung wird verbunden werden dürfen.

Wie muss der Träger des Rückschlags die Ersatzforderung tilgen? Bleiben wir bei dem obigen Beispiel: die Eigengüter betragen 2 × 500; das eheliche Vermögen beläuft sich nur noch auf 400, der Rückschlag macht 600 aus. Die 400 setzen sich, nehmen wir an, zusammen aus 200 Einbringen der Frau in Natur und aus 200 errungenen Gütern. Träger des Rückschlags sei der Mann. Die Frau nimmt ihr noch vorhandenes Einbringen von 200 zurück, der Mann hat ihr für den Fehlbetrag von 300 aufzukommen. Frage: Kann der Mann verlangen, dass die Frau die 200 errungenen Güter auf Rechnung ihres Ersatzanspruchs von 300 übernimmt und nur für 100 in bar ausbezahlt wird, oder hat die Frau einfach einen Anspruch auf Zahlung der 300? Das Appellationsgericht von Basel-Stadt hat in dem mehrfach erwähnten Urteil i. S. Schneider vom 31. Oktober 1916 sich wie folgt für Zahlungspflicht ausgesprochen: „Für das nicht mehr vorhandene Frauengut hat der Ehemann Ersatz in Geld zu leisten. Aus welchen Vermögenswerten der Ehemann sich die Mittel zu dieser Ersatzleistung beschaffen will, ist — Verständigung der Parteien vorbehalten — seine Sache, wie die jedes anderen Geldschuldners. Das Urteil hat einfach seine Zahlungspflicht auszusprechen, dagegen (abgesehen von den in natura zurückzugebenden Stücken des Frauenguts) keine Realteilung des ehelichen Vermögens vorzunehmen.“ So richtig diese Auffassung für den Fall des Todes eines in Güterverbindung lebenden Ehegatten sein wird, da gemäss ZGB Art. 212 f. die errungenen Güter immer im Eigentum des Mannes sind, so ist es doch nicht selbstverständlich, dass sie einfach auf die Scheidungsauseinandersetzung übertragen werden darf. Wenn der Mann den Rückschlag

zu tragen und also die Ersatzforderung zu tilgen hat, so scheint die Zahlungspflicht freilich auch für die Scheidungsauseinandersetzung natürlich; denn warum sollte er entgegen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Recht darauf haben, seinen Forderungsgläubiger durch Übertragung von Sachen — der errungenen Güter — zu befriedigen? Wenden wir den Grundsatz aber auf den Fall an, dass die Frau den Rückschlag zu tragen und dass sie 300 vom Mannesgut, das fehlt, zu ersetzen hat, so erscheint diese Lösung als seltsam: die Frau wird als Schuldnerin des Mannes für 300 erklärt, die sie durch Zahlung zu tilgen hat; dafür muss ihr aber das errungene Gut von 200 zugewiesen werden, wenn sie nicht verkürzt sein soll. Der Frau gegenüber erscheint also die gegenteilige Lösung als natürlicher: dass der Mann für seine Ersatzforderung von 300 angewiesen werde auf die 200 in Form der errungenen Güter und nur für 100 Zahlung in Barschaft verlangen dürfe. Es lässt sich daran denken, für diese Frage der Tilgung von Ersatzforderungen aus vorhandener Errungenschaft Mann und Frau verschieden zu behandeln; die Begründung für diese Durchbrechung der sonst bei Art. 154 zu beobachtenden Gleichstellung von Mann und Frau wäre darin zu finden, dass die errungenen Güter im System der Güterverbindung, das dem Art. 154 in den Grundzügen entspricht, dem Manne zu Eigentum gehören. Will man aber, wie es mir richtiger scheint, die Gleichstellung von Mann und Frau bei Art. 154 nicht durchbrechen, so bleibt als für beide Teile durchaus annehmbare Lösung der Satz: dass der Ehegatte sich die im ehelichen Vermögen vorhandenen errungenen Güter auf Rechnung seiner Ersatzforderung muss zuweisen lassen, und zwar zu dem Werte, den diese Güter im Zeitpunkt der Scheidung aufweisen.

Diese Lösung ist auch für Gläubiger und Schuldner der Ersatzforderung gleich annehmbar: sie wird häufig dem Schuldner der Ersatzforderung erwünscht sein, weil sie ihm die Tilgung der Schuld erleichtert; ebenso häufig

aber auch dem Gläubiger. Dafür ein Beispiel: Nehmen wir an, die Frau sei Gläubiger der Ersatzforderung von 300. Während der Ehe ist ein Sopha gekauft worden, das zum errungenen Gut gehört; für die Frau hat dieses Stück einen Liebhaberwert; der Mann ist zahlungsunfähig. Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Scheidungsrichter nach seinem Ermessen — er muss nicht — das Sopha der Frau auf Rechnung ihrer Ersatzforderung zu Eigentum zuweisen. Nach der vom baselstädtischen Appellationsgericht geäusserten Ansicht muss sich die Frau mit der Forderung auf Zahlung an den Mann begnügen. Bei der nach der Scheidung eingeleiteten Betreibung hat der Mann das Sopha veräussert, das Geld verbraucht und die Frau hat das Nachsehen! Die hier vertretene Lösung ist aber nicht nur praktischer, sondern entspricht auch dem Wesen der Auseinandersetzung nach Art. 154 besser: sie ermöglicht unbedenklich die Gleichstellung von Mann und Frau, ist unabhängig vom Güterverbindungsrecht und trägt auch dem Umstande Rechnung, dass die Auseinandersetzung ohne Versilberung der Vermögenswerte durchgeführt wird.

Bei der Tilgung der in Geld zu leistenden Ersatzforderungen besteht häufig das Bedürfnis nach Bewilligung von Teilzahlungen und Stundungen. Da das ZGB entgegen manchen kantonalen Rechten derartige Zahlungserleichterungen nicht vorsieht, so können sie ohne Zustimmung der Gegenpartei auch nicht bewilligt werden. Werden sie aber bewilligt, so wird, wie oben unter Ziffer II ausgeführt wurde, Sicherheitsleistung angeordnet werden können.

Ein Vorschlag ist dann vorhanden, wenn das eheliche Vermögen nach Rückerstattung der Eigengüter gemäss Art. 154 Abs. 1 nicht erschöpft ist. Ganz gleich wie der Rückschlag muss auch der Vorschlag wegen der engen Beziehungen zu den Eigengütern bei Art. 154 unabhängig vom Güterstand bestimmt werden. Dagegen ist gemäss der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 154 Abs. 2 die Frage, welchen Anteil Mann und

Frau am Vorschlag haben, nach dem Rechte ihres Güterstandes zu beantworten. Welcher Güterstand dabei massgebend sein soll, der gesetzliche oder gegebenenfalls der vertragliche, ist streitig. Mit Egger, Tuor und Curti und entgegen Mutzner[49]) nehme ich an, dass auch vertragliche Abmachungen über die Teilung des Vorschlages verbindlich sein sollen; denn der Abs. 3 des Art. 154 bezieht sich meines Erachtens überhaupt nicht auf die Auseinandersetzung unter den Ehegatten, sondern betrifft nur die spätere Rechtslage. „Geschiedene Ehegatten", heisst es wörtlich in Absatz 3, können aus Ehevertrag und dergleichen keine Rechte mehr ableiten; deshalb sind die Eheverträge bei der Auseinandersetzung unbekümmert um Abs. 3 zu berücksichtigen, soweit nicht Abs. 1 und 2 selbst die Eheverträge ausschliessen. Wo der Güterstand der Parteien noch vom kantonalen Rechte beherrscht ist, ist das bei Inkrafttreten des ZGB in Geltung gewesene Güterrecht massgebend; ein Kanton kann, wie das Bundesgericht i. S. Schindler[50]) entschieden hat, nicht neues Recht erlassen.

Fraglich ist, ob nicht nur der Anteil am Vorschlag, sondern auch die Art der Zuweisung des Vorschlagsanteils nach dem Güterstande zu beurteilen ist. Nach Art. 154 ist es aber die Ausnahme, dass auf den Güterstand abgestellt wird; zu vermuten ist selbständige und einheitliche Regelung. Deshalb ist die Frage, wie der Vorschlagsanteil zu tilgen ist, ob in Barschaft oder durch Aufteilung und Zuweisung der vorhandenen Werte, einheitlich nach Art. 154 zu beantworten. Auch hier hat sich das Appellationsgericht von Basel-Stadt für Bartilgung ausgesprochen, weil es sich nicht um Teilung bestimmter, während der Ehe erworbener Gegenstände (Errungenschaft im eigentlichen Sinne), sondern um die Teilung des nach

---

[49]) Egger, Anm. 3b) zu Art. 154, Tuor, Das neue Recht, S. 131; Curti, Anm. 7 zu Art. 154; Mutzner, diese Zeitschr. n. F. 34, S. 185.

[50]) A.-S. Bd 41, II. Teil, S. 193.

Abzug des beiderseitigen Eigengutes rein rechnerisch sich ergebenden Überschusses (Vorschlags) handle. Diese Lösung wird zwar wohl Art. 214 des ZGB entsprechen. Bei der Scheidungsauseinandersetzung aber sprechen überwiegende praktische und theoretische Gründe dafür, dass die Anteile der Ehegatten am Vorschlag auch durch Zuweisung vorhandener Vermögenswerte gedeckt werden können: Art. 214 ist wegen der Unabhängigkeit von Art. 154 gegenüber dem Güterstandsrecht nicht massgebend; Art. 154 spricht lediglich von Zuweisen, répartir und attribuire; die Auseinandersetzung umfasst keine Versilberung der den Vorschlag bildenden Vermögenswerte, so dass die Pflicht, den Anteil in Geld auszubezahlen, häufig eine durch nichts gerechtfertigte Erschwerung der Auseinandersetzung bedeutete. Wo es dagegen angemessen erscheint, wird es dem Richter durch Art. 154 Abs. 2 auch nicht versagt sein, Abfindung in Geld anzuordnen, gleich wie es für das thurgauische Recht schon im Jahre 1862 ein obergerichtliches Urteil ausgesprochen hat: „Bezüglich der Frage, ob unter geschiedenen Ehegatten das eheliche, nicht zugebrachte und nicht für den persönlichen Gebrauch des einen Ehegatten bestimmte Vermögen in natura zu teilen sei oder nicht, muss, da eine bestimmte Norm gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, der Teilungsmodus jeweilen durch das richterliche Ermessen unter Würdigung der im einzelnen Falle obwaltenden Verhältnisse bestimmt werden."[51])

Selbstverständlich steht es aber den Parteien auch frei, sich über die Teilungsart nach Belieben zu verständigen; denn Art. 154 Abs. 1 und 2 bilden, wie zum Schlusse ausdrücklich hervorgehoben sei, dispositives Recht, mit der Einschränkung allerdings, dass die Vereinbarungen über die Auseinandersetzung gemäss ZGB Art. 158, Ziffer 5 der richterlichen Genehmigung unterliegen.

---

[51]) Thurg. Rechtsbuch, gerichtl. Abteilung, Nr. 23, Urteil des Obergerichts vom 12. April 1862.