

Aufwendungen würdig erzeuge (oder gar während seiner Kindheit würdig erwiesen habe), zumal da es ja die Mutter ist, die allein Anspruch auf die Beiträge hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird teilweise dahin begründet erklärt, dass in Abänderung des Urteiles des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 26. Juni 1935 das Besuchsrecht des Beklagten auf zwei Sonntage in jedem Monat ausgedehnt wird und die an die Klägerin zu leistenden Beiträge für Unterhalt und Ausbildung des Sohnes in dem von der Vorinstanz festgesetzten Umfang auf die Zeit bis zur Vollendung des 20. Altersjahres beschränkt werden.

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1935

i. S. **Eberhard** gegen **Schweizerische Volksbank**.

ZGB Art. 177 Abs. 3 : Ist der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürftig die Errichtung eines Eigentümerschuldbriefes (Inhaberschuldbriefes auf eigener Liegenschaft) durch die Ehefrau, damit ihn der Ehemann (mit der Zustimmung der Ehefrau) für seine Schulden verpfänden kann ?

A. — Mit Zustimmung der Beklagten verpfändete deren Ehemann unterm Datum des 5. Mai 1925 der Klägerin als Deckung für deren jeweilige Guthaben an ihn einen von der Beklagten mit Wissen der Klägerin einzig zu diesem Zweck ausgestellten, unterm Datum des 6. Mai 1925 im Grundbuch eingetragenen Eigentümerschuldbrief von 44,000 Fr. auf den Liegenschaften der Beklagten.

In dem im Jahre 1933 über den Ehemann der Beklagten eröffneten Konkurs meldete die Klägerin für ihre Forderung von rund 47,000 Fr. das Faustpfandrecht an einem Genossenschaftsanteil des Gemeinschuldners bei ihr selbst, sowie an dem genannten Schuldbrief an, der jedoch nicht im Konkursverfahren zur Verwertung gelangen konnte. Die beklagte Ehefrau meldete eine Ersatzforderung im

Umfange der Mehrbelastung ihrer Liegenschaften seit dem Einbringen im Betrage von 94,000 Fr. an und wurde damit teils in 4., teils in 5. Klasse zugelassen, jedoch bei der bereits erfolgten Verteilung nicht einmal für den privilegierten Teil voll gedeckt.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin gegenüber der Beklagten als Eigentümerin des Schuldbriefes Feststellung ihres — von der Beklagten erstmals im Januar 1934 wegen Fehlens der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bestrittenen — Pfandrechtes, eventuell Feststellung, dass das Pfandrecht soweit bestehe, als die mit dem Schuldbrief belastete Liegenschaft für die Schuldbriefforderung Pfanddeckung biete. Die Beklagte verlangt mit Widerklage Herausgabe des Schuldbriefes und erklärt, im Fall ihres Obsiegens der Konkursmasse den zu viel erhaltenen Betrag von 1193 Fr. 70 Cts. zurückgeben zu wollen.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat am 22. März 1935 die Hauptklage zugesprochen und die Widerklage abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen auf Abweisung der Hauptklage und Gutheissung der Widerklage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Als eine von der Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten des Ehemannes eingegangene und daher gemäss Art. 177 Abs. 3 ZGB der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürftige Verpflichtung wird es angesehen, wenn « die Ehefrau einen Eigentümer- (Inhaber-) Schuldbrief mit Wissen eines Gläubigers des Ehemannes gerade und nur zum Zweck errichtet, um ihn jenem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung an den Ehemann zu verpfänden » (BGE 59 II 217). Von diesem präjudiziell beurteilten Fall unterscheidet sich der vorliegende nur dadurch, dass die Ehefrau den Schuldbrief nicht zum Zwecke errichtet hat, um ihn selbst zur Sicherung einer Schuld des Ehemannes

zu verpfänden, sondern damit der Ehemann ihn mit ihrer Einwilligung verpfände. (Auf den Unterschied des Güterstandes — dort Gütertrennung, hier Güterverbindung — kann in keiner Weise abgestellt werden, weil das ohnehin nur für die Hälfte bestehende Konkursprivileg der Ehefrau nur unzulänglichen Ersatz zu bieten vermag und der Wert der Sicherstellungspflicht höchst problematisch ist.) Würde hierfür nicht ebenfalls das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde aufgestellt, so erwiese sich das angeführte Präjudiz als praktisch bedeutungslos. Allein nichts zwingt zu einer solchen Lösung oder gar zur Aufgabe des angeführten Präjudizes. Dieses steht keineswegs, wie GUHL, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 70, 505 ff. meint, im Widerspruch dazu, dass die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht gefordert wird für solche Verpflichtungen der Ehefrau, welche sogleich durch Entäusserung oder Belastung bestimmter Gegenstände ihres Vermögens (d. h. eine Verfügung hierüber) erfüllt werden (BGE 57 II 10). Denn die Errichtung und Verpfändung eines Eigentümerschuldbriefes durch die Ehefrau erschöpft sich eben nicht wie die Errichtung einer Grundpfandverschreibung in der Pfandbelastung ihres Grundstückes, sondern begründet gemäss Art. 842 ZGB ausserdem eine persönliche Forderung gegen die Ehefrau, von der dahinsteht, ob sie seinerzeit durch die blossе Ausübung des Grundpfandrechtes werde getilgt werden, oder ob die Ehefrau daraus noch zur Zahlung aus ihrem übrigen Vermögen in Anspruch genommen werde. Diese persönliche Forderung gegen die Ehefrau kann nicht mit dem Hinweis darauf bagatellisiert werden, dass es dem Empfänger des Schuldbriefes regelmässig wesentlich um das Grundpfandrecht zu tun sei. Träfe dies zu, so wäre nicht einzusehen, warum er sich nicht von vorneherein mit der Errichtung einer Grundpfandverschreibung begnüge oder, wenn er durchaus ein rascher verwertbares Faustpfand haben will, z. B. mit der Errichtung und Verpfändung einer Gült. Sodann vermag eine bei der Errichtung des Schuldbriefes noch so

gute Pfanddeckung keine absolut sichere Gewähr dagegen zu bieten, dass die persönliche Forderung je einmal in der Gestalt des (teilweisen) Pfandausfalles aktuell werde. Ob die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich sei und daher eingeholt werden müsse oder nicht, soll jedoch von vorneherein beurteilt werden können und darf nicht von nicht voraussehbaren späteren Ereignissen abhängig gemacht werden. Für Zinsen (und allfällige Annuitäten) eines Schuldbriefes steht übrigens die persönliche Belangung ohne vorherige Inanspruchnahme des Pfandes von vorneherein jederzeit offen. Dass beim Fehlen der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde im Sinne des eventuellen Klagantrages mindestens die Pfandbelastung des Grundstückes anerkannt werden müsse, kommt nicht in Frage, weil ein gutgläubiger Erwerber des Schuldbriefes nicht von der persönlichen Belangung des Ausstellers ausgeschlossen und letzterer, wenn er infolgedessen persönlich belangt werden sollte, nicht mit einer Rückgriffsforderung gegen den (nicht immer oder aus eigener Kraft zahlungsfähigen) ersten Erwerber des Schuldbriefes abgespielen werden kann. Mit dem letzteren Gedanken gibt übrigens die Klägerin die Realität der persönlichen Forderung aus dem Schuldbrief selbst zu. An dem angeführten Präjudiz ist daher festzuhalten.

Mit dem vorstehenden ist auch schon ausgesprochen, dass für den vorliegenden Fall keine abweichende Lösung gerechtfertigt wird durch die Rechtsprechung, wonach das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht für die Einwilligung der Ehefrau zu Verfügungen des Ehemannes über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes gilt (BGE 41 II 12). Errichtet die Ehefrau einen Eigentümer- (Inhaber-) Schuldbrief mit Wissen eines Gläubigers des Ehemannes gerade und nur zum Zweck, damit er jenem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung an den Ehemann verpfändet werde, so ist eben schon die Schuldbrieferrichtung selbst ohne die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde ungültig, weil sie eine über die

Grundstücksbelastung hinausgehende persönliche Verpflichtung der Ehefrau in sich schliesst, von der nicht zweifelhaft ist, dass sie sofort gegenüber einem Dritten zugunsten des Ehemannes eingegangen wird. Auch hier liegt der Fall vor, dass die Ehefrau eine Verpflichtung eingeht, die zwar nicht ihrer Form nach eine Interzession zugunsten des Ehemannes ist, aber nichtsdestoweniger einzig zum Zweck, um den Gegenwert ihrem Ehemann zu verschaffen, und dass der Gläubiger dies weiss oder mindestens wissen muss (BGE 54 II 410 ; 40 II 318). Kann die freilich ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde gültige Einwilligung der Ehefrau gemäss Art. 202 ZGB die Gültigkeit von Verfügungen des Ehemannes über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes bewirken, so vermag sie doch nicht eine vorher noch nicht gültig begründete persönliche Verpflichtung der Ehefrau zur Entstehung zu bringen. Wie gegebenenfalls einer solchen Verpfändung eines schon früher ohne einen solchen Gedanken errichteten Eigentümer- (Inhaber-) Schuldbriefes der Ehefrau oder gar eines von der Ehefrau eingelösten gewöhnlichen Schuldbriefes entsprechend der Tendenz des Art. 177 Abs. 3 ZGB beizukommen sei, sofern die Interzession dem Gläubiger überhaupt erkennbar geworden ist, steht gegenwärtig nicht zur Entscheidung. Dass die Interzession im vorliegenden Falle der Klägerin erkennbar war, lässt sich nicht mit Grund in Zweifel ziehen. Wer sich von der Ehefrau Grundpfandsicherheit geben lassen will, dies aber nicht auf dem oben angedeuteten gewöhnlichen, sondern auf einem ungewöhnlichen Weg tut, kann sich nachher nicht beklagen, wenn er die mit dem Geschäft verbundene Interzession der Ehefrau nur deshalb verkannt hat, weil er die durch Beschreitung des aussergewöhnlichen Weges geschaffene Rechtslage nicht umfassend nach allen Seiten überdachte. — Verfehlt ist endlich der Hinweis der Vorinstanz darauf, dass der Ehefrau durch den feierlichen öffentlichen Akt vor Notar und Grundbuchamt die Bedeu-

tung der Rechtshandlung genügend vor Augen geführt werde : Eines solchen bedarf es gemäss Art. 20 der Grundbuchverordnung von Bundesrechts wegen für die Errichtung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen nicht (und von der daherigen Fakultät gemäss Abs. 2 hat der Kanton Bern nicht einmal Gebrauch gemacht ; vgl. Art. 111 des EG zum ZGB). Übrigens kommt es für die Zustimmungsbefähigung wesentlich darauf an, dass die Ehefrau nicht nur einzelne bestimmt umschriebene und bereits vorhandene Vermögensstücke aufs Spiel setzt, sondern überhaupt was ihr in Zukunft als Vermögen verbleiben mag.

2. — War der Schuldbrief mangels Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht gültig, so konnte daran nichts geändert werden durch die Konkurseingabe der Beklagten, welche den Bestand des Schuldbriefes voraussetzte, und die stillschweigende Entgegennahme des entsprechenden Konkursbetreffnisses. Übrigens hätte es die Beklagte keineswegs versäumen dürfen, mindestens eine bezügliche bedingte Konkursforderung anzumelden, und dann hätte das darauf entfallende Konkursbetreffnis zugunsten der Beklagten hinterlegt werden müssen, also vorderhand doch nicht an die Gläubiger verteilt werden können, sondern allfällig erst nachträglich, zu welchem Zweck die Beklagte es jetzt ja auch zurückgeben will. Die vorbehaltlose Einstellung der Liegenschaft der Beklagten mit der Belastung durch den streitigen Schuldbrief in das vormundschaftliche öffentliche Inventar erfolgte ohne Zustimmungswillen der Vormundschaftsbehörde und zudem in einem Zeitpunkt, da die Zustimmung nicht mehr nachgeholt werden konnte ; denn wenn auch gemäss Art. 89 OG die über die Beklagte verhängte Beiratschaft ungeachtet der zivilrechtlichen Beschwerde mindestens seit dem Entscheid des kantonalen Appellationshofes vom 19. Dezember 1933 vollziehbar war, so wurde das Inventar doch erst im Herbst 1934 errichtet, nachdem die Beklagte inzwischen längst sich auf die Ungültigkeit berufen hatte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 22. März 1935 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen.

51. Beschluss der II. Zivilabteilung vom 21. November 1935  
i. S. Müller-Biland.

ZGB Art. 145 : Prozesskostenvorschusspflicht des Ehemannes für die Ehefrau im Scheidungsprozess.

*Nach Einsicht*

der Berufung des Klägers gegen das seine Scheidungsklage abweisende Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 30. September 1935,

der Gesuche der Beklagten vom 7. November, es sei der Kläger zu verhalten, ihr sofort einen Kostenvorschuss von 320 Fr. zur Sicherstellung ihrer bundesgerichtlichen Anwaltskosten zu bezahlen, eventuell sei ihr für das bundesgerichtliche Verfahren das Armenrecht mit Armenanwalt zu bewilligen,

*hat das Bundesgericht in Erwägung :*

dass gemäss Art. 78 OG zum Erlass vorsorglicher Massregeln auf Grund von Art. 145 ZGB während der Anhängigkeit beim Bundesgericht die kantonalen Behörden ausschliesslich zuständig bleiben,

dass das Armenrechtsgesuch durch eine vorsorgliche Massregel, wie sie von der Beklagten in erster Linie beantragt wird, jedoch nicht beim Bundesgericht selbst beantragt werden kann, gegenstandslos werden wird,

dass die Beklagte, der eine zum Teil anerkannte Frauengutersatzforderung in erheblichem Betrage zusteht, für

die (nicht vorzuschliessenden) Gerichtskosten ohnehin nicht das Armenrecht erhalten könnte,

*beschlossen :*

Das Gesuch der Beklagten wird abgewiesen.

52. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 22 novembre 1935  
dans la cause Hagnauer contre Ducrey-Heer.

1. Actions en modification des effets accessoires du divorce ou en ratification d'une convention relative à ces effets : le for du domicile suisse de la partie demanderesse est compétent pour connaître des actions de ce genre si la partie défenderesse est domiciliée à l'étranger et si le jugement dont la modification est demandée a été rendu en Suisse. Il est sans intérêt à cet égard que les parties soient de nationalité suisse ou étrangère.
2. La ratification judiciaire est indispensable à la validité des conventions relatives à l'exercice de la puissance paternelle et aux relations personnelles entre parents et enfants, même si ces conventions ont été conclues postérieurement au jugement de divorce.

*Résumé des faits :*

Par jugement du 11 juin 1925, le Tribunal civil du district de Lausanne prononça le divorce des époux Hagnauer-Heer et confia au père l'exercice de la puissance paternelle sur l'unique enfant né du mariage. En 1933 dame Heer, devenue entre temps dame Ducrey, ouvrit devant les tribunaux valaisans une action en modification du jugement de divorce en concluant à ce que la puissance paternelle sur l'enfant lui fût confiée. En cours d'instance une « convention » fut conclue par les parties. Aux termes de cet acte le père, tout en maintenant en principe sa puissance paternelle, renonçait, sous certaines conditions, en faveur de la grand'mère maternelle de l'enfant à quelques prérogatives importantes (la garde, l'entretien, l'instruction et l'éducation de sa fille).