

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	37 (1918)
<b>Artikel:</b>	Wie ist der Viertel des Gesamtvermögens zu berechnen, der nach Art. 226 ZGB den Nachkommen bei der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag nicht entzogen werden darf?
<b>Autor:</b>	Wieland, Alfred
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896002">https://doi.org/10.5169/seals-896002</a>

### 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:** 22.01.2026

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

# Wie ist der Viertel des Gesamtvermögens zu berechnen, der nach Art. 226 ZGB den Nachkommen bei der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag nicht entzogen werden darf?

Von Dr. ALFRED WIELAND in Basel.

---

Für den Fall, dass beim Güterstande der Gütergemeinschaft im Ehevertrage nicht bestimmt ist, wie beim Tode des einen Ehegatten zwischen dem andern und den Erben des Verstorbenen geteilt werden muss, sieht Art. 225 ZGB die Hälfteteilung vor. Und zwar gilt dieser Grundsatz in gleicher Weise, ob die Erben Nachkommen des Erblassers sind oder nicht, indem Art. 225 vorbehaltlos lautet:

„Stirbt ein Ehegatte, so fällt die eine Hälfte des Gesamtgutes dem überlebenden Ehegatten zu.“

Die andere Hälfte geht unter Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Überlebenden auf die Erben des Verstorbenen über.“

Für den Fall dagegen, dass die Ehegatten den Teilungsmodus im Ehevertrage regeln, macht das Gesetz einen Unterschied, je nachdem die Erben, mit denen der Überlebende zu teilen hat, Nachkommen des Verstorbenen sind oder nicht. Art. 226 lautet nämlich:

„An Stelle der Teilung nach Hälften kann durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden.“

Den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten darf jedoch ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens nicht entzogen werden.“

Sind keine Nachkommen da, so bestehen somit von Gesetzes wegen keinerlei Schranken hinsichtlich des Teilungsmodus. Dem überlebenden Ehegatten kann z. B. das ganze, der Gütergemeinschaft unterliegende Vermögen

zugehalten werden, auch wenn der Erblasser Eltern oder Geschwister hinterlassen hat. Das auch dann, wenn kein Sondergut des Erblassers vorhanden ist, Eltern und Geschwister also ganz leer ausgehen, obschon sie nach den Grundsätzen des Erbrechtes pflichtteilsberechtigt sind. Das Gesetz anerkennt somit, dass beim Güterstande der Gütergemeinschaft hinsichtlich des Gesamtgutes das Pflichtteilsrecht von Eltern und Geschwistern durch Ehevertrag ganz ausgeschlossen werden kann.

Wenigstens im praktischen Resultate. Denn wenn dem überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag, also in der Form seines Anteils am ehelichen Vermögen, das ganze Gesamtgut zugehalten werden kann, gelangt vom ehelichen Vermögen überhaupt nichts zur Erbschaft. Dann nützt den Eltern und Geschwistern aber auch ihr Pflichtteilsrecht nichts, obschon es nach Art. 471 ZGB die Hälfte, beziehungsweise den Viertel ihres gesetzlichen Erbanspruchs umfasst, denn wo die Erbschaft fehlt, ist auch kein Raum für einen Pflichtteilanspruch.

Sind dagegen Nachkommen vorhanden, so darf ihnen nach Art. 226, Abs. 2 „ein Viertel des Gesamtvermögens nicht entzogen werden“. In diesem Falle gestattet also das Gesetz nicht, dass die Ehegatten dem Überlebenden das ganze Gesamtgut durch Ehevertrag, d. h. in der Form seines Anteils am ehelichen Vermögen zuhalten. Vielmehr muss zum mindesten ein Viertel des Gesamtvermögens zur Erbschaft gelangen. Einen andern Schutz haben aber auch die Nachkommen hinsichtlich des Gesamtgutes nicht. Auch ihr Pflichtteilsrecht erstreckt sich ja nur auf dasjenige Vermögen, welches zur Erbschaft gelangt, nicht aber auf denjenigen Betrag des Gesamtgutes, welchen der überlebende Ehegatte auf Grund des Ehevertrages als seinen Anteil am ehelichen Vermögen vorwegnimmt. So wird denn auch allseitig anerkannt, dass bei der Gütergemeinschaft der Anspruch aus Art. 226 auf den Viertel des Gesamtvermögens im praktischen Resultate an Stelle des Pflichtteilsrechtes tritt, das für Nach-

kommen grundsätzlich drei Viertel des Erbanspruchs umfasst, bei der Güterverbindung also drei Viertel des eingebrachten Gutes des Erblassers und seines Anteils am Vorschlage, und bei der Gütertrennung drei Viertel seines gesamten Vermögens. Weniger klar liegt dagegen die Frage, wenigstens nach der Literatur zu Art. 226 zu schliessen, wie dieser Viertel bei der Gütergemeinschaft zu berechnen ist.

### A.

In erster Linie hat sich die Diskussion bisher mit der Frage beschäftigt, ob der Viertel des Gesamtvermögens den Nachkommen unverkürzt gebührt oder nur zur Erbschaft gelangen muss. Im letztern Falle würde er zunächst dem gesetzlichen Erbrechte des überlebenden Ehegatten unterliegen. Ausserdem könnte der Erblasser auch noch letztwillig darüber verfügen, soweit ihn nicht das Pflichtteilsrecht der Nachkommen daran verhindert, das aber nur drei Viertel ihres gesetzlichen Erbanspruchs umfasst. Praktisch lautet also die Frage dahin: Haben die Nachkommen einen unentziehbaren Anspruch auf den ganzen Viertel des Gesamtvermögens oder nur auf ihren Pflichtteil an dem Reste des Viertels, welcher verbleibt, nachdem sowohl der Erbanspruch des überlebenden Ehegatten befriedigt, als auch die der Verfügungsfreiheit des Erblassers nach Art. 470 ZGB unterliegende Quote ausgeschieden ist?

Wie erheblich der Unterschied ist, vermag ein beliebiges Beispiel zu beweisen. Angenommen etwa, das Gesamtgut betrage Fr. 80,000.—, so darf dem überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag höchstens drei Viertel davon = Fr. 60,000.— zugehalten werden. Wenn nun der letzte Viertel den Nachkommen unverkürzt gebührt, so haben sie einen Anspruch auf mindestens Fr. 20,000.—. Im entgegengesetzten Falle nimmt dagegen der überlebende Ehegatte einen Viertel davon = Fr. 5000.— kraft seines gesetzlichen Erbrechtes vorweg an sich. Über einen weitern

Viertel des Restes von Fr. 15,000.— = Fr. 3750.— so dann darf der Erblasser letztwillig verfügen. Schliesslich verbleiben also den Nachkommen statt Fr. 20,000.— nur Fr. 11,250.—. Der überlebende Ehegatte anderseits erhält in diesem Falle nicht nur die Fr. 60,000.—, welche ihm laut Ehevertrag zufallen, sondern ausserdem noch Fr. 5000.— kraft Erbrechtes und eventuell noch weitere Fr. 3750.—, sofern etwa der Erblasser zu seinen Gunsten letztwillig darüber verfügt hat. Im ersten Falle erhält somit der überlebende Ehegatte bei einem Gesamtgute von Fr. 80,000.— höchstens Fr. 60,000.— und den Nachkommen verbleiben mindestens Fr. 20,000.—. Im letztern Falle dagegen können dem überlebenden Ehegatten Fr. 60,000.— + 5000.— + 3750.—, total Fr. 68,750.— zugehalten werden, während den Nachkommen nur Fr. 20,000.— — 5000.— — 3750.— = Fr. 11,250.— verbleiben.

Nach der bisherigen Literatur zu Art. 226 scheint allerdings ausser Zweifel zu stehen, dass den Nachkommen der Viertel unverkürzt gebührt. Seit nämlich Siegwart in der Schweizerischen Juristenzeitung (Bd 8, S. 315 fg.) diese Auffassung begründete, hat sie offenbar rasch durchgeschlagen. Die Kommentare von Egger (S. 290) und Gmür (S. 550) schliessen sich ihr vorbehaltlos an, und auch Henrici tritt ihr in seiner Abhandlung über Ehevertrag und Erbvertrag bei (in dieser Zeitschr. Bd 33, S. 45 fg.), obschon er beifügt, dass Siegwart die notwendige Klärung der Frage nicht gebracht habe. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt nur Curti (Komm. Anmerkung 5 zu Art. 226), ohne sie aber näher zu begründen. Unter diesen Umständen dürfte sich eine Untersuchung an Hand folgender drei Fragen empfehlen: 1. Was ist unmittelbar dem Wortlaut mit Einschluss der Textesgeschichte von Art. 226 und seiner Stellung im Systeme des ZGB zu entnehmen? 2. Sind die Gründe Siegwarts für die herrschende Meinung durchschlagend? 3. Welche Argumente sprechen gegen sie?

## I.

Nach Gmür und auch nach Henrici (a. a. O. S. 301, Anm. 103) spricht schon der klare Wortlaut von Art. 226 für die Auffassung Siegwarts, während dieser selbst anerkennt, dass dieses Argument noch nicht genügt. Allerdings kann man zunächst auf Grund des Wortlautes allein folgenden Schluss ziehen: Wenn der Viertel den Nachkommen nicht entzogen werden soll, so darf er ihnen von Gesetzes wegen überhaupt nicht entzogen werden, weder durch Ehevertrag noch auf andere Weise. Entzogen würde er ihnen aber auch dann, wenn das Erbrecht des Ehegatten oder eine letztwillige Verfügung des Erblassers ihn zu schmälern vermöchte. Also unterliegt der den Nachkommen reservierte Viertel weder jenem noch dieser, sondern gebührt ihnen unverkürzt.

Diese Argumentation verliert aber sofort ihre Schlüssigkeit, wenn berücksichtigt wird, dass Art. 226 zum Güterrechte der Ehegatten gehört und nicht etwa zum Erbrechte.

Bei jedem ehelichen Vermögen entsteht ja im Falle der Auflösung der Ehe die Frage, wie viel davon nach ehelichem Güterrechte als Anteil des überlebenden Ehegatten vorweg ausgeschieden wird, also dem Familienrechte untersteht, und wie gross der Rest ist, welcher zur Erbschaft gelangt, d. h. allein dem Erbrechte unterliegt. Das ZGB ferner beschränkt den überlebenden Ehegatten nicht nur auf seinen güterrechtlichen Anspruch, sondern gewährt ihm grundsätzlich ausserdem noch ein Erbrecht, und zwar bei jedem Güterstande und in Konkurrenz mit allen Erben. Auch bei der Gütergemeinschaft ist also an sich möglich, dass das vom ZGB im Familienrechte und nicht im Erbrechte untergebrachte Verbot, den Nachkommen mehr als drei Viertel zu entziehen, nur ein güterrechtliches sein soll. Der güterrechtliche Anteil des überlebenden Ehegatten am ehelichen Vermögen würde damit auf drei Viertel des Gesamtgutes beschränkt und ein Viertel

mindestens müsste zur Erbschaft gelangen. Damit wäre aber zunächst nur gesagt, dass nach Güterrecht der überlebende Ehegatte nicht mehr als drei Viertel des Gesamtvermögens vorweg nehmen darf. Dagegen würde noch jede Bestimmung darüber fehlen, wie der letzte Viertel nach Erbrecht zu behandeln ist. Speziell wäre die Frage noch ganz offen, ob er nach Erbrecht den Nachkommen unverkürzt gebührt und das Erbrecht des überlebenden Ehegatten in diesem Falle ganz versagt, oder ob er einfach wie alle andern Bestandteile des Nachlasses, z. B. das Sondergut des Erblassers, nach den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechtes zu behandeln ist.

Dass auch die letztere Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes zum mindesten sehr wohl vereinbar ist, wird sofort klar, wenn z. B. der Versuch gemacht wird, Art. 226 so zu ergänzen, dass schon sein Wortlaut die Möglichkeit jeglichen Zweifels ausschliesst. Um den Gesetzestext im Sinne der herrschenden Meinung zu präzisieren, müsste etwa der negative Ausdruck: „Den Nachkommen darf jedoch ein Viertel des Gesamtvermögens nicht entzogen werden“ zunächst durch einen positiven ersetzt werden, z. B. im Anschlusse an den Vorschlag der ständerätslichen Kommission:

„Bei allgemeiner Gütergemeinschaft können die Ehegatten, für den Fall des Todes eines derselben, eine beliebige Teilung des Gesamtvermögens verabreden, mit der Beschränkung, dass den Nachkommen wenigstens ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens zufallen muss.“

Freilich auch diese positive Fassung würde kaum schon zur vollen Klarheit genügen. Das beweist z. B. das alte Recht von Basel-Stadt. § 14 des basel-städtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884 lautete nämlich:

„Die gesetzliche Teilungsweise kann durch Eheabrede abgeändert werden, immerhin mit der Beschränkung, dass den Nachkommen des vorabsterbenden Ehegatten nicht weniger zufallen soll als entweder ein Drittel des Gesamtvermögens oder das von dem vorabsterbenden Ehegatten in die Ehe gebrachte

und während derselben ererbte Vermögen nebst einem Drittel der Errungenschaft.“

Trotz dieser positiven Ausdrucksweise, wonach den Nachkommen ein Drittel zufallen soll, verblieb ihnen aber dieser Drittel nach Basler Recht durchaus nicht etwa unverkürzt. Vielmehr waren sie auf ihr Pflichtteilsrecht daran beschränkt und unterlag der Rest zwar nicht dem Erbrechte des überlebenden Ehegatten, das in Basel in Konkurrenz mit demjenigen anderer gesetzlicher Erben nicht bekannt war, wohl aber der Testierfreiheit des Erblassers. Der Schlussatz des § 14 lautete nämlich:

„Die Bestimmungen des § 18 bleiben vorbehalten.“ § 18 aber sagte, dass ein Ehegatte letztwillig über denjenigen Teil des Gesamtvermögens verfügen darf, welcher kraft Eheabrede oder kraft Gesetzes seinen Erben zufällt. Somit stand nach basel-städtischem Rechte den Nachkommen nur ihr Pflichtteil an demjenigen Teile des Gesamtvermögens zu, über welchen durch Ehevertrag zugunsten des überlebenden Eheheils nicht verfügt werden durfte, und das trotz der positiven Fassung des Gesetzes, wonach „den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten nicht weniger zufallen soll“ als der genannte Betrag.

Um jeden Zweifel daran auszuschliessen, dass Art. 226 im Sinne der herrschenden Meinung auszulegen ist, müsste also trotz seiner umgeänderten positiven Fassung noch ein spezieller Hinweis darauf beigefügt werden, dass der reservierte Viertel des Gesamtvermögens den Nachkommen auch auf Grund des Erbrechtes nicht verkürzt werden darf. Sonst bleibt stets der Einwand möglich, dass Art. 226, weil er nur im Abschnitte des ehelichen Güterrechtes steht, ausschliesslich den güterrechtlichen Teilungsmodus regeln will, nicht aber auch die rein erbrechtliche Frage, mit wem sich eventuell die Nachkommen nach Erbrecht noch in diesen Viertel zu teilen haben.

Ungleich einfacher wäre eine Ergänzung des Art. 226 in dem der herrschenden Meinung entgegengesetzten Sinne, namentlich wenn vom Gegensatze zwischen Art. 225 und

226 ausgegangen wird. Art. 225 behandelt ja den Fall, da beim Güterstande der Gütergemeinschaft der Ehevertrag über den Teilungsmodus nichts sagt, Art. 226 den entgegengesetzten Fall, da der Ehevertrag diese Frage ausdrücklich regelt. Während dort Hälfteilung vorgesehen ist, wird hier bestimmt, dass an Stelle der gesetzlichen Teilung nach Hälften durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden kann. Und nun fügt Absatz 2 bei, dass indessen den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten ein Viertel des Gesamtvermögens nicht entzogen werden darf. Somit wäre jeder Zweifel an dem Sinne dieses Absatzes ohne weiteres ausgeschlossen, wenn z. B. in Absatz 2 die Worte des Absatzes 1 „durch Ehevertrag“ wiederholt würden, so dass der Schlussatz von Art. 226 lauten würde:

„Den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten darf jedoch durch Ehevertrag ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens nicht entzogen werden.“

Damit wäre nämlich ausser Frage gestellt, dass Art. 226, Absatz 2 nur den güterrechtlichen Teilungsmodus durch Ehevertrag im Auge hat, nicht aber auch die rein erbrechtliche Frage, ob sich nicht eventuell die Nachkommen nach Erbrecht eine weitere Schmälerung des Viertels müssen gefallen lassen.

Ja, diese Ergänzung ist so einfach und naheliegend, dass man sich beim unbefangenen Lesen von Art. 226 fragen wird, ob sie nicht überhaupt überflüssig, bezw. so selbstverständlich ist, dass Art. 226 ganz im gleichen Sinne ausgelegt werden muss, ob nun die Worte „durch Ehevertrag“ in Absatz 2 wiederholt werden oder nicht. Im Gegensatze zu Art. 225, der lediglich den einen Fall regelt, da der Ehevertrag keinen Teilungsmodus aufstellt, behandelt ja Art. 226 überhaupt nur und ausschliesslich den entgegengesetzten Fall, in welchem die Teilungsweise durch Ehevertrag bestimmt wird. Und da nun schon Absatz 1 die Worte: „durch Ehevertrag“ enthält, indem er lautet:

„An Stelle der Teilung nach Hälften (zu ergänzen in Art. 225) kann durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden“,

ist sehr wohl möglich, dass der Gesetzesredaktor in Absatz 2 von ihrer Wiederholung nur darum abgesehen hat, weil er sie für überflüssig erachtete. Die gesetzliche Hälfte-teilung kann im Ehevertrag durch eine andere ersetzt werden, sagt Absatz 1. Doch darf dabei den Nachkommen ein Viertel des Gesamtvermögens nicht entzogen werden, fügt Absatz 2 bei. Zu ergänzen wäre: „durch Ehevertrag nicht entzogen werden“. Indessen darf diese Ergänzung als selbstverständlich füglich beiseite gelassen werden. Handelt doch der ganze Art. 226 überhaupt nur von dem Fall, dass der Teilungsmodus durch Ehevertrag geregelt ist, und hat er doch schon seiner Beziehung zu Art. 225 wegen an sich überhaupt keine andere Bedeutung, namentlich keine erbrechtliche, als diejenige eines Gegensatzes zu Art. 225, der seinerseits ausschliesslich den entgegen-gesetzten Fall behandelt, da der Teilungsmodus nicht durch den Ehevertrag geregelt ist. Demnach ist zum mindesten möglich, dass nur darum von einer Wieder-holung der Worte des Absatzes 1 „durch Ehevertrag“, welche von vornherein jeden Zweifel an dem Sinne ausgeschlossen hätten, in Absatz 2 abgesehen wurde, weil sie als selbstverständlich und damit auch als überflüssig erachtet wurden.

Schon damit ist aber die Ansicht derjenigen Vertreter der herrschenden Meinung widerlegt, welche behaupten, dass der klare Wortlaut des Gesetzes zu ihren Gunsten spreche. Was die rein grammatischen Auslegung des Gesetzestextes anbetrifft, so darf vielmehr jetzt schon der Beweis als erbracht gelten, dass die der herrschenden Mei-nung entgegengesetzte Ansicht zum mindesten ebensogut mit Art. 226, Absatz 2 vereinbar ist als jene. Zieht man aber ausserdem die Entstehungsgeschichte des Textes in Betracht, auf welche z. B. das Bundesgericht in andern Fällen schon mehrfach zurückgegriffen hat, um dem Wort-

laute des ZGB entstammende Unklarheiten zu entscheiden,<sup>1)</sup> so ergibt sich noch das weitere Resultat, dass der Absicht des Gesetzes überhaupt nur die der herrschenden Ansicht entgegengesetzte Auffassung von Art. 226, Absatz 2 entspricht. Ein Rückblick auf die Textgeschichte dieses Artikels ist übrigens auch über den Rahmen unserer Untersuchung hinaus nicht ohne Interesse, weil er zeigt, welche überraschenden Wandlungen der Grundsatz der Freiheit des Ehevertrages in den verschiedenen Entwürfen zum ZGB durchgemacht hat.

## B.

Schon der Vorentwurf stimmt mit dem heutigen Gesetzbuche darin überein, dass der 5. Titel die Wirkungen der Ehe im allgemeinen und der 6. Titel die Güterstände enthält. Im Vorentwurf zerfällt aber der 5. Titel in folgende fünf Abschnitte, welche in das Zivilgesetzbuch nur zum Teile und mehrfach in andern Zusammenhange übergegangen sind: 1. Die eheliche Gemeinschaft, 2. Der Güterstand, 3. Das Sondergut, 4. Der Ehevertrag, 5. Das Ehegutsregister.

Der vierte Abschnitt über den Ehevertrag umfasst die Art. 215 bis 218. Art. 215 behandelt die Vertragsfähigkeit der Parteien des Ehevertrags, Art. 216 die Vertragsform, Art. 217 die Bedeutung von Formmängeln und Art. 218 den Gegenstand des Ehevertrags. Art. 218 lautet nun wörtlich:

„Durch Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod nicht mehr als die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens, und bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

Während also das heutige Gesetz über die inhaltlichen Schranken des Ehevertrags keine allgemeine Bestimmung enthält, sondern bei jedem einzelnen Güter-

---

<sup>1)</sup> Vergl. z. B. Praxis des Bundesgerichts VI. Jahrgang Nr. 61.

stande bestimmt, sowohl wie weit der gesetzliche Teilungsmodus durch Ehevertrag abgeändert werden kann, als auch über welchen Teil des Vermögens der Ehegatten durch Ehevertrag verfügt werden darf, regelt der Vorentwurf diese beiden Fragen einheitlich. Die Erläuterungen führen dazu aus, dass daran gedacht worden sei, dem Ehevertrage dieselben Schranken zu setzen wie der letztwilligen Verfügung. Gemeint ist das Pflichtteilsrecht, so dass also z. B. gegenüber Nachkommen der Erblasser auch durch Ehevertrag wie durch Testament nur über einen Viertel seines Vermögens verfügen dürfen, weil der Pflichtteil der Nachkommen drei Viertel ihres gesetzlichen Erbanspruchs umfasst. Teils im Hinblicke auf die Gütergemeinschaft, welche eine grössere Freiheit der Ehegatten verlange, teils in der Absicht, überhaupt nur beim Vorhandensein von Nachkommen die Freiheit des Ehevertrages zu Ungunsten der Ehegatten zu beschränken, sei dann aber die Fassung des Art. 218 vorgezogen worden.

Welche gewaltige Tragweite dem Art. 218 des Vorentwurfs hinsichtlich der Freiheit des Ehevertrages zukam, lässt allerdings das heutige ZGB nicht mehr erkennen. Tatsächlich bestimmte er ja nichts geringeres, als dass grundsätzlich die Ehegatten durch Ehevertrag bei allen Güterständen über ihr ganzes Vermögen frei verfügen dürfen. Weder sollten z. B. in formeller Hinsicht die Schranken der Verfügung von Todes wegen gelten, noch in materieller diejenigen des Pflichtteilsrechts. So konnten z. B. auch beim Güterstande der Gütertrennung Zuwendungen auf den Todesfall in der Form des Ehevertrages gemacht werden, und zwar unbekümmert um den Pflichtteilsanspruch der Erben. Nur wenn diese aus Nachkommen bestanden, galt eine Ausnahme. Aber auch in diesem Falle wurden die Rechte der Erben im Vergleiche mit ihren erbrechtlichen Ansprüchen noch erheblich herabgesetzt, bei der Gütergemeinschaft z. B. auf einen Viertel des Gesamtvermögens und bei den übrigen Güterständen auf die

Hälfte des Vermögens des Erblassers, während sie nach Erbrecht drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs umfassten. Somit stand es nach dem Vorentwurfe den Ehegatten frei, und zwar bei allen Güterständen, durch Ehevertrag die Erben um ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht zu bringen, und zwar Nachkommen zum Teile, Erben weitern Grades ganz. Die erbrechtlichen Schranken des Pflichtteilsrechts galten also tatsächlich nur für Verfügungen auf den Todesfall in Form von Testament oder Erbvertrag.

Schon in der Expertenkommission wurde Art. 218 gerade aus diesem Grunde beanstandet. Einmal gelangte ein Antrag Mentha zur Annahme:

„Hat einer der Ehegatten Kinder bei Eingehung der zweiten Ehe, so kann die Gütergemeinschaft nicht verabredet werden.“

Sodann aber wurde auf Antrag Isler gerade derjenige Grundsatz angenommen, den der Vorentwurf abgelehnt hatte, dass nämlich auch für den Ehevertrag die Schranken des Pflichtteilsrechts zu gelten hätten, sofern wenigstens Nachkommen vorhanden seien. Als ungefähre Fassung des Art. 218 wurde folgende in Aussicht genommen:

„Durch Ehevertrag dürfen Pflichtteilsrechte der Kinder nicht verletzt werden.“

Später, bei der Beratung von Art. 254 wurde aber Art. 218 wieder in seiner ursprünglichen Form hergestellt. Art. 254 des Vorentwurfs lautet nämlich:

„Stirbt ein Ehegatte, so fällt die eine Hälfte des Gesamtguts dem überlebenden Ehegatten und die andere Hälfte mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des letztern den Erben des Verstorbenen zu.“

Hiezu beantragte Wieland einen Zusatz im Sinne des weggefallenen Art. 218, dass den Nachkommen eine bestimmte Quote auch durch Ehevertrag nicht entzogen werden darf. Ähnlich Burckhardt, welcher den zweiten Satz von Art. 218 dem Art. 254 beizufügen wünschte. Der Referent entgegnete zwar, dass bei Art. 218 grundsätzlich beschlossen worden sei, für alle Eheverträge,

speziell auch im Falle der Gütergemeinschaft, es bei den Schranken des Pflichtteilsrechts bewenden zu lassen. Das hätte zur Folge gehabt, dass z. B. auch bei der Gütergemeinschaft auf das eingebrachte Gut hätte abgestellt werden müssen, um die Ansprüche der Nachkommen im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten festzusetzen. Indessen ergaben sich bei der Besprechung der Berechnungsweise der Pflichtteilsansprüche solche Differenzen, dass auf Antrag des Präsidenten, Bundesrat Brenner, Art. 218 wieder im ursprünglichen Wortlautaute hergestellt wurde, weil sonst die Rechnung zu kompliziert wäre. So kam es, dass trotz der Opposition der Expertenkommission zu Art. 218 des Vorentwurfs der bundesrätliche Entwurf ihn als Art. 204 völlig unverändert übernahm. Nur lauteten die Eingangsworte des Art. 204 im bundesrätlichen Entwurfe nunmehr: „Mit Ehevertrag“, während diejenigen des Art. 218 des Vorentwurfs gelautet hatten: „Durch Ehevertrag“.

Eine wesentliche Änderung führte dann aber die Beratung des bundesrätlichen Entwurfs im Nationalrat herbei. Die nationalrätliche Kommission schlug nämlich vor, in Art. 204 die Worte wegzulassen:

„nicht mehr als die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens“, und anderseits einen weiteren Absatz beizufügen:

„In den andern Fällen unterliegen vertragliche Zuwendungen den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts.“

Der Nationalrat nahm diesen Antrag an, so dass nun Art. 204 lautete:

„Mit Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

„In den andern Fällen unterliegen vertragliche Zuwendungen ausschliesslich den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts.“

Die ständerätliche Kommission stimmte sachlich diesem Antrage zu, schlug aber allerdings eine etwas andere Redaktion vor:

„Bei allgemeiner Gütergemeinschaft können die Ehegatten, für den Fall des Todes eines derselben, eine beliebige Teilung des Gesamtvermögens verabreden, mit der Beschränkung, dass den Nachkommen wenigstens ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens zufallen muss.“

Bei den andern Güterständen unterliegen vertragliche Zuwendungen ausschliesslich den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts.“

Damit, und zwar sowohl in der nationalrätslichen Fassung als auch in derjenigen der ständerätslichen Kommission, welche vom Ständerate zum Beschluss erhoben wurde, war gerade der dem Vorentwurfe und dem bundesrätslichen Entwurfe entgegengesetzte Grundsatz angenommen, dass auch der Ehevertrag prinzipiell an die Schranken des Pflichtteilsrechts gebunden ist. Isler allerdings hatte schon in der Expertenkommission dieses Prinzip vertreten, aber nur sofern Nachkommen vorhanden wären. Sonst dagegen wollte auch er den Ehegatten freie Hand lassen, durch Ehevertrag über ihr ganzes Vermögen zu verfügen, und zwar bei allen Güterständen. Die Ansicht sowohl des Nationalrats als auch des Ständerats ging dagegen dahin, dass grundsätzlich der erbrechtliche Pflichtteilsanspruch aller Erben und nicht nur derjenige der Nachkommen die Freiheit des Ehevertrages beschränken müsse, und zwar bei allen Güterständen. Nur für die Gütergemeinschaft wurde die vom bundesrätslichen Entwurfe vorgeschlagene Lösung beibehalten, wonach gegenüber Nachkommen durch Ehevertrag über drei Viertel des Gesamtvermögens zugunsten des überlebenden Ehegatten verfügt werden darf. Diese Bestimmung charakterisiert sich aber in doppelter Hinsicht als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatze der Unterwerfung des Ehevertrages unter das Pflichtteilsrecht. Erstens einmal sollten bei der Gütergemeinschaft nur Nachkommen die Freiheit des Ehevertrages beschränken, während bei den übrigen Güterständen für alle pflichtteilsberechtigten Erben dieser Grundsatz galt. Zweitens sollte nur bei der Gütergemeinschaft das Pflichtteilsrecht der Nachkommen auf drei

Viertel des Vermögens des Erblassers durch den Anspruch auf einen Viertel des Gesamtvermögens ersetzt werden, während bei den andern Güterständen jenes auch gegenüber einem Ehevertrage für Nachkommen keiner Änderung unterzogen wurde.

Für unsere Frage, ob das Gebot, den Nachkommen bei der Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des Gesamtvermögens zu entziehen, nur als ein güterrechtliches aufzufassen sei oder auch als erbrechtliches, so dass den Nachkommen dieser Viertel netto zu verbleiben habe, ergibt die bisher untersuchte Geschichte von Art. 218 des Vorentwurfs resp. Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs somit das folgende interessante Resultat:

Für Vorentwurf und bundesrätlichen Entwurf kann die Tatsache keinem Zweifel unterliegen, dass das Gebot lediglich die güterrechtliche Teilung durch Ehevertrag im Auge hatte, also der im Interesse der Nachkommen reservierte Viertel einfach nach den Regeln des Erbrechts beerbt wurde, keinesfalls ihnen aber netto zufallen sollte. Der Beweis hiefür ergibt sich unmittelbar aus Art. 218 des Vorentwurfs bzw. Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs, welcher der Übersichtlichkeit wegen hier noch einmal angeführt werden mag:

„Durch Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod nicht mehr als die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens und bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

Wie für die andern Güterstände, so wollte also auch für die Gütergemeinschaft dieser Artikel nur bestimmen, wie weit die Freiheit des Ehevertrags reicht. Und zwar sollte sie hier wie dort eine unbeschränkte sein, falls der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt. Andernfalls dagegen, d. h. falls solche vorhanden waren, konnte bei den andern Güterständen durch Ehevertrag nur über die Hälfte des Vermögens des Erblassers und bei der Gütergemeinschaft nur über drei Viertel des Gesamtvermögens.

zugunsten des überlebenden Ehegatten verfügt werden. Der Rest des Vermögens des Erblassers dagegen musste zwar zur Erbschaft gelangen, gehörte aber keineswegs den Nachkommen allein.

Das ergibt sich einsteils schon aus der Stellung des zitierten Artikels im Systeme des Vorentwurfs bezw. des bundesrätlichen Entwurfs. Gehört er doch dem fünften, mit „Der Ehevertrag“ überschriebenen Abschnitte des fünften Titels an, welcher die Wirkungen der Ehe im allgemeinen regelt. Schon daraus folgt, dass er nur bestimmten wollte, über welchen Teil seines Vermögens der Erblasser durch Ehevertrag zu Gunsten des überlebenden Eheteils verfügen durfte. Wie dagegen der zur Erbschaft gelangende Rest unter die einzelnen Erben zu verteilen war, darüber wollte dieser Artikel so wenig eine Bestimmung treffen als etwa im heutigen ZGB Art. 214. Auch dieser letztere Artikel sagt vielmehr nur, über welchen Teil des ehelichen Vermögens, nämlich über den Vorschlag im Gegensatze zum eingebrachten Gute, im Systeme der Güterverbindung durch Ehevertrag verfügt werden darf. Wie dagegen der Rest des Vermögens des Erblassers, welcher zur Erbschaft gelangen muss, unter die Erben zu verteilen ist, diese Entscheidung überlässt Art. 214 ZGB so gut als Art. 218 des Vorentwurfs ausschliesslich dem Erbrechte.

Ein weiterer Beweis, der allein schon genügen würde, liegt übrigens in der Tatsache, dass Art. 218 des Vorentwurfs ausdrücklich betont, dass durch Ehevertrag den Nachkommen bei andern Güterständen nicht mehr als die Hälfte des Vermögens des Erblassers, und bei der Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des Gesamtvermögens entzogen werden darf. Mit den Worten: „durch Ehevertrag“ wird nämlich das Verbot von vornherein als ein ausschliesslich güterrechtliches charakterisiert und jeder Anhaltspunkt beseitigt, der gestatten würde, gleichzeitig eine erbrechtliche Vorschrift darin zu erblicken. Auch Art. 226 ZGB könnte ja, wie schon

oben nachgewiesen wurde, niemals im Sinne der herrschenden Meinung ausgelegt werden, nämlich als Einräumung eines Erbanspruchs an die Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtvermögens netto, wenn auch dort in Absatz 2 die Worte: „durch Ehevertrag“ ausdrücklich beigefügt wären.

Gerade das gegenteilige Resultat, dass nämlich der Viertel den Nachkommen netto verbleiben muss, ergibt sich dagegen aus der vom National- und Ständerate angenommenen Fassung. Die Ursache liegt in dem grundsätzlichen Gegensatze, in welchem diese Auffassung zu derjenigen des Vorentwurfs und des bundesrätlichen Entwurfs hinsichtlich der Freiheit des Ehevertrages steht.

Diese beiden Entwürfe haben den Ehevertrag sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht in weitgehender Weise privilegiert. In formeller, indem unter Ehegatten in der Form des Ehevertrages über das ganze Vermögen auf den Todesfall verfügt werden kann, ohne dass es hiezu der Formen der Verfügungen von Todes wegen bedarf. In materieller, indem dem überlebenden Ehegatten bei Vorhandensein von Nachkommen das halbe Vermögen des Erstabsterbenden, bezw. bei der Gütergemeinschaft drei Viertel des Gesamtvermögens, und in Ermangelung von Nachkommen sogar das ganze Vermögen durch Ehevertrag zugehalten werden kann, unbekümmert um die erbrechtlichen Regeln des Pflichtteilsrechtes. Alle Schranken der Verfügungen von Todes wegen fallen also weg, sobald die Form des Ehevertrages gewählt wird. Nur wenn Nachkommen vorhanden sind, werden die weggefallenen Grenzen des Pflichtteilsrechtes durch andere ersetzt, aber auch in diesem Falle durch weniger enge. Darf doch auch Nachkommen gegenüber der Erblasser durch Ehevertrag über die Hälfte seines Vermögens verfügen statt nur über einen Viertel wie nach Erbrecht. Sodann fällt aber auch die im Interesse der Nachkommen der Verfügung durch Ehevertrag entzogene

Hälfte diesen nicht netto zu, wie ihr Pflichtteil von drei Viertel am Vermögen des Erblassers, sondern gelangt an alle Erben, so dass die Nachkommen auf ihren Pflichtteil von drei Viertel an der Hälfte beschränkt bleiben.

Ganz anders nach den Beschlüssen von National- und Ständerat, welche den Ehevertrag in materieller Hinsicht einfach den Schranken des Pflichtteilsrechtes unterstellen. Denn damit wird ihm, soweit es sich um eine Verfügung von Todes wegen handelt, jegliches Privileg in materieller Hinsicht entzogen, und seine Bedeutung auf eine ausschliesslich formelle beschränkt. Formell soll zwar ein Ehegatte dem andern statt durch Testament und Erbvertrag auch durch Ehevertrag auf den Fall seines Todes eine Zuwendung zu machen befugt sein. Materiell dagegen unterliegt auch die Form des Ehevertrages so gut als Testament oder Erbvertrag den Schranken des Pflichtteilsrechtes. So kann z. B. dem überlebenden Ehegatten für den Fall des Vorhandenseins von Nachkommen auch durch Ehevertrag nicht mehr als ein Viertel des Vermögens des Erstabsterbenden zugehalten werden, da der Pflichtteil der Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruches umfasst.

Bei der Gütergemeinschaft allerdings soll eine Ausnahme gelten. Hier dürfen die Nachkommen nicht drei Viertel des Vermögens des Erblassers beanspruchen. Es soll also nicht der Satz gelten, welcher dem von Isler in der Expertenkommission gestellten Antrage entsprechen würde, und den der Referent dahin formulierte:

„Den Nachkommen darf der in die Gütergemeinschaft eintretende Ehegatte nicht mehr entziehen als seine freie Quote beträgt.“

Vielmehr soll bei der Gütergemeinschaft an Stelle des Anspruchs der Nachkommen auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers das Recht auf einen Viertel des Gesamtvermögens treten.

Eben daraus ergibt sich aber zwingenderweise, dass nach der Auffassung von National- und Ständerat im

Gegensatze zu derjenigen von Vorentwurf und bundesrätlichem Entwurf der Viertel des Vermögens den Nachkommen netto verbleiben muss. Denn da bei der Gütergemeinschaft der Anspruch der Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtvermögens an Stelle des Pflichtteilsrechtes auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers bei den andern Güterständen tritt, so muss er ihnen als Pflichtteil hier so gut wie dort unverkürzt verbleiben. In der Fassung des Ständerates ergibt sich diese Konsequenz ohne weiteres aus dem Wortlaut:

„Bei allgemeiner Gütergemeinschaft können die Ehegatten für den Fall des Todes eines derselben eine beliebige Teilung des Gesamtvermögens verabreden, mit der Beschränkung, dass den Nachkommen wenigstens ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens zufallen muss. Bei den andern Güterständen unterliegen vertragliche Zuwendungen ausschliesslich den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts.“

In der Fassung des Nationalrates lautet der Wortlaut des ersten Absatzes im Anschlusse an den bundesrätlichen Entwurf allerdings zunächst nur:

„Mit Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

Immerhin ergibt sich dann aus Absatz 2:

„In den andern Fällen unterliegen vertragliche Zuwendungen den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts,“

dass auch nach der Auffassung des Nationalrates der Viertel den Nachkommen netto zu verbleiben hat. Der zitierte Schlusssatz zeigt nämlich deutlich, dass auch nach dieser Ansicht bei der Gütergemeinschaft der Viertel des Gesamtvermögens als Pflichtteil an Stelle des Pflichtteilsanspruchs auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers bei den übrigen Güterständen treten soll. Dann muss er aber auch so gut als jene drei Viertel, die er zu ersetzen bestimmt ist, den Nachkommen netto verbleiben. Enthält doch diese Gleichstellung des Viertels bei der

Gütergemeinschaft mit dem Pflichtteilsrechte bei den andern Güterständen in der Fassung von National- und Ständerat gerade jenen Hinweis darauf, dass es sich bei dieser Vorschrift nicht nur um ein güterrechtliches Gebot an die Ehegatten, sondern gleichzeitig auch um die Feststellung eines Erbrechtes für die Nachkommen handelt, auf dessen entscheidende Bedeutung oben hingewiesen wurde, als es sich darum handelte, den Wortlaut von Art. 226 ZGB so zu ergänzen, wie er im Sinne der herrschenden Meinung lauten müsste.

Somit ergibt die bisherige Untersuchung der Textgeschichte von Art. 226 für Vorentwurf und bundesrätlichen Entwurf einerseits genau den entgegengesetzten Sinn als für die Fassung von National- und Ständerat anderseits.

Nun hat sich aber das ZGB weder an Vorentwurf und bundesrätlichen Entwurf noch an die Beschlüsse der Bundesversammlung enge angelehnt, sondern eine dritte neue Lösung gewählt. Weder hat es nämlich wie jene zwei Entwürfe den Ehevertrag für alle Güterstände einheitlich ausgebildet und mit den dort vorgesehenen weitgehenden Privilegien formeller und materieller Natur versehen, noch hat es ihn wie National- und Ständerat auf eine ausschliesslich formelle Bedeutung beschränkt. Vielmehr hat es insofern einen Mittelweg eingeschlagen, als es zwischen den einzelnen Güterständen unterscheidet.

Bei der Gütertrennung z. B. können nach ZGB die Ehegatten durch Ehevertrag einander überhaupt keine Zuwendungen auf den Fall des Todes machen. Bei diesem Güterstande hat also das ZGB die Bedeutung des Ehevertrages noch unter diejenige herabgedrückt, welche ihm die Beschlüsse der Bundesversammlung lassen wollten. Während nach Vorentwurf und bundesrätlichem Entwurf auch bei der Gütertrennung die Ehegatten einander durch Ehevertrag das ganze, und bei Vorhandensein von Nachkommen wenigstens das halbe Vermögen zuhalten konnten, so beschränkten zunächst die Beschlüsse der Bundesver-

sammlung dieses Recht auf die nach den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechtes verfügbare Quote, also auf einen Viertel des Vermögens desjenigen Ehegatten, der die Zuwendung machte. In formeller Hinsicht dagegen liessen auch bei der Gütertrennung die Beschlüsse der Bundesversammlung dem Ehevertrage seine volle Bedeutung als Form einer Verfügung von Todes wegen. Denn die nach Erbrecht verfügbare Quote konnten die Ehegatten einander so gut in der Form des Ehevertrages zuhalten als in derjenigen von Testament oder Erbvertrag. Nach ZGB aber ist dem Ehevertrag bei der Gütertrennung auch noch diese ausschliesslich formelle Bedeutung genommen. Können doch hier die Ehegatten einander bei der Gütertrennung auf den Fall des Todes durch Ehevertrag überhaupt keine Zuwendung mehr machen, sondern sind hierfür ausschliesslich auf Testament oder Erbvertrag beschränkt.

Ganz anders bei der Güterverbindung, bei welcher das ZGB zwischen dem eingebrachten Gute und dem Vorschlag unterscheidet. Soweit es sich um das eingebrachte Gut handelt, kommt dem Ehevertrage, wieder in Abweichung sowohl von Vorentwurf und bundesrätlichem Entwurf einerseits als auch von den Beschlüssen der Bundesversammlung anderseits, auch bei diesem Güterstande wie bei der Gütertrennung, überhaupt keinerlei Bedeutung mehr zu, weder in formeller noch in materieller Hinsicht. Wollen die Ehegatten einander auf den Fall ihres Todes einen Teil des eingebrachten Gutes zuhalten, so sind sie formell an Testament und Erbvertrag, und materiell an die Schranken des Pflichtteilsrechtes ihrer Erben gebunden.

Dagegen ist der Vorschlag im ZGB sowohl formell als auch materiell, und zwar in vollem Umfange des Vorentwurfs und des bundesrätlichen Entwurfs privilegiert. Sofern nämlich ein Ehegatte dem andern den Vorschlag auf den Fall seines Todes zuhalten will, so genügt hierfür die Form des Ehevertrages, und bedarf es weder eines

Testaments noch eines Erbvertrags. Aber auch materiell bestehen hinsichtlich der Verfügung über den Vorschlag keinerlei Schranken, indem das Pflichtteilsrecht sämtlicher Erben, z. B. auch der Nachkommen, bei der Güterverbindung sich auf ihren Anteil am eingebrachten Gute beschränkt. Hinsichtlich des Vorschlags ist also beim Güterstande der Güterverbindung das Zivilgesetzbuch dem Standpunkte von Vorentwurf und bundesrätlichem Entwurf treu geblieben und hat die Auffassung von National- und Ständerat rundweg abgelehnt, wonach die Schranken des Pflichtteilsrechtes auch für den Ehevertrag gelten sollen.

Bei der Gütergemeinschaft endlich hat das ZGB folgenden Standpunkt eingenommen: In formeller Hinsicht können die Ehegatten einander das ganze Gesamtgut auf den Fall des Todes durch Ehevertrag zuhalten, und auch in materieller Hinsicht sind keine Schranken vorhanden, auch nicht diejenigen des Pflichtteilsrechtes, sofern die Erben nicht etwa aus Nachkommen bestehen. In diesem Falle allerdings, d. h. beim Vorhandensein von Nachkommen, darf ihnen ein Viertel des beim Tode des Erblassers vorhandenen Gesamtvermögens nicht entzogen werden.

Hieraus allein lässt sich freilich für unsere Frage noch nicht ableiten, ob der Viertel den Nachkommen netto gebührt oder nicht.

Für die Gütergemeinschaft stimmten ja auch National- und Ständerat dem bundesrätlichen Entwurfe darin bei, dass bei diesem Güterstande nur die Nachkommen im Gegensatze zu andern pflichtteilsberechtigten Erben die Freiheit des Ehevertrages beschränken sollen, und dass bei der Gütergemeinschaft auch das erbrechtliche Pflichtteilsrecht der Nachkommen auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers, durch den Anspruch auf einen Viertel des Gesamtvermögens zu ersetzen sei. Der einzige Unterschied bestand darin, dass dieser Viertel nach den Beschlüssen der beiden Räte den Nachkommen netto verbleiben

sollte, nach Vorentwurf und bundesrätslichem Entwurfe dagegen zur Verteilung unter alle Erben gelangte. Gerade darum aber, weil bei der Gütergemeinschaft im Gegensatze zu den andern Güterständen auch National- und Ständerat von dem Grundsatz der Unterstellung des Ehevertrages unter die Schranken des Pflichtteilsrechtes abgewichen sind, lässt sich den angeführten Bestimmungen des ZGB über die Gütergemeinschaft noch nicht entnehmen, wenigstens nicht unmittelbar, für welche der beiden Auffassungen der Gesetzgeber sich schliesslich entschieden hat, ob nämlich der Viertel den Nachkommen unverkürzt gebührt oder nicht. Indirekt allerdings dürfte die geschilderte Textesgeschichte beweiskräftig genug sein, und zwar in doppelter Hinsicht.

Zunächst einmal schon redaktionell. Im Vorentwurfe hatte Art. 218 und im bundesrätslichen Entwurfe Art. 204, also der massgebende Artikel, welcher den Anspruch der Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtvermögens festsetzte, gelautet:

„Durch (mit) Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod nicht mehr als die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens und bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

In das ZGB konnte dieser Artikel natürlich nicht unverändert übergehen. Während er nämlich für jene beiden Entwürfe einen allgemeinen Grundsatz darstellte, welcher alle Güterstände in gleicher Weise betraf, büsstet er diese Bedeutung für das ZGB von vornherein ein. Steht doch dieses auf dem Standpunkte, dass bei jedem Güterstande die Bedeutung des Ehevertrages, wenigstens als Verfügung von Todes wegen, wieder eine andere ist. Bei der Gütertrennung fehlt sie ganz, bei der Güterverbindung ist sie auf den Vorschlag im Gegensatze zum eingebrachten Gute beschränkt und nur bei der Gütergemeinschaft ist sie dieselbe geblieben wie im Vorentwurfe

und im bundesrätlichen Entwurfe. Soweit also der zitierte Artikel Bestimmungen enthielt, welche mehrere Güterstände umfassten, war er für das ZGB überhaupt gegenstandslos geworden. Dahin gehört der ganze erste Teil, welcher grundsätzlich bestimmt, dass durch Ehevertrag über die Hälfte des Vermögens des Erblassers verfügt werden darf. Soweit er dagegen nur einen einzelnen Güterstand betraf, war sein richtiger Platz nicht mehr im Abschnitte, der vom Ehevertrage im allgemeinen handelte, sondern bei jenem Güterstande, den er allein noch berührte, also bei der Gütergemeinschaft. Dahin gehört der zweite Teil, welcher bestimmt, dass bei der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag nur über einen Viertel des Gesamtvermögens verfügt werden darf. Somit ist es nur konsequent, dass man im ZGB vergeblich nach dem ersten Teile von Art. 218 des Vorentwurfes sucht, und auch den zweiten nicht mehr bei den allgemeinen Bestimmungen über den Ehevertrag findet, sondern bei den speziellen über den Ehevertrag bei der Gütergemeinschaft.

Wäre nun freilich Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs unverkürzt und gerade nur mit Ausnahme derjenigen Worte, welche alle Güterstände gemeinsam betreffen, in das Kapitel des ZGB über die Gütergemeinschaft übergegangen, so hätte er lauten müssen:

„Durch Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod (die Worte: „bei allgemeiner Gütergemeinschaft“ konnten im Kapitel der Gütergemeinschaft natürlich wegbleiben) nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

Tatsächlich lautet aber Art. 226, Absatz 2 wie folgt:

„Den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten darf jedoch ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens nicht entzogen werden.“

Diese Abweichung erklärt sich aber in der Hauptsache ohne weiteres daraus, dass inzwischen im ZGB in den Abschnitt der Gütergemeinschaft folgende Bestim-

mung als Art. 226, Absatz 1 eingeschoben worden war, welche der bundesrätliche Entwurf noch nicht enthalten hatte:

„An Stelle der Teilung nach Hälften (zu ergänzen: welche Art. 225 vorsieht, falls der Ehevertrag vom Teilungsmodus nichts sagt) kann durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden.“

Die Einfügung dieses Artikels war ebenfalls dadurch notwendig geworden, dass Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs weggefallen war. Da nämlich im ZGB im Gegensatz zum bundesrätlichen Entwurfe unter den allgemeinen Bestimmungen über den Ehevertrag nicht mehr für alle Güterstände gemeinsam bestimmt ist, wie weit die gesetzliche Teilung durch Ehevertrag abgeändert werden kann, musste naturgemäß eine entsprechende Vorschrift für die Gütergemeinschaft in das Kapitel der Gütergemeinschaft aufgenommen werden. Und da nun Art. 241 im bundesrätlichen Entwurfe lautet:

„Stirbt ein Ehegatte, so fällt die eine Hälfte des Gesamtguts dem überlebenden Ehegatten und die andere Hälfte, mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Überlebenden, den Erben des Verstorbenen zu.“

also ganz analog Art. 225 ZGB:

„Stirbt ein Ehegatte, so fällt die eine Hälfte des Gesamtgutes dem überlebenden Ehegatten zu.

Die andere Hälfte geht mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Überlebenden auf die Erben des Verstorbenen über,“

so wurden konsequenterweise an dieser Stelle, da es sich dabei um eine Ausnahme gegenüber der Regel des Art. 225 handelt, als Art. 226, Absatz 1 die zitierten Worte eingeschoben:

„An Stelle der Teilung nach Hälften kann durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden.“

Wiederum war es nur konsequent, dass hier auch noch als Art. 226, Absatz 2 der Rest von Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs Aufnahme fand, wonach den Nachkommen bei der Gütergemeinschaft immerhin auch

durch Ehevertrag nicht mehr als drei Viertel des Gesamtvermögens entzogen werden darf, denn darin liegt wiederum eine Beschränkung der in Absatz 1 enthaltenen Regel.

Nach Absatz 1 musste sich nun aber selbstverständlich auch die Redaktion von Absatz 2 richten, und daraus erklären sich ohne weiteres die Abweichungen, welche Art. 226, Absatz 2 ZGB gegenüber Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfes aufweist.

Für unsere Untersuchung ist dabei lediglich die Tatsache von Bedeutung, dass in Art. 226, Absatz 2 ZGB neben andern Worten, die offensichtlich nur im Interesse der Kürze weggelassen wurden, auch die Eingangsworte des Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfes ausgefallen sind: „Durch Ehevertrag“. Und zwar ist diese Tatsache darum wesentlich, weil ja das Fehlen dieser zwei Worte allein der herrschenden Meinung gestattet, Art. 226, Absatz 2 so auszulegen, dass der Viertel den Nachkommen netto gebührt. Wären sie dagegen ebenfalls in das ZGB übergegangen, so würde, wie schon oben nachgewiesen wurde, die herrschende Meinung einzig und allein schon am Wortlaut des Gesetzes scheitern.

Nun spricht aber gerade der Umstand, dass nachweisbar die Worte: „Durch Ehevertrag“ in Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs vorhanden waren, dann aber weggelassen wurden, als der Rest dieses Artikels als zweiter Absatz in Art. 226 ZGB eingefügt wurde, für die Richtigkeit der oben aufgestellten Vermutung, wonach der Gesetzgeber sie voraussichtlich nur als überflüssig weggelassen habe. In Art. 218 des Vorentwurfs und in Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs waren sie natürlich notwendig, weil ja jene Artikel grundsätzlich und für alle Güterstände die Frage regeln wollten, wie weit die Ehegatten durch Ehevertrag über ihr Vermögen zu verfügen befugt seien. Dieser Bedeutung entsprach es durchaus, dass Art. 218 des Vorentwurfs und Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs mit den Worten begannen: „Durch resp. mit Ehevertrag darf den Nachkommen etc.“

In Art. 226 ZGB dagegen bestand diese Notwendigkeit nicht mehr. Handelt doch dieser Artikel überhaupt nur von der Teilung durch Ehevertrag und war das doch bereits in Absatz 1 deutlich zum Ausdrucke gebracht mit den Worten:

„An Stelle der Teilung nach Hälften kann durch Ehevertrag eine andere Teilung gesetzt werden.“

Unter diesen Umständen konnte vielmehr in Absatz 2:

„Den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten darf jedoch ein Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens nicht entzogen werden“

füglich von einer Wiederholung der Worte: „Durch Ehevertrag“ abgesehen werden, da nicht der geringste Anlass vorlag, an eine andere Art und Weise der Entziehung als mittels Ehevertrages zu denken.

Schon eine rein äusserliche Würdigung der Textesgeschichte von Art. 226 ZGB lässt somit die Vermutung beinahe zur Gewissheit werden, dass in Absatz 2 die Worte „Durch Ehevertrag“ nur darum nicht wiederholt wurden, weil der Gesetzesredaktor sie für selbstverständlich und darum für überflüssig erachtete. Schon mit diesem Nachweise wäre aber die herrschende Meinung widerlegt, da sie sich ausschliesslich auf jene Worte stützt. Noch entscheidender als dieses Argument mehr äusserlicher Art dürfte aber das zweite sein, welches die Textesgeschichte ergibt, weil es den Kern der Frage trifft.

Allerdings hat das ZGB nicht an der weitgehenden Privilegierung des Ehevertrages in formeller und materieller Hinsicht festgehalten, wie sie die beiden ersten Entwürfe in Aussicht genommen hatten. Vielmehr wurde bei der Gütertrennung seine Bedeutung als Verfügung auf den Todesfall ganz unterdrückt, bei der Güterverbindung auf den Vorschlag im Gegensatze zum eingebrachten Gute beschränkt, und nur bei der Gütergemeinschaft im ursprünglichen Umfange aufrecht erhalten. Anderseits hat das ZGB aber auch das andere Extrem abgelehnt, welches National- und Ständerat vertraten, wonach dem

Eheverträge in der Hauptsache nur die Bedeutung einer einfacheren Form zukam, auf den Todesfall zu verfügen, materiell aber hier wie bei Testament und Erbvertrag ausschliesslich die Schranken des erbrechtlichen Pflichtteilsrechtes massgebend blieben. Tatsächlich hat vielmehr das ZGB wie schon bei der Frage, über welchen Teil des Vermögens die Ehegatten durch Ehevertrag verfügen dürfen, so auch hinsichtlich der Ansprüche der Erben der Ehegatten, den Ehevertrag bei den einzelnen Güterständen ganz verschieden behandelt. Welche Gründe bei dieser Individualisierung im einzelnen massgebend waren, ist nicht bekanntgegeben worden, da der Bericht der Redaktionskommission über diese Frage nichts enthält, und auch der Gesetzesredaktor sich nie öffentlich darüber geäussert hat. Immerhin ist anzunehmen, dass zum guten Teile auf das Wesen der einzelnen Güterstände abgestellt wurde. So wurde z. B. bei der Gütertrennung die Bedeutung des Ehevertrages wohl darum auf ein Minimum herabgesetzt, weil sich bei diesem Güterstande die Ehegatten vermögensrechtlich am wenigsten nahe stehen. Anderseits wurde bei der Gütergemeinschaft, im Gegensatze zur Güterverbindung und Gütertrennung, dem Ehevertrage im ZGB jene weitgehende Privilegierung, welche die zwei ersten Entwürfe für alle Güterstände in Aussicht genommen hatten, wohl namentlich aus dem Grunde gelassen, weil sich hier die Ehegatten vermögensrechtlich am engsten zusammengeschlossen haben. Doch wie dem auch sei und welche Gründe nun im einzelnen bei jedem Güterstande mögen massgebend gewesen sein, jedenfalls hat das ZGB grundsätzlich daran festgehalten, dass auch die Frage, wie weit der Ehevertrag auf die Interessen der Erben der Ehegatten Rücksicht zu nehmen hat, bei jedem Güterstande speziell zu lösen sei. Dagegen hat es, wie schon die beiden ersten Entwürfe, den Standpunkt von National- und Ständerat grundsätzlich abgelehnt, wonach auch der Ehevertrag wie Testament und Erbvertrag hinsichtlich der Verfügungsfreiheit der Ehe-

gatten den Vorschriften des erbrechtlichen Pflichtteilsrechtes unterstellt werden müsse. Bei der Güterverbindung z. B. darf durch Ehevertrag über das eingebrachte Gut nicht verfügt werden, sondern nur über den Vorschlag, über diesen aber unbeschränkt. Bei der Gütertrennung ferner kann der Ehevertrag vom erstabsterbenden Ehegatten überhaupt nicht dazu verwendet werden, dem Überlebenden eine Zuwendung auf den Todesfall zu machen. Bei der Gütergemeinschaft ist es in Ermangelung von Nachkommen zulässig, durch Ehevertrag über das ganze Gesamtvermögen zu verfügen. Aber auch wo Nachkommen vorhanden sind, bildet nicht etwa deren Pflichtteilsanspruch auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers die Schranke. Vielmehr ist nur ein Viertel des Gesamtvermögens für die Erben zu reservieren.

Wie schon Vorentwurf und bundesrätlicher Entwurf, so hat also auch das ZGB im Gegensatze zu National- und Ständerat an dem Grundsatze festgehalten, dass es Sache des Güterrechtes sei, zu bestimmen, wie weit der Erben wegen die Ehevertragsfreiheit zu beschränken sei, dass diese sich aber keinesfalls nach dem erbrechtlichen Pflichtteilsrechte zu richten habe.<sup>1)</sup> Demnach fehlt auch für den Fall, dass bei der Gütergemeinschaft Nachkommen vorhanden sind, jeder Grund dafür, den von der Verfügung durch Ehevertrag ausgeschlossenen Viertel anders zu behandeln als denjenigen Teil des Vermögens, über den bei den andern Güterständen durch Ehevertrag nicht verfügt werden darf. Hier wie dort muss vielmehr der Rest des Vermögens des Erblassers, der dem überlebenden Ehegatten nicht zugehalten werden kann, zur Erbschaft gelangen, und zwar zur Verteilung unter alle Erben, welche nach Erbrecht daran Anteil haben. Unterscheidet doch das ZGB im ehelichen Güterrechte auch sonst überall nur zwischen dem Anteile des überlebenden Ehegatten am ehelichen Vermögen einerseits und dem Nach-

<sup>1)</sup> So richtig Guhl, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1915, S. 214 fg.

lasse des Erblassers im allgemeinen anderseits, überlässt aber dessen Verteilung ausschliesslich dem Erbrechte. Somit ist nicht einzusehen, warum gerade im Kapitel der Gütergemeinschaft der von der Verfügung durch Ehevertrag ausgeschlossene Viertel des Gesamtvermögens als Pflichtteil einzelner Erben zu konstruieren sein soll. Schon die Tatsache, dass im Vorentwurfe und bundesrätlichen Entwurfe der Viertel des Gesamtvermögens nachweisbar unter alle Erben zur Verteilung gelangt, und nicht etwa den Nachkommen unverkürzt zufällt, genügt zum Entscheide. Denn da das ZGB für den Güterstand der Gütergemeinschaft einfach an dem Grundsatze der Freiheit des Ehevertrages im ganz gleichen Umfange wie jene zwei Entwürfe festhält, ist schon aus diesem Grunde ausgeschlossen, dass nach der Auffassung des Gesetzes der Viertel des Gesamtvermögens im ZGB anders zu berechnen wäre als in jenen Entwürfen. Mit der Textesgeschichte von Art. 226 ist somit die herrschende Meinung keinesfalls in Einklang zu bringen.

### C.

Damit ist aber auch die Beantwortung der letzten Frage schon vorbereitet, welche anlässlich der Interpretation von Art. 226 zu erörtern ist, was nämlich seiner Stellung im Systeme des ZGB entnommen werden kann. Grundsätzlich hat ja das eheliche Güterrecht als ein Teil des Familienrechtes nur die Frage zu regeln, wie viel die beiden Parteien bei Auflösung der Ehe vom ehelichen Vermögen erhalten, d. h. der überlebende Ehegatte einerseits und die Erben des Verstorbenen anderseits. Wie dagegen die einzelnen Erben den Anteil ihres Erblassers untereinander zu verteilen haben, das zu bestimmen ist ausschliesslich Sache des Erbrechtes. Ehegüterrechtlich wäre also nur das Verbot, bei der Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag mehr als drei Viertel zuzuhalten; die Vorschrift dagegen, dass der letzte

Viertel den Nachkommen unverkürzt gebühre, wäre bereits erbrechtlicher Natur.

Nun wird auch von den Vertretern der herrschenden Meinung zugegeben, dass das ZGB die ausgesprochene Tendenz enthält, eheliches Güterrecht und Erbrecht scharf auseinander zu halten, was ja bereits in der Untersuchung der Textesgeschichte von Art. 226 festgestellt wurde. Und in der Tat ergibt sich diese Tendenz, die übrigens bei jedem modernen Gesetzbuche vorhanden sein wird, schon aus der äusserlichen Anordnung des ZGB. Stellt doch das gesamte eheliche Güterrecht nur einen Unterabschnitt des Familienrechtes dar, und ist doch das Erbrecht dem Familienrechte gleichgestellt. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet spricht aber die Stellung von Art. 226 im ehelichen Güterrechte zweifellos gegen die herrschende Meinung. Wenn Absatz 2 sagen wollte, dass der Viertel des Gesamtvermögens den Nachkommen unverkürzt gebühre, so würde hierin klarerweise auch eine erbrechtliche Vorschrift liegen, und zwar in mehrfacher Beziehung. Erstens wäre damit gesagt, nicht nur was vom ehelichen Vermögen den Erben des verstorbenen Ehegatten zufällt, sondern ausserdem, wie diese untereinander zu teilen haben. Sodann wäre hinsichtlich dieses Viertels sowohl das Erbrecht des überlebenden Ehegatten als auch die Verfügungsfreiheit des Erblassers aufgehoben. Alle diese Bestimmungen rein erbrechtlicher Natur wären aber dem ehelichen Güterrechte einverleibt, was dem Grundsatze der Trennung von Ehegüterrecht und Erbrecht direkt widersprechen würde.

Hiegegen wird nun allerdings eingewendet, so z. B. von Siegwart, dass trotz aller Trennung doch auch ein gewisser natürlicher Zusammenhang zwischen Ehegüterrecht und Erbrecht bestehe. Speziell bei unserer Frage handle es sich um einen solchen Berührungspunkt. Nicht die Absicht, die Freiheit des Ehevertrages einzuschränken, liege etwa dem Absatz 2 Art. 226 zugrunde, sondern eine erbrechtliche Erwägung, analog dem Grundgedanken des

Pflichtteilsrechtes, wonach den Nachkommen auch am Gesamtgute der Gütergemeinschaft eine gewisse Quote gebühre. Somit enthalte Art. 226, Absatz 2 auf jeden Fall ein Stück Erbrecht, wie man ihn auch auslegen möge. Trotz des güterrechtlichen Zusammenhangs brauche man deshalb vor einer Interpretation nicht zurückzuschrecken, wonach Art. 226 den Nachkommen direkt ihre Erbportion zusprechen wolle.

Diese Argumentation beruht aber im Grunde doch nur auf einer *petitio principii*. Wird Art. 226, Absatz 2 im Sinne der herrschenden Meinung ausgelegt, so enthält er allerdings ein Stück Erbrecht. Dann setzt er ja nicht nur fest, was zur Erbschaft gelangt, sondern ausserdem, wie die Erben sich in den Anteil ihres Erblassers zu teilen haben. Im Sinne der entgegengesetzten Auffassung enthält aber Art. 226, Absatz 2 nicht die leiseste Bestimmung erbrechtlicher Natur. Wohl ist er insofern massgebend für den Umfang des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten, als er bestimmt, dass zum mindesten ein Viertel vom Gesamtvermögen zur Erbschaft gelangen muss, und nur über drei Viertel durch Ehevertrag verfügt werden darf. Indessen ist dieser Grundsatz so wenig erbrechtlicher Natur als etwa derjenige, dass die Erben von der Erbschaft nichts erhalten, solange nicht alle Gläubiger des Erblassers gedeckt sind. Der Anspruch des überlebenden Ehegatten sowohl als auch derjenige des Gläubigers ist allerdings massgebend für den Umfang des Nachlasses. Um Erbrecht handelt es sich aber weder hier noch dort, indem erbrechtlich erst die Bestimmung ist, wer den zur Erbschaft gelangenden Rest erhält.

Allerdings ist richtig, dass diese Beschränkung der Freiheit des Ehevertrages nicht im Interesse der Ehegatten, sondern in demjenigen ihrer Erben getroffen ist. Das gilt aber in gleicher Weise für die meisten Beschränkungen der Freiheit des Ehevertrages, also nicht nur bei der Gütergemeinschaft, sondern z. B. auch bei der Güterverbindung. Deshalb ist doch die Frage, was bei Auf-

lösung der Ehe der einzelne Ehegatte vom ehelichen Vermögen kraft Ehevertrages erhält, ausschliesslich güterrechtlicher Natur. Erst die weitere Frage, wie die Erben des verstorbenen Ehegatten sich in dessen Anteil zu teilen haben, wobei freilich der überlebende Ehegatte nochmals in Frage kommen kann, gehört dem Erbrechte an. So weit also die Stellung des Art. 226 im Systeme des ZGB in Frage kommt, spricht sie zweifellos gegen die herrschende Auffassung. Anderseits ist allerdings zuzugeben, dass wenn Art. 226 wirklich seinem klaren Wortlaute nach so auszulegen wäre, wie ihn die herrschende Meinung auffasst, wenn also beispielsweise nach dem Beschluss der nationalrätlichen oder ständerätlichen Kommission ausdrücklich gesagt wäre, dass im Falle des Art. 226, Absatz 2 der Anspruch der Nachkommen auf den Viertel des Gesamtvermögens als Pflichtteil an Stelle ihres Pflichtteilsrechtes bei den andern Güterständen treten solle, so würde dieser Vorschrift trotz ihres erbrechtlichen Inhaltes volle Gültigkeit zukommen, auch wenn sie nur im Ehegüterrechte untergebracht wäre. Da dies aber nicht der Fall ist, wird darum nicht herumzukommen sein, dass auch die Stellung des Art. 226 im Systeme des ZGB mit der herrschenden Meinung schwer vereinbar ist.

## II.

Mit der Interpretation von Art. 226 allein ist aber unsere Frage noch nicht endgültig beantwortet. Vielmehr bedarf es auch noch einer Untersuchung der übrigen für und gegen die herrschende Meinung sprechenden Gründe. Für sie beruft sich Siegwart in der Hauptsache auf drei Argumente.

Das erste schliesst sich an den eben erwähnten Gedanken an, wonach Art. 226, Absatz 2 ausschliesslich den Schutz der Nachkommen bezwecke. Wäre, so wird gesagt, die Auslegung richtig, dass der Viertel den Nachkommen nicht netto zufallen, sondern nur zur Erbschaft gelangen

muss, so würde das Gesetz in geradezu widersinniger Weise über seinen Zweck hinausgehen. Zur Klarstellung wird folgendes Beispiel angeführt: Zwei Ehegatten haben sich durch Ehevertrag das ganze Gesamtgut zugeschrieben. Der jüngere von ihnen, in der Meinung, dass er jedenfalls den andern überleben werde, vermachts für den Fall seines Todes sein ganzes Vermögen an Dritte. Gleichwohl stirbt er zuerst. Sind nun keine Nachkommen vorhanden, so ist die Lösung eine einfache. Laut Ehevertrag fällt das ganze eheliche Vermögen einfach dem Überlebenden zu, und das Testament ist ungültig. Sind dagegen Nachkommen vorhanden, so ergibt sich folgendes Resultat: der überlebende Ehegatte erhält drei Viertel des Gesamtvermögens. Von dem letzten Viertel kommt aber nur der Pflichtteil, also drei Viertel davon =  $\frac{3}{16}$  den Intestaterben zu, während der letzte Sechzehntel an die Testamentserben fällt. Dass der Nachkommen wegen der überlebende Ehe teil nur drei Viertel vom Gesamtvermögen erhält, entspricht nun allerdings der Absicht des Gesetzes. Dass aber der Nachkommen wegen, ohne welche ja dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen zufallen würde, auch noch die Testamentserben etwas erhalten, diese Konsequenz bezeichnet Siegwart als geradezu widersinnig.

Nun ist auch zuzugeben, dass de lege ferenda eine andere Lösung vielleicht wünschbar wäre. De lege lata ist sie immerhin nicht so sinnlos, wie behauptet wird. Bei jedem Güterstande müssen die Ehegatten ja immer überlegen, wie weit sie durch Ehevertrag und wie weit sie durch Verfügung von Todes wegen, Testament oder Erbvertrag, über ihr Vermögen rechtswirksam zu verfügen vermögen. Bei der Güterverbindung z. B. können sie sich nur den Vorschlag durch Ehevertrag zu halten, das eingebrachte Gut dagegen nicht. Über das letztere vermögen sie vielmehr nur durch Testament oder Erbvertrag zu verfügen, und zwar auch dann, wenn keine pflichtteilsberechtigten Erben vorhanden sind. Auch da lässt es also das Gesetz

wie in dem von Siegwart angeführten Falle bei dem Unterschiede zwischen Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen bewenden, ganz gleichgültig, ob und welche Erben vorhanden sind.

Auch in jenem Falle hätten die Ehegatten die beanstandete Konsequenz vermeiden können, wenn sie das richtige Rechtsmittel gewählt hätten. Wenn Nachkommen vorhanden sind, so kann nun einmal nach Gesetz auch beim Güterstande der Gütergemeinschaft nur über drei Viertel durch Ehevertrag verfügt werden. Die Ehegatten müssen also von vornherein damit rechnen, dass über den letzten Viertel ausschliesslich durch Verfügung von Todes wegen bestimmt werden kann. Nun hätte es aber durchaus in der Macht des Erblassers gestanden, die seiner Testierfreiheit unterliegende Quote von einem Viertel des im Interesse der Nachkommen gebundenen Viertels, also von einem Sechzehntel, dem überlebenden Ehegatten zuzuhalten, und nur für den Fall anders zu verfügen, da er, der Erblasser, der überlebende Teil wäre. Dann wäre auch jenes beanstandete Resultat vermieden worden.

Dass dieses übrigens keinesfalls so widersinnig ist, dass daran jede Auslegung von Art. 226 scheitern müsste, welche keinen andern Ausweg gestattet, beweist schon das alte Basler Recht. Dort bildete die Gütergemeinschaft den ordentlichen Güterstand, welcher auch die Praxis fast ausschliesslich beherrschte. Und doch stimmte das Basler Recht gerade hinsichtlich der von Siegwart beanstandeten Konsequenz mit dem ZGB durchaus überein. Der schon oben zitierte § 14 des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884 bestimmte nämlich, dass den Nachkommen des vorabsterbenden Ehegatten nicht weniger zufallen soll als entweder ein Drittel des Gesamtvermögens oder das von dem vorabsterbenden Ehegatten in die Ehe gebrachte und während der Ehe ererbte Vermögen nebst einem Drittel der Errungenschaft. Ausserdem war aber

ausdrücklich § 18 vorbehalten, welcher sagte, dass der Erblasser letztwillig über denjenigen Teil des Gesamtvermögens verfügen dürfe, welcher kraft Eheabrede oder kraft Gesetzes seinen Erben zufällt. Auch nach Basler Recht wäre also die von Siegwart beanstandete Konsequenz eingetreten, denn auch dort wäre der Kinder wegen der dem überlebenden Ehegatten zugeschriebene Anteil des Gesamtvermögens nur bis zum Betrage von zwei Dritteln geschützt worden. Gleichwohl wäre aber der dritte Drittel den Kindern nicht unverkürzt zugefallen, vielmehr hätten sie nur ihren Pflichtteil daran erhalten, während der Rest den Testamentserben zugekommen wäre. Diese Konsequenz ist aber in der Praxis offenbar nie als Härte empfunden worden, vielmehr war man sich allgemein bewusst, dass über die disponibile Quote des letzten Drittels nur durch Testament verfügt werden könne. Sofern aber die Grundsätze des ZGB über die Freiheit des Ehevertrages bei der Gütergemeinschaft nur zum gleichen Resultate führen wie in solchen kantonalen Rechten, bei denen die Gütergemeinschaft den ordentlichen Güterstand bildete, so wird der Vorwurf der Widersinnigkeit und damit auch der daraus gezogene Schluss keinesfalls begründet sein.

Das zweite Argument Siegwarts beruht auf einem Vergleiche mit dem Falle, in welchem der Ehevertrag über den Teilungsmodus nichts bestimmt. Hier schreibe das Gesetz die Hälfteteilung vor. Dem Wesen der Gütergemeinschaft entsprechend stelle auch in der Tat die Hälfte des Gesamtguts denjenigen Teil des ehelichen Vermögens dar, welcher normalerweise die Erbmasse bildet. Dann müsste aber im Zweifel unsere Frage so gelöst werden, dass das Resultat von demjenigen des Normalfalls möglichst wenig abweiche.

Nach der herrschenden Meinung stellt sich nun die Rechnung folgendermassen:

Sieht der Vertrag keine Teilung vor, so nimmt von der auf die Erben entfallenden Hälfte von  $\frac{16}{32}$  der überlebende Ehegatte kraft seines Erbrechts vorweg einen

Viertel =  $\frac{4}{32}$ , so dass ein Rest verbleibt von  $\frac{12}{32}$ . Über einen weiteren Viertel dieser  $\frac{12}{32} = \frac{3}{32}$  kann der Erblasser letztwillig verfügen, so dass den Nachkommen  $\frac{9}{32}$  zufallen. In der Tat beträgt ja ihr Pflichtteil drei Viertel dieser  $\frac{12}{32} = \frac{9}{32}$ . Ist dagegen der Teilungsmodus vertraglich geregelt, so darf den Nachkommen ein Viertel des Gesamtvermögens =  $\frac{8}{32}$  nicht entzogen werden. Der Unterschied zwischen diesem Falle und demjenigen, da der Ehevertrag hinsichtlich der Teilung nichts bestimmt, ergibt also für die Nachkommen nur  $\frac{1}{32}$ . Ganz anders nach der, der herrschenden Meinung entgegengesetzten Auffassung. Darnach nimmt von dem der Teilung durch Ehevertrag entzogenen Viertel, also von  $\frac{8}{32}$ , der überlebende Ehegatte kraft Erbrechts vorweg einen Viertel =  $\frac{2}{32}$ , so dass noch  $\frac{6}{32}$  verbleiben. Von diesen  $\frac{6}{32}$  kann der Erblasser wiederum über einen Viertel letztwillig verfügen =  $\frac{1.5}{32}$ , so dass den Nachkommen schliesslich noch  $\frac{4.5}{32}$  zufallen. Das ist aber nur die Hälfte von  $\frac{9}{32}$ , d. h. von demjenigen Anteile, welcher den Nachkommen gebührt, wenn der Vertrag den Teilungsmodus nicht regelt.

Da nun diejenige Quote, welche den Nachkommen zukommt, sofern Art. 226 im Sinne der herrschenden Meinung ausgelegt wird, nämlich  $\frac{8}{32}$ , wesentlich grösser ist als die  $\frac{4.5}{32}$ , welche ihnen nach der entgegengesetzten Auffassung zufallen, so erblickt hierin Siegwart ein weiteres Argument zugunsten seiner Auffassung. Müsste doch im Zweifel diejenige Interpretation gewählt werden, deren Resultat möglichst wenig von demjenigen des Normalfalles abweiche. Im Normalfalle aber, d. h. wenn der Vertrag hinsichtlich der Teilung nichts bestimme, verbleiben den Nachkommen  $\frac{9}{32}$ .

Auch diese Begründung ist aber keine durchschlagende. Zunächst einmal ist schon Vorsicht geboten, wenn von dem Falle, da der Vertrag hinsichtlich der Teilung nichts bestimmt, als vom Normalfalle ausgegangen werden soll. Dass hier das Gesetz die Hälfteteilung vorsieht, beruht doch wohl nicht auf Billigkeitserwägungen allein, sondern

zum mindesten ebenso sehr auf der Interpretation der mutmasslichen Partei-Intention. Liegt doch der Fall so, dass zwei Ehegatten beim Güterstande der Gütergemeinschaft, obschon diese nur durch Ehevertrag entstehen kann, den Teilungsmodus im Vertrage nicht geregelt haben, so dass das Gesetz diese Lücke zu ergänzen hat. Auf das eingebrachte Gut abzustellen wie bei der Güterverbindung, geht nicht an; denn eben darum haben die Parteien die Gütergemeinschaft gewählt, weil das Schicksal des ehelichen Vermögens nach Auflösung der Ehe von seiner Herkunft unabhängig sein soll. Aus demselben Grunde kann auch die Errungenschaft nicht vom eingebrachten Gute getrennt werden, weil nur eine einheitliche Masse vorhanden ist. Schon in Ermangelung jeglichen andern Anhaltspunktes ist also im Sinne der Parteien wohl die Hälfteteilung die nächstliegende. Auch die Erläuterungen (1. Heft, S. 199) begründen sie auf diese Art und Weise:

„Anders verhält es sich, wenn die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird. Von einer Restitution des ehelichen Gutes ist hier nicht zu reden, sondern es erfolgt die Auseinandersetzung auf Grundlage der Gütergemeinschaft, wie sie während der Ehe bestanden hat. Die einfachste Lösung würde nun darin bestehen, dass der überlebende Ehegatte das ganze Gemeinschaftsgut fortan als sein Alleineigentum behalten dürfte. Aber dieser Norm stehen so viele praktische Bedenken entgegen, dass man sie kaum als dem Willen der Ehegatten entsprechend voraussetzen kann, wo sie nicht ausdrücklich vom Ehevertrage angeordnet wird. Somit bleibt nur eine Quotenteilung und für diese schlagen wir, mangels genügender Gründe für eine andere Entscheidung, die einfache Hälfteteilung vor, selbstverständlich unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Ehevertrags.“

Auch hier ist also mehr an die Interpretation der mutmasslichen Partei-Intention gedacht als an ein zwingendes Gebot von Recht oder Billigkeit.

Sodann aber ist die Tatsache durchschlagend, dass Art. 226 die Hälfteteilung vorsieht, ganz gleichgültig, in welchem Verwandtschaftsgrade die mit dem überlebenden

Ehegatten konkurrierenden Erben zum Erblasser stehen. Sonst erweitert doch das ZGB die Rechte des überlebenden Ehegatten da, wo statt Nachkommen nur Erben in Frage kommen, die mit dem Erblasser in entfernter Grade verwandt sind. So z. B. ergreift das Erbrecht des Ehegatten beim Vorhandensein von Nachkommen nur einen Viertel des Nachlasses zu Eigentum oder die Hälfte zu Nutzniessung, schon beim Vorhandensein von Erben des elterlichen Stammes aber den ganzen Nachlass teils zu Eigentum, teils zu Nutzniessung. Ebenso ist bei der Gütergemeinschaft die Verfügung über das ganze Gesamtgut durch Ehevertrag nur dann unzulässig, wenn Nachkommen vorhanden sind, sonst dagegen gestattet, selbst wenn der Erblasser Eltern oder Geschwister hinterlässt, obschon diese nach Erbrecht pflichtteilsberechtigt wären. Kurz, während das ZGB die Rechte des überlebenden Ehegatten stets erweitert, wo statt Nachkommen nur weitere Verwandte des Erblassers mit ihm konkurrieren, hält Art. 226 an der Hälfteteilung fest, ganz gleichgültig, ob die Erben Nachkommen oder weitere Verwandte des Erblassers sind. Dieser Umstand allein schon dürfte zum Beweise dafür genügen, dass die Hälfteteilung des Art. 226 im Sinne des Gesetzes mehr als Auslegungsregel denn als zwingende Billigkeitsvorschrift aufzufassen ist.

Mit der Berufung auf die Hälfteteilung des Art. 226 hängt übrigens auch das dritte Argument von Siegwart zusammen. Da nämlich bei der Gütergemeinschaft im Sinne des Gesetzes die Halbierung des Vermögens als Normalfall aufzufassen sei, erhalte der Ehegatte, welchem drei Viertel des Gesamtguts durch Ehevertrag zufallen, bereits mehr als ihm normalerweise gebühre. Der Form nach handle es sich allerdings auch bei dem Mehrbetrag über die Hälfte des Gesamtgutes hinaus noch um einen güterrechtlichen Anspruch, dem wirtschaftlichen Effekte und den Intentionen der Parteien nach aber bereits um einen erbrechtlichen. Darum erscheine es innerlich wohl begründet, wenn in einem solchen Falle eventuell das Erbrecht

des überlebenden und die Testierfreiheit des verstorbenen Ehegatten nicht mehr anerkannt werde.

In der Tat ist bei dem von der Verfügung durch Ehevertrag ausgeschlossenen Viertel des Gesamtvermögens nach der Auffassung der herrschenden Meinung eventuell weder Raum für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten noch für die Testierfreiheit des Erblassers. Falls z. B. das Gesamtgut Fr. 80,000.— beträgt, der überlebende Ehegatte schon durch Ehevertrag drei Viertel = Fr. 60,000 erhält, und der letzte Viertel = Fr. 20,000.— den Nachkommen netto verbleiben muss, ist sowohl das Erbrecht des überlebenden Ehegatten als auch jede Testierfreiheit des Erblassers ausgeschlossen. Jenes, weil ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten nur am Nachlasse besteht, d. h. an demjenigen Anteile des Gesamtvermögens, welcher übrig bleibt und allein vererbt wird, nachdem der ehegüterrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten befriedigt ist; denn wenn der Viertel, der allein zur Erbschaft gelangt, den Nachkommen netto verbleiben muss, so ist kein Raum mehr für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten. Diese, die Testierfreiheit des Erblassers, ist ausgeschlossen, weil er letztwillig verfügen kann weder über diejenigen drei Viertel des Gesamtgutes, welche dem überlebenden Ehegatten zufallen, da diese überhaupt nicht zum Nachlasse gehören, noch über den letzten Viertel, weil dieser ausschliesslich den Nachkommen reserviert werden muss. Dass diese beiden Konsequenzen, der Ausfall des Erbrechts des überlebenden Ehegatten einerseits, und der Wegfall der Testierfreiheit des Erblassers anderseits, welche sich aus der Auslegung von Art. 226, Absatz 2 im Sinne der herrschenden Meinung ergeben, einer speziellen Erklärung bedürfen, hat wenigstens Siegwart wohl eingesehen. Er glaubt aber beide mit dem Hinweise darauf zur Genüge erklären zu können, dass der Ehegatte, welchem drei Viertel des Gesamtgutes durch Ehevertrag zufallen, im wirtschaftlichen Sinne nicht nur güterrechtlich, sondern auch erbrechtlich bereits bedacht sei und

ebenso habe der Erblasser, welcher dem überlebenden Ehegatten schon drei Viertel des Gesamtgutes durch Ehevertrag zugehalten habe, im wirtschaftlichen Sinne nicht nur güterrechtlich, sondern auch schon erbrechtlich über einen Teil seines Vermögens verfügt. Da aber nach der hier vertretenen Auffassung die herrschende Meinung, auch ganz abgesehen von ihrer Unvereinbarkeit mit dem richtig interpretierten Wortlauten von Art. 226, gerade daran scheitern muss, dass sie einen schlechthin unlösbar Widerspruch bedingt zwischen Art. 226, Absatz 2 einerseits und dem Erbrechte des Ehegatten und seinem Ersatze gemäss Art. 473 ZGB anderseits, wird zweckmässigerweise dieses dritte Argument Siegwarts in Verbindung mit denjenigen Gründen behandelt, welche gegen die herrschende Meinung sprechen. Diesen hat sich aber unsere Untersuchung nunmehr zuzuwenden, da andere als die von Siegwart für jene angeführten Argumente bisher in der Literatur zu Art. 226 nicht vorgebracht worden sind.

### III.

Mehr Schwierigkeiten als der eben erwähnte Fall, in welchem für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten überhaupt kein Raum mehr bleibt, bieten der herrschenden Meinung solche Beispiele, in denen es nur noch zum Teile Platz findet. Siegwart z. B. glaubt unter diesen zwei Fällen unterscheiden und für beide eine andere Lösung vorschlagen zu müssen, je nachdem die Erbschaft zur Befriedigung des Anspruchs des überlebenden Ehegatten auf einen Viertel des Nachlasses zu Eigentum ausreicht oder nicht.

Um den ersten Fall handelt es sich z. B. bei folgender Sachlage. Das Gesamtgut beträgt Fr. 50,000.—, der überlebende Ehegatte erhält laut Ehevertrag Fr. 30,000.—, zur Erbschaft gelangen Fr. 20,000.—. Somit muss nach der herrschenden Meinung den Nachkommen ein Vierte des Gesamtvermögens = Fr. 12,500.— netto zufallen. Zieht

man diese von dem zur Erbschaft gelangenden Betrage von Fr. 20,000.— ab, so verbleibt ein Rest von Fr. 7500.—, der noch genügt, um den Erbanspruch des überlebenden Ehegatten auf einen Viertel von Fr. 20,000.— = Fr. 5000.— zu Eigentum voll zu befriedigen. Optiert dagegen der überlebende Ehegatte gemäss Art. 462, Absatz 1 statt für einen Viertel des Nachlasses zu Eigentum für die Hälfte zu Nutzniessung, so reicht die Erbschaft zur Befriedigung seines Anspruchs nicht mehr hin. Da nämlich der Nachlass Fr. 20,000.— beträgt, so ergreift das Nutzniessungsrecht die Hälfte davon = Fr. 10,000.—. Dann bleiben aber für die Nachkommen unbelastet nur noch Fr. 10,000.— übrig, und doch gebührt ihnen nach der herrschenden Meinung ein Viertel von Fr. 50,000.— = Fr. 12,500.— netto.

Nun wäre allerdings anzunehmen, dass diese dem Anspruche der Nachkommen auf Fr. 12,500.— den Vorrang einräumen und dafür das Nutzniessungsrecht des überlebenden Ehegatten entsprechend, d. h. von Fr. 10,000 auf Fr. 7500.— herabsetzen würde, damit den Nachkommen ihr Viertel von Fr. 12,500.— unverkürzt verbleibt. Wäre das doch die einzige Lösung, welche der herrschenden Meinung gestatten würde, konsequent zu bleiben und den Viertel von Fr. 12,500.— den Nachkommen wirklich netto zuzuhalten. Sobald dieser dagegen, und sei es auch nur zum Teile, mit einer Nutzniessung zugunsten des überlebenden Eheheils belastet wird, erhalten die Nachkommen ihren Viertel nicht mehr netto.

Gleichwohl zieht Siegwart diese Konsequenz nicht, wohl weil er davor zurückschreckt, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten so zu gestalten, dass diesem nur die Wahl übrig bleibt zwischen dem Anspruche auf Fr. 5000.— zu Eigentum oder auf Fr. 7500.— zu Nutzniessung. Und in der Tat wäre diese Lösung unvereinbar mit Art. 462, welcher klar und deutlich bestimmt, dass das Nutzniessungsrecht die Hälfte des Nachlasses umfasst, also zum mindesten doppelt so viel als der Anspruch zu Eigentum,

welcher sich auf einen Viertel beschränkt. Daher zieht Siegwart vor, dem überlebenden Ehegatten einfach die Nutzniessung an der vollen Hälfte des Nachlasses von Fr. 10,000.— einzuräumen, auch wenn die den Nachkommen unbeschwert zufallende Summe dadurch von Fr. 12,500.— auf Fr. 10,000.— herabgesetzt würde. „Denn das Pflichtteil,“ sagt Siegwart wörtlich, „gewährt keinen Schutz gegenüber einer solehen Belastung, braucht auch keinen zu gewähren, weil ja die Belastung mehr oder weniger dadurch wieder aufgehoben wird, dass bei der Wahl der Nutzniessung den Nachkommen eine grössere Quote zu Eigentum zufällt. Folgerichtig darf nun auch aus Art. 226, Absatz 2 nicht auf einen solchen Schutz geschlossen werden.“

Dieses Argument ist aber kaum zutreffend. Einmal nämlich verlangt gemäss Art. 471 ZGB wenigstens das erbrechtliche Pflichtteilsrecht grundsätzlich, dass der Pflichtteil den Erben netto zufällt, speziell auch unbeschwert von einem Nutzniessungsrechte zugunsten eines Dritten. Das allein entspricht auch seinem Grundgedanken als dem Anspruch auf einen Mindestbetrag, welcher den Erben nicht entzogen werden darf. Ein, wenigstens teilweiser Entzug liegt dagegen auch in der Schmälerung durch einen Niessbrauch. Schliesst doch ein solcher z. B. jeden Zinsgenuss des Erben aus, und gestaltet er darum je nach seiner Dauer den Wert des Pflichtteils materiell ganz verschieden.

Sodann ist aber schon vorhin betont worden, dass diese Lösung speziell vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus eine Inkonsistenz darstellt. Behauptet doch gerade sie, dass Art. 226, Absatz 2 den Nachkommen einen Viertel des Gesamtgutes netto zuwenden, und sie nicht nur auf ihren Pflichtteil daran beschränken will. Dann liegt aber ein Widerspruch darin, wenn nun gleichwohl dem überlebenden Ehegatten gestattet wird, die ganze Hälfte des Nachlasses zu Nutzniessung zu beanspruchen, und damit das Recht der Nachkommen auf einen

unverkürzten Viertel des Gesamtgutes wenigstens durch einen Niessbrauch auf unbestimmte Zeit zu beschränken.

Der zweite Fall, den Siegwart unterscheidet, liegt dann vor, wenn der Nachlass nicht einmal mehr hinreicht, um den Anspruch des überlebenden Eheteils auf einen Viertel zu Eigentum zu befriedigen. Als Beispiel diene folgender Fall: das Gesamtgut beträgt Fr. 50,000.—, der überlebende Eheteil erhält laut Ehevertrag Fr. 35,000.—, zur Erbschaft gelangen Fr. 15,000.—. Den Nachkommen gebührt nach der herrschenden Meinung ein Viertel von Fr. 50,000.— = Fr. 12,500.— netto. Dieser Anspruch ist gewahrt, doch bleiben für den überlebenden Ehegatten nach Abzug dieser Fr. 12,500.— von den zur Erbschaft gelangenden Fr. 15,000.— nur noch Fr. 2500.— übrig, also nicht mehr der volle Viertel des Nachlasses von Fr. 15,000.—, welcher Fr. 3750.— betragen würde. Würde Siegwart auch für diesen zweiten Fall an der Lösung festhalten, welche er für den ersten vorschlägt, so müsste dem überlebenden Ehegatten auch hier die Wahl eingeräumt werden zwischen Fr. 2500.— zu Eigentum oder der Hälfte des Nachlasses von Fr. 15,000.—, also Fr. 7500.— zu Nutzniessung. Offenbar liegt aber hierin auch nach Siegwart eine zu grosse Belastung des Anspruches der Nachkommen auf einen unbeschränkten Viertel des Gesamtgutes. Daher schlägt er für diesen Fall vor, dem überlebenden Ehegatten die Wahl einzuräumen zwischen Fr. 2500.— zu Eigentum oder dem Doppelten davon = Fr. 5000.— zu Nutzniessung; ergebe doch Art. 462, dass der Niessbrauch des überlebenden Ehegatten doppelt so viel betragen solle als sein Anspruch auf Eigentum.

Damit ist allerdings die Konsequenz vermieden, dass der Viertel des Gesamtgutes von Fr. 50,000.— = Fr. 12,500.—, welcher den Nachkommen nach der herrschenden Meinung netto gebührt, nun doch wieder bis zum Betrage von Fr. 7500.— mit einer Nutzniessung belastet werden darf. Und ebenso wird vermieden, dass das Erbrecht des überlebenden Ehegatten aus dem Wahlrechte

besteht zwischen Fr. 2500.— zu Eigentum und Fr. 7500.— zu Nutzniessung. Wäre das doch mit Art. 462 schlechthin unvereinbar, da diesem zufolge das Erbrecht des überlebenden Ehegatten jedenfalls nur doppelt so viel zu Nutzniessung umfasst als zu Eigentum. Dagegen unterliegt auch diese Lösung in anderer Hinsicht nicht minder gewichtigen Bedenken.

Während nämlich Art. 462 klar und deutlich sagt, dass der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses zu Nutzniessung beanspruchen darf, so ist nach diesem Vorschlage seine Nutzniessung von jeder Beziehung zum Betrage des Nachlasses losgelöst und richtet sich ausschliesslich nach dem zufälligen Reste der Erbschaft, welcher dem überlebenden Ehegatten nach Befriedigung des Anspruches der Nachkommen zu Eigentum verbleibt, falls er für Eigentum statt Nutzniessung optiert. Sodann steht aber diese Lösung in direktem Gegensatze zu der von Siegwart für den ersten Fall vorgeschlagenen. Dort wurde nämlich dem überlebenden Ehesteile das Recht auf die Nutzniessung an der vollen Hälfte des Nachlasses eingeräumt, auch wenn dadurch der Viertelanteil der Nachkommen am Gesamtgute mit einem Niessbrauche belastet wurde. Im oben angeführten Falle verblieben beispielsweise den Nachkommen statt Fr. 12,500.— nur Fr. 10,000.— unbeschwert, was aber für zulässig erklärt wurde, weil die Nachkommen gegenüber dem Niessbrauche des überlebenden Ehesteils keines Schutzes bedürften. In diesem zweiten Falle dagegen wird der Nachkommen wegen des Rechts des überlebenden Ehesteils auf die Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses geschmälert, im obigen Beispiele also der Niessbrauch an der Hälfte von Fr. 15,000.— = Fr. 7500.— durch eine solche an  $2 \times$  Fr. 2500.— = Fr. 5000.— ersetzt. Logischerweise sollte aber in beiden Fällen die Lösung dieselbe sein, also beidemal entweder der Anspruch der Nachkommen auf einen Viertel netto oder dann aber das Nutzniessungsrecht des Ehegatten auf die Hälfte des Nachlasses vorgehen. Nach Siegwart

dagegen ist die Lösung eine andere je nach dem Betrage der Erbschaft. Reicht sie nämlich hin, um dem überlebenden Ehesteile seinen Viertel zu Eigentum auszuzahlen, so geht auch seine Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses dem Ansprache der Nachkommen auf einen Viertel netto vor. Andernfalls dagegen hat grundsätzlich das Nutzniessungsrecht des überlebenden Ehesteils hinter den Anspruch der Nachkommen zurückzutreten.

Eine derartige Auslegung von Art. 462 wird aber kaum auf Zustimmung rechnen dürfen. Führt die herrschende Meinung allerdings ihre Auffassung konsequent durch, wonach der Viertel des Gesamtgutes den Nachkommen netto gebührt, so wird damit die Anwendbarkeit von Art. 462 überhaupt unmöglich gemacht. Dass der Nachkommen wegen der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf einen Viertel des Nachlasses zu Eigentum herabgesetzt wird, kann nun allerdings mit Berufung darauf gerechtfertigt werden, dass das Vorrecht der Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtgutes dem Ansprache des überlebenden Ehegatten auf einen Viertel des Nachlasses vorgehe. Wie dagegen der vom Gesetze zur Wahl gestellte Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses in diesem Falle zu gestalten ist, kann auf Grund des Gesetzes schlechterdings nicht entschieden werden. Wird dem Überlebenden die Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses gewährt, so wird der Viertel der Nachkommen erheblich belastet, im Falle von vorhin z. B. mit einem Niessbrauche bis zum Betrage von Fr. 7500.—, obschon der ganze Viertel, welcher den Nachkommen netto zufallen soll, nur Fr. 12,500.— ausmacht, und ihnen also nur Fr. 5000.— netto verbleiben. Diese Konsequenz widerspricht dem Grundgedanken der herrschenden Meinung, wonach der Viertel den Nachkommen unverkürzt gebührt. Darf dagegen der Anteil der letztern auch durch keine Nutzniessung geschmälert werden, so hat der überlebende Ehegatte kraft seines Erbrechts die Wahl zwischen derselben Summe,

im obigen Beispiele, da Fr. 15,000.— zur Erbschaft gelangen, und die Nachkommen hievon drei Viertel = Fr. 12,500.— vorwegnehmen, Fr. 2500.— zu Eigentum oder zu Nutzniessung. Diese Konsequenz ist mit Art. 462, Abs. 1 unvereinbar. Ausserdem bedingt die erstere Lösung aber einen weitern direkten Widerspruch zu Art. 462, Absatz 1, indem dann der Überlebende den Niessbrauch an der Hälfte des Nachlasses, also an Fr. 7500.— beanspruchen darf, ohne das vom Gesetze geforderte Entgelt leisten, nämlich auf seinen Eigentumsanspruch an einem Viertel des Nachlasses verzichten zu müssen. Dazu ist er ja unfähig, denn der Viertel des Nachlasses beträgt im obigen Beispiele Fr. 3750.—, während sein Anspruch zu Eigentum nur Fr. 2500.— umfasst.

Die konsequente Durchführung der herrschenden Meinung, so dass den Nachkommen ihr Viertel wirklich netto verbleiben würde, ist somit allerdings mit Art. 462 überhaupt nicht vereinbar. Gleichwohl muss aber auch der von Siegwart vorgeschlagene Mittelweg verworfen werden, schon weil er einen Unterschied in das Gesetz hineinträgt, der diesem selbst vollständig fremd ist. Wohl verleiht es dem Ehegatten ein Wahlrecht zwischen einem Viertel des Nachlasses zu Eigentum oder der Hälfte zu Nutzniessung. An welchem Teile des Nachlasses aber der Niessbrauch verlangt werden darf, wenn der Eigentumsanspruch unter einen Viertel herabsinkt, darüber enthält es keinerlei Anhaltspunkt, speziell auch nicht im Sinne der von Siegwart vorgeschlagenen Lösung.

Dieselbe Schwierigkeit kann übrigens schon im ersten von Siegwart unterschiedenen Falle entstehen, in welchem der Nachlass noch hinreicht, um zwar den Eigentumsanspruch des überlebenden Ehegatten auf einen Viertel, nicht aber auch das Nutzniessungsrecht auf die Hälfte des Nachlasses ohne Belastung des Viertels der Nachkommen zu befriedigen. Wenn nämlich die von Siegwart vorgeschlagene Lösung nicht angenommen wird, wonach die Nachkommen sich in diesem Falle die Nutzniessung

unter allen Umständen müssen gefallen lassen, auch wenn ihnen dann ihr Viertel nicht netto verbleibt, — und konsequenterweise muss ja gerade vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus diese Lösung verworfen werden, da sie gegen ihr Grundprinzip verstößt: das im Sinne eines Pflichtteils unantastbare Recht der Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtvermögens netto —, so entsteht auch in diesem Falle derselbe Konflikt, der ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift schlechthin unlösbar ist.

Man denke etwa an das oben erwähnte Beispiel: das Gesamtgut beträgt Fr. 50,000.—, der überlebende Ehegatte erhält durch Ehevertrag Fr. 30,000.—, zur Erbschaft gelangen noch Fr. 20,000.—. Daraus kann zwar der Anspruch der Nachkommen auf einen Viertel des Gesamtvermögens netto, d. h. auf Fr. 12,500.—, befriedigt werden, wenn der Überlebende für sein Eigentumsrecht an einem Viertel des Nachlasses = Fr. 5000.— optiert, denn Fr. 12,500.— + 5000.— ergeben zusammen Fr. 17,500.—, d. h. weniger als den zur Erbschaft gelangenden Gesamtbetrag von Fr. 20,000.—. Dagegen fehlt diese Möglichkeit, wenn der Überlebende für sein Nutzniessungsrecht optiert, denn dieses würde die Hälfte des Nachlasses = Fr. 10,000.— umfassen, und doch müssen den Nachkommen von den total vorhandenen Fr. 20,000.— wenigstens Fr. 12,500.— unbeschwert bleiben. Wie ist dieser Konflikt zu lösen? Art. 225 bestimmt ausdrücklich, dass das Erbrecht des überlebenden Ehegatten auch beim Güterstande der Gütergemeinschaft Platz greift, sofern er nach Güterrecht nur die Hälfte des Gesamtgutes erhält. Anderseits muss nach der herrschenden Meinung das Erbrecht des überlebenden Ehegatten versagen, wenn er nach Ehevertrag schon drei Viertel des Gesamtgutes erhält. Wie ist es nun im obigen Falle, in welchem ihm der Ehevertrag einen Betrag zuspricht, der sich zwischen der Hälfte und drei Viertel des Gesamtgutes befindet, nämlich Fr. 30,000.—, also mehr als Fr. 25,000.—, d. h. mehr als die Hälfte von Fr. 50,000.—, und weniger als Fr. 37,500.—, d. h. weniger

als drei Viertel von Fr. 50,000.—? Optiert der Überlebende für die Nutzniessung, so hat er laut Gesetz das Recht auf die Hälfte des Nachlasses = Fr. 10,000.—. Dann bleiben aber für die Nachkommen nur Fr. 10,000.— unbeschwert übrig, was der herrschenden Meinung widerspricht. Gibt man diesen dagegen ihren Viertel netto, d. h. Fr. 12,500.—, so bleibt für den Überlebenden nur ein Niessbrauch an Fr. 7500.— übrig. Das steht wiederum im Widerspruch mit Art. 462, welcher dem Überlebenden die Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses, also an Fr. 10,000.— einräumt. Welches Recht geht nun vor: dasjenige des Überlebenden oder dasjenige der Nachkommen? Auch da entsteht somit derselbe unlösbare Konflikt, wie im zweiten von Siegwart unterschiedenen Falle, den nur das Gesetz selbst lösen kann. Denn da es sich um einen direkten Widerspruch zwischen zwei Artikeln ein und desselben Gesetzes handeln würde, wäre keine Interpretation imstande, beiden gerecht zu werden.

Schon hieraus, d. h. aus der Untersuchung der durch Art. 462, Absatz 1 bedingten Konsequenzen muss geschlossen werden, dass die Auffassung der herrschenden Meinung von Art. 226, Absatz 2 dem Gesetze unmöglich entsprechen kann. Erst recht wird aber diese Vermutung zur Gewissheit, wenn auch noch Art. 473 ZGB beigezogen wird, welcher lautet:

„Der Erblasser kann dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen gegenüber gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung an dem ganzen ihnen zufallenden Teile der Erbschaft zuwenden.“

Diese Nutzniessung tritt an die Stelle des dem Ehegatten neben den gemeinsamen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechtes.“

Als Beispiel diene folgender Fall: das Gesamtgut beträgt Fr. 80,000.—, der überlebende Ehegatte erhält schon kraft Ehevertrag drei Viertel = Fr. 60,000.—, die Nachkommen beanspruchen im Sinne der herrschenden Meinung die übrigen Fr. 20,000.—, d. h. den Viertel des Gesamtvermögens netto, so dass der überlebende Eheteil überhaupt

nichts mehr erbt. Nun knüpft aber Art. 473 das Recht des Erblassers, dem überlebenden Eheleile die Nutzniessung am ganzen Nachlasse zuzuhalten, an die Bedingung, dass dieser auf sein gesetzliches Erbrecht, also auf das Eigentumsrecht an dem Viertel oder auf das Nutzniessungsrecht an der Hälfte des Nachlasses verzichtet, und dass anderseits die Nachkommen als Entgelt für die Belastung ihres Anteils mit der Nutzniessung zugunsten des Überlebenden, dessen Erbteil erhalten. Da nun in unserm Falle ein solcher Verzicht nicht möglich ist, weil der überlebende Eheleile überhaupt nichts erbt, so wäre anzunehmen, dass die herrschende Meinung hier dem Erblasser das Recht versagen würde, dem überlebenden Eheleile gemäss Art. 473 die Nutzniessung am ganzen Nachlasse zuzuhalten. Ein Entgelt vermag er ja in einem solchen Falle den Nachkommen nicht zu bieten, und ohne Entgelt gestattet das Gesetz diese Belastung der Nachkommen nicht. Gleichwohl scheut aber Siegwart vor dieser Konsequenz zurück, und zwar aus folgenden Gründen:

„Wenn nun in dem besprochenen Falle eine solche Kompensation nicht stattfinden kann, so ist es klar, dass die Nachkommen schlechter gestellt sind als sonst. Es wird ihnen die Nutzniessung an ihrer Erbportion, an dem Viertel, entzogen, ohne dass deswegen, wie es sonst der Fall ist, ihr Erbanspruch zu Eigentum erhöht würde. Für diese ungleiche Stellung ist nun kein hinreichender Grund einzusehen. Andrerseits muss nun aber doch betont werden, dass es sich bei der Beseitigung des gesetzlichen Erbrechts in diesen Fällen nur um eine bescheidene Kompensation für entzogene Nutzniessung handelt, nicht um einen Ausgleich. Der Zuwachs, den die Nachkommen an Eigentumsansprüchen zu verzeichnen haben, wiegt die Einbusse an Nutzniessung bei weitem nicht auf. Es ist also vom Gesetzgeber gewollt und beabsichtigt, dass der überlebende Ehegatte in gewissem Umfange auf Kosten der Nachkommen soll begünstigt werden können. Wollte man unter den oben angegebenen Voraussetzungen einfach ohne weiteres diese Möglichkeit ausschliessen, so würde man damit nun umgekehrt die Nachkommen besser behandeln, als es sonst der Fall ist, und auch dafür liesse sich kein hinreichender Grund anführen. Zwischen diesen beiden Erwägungen wird man doch besser daran tun,

auch unter den angegebenen Voraussetzungen die Zuwendung der Nutzniessung anzuerkennen. Denn schliesslich ist die Korrektur, die das Prinzip durch den Entzug des gesetzlichen Erbanspruchs erfährt, doch nur etwas Sekundäres, von dem das Bestehen des Prinzips selber nicht abhängt. Die andere Auffassung würde zu unlösbarer Schwierigkeiten führen, sobald man die Fälle in Betracht ziehen würde, da ein gesetzlicher Erbanspruch neben dem Ehevertrage noch besteht, aber nicht der ganze.“

Diese Argumentation geht also davon aus, dass der Verzicht des Ehegatten auf sein Erbrecht und die Belastung des Erbteils der Nachkommen mit der lebenslänglichen Nutzniessung zugunsten des Ehegatten keine gleichwertigen Leistungen darstellen, vielmehr die Nachkommen wesentlich mehr dadurch belastet werden als der überlebende Eheteil. Darum gehe es nicht an, die Nutzniessung zu Lasten der erstern nur darum auszuschliessen, weil der letztere nichts erbt und darum auch nicht auf sein Erbrecht zu Gunsten der Nachkommen verzichten kann. So mit bleibe nichts anderes übrig, als in diesem Falle dem überlebenden Eheenteile das lebenslängliche Niessbrauchsrecht aus Art. 473 zu gewähren, auch wenn die Nachkommen kein Entgelt erhalten.

Diese Begründung dürfte aber kaum genügen. Was zunächst die Nachkommen anbetrifft, so muss gerade von dieser Auffassung aus, wonach der Ersatz, den sie für die Belastung ihres Erbteils mit einer Nutzniessung erhalten, ohnehin ein geringer ist, erst recht unverständlich erscheinen, warum sie sich in diesem Falle die ganze Last sogar ohne irgendwelches Entgelt müssen gefallen lassen. Vom Standpunkte des Erblassers und des überlebenden Eheenteils aus ist es sodann zum mindesten inkonsistent, wenn das Erbe der Nachkommen mit jener Nutzniessung belastet werden darf, trotzdem keinerlei Entgelt dafür geboten wird; denn das Gesetz knüpft jenes Recht klar und deutlich an diese Voraussetzung. Weiter aber steht diese Lösung in einem direkten Widerspruch zu derjenigen, welche Siegwart anlässlich Art. 462 vorgeschlagen hat. In dem

zweiten, dort unterschiedenen Falle nämlich, da der Nachlass nicht einmal hinreicht, um den Erbanspruch des überlebenden Eheteils auf einen Viertel zu Eigentum zu befriedigen, hat auch Siegwart dem Überlebenden die Nutzniessung an der Hälfte des Nachlasses nicht einräumen wollen, weil die Nachkommen hiedurch zu sehr belastet würden. Daher hat er den Niessbrauch auf das Doppelte desjenigen Betrags beschränkt, welcher dem überlebenden Ehesteile kraft Erbrechts zu Eigentum zufallen würde. Wenn nun gleichwohl hier, d. h. nach Art. 473, der überlebende Ehegatte berechtigt sein soll, die Nutzniessung am ganzen Nachlasse zu beanspruchen, sogar ohne jegliches Entgelt, so liegt in dieser Konsequenz ein schlechthin unlösbarer Widerspruch zur Lösung jenes Falles. Dort, bei Art. 462, wird schon die Belastung der Hälfte des Erbteils der Nachkommen mit der Nutzniessung zugunsten des Überlebenden als zu hart empfunden, weil der letztere nicht auf das Eigentum an einem vollen Viertel des Nachlasses zugunsten der Nachkommen zu verzichten vermag. Daher wird der Niessbrauch von Siegwart auf das Doppelte desjenigen Betrags herabgesetzt, welchen der Überlebende den Nachkommen durch Verzicht zuwenden kann. Hier dagegen, bei Art. 473, soll den Nachkommen die Nutzniessung nicht nur an der Hälfte, sondern an ihrem ganzen Erbteile zugemutet werden dürfen, auch wenn der überlebende Eheteil keinerlei Entgelt leistet. Und doch stellt auch bei Art. 473 wie bei Art. 462 das Gesetz diese Bedingung auf, dass nämlich der überlebende Ehegatte als Entgelt für die ihm eingeräumte Nutzniessung auf seinen Eigentumsanspruch, resp. bei Art. 473 auf sein ganzes Erbrecht verzichten muss. Schon eine solche Inkonsequenz kann dem Gesetze ohne zwingende Notwendigkeit nicht zugeschrieben werden.

Nicht minder grosse Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wie Siegwart selbst anführt, aus Art. 473 wie schon aus Art. 462, speziell in dem Falle, da der Nachlass nicht einmal mehr hinreicht, um den ganzen

Erbanspruch des überlebenden Ehegatten zu Eigentum zu befriedigen.

Nehmen wir etwa an, um auf das frühere Beispiel zurückzugreifen, das Gesamtgut betrage Fr. 50,000.—, und der überlebende Ehegatte erhalte kraft Ehevertrages Fr. 35,000.—, so dass noch Fr. 15,000.— zur Erbschaft gelangen. In diesem Falle haben nach der herrschenden Meinung die Nachkommen Fr. 12,500.— netto zu beanspruchen, so dass für den überlebenden Ehegatten nur Fr. 2500.— zu Eigentum übrig bleiben, während sein Anspruch auf den Viertel des Nachlasses Fr. 3750.— umfassen würde. In einem solchen Falle vermöchte also immerhin der Überlebende noch auf Fr. 2500.— zugunsten der Nachkommen zu verzichten. An welchem Teile des Nachlasses darf ihm nun aber der Erblasser die Nutzniessung einräumen? Wollte man jene Lösung auch hier anwenden, welche Siegwart für Art. 462 vorgeschlagen hat, so könnte der Niessbrauch an  $2 \times \text{Fr. } 2500.—$  gleich Fr. 5000.— bestellt werden. Bei Art. 473 scheut aber auch Siegwart vor dieser Lösung zurück, und mit vollem Rechte. Denn bei Art. 462 findet sie wenigstens noch einen gewissen Anhaltspunkt in der Beziehung, in welche das Gesetz dort selbst den Erbanspruch des überlebenden Ehegatten zu Eigentum zu demjenigen zu Nutzniessung setzt, indem es ihm die Wahl lässt zwischen einem Viertel zu Eigentum oder der Hälfte zu Niessbrauch. Bei Art. 473 fehlt dagegen jeglicher Anhaltspunkt in diesem Sinne, weil hier das Nutzniessungsrecht am ganzen Nachlasse einfach an Stelle des gesetzlichen Erbanspruches auf den Viertel des Nachlasses zu Eigentum oder auf die Hälfte zu Nutzniessung treten muss. Hier wäre jener Ausweg also noch willkürlicher als dort, so dass er bei Art. 473 von vornherein nicht in Frage kommen kann. Ein anderer findet sich aber auch nicht, so dass in diesem Falle der schon von Siegwart mit Recht als unlösbar empfundene Widerspruch jedenfalls bestehen bleibt. Entweder der überlebende Ehegatte erhält die Nutzniessung

am ganzen Nachlasse, dann muss er aber gemäss Art. 473 auf sein gesetzliches Erbrecht an einem Viertel davon zu verzichten vermögen. Oder aber er erbt nicht einen ganzen Viertel, dann vermag er aber auch nicht zugunsten der Nachkommen auf einen Viertel zu verzichten. In diesem Falle aber fehlt jeder Anhaltspunkt im Gesetze dafür, ob und an welchem Teile des Nachlasses ihm unter diesen Umständen noch der Niessbrauch gemäss Art. 473 zugehalten werden kann.

Somit bestätigt in der Tat die Untersuchung der sich aus Art. 473 ergebenden Konsequenzen dasjenige Resultat, welches schon dem Vergleiche von Art. 226, Absatz 2 mit Art. 462 entnommen wurde. Demnach kann die Auslegung, welche die herrschende Meinung Art. 226, Absatz 2 gibt, schon darum nicht richtig sein, weil sie einen unlösbarer Widerspruch sowohl zu Art. 462 als auch zu Art. 473 bedingen würde, welcher nur durch eine spezielle Bestimmung des Gesetzes gelöst werden könnte. An einer solchen fehlt es aber, so dass schon aus diesem Grunde angenommen werden muss, dass dem Gesetze die herrschende Meinung unmöglich entsprechen kann. Dieser Schluss ist um so zwingender, als alle Schwierigkeiten, welche die Anwendung von Art. 462 und Art. 473 auf Art. 226, Absatz 2 bedingt, sofort verschwinden, wenn Art. 226, Absatz 2 in dem hier vertretenen Sinne ausgelegt wird.

Sobald nämlich davon ausgegangen wird, dass der Viertel des Gesamtvermögens den Nachkommen nach Art. 226, Absatz 2 nicht netto zufallen muss, sondern auch dem Erbrechte des Überlebenden unterliegt, so geschieht den Nachkommen keinerlei Unrecht, wenn der Überlebende nach Art. 462 statt eines Viertels zu Eigentum die Hälfte des Nachlasses zu Nutzniessung beansprucht. Allerdings wird dadurch der den Nachkommen zufallende Viertel des Gesamtvermögens zur Hälfte mit einer Nutzniessung belastet, aber dafür erhalten sie diesen Viertel ganz und müssen nicht den Viertel davon, d. h.  $\frac{1}{16}$  des Gesamtvermögens dem überlebenden Ehegatten zu Eigen-

tum überlassen. Um diesen Preis müssen sich vielmehr laut Gesetz die Nachkommen jene Belastung gefallen lassen.

Und ebenso glatt vollzieht sich die Anwendung von Art. 473 auf unsren Fall. Ist nämlich Art. 226, Absatz 2 dahin auszulegen, dass die Nachkommen nicht den ganzen Viertel des Gesamtvermögens netto zu beanspruchen haben, so erbt auch der überlebende Ehegatte einen Viertel davon, d. h.  $\frac{1}{16}$  des Gesamtvermögens zu Eigentum oder die Hälfte, d. h.  $\frac{1}{8}$  zu Nutzniessung. Dann kann aber auch hier die Bedingung erfüllt werden, an welche Art. 473 das Recht des Erblassers knüpft, dem Überlebenden die Nutzniessung am ganzen Nachlasse zuzuhalten, nämlich der Verzicht des letzteren auf sein gesetzliches Erbrecht. Der überlebende Eheteil erwirbt dann auch hier, so wie es dem Gesetze entspricht, die Nutzniessung an dem ganzen Nachlasse um den Preis des Verzichtes auf sein gesetzliches Erbrecht. Die Nachkommen anderseits erhalten dann auch hier, was wiederum der Absicht des Gesetzes entspricht, als Entgelt für die Belastung ihres Erbteiles mit der Nutzniessung zugunsten des überlebenden Ehegatten den Viertel des Nachlasses zu Eigentum, der sonst dem überlebenden Eheenteil zufällt.

Unser Resultat wäre daher folgendes: Was schon die Interpretation von Art. 226 ergibt, hat die Beziehung von Art. 462 und 473 bestätigt, dass nämlich entgegen der herrschenden Meinung das Gesetz keinesfalls beabsichtigen kann, den Nachkommen den Viertel des Gesamtvermögens netto zuzuhalten. Einen unentziehbaren Anspruch haben sie vielmehr nur auf ihren Pflichtteil an dem Reste des Viertels des Gesamtvermögens, welcher verbleibt, nachdem sowohl der Erbanspruch des überlebenden Ehegatten befriedigt, als auch die der Verfügungsfreiheit des Erblassers nach Art. 470 ZGB unterliegende Quote ausgeschieden ist.

## B.

Eine zweite Frage, zu welcher Art. 226, Absatz 2 Anlass gibt, betrifft die Bedeutung des Wortes Gesamtvermögen. Sonst wird nämlich im ZGB überall das der Gütergemeinschaft unterliegende Vermögen Gesamtgut genannt. Und zwar findet sich dieser Ausdruck im Abschnitte der Gütergemeinschaft nicht weniger als siebzehn Mal. Einzig und allein in Art. 226, Absatz 2 kommt der abweichende Ausdruck Gesamtvermögen vor. Dieser Differenz folgt auch der französische Text, denn während das Wort Gesamtgut mit „communauté“ übersetzt ist, findet sich in Art. 226, Absatz 2 für den Ausdruck: „ein Viertel des Gesamtvermögens“ die Übersetzung: „au quart (les descendants du conjoint précédent ont droit dans tous les cas au quart) des biens communs existant lors du décès.“ Der italienische Text allerdings verwendet beide Male denselben Begriff „sostanza commune“. Doch kommt ihm bei Differenzen anerkanntermassen am wenigsten Bedeutung zu.

Das ZGB unterscheidet also sonst bei der Gütergemeinschaft grundsätzlich nur das Gesamtgut vom Sondergute. Gesamtgut ist dasjenige Vermögen, welches beiden Ehegatten zur gesamten Hand gehört. Sondergut ist dasjenige Vermögen, welches von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen ist und im alleinigen Eigentum jedes Ehegatten steht. Das Wort Gesamtvermögen dagegen wird mit Ausnahme von Art. 226, Absatz 2 nirgends verwendet.

Schon hieraus folgt, dass wenn eine rein grammatischen Interpretation in Frage käme, unbedingt dem Begriffe Gesamtvermögen ein anderer Sinn zugeschrieben werden müsste als demjenigen des Gesamtgutes. Wohl wird etwa darauf hingewiesen, dass das ZGB nicht überall dieselbe präzise Sprache führe wie andere moderne Gesetzbücher, die aber gerade darum auch entsprechend schwerfällig ausgefallen seien, und zwar mit voller Absicht,

da ein Hauptbestreben bei der Redaktion des ZGB dahinging, dem Gesetzbuche eine möglichst gemeinverständliche Fassung in möglichst fliessender Sprache zu verleihen. Mit dieser Tendenz kann aber die Verschiedenheit zwischen Gesamtgut und Gesamtvermögen keinesfalls erklärt werden. Vielmehr darf ruhig behauptet werden, dass auch im ZGB die Ausdrucksweise viel zu präzis ist, als dass nicht schon aus der Tatsache, dass sich der Ausdruck Gesamtvermögen nur einmal vorfindet, derjenige des Gesamtgutes dagegen unzählige Male, auf eine vom Gesetzgeber beabsichtigte materielle Differenz geschlossen werden müsste. Das wäre nur dann anders, wenn besondere Gründe, etwa im Zusammenhange mit der Textesgeschichte von Art. 226 nachweisbar wären, welche darauf schliessen liessen, dass trotz der Verschiedenheit des Ausdruckes vom Gesetze keine materielle Differenz beabsichtigt sein kann. Gleichwohl sind bisher alle Kommentatoren des ZGB am Worte Gesamtvermögen in Art. 226 achtlos vorübergegangen. Nur Henrici hat die Differenz bemerkt, aber auch er glaubt sie als einen redaktionellen Irrtum ohne materielle Tragweite auffassen zu müssen, den er allerdings als eine ärgerliche Unstimmigkeit bezeichnet.

Bevor die Richtigkeit dieser Auffassung geprüft wird, dürfte es sich aber empfehlen, zunächst festzustellen, was überhaupt unter dem Begriffe Gesamtvermögen zu verstehen wäre, falls er im Sinne des Gesetzes mit demjenigen des Gesamtgutes nicht identisch sein sollte.

Nun kann Gesamtvermögen keinesfalls weniger umfassen als Gesamtgut. Bezeichnet doch der letztere Ausdruck das gesamte, beiden Ehegatten bei der Gütergemeinschaft zu gesamter Hand gehörende Vermögen, und unterscheidet doch das ZGB innerhalb des Gesamtgutes nirgends einen engeren Vermögenskomplex. Somit kann jene Bezeichnung höchstens einen weiteren Begriff darstellen als denjenigen des Gesamtgutes. Dann ist aber nach Lage der Sache nur eine doppelte Möglichkeit ge-

geben. Entweder Gesamtvermögen bezeichnet das Gesamtgut zuzüglich dem beidseitigen Sondergute oder aber es umfasst nur das Gesamtgut zuzüglich dem Sondergute des Erblassers. Macht man sich nun die innere Bedeutung von Art. 226, Absatz 2 klar, so folgt daraus ohne weiteres, dass nur die Auslegung im letzteren Sinne in Frage kommen kann.

Auszugehen ist nämlich davon, dass der Viertel des Gesamtvermögens den Mindestbetrag darstellt, mit dem die Nachkommen für den Verlust ihrer Rechte an dem Vermögen des erstarbsterbenden Ehegatten abgefunden werden sollen. Nun besteht aber dessen Nachlass nur aus dem Gesamtgute einerseits, das dem Erblasser und dem Überlebenden zur gesamten Hand gehört, und aus dem Sondergute des Erblassers anderseits. An dem Sondergute des überlebenden Ehegatten dagegen stehen den Nachkommen im Momente des Todes des erstarbsterbenden Eheheils noch keinerlei Rechte zu, da ja nicht dieser, sondern ausschliesslich der Verstorbene beerbt wird. Somit fehlt jeglicher Anlass, den Nachkommen eine Abfindung für ihre Rechte am Sondergute des überlebenden Eheheils zukommen zu lassen, da solche zu Lebzeiten des letzteren noch gar nicht bestehen. Auch der Begriff Gesamtvermögen, dessen Viertel den Nachkommen als Abfindung zukommt, kann somit nur das Gesamtgut einerseits und das Sondergut des erstverstorbenen Ehegatten anderseits umfassen, nicht aber auch das Sondergut des Überlebenden, denn nur für jene beiden Vermögenskomplexe gebührt den Nachkommen eine Abfindung.

Dann wäre also der Sinn von Art. 226, Absatz 2 folgender: Die Nachkommen haben Anspruch auf einen Viertel vom Gesamtvermögen, d. h. auf einen Viertel desjenigen Betrages, der sich ergibt, wenn das Gesamtgut und das Sondergut des Erblassers zusammengerechnet werden. Und zwar müssen sich die Nachkommen auf ihren Viertel alles dasjenige anrechnen lassen, was sie vom Sondergute ihres Erblassers erben. Nur soweit nicht

schon dieser Betrag allein genügt, um ihnen einen Viertel des Gesamtvermögens zu verschaffen, steht den Nachkommen noch ein Anspruch gegenüber dem Gesamtgute zu. Diese Konsequenz ergibt sich daraus, dass grundsätzlich bei der Gütergemeinschaft die Ehegatten einander durch Ehevertrag das ganze Gesamtgut zuhalten dürfen. Die einzige Ausnahme bildet das Vorhandensein von Nachkommen, aber auch diese schränken die Ehevertragsfreiheit nur so weit ein, als sie weniger erhalten als einen Viertel des Gesamtvermögens. Daraus folgt ohne weiteres, dass wenn die Nachkommen ihren Viertel schon auf anderem Wege erben, z. B. durch Beerbung des Sondergutes des Erblassers, auch ihnen gegenüber der Ehevertrag seine volle Gültigkeit behält.

Angenommen beispielsweise, das Gesamtgut betrage Fr. 80,000.—, das Sondergut Fr. 40,000.—, und dieses falle den Nachkommen ganz zu, so erben die letzteren vom Gesamtgute überhaupt nichts. Laut Gesetz steht ihnen lediglich ein Anspruch zu auf Fr. 30,000.—, d. h. auf einen Viertel von Fr.  $80,000.— + 40,000.— = 120,000.—$  Franken. Erben sie nun das ganze Sondergut des Erblassers, so haben sie mit Fr. 40,000.— bereits mehr erhalten als die ihnen garantierten Fr. 30,000.—. Angenommen dagegen, der Erblasser würde die Nachkommen auf ihren Pflichtteilsanspruch am Sondergute beschränkt haben, so würden sie zwar aus dem Sondergute nur Fr. 30,000.— erben, gleichwohl aber auch in diesem Falle keinen Anspruch an das Gesamtgut besitzen. Da nämlich der Viertel des Gesamtvermögens Fr. 30,000.— beträgt, und da sie diese Summe schon aus dem Sondergute erben, verbleibt das ganze Gesamtgut dem überlebenden Eheleile. Anders dagegen, wenn das Sondergut nur Fr. 20,000.— betragen würde. In diesem Falle hätten die Nachkommen Anspruch auf Fr.  $25,000.—$ , nämlich auf einen Viertel von Fr.  $80,000.— + 20,000.— = Fr. 100,000.—$ . Auch wenn sie nun das ganze Sondergut mit Fr. 20,000.— erben würden, so hätten sie doch noch einen weiteren Anspruch auf Fr. 5000.—,

und hierfür wären sie berechtigt, das Gesamtgut in Anspruch zu nehmen. Dann würden dem überlebenden Ehegatten auf Grund des Ehevertrages nur Fr. 75,000.— vom Gesamtgute zufallen, während er in den andern angeführten Beispielen überall das ganze Gesamtgut erhält.

So *de lege lata*. Auch *de lege ferenda* wäre aber diese Rechnungsweise, d. h. eine absichtliche Unterscheidung des Gesetzes zwischen Gesamtgut und Gesamtvermögen durchaus verständlich. Sofern nämlich das Gesetz der Ansicht sein sollte, dass es beim Systeme der Gütergemeinschaft genügt, wenn die Nachkommen einen Viertel des zur Erbschaft gelangenden Vermögens erhalten, dass sie dagegen nicht unbedingt einen Viertel des Gesamtgutes erhalten müssen, wenn nämlich der Erblasser daneben noch anderes Vermögen hinterlassen hat, so wäre es durchaus verständlich, wenn auch das Sondergut des Erblassers in die Rechnung einzubeziehen wäre. Man denke z. B. an den Fall einer zweiten Ehe. Da ist es sehr wohl möglich, dass eben darum der Ehegatte, welcher eine zweite Ehe eingehet, einen grösseren Teil seines Vermögens von der Gütergemeinschaft ausschliesst und als Sondergut im alleinigen Eigentum behält, um ihn nach Möglichkeit für seine Kinder zu reservieren und dem güterrechtlichen Griffe des Ehegatten zu entziehen. Dass in diesem Falle das Sondergut bei der Bemessung des den Nachkommen reservierten Anteiles am Gesamtgute mit in Rechnung gezogen wird, wäre also *de lege ferenda* sehr wohl verständlich. Ganz dasselbe gilt aber auch da, wo ein Sondergut nicht speziell zu diesem Zwecke vorerhalten wurde. Denn geht einmal die Ansicht des Gesetzes dahin, dass es genügt, wenn die Nachkommen beim Güterstande der Gütergemeinschaft einen Viertel des Vermögens ihres Erblassers erhalten, und dass es nicht nötig ist, dass sie speziell auch einen Viertel des Gesamtgutes erhalten, so ist es nur logisch, wenn ihnen da, wo das Vermögen ihres Erblassers sich aus einem Sondergute und seinem Anteile am Gesamtgute zusammensetzt, nur

der Viertel vom Gesamtvermögen reserviert wird. Denn dann ist die Tatsache, dass zufälligerweise auch noch ein Sondergut besteht, kein Grund mehr dafür, dass die Nachkommen mehr erben als wenn ein solches nicht bestehen würde, etwa weil es der Erblasser ebenfalls in die Gütergemeinschaft eingebracht hätte. Auch de lege ferenda wäre es also durchaus nicht unerklärlich, dass der Gesetzgeber in Art. 226, Absatz 2 absichtlich das Wort Gesamtvermögen verwendet hätte, um den diesen Ausführungen entsprechenden Gegensatz zwischen Gesamtgut und Gesamtvermögen zum Ausdrucke zu bringen.

Mit alledem ist aber allerdings erst die Möglichkeit nachgewiesen, dass es sich bei dem Worte Gesamtvermögen nicht nur um einen redaktionellen Irrtum handelt, wie z. B. Henrici annimmt, sondern um eine im Sinne des Gesetzes bewusste Abweichung vom Begriffe des Gesamtgutes. Welche von beiden Auffassungen dagegen tatsächlich dem Gesetze entspricht, lässt sich dem Texte von Art. 226 allein nicht entnehmen. In Ermangelung anderer Auslegungsmittel wird somit auf die Textgeschichte zurückzugreifen sein.

In dieser Hinsicht wurde nun oben schon nachgewiesen, dass Art. 226 ZGB dem Art. 218 des Vorentwurfs und dem gleichlautenden Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs entspricht, und zwar ohne irgendwelchen materiellen Unterschied, nur dass formell lediglich jene Bestandteile in Art. 226 übergegangen sind, welche speziell die Gütergemeinschaft betreffen. Art. 218 des Vorentwurfs lautete aber wie folgt:

„Durch Ehevertrag darf den Nachkommen eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod nicht mehr als die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens, und bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht mehr als drei Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens entzogen werden.“

Der Ausdruck Gesamtvermögen findet sich also schon in Art. 218 des Vorentwurfs. Hier bedeutete er aber zweifellos nicht nur das Gesamtgut, also das bei der

Gütergemeinschaft den Ehegatten zur gesamten Hand gehörende Vermögen, sondern das gesamte Vermögen des Erblassers, bei der Gütergemeinschaft also sowohl seinen Anteil am Gesamtgute als auch sein Sondergut. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Tatsache, dass Art. 218 das Gesamtvermögen bei der Gütergemeinschaft dem vom Erblasser bei den andern Güterständen hinterlassenen Vermögen gleichstellt. Nach Art. 218 des Vorentwurfes darf nämlich beim Güterstande der Güterverbindung und Gütertrennung der Erblasser durch Ehevertrag dem überlebenden Eheleute die Hälfte seines hinterlassenen Vermögens zuhalten, sofern Nachkommen vorhanden sind. Bei der Güterverbindung beispielsweise handelt es sich hiebei um den Hälftenanteil des Erblassers sowohl am eingebrachten Gute, als auch an seinem Sondergute, als auch an seinem Anteil an der Errungenschaft. Alle diese drei Vermögenskomplexe gehören ja zum „hinterlassenen Vermögen“ des Erblassers. Und da ihm der Nachkommen wegen nur über die eine Hälfte seines hinterlassenen Vermögens durch Ehevertrag zu verfügen untersagt ist, so folgt daraus ohne weiteres, dass er die ganze andere Hälfte dem überlebenden Eheleute durch Ehevertrag zuhalten kann. Ganz dasselbe gilt bei der Gütertrennung, nur dass bei diesem Güterstande das Vermögen des Erblassers nicht in verschiedene Vermögenskomplexe wie bei der Güterverbindung zerfallen kann. Bei der Gütergemeinschaft endlich muss logischerweise die Berechnung desjenigen Vermögensteiles, über den durch Ehevertrag verfügt werden darf, ebenfalls vom ganzen Vermögen ausgehen, das zur Erbschaft gelangt, also sowohl das Gesamtgut als auch das Sondergut des Erblassers umfassen. Wohl wird das Prinzip der Hälften teilung, das bei den andern Güterständen gilt, bei der Gütergemeinschaft durch die Teilung im Verhältnisse von drei Viertel zu einem Viertel ersetzt. Dasjenige aber, was zur Erbschaft gelangt, ist hier wie dort das gesamte vom Erblasser hinterlassene Vermögen, also bei der

Gütergemeinschaft nicht nur sein Anteil am Gesamtgute, sondern auch sein Sondergut. Weil aber bei der Gütergemeinschaft im Gegensatze zu den andern Güterständen ein Teil des Vermögens des Erblassers, nämlich das Gesamtgut, nicht ihm allein, sondern dem überlebenden Ehepaar zu Miteigentum gehört, so muss hier für das zur Erbschaft gelangende Vermögen ein anderer Ausdruck gewählt werden als bei den andern Güterständen. Zweifellos aus diesem Grunde hat das Gesetz hier das Wort Gesamtvermögen gewählt, das im Gegensatze zu dem vom Erblasser „hinterlassenen Vermögen“ bei den andern Güterständen, nicht nur das in seinem Alleineigentum stehende Vermögen umfassen soll, sondern auch seinen Anteil am Gesamtgute, der beiden Ehegatten zur gesamten Hand gehört.

Dazu kommt, dass schon im Vorentwurfe und im bundesrätlichen Entwurfe das bei der Gütergemeinschaft den Ehegatten zur gesamten Hand gehörende Vermögen als Gesamtgut bezeichnet wird, sodass dort schon mit dem Ausdrucke Gesamtvermögen zweifellos ein anderer Begriff verbunden war. Dann kann aber nach dem oben Gesagten schon im Vorentwurfe das Wort Gesamtvermögen nur den Anteil des Erblassers am Gesamtgute zuzüglich seinem Sondergute bedeuten.

Da nun Art. 218 des Vorentwurfs, soweit er die Gütergemeinschaft betrifft, unverändert in das ZGB übergegangen ist, so muss auch hier der Begriff Gesamtvermögen gleich ausgelegt werden wie dort. Es sei denn, dass man einwenden wollte, dass gleichwohl jener Ausdruck bei der Einschiebung eines Teiles von Art. 218 des Vorentwurfs in Art. 226 ZGB nur aus Versehen stehen geblieben wäre, tatsächlich aber damals nicht mehr daran gedacht worden sei, dass er etwas anderes bezeichne als das Wort Gesamtgut. Dieser Einwand würde aber einen derartigen Vorwurf gegenüber der Gesetzesredaktion enthalten, dass er unmöglich durchschlagen kann. Steht doch wohl ausser Zweifel, dass auch dem Gesetzesredaktor

64 Dr. Alfred Wieland: Wie ist der Viertel des Gesamtvermögens usw.

und der Redaktionskommission die Tatsache unmöglich entgehen konnte, dass die Ausdrücke Gesamtvermögen und Gesamtgut keinesfalls identisch sind. Wenn sie den ersten gleichwohl aus Art. 218 des Vorentwurfs bzw. Art. 204 des bundesrätlichen Entwurfs unverändert nach Art. 226 ZGB herübernahmen, ist keine andere Erklärung möglich, als dass er auch nach dieser Versetzung hier denselben Sinn behalten sollte wie dort. Diese Erklärung ist übrigens um so berechtigter, als auch de lege ferenda der entwickelte Unterschied zwischen Gesamtgut und Gesamtvermögen sehr wohl begründbar, und je nach der subjektiven Auffassung sogar sehr wohl begründet ist.

---

---