

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	38 (1919)
Artikel:	Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut im System des gesetzlichen Güterstandes
Autor:	Lotz, Albert
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895723

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: 25.01.2026

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

Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut im System des gesetzlichen Güterstandes.

Von Dr. ALBERT LOTZ in Basel.

Im schweizerischen ZGB, wie auch im deutschen BGB erhält — unter dem Güterstand der Güterverbindung — der Ehemann das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das von der Ehefrau eingebrachte Vermögen (ZGB Art. 201, Abs. 4, BGB § 1363, Abs. 1).

Eine derartige Befugnis besass der Ehemann zwar schon unter der Herrschaft der alten Rechte; allein die Stellung, die er bei Ausübung jener Rechte hat, ist offenbar eine andere geworden; der rechtliche Grund, der ihm dieselben einräumt, kann nicht mehr der gleiche sein. Früher handelte der Mann als gesetzlicher Vertreter an Stelle seiner in der Handlungsfähigkeit beschränkten Ehefrau; seine Rechtsstellung war also ohne weiteres klar. Heute, wo die Frau vollkommen handlungsfähig ist, muss das Recht des Mannes am Frauenvermögen in anderer Weise erklärt und begründet werden.

Es ist nunmehr fraglich, ob der Mann noch als gesetzlicher Vertreter der Frau auftritt, wenn er ihr Vermögen verwaltet.

Daher ist eine neue Untersuchung über den Charakter des ehemännlichen Verwaltungsrechtes (der früher mit dem Ausdruck „gesetzliche Vertretungsmacht“ erschöpfend gekennzeichnet war) sowie über das rechtliche Motiv, das ihm dieses Recht einräumte, notwendig.

Dies ist auch von praktischer Bedeutung, da durch die allgemeine, juristische Natur des Verwaltungsrechtes die Stellung des Mannes nach aussen, im rechtsgeschäftlichen (aussergerichtlichen) Verkehr mit Dritten, sowie im Prozess bedingt ist.

Die Tatsache, dass das ehemännliche Recht aus einem Familienrechtsverhältnis entspringt, dagegen vermögensrechtlichen Inhalt besitzt, lässt eine dreifache Konstruktionsmöglichkeit zu:

1. Es wird von rein familienrechtlichen Gesichtspunkten aus erklärt.

2. Es wird als sachenrechtliches Nutzungsrecht aufgefasst.

3. Es wird nach der einen Seite dem Familienrecht, nach der andern dem Vermögensrecht zugewiesen und erhält so eine Doppelstellung.

In der zahlreichen juristischen Literatur sind alle drei Standpunkte vertreten.

§ 1. Das Recht des Ehemannes als Familienrecht.

Nach dieser Auffassung tritt dieses Recht als Folge der eheherrlichen Gewalt des Mannes über die Frau ein. Die personenrechtliche Überordnung des Mannes über sie erstreckt sich auch auf ihr Vermögen.¹⁾ Z. B. Schröder:²⁾ „Das Recht der Verwaltung und Nutzung ist eine familienrechtliche Befugnis, die dem Manne als Oberhaupt des Hauses in derselben Weise zusteht, wie dem Vater an dem Vermögen des Kindes.“

¹⁾ Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 2. Abt. Familienrecht. 8./9. Aufl. 1900. S. 334 und 351.

²⁾ Schröder, Das eheliche Güterrecht des BGB in seinen Grundzügen (1898) S. 10. Gierke, Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht (1889), S. 404; Derselbe in Holtzendorffs Encyclopädie, 7. Aufl. 1913, S. 280; Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland (1901), S. 18. Hörle, Die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd XXXI (1908), S. 51.

Ausführlicher und gründlicher ist dieser Standpunkt vertreten worden von Brühl³⁾ und von Heinsheimer. Beide lehnen jede vermögensrechtliche Konstruktion des ehemännlichen Rechtes ab.

Nach der Ansicht von Brühl kann die vermögensrechtliche Unterordnung der Frau nur als Folge ihrer persönlichen Unterwerfung unter die Gewalt des Mannes erklärt werden (a. a. O. S. 412); daher hat der Mann neben dem allgemeinen Recht an der Person der Frau keine selbständigen Sonderrechte an ihrem Vermögen (S. 413). Unmittelbarer Gegenstand des Rechtes des Mannes ist daher die Person der Ehefrau (S. 415). Das Recht des Mannes ist also kein dingliches Recht an gewissen Vermögensstücken, sondern nur der Ausfluss eines familienrechtlichen Verhältnisses und, wie etwa der Alimentationsanspruch der Verwandten, ein sich fortwährend erneuerndes und nur das jeweilige eingebrachte Vermögen ergreifendes Recht⁴⁾ (S. 422).

Zu einem ähnlichen Resultat gelangt Heinsheimer:⁵⁾ Nach seiner Ansicht ist, was durchaus zutrifft, das Vermögen nicht selbst ein Recht, sondern nur eine Abstraktion, ein Begriff für eine Summe von Rechten und Sachen: es ist der Ausdruck dafür, dass eine bestimmte Anzahl

³⁾ Die eheliche Nutzniessung im Entw. eines BGB für das deutsche Reich, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd LXXIII (1888), S. 408 ff.

⁴⁾ Der Vergleich mit dem Unterhaltungsanspruch der Verwandten gegeneinander ist unrichtig; denn dieser besteht nur bei Bedürftigkeit und hat obligatorische Wirkung, indem er immer nur gegen bestimmte Personen gerichtet ist. Das Recht des Mannes tritt mit dem ordentlichen Güterstand unbedingt und voraussetzungslos ein (sogar bei Mangel von eingebrachtem Vermögen, s. Heinsheimer, S. 67). Es erneuert sich im Gegensatz zum Unterstützungsanspruch nicht das Recht, sondern nur das Objekt des Rechtes.

⁵⁾ Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand des BGB für das deutsche Reich, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des deutschen Reiches; herausgeg. von O. Fischer, Bd. X (1903), S. 1ff.

solcher Rechte und Sachen gleichmässig im Vermögensherrn — als Rechtssubjekt — ihren Träger habe. Das Vermögen kann daher nicht selbst Gegenstand von Rechten sein, die, wie die dinglichen, nur an einzelnen bestimmten Rechten oder Sachen bestehen können. „Real“ sind nur die Sachen und Rechte, sowie die Person des Vermögensherrn (a. a. O. S. 62).

Wo daher ein Vermögen als Einheit von einem rechtlichen Vorgang ergriffen wird, kann es — nach Heinsheimers Auffassung — in Tat und Wahrheit nur die „den Kern des Vermögens bildende Person des Vermögensherrn“ sein, die zunächst von jenem Vorgang erfasst wird (S. 63).⁶⁾

So wird auch hier zunächst die Person der Frau unmittelbar von einem Rechtsvorgang ergriffen, als dessen mittelbare Folge sich das ehemännliche Recht darstellt (a. a. O. S. 65). Daher erstreckt sich dieses nur auf das

⁶⁾ Heinsheimer meint, es gäbe im ganzen Rechtssystem keinen Fall, wo das Vermögen als Einheit von einem Rechtsvorgang ergriffen wird, ohne dass nicht zunächst die Person das Objekt desselben bilde (z. B. beim Erbgang gehe die Person des Vermögensherrn unter).

Danach müsste man also bei einem Konkurs (wo das ganze Vermögen des Schuldners als Einheit dem Konkursverfahren unterworfen wird) auch zuerst nur ein Recht der Gläubiger unmittelbar an der Person des Schuldners annehmen, und erst mittelbar eine Beziehung zu dessen Vermögen (denn die Worte, dass „die Person das Objekt eines universellen Vorgangs bilde“ — S. 64 — können unmöglich die banale Tatsache ausdrücken wollen, dass alle Ansprüche auf Leistung aus einem Vermögen immer gegen die Person des Inhabers gerichtet sind). Es müsste demnach wohl kraft Gesetzes eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Schuldners eintreten — dies ist aber nicht der Fall: Die Gläubiger fordern unmittelbar die Haftung des schuldnerischen Vermögens (das allerdings durch seine Zugehörigkeit zum Schuldner bestimmt wird); der Schuldner wird durch den Konkurs in der Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, sondern es werden nur seine Verfügungen über sein Vermögen den Gläubigern gegenüber unwirksam (Schweiz: K. G. Art. 204, Deutsche K.O § 5).

jeweilige Eingebrachte, ferner auch auf unübertragbare Rechte und seine Existenz ist nicht vom tatsächlichen Vermögensbestand der Frau abhängig (a. a. O. S. 65—67).

Heinsheimer gelangt dann zu folgendem Ergebnis: Die Frau selber ist Objekt des Güterrechtsverhältnisses, und dieses ist vor allem personenrechtlicher Natur (S. 80).

Nun ist aber im heutigen Recht ein solches absolutes Recht an einer Person nur als elterliche oder vormundschaftliche Gewalt denkbar. Die Konsequenz der Ausführungen Heinsheimers ist daher die: die Frau als bevormundet zu betrachten. So sagt auch Heinsheimer, die eheliche Vormundschaft des Mannes allein vermöge das Güterrecht des BGB zu erklären⁷⁾ (a. a. O. S. 81).

Cosack (Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd II, 6. Aufl. 1913, Familienrecht S. 539) erklärt die Ehefrau als solche für bevormundet und bezeichnet den Mann als ihren gesetzlichen Vormund: „Die Gewalt des Ehemannes über seine Frau und die Gewalt eines gewöhnlichen Vormundes über sein Mündel sind nur Unterarten eines einheitlichen Begriffes familienrechtlicher Herrschaft.“

Die eheliche Vormundschaft — die in früheren Zeiten allgemein bestand — unterscheidet sich nun von der Vormundschaft über Unmündige und Entmündigte durch den verschiedenen Zweck. Diese besteht nur im Interesse des Bevormundeten, jene besonders auch im Interesse des Ehemannes. In beiden Fällen erleidet der Bevormundete eine Beschränkung seiner Handlungsfähig-

⁷⁾ Ebenso Schilling, Der rechtl. Charakter des ehelichen Nutzungsrechtes im BGB, Arch. f. bürgerl. R. Bd XIX (1901), S. 251 ff. unter Berufung auf das alte sächsische Recht, a. a. O. S. 227. Fester (Das Recht des Mannes am Frauengut nach dem Sachsenpiegelrecht und dem neuern Recht. Diss. [1900], S. 85), der ebenfalls vom alten deutschen Recht ausgeht, will nur eine „verdinglichte Vormundschaft“ anerkennen, die sich nur auf das Vermögen bezieht. Eine Vormundschaft über das ganze Vermögen ohne Wirkung auf die rechtliche Stellung seines Trägers ist aber durchaus undenkbar.

keit. (Dies ist die Fähigkeit, durch eigene Willenshandlungen Rechtswirkungen hervorzubringen⁸⁾.)

Davon zu unterscheiden ist die Dispositionsfähigkeit, d. h. die Befugnis, über einzelne bestimmte Rechte oder Sachen zu verfügen. Man kann in der Dispositionsfähigkeit beschränkt sein, ohne die Handlungsfähigkeit eingebüsst zu haben;⁹⁾ in dieser Lage befindet sich der Konkursit.

Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit beruht auf einer persönlichen Eigenschaft des Betroffenen und besteht regelmässig in dessen Interesse.¹⁰⁾ Die Verfügung eines beschränkt Handlungsfähigen ist daher schlechthin, d. h. gegenüber jedem Dritten nichtig.

Die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit ist keine persönliche Eigenschaft des Betroffenen, sondern beruht auf andern Voraussetzungen; regelmässig entsteht sie als Folge des stärkeren Rechtes eines Dritten und besteht daher in der Regel im Interesse Dritter.

Eine trotz solcher Beschränkung vorgenommene Verfügung ist regelmässig nur relativ nichtig,¹¹⁾ d. h. nur bestimmten Personen gegenüber (vergl. z. B. Schweiz. K. G. Art. 204, Abs. 1).

Eine bevormundete Person ist — hinsichtlich ihres Vermögens — regelmässig auch in ihrer Dispositionsfähigkeit beschränkt.

Ob die Frau unter ehelicher Vormundschaft steht (und damit eine Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit erleidet oder nicht), kann nur die Betrachtung der gesetzlichen Bestimmung entscheiden.

⁸⁾ Grome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd I, Einleitung und allgemeiner Teil, S. 191; Egger, Komm. z. Pers.-Recht, Bem. 1 a zu Art. 12, S. 38.

⁹⁾ Egger, l. c. Bem. 1 c zu Art. 12, S. 38; Jaeger, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. (1911), Bd II, Bem. 4 zu Art. 204.

¹⁰⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd II (1914), S. 367 f; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd I, Einleitung und allgemeiner Teil, 8./9. Aufl. (1903), S. 115 Anm. 11. ¹¹⁾ Endemann, Bd I, S. 115.

Die Stellung der Frau in der Rechtsordnung ist verschieden, je nach den wechselnden Anschauungen über ihre persönliche Qualität und besonders je nach den verschiedenen Interessen, die bei Ausgestaltung des Ehe-rechts massgebend waren.

So war im ältesten deutschen Recht, wo der Mann über die Frau und alle Hausgenossen die Muntgewalt ausübte, das Interesse des Mannes ausschlaggebend. Die Munt war ihrem Begriffe nach kein Schutzverhältnis im Interesse des Untergebenen, sondern Gewalt im Interesse des Hausherrn.¹²⁾ Die Frau war, wie die andern Gewalt-unterworfenen, nach aussen vollständig verkehrs- und ver-mögensunfähig.¹³⁾ Über jede Frau übte der Muntinhaber die Geschlechtsvormundschaft zur Wahrung der Familien- und Erbinteressen.¹⁴⁾ Die ehevogteiliche Verwaltung des gesamten Frauengutes durch den Mann ist für die deutschen Güterrechte die Regel.¹⁵⁾ Daneben entwickelt sich (haupt-sächlich in den neuentstehenden Städten) das Prinzip der gesamten Hand, wo beide Ehegatten in gemeinsamem Gedeih und Verderb sitzen, d. h. das System der Güter-gemeinschaft.

Seit dem ausgehenden Mittelalter tritt der Gedanke der vormundschaftlichen Fürsorge im Interesse der Frau in den Vordergrund. Das sich konsolidierende Staats-wesen übernahm die Aufgaben der Sippen, die sich mehr und mehr lockerten und ihre Bedeutung verloren. In dieser Periode hält man die Frau in dem, infolge der ein-tretenden Geldwirtschaft komplizierteren Handels- und

¹²⁾ Heusler (Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886), Bd I, S. 119.

¹³⁾ Derselbe, Bd I, S. 127.

¹⁴⁾ Heusler, Bd II, S. 481 ff., 409; A. M. Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft als das Prinzip des sächsischen ehelichen Güterrechts (1869), S. 77 ff., 89 ff.; R. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland (1863), Bd I, S. 1 ff.

¹⁵⁾ Heusler, Bd I, S. 386.

Wirtschaftsleben für schutzbedürftig.¹⁶⁾ Der Ehemann ist in diesem Sinne Vormund der Frau¹⁷⁾ und so bleibt es bis in die neueste Zeit. In manchen Kantonen bestand die Geschlechtsvormundschaft bis zum Inkrafttreten des ZGB. Heute, wo die prinzipielle Gleichberechtigung¹⁸⁾ der Geschlechter anerkannt ist, wo die Frauen selbständig im Wirtschaftsleben auftreten und in einigen Staaten schon das Stimmrecht besitzen, ist der Gedanke der Fürsorge, welcher die Geschlechtsvormundschaft begründete, nicht mehr am Platze.

Wenn heute der Ehefrau gewisse Beschränkungen auferlegt werden, so kann dies nur durch das Interesse der Gemeinschaft, zu der die Ehegatten verbunden sind, gerechtfertigt werden.

Das BGB und das ZGB haben diese Forderung nicht gleichmässig erfüllt.

Im BGB ist eine einseitige, ohne die erforderliche Zustimmung des Mannes vorgenommene Verfügung der Frau über ihr Vermögen absolut unwirksam (darin liegt ein vormundschaftlicher Gedanke; denn der Mann wäre durch blosse relative Unwirksamkeit genügend geschützt; die absolute Unwirksamkeit schützt auch noch die Frau). Hier scheint eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit vorzuliegen, denn die Frau kann über ihr Eingebrachtes schlechthin nicht einseitig verfügen (ausser etwa in den Fällen der §§ 1357, Abs. 1, 1406, 1407 BGB). So wird auch vom Reichsgericht ausgeführt, dass eine unbefugte Verfügung der Frau über ihr eingebrachtes Gut dieselben Wirkungen erzeuge wie die eigenmächtige Rechtshandlung eines Minderjährigen, d. h. einer beschränkt Handlungs-

¹⁶⁾ Derselbe, Bd I, S. 488/89 und 514.

¹⁷⁾ Damit wurde die eheliche Vormundschaft der Altersvormundschaft sehr genähert; Heusler, Bd I, S. 514.

¹⁸⁾ Egger, Kommentar zum Familienrecht (1914), Bem. I a zu Art. 160, S. 140; Gmür, Kommentar zum Familienrecht (1914) N. 11 zu Art. 159, S. 237; Planck, Kommentar zum BGB, Bd IV, Familienrecht, 3. Aufl. (1906), Bem. 1 zu § 1357, S. 97.

fähigen (Entsch. d. R. G. in Zivils. Bd LIV — 1904 — S. 46/37).

Eine eigenmächtige Verfügung der Frau über ihr Eingebrachtes durch Vertrag bewirkt zunächst eine Bindung; bei Nichtgenehmigung des Mannes wird sie ebenfalls absolut nichtig (§ 1396 BGB).

Für das ZGB fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung für derartige Fälle; es ist anzunehmen, dass nur relative Unwirksamkeit eintritt,¹⁹⁾ weil im ZGB die Ehefrau in der Handlungsfähigkeit grundsätzlich nicht beschränkt ist (die näheren Ausführungen hierüber s. unten).

Im BGB tritt für die beiden Vermögen von Mann und Frau verschiedene Verwaltung ein; sie werden nicht zu einem ehelichen Gesamtvermögen vereinigt wie nach ZGB Art. 194. Der Mann muss vielmehr nach BGB § 1377, Abs. 2 die Gelder der Frau mündelsicher anlegen (auch hier wieder der vormundschaftliche Gedanke der Fürsorge und des Schutzes), während im ZGB Art. 201, Abs. 3 der Mann Eigentümer dieser Gelder wird und daher freie Verfügung darüber hat.

Im BGB ist die Verfügungsbefugnis des Mannes bei Verwaltung des Eingebrachten sehr beschränkt, vergl. die §§ 1375, 1377, Abs. 1 und 2; im ZGB steht ihm innerhalb der ordentlichen Verwaltung die unbeschränkte Verfügung über das Eingebrachte zu, Art. 202 ZGB.

Im BGB kann der Mann für ausserordentlichen Aufwand bei der Verwaltung des Frauenvermögens Ersatz verlangen,²⁰⁾ § 1390; im ZGB hat er regelmässig sämtliche Verwaltungskosten zu tragen, Art. 200, Abs. 2.

Im deutschen Recht gilt ferner noch der alte Satz:

¹⁹⁾ Egger, Bem. 2 d zu Art. 203, S. 256; Schultz, Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau, Diss. in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 21 (1908), S. 107; a. M. G m ü r , Nr. 15 zu Art. 203, S. 474. Curti, Schweizerisches ZGB mit Erläuterungen (1911), Nr. 7 zu Art. 203, S. 176.

²⁰⁾ In ähnlicher Weise, wie wenn er im Auftrag der Frau gehandelt hätte; Planck, Bem. 1 zu § 1390, S. 164/65.

„Frauengut soll weder wachsen noch schwinden“;²¹⁾ d. h. die Frau hat keinen Anspruch an dem Vorschlag des ehelichen Vermögens, dagegen partizipiert im ZGB die Frau zu einem Drittel an dem Betrag, um den sich die beidseitigen Vermögen vermehrt haben, Art. 214, Abs. 1.

Diese Unterschiede in den beiden Gesetzen beruhen darauf, dass die bei der Ausgestaltung des Institutes der Ehe in Betracht kommenden Interessen verschieden berücksichtigt worden sind.

Bei der Regelung des BGB hat der Gedanke der ehelichen Vormundschaft noch nachgewirkt, der in erster Linie die Interessen der Frau berücksichtigt; im Bestreben, die Frau möglichst zu schützen, wurde aber dem Interesse der ehelichen Gemeinschaft zu wenig Rechnung getragen. Der Mann hat — nach deutschem Recht — die Stellung des Verwalters eines fremden Vermögens²²⁾ (er haftet für das Frauengut wie der Vater für das Kindesvermögen, § 1654 BGB). Das Frauenvermögen kann für die Zwecke der Ehe nicht voll ausgenutzt werden;²³⁾ der Mann kann es z. B. nicht in sein Geschäft einsetzen; daher hat die Frau auch keinen Anteil am Gewinn.

Im ZGB war die Rücksicht auf das Interesse der Gemeinschaft ausschlaggebend,²⁴⁾ und dieses verlangt eine

²¹⁾ Planck, Vorbem. I 1 zu § 1363, S. 118; Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd IV, Familienrecht, erl. v. Th. Engelmann, 7./8. Aufl. (1913), Bem. 1 d zu § 1363; Schilling, Der rechtliche Charakter des ehelichen Nutzungsrechtes im BGB, in Arch. f. bürgerl. R., Bd XIX (1901), S. 328.

²²⁾ Rocholl, Das Ehrerecht des BGB (1910), S. 122, Wieland, Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechtes, in Ztschr. f. schweiz. R. N. F. Bd XVIII (1899), S. 334.

²³⁾ Wieland, l. c., S. 135 ff.

²⁴⁾ Schon die äussere Betrachtung zeigt, dass im ZGB der Ausdruck „Gemeinschaft“ häufiger vorkommt als im BGB, vergl. etwa ZGB Art. 167, Abs. 2 und BGB § 1357, Abs. 2. Massregeln zum Schutz der Gemeinschaft, wie sie das ZGB in Art. 169/71 aufstellt, kennt das BGB überhaupt nicht. Vergl. ferner Gmür, Vorbem. III zum 6. Tit., S. 318—19.

einheitliche Bewirtschaftung beider Vermögen in der Hand des Mannes.²⁵⁾ Und darin liegt für das ZGB der Hauptgrund, dem Manne das Recht der Verwaltung und Nutzung zuzuweisen; der alte vormundschaftliche Gedanke ist im grossen und ganzen aufgegeben.²⁶⁾

„Die Rücksicht auf die bestmögliche Fruktifizierung bildet den ausschlaggebenden Grund für die Vereinigung des gesamten Ehegutes in der Hand des Mannes“²⁷⁾ und nicht die geminderte Handlungsfähigkeit der Ehefrau.

Die Frau ist vielmehr gemäss der Auffassung des ZGB vollkommen handlungsfähig^{27a)}; dies ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen: z. B. ZGB Art. 13, 368 ff. (arg. e contrario), Art. 168, Abs. 1 (Prozessfähigkeit der Ehefrau), Art. 380 (die Frau kann — auch während der Dauer des ordentlichen Güterstandes — zum Vormund ihres Mannes bestellt werden, Art. 192, Abs. 1, 242 (über ihr Sondergut verfügt die Frau allein und selbständig).

Dagegen ist die Frau in ihrer Dispositionsfähigkeit sehr beschränkt,²⁸⁾ indem sie über ihr eingebrachtes Gut nicht selbständig gültig verfügen kann (ZGB Art. 195, Abs. 3, 200, Abs. 1 und 2, 201, 202, 203), sondern grundsätzlich nur mit Zustimmung ihres Mannes.

Obschon nach BGB (§§ 1395/1397) die Ehefrau als in der Handlungsfähigkeit beschränkt erscheint, gehört sie — auch im deutschen Recht — nicht zu den beschränkt Geschäftsfähigen, Bevormundeten (§ 1896 ff.). Dies geht

²⁵⁾ Wieland, S. 329; Egger, Bem. 2 c zu Art. 178, S. 192, Gmür, N. 8 zu Art. 200, S. 449.

²⁶⁾ Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements (1902), S. 182.

²⁷⁾ Wieland, S. 329; Egger, Bem. 2 c zu Art. 178, S. 192; Gmür Nr. 8 zu 200, S. 449.

^{27a)} Egger, Bem. 1 b zu Art. 168, S. 161; Gmür, Vorbem. zu Art. 159, Nr. 19—27; Göschke, Ztsch. d. bern. Jur.-Vereins, Bd LII, S. 474.

²⁸⁾ Huber, Erl. S. 103/104; ders. 10 Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, S. 79 fg. Göschke, I. c. S. 474; Gmür, Nr. 26 vor Art. 159 S. 239.

schon daraus hervor, dass die Frau zum Vormund ihres Mannes bestellt werden kann (§ 1900). Durch die Entmündigung desselben wird der Güterstand nicht aufgehoben (arg. §§ 1418, Abs. 3, 1409). Als Vormünder können aber nur mündige, voll handlungsfähige Personen in Betracht kommen (BGB § 1780). Die Handlungsfähigkeit der deutschen Frau zeigt sich auch in der Anerkennung ihrer Prozessfähigkeit, BGB § 1400.²⁹⁾ Ferner in ihrer freien Verfügungsbefugnis über ihr Sondergut.

Die Ehefrau kann ferner (wie auch im Schweizerrecht) selbstständig ein Gewerbe treiben.³⁰⁾ Somit gilt auch für das deutsche Recht das „grosse Prinzip“ der Handlungsfähigkeit der Frau. Eine vormundschaftliche Gewalt des Mannes besteht nicht mehr, so auch die meisten Schriftsteller,³¹⁾ z. B. Staudinger: „Das BGB kennt weder eine Geschlechtsvormundschaft noch eine andere dem Ehemann

²⁹⁾ Endemann, Bd II, S. 367; Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, Bd IV (1903) Familienrecht, S. 155.

³⁰⁾ Nach deutschem Recht darf der Registerführer den Eintrag ihrer Firma ins Handelsregister selbst dann nicht ablehnen, wenn der Widerspruch des Mannes zum Gewerbebetrieb seiner Frau notorisch ist, so Opel, Kommentar zum BGB, Bd IV, Familienrecht, herausgegeben v. Biermann. Vorbem. 4 zu § 1353, S. 91; Endemann, Bd II, S. 320, Anm. 55. Nach Schweizer Recht ist dagegen zu einem solchen Eintrag mindestens stillschweigende Einwilligung des Mannes nötig; Egger, Bem. 3 a zu Art. 167, S. 159; Siegmund (Hdb. f. Schweiz. Handelsregisterführer, 1892), S. 143; dafür wird — nach ZGB — durch Weigerung des Mannes die Verpflichtungsfähigkeit der Frau nicht betroffen. Ihre Dienstverträge, die sie ohne Zustimmung des Mannes einging, etc. bleiben gültig (anders BGB § 1358). Die Folge der Verweigerung der Zustimmung des Mannes ist regelmässig nur die, dass das eheliche Vermögen nicht haftet, wenn die Frau eigenmächtig ein Geschäft betreibt und dabei Verpflichtungen eingeht (Art. 208, Ziff. 2 ZGB).

Eventuell kommen in solchen Fällen die Bestimmungen des Art. 169 ZGB zur Anwendung.

³¹⁾ Dernburg (1. Aufl. 1903), S. 110; Endemann, S. 295; Planck, Bem. 1 zu § 1354, S. 97; Opel, Bem. 1 zu § 1354, S. 95.

als solchem zustehende Gewalt“ (Vorbem. II zu § 1356, S. 126).

Somit ist heute im deutschen wie im schweizerischen Rechtssystem für ein „absolutes, unmittelbar die Person der Frau als Objekt ergreifendes Recht“ des Mannes kein Platz mehr.

In dem personenrechtlichen Verkehr der Gatten ist der Wille der Frau nie ganz belanglos; der Mann hat kein unbedingtes Befehlsrecht, die Frau hat keine blosse Gehorsamspflicht, sondern regelmässig soll auch die Frau bei der Besorgung der gemeinsamen ehelichen Angelegenheiten als gleichberechtigte Genossin des Mannes mitwirken (vergl. auch den Gesetzestext ZGB Art. 159, Abs. 2, 161, Abs. 2). Allerdings hat der Mann bei Uneinigkeit ein Bestimmungs- und Entscheidungsrecht (damit in solchen Fällen eine definitive Lösung möglich ist), ZGB Art. 160 bis 167 BGB §§ 1354, 1358. Aber der Mann kann seine Beschlüsse und Entscheidungen von der Frau in der Regel rechtlich nicht erzwingen; er ist auf ihren Willen angewiesen; der Mann hat z. B. keine Klage auf Rückkehr der Frau, wenn diese ihn verlassen hat (etwa analog des Anspruches auf Herausgabe der Kinder, ZGB Art. 273, Abs. 1, BGB §§ 1631 und 1632).

In beiden Gesetzen sind die rein familienrechtlichen Beziehungen der Gatten zueinander als Verpflichtungen bezeichnet (ZGB Art. 159, Abs. 2 und 3, BGB §§ 1353, Abs. 1, 1354, 1356. Daher ist mit v. Tuhr³²⁾ u. a. anzunehmen, dass es sich bei den personenrechtlichen Beziehungen der Gatten regelmässig nur um gegenseitige Verpflichtungen handelt.³³⁾

Damit ist die eherechtliche Gewalt im alten Sinne — wie gesagt — verschwunden; nur in der Hausgewalt des ZGB, Art. 331 ff. fristet sie noch ein kärgliches Dasein.

³²⁾ Bd I, S. 145.

³³⁾ Dies muss konsequenterweise auch die Ansicht aller Schriftsteller sein, die im Verhältnis der Gatten zueinander jede Gewalt leugnen.

Die Erklärung des ehemännlichen Rechts aus der eheherrlichen Gewalt ist demnach unhaltbar.

Die Ansicht, das Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutzung „als vermögensrechtliche Folge seiner überragenden Stellung“ auf dem rein familienrechtlichen Gebiet aufzufassen, ist ebenso unbefriedigend. Die personenrechtliche Stellung des Mannes besteht bei jeder Ehe ohne Rücksicht auf den Güterstand, also auch bei Gütertrennung, wo das Recht des Mannes am eingebrachten Gut überhaupt nicht entsteht; dieses Recht ist demnach keine notwendige Folge der personenrechtlichen Überordnung des Mannes; diese letztere kann übrigens nach ZGB sehr gemindert werden, ohne dass das Verwaltungs- und Nutzungsrecht davon betroffen würde, so bei der Trennung der Ehe (Art. 147 ZGB, § 202 EinfGes z. ZGB), während welcher Art. 160, 167 ZGB nicht mehr gelten können.

Selbstverständlich ist das Vorhandensein der persönlichen Ehrechte, überhaupt einer Ehe, notwendige Bedingung für das Entstehen des Verwaltungsrechtes des Ehemannes; „mit dem Hinweis auf das Verhältnis, aus welchem sich ein Recht ergibt, ist dieses aber seinem Wesen nach noch nicht gekennzeichnet.“³⁴⁾

Das eheliche Verhältnis ist zwar die Voraussetzung für das Eintreten des ehemännlichen Rechts, vermag aber dieses seinem Inhalte nach nicht bestimmt zu erklären; dieses Recht kann daher nicht ausschliesslich von familienrechtlichen Gesichtspunkten aus begriffen werden.

§ 2. Das ehemännliche Recht als sachenrechtliches Nutzungsrecht.

Es ist sehr wohl möglich, dass auf Grund eines rein familienrechtlichen Verhältnisses „Rechte und Pflichten

³⁴⁾ Egger, Bem. 5 b zu Art. 195, S. 236; Wolff, Deutsches Familienrecht (1912), S. 174 bemerkt gegenüber Heinsheimer, es liege eine Verwechslung von Quelle und Inhalt eines Rechtes vor.

entstehen, die ihrem Wesen nach unter die Kategorie der Sachen- oder Obligationenrechte fallen“ (v. Tuhr, Bd I, S. 146).

Das ehemännliche Recht besteht nun in der Verwaltung und Nutzung des Frauenvermögens; dafür gelten manche Vorschriften, die auch auf den Niessbrauch Anwendung finden (ZGB Art. 201, Abs. 1 BGB §§ 1378 1383, 1384). Auch sonst besteht zwischen den beiden Rechten eine gewisse Ähnlichkeit: beide sind unübertragbar³⁵⁾ und unvererblich; beide gewähren die Verwaltung und Nutzung einer Summe von Vermögensobjekten. Jedoch bei genauerer Betrachtung ergeben sich folgende, wichtige Unterschiede:

1. Das ehemännliche Recht entsteht kraft Gesetzes mit Abschluss der Ehe am Vermögen der Frau als Ganzem; ein Eintrag im Grundbuch ist nicht erforderlich.³⁶⁾ Der Niessbrauch an Sachen und Rechten und am Vermögen entsteht (die gesetzlichen Ausnahmen vorbehalten, z. B. ZGB Art. 462) durch rechtsgeschäftliche Begründung an jedem einzelnen Objekt, also bei Sachen durch Übergabe, bei Forderungen durch Übertragung, bei Grundstücken durch Eintrag im Grundbuch (ZGB Art. 746, BGB §§ 1069, Abs. 1, 1032).

2. Der Niessbrauch kann nicht bestehen ohne ein genau bestimmtes reales Objekt. Das ehemännliche Recht tritt dagegen ohne Rücksicht auf den realen Vermögensbestand der Frau ein;³⁷⁾ also auch wenn die Frau nichts besitzt, leben die Ehegatten — mangels eines Ehevertrages — nicht in Gütertrennung, sondern im ordentlichen Güterstand; und alles Vermögen, das die Frau nachher erwirbt, fällt (soweit es nicht Sondergut wird) unter das Recht des Mannes.

³⁵⁾ BGB §§ 1408, 1059. ZGB Art. 758, Abs. 1; Egger, Bem. 3 zu Art. 200, S. 247; Gmür, Nr. 6 zu Art. 200, S. 449.

³⁶⁾ Staudinger, Bem. 7 zu § 1363, S. 192; Opel, Bem. 3 zu § 1363, S. 18.

³⁷⁾ Egger, Bem. 1 d zu Art. 195, S. 232; Wolff, S. 174; Heinsheimer, S. 66 ff.

Es ist daher möglich, dass die Frau auch bei vermögensloser Ehe Gütertrennung verlangen kann,³⁸⁾ etwa in Rücksicht auf eine bevorstehende Erbschaft.

3. Der gewöhnliche Niessbrauch bleibt an seinem Gegenstand haften, ohne vom Wechsel des Eigentums beeinflusst zu werden.³⁹⁾ Das ehemännliche Recht dagegen erfasst die Vermögensobjekte der Frau nur solange, als sie zum eingebrachten Gut gehören.⁴⁰⁾ Bei rechtskräftiger Veräußerung weicht es zurück wie das Eigentum des Veräußerers.

Veräussert die Frau mit Zustimmung des Mannes, so liegt darin nicht ein freiwilliger Verzicht des Mannes auf sein Recht, sonst könnte die Frau von sich aus eingebrachtes Gut veräussern mit dem Vorbehalt⁴¹⁾ des Verwaltungs- und Nutzungsrechtes. Das Recht des Mannes erlischt vielmehr kraft des Gesetzes (nicht durch den Willen des Mannes) an allen Gegenständen, die nicht mehr zum eingebrachten Gut gehören.

4. Beim gewöhnlichen Niessbrauch kann der Berechtigte regelmässig über die Substanz der seinem Recht unterliegenden Gegenstände nicht oder doch nur in sehr geringem Umfang verfügen, arg. ZGB Art. 751, BGB §§ 1048, 1055, Abs. 1; er muss ferner die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande erhalten, ZGB Art. 764, Abs. 1, BGB § 1037, Abs. 1. Dagegen kann der Ehemann in gewissem Umfang auch über die Substanz des Eingebrachten verfügen,⁴²⁾ ZGB Art. 202, BGB §§ 1376, 1377, Abs. 3.

³⁸⁾ Heinsheimer, S. 69 ff.; Egger, Bem. 1 d zu Art. 195, S. 232; BGB § 1418.

³⁹⁾ Der Niessbrauch wirkt gegen jeden neuen Eigentümer. Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd III, Das Sachenrecht. Wieland, Bem. 3 b zu Art. 745, S. 224.

⁴⁰⁾ Egger, Bem. 1 b zu Art. 201, S. 249; v. Tuhr, Bd I, S. 329; Heinsheimer, S. 24; Wieland, Bem. 4 zu Art. 745, S. 224.

⁴¹⁾ Heinsheimer, S. 24/25.

⁴²⁾ Egger, Bem. 1 c zu Art. 201, S. 249; Endemann, Bd II, S. 354.

Seine Verfügungsbefugnis besteht zwar nur innerhalb der ordentlichen Verwaltung, doch lässt diese mehr Spielraum als die Verwaltung des Niessbrauchers; denn bei dieser ist immer die Rücksicht auf die Erhaltung der übernommenen Vermögensobjekte ausschlaggebend, während der Ehemann sich in erster Linie vom Interesse der günstigsten Bewirtschaftung des ehelichen Vermögens leiten lassen kann; so kann er auch die wirtschaftliche Zweckbestimmung von eingebrachten Sachen verändern, im Gegensatz zum Niessbraucher, ZGB Art. 764, Abs. 1, 769, Abs. 1; BGB §§ 1037, 1041.

5. Was den Umfang betrifft, so kann der Niessbrauch nur an übertragbaren Rechten bestellt werden, ZGB Art. 746, Abs. 1, BGB § 1069, Abs. 2. Das ehemännliche Recht dagegen ergreift, da es sich auf sämtliches eingebrachtes Vermögen der Frau erstreckt, auch ihre unübertragbaren Rechte, sofern diese zum Vermögen gerechnet werden können; das sind solche, die auf Leistung von Sachgütern gerichtet sind.⁴³⁾ Aber nur solche unübertragbare Rechte kann der Mann direkt in seine Verwaltung und Nutzung ziehen, die ihrer Natur nach eine Ausübung durch dritte Personen ertragen,⁴⁴⁾ so z. B. das Nutzniessungsrecht der Frau am Vermögen ihres ersten, verstorbenen Gatten, ZGB Art. 462. Dagegen unterliegen diejenigen Rechte, die der Frau um einer persönlichen Eigenschaft willen ausschliesslich zustehen, nicht dem ehemännlichen Recht, so z. B. nicht das Wohnrecht in einem Frauenstift.⁴⁵⁾ Nun kann aber mit der Ausübung solcher höchst persön-

⁴³⁾ Denen also Geldwert zukommt; v. Tuhr, Bd I, S. 314.

⁴⁴⁾ Gmür, Nr. 28/29 zu Art. 195, S. 424; Egger, Bem. 1 b zu Art. 201, S. 248; Planck, Bem. 4 zu § 1363, S. 120; Derselbe Bem. 3 c zu Art. 194, S. 233, teilweise a. M.: Staudinger, Bem. 3 c zu § 1363, S. 191; Endemann, Bd II, S. 339; Dernburg (Bd III), S. 529; Wolff, S. 163; Heinsheimer, S. 40 ff. und 65; Brühl, S. 427.

⁴⁵⁾ Egger, Bem. 3 c zu Art. 195, S. 233; Gmür, Nr. 28 zu Art. 195, S. 424; Heinsheimer, S. 47.

licher Rechte der Empfang von Vermögenswerten verbunden sein; die Frau ist z. B. Mitglied eines Frauenvereins und es wird etwa ein Kassaüberschuss unter die Mitglieder verteilt. Hat die Frau eine derartige Leistung erhalten, so kann diese unter das Recht des Mannes fallen. Verzichtet aber die Frau vorher auf den Empfang einer solchen Leistung, so kann der Mann dies nicht hindern, da er die Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben kann.

Vorbehalten bleiben aber immer die Bestimmungen über das Sondergut (ZGB Art. 190 ff.). So fallen Ansprüche der Frau, die selbstständig einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt, aus Haftpflicht (z. B. bei Unfall) oder Ersatzansprüche wegen Körperverletzung in ihr Sondergut, da sie den Ersatz für den Arbeitserwerb darstellen, den die Frau ohne den Unfall bzw. die Körperverletzung hätte als Sondergut erhalten können (ZGB Art. 191, Abs. 2, BGB § 1367; vergl. auch Entsch. des R. G. in Zivils. Bd LXXII [1910], S. 167/68). Anders verhält es sich, wenn die Ehefrau im Geschäft ihres Mannes tätig war, ohne in einem Dienstverhältnis zu ihm zu stehen (d. h. ohne ordentlichen Gehalt zu beziehen); dann ist nur der Mann legitimiert, die Ansprüche bezüglich des Schadens, der ihm infolge Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit der Ehefrau entstanden ist, gerichtlich geltend zu machen, vergl. Entsch. d. R. G. in Zivils. Bd LXIII (1906), S. 197 ff., Bd LXIV (1906), S. 332 ff.

Ansprüche der Frau aus Altersversicherung⁴⁶⁾ fallen regelmässig unter das Recht des Ehemannes, ebenso solche aus der verwandtschaftlichen Unterstützungs pflicht.

6. Der Niessbraucher muss gewisse Lasten (Zinse etc.), die auf den seiner Berechtigung unterliegenden Vermögensobjekten ruhen, tragen, aber höchstens bis zum Betrag dieser Nutzungsobjekte,⁴⁷⁾ arg. ZGB Art. 766. Der Ehe-

⁴⁶⁾ Gm ür, l. c.; Egger, l. c.

⁴⁷⁾ Dies ergibt sich aus dem Zweck des Niessbrauchs; er soll dem Berechtigten einen Vorteil bringen, Heinsheimer, S. 58; Wieland, Bem. 1 zu Art. 764, 765, S. 240.

mann dagegen hat alle Verwaltungskosten des Eingebrachten unbedingt zu tragen (ZGB Art. 202, Abs. 2, BGB §§ 1390, 1386, 1387), ohne Rücksicht auf den Nutzungs-ertrag, ja selbst bei Mangel eines solchen.⁴⁸⁾

7. Der Niessbrauch erlischt durch Tod des Berech-tigten (ZGB Art. 749, BGB § 1061), sowie durch Verzicht; besteht er an einer Forderung, so geht er trotz Konfusion von Gläubiger und Schuldner nicht unter.⁴⁹⁾ Erlischt dagegen eine von der Frau eingebrachte Forderung durch Konfusion in ihrer Person, so wirkt dies auch dem Ehemann gegenüber;⁵⁰⁾ denn das Recht des Mannes besteht nur, so-lange die eingebrachten Rechte in der Person der Frau begründet sind. Als Ganzes geht es unter nicht erst bei Tod des Mannes, sondern bei Aufhebung der Güterverbin-dung (z. B. bei Konkurs des Mannes, ZGB Art. 182, Abs. 1, BGB § 1413. Weitere Fälle: ZGB Art. 183—185, BGB §§ 1418, 1420).

Im Gegensatz zum Niessbrauch kann das Recht des Ehemannes nicht durch Verzicht aufgehoben werden.⁵¹⁾

⁴⁸⁾ So Egger, Bem. 4 c zu Art. 200, S. 247, 248. A. M. Gmür, Nr. 22 und 23 zu Art. 200, S. 452/53; wie Egger: Heins-heimer, S. 56; Crome, S. 301; Planck, Bem. 2 zu § 1363, S. 132; Staudinger, Bem. 2 zu § 1386, S. 243; Derselbe Bem. 2 zu § 1387, S. 245; Derselbe Bem. 2 zu § 1385, S. 241.

⁴⁹⁾ Wieland, Bem. 8 zu Art. 774, S. 256; Planck (Bd III), Bem. 5 zu § 1071; v. Tuhr, Bd I, S. 158; Wolff, S. 174.

⁵⁰⁾ Egger, Bem. 3 a zu Art. 200, S. 247; Wolff, S. 174; Heinsheimer, S. 20 ff.; Endemann, S. 351, 352.

⁵¹⁾ Gmür, N. 6 zu Art. 200, S. 449; Derselbe Nr. 3 zu Art. 201, S. 456; Egger, Bem. 3 zu Art. 200, S. 247; Heinsheimer, S. 84; Binder, S. 118; Planck, Vorbem. 2 zu § 1418, S. 207; Staudinger, Bem. 2 zu § 1385, S. 241; Derselbe, Vorb. 2 d zu § 1418, S. 317, lässt die Frage offen, ob der Mann durch Ehevertrag auf die Nutzung verzichten kann. Dagegen ist Opel (Vorbem. 2 zu § 1418, S. 200) der Ansicht, der Mann könne durch Ehevertrag auf die Nutzung verzichten; ebenso Curti, Nr. 1 zu Art. 201, S. 174. Dies ist nur zulässig, soweit es sich um einzelne Sachen oder Rechte des eingebrachten Gutes handelt; dann liegt in einem

Denn die Verwaltung ist auch gesetzliche Pflicht des Mannes, und die Nutzung ist — nach allgemeiner Ansicht⁵²⁾ — untrennbar mit ihr verknüpft (dies ist in dem wirtschaftlichen Zweck des ehemännlichen Rechts begründet).

Aus diesen angeführten Unterschieden ergibt sich, dass das ehemännliche Recht mit dem Niessbrauch zwar eine gewisse Ähnlichkeit aufweist, aber seiner Ausgestaltung nach sich doch als ein von diesem ganz verschiedenes Recht charakterisiert. Es ist auch nicht als Niessbrauch an einem Vermögen aufzufassen, denn dieser kann nur entstehen, indem an den einzelnen Vermögensobjekten ein Niessbrauch bestellt wird. Es handelt sich also nur um eine Summe⁵³⁾ von einzelnen Niessbrauchsrechten, und daher gelten hier die gleichen Unterschiede wie beim gewöhnlichen Niessbrauch. Vom sogenannten Quasi ususfructus (ZGB Art. 772, Abs. 1) unterscheidet sich das Recht des Mannes dadurch, dass der Mann nicht wie der Quasiusufructuar an den seiner Berechtigung unterliegenden Gegenständen Eigentum erhält.

Keine dieser Formen des Niessbrauchs⁵⁴⁾ genügt also, um das Recht des Ehemannes restlos zu erklären. Die

solchen Vertrag offenbar Bestellung von Sondergut (ZGB Art. 190, BGB § 1368).

Ein Vertrag, worin dem Manne nur die Verwaltung, nicht aber die Nutzung des Eingebrachten als Ganzen übertragen oder die bisherige Nutzung entzogen wird, würde offenbar Übergang zum System der Gütertrennung bedeuten; es wäre daher die Beobachtung der für den Ehevertrag vorgeschriebenen Formen erforderlich.

Das Verwaltungsrecht des Ehemannes bestimmt sich dann nur nach obligationenrechtlichen Grundsätzen.

Egger, Bem. 2 c zu Art. 242, S. 311.

⁵²⁾ Egger, Bem. 1 a zu Art. 201; Gmür, Nr. 2 zu Art. 200, S. 448; Crome, S. 272; Endemann, S. 351/52, 335; Heinsheimer, S. 88; Dernburg, Bd IV, S. 149; Planck, Bem. 2 zu § 1363, S. 132.

⁵³⁾ Wieland, Bem. 4 zu Art. 745, S. 224; Crome, S. 272; Opet, Vorbem. 2 b zu § 1373, S. 128/129

⁵⁴⁾ Huber (Ref.), S. 514.

Frau könnte dem Ehemann an Gegenständen ihres eingebrachten Gutes trotz des ehemännlichen Rechtes noch einen besondern Niessbrauch bestellen⁵⁵⁾ (dazu wäre Einwilligung des Mannes und ausserdem Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich, ZGB Art. 203, 177, Abs. 2, abw. BGB § 1406, Abs. 3).

Was nun den von J. Kohler (Jahrb. für die Dogmatik des heutigen Privatrechts, Bd XXIV [1886], S. 191 ff.) entdeckten „Dispositionniessbrauch“ betrifft, so scheint das ehemännliche Recht unter diesen Begriff zu fallen.⁵⁶⁾ Dieser unterscheidet sich — nach den Ausführungen Kohlers — vom ususfructus dadurch, dass der Berechtigte hier zur Veräusserung der seinem Recht unterliegenden Gegenstände befugt ist, vom quasi ususfructus dadurch, dass der Berechtigte trotzdem nicht Eigentümer wird (Verfügungsnutzniessung, Arch. f. ziv. Pr. Bd CVII [1911], S. 260). Jener ist vielmehr Nicht-Eigentümer; er veräussert kraft seines Dispositionsrechtes, welches ihm Rechtsmacht verleiht, ein Recht in der Person eines Dritten zu begründen, das er als entwickeltes Recht in seiner Person nie besass, sondern nur als Rechtsbegründungsmacht⁵⁷⁾ (Jherings Jahrb. S. 311/312). Es besteht eine Ähnlichkeit mit dem Pfandrecht: „In beiden Rechten schlummert die Macht, die Eigentumsverhältnisse zu verschieben“ (Jherings Jahrb. S. 312).

Dieses Distraktionsrecht ist höchst persönlich, also unübertragbar und unpfändbar — wie auch das Recht des Ehemannes —; die Gläubiger können regelmässig nur auf den Ertrag der dem Dispositionniessbrauch unterliegenden Objekte greifen, nicht auf jenes Recht selbst und nicht kraft dieses Rechtes über jene Objekte selbst verfügen (Jherings Jahrb. S. 314/15), — ebenso können die

⁵⁵⁾ Wolff, S. 174.

⁵⁶⁾ Gmür, N. 3 zu Art. 200, S. 448.

⁵⁷⁾ In gleicher Weise verfügt der Mann in gewissen Fällen über Gegenstände der Frau, BGB § 1376, Abs. 1.

Gläubiger des Ehemannes nicht sein Verwaltungs- und Nutzungsrecht pfänden und geltend machen, sondern nur auf die schon von ihm bezogenen Nutzungen greifen —. Die bisherige Haftung der dem Dispositionniessbrauch unterliegenden Gegenstände bleibt auch während der Dauer derselben bestehen — frühere Rechte Dritter hat auch der Ehemann zu respektieren; Gläubiger der Ehefrau gehen ihm vor (Egger, Bem. 1 c zu Art. 201, S. 249, v. Tuhr, S. 329/330, ZGB Art. 207, Abs. 1, ausdr. BGB § 1411).

Im Zweifel besteht eine Ersatz- und Surrogationspflicht des Berechtigten (Jherings Jahrb. S. 306/07) — entsprechend die Ersatzpflicht des Mannes, ZGB Art. 201, Abs. 3 —.

Aus dem Wesen des Dispositionniessbrauchs ergibt sich weiter, dass der Eigentümer nur die *nuda proprietas* hat (Arch. 260/61, Jherings Jahrb. S. 222/23). Er kann über die dem Dispositionniessbrauch unterliegenden Objekte verfügen, aber nur „*salvo usufructu*“. Um aber Verwicklungen zu vermeiden — führt Kohler weiter aus — wurde im deutschen Recht der Eigentümer einer Verfügungsbeschränkung unterworfen (Jherings Jahrb. S. 321, Arch. S. 233); entsprechend verhält es sich bei der Ehefrau, die ebenfalls nicht über ihr Eigentum verfügen kann, auch nicht unter Vorbehalt der Rechte ihres Mannes.

Nach der Ansicht Kohlers ist nun das ehemännliche Recht eine Form dieses Dispositionniessbrauchs, verbunden mit einer Ersatz- und Surrogationspflicht des Mannes, fällt also in die Kategorie der Sachenrechte.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Schilling.⁵⁸⁾ Er geht davon aus, dass die Familiengüterrechte sich zwar von den Vermögensrechten unterscheiden, indem sie „durch den sittlichen Zweck der Familienverhältnisse modifiziert“ werden (a. a. O. S. 320), ohne aber dadurch ihren Charakter als Sachenrechte zu verlieren. Gemäß BGB § 1383

⁵⁸⁾ Der rechtliche Charakter des ehelichen Nutzungsrechtes, in Arch. f. bürgerl. R., Bd XIX (1901), S. 251 ff.

erwerbe der Mann die Früchte des Frauengutes wie ein Niessbraucher. Somit liege ein dem Niessbrauche analoges dingliches Recht vor, auf Grundlage der familienrechtlichen Gewalt (S. 320). Der Begriff derselben enthalte nun zugleich ein Pflichtmoment; eine Pflicht, Früchte zu erwerben, sei aber undenkbar; das Recht des Mannes müsse daher ein dingliches sein. — Dieser Einwand trifft nicht zu, denn der Ehemann ist nur zu Verwaltung verpflichtet, nicht zur Nutzung, oder doch nur insoweit, als durch Nichtausnutzung des Vermögens dasselbe eine Wertverminderung erfahren würde. — Dem Mann stehe die Verwaltung des Frauenvermögens kraft familienrechtlicher Gewalt zu, worin aber gleichzeitig das dingliche Recht der Nutzniesung enthalten sei (S. 321).

Nach BGB § 1409 könne der Vormund den Mann in Ausübung seines Rechtes vertreten. Die Vertretung eines reinen Familienrechts sei jedoch ein Unding; das Recht des Mannes — schliesst Schilling (S. 324) — muss daher ein Vermögensrecht sein; auch dieser Einwand ist nicht zutreffend, denn tatsächlich gibt es gewisse Fälle, wo eine Vertretung von reinen Familienrechten vorkommt; so vertritt z. B. der Vormund einen bevormundeten Vater in Ausübung der Elternrechte, ZGB Art. 405/06, BGB § 1800 —.

Schilling sucht dann dieses ehemännliche Recht aus dem alten Sachenspiegelrecht abzuleiten, und erklärt sich im grossen und ganzen für die Ansicht Kohlers, d. h. für die Auffassung des ehemännlichen Rechtes als Dispositionniessbrauch. Dieser Ansicht schliesst sich ferner an Gmür, N. 4 zu Art. 200, S. 448.

Es ist nun zu untersuchen, ob das ehemännliche Recht als Sachenrecht aufgefasst werden kann.

Vergleichen wir die Befugnisse des Ehemannes und die des Dispositionniessbrauchers, so zeigt sich, dass der Mann tatsächlich in gewissen Fällen wie ein Dispositionniessbraucher verfügt, so wenn er z. B. gemäss BGB § 1376, Abs. 1 über Sachen der Frau verfügt, die noch in ihrem

Eigentum stehen. Im deutschen Recht ist der Mann in der Verfügung über eingebrauchte Sachen allerdings sehr beschränkt (BGB Art. 1375, 1377, Abs. 1); seine Verfügungsbefugnis ist aber von der eines „Dispositionsnießbrauchers“ nur quantitativ verschieden.⁵⁹⁾ Trotzdem ist — wie im folgenden auszuführen ist — die Erklärung des ehemännlichen Rechts als Dispositionsnießbrauch ungenügend. Nebenbei bemerkt ist der Dispositionsnießbrauch im Deutschen Recht nicht gesetzlich geregelt,⁶⁰⁾ dagegen im Schweiz. ZGB (Art. 777, Abs. 2).

Da der Dispositionsnießbrauch nur eine besondere Form des Nießbrauchs darstellt, unterscheidet er sich vom Recht des Ehemannes zum Teil in denselben Punkten wie jener. So setzt auch der Dispositionsnießbrauch im Gegensatz zum ehemännlichen Recht bestimmte reale Objekte voraus; er kann nicht wie dieses auch unübertragbare Rechte ergreifen. Bezuglich der Lastentragung gilt daselbe wie beim Nießbrauch (s. oben Nr. 6). Der Dispositionsnießbrauch ist verzichtbar; das ehemännliche Recht nicht.

Diese Besonderheiten des ehemännlichen Rechtes sind sachenrechtlich nicht zu erklären; unveräußerliche Sachenrechte gibt es wohl (z. B. das Wohnrecht ZGB Art. 770), aber keine unverzichtbaren.

Das Merkmal der Sachenrechte besteht darin, dass sie über eine oder mehrere bestimmte⁶¹⁾ Sachen eine unmittelbare, rechtliche Herrschaft⁶²⁾ gewähren. Ein solches

⁵⁹⁾ A. M. Heinsheimer, S. 86, Anm. 88; Wolff, S. 176 und Anm. 10.

⁶⁰⁾ Kohler (Arch. S. 262): „Mein Dispositionsnießbrauch fand, wie so manches Neue, bei den Herren alten Stils keine Gnade.“

⁶¹⁾ Sachenrechte können nicht an Gattungssachen, nur an individuell bestimmten Sachen bestehen; Endemann (Bd II, I), S. 12, Anm. 15; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts; Bd II, 1. Das Sachenrecht, S. 6.

⁶²⁾ Endemann (Bd II, I), S. 9 und 12; Grome (Bd III), S. 4; Wieland, Vorb. 1 b, S. 1.

dingliches Recht geht allen späteren Rechten Dritter vor. Das ehemännliche Recht nun weicht zurück, sobald das Eigentum an einer eingebrachten Sache gültig auf einen Dritten übergeht; es ist beschränkt auf den jeweiligen Bestand, sein Umfang also nur mittelbar bestimmt; nach seiner Entstehung gültig begründete Rechte Dritter gehen ihm vor (Gmür, Nr. 9 zu Art. 200, S. 449).

Brühl und Heinsheimer ziehen aus dem Gesagten folgenden Schluss: Mittelbarkeit und Dinglichkeit schließen sich aus, daher ist das ehemännliche Recht kein dingliches Recht;⁶³⁾ es gibt überhaupt keine dinglichen Rechte an Sachgesamtheiten.

Dies wird von Schilling (S. 305 a. a. O.) bestritten durch den Hinweis auf das Pfandrecht am Warenlager und auf den Dispositionsnießbrauch.

Handelt es sich um ein Pfandrecht an einem Warenlager, so ist allerdings anzunehmen, dass nach Parteiabsicht die Stücke, welche bestimmungsgemäss veräußert werden, aus der Pfandhaft entlassen und dafür neu angeschaffte ohne weiteres vom Pfandrecht ergriffen werden.⁶⁴⁾ Es besteht aber hier nicht etwa nur ein Pfandrecht an der Summe der zum Warenlager gehörenden Objekte, sondern es ist anzunehmen, dass an jedem einzelnen Stück ein besonderes Pfandrecht besteht.⁶⁵⁾ Bei Veräußerung geht dann das Pfandrecht an der veräußerten Sache nach Parteiabsicht unter; an den Ersatzobjekten entsteht ein neues. Es verhält sich demnach nicht so, dass ein grosses Pfandrecht besteht, dessen Inhalt sich ändert, sondern es existieren eine Reihe von Pfandrechten, von denen regel-

⁶³⁾ Zu demselben Resultat gelangen: Staudinger, Vorbem. 2 zu § 1373, S. 210; Endemann, S. 352. Dagegen wird das Recht des Ehemannes als dingliches erklärt von Gmür, N. 4 zu Art. 200, S. 448; Crome, S. 273.

⁶⁴⁾ Endemann, Bd II, I, S. 903, Anm.; Crome, Bd III, S. 819; Planck, Bem. 2 a zu § 1204, S. 748; Dernburg, Bd III, S. 762; Wieland, Bem. 6 d zu Art. 884, S. 448.

⁶⁵⁾ Wieland l. c.; Endemann l. c.

mässig einige erloschen und an Stelle derer dann wieder neue begründet werden (dasselbe gilt für den Dispositionsnießbrauch an einer Sachgesamtheit). Dadurch wird allerdings die Dinglichkeit dieser Rechte nicht ausgeschlossen.

Beim ehemännlichen Recht liegt die Sache anders; denn dieses besteht am Eingebrachten als Ganzem, ohne Beziehung auf bestimmte einzelne Vermögensobjekte; es kann daher nicht in eine Summe von Einzelrechten aufgelöst werden.

Die Sachenrechte gewähren ein nach Inhalt und Umfang genau bestimmtes Herrschaftsgebiet; es besteht eine feste Schranke für ihre Ausdehnung. Dies ist gerade auch beim Pfandrecht am Warenlager der Fall, ebenso beim Dispositionsnießbrauch.

Jeder Nießbrauch ergreift nur die bei der Begründung zu seinem Objekt bestimmten Sachen, nicht neu hinzugekaufte.⁶⁶⁾ So fällt z. B. beim Nießbrauch an einem Grundstück eine neu erworbene Parzelle, auch wenn sie mit dem Nießbrauchgrundstück im Grundbuch auf einem Kollektiv-Folium eingetragen wurde, nicht unter den Nießbrauch.⁶⁷⁾

Das Recht des Ehemannes ist im Gegensatz zu diesen Sachenrechten nach Inhalt und Umfang nicht von vornherein fest bestimmt. Besitzt z. B. die Frau bei der Eheschließung ein Grundstück, so fällt dieses unter das ehemännliche Recht; erwirbt sie später durch Erbschaft ein Kapitalvermögen, so wird auch dieses ohne weiteres von jenem Recht ergriffen.⁶⁸⁾

Diese Tatsache ist sachenrechtlich unerklärlich, da eben bei den Sachenrechten der Inhalt, das Objekt von

⁶⁶⁾ Wieland, Bem. 6 zu Art. 745, S. 225; Crome, Bd III, S. 506, Anm. 21.

⁶⁷⁾ Wieland l. c.; Planck, Bd III, Bem. 5 zu § 1030, S. 387.

⁶⁸⁾ Das ehemännliche Recht kann also Sachen und Rechte der Frau ergreifen, die bei seiner Entstehung noch gar nicht vorhanden waren.

vornherein genau fixiert ist. Hier liegt eine grundsätzliche Verschiedenheit des ehemännlichen Rechts von einem sachenrechtlichen Nutzungsrecht vor.

§ 3. Ergebnis.

So versagt die sachenrechtliche Erklärung des ehemännlichen Rechts an mehreren Stellen, wenn dieses auch insofern eine Ähnlichkeit mit gewissen Sachenrechten besitzt, dass es auch eine Herrschaft über Sachen gewährt. Gewisse Eigenschaften sind dagegen nur familienrechtlich zu erklären. Wenn man nun das Recht des Mannes als „familienrechtliches dingliches Recht“ (Dernburg, Bd IV, S. 141; Wolff, S. 174) erklärt, so liegt dieser Auffassung der richtige Gedanke zugrunde, dass dieses Recht Merkmale beider Rechtsgebiete aufweist. Aber als dingliches Recht in gewöhnlichem Sinn kann das Recht des Mannes nicht bezeichnet werden, wie — neben dem in § 2 Gesagten — besonders noch aus folgendem hervorgeht. Der Inhaber eines Niessbrauchs (oder eines andern beschränkten dinglichen Rechts) hat ein besonderes, dem Eigentum gegenüber selbständiges Recht. Es fällt und steht nicht mit dem bisherigen Eigentumsrecht; wenn von einem Nichteigentümer ein Niessbrauch bestellt wird, so kann der gutgläubige Erwerber dennoch ein gültiges Niessbrauchsrecht erhalten, obschon der Besteller zur Begründung des dinglichen Rechts keine Befugnis hatte. Der gute Glaube des Erwerbers ersetzt die mangelnde Befugnis des Bestellers (ZGB Art. 746, Abs. 2, 714, Abs. 2, 736; BGB §§ 1032, 932/936); ebenso beim Pfandrecht (ZGB Art. 884, Abs. 2 BGB § 1207). Anders verhält es sich beim Recht des Ehemannes. Sein guter Glaube kann keinen Mangel im Rechtsbestand der Frau ersetzen⁶⁹⁾ und etwas seinem Recht unterwerfen, was nicht schon rechtlich zum Eingebrachten der Frau gehört. Der Mann kann z. B. nicht die Verwaltung und

⁶⁹⁾ Endemann, S. 352, Anm. 9.

Nutzung gutgläubig erwerben an Möbeln, welche die Frau in die eheliche Wohnung bringt, die aber ihrer Schwester gehören (etwa nach Analogie von ZGB Art. 714, Abs. 2; BGB §§ 1032, 932). Das Recht des Mannes ist vielmehr nach Inhalt und Umfang nicht selbstständig, sondern abgeleitet⁷⁰⁾ von den Rechten der Frau; es kann niemals weiter gehen als diese. Daher wirkt der Untergang einer Forderung durch Zusammentreffen von Gläubiger und Schuldner in der Person der Frau auch gegen den Ehemann, während beim Niessbrauch an einer Forderung der entsprechende Vorgang nicht auch gegenüber dem Niessbraucher wirkt (s. § 2 Nr. 7).

Das Recht des Mannes ist also kein dem Recht der Frau entgegenstehendes, von diesem verschiedenes, sondern ein ihm entsprechendes Recht. Auch hier liegt ein fundamentaler Unterschied gegenüber den Sachenrechten, welche in bezug auf Inhalt und Existenz vom Eigentumsrecht durchaus selbstständig sind. Auch sind die Interessen von Mann und Frau einander durchaus nicht entgegengesetzt, wie es beim Niessbraucher und beim Eigentümer regelmässig der Fall ist.⁷¹⁾ Der Niessbraucher wie der Pfandgläubiger üben ihre Befugnisse auf Grund eines besondern, dem Eigentum entgegenstehenden Rechtes aus. Der Nutzniesser kann regelmässig nur über sein Nutzungsrecht verfügen.⁷²⁾ Teilweise allein teils an die Zustimmung der Frau gebunden, übt dagegen der Mann die Befugnisse eines Eigentümers oder eines obligatorisch Berechtigten.⁷³⁾ Das Recht des

⁷⁰⁾ Endemann, S. 351; Heinsheimer, S. 89; Schmidt, Komm. zum BGB. Herausg. von Hölder, Bd IV, 1. Familienrecht (1907), S. 310; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S. 58.

⁷¹⁾ Gmür, Nr. 15 zu Art. 201, S. 457/58; Derselbe Nr. 4 zu Art. 200; Schilling, S. 315.

⁷²⁾ Gmür, Nr. 7 zu Art. 201, S. 456; Wieland, Bem. 4 zu Art. 745, S. 224.

⁷³⁾ Egger, Bem. 1 c zu Art. 201, S. 449; Wieland, l. c.; Hellwig (Rechtskraft), S. 97/98, S. 98, Anm. 8: Der Mann zieht

Mannes besteht also darin, die Rechte der Frau, soweit sie zum Eingebrachten der Frau gehören, selbständig geltend zu machen. Dieses Recht besitzt also die Eigentümlichkeit, dass es — im Gegensatz zu allen Sachenrechten — keinen sachlich genau bestimmten Inhalt hat. Sein Umfang kann nur in formaler Weise bestimmt werden: Sein Objekt sind die Rechte der Frau soweit und solange sie zu einem bestimmten Vermögen der Frau (eingebrachtes Gut) gehören.

Das Recht des Mannes ist demnach seinem Inhalte nach eine Machtbefugnis,⁷⁴⁾ kraft deren der Mann gewisse Vermögensrechte der Frau geltend machen kann; da es auf Grund eines familienrechtlichen Verhältnisses entsteht, wird es bei seiner Ausübung auch von Grundsätzen des reinen Familienrechts beeinflusst. Der Mann besitzt ein eigenes Recht auf Ausübung der Rechte der Frau.

Diesem Recht muss ferner absolute Wirkung zukommen. Hätte der Mann kein absolutes Recht, so könnte er, falls Dritte mit Einwilligung der Frau Objekte ihres eingebrachten Gutes — bei Beginn der Ehe — besitzen, nicht von diesen Dritten Herausgabe derselben verlangen, sondern wäre nur auf seinen persönlichen Anspruch gegen die Frau angewiesen; dadurch wäre aber das Verwaltungsrecht des Mannes in unerträglicher Weise erschwert. Der Mann muss die Möglichkeit haben, direkt gegen Dritte vorgehen zu können (s. auch Dernburg S. 139).

Der Ehemann hat also ein eigenes absolutes Recht.

§ 4. Die rechtliche Stellung des Mannes bei Ausübung seines Verwaltungs- und Nutzungsrechtes.

Der Mann übt die Rechte der Frau an ihrer Statt aus. Es liegt somit ein Fall vor, wo die Verfügungsbefugnis über

zum Unterschied vom Niessbraucher eine Leistung ein, die nur der Frau geschuldet wurde.

⁷⁴⁾ v. Tuhr, Bd I, S. 165—170; Hellwig (Anspruch und Klagrecht, 1900), S. 303.

Rechte nicht dem Subjekt derselben, sondern einer andern Person zusteht. Um zu entscheiden, wie (in wessen Namen) der Mann von seiner Befugnis Gebrauch zu machen hat, sind zuerst die verschiedenen Verfügungsmöglichkeiten über fremde Rechte im allgemeinen kurz zu betrachten.

Wesentlich ist die Unterscheidung von Verfügungsmacht und Vertretungsmacht.⁷⁵⁾ Erstere ist die Fähigkeit, eine Verfügung im eigenen Namen über irgend ein Recht, gleichgültig, wem es zusteht, vorzunehmen, oder durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Vertretungsmacht liegt vor, wenn jemand die Fähigkeit besitzt, Verfügungen oder andere Rechtshandlungen im Namen eines andern vorzunehmen. Es handelt sich hier um eine besondere Art, Rechtsgeschäfte abzuschliessen; der Gegenkontrahent soll darüber orientiert werden, wer ihm eigentlich als Partei gegenübersteht. Vertretungsmacht ist also meistens nur eine besondere Form der Verfügungsmacht. Doch bestehen wichtige Unterschiede: bei Verfügungen im eigenen Namen treffen die entstehenden obligatorischen Rechtswirkungen immer nur die handelnde Person selbst, — die Veränderung der dinglichen Rechtslage wirkt unter Umständen auch Dritten gegenüber —. Bei Verfügungen in fremdem Namen entstehen sämtliche Rechtsfolgen in der Person desjenigen, in dessen Namen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde. Im ersten Falle muss daher der Handelnde selbst die Verfügungsmacht über den betroffenen Gegenstand besitzen; im zweiten Falle muss diese in der Person des Vertretenen vorliegen.

Es fragt sich nun, ob Handeln in fremdem Namen identisch ist⁷⁶⁾ mit Stellvertretung. Sicher ist, dass wer in fremdem Namen handelt, Stellvertreter ist, fraglich

⁷⁵⁾ Hellwig (Rechtskraft), S. 100 ff.; v. Tuhr, Bd II, S. 374 ff.

⁷⁶⁾ Cromé, Bd. I, S. 456; Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im BGB, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd XLIII (1902), S. 458/59.

dagegen, ob jeder Stellvertreter in fremdem Namen handeln muss. Da die Vertretung vorwiegend bei Abgabe von Willenserklärungen vorkommt, ist regelmässig auch Handeln in fremdem Namen erforderlich (OR Art. 32, Abs. 1, BGB § 164, Abs. 1). Sie ist jedoch auch bei andern Rechts-handlungen zulässig; so kann nach ZGB Art. 923 jemand Besitz an einer Sache erlangen, indem diese seinem Ver-treter übergeben wird. Besitz wird erworben, wenn man eine Sache faktisch in seiner Gewalt hält. Ob man selb-ständigen oder unselbständigen Besitz hat, kann sich nur danach bestimmen, ob man Eigentümer ist oder nicht (ZGB Art. 920, Abs. 2). Wer Eigentümer ist, geht aus dem Rechtsgeschäft hervor, auf Grund dessen der Besitz übertragen wurde, ein Angestellter eines Geschäftsherrn, der infolge eines zwischen diesem und einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes (Kaufes etc.) eine Sache in Empfang nimmt, kann selber nur unselbständiger Besitzer werden; für den Herrn erwirbt er selbständigen Besitz. Eine ausdrückliche Erklärung, im Namen des Prinzipals zu empfangen, ist hier offenbar nicht not-wendig.

Als Kriterium, ob Vertretungsmacht vorliegt oder nicht, ist in solchen Fällen der Vertretung, wo ein aus-drückliches Handeln in fremdem Namen fehlt, nicht der „innere Wille“ des Handelnden anzunehmen; dieser wäre in zahlreichen Fällen unmöglich festzustellen und dadurch würde man oft zur Annahme von Fiktionen genötigt; es ist vielmehr auf das objektive, zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Rechtsverhältnis⁷⁷⁾ abzustellen (diese Unterscheidung hat praktische Bedeutung für den Fall, wo derjenige, der eine Sache für einen andern empfan-gen soll, diese sich rechtswidrig aneignet. Jenachdem man auf das objektive Rechtsverhältnis oder auf den Willen

⁷⁷⁾ Wieland, Bem. 5 b zu Art. 923, S. 496; Rümelin, S. 271 ff.; Lenel, Stellvertretung u. Vollmacht, Jherings Jahrb., Bd XXIV (1896), S. 57 ff.

des Vertreters abstellt, liegt entweder Diebstahl oder Unterschlagung vor).

Man kann offenbar auch in solchen Fällen von Stellvertretung sprechen, wo ein Handeln in fremdem Namen praktisch ausgeschlossen ist, da kein Dritter mitwirkt, an den eine solche Erklärung gerichtet werden könnte, aber das Bedürfnis nach dem Eintreten von Vertretungswirkungen besteht, so bei Dereliktion und Okkupation für einen andern; z. B. eine Bauernmagd, die im Auftrag ihres Herrn im Walde Pilze sucht, muss daran Eigentum für jenen⁷⁸⁾ erwerben.

Demnach besitzt Vertretungsmacht, wer die rechtliche Fähigkeit hat, eine Rechtshandlung, sei es ausdrücklich oder stillschweigend auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses statt eines andern vorzunehmen, so dass die unmittelbar entstehenden Rechtswirkungen in der Person des Vertretenen entstehen.⁷⁹⁾

Keine Stellvertretung ist demnach die sogenannte Interessenvertretung, wo jemand in fremdem Interesse und für fremde Rechnung tätig ist, aber die Rechtshandlungen im eigenen Namen vornimmt; er tritt als eigentlicher Kontrahent auf (so der Kommissionär OR Art. 425ff.), und wird daher zunächst selbst berechtigt und verpflichtet.

Stellvertretung liegt ferner in den Fällen nicht vor, wo jemand kraft eigenen Rechtes im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, und das Subjekt desselben dadurch gleichsam automatisch betroffen wird. Der Pfandgläubiger z. B., der das Pfand verwertet, um sich zu befriedigen, ist nicht Vertreter des Eigentümers (ZGB Art. 890, Abs. 2, 891); er handelt selbstständig als Partei.

⁷⁸⁾ Es entscheidet auch hier die objektive Gesamtlage, Rümelin l. c.; Wieland l. c.

⁷⁹⁾ Oser, Komm. zum schweiz. OR (1915), Vorbem. II zu Art. 32, S. 137; Laband (Ztschr. f. das ges. Handelsrecht) Bd X, S. 189 ff., S. 226; Lenel, S. 4 ff.; Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Teil (1912), S. 183 ff.

Dies gilt für alle Rechtsgeschäfte, die jemand kraft eigenen dinglichen oder obligatorischen Rechts an einer fremden Sache vornimmt;⁸⁰⁾ der dinglich Berechtigte hat regelmässig Verfügungs-, nicht Vertretungsmacht. So liegt auch keine Vertretung vor, wenn A einer Verfügung des B zustimmt, welche dieser in eigenem Namen über eine Sache des A trifft.⁸¹⁾

Die Vertretungsfähigkeit entsteht auf zwei Arten.

1. Durch Vollmachterteilung, d. h. durch eine Willenserklärung des Vertretenen an Dritte, wodurch dieser sich verpflichtet, die Rechtshandlungen des Vertreters als die eigenen anzuerkennen.⁸²⁾

Hier ist die Möglichkeit eines kollidierenden Handelns zwischen Vertreter und Vertretenen nicht ausgeschlossen. Der Umfang der Vertretungsmacht wird allein durch die Vollmacht (also durch den Willen des Vertretenen) bestimmt. Beendigt wird sie besonders durch den — nach Schweizerrecht jederzeit möglichen — Widerruf des Vertretenen (OR Art. 34, abw. BGB § 168).

Der Ehemann hat nicht die Stellung eines solchen Vertreters. Entstehung und Umfang seines Rechtes sind durch das Gesetz geregelt, nicht durch private Willenserklärung bestimmt. Daher ist auch weder einseitige Kündigung noch Widerruf möglich, wie bei der Vollmachterteilung (OR Art. 34). Wollen die Ehegatten das Recht des Ehemannes aufheben oder beschränken, so müssen sie durch Ehevertrag einen andern Güterstand festsetzen (ZGB Art. 179).

Kollidierendes Handeln von Mann und Frau ist hier regelmässig ausgeschlossen (ausser im Bereich der Schlüsselgewalt der Frau, ZGB Art. 163), da die Frau hinsichtlich

⁸⁰⁾ Windscheid-Kipp (Lehrb. des Pand.-Rechtes, 9. Aufl. 1912), Bd 1, S. 350, 351, Anm. 15.

⁸¹⁾ Enneccerus (Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd I, Abt. 2, 4. u. 5. Aufl. 1910, R. der Schuldverh.), S. 211 oben und Anm. 5.

⁸²⁾ So Lenel, S. 15; nicht ganz übereinstimmend der Wortlaut der Gesetze: OR Art. 33, Abs. 2 u. 3, BGB § 167.

des Eingebrachten beschränkt verfüigungsfähig wird. Die Stellung des Ehemannes ist also von der eines gewillkürten Vertreters durchaus verschieden.

2. Vertretungsmacht kann ferner entstehen auf Grund gesetzlicher Vorschrift (sogenannte gesetzliche Vertretung). Der Hauptfall ist die Vertretung ganz oder teilweise handlungsunfähiger Personen (ZGB Art. 19, 90, Abs. 2 etc.). Doch darf der Begriff nicht auf diese Fälle beschränkt werden (so Biermann, S. 96/97; ebenso Staudinger, Bem. 6 zu § 164, S. 623), sonst könnte eine Reihe von Personen — die mit Vertretungswirkung handeln — weder als gewillkürte noch als gesetzliche Vertreter bezeichnet werden. Mit Hellwig ist daher derjenige als gesetzlicher Vertreter zu bezeichnen, „dessen Vertretungsmacht auf einem andern Grunde als dem Willen des Vertretenen beruht, also entweder auf obrigkeitlicher Anordnung oder unmittelbar auf Gesetz“ (Hellwig, System, S. 188).

Gesetzliche Vertretung liegt demnach nicht vor, wenn das Gesetz zwar den Inhalt der Vertretungsmacht zwingend bestimmt, aber nur für den Fall, dass eine private Bestellung⁸³⁾ des Vertreters erfolgt ist; so ist z. B. ein Prokurist kein gesetzlicher Vertreter (OR Art. 459, Abs. 1, 460, Abs. 3, 462).

Von den gesetzlichen Vertretern sind ferner zu unterscheiden die Organe der juristischen Personen.

Bei der Vertretung gelten die Willenserklärungen, welche der Vertreter abgibt, als solche des Vertretenen selbst. Es bestehen zwei Rechtssubjekte mit zwei selbständigen Willen (in gewissen Fällen wird allerdings der Wille des Vertretenen nicht als rechtlich erheblich anerkannt, so bei den Handlungsunfähigen).

Die juristische Person dagegen kann keinen andern Willen haben als den, der durch die Rechtshandlungen ihrer

⁸³⁾ Eine solche liegt selbstverständlich nicht vor, wenn eine Behörde jemanden auf sein Begehr einen gesetzlichen Vertreter bestellt, so nach ZGB Art. 372. Die Bestellung bleibt ein obrigkeitlicher Akt, der allerdings ein privates Gesuch voraussetzt.

Organe zum Ausdruck kommt; die Willenserklärung, die ein Organ innerhalb seiner Organtätigkeit abgibt, gilt unmittelbar als solche der juristischen Person.⁸⁴⁾ Daher haftet diese auch für deliktisches Verhalten ihrer Organe (ZGB Art. 55, Abs. 2, BGB § 31); dagegen haftet ein Vertretener nie für unerlaubte Handlungen des Vertreters, denn eine gültige Vollmacht zur Vornahme unerlaubter Handlungen kann nicht erteilt werden; und der Vertretene wird immer nur im Rahmen der Vollmacht verpflichtet. Darin liegt der praktische Unterschied zwischen Vertreter und Organ.⁸⁵⁾

Den Unterschied zwischen gewillkürter und gesetzlicher Vertretung sieht v. Tuhr⁸⁶⁾ darin, dass die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters exklusiv ist, d. h. dass der Vertretene, soweit jene reicht, gar nicht verfügen kann, während bei der gewillkürten Vertretung eine Kollision von Handlungen des Vertreters und des Vertretenen möglich ist.

Nun ist die Frau in Ausübung der Schlüsselgewalt gesetzliche Vertreterin des Mannes (ZGB Art. 163, BGB § 1357, Abs. 1). Das ZGB spricht ungenau von Vertretung der Gemeinschaft; das kann sich nur auf die Gemeinsamkeit der Interessen beider Gatten beziehen. Verpflichtet wird durch solche Vertretungshandlungen nur der Mann, da er allein die Kosten des Unterhalts zu tragen hat (ZGB Art. 160, Abs. 2) und daher in erster Linie haftet. Die Ehefrau vertritt ihn in Ausübung dieser Pflicht (so auch Schulz, S. 125, 126; Schweizer, S. 40, a. M. Huber, Erl., S. 145; anders noch Ref., S. 516; Gmür, Nr. 4 zu Art. 163, S. 253; ferner Wieland, Ref., S. 364), die subsidiäre Haftung, welche die Frau wegen ihres persönlichen

⁸⁴⁾ Regelsberger (Pand. allg. Teil), S. 323; dagegen v. Tuhr, Bd I, S. 461—465.

⁸⁵⁾ Oser, Bem. 3 zu Art. 40, S. 168; Huber, Erl. S. 58 ff.; Entsch. des BG, Bd XXXII^H, S. 711 ff.

⁸⁶⁾ v. Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht (1908), S. 46, Anm. 3, S. 61, Anm. 1.

Interesses trifft (ZGB Art. 207, Abs. 2), vermag daran nichts zu ändern. Würde die Ehefrau die Gemeinschaft vertreten, so müssten konsequenterweise beide Gatten solidarisch haftbar werden. Für das deutsche Recht gilt zweifellos die hier vertretene Auffassung, vergl. BGB § 1357. Die Frau hat gesetzliche Vertretungsmacht, ohne dass aber der Vertretene dadurch in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt würde; ihre Vertretungsbefugnis ist also nicht exklusiv.

Ferner besitzt der gemäss ZGB Art. 392/94 bestellte Beistand gesetzliche Vertretungsmacht (BGB §§ 1910, 1911). Da die Beistandschaft (ausser im Fall des Art. 395 ZGB) keine Beschränkung der Handlungs- noch der Dispositionsfähigkeit bewirkt, so ist auch hier in gewissen Fällen kollidierendes Handeln von Vertreter und Vertretenen möglich⁸⁷⁾ (ZGB Art. 392, Abs. 1, 393, Abs. 1, 394).

Es gibt also gesetzliche Vertreter ohne exklusive Vertretungsmacht.⁸⁸⁾ Damit erweist sich das von v. Tuhr aufgestellte Kriterium nicht in allen Fällen als zutreffend. Das einzige, überall zutreffende Merkmal des gesetzlichen Vertreters ist also nur dies, dass Entstehung und Umfang seiner Vertretungsmacht nicht durch den Willen des Vertretenen, sondern durch Gesetz bestimmt werden.

Gesetzliche Vertretung besteht immer nur oder auch im Interesse des Vertretenen; die gewillkürte kann auch im ausschliesslichen Interesse des Vertreters liegen (z. B. eine Vollmacht zahlungshalber zur Einziehung einer Forderung, falls nicht Zession anzunehmen ist.⁸⁹⁾)

Der gesetzliche Vertreter wird (wie der gewillkürte) auf Grund seiner Vertretungshandlungen Dritten gegenüber grundsätzlich nicht haftbar; dagegen ist er dem Vertretenen für seine Geschäftsführung verantwortlich.

⁸⁷⁾ Egger, Vorbem. 3 zu Art. 392, S. 532, Bem. 1 zu Art. 392, S. 533, Bem. 2 zu Art. 417, S. 580, Bem. 6 zu Art. 419, S. 583.

⁸⁸⁾ Vergl. Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd XCVIII, S. 372.

⁸⁹⁾ v. Tuhr (unwiderrufl. Vollmacht), S. 53.

Als gesetzliche Vertreter gelten folgende Personen:

- a) Der Vater oder Vormund ist gesetzlicher Vertreter der seiner Obhut anvertrauten unmündigen oder entmündigten Personen (ZGB Art. 279, 407; BGB §§ 1630, 1793).
- b) Der Testamentsvollstrecker besitzt die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Erben⁹⁰⁾ (ZGB Art. 517, 518; BGB §§ 2197 ff.).
- c) Der Konkursverwalter vertritt von Gesetzes wegen sowohl den Schuldner als die Gläubiger.⁹¹⁾

⁹⁰⁾ Der Staat wacht darüber, dass die letztwilligen Verfügungen eines Verstorbenen gehörig erfüllt werden. Der Willensvollstrecker übt daher auch eine öffentlich-rechtliche Funktion, und hat daher auch ein eigenes Recht. Deshalb verweist das ZGB in Art. 518 auf die Bestimmungen über die amtliche Erbschaftsverwaltung. So ist gegen Handlungen des Testamentsvollstreckers eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde möglich (Basl. Einf.-Ges. § 139, Abs. 2); dies beweist seine öffentlich-rechtliche Stellung.

⁹¹⁾ Der Konkursverwalter ist insofern gesetzlicher Vertreter des Konkursiten, als er statt seiner dessen Vermögen verwaltet, seine Gläubiger befriedigt, Forderungen bestreitet etc. Der Schuldner wird beschränkt verfüigungsfähig (Konk.-Ges. Art. 204, Abs.1). Er ist aber auch gesetzlicher Vertreter der Gläubiger. Er macht ihr Beschlagsrecht am schuldnerischen Vermögen geltend. Die einzelnen Gläubiger können keine besondern Verwertungsverfahren (Pfändungen) einleiten, sondern können ihre Forderungen nur noch in dem speziellen, vom Konkurs-Verwalter geleiteten Verfahren geltend machen. Dieser übt ausserdem noch eine richterliche Tätigkeit aus bei Aufstellung des Kollokationsplanes (KG Art. 245). Dies zeigt seine öffentlich-rechtliche Stellung; er ist im öffentlichen Interesse tätig, vergl. Entsch. des BG Bd XXVI, S. 594, 595. Siehe ferner Jäger, Bd II, Bem. 5 zu Art. 240, S. 201, Entsch. d. BG, Bd XXXII, S. 160, Bd XXXIII, S. 146. Jäger und die eben angeführten Entscheide bezeichnen den Konkursverwalter als Organ aller Gläubiger. Die Gläubigerversammlung kann aber kaum als juristische Person gelten; der Ausdruck Organ ist daher durch Vertreter zu ersetzen. Unklar Blumenstein (Handb. des schweiz. Schuldbetr.-Rechts 1911), S.714, 729, Anm. 15, der den Konkursverwalter als Organ des Konkursverfahrens bezeichnet; ein Organ setzt immer ein Rechtssubjekt voraus, dessen Willen es bildet; ein solches fehlt hier.

Der gesetzliche Vertreter wird dann für Handlungen, die er in Vertretungseigenschaft vornimmt, mit haftbar, wenn er dabei selber auch Partei ist:

d) so wird der Vertreter einer Kollektiv- oder einer Kommanditgesellschaft

der — nach herrschender Ansicht — gesetzliche Vertretungsmacht besitzt, aus seinen Handlungen, die er namens der Gesellschaft vornimmt, mitverpflichtet, da er eben zugleich sich selbst vertritt. Der Ehemann dagegen macht — in Ausübung seines Verwaltungsrechtes — Ansprüche geltend, die nur der Frau zustehen.

e) Dass die Ehefrau für die Handlungen, welche sie (gemäß ZGB Art. 163, BGB § 1357) als gesetzliche Vertreterin des Ehemannes vornimmt, eine subsidiäre Haftung trifft, ist dadurch begründet, dass ihr diese Vertretungsmacht nicht allein im Interesse des Ehemannes, sondern ebenso sehr im eigenen Interesse zusteht.

Nach der Ansicht von Hellwig (Anspruch, S. 22 ff.) vertreten die unter b) und c) genannten Personen die Vermögensmassen selber, welche sie verwalten. Damit wird einem Rechtsobjekt die Eigenschaft eines Rechtssubjektes verliehen und somit dieser grundlegende Unterschied aufgehoben. Ein Vermögen als solches kann nicht vertreten werden, nur das Subjekt desselben hinsichtlich dieses Vermögens.

Die Stellung des Ehemannes hat nun mit der eines gesetzlichen Vertreters das gemeinsam, dass Entstehung und Inhalt seiner Befugnisse vom Gesetz bestimmt sind. Die entscheidende Frage, ob er die eingebrachten Rechte im Namen der Frau oder im eigenen Namen geltend machen kann, ist in der Literatur bestritten. Folgende Schriftsteller lassen dem Manne in dieser Beziehung die Wahl, räumen ihm also eine fakultative Vertretungsmacht ein:

Staudinger, Bem. 3 zu § 1374, S. 212; Planck, Vorbem. 3 zu § 1373, S. 131; Endemann, S. 356; Rochol, S. 125.

- Jede Vertretungsmacht des Mannes lehnen ab:
Hellwig (Anspruch), S. 299/300; Wolff, S. 177/178;
Cosack, Bd II, S. 512; Dernburg, S. 149; Schefold,
Die Rechtsstellung des Ehemannes bei Verwaltung des
eingebrachten Gutes, Arch. f. d. ziv. Pr., N. F. Bd
XXXXVII (1916), S. 134; Egger, Bem. 2 b zu Art. 202,
S. 255.

Betrachten wir die Rechtshandlungen, welche der Mann von sich aus vornehmen kann (ZGB Art. 200, Abs. 1, 202, Abs. 1, BGB §§ 1374, 1376). Wenn er diese im Namen der Frau vornähme, so würden die neu entstehenden Verpflichtungen und die Haftung die Frau selbst treffen. Das ist aber unzulässig, weil der Mann zur Verwaltung des Eingebrachten und zur Tragung sämtlicher Kosten verpflichtet ist (ZGB Art. 200, Abs. 1 und 2); er kann diese Pflicht (die auch Dritten gegenüber besteht), und die infolge derselben eintretende Haftung, nicht auf die Ehefrau abwälzen. Ferner hat er an der Verwaltung ein eigenes Interesse und ein eigenes Recht; er darf und muss daher dieses im eigenen Namen geltend machen, und alle daraus entstehenden Rechtswirkungen auf sich nehmen. Daraus ergibt sich, dass der Mann keine Vertretungsmacht, sondern nur eine Verfügungsmacht besitzt; er ist somit nicht gesetzlicher Vertreter;⁹²⁾ er muss die Verwaltungsgeschäfte regelmässig im eigenen Namen vornehmen.⁹³⁾

Nach der Ansicht von Gmür⁹⁴⁾ soll der Mann in gewissen Fällen im Namen der Frau handeln können, so wenn er ihre Schulden bezahlt. Allein es liegt kein Grund vor, hier eine Ausnahme zu machen; besonders da auch bei Schuldenzahlung wieder neue Verpflichtungen entstehen können, die der Mann tragen muss (so bei nicht gehöriger Erfüllung, Verzug, OR Art. 97 ff.). Dagegen kann der

⁹²⁾ Gmür, Nr. 10 zu Art. 200, S. 450; Egger, Bem. 2 b zu Art. 202, S. 225. A. M. Curti, Nr. 2 zu Art. 200, S. 173.

⁹³⁾ Hellwig (Anspruch), S. 301; auch Gmür, Nr. 6 zu Art. 200, S. 449.

⁹⁴⁾ Gmür, Nr. 11 zu Art. 200, S. 450.

Mann im Namen der Frau — für diese — Rechte erwerben.

Auch Verfügungen, zu denen der Mann gemäss Art. 202 ZGB der Zustimmung der Frau bedarf, muss er im eigenen Namen vornehmen. Die Zustimmung schafft eben nicht wie die Vollmacht Vertretungsbefugnis, sondern bedeutet Ergänzung fremder Handlungs- oder Verfügungsfähigkeit⁹⁵⁾ (so handelt z. B. der Minderjährige, der mit Zustimmung des Vormundes verfügt, im eigenen Namen, nicht als Vertreter, ZGB Art. 410).

Will der Mann als Vertreter der Frau auftreten, so ist daher besondere Vollmachterteilung durch diese nötig (OR Art. 32 ff.). In diesem Falle handelt die Frau selber und wird allein verpflichtet und allein haftbar (ZGB Art. 207, Ziff. 2). In der Annahme der Vollmacht und Vornahme der betreffenden Verfügung liegt zugleich die erforderliche Zustimmung des Mannes zu der Verfügung der Frau; diese ist, ausserhalb des Bereiches der Schlüsselgewalt der Frau, immer notwendig (ZGB Art. 203). Dann (also bei Verfügungen der Frau über Eingebrachtes) haftet nur das Frauenvermögen für die entstehenden Verpflichtungen; die entstehenden Ansprüche fallen unter das Recht des Mannes, ausser wenn sie Sondergut werden.

Schliesst der Mann ein Rechtsgeschäft im Namen der Frau ab, ohne dass diese Vollmacht erteilt hat, so treten die gleichen Wirkungen ein wie bei Handeln eines Stellvertreters ohne Ermächtigung (OR Art. 38/39). Es tritt zunächst ein Schwebezustand ein. Mangels der Genehmigung der Frau fällt das Rechtsgeschäft dahin, und der Mann wird schadenersatzpflichtig.

Nach der Ansicht von v. Tuhr⁹⁶⁾ kann der Mann über gewisse Rechte der Frau nur im Wege der Vertretung verfügen (so über Forderungen und Grundstücke). Über solche Objekte kann man (sagt v. Tuhr) nur verfügen,

⁹⁵⁾ Schefold, S. 135 ff.

⁹⁶⁾ v. Tuhr, Bd I, S. 65/66, Bd II, S. 375/77, S. 376, Nr. 68.

indem man zu erkennen gibt, dass das Recht, welches den Gegenstand der Verfügung bildet, einem andern zusteht. Dabei wird der Unterschied übersehen,⁹⁷⁾ der zwischen Verfügungen über fremde Gegenstände, wobei diese als fremde bezeichnet werden, im eigenen Namen, und zwischen Verfügungen, die man als Vertreter vornimmt, besteht.⁹⁸⁾ Der Pfandgläubiger verfügt, bei Veräußerung der Pfandsache, über eine fremde Sache im eigenen Namen; die entstehenden obligatorischen Rechtswirkungen treffen ihn.⁹⁹⁾ (Der Eigentumsübergang wirkt allerdings — gleichsam automatisch — auch dem Verpfänder gegenüber.) Man kann somit in gewissen Fällen über fremde Vermögensobjekte, obschon man sie als fremde bezeichnet, im eigenen Namen verfügen; so u. a. wenn der Berechtigte zustimmt (Beispiel: Verkaufskommission, OR Art. 225 ff.). — Der Mann nimmt nun seine Verwaltungshandlungen im eigenen Namen vor; die entstehenden dinglichen Rechtsänderungen sind auch der Frau gegenüber wirksam, ohne dass diese zunächst persönlich berechtigt und verpflichtet würde;¹⁰⁰⁾ nach Auflösung des Güterstandes erhält die Frau ihr Vermögen zurück in der Gestalt, die es durch die wirksame Ausübung des Verwaltungsrechts des Mannes erhalten hat.

Wir können somit die bisherigen Ausführungen zusammenfassen in die Sätze Hubers:¹⁰¹⁾ „Wenn der Mann über Frauengut verfügt, so handelt nicht die Frau; sie ist in keiner Weise die Verfügende, die durch den Ehemann vertreten würde, sondern der Ehemann handelt kraft elgenen Rechts, das ihm von Gesetzes wegen zusteht,

⁹⁷⁾ Ebenso von Lenel, S. 10.

⁹⁸⁾ Rümelin, S. 153.

⁹⁹⁾ Windscheid-Kipp, Bd I, S. 350, Anm. 15.

¹⁰⁰⁾ Huber, Drei Vorträge zum Schweiz. Sachenrecht in Gmürs Abhandlungen zum Schweiz. Recht, Heft 58 (1914), S. 69, S. 72.

¹⁰¹⁾ Huber l. c., Erl., S. 176.

obgleich er weder ein dingliches Recht, noch eine Vollmacht als Stellvertreter hat. Es bleibt also nur die Anerkennung einer dinglichen Verfügungsmacht eigener Art.“

II. Teil.

Führung von Prozessen um eingebrauchtes Gut.

§ 5. Allgemeine Begriffe.

Zunächst sind einige allgemeine, in ihrer Bedeutung teilweise noch schwankende Grundbegriffe festzustellen:

Was zunächst die Parteifähigkeit¹⁰²⁾ betrifft, so ist derjenige Partei, der im eigenen Namen Rechtsschutz verlangt, oder gegen den Rechtsschutz verlangt wird. Parteifähig ist also, wer Subjekt eines Prozessrechtsverhältnisses sein kann. Die Parteifähigkeit entspricht der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit.

Die Prozessfähigkeit¹⁰³⁾ besitzt, wer prozessrechtlich wirksame Willenserklärungen abgeben, überhaupt prozessrechtlich wirksame Rechtshandlungen vornehmen kann; sie entspricht der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit.

Unter Postulationsfähigkeit¹⁰⁴⁾ versteht man die Fähigkeit, persönlich vor Gericht aufzutreten, insbesondere zu plaidieren.

In der Regel ist zur Prozessführung über ein Recht das Subjekt desselben, bzw. derjenige, gegen den dieses Recht

¹⁰²⁾ Giesker-Zeller, in Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd 47 (1911), S. 577; Hellwig, Rechtskraft S. 35/36; Anspruch, S. 131, Anm. 15; System, S. 149; Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich (10. Aufl. 1911), Bd I vor § 50, S. 139; R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (1910), S. 313; Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd I (1903), S. 73/75.

¹⁰³⁾ Hellwig, System, S. 149; Stein, Bd I, vor § 51, S. 148; R. Schmidt, S. 318; Weismann, Bd I, S. 77.

¹⁰⁴⁾ Hellwig, System, S. 182; R. Schmidt, S. 321, 371.

gerichtet ist, befugt, bzw. verpflichtet.¹⁰⁵⁾ In gewissen Fällen steht nun aber die Prozessführungsbefugnis (Sachlegitimation) andern Personen als den Subjekten des streitigen Rechtsverhältnisses zu;¹⁰⁶⁾ z. B. kann ein Gläubiger im Konkursverfahren eine Forderung eines andern Gläubigers anfechten und über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung derselben ein Urteil erwirken gemäss KG Art. 250 (für das deutsche Recht vergl. die Fälle der sogenannten Prozessstandschaft bei Hellwig, System, S. 169 ff.). So sind also die Parteien nicht immer die aus dem streitigen Rechtsverhältnis berechtigten und verpflichteten Personen.

Die Sachlegitimation entscheidet die Frage, wer in einem Prozess Partei ist.

Die Aktivlegitimation (d. h. das Recht, als Kläger einen bestimmten Prozess zu führen) besitzt im allgemeinen derjenige, der das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das streitige Recht besitzt;¹⁰⁷⁾ ausnahmsweise auch derjenige, der ein rechtliches Interesse an einem Urteil über einen Anspruch hat.

Fehlt einer als Partei auftretenden Person die Sachlegitimation, so kann kein Urteil zur Sache ergehen, da die richtige Partei fehlt. Die Klage ist in diesem Fall von Amts wegen als unzulässig abzuweisen, wenn sich dies aus dem Vorbringen der Parteien ergibt.¹⁰⁸⁾ Wurde der Mangel übersehen, so ist das Urteil für die Prozessführer wirksam, aber nicht für die Personen, die den Prozess hätten führen sollen.¹⁰⁹⁾

¹⁰⁵⁾ Wach, Handbuch d. deutschen Zivilprozessrechts (1885), S. 519, und Weismann, Bd I, S. 65 beschränken den Begriff der Sachlegitimation auf diesen Fall.

¹⁰⁶⁾ Hellwig, System, S. 160/161; Stein, Vorbem. I, IV zu § 50; Rich. Schmidt, S. 311/13.

¹⁰⁷⁾ Hellwig, Anspruch, S. 128, Anm. 9, System, S. 162; R. Schmidt, S. 312/13.

¹⁰⁸⁾ Hellwig, System, S. 161/163, 163 Anm. 12.

¹⁰⁹⁾ Hellwig, System, S. 164.

§ 6. Prozessführung des Mannes.

Art. 168, Abs. 2 ZGB räumt dem Manne die Sachlegitimation (d. h. also das Prozessführungsrecht) hinsichtlich aller Aktiv- und Passivprozesse, die sich auf das eingebrachte Gut beziehen, im Rechtsverkehr mit Dritten, ein. Das deutsche Recht gibt dem Mann diese Befugnis nur für Aktivprozesse (BGB § 1380). Art. 168, Abs. 2 bezieht sich auf Prozesse über Rechte (dinglicher oder obligatorischer Art), welche der Ehefrau gegenüber Dritten zustehen und die zu ihrem eingebrachten Gut gehören, sowie auf Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche Dritter, zu deren Befriedigung eingebrachtes Gut dienen soll.

Nicht bezieht sich dieser Artikel z. B. auf Sachen, welche die Ehefrau zwar eingebracht hat, die aber — gemäss Art. 201, Abs. 3 — in das Eigentum des Ehemannes übergegangen sind.

a) Gegenstand der Klage. Führt der Mann einen Rechtsstreit um ein zum Eingebrachten gehöriges Recht, so ist Gegenstand des Prozesses das betreffende Recht der Frau, nicht das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes.¹¹⁰⁾ Kraft dieses Rechtes macht der Mann die Rechte der Frau geltend; so auch im Prozess: Der Mann verlangt einen Entscheid über das Bestehen des Rechtes der Frau oder über das Nichtbestehen eines von einem Dritten gegen sie erhobenen Anspruches. Die Klage des Mannes ist also keine der *actio confessoria* des Niessbrauchers entsprechende Klage:¹¹¹⁾ Denn da das Recht

¹¹⁰⁾ Hellwig, Anspruch, S. 202, 203; Egger, Bem. 2 c zu Art. 168, S. 162.

¹¹¹⁾ Für das deutsche Recht abw. Planck, Bem. 1 zu § 1380, S. 147: „Dieses Recht gelangt in Beziehung auf das geltend gemachte Recht durch das den Beklagten verurteilende Erkenntnis zur Anerkennung, während durch das die Klage abweisende Urteil nur im Verhältnis zwischen dem Mann und dem Beklagten festgestellt wird, dass der Mann kraft seines Verwaltungsrechtes nicht befugt war, das Recht der Frau geltend zu machen.“ Nur im Falle, wo der Mann aussergerichtlich frei verfügen konnte, werde der Prozess über das Recht der Frau geführt und im Urteil über

des Mannes abhängig ist vom Vorhandensein der Rechte der Frau, so kann in der Regel das Bestehen oder Nichtbestehen des ehemännlichen Rechtes nur dadurch festgestellt werden, indem über das Bestehen oder Nichtbestehen der Rechte der Frau entschieden wird. Will z. B. der Mann auf Grund einer zum Eingebrachten gehörigen Forderung von einem Dritten Leistung verlangen, so muss das Urteil darüber entscheiden, ob die Forderung in der Person der Frau begründet war. Eine Klage des Mannes auf Feststellung seines Verwaltungsrechts¹¹²⁾ ist allerdings auch möglich, so wenn es streitig ist, ob ein Gegenstand zum Eingebrachten oder zum Sondergut der Ehefrau gehört. Das Recht der Frau steht hier nicht in Frage, nur seine Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut und damit das Bestehen des Verwaltungsrechts des Mannes an dem betreffenden Recht.

b) Stellung des Mannes im Prozess. Art. 168, Abs. 2, lautet: „Im Rechtsstreite mit Dritten um das eingebrachte Gut hat jedoch der Ehemann die Ehefrau zu vertreten“. Berücksichtigt man nur den Wortlaut, so muss man dies so verstehen, dass der Mann als gesetzlicher Prozess-Vertreter der Frau in ihrem Namen aufzutreten hat, dass demnach immer nur die Frau und nie der Mann Partei ist (so Gmür, N. 11, 13 zu Art. 168, S. 273; Gösckke, Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd 52, S. 479—483; Giesker, diese Ztschr., Bd LXVII, S. 579). Bedenken werden jedoch

dieses entschieden. Ebenso Dernburg, Bd IV, S. 150; Staunding, Bem. 1 zu § 1380, S. 226. Friedleben, S. 38. Gegen diese Ansicht vor allem Hellwig, Anspruch, S. 202 ff.; er hebt u. a. treffend hervor, dass der Charakter einer Klage sich aus dem Klagantrag bestimme und nicht nach der Wirkung des Urteils. Wie Hellwig: Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 158; Binder, Prozessführung und Verfügungsmacht i. Beiträgen z. Auslegung d. bürgerl. Gesetzbuches, herausg. v. Bernhöft und Binder, Bd I, Heft 2 (1902), S. 123; Herr, Die gerichtl. Geltendmachung einer zum eingebrachten Gut gehörigen Forderung durch den Ehemann, Jherings Jahrb., Bd XLVI (1904), S. 229 ff.

¹¹²⁾ Hellwig, S. 303.

entstehen, wenn man den rechtlichen Charakter des ehemännlichen Rechts, sowie die früheren Entwürfe des ZGB in Betracht zieht. Wenn der Mann bei Ausübung seines Verwaltungsrechtes im eigenen Namen handeln muss, so sollte er auch konsequenterweise bei der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte der Frau im eigenen Namen auftreten; denn die Prozessführung gehört hier zur gewöhnlichen Verwaltung und die Verwaltungshandlungen muss eben der Mann im eigenen Namen vornehmen.

Entw. I, Art. 191, Abs. 2 (1900) lautete: „Im Rechtsstreite um das eingebrachte Gut ist der Ehemann sowohl als Kläger wie als Beklagter Prozesspartei“; ähnlich Entwurf 2, Art. 166, Abs. 2 (1904); s. auch Prot. der Exp.-Komm., 1901, S. 215. Aus den Beratungen des Nationalrates und des Ständerates ging der betreffende Artikel in folgender Fassung hervor: „Im Rechtsstreite . . . hat jedoch der Ehemann allein die Fähigkeit, als Kläger oder als Beklagter aufzutreten“. Die jetzige Formulierung ist offenbar durch die Tätigkeit der Redaktionskommission entstanden.

Ferner ist in Erwägung zu ziehen:

1. Dass der Mann, wenn er — gemäss Art. 168, Abs. 2 — mit Dritten einen Prozess um eingebrachtes Frauengut führt, ein eigenes — grundsätzlich unbeschränktes — Prozessführungsrecht geltend macht.

2. Dass in einem solchen Prozess regelmässig auch über sein eigenes Verwaltungsrecht entschieden wird.

Da der Mann aussergerichtlich nicht als gesetzlicher Vertreter handelt, so erscheint es auch aus diesem Grunde unverständlich, warum er im Prozess in dieser Eigenschaft „auftreten“ sollte (vergl. Wieland, S. 388; Wach, S. 551; Schulz, S. 112). Von diesen Gesichtspunkten aus wäre Art. 168, Abs. 2 so zu interpretieren: Der Mann besitzt das Prozessführungsrecht hinsichtlich aller Rechtsstreitigkeiten mit Dritten um eingebrachtes Gut; er führt den Prozess im eigenen Namen als Partei (Wieland, S. 384. Schulz, S. 111; Schweizer, S. 29); die Frau ist zur Prozessführung nicht legitimiert.

Tatsächlich sind auch einige Gerichtsentscheide davon ausgegangen, dass der Mann solche Prozesse im eigenen Namen als Partei führen könne. Der Berner Appellationshof führt z. B. folgendes aus (Ztschr. des bern. Jur.-Ver., Bd LII, S. 21): In Art. 168, Abs. 2 handle es sich um eine durch den Güterstand bedingte Beschränkung der Dispositionsbefugnis der Ehefrau, „infolge deren der Ehemann befugt ist . . . Prozesse mit Dritten um das eingebrachte Gut im eigenen Namen zu führen. Der Ehemann ist daher im Rechtsstreite mit Dritten um das eingebrachte Gut nicht blosser Vertreter oder Bevollmächtigter, sondern Prozesspartei“ (vergl. ferner in derselben Ztschr. weitere Entscheide, Bd LI, S. 38/39; Bd LIX, S. 625).

Auch das Bg hat sich — zwar in nicht ganz klarer Weise — zu dieser Auffassung bekannt, Entsch. d. Bg, Bd XXXIX^{II} (1913), S. 87, 88: „Wenn die Vorinstanz ausführt, dass damit (Art. 168, Abs. 2) nicht nur eine gesetzliche Prozessvollmacht des Ehemannes statuiert, sondern dass dieser als Verwalter des ehelichen Vermögens eigentliche Prozesspartei ist, so ist ihr durchaus beizupflichten. Als Haupt und gesetzlicher Vertreter der ehelichen Gemeinschaft sowie kraft seines eigenen Interesses als Verwalter und Nutzniesser des ehelichen Vermögens kann der Mann Prozesse mit Dritten um jenes Gut im eigenen Namen führen“. Das Bg weist mit Recht darauf hin, dass dem Mann diese Befugnis kraft seines ausgedehnten Verwaltungsrechtes zustehe (ebenso Hellwig, System, S. 162; Wieland, S. 390). Wenn es als weiteren Grund dafür die Eigenschaft des Mannes als gesetzlichen Vertreters der Gemeinschaft anführt, so hat diese Bezeichnung nur den Wert eines Bildes, wie auch die Ausdrucksweise Hubers, Erl., S. 145, der den Mann dem geschäftsführenden Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft vergleicht!

Der Vertreter einer Gemeinschaft oder einer Gesellschaft übt Rechte aus, die an und für sich jedem Mitglied zustehen, und verpflichtet daher durch seine Handlungen

auch die übrigen Mitglieder; der Mann dagegen macht nur die Rechte der Frau geltend, deren Ausübung ihm allerdings als eigenes Recht zusteht. Die Bezeichnung des Mannes als Vertreter der Gemeinschaft kann nur bedeuten, dass der Mann mit Wirkung für und gegen die Gemeinschaft (d. h. für und gegen die Frau) solche Prozesse führen kann.

Egger (Kommentar, Bem. 2 c zu Art. 168, S. 162) anerkennt ausdrücklich die Möglichkeit, dass der Ehemann ausschliesslich als Partei einen Prozess über eingebrachtes Frauengut führen könnte.

Nach dem Kommentar von Rossel et Menthä ist der Mann grundsätzlich als Partei anzusehen: „C'est lui qui sera le demandeur ou défendeur à moins qu'il ne donne pas à la femme les pouvoirs nécessaires pour plaider“ (Manuel du droit civil suisse, I, S. 241).

Angesichts vorstehender Ausführungen muss es zweifellos als zulässig betrachtet werden, dass der Mann im eigenen Namen Prozesse mit Dritten um eingebrachtes Gut führt.

Ein Urteil, das der Mann im eigenen Namen über ein Recht der Frau erwirkt hat, sollte aus praktischen Gründen auch der Frau gegenüber wirksam sein: die Gegenpartei hätte sonst gar keine Möglichkeit, ein der Frau gegenüber gültiges Urteil zu erlangen, denn die Frau brauchte sich selbst auf keinen Prozess einzulassen, da ihr gemäss Art. 168, Abs. 2 die Sachlegitimation fehlt, und ein nur gegen den Mann wirksames Urteil könnte gegen sie nicht vollstreckt werden. Der Gegenpartei muss aber ein Recht auf einen definitiven Entscheid über das streitige Recht zuerkannt werden (Wieland, S. 389/390; Schulz, S. 111 und 112; Schweizer, S. 29; Friedleben, S. 39). Der Dritte müsste sonst, um auf das eingebrachte Gut greifen zu können, zuerst gegen die Frau als Verwalterin ihres Sondergutes vorgehen, und dann — nach Durchführung der Zwangsvollstreckung in das Sondergut — die — gemäss ZGB Art. 175 fällig werdenden — Ersatz- und Rückfor-

derungen der Ehefrau gegen ihren Mann pfänden lassen; er hätte also mehrere Prozesse zu führen. Ein derart kompliziertes Verfahren kann man aber der Gegenpartei nicht zumuten. Ausserdem könnte die Frau, nachdem der Mann mit einer im eigenen Namen erhobenen Klage abgewiesen worden ist, später — nach Auflösung der Ehe — nochmals über denselben Gegenstand einen Prozess durchführen.

Der Mann sollte demnach Prozesse über Rechte der Frau führen können mit der Wirkung, dass die dadurch geschaffene Rechtslage auch der Frau gegenüber wirksam wird, obschon sie im Prozess nicht ausdrücklich als Partei aufgetreten ist (Wieland, S. 389; Schulz, S. 112).

Aus den angeführten Entscheiden geht nicht hervor, ob der Mann nur Partei, oder auch zugleich Vertreter der Frau ist. Diejenigen Schriftsteller, welche die Ansicht vertreten, dass der Mann einen Prozess um eingebrachtes Gut im eigenen Namen führen könne, bezeichnen ihn doch als Vertreter (der Frau) und Partei zugleich (Wieland, S. 390/391; Egger, Bem. 2 c zu Art. 168, S. 162).

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn so allein lässt sich die geforderte Erstreckung der Rechtskraftwirkung auf die Frau prozessrechtlich begründen. Wäre der Ehemann ausschliesslich Partei, so würde das Urteil der Ehefrau gegenüber unverbindlich sein gemäss dem zivilprozessualen Grundsatze, dass ein Urteil nur den Parteien gegenüber das streitige Rechtsverhältnis definitiv feststellt. Eine Ausnahme von dieser Regel hätte das Gesetz ausdrücklich statuieren müssen, indem es dem Ehemann die Prozessstandschaft (das Nähere hierüber unten) zugekannt hätte.

Das Gesetz hat jedoch diesen Weg nicht gewählt, sondern den Ehemann als Prozessvertreter der Frau bezeichnet. Führt also der Mann einen Prozess um eingebrachtes Frauengut, so ist er regelmässig als Vertreter der Ehefrau anzusehen, auch wenn er dies nicht ausdrücklich zu erkennen gibt. Andrerseits ist der Mann regelmässig auch

Partei, weil immer mittelbar über sein Verwaltungsrecht entschieden wird. Die Gegenpartei kann alle Verteidigungsmittel (z. B. Retentionsrecht u. a. Einreden), die ihr gegenüber der Frau offen standen, auch dem Manne gegenüber anwenden, denn der Mann vermag die Rechte der Frau nur in der Weise geltend zu machen, wie die Frau selber dies tun könnte. In gewissen Fällen ist jedoch der Mann allein Partei; z. B. wenn er kraft seines Verwaltungsrechtes die Herausgabe eingebrachter Sachen von Dritten verlangt, welche sein Verwaltungsrecht bestreiten.

Im deutschen Recht wirkt nach herrschender Ansicht¹¹³⁾ ein Urteil, das der Mann durch seine Prozessführung über Rechte der Frau im eigenen Namen erwirkt hat, nicht gegen die Frau, selbst dann nicht, wenn diese der Prozessführung zustimmte (ausser in den Fällen, wo der Mann die ausserprozessuale Verfügungsbefugnis hatte,

¹¹³⁾ Planck, Bem. 7 zu § 1380, S. 148, 149; Staudinger, Bem. 6 zu § 1380, S. 229; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 159; Binder, S. 132, 133; Herr, S. 259, 263.

Als Gründe für diese Ansicht werden angeführt: 1. Die Interessen der Gegenpartei würden geschädigt, wenn die Frau durch (nachträgliche) Zustimmung ein vom Manne erwirktes günstiges Urteil für sich wirksam machen könnte; denn die Gegenpartei sei in dem Prozess mit dem Manne ungünstiger gestellt, als wenn sie mit der Frau selbst prozessiert hätte, in bezug auf Verwendung von Verteidigungsmitteln, so Planck, l. c.; Herr, S. 263. Dieser Einwand fällt dahin, wenn man von der richtigen Auffassung ausgeht, dass der Mann auch im Prozess die Rechte der Frau geltend macht; dann kann die Gegenpartei alle Abwehrmittel, die sie bei Geltendmachung solcher Rechte durch die Frau hätte anwenden können, auch bei der Prozessführung des Mannes benützen. 2. Das zweite von Binder und Herr angeführte Argument ist rein doktrinärer Art: Nach den Bestimmungen des Gesetzes sei die Zustimmung der Frau nur bei Verfügungen des Mannes von Bedeutung; die Prozessführung sei keine Verfügung; daher habe die Zustimmung der Frau hier nicht die Wirkung, die Frau an das Endergebnis des Prozesses zu binden, wohl aber würden dadurch die einzelnen prozessualen Verfügungen (Anerkenntnis, Verzicht) ihr gegenüber wirksam!! Binder, S. 134; Herr, S. 262/263.

BGB § 1380). Ausführlich wird diese Ansicht bekämpft und widerlegt von Hellwig (Anspruch, S. 308/311); nach seiner Ansicht bewirkt die Zustimmung der Frau zur Prozessführung des Mannes, dass das Urteil auch ihr gegenüber Wirkung hat. Hier ist die Frau nicht als Partei anzusehen. Der Ehemann besitzt nämlich — hinsichtlich der eingebrachten Rechte — die Prozessstandschaft,¹¹⁴⁾ d. h. die Fähigkeit, im eigenen Namen über fremde Rechte Prozesse zu führen mit der Wirkung, dass die ergehenden Urteile auch unmittelbar gegenüber dem Subjekt des betreffenden Rechtes in Rechtskraft erwachsen.

c) Verhältnis der Art. 168, Abs. 2 und 202, Abs. 1 ZGB. Es fragt sich, ob die Prozessführung als Verfügung im Sinne des Art. 202 zu betrachten ist und ob demnach der Mann in gewissen Fällen der Zustimmung der Frau zu seinen Prozesshandlungen bedarf. In der Führung eines Rechtsstreites liegt an sich keine Verfügung;¹¹⁵⁾ denn der Zweck der Prozessführung ist regelmässig Rechtsverteidigung,¹¹⁶⁾ Schutz bestehender Rechte, nicht Änderung solcher. Unter Umständen wird aber „durch Herbeiführung eines unrichtigen Urteils, das bestehende Rechte ab-, nicht bestehende Verpflichtungen anerkennt, wirtschaftlich im Endergebnis die gleiche Wirkung wie durch Zivilrechtsgeschäfte herbeigeführt“ (Hellwig, Anspruch, S. 211; System, S. 162).

Art. 202 ZGB regelt nun nur die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis; Art. 168, Abs. 2 regelt das Prozessführungsrecht des Mannes; in beiden Artikeln werden also grundsätzlich verschiedene Materien behandelt. Auch wenn man die Prozessführung als Verfügung im Sinne des Art. 202 betrachten wollte, so würde doch die Spezial-

¹¹⁴⁾ Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (1903) Bd I, S. 323, Bd II, S. 362, 363; Derselbe: System S. 166—168 ff., 823.

¹¹⁵⁾ Hellwig, Anspruch, S. 212, System, S. 162; Planck, Bem. 1 zu § 1380, S. 147; Staudinger, Bem. 1 zu § 1380, S. 226; Grome, S. 297; Binder, S. 112; Friedleben, S. 37/38.

¹¹⁶⁾ Hellwig, l. c.

norm des Art. 168, Abs. 2 (wo eine Zustimmung der Frau nie in Frage kommt) der allgemeinen Norm des Art. 202 vorgehen. Daher hat der Mann unter Umständen im Prozess weitergehende Befugnisse als im aussergerichtlichen Rechtsverkehr.¹¹⁷⁾ Die Frau kann aber wohl nach kantonalem Prozessrecht intervenieren.¹¹⁸⁾

Hat der Mann durch seine nachlässige Prozessführung die Frau geschädigt, so entsteht für diese eine Ersatzforderung; die Frau kann schon nach Ausgang des Prozesses auf Feststellung derselben klagen (dies wird sich oft empfehlen, da der Beweis für das Bestehen einer solchen Ersatzforderung später schwieriger sein wird).

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob der Mann auf Grund des Art. 168, Abs. 2 auch zur selbständigen Vornahme solcher prozessualer Rechtshandlungen befugt ist, die zugleich die Bedeutung von zivilrechtlichen Verfügungen haben, wie Anerkenntnis einer fremden Forderung oder Verzicht auf ein Recht der Frau. Dies ist zu bejahen, denn es handelt sich eben auch hier in erster Linie um Akte der Prozessführung über eingekochtes Gut und daher ist auch in solchen Fällen der Mann nicht an die Zustimmung der Frau gebunden. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Frau eine derartige Prozesshandlung des Mannes durch den Nachweis anfechten kann, der Mann habe sein Prozessführungsrecht dazu benutzt, um eine Verfügung ohne ihre Einwilligung vorzunehmen, also um die Vorschrift des Art. 202, Abs. 1 zu umgehen.

d) Aktivprozesse. Der Mann kann in der Klage verlangen, dass ein Dritter, der auf Grund einer zum Eingekochten gehörigen Forderung zu einer Leistung verpflichtet ist, diese ihm selbst gegenüber erbringe.

¹¹⁷⁾ Egger, Bem. 2 e zu Art. 168, S. 162; Gösckke, l. c., S. 484.

¹¹⁸⁾ Wieland, S. 391, 392; Egger, Bem. 2 d zu Art. 168, S. 162; Schulz, S. 112; Schweizer, S. 29; Gmür, Nr. 16 zu Art. 168, S. 273/74, bestreitet das Interventionsrecht der Frau. Ebenso Gösckke, Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd III, S. 484.

Da im deutschen Recht der Mann nur eine sehr beschränkte Verfügungsbefugnis hat (BGB § 1376), so kann er dort regelmässig nicht Leistung an sich, sondern nur an die Frau oder an ihn mit ihrer Zustimmung oder an beide zusammen, oder Hinterlegung für beide verlangen;¹¹⁹⁾ denn in der Annahme einer geschuldeten Leistung liegt eine Verfügung und zur Vornahme einer solchen ist der Mann von sich aus nicht befugt.

Nach Schweizerrecht kann der Mann Leistung an sich selbst verlangen, denn die Annahme einer geschuldeten Leistung gehört zur gewöhnlichen Verwaltung. Will der Mann korrekt vorgehen, so hat er sowohl im eigenen wie im Namen der Frau Klage zu erheben. Hat die Klage Erfolg, so ist im Urteil festzustellen, dass der Beklagte zu einer Leistung an die Frau verpflichtet ist und dass er dieselbe an den Ehemann als den Verwalter des ehelichen Vermögens zu erbringen hat.

Würde das Urteil ausschliesslich auf den Namen der Frau lauten, so könnte trotzdem der Ehemann von dem Beklagten — auch auf dem Betreibungswege — Erfüllung an sich selbst verlangen.

Bei Wegfall des ehemännlichen Rechts kann die Frau in beiden Fällen ohne weiteres selber die Vollstreckung des Urteils veranlassen.

Wird die Klage abgewiesen, so steht — in beiden Fällen — einer allfälligen (nach Auflösung des Güterstandes) von der Frau erhobenen Klage über denselben Gegenstand die Einrede der res iudicata entgegen. Hat der Mann den Prozess nur in seinem Namen geführt, und lautet auch das Urteil ausschliesslich auf seinen Namen, so muss doch immer darin zum Ausdruck kommen, dass über ein Recht der Frau entschieden wurde.

Der Dritte wird in diesem Falle verurteilt, an den

¹¹⁹⁾ Planck, Bem. 5 zu § 1380, S. 140; Staudinger, Bem. 5 zu § 1380, S. 228; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 158; Hellwig, Anspruch, S. 305; v. Tuhr, S. 258, Anm. 134; Herr, S. 242/43.

Mann zu leisten. Tritt nun Gütertrennung ein, bevor die Leistung erbracht wurde, so kann die Ehefrau nicht ohne weiteres gegen den Dritten vorgehen, denn aus dem Urteil ist formell zum Empfang der Leistung nur der Mann berechtigt. Der Mann muss ihr daher den Vollstreckungsanspruch zedieren, oder ihr den Vermögenswert der Leistung, zu der die beklagte Partei verurteilt wurde, ersetzen. Das Urteil wirkt aber insofern gegen sie, als sie keine neue Klage gegen den Dritten anheben kann.

Der Kostenentscheid in einem für die Ehegatten ungünstigen Prozesse sollte immer auf den Namen des Mannes lauten, da er zur Tragung der Verwaltungskosten des eingebrachten Gutes (und dazu gehören auch die Kosten eines Prozesses) verpflichtet ist; prozessual ist dies dann möglich, wenn er den Prozess ausschliesslich oder auch im eigenen Namen geführt hat.

e) Passivprozesse. Auch hier ist nach Schweizerrecht der Mann legitimiert, während nach deutschem Recht nur die Frau das Prozessführungsrecht besitzt.¹²⁰⁾ Die Regelung des ZGB rechtfertigt sich aus folgender Erwägung: Der Mann ist gemäss Art. 200 ZGB zunächst nur der Frau gegenüber zur Verwaltung verpflichtet; dazu gehört Bezahlung ihrer Schulden aus ihrem Vermögen; die Frau selbst kann diese regelmässig nicht tilgen, da ihr die Verfügung über ihr Vermögen fehlt. Es muss daher der Mann auch Dritten gegenüber verpflichtet sein, die Verbindlichkeiten der Ehefrau zu erfüllen. Der Mann wird dadurch nicht selber Schuldner (Hellwig, System, S. 167; anders noch Anspruch, S. 320/23), allein ein Dritter kann von ihm Erbringung der Leistung fordern, für welche das eingebrachte Gut haftet. Siegt der Dritte im Prozess — den er gegen den Mann allein führte —, so kann das Urteil nicht einfach den Mann zur Zahlung verurteilen, denn dadurch würde dieser für Schulden der Frau (auch für

¹²⁰⁾ Planck, Bem. 10 zu § 1380, S. 150; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 160; Friedleben, S. 52.

voreheliche) persönlich haftbar; er müsste, falls die Frau keine oder nicht ausreichende Aktiva besitzt, mit seinem eigenen Vermögen für ihre Schulden einstehen. Diese Gefahr wird vermieden, wenn das Urteil folgendermassen lautet: Der Mann habe die betreffende Schuld zu bezahlen, soweit das in seiner Verwaltung befindliche Frauenvermögen ausreicht. Damit wären aber die Interessen der Gegenpartei nicht gewahrt; denn, wird die Güterverbindung aufgelöst, bevor die Leistung erbracht ist, so hätte das Urteil keine Wirkung mehr gegen den Mann, und gegen die Ehefrau könnte es in dieser Fassung noch nicht vollstreckt werden. Ferner könnte in diesem Fall das Urteil immer nur in das eingebrachte Frauengut vollstreckt werden, denn ohne Spezialvollmacht seitens der Frau kann der Ehemann nicht mit Wirkung gegen ihr Sondergut prozessieren; es ergäbe sich somit eine Haftung, die das ZGB gar nicht vorsieht, Art. 207, 208. Will daher der Gläubiger sicher gehen und das gesamte Frauenvermögen in Anspruch nehmen, so muss er gegen Mann und Frau zugleich klagen. In diesem Falle sind also beide Gatten richtige Beklagte (Wieland, S. 392; Egger, Bem. 2 c zu Art. 168, S. 162; A. M.: Huber, Ref., S. 558). Das Urteil muss dann etwa folgendermassen lauten: Die Ehefrau wird verurteilt, dem X die Summe von 1000 zu bezahlen; der Ehemann hat diesen Betrag aus dem eingebrachten Frauengut dem Kläger X zu entrichten, sofern und soweit dieser nicht aus dem Sondergut befriedigt worden ist.

Der siegreiche Kläger kann dann nach seiner Wahl gegen die Ehefrau persönlich als verfügbungsberechtigte Verwalterin ihres Sondergutes vorgehen; kommt er dabei zu Verlust, so kann er entweder ihre güterrechtlichen Ansprüche gegen den Ehemann pfänden lassen (ZGB Art. 175, Abs. 1), oder Vollstreckung in das noch vorhandene eingebrachte Gut gegenüber dem Ehemanne verlangen. Er kann aber auch zuerst das eingebrachte Gut in Anspruch nehmen und dann unter Umständen das Sondergut.

Das gilt natürlich nur bei Schulden, für welche das gesamte Frauenvermögen haftet (ZGB Art. 207).

Betreibungen für solche Schulden sind gegen den Mann zu richten.¹²¹⁾ Da jedoch für alle Schulden der Frau immer das Sondergut haftet, so kann die Ehefrau auch immer persönlich betrieben werden;¹²²⁾ dem Zugriff des pfändenden Gläubigers stehen dann nur die Sondergutsobjekte offen, ausser wenn es sich um Berufs- oder Gewerbeschulden der Frau handelt (Art. 207, Ziff. 3 ZGB; für diese haftet dann das ganze Frauenvermögen, wenn der Mann der Berufsübung der Frau zustimmte). Kommt ein Gläubiger der Ehefrau auf Pfändung für eine Vollschuld (d. h. für eine solche, für die das gesamte Frauenvermögen haftet) zu Verlust, so kann er die Ersatzforderung der Ehefrau pfänden lassen¹²³⁾ (Art. 175 ZGB) oder Anordnung der Gütertrennung verlangen gemäss Art. 185 ZGB.

§ 7. Prozessführung der Ehefrau.

a) Wirkung des Art. 168, Abs. 2 auf die Stellung der Ehefrau. Damit, dass oben gesagt wurde, Art. 168, Abs. 2 räume dem Mann das Prozessführungsrecht bei Streitigkeiten um eingebrachtes Gut ein, ist zugleich auch schon die Ansicht ausgesprochen, dass die Ehefrau dadurch nicht in ihrer Prozessfähigkeit¹²⁴⁾ beschränkt wird, sondern

¹²¹⁾ Egger, Bem. 3 zu Art. 168, S. 162; Wieland, S. 392; Gmür, N. 30 zu Art. 168, S. 276; Jäger, Bd I, Bem. 2 zu Art. 47, S. 96/97; Schweizer, S. 29.

¹²²⁾ Egger, Bem. 3 a zu Art. 168, S. 163; Jäger, Bem. 4 zu Art. 47, S. 99.

¹²³⁾ Unrichtig Giesker (Bd XLVII, S. 583), welcher meint, der Gläubiger könne die ins Eigentum des Mannes übergegangenen, noch vorhandenen Vermögensobjekte der Frau pfänden. Man kann aber nicht Objekte, die im Eigentume eines Nichtschuldners stehen, und an denen der Schuldner kein dingliches Recht hat, pfänden.

¹²⁴⁾ Entsch. d. bern. App.-Hofes in Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd LI (1915), S. 39, Bd LII (1916), S. 21. Ebenso Göschke,

nur in ihrer prozessualen Dispositionsbefugnis. Das Prozessführungsrecht hinsichtlich des eingebrachten Gutes ist ihr entzogen, wie ihr im aussergerichtlichen Rechtsverkehr die Verfügungsbefugnis darüber fehlt.

Dagegen ist die Frau durchaus nicht in ihrer Fähigkeit, rechtlich wirksame Erklärungen in einem Prozesse um eingebrachtes Gut abzugeben, schlechthin beschränkt, so dass solche eigenmächtig abgegebenen Erklärungen nichtig wären. Die Frau kann z. B. in einem gegen sie allein gerichteten Prozess mit Rechtswirksamkeit ihre Passivlegitimation bestreiten. Sie kann aber auch einen Prozess um eingebrachtes Gut mit Rechtswirksamkeit führen, wenn sie hiezu vom Ehemann gehörig bevollmächtigt wurde. Das erwirkte Urteil gilt dann auch ihm gegenüber, da der Mann eben Rechtshandlungen der Frau, die sich auf ihr eingebrachtes Gut beziehen, gegen sich gelten lassen muss, wenn er ihrer Vornahme durch die Frau zustimmte (und in der Erteilung einer Prozessvollmacht ist die Zustimmung zur Prozessführung enthalten).

Eine Beschränkung der Prozessfähigkeit der Ehefrau ist in Art. 168, Abs. 2 nicht statuiert und wäre auch nicht gerechtfertigt; das Interesse des Ehemannes ist dadurch genügend gewahrt, dass der Ehefrau das Recht, Prozesse um eingebrachtes Gut zu führen, entzogen ist. Der Frau fehlt somit die Sachlegitimation zu Aktivprozessen über eingebrachtes Gut mit Dritten.¹²⁵⁾ Ergibt sich dieser Mangel aus dem Parteivorbringen oder ist er notorisch, so ist die von der Frau ohne Ermächtigung des Mannes erhobene Klage von Amts wegen als unzulässig abzuweisen.¹²⁶⁾

Bd VII, S. 475; Unrichtig Giesker, Bd XLVII, S. 577, 582, 584. Für das deutsche Recht gilt das Gleiche: Planck, Bem. 1 zu § 1400, S. 177.

¹²⁵⁾ Entsch. d. bern. Appell.-Hofes in der zit. Ztschr., Bd LI, S. 38/39, Bd LII, S. 22; Wieland, S. 390; Hellwig, Anspruch, S. 313/15 Friedleben, S. 52; Planck, Bem. 1 b zu § 1400, S. 177.

¹²⁶⁾ Entsch. d. bern. Appell.-Hofes in der zit. Ztschr., Bd LI, S. 39; Wieland, S. 390; Göschke in der zit. Ztschr., Bd LII,

Die Zustimmung des Mannes, die auch nachträglich oder durch konkludente Handlung erfolgen kann, ersetzt die fehlende Legitimation.¹²⁷⁾ Wird der Prozess trotz Mangel derselben von der Frau durchgeführt, so ist das Urteil dem Mann gegenüber unwirksam (es ist nicht absolut richtig, wie es bei Prozessführung durch eine in der Prozessfähigkeit beschränkte Person der Fall wäre); denn er war nicht Partei und die Frau ihm gegenüber nicht berechtigt,¹²⁸⁾ einen solchen Prozess zu führen. Die Gegenpartei braucht sich auf eine nur von der Frau erhobene Klage nicht einzulassen,¹²⁹⁾ ausser wenn die Frau nachweist, dass sie einen Sondergutsanspruch geltend macht, oder dass der Mann ihrer Prozessführung zustimmte. Hat die Frau trotz mangelnder Legitimation den Prozess geführt und ist abgewiesen worden, so kann der Mann über denselben Gegenstand eine neue Klage erheben, ohne dass ihm mit Erfolg die Einrede der res iudicata entgegengehalten werden könnte; die Frau kann jedoch nicht mehr intervenieren;¹³⁰⁾ denn sie ist an das erste Urteil gebunden; wird dann in dem vom Manne erwirkten Urteil eine andere Rechtslage geschaffen, so ist diese auch ihr gegenüber wirksam.

b) Passivprozesse. Grundsätzlich ist nach Schweizerrecht zur Führung solcher Prozesse nur der Mann legitimiert (Egger, Bem. 2 c zu Art. 168, S. 162; Schulz, S. 112). Bei Geldforderungen Dritter ist jedoch die Sach-

S. 487; Planck, Bem. 1 b zu § 1400, S. 177; Hellwig, Anspruch, S. 314; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 159.

¹²⁷⁾ Entsch. d. bern. Appell.-Hofes in der zit. Ztschr., Bd XLIX, S. 508/509; Entsch. d. App.-Gerichtes Basel-Stadt, Bd II, 1912, S. 160; Göschke, Bd LII, S. 490, 488; Gmür, Nr. 25 zu Art. 168, S. 275.

¹²⁸⁾ Wieland, S. 389, 390, Entsch. d. bern. Appell.-Hofes in der zit. Ztschr., Bd LII, S. 440, Göschke, Bd LII, S. 493; Hellwig, Anspruch, S. 315; Planck, Bem. 3 a zu § 1400, S. 178.

¹²⁹⁾ Wieland, S. 390; Göschke, l. c.; Hellwig, Anspruch, S. 314.

¹³⁰⁾ Hellwig, Anspruch, S. 315.

legitimation der Ehefrau immer gegeben, denn es kann sich um Sondergutsschulden derselben handeln, über die sie allein prozessieren kann; ferner haftet sie für alle ihre Schulden auch mit ihrem Sondergut. Ausserdem ist es nicht Sache des Gerichts, zu prüfen, was für Schulden vorliegen. Diese Frage wird erst bei Vollstreckung des Urteils von Bedeutung (Wieland, S. 392/393, Entsch. des bern. Appellationshofes in der zit Ztschr., Bd LII, S. 439/440). Geldforderungen Dritter können daher¹³¹⁾ immer gegen die Frau eingeklagt werden, ohne dass diese mit Erfolg ihre Passivlegitimation bestreiten kann.

Klagt ein Dritter kraft eines dinglichen Rechtes auf Herausgabe einer zum eingebrachten Gut gehörigen Sache gegen die Ehefrau, dann braucht sie allerdings wegen mangelnder Passivlegitimation nicht darauf einzutreten; wird der Prozess trotzdem durchgeführt, so kann das Urteil im Falle des Obsiegens des Klägers gegen den Mann nicht vollstreckt werden; der Dritte müsste eine neue Klage gegen den Mann erheben. Tritt aber Gütertrennung ein, so wird das im Prozesse mit der Frau ergangene Urteil gegen diese vollstreckbar. Hat die Frau den Prozess mit Zustimmung des Mannes geführt, so kann das ergehende Urteil direkt in das ganze Frauenvermögen vollstreckt werden; diese Zustimmung kann z. B. darin liegen, dass der Mann in den Prozess der Frau interveniert. Nimmt die Ehefrau als Beklagte einen Prozess auf, so ist diese Zustimmung regelmässig zu vermuten.¹³²⁾

Im deutschen Recht ist nach herrschender Ansicht zu Passivprozessen die Frau allein legitimiert.¹³³⁾ Sie kann aber nicht mit Wirksamkeit dem Ehemann gegenüber prozessuale Verfügungen wie Anerkenntnis und Verzicht

¹³¹⁾ A. M. Giesker l. c., S. 582. Für die im Text vertretene Auffassung: Göscké, l. c., S. 493; Wieland, Ref., S. 392, 393.

¹³²⁾ Egger, Bem. 2 d zu Art. 168, S. 162.

¹³³⁾ BGB § 1400; Planck, Bem. 11 zu § 1380, S. 149/150; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 160; Friedleben, S. 52.

vornehmen.¹³⁴⁾ Das Urteil ist zunächst nur gegen das freie Vermögen (Vorbehaltsgut) der Frau vollstreckbar;¹³⁵⁾ dem Mann gegenüber ist es nur wirksam, wenn er der Prozessführung zustimmte.¹³⁶⁾ Unter denselben Voraussetzungen und mit derselben Wirkung kann die Frau auch einen Aktivprozess führen.¹³⁷⁾ Zur Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann bezüglich des eingebrachten Gutes ist aber in jedem Fall Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung (deutsche Zivilpr.-Ordng § 739) erforderlich. Der Dritte kann zugleich gegen die Frau auf Leistung und gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung klagen. Dann besteht zwischen Mann und Frau eine sogenannte unechte Streitgenossenschaft.¹³⁸⁾

Ein selbständiges Prozessführungsrecht¹³⁹⁾ besitzt — nach schweizerischem Recht — die Frau in folgenden Fällen:

- a) bei Prozessen um ihr Sondergut (arg. Art. 168, Abs. 2 ZGB);
- b) bei Prozessen gegen den Ehemann oder dessen Erben (arg. Art. 168, Abs. 2);
- c) im Bereich ihrer gesetzlichen Vertretungsbefugnis (Giesker, zit. Ztschr. Bd XLVII, S. 594, 588) gemäss dem Grundsatz, dass demjenigen, der das Verwaltungs- und Verfügungsrecht besitzt, auch das Recht der Prozessführung zusteht;

¹³⁴⁾ Hellwig, Anspruch, S. 317; Planck, Bem. 2 zu § 1400, S. 177.

¹³⁵⁾ Hellwig, l. c.

¹³⁶⁾ Hellwig, l. c.; Planck, Bem. 3 a zu § 1400, S. 177/78, Mot., Bd IV, S. 232; Entsch. d. Reichsger. in Ziv.-Sachen, Bd LVI (1907), S. 77.

¹³⁷⁾ Planck, Bem. 3 b zu § 1400, S. 178.

¹³⁸⁾ Planck, Bem. 11 zu § 1380, S. 150; Stein, Bd I, Bem. V zu § 52, S. 161.

¹³⁹⁾ Vergl. ferner: Rossel et Mentha, I, S. 241/242; Göschke, l. c., S. 475—480, 490, 491; Giesker, l. c., S. 580/581, 585—590.

d) wenn zwischen Mann und Frau starke Interessenkollisionen bestehen (Giesker, zit. Ztschr., Bd XLVII, S. 585/586; Göschke, Bd LII, S. 478; Gmür, Nr. 28 zu Art. 168, S. 276); es ist ein zwingendes Erfordernis der Billigkeit, dass in solchen Fällen der Mann nicht für die Frau den Prozess führen darf (z. B. ein Dritter hat gegen die Ehefrau eine negative Feststellungsklage erhoben des Inhalts, dass eine Forderung derselben an ihn nicht bestehe, und der Ehemann ist Bürge des [nicht sehr solventen] Drittenschuldners für diese Forderung). Ob jedoch ein solcher Fall von Interessenkollisionen zwischen den Gatten, der das Prozessführungsrecht des Mannes ausschliesst, vorliegt, muss vom Richter festgestellt werden; nur mit seiner Ermächtigung kann dann die Frau selbständig den Prozessweg beschreiten;

e) in Fällen, wo der Richter den Schuldner anwies, an die Ehefrau zu erfüllen (Giesker, Bd XLVII, S. 599; vergl. ferner S. 595/596); denn dadurch hat der Mann die Verwaltung und Verfügung über die betreffende Forderung und damit das Prozessführungsrecht verloren.
