

**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:** 42 (1923)

**Buchbesprechung:** Besprechungen und Anzeigen

### **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:** 17.04.2026

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

## Besprechungen und Anzeigen.

---

**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, herausgegeben von Dr. M. Gmür. Band II, Familienrecht, 1. Abteilung, **Das Eherecht**, erläutert von Prof. Dr. Max Gmür. 2. Auflage, Bern 1923. (Stämpfli & Cie.)

Es ist als ein wahres Glück für die Rechtswissenschaft zu bezeichnen, dass einzelne Teile der ersten Auflage des Gmürschen Kommentars zum ZGB so rasch vergriffen worden sind, so dass nun, nach dem Bd. I und dem Bd. IV, 1. und 3. Abteilung, auch die 1. Abteilung von Bd. II, enthaltend das Eherecht und kommentiert von Gmür, in zweiter Auflage erschienen ist. Das Bedürfnis nach einer solchen ergab sich aus verschiedenen Umständen: Vor allem natürlich daraus, dass die im ersten Jahrzehnt des ZGB in reichem Masse erschienene Literatur doch manch anfänglich übersehenes Problem wenigstens aufgeworfen, wenn auch nicht immer gelöst hat. Von noch grösserer Wichtigkeit sind aber die Gerichtsentscheide, die in zahlreichen grundlegenden Fragen gleich in der ersten Zeit getroffen worden sind. Wir dürfen zwar diese Entscheide nicht jetzt schon alle als einen festen und unveränderlichen Bestandteil unserer Rechtsordnung ansehen, und es ist darum zu begrüßen, dass der Verfasser der zweiten Auflage mit der Kritik gegenüber den Präjudizien, auch solchen der höchsten Instanz, nicht zurückhält, und in manchen Punkten darf man seiner Kritik nur praktischen Erfolg wünschen. Das Vorwort zur zweiten Auflage hebt hervor, dass auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes infolge der starken Fortgeltung des kantonalen Rechtes die Gerichtsentscheide eine geringere Ausbeute gestatten, als z. B. auf dem Gebiete des Scheidungsrechtes. Diese Erscheinung erklärt sich aber wohl noch mehr durch den Umstand, dass die sittlichen Grundlagen des ehelichen Verhältnisses die Erledigung von Konflikten, selbst in den Beziehungen zu Dritten, ohne Eingreifen des Richters fördern. Die hier gemachte Erfahrung bedeutet einen neuen Beweis dafür, dass die Kürze der gesetzlichen Ordnung die Zahl der Prozesse nicht vermehrt, und dass das Vertrauen, das Eugen Huber bei der Redaktion des ZGB in

die sittlichen Kräfte und das vernünftige Empfinden des Volkes stellte, durchaus berechtigt war.

Auch der Krieg mit seinen wirtschaftlichen und politischen Umwälzungen hat das Veralten der ersten Auflage beschleunigt. Zwar ist das Eherecht von diesen Ereignissen und von dem reichen Mass oder Übermass neuer gesetzgeberischer Erlasse, das sie zur Folge hatten, weniger betroffen worden. Dass aber z. B. die Valutastürze auch im ehelichen Güterrecht Bedeutung erlangen können, zeigt der in SJZ. 19, 315 abgedruckte Entscheid. Ferner haben die eingetretenen territorialen Veränderungen, die Auflösung alter Staatsverbände und die manchmal sie begleitende teilweise Neuordnung des Privatrechtes die ohnedies komplizierte Materie der internationalen Rechtsanwendung im Eherecht um eine Reihe neuer Probleme bereichert. Für die Schweiz sind wenigstens die Nachbarstaaten die gleichen geblieben, so dass auch im Kommentar, wo Beispiele angeführt werden, im Allgemeinen die Gleichen beibehalten werden konnten, also namentlich, trotz der Zerstümmung, immer noch das alte Österreich figuriert. Für eine erspriessliche Behandlung solcher internationaler Fragen sind die Verhältnisse übrigens auch jetzt noch vielfach zu wenig abgeklärt, so wenig abgeklärt, dass ja die schweizerische Praxis (es handelte sich um die Zulassung der Ehe eines österreichischen Israeliten mit einer Katholikin), mit der Zeitströmung rechnend, das baldige Verschwinden gewisser ausländischer Eehindernisse auch schon vorweg eskomptiert hat.

Endlich ist mit der seit der ersten Auflage durchgeführten Neuordnung des katholischen Kirchenrechtes ein Ereignis eingetreten, das Beachtung verdient, sobald man sich nicht nur um die äussern Zwangsnormen interessiert, sondern auch um das, was in der Volksgemeinschaft oder doch in einem grossen Teil derselben tatsächlich geübt wird.

Allen diesen neuen Stoff hat nun der Verfasser in trefflicher Weise in den Kommentar hinein verarbeitet und damit dessen Umfang von 800 auf 853 Seiten erhöht. Die materiellen und formellen Vorzüge der ersten Auflage sind seinerzeit gebührend hervorgehoben worden, so dass es sich erübrigt, darauf näher einzutreten. Man hat bei der Schaffung des ZGB betont, dass dieses nationale Werk nur als halb gelungen betrachtet werden könnte, wenn nachher bei der Interpretation und Anwendung desselben der ausländischen Doktrin und Praxis zu grosser und namentlich zu einseitiger Einfluss eingeräumt würde. Diese Befürchtung hat sich jedenfalls bei diesem Gmürschen Kommentar nicht verwirklicht. Die grosse Liebe und das Ver-

ständnis, das der Verfasser den einheimischen Rechtsinstituten stets entgegengebracht hat, boten eine sichere Gewähr für eine durchaus selbständige Bearbeitung. Ohne Zweifel ist er ein gründlicher Kenner der so fleissig und gewissenhaft arbeitenden deutschen Doktrin; aber die relativ seltene Zitierung derselben, namentlich der deutschen Kommentar-Literatur, ist, wenn man ähnliche Werke damit vergleicht, so augenfällig, dass dies einem bewusst und gewollt aufgestellten Plan entspringen muss. Die deutschen wissenschaftlichen Methoden haben eben den Verfasser nie einseitig zu fesseln vermocht, stets hat er zum mindesten eine ebenso grosse Bewunderung der freien und weitblickenden Gesetzesauslegung entgegengebracht, wie sie der französischen Gerichtspraxis eigentümlich ist. Für die Kommentierung eines schweizerischen Gesetzeswerkes bedeutete das eine äusserst günstige Geistesrichtung.

Sehr zweckmässig für die praktische Benützung und empfehlenswert war das Vorgehen, wonach die Neuerungen in der zweiten Auflage grösstenteils als solche erkennbar gemacht wurden durch Anfügung von Literae zu den mit der ersten Auflage übereinstimmenden Nummern der einzelnen Absätze.

Zu den einzelnen Teilen des Kommentars lassen sich noch folgende Bemerkungen machen:

Im Abschnitt über das Verlöbnis sind, beeinflusst durch die Judikatur, namentlich die Voraussetzungen der Gültigkeit und die Wirkungen der Auflösung desselben nach verschiedenen Richtungen eingehender als in der ersten Auflage erörtert worden. Eine Streitfrage bleibt auch jetzt noch, ob Schadenersatzansprüche aus Verlöbnisbruch über Art. 92 ZGB hinaus auch auf Art. 41 OR gestützt werden können. Gmür (Note 10 zu Art. 92) behält den ablehnenden Standpunkt bei, ebenso wie Rossel in seiner zweiten Auflage (I. S. 191) den zustimmenden. Bezüglich des Schicksals der letztwilligen Zuwendungen unter Verlobten bei Aufhebung des Verlöbnisses verweist Gmür auf die Anwendung von Art. 154 OR (Dahinfallen eines Rechtsgeschäftes wegen Nichterfüllung einer Bedingung). Die erste Auflage sprach nur von Art. 154 ohne weitere Angabe, und der Zufall will es, dass tatsächlich die Verweisung auf Art. 154 ZGB (Dahinfallen der Verfügungen bei Scheidung) hier auch passt. Das Dahinfallen der Verfügungen auf Grund dieser Artikel ist wohl immer gerechtfertigt, wo dem Tod eine Aufhebung des Verlöbnisses aus einem andern Grunde vorausging. Nicht so selbstverständlich ist dagegen die Lösung, wenn es gerade der Tod war, der das Verlöbnis löste, d. h. dessen Ausführung verhinderte.

Die Regel, wonach das Ehemündigkeitsalter schon bei der Abgabe des Eheversprechens und nicht erst bei der Trauung erreicht sein muss (Note 6 zu Art. 96) wird tatsächlich in der Praxis nicht immer strikte beobachtet, trotz der Weisung des Handbuches für die Zivilstandsbeamten. In einem Fall hat eine kantonale Aufsichtsbehörde auf private Anfrage hin erklärt, dass sie den gegenteiligen Standpunkt einnehme, und das zuständige Amt hat dann auch das Eheversprechen schon vorzeitig entgegengenommen, damit die Ehe der Tochter am Namenstag der Mutter, der zwei Tage auf den 18. Geburtstag der Tochter folgte, gefeiert werden könne. Bei Besprechung der vorzeitigen Ehemündigkeitserklärung wiederholt der Verfasser (Note 9 zu Art. 96) die schon in der ersten Auflage ausgesprochene Warnung vor einer zu laxen oder mechanischen Anwendung der Dispensmöglichkeit, weil dadurch die vom Gesetzgeber mit der Festsetzung eines relativ hohen Ehefähigkeitsalters verfolgten sozialen und sittlichen Tendenzen lahmgelegt werden könnten. Dass diese Warnung vielleicht nicht ganz unberechtigt war, zeigen uns die gelegentlich veröffentlichten Statistiken auf diesem Gebiete, z. B. Zürich, 1916: 14 bewilligte, 4 zurückgewiesene Gesuche, 1917: 11 bewilligt, 2 zurückgew.; Bern, 1913: 40 bewilligt, 2 zurückgew., 1915: 25 bew., 2 zurückgewiesen; 1916: 24 bewilligt, 0 zurückgew.

Bei Art. 99, der zur Eheschliessung Entmündigter die Einwilligung des Vormundes verlangt, ging die erste Auflage umgekehrt noch mehr von der Idee aus, dass diese Regel leicht missbraucht werden könnte, um den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Ehefreiheit auszuschalten. Es hat sich dann aber gezeigt, dass auch gegen das andere Extrem zu kämpfen ist, nämlich gegen die Auffassung, wonach der Vormund nur ein Überprüfungsrecht über das Vorhandensein von Eehindernissen habe. Der richtige Mittelweg, den die Praxis im allgemeinen eingeschlagen hat, ist in der 2. Auflage ausführlich erörtert. Bekanntlich gibt die Heiratsabsicht einer Person manchmal gerade den Anstoss zu ihrer Entmündigung, und das Bundesgericht (42, II., 423) hat dieses Vorgehen nicht als unzulässig erklärt. Trotzdem behält Gmür (Note 13 zu Art. 99) in dieser Frage den gegenteiligen, der Ehefreiheit günstigeren Standpunkt bei. Sicher ist, dass in solchen Fällen die Prüfung, ob nicht etwa unberechtigte Nebenerwägungen den Eheanspruch veranlassen, besonders strenge durchgeführt werden muss.

Über die Hindernisse aus früherer Ehe (Art. 101 ff.) ist seit dem Druck der zweiten Auflage eine (zwar auch schon im

Jahr 1919 abgeschlossene) Abhandlung erschienen, nämlich: Wyss, Die Wiederverheiratung. Dadurch dass das ZGB manche Ehehindernisse ausländischer Gesetzgebungen nicht aufgenommen hat (Note 2 zu Art. 100, N. 8 zu 104, N. 24 zu 107), sind die bezüglichlichen Verhältnisse vereinfacht. Aber indirekt, nämlich bei internationalrechtlich zu beurteilenden Tatbeständen, können diese Hindernisse den schweizerischen Behörden doch zu schaffen geben, und mitunter ist es zu recht merkwürdigen Lösungen gekommen, so dass eine summarische Behandlung dieser Fragen im Kommentar nur nützlich sein kann. Interessant ist diesbezüglich z. B. der in der Zivilstandspraxis vorgekommene Fall, in welchem eine wegen Ehebruch geschiedene Schweizerin mit ihrem deutschen, aber ebenfalls in der Schweiz wohnenden Mitschuldigen in der Schweiz heiraten wollte. Die Anwendung des § 1312 BGB auf den deutschen Bräutigam machte wegen des Ehebruches eine Dispens erforderlich. Nach § 1322 hat aber das Dispensgesuch vom geschiedenen Teil, hier also von der Braut, auszugehen. Die schweizerische Behörde kann sich mit dem Gesuch nicht befassen, weil das ZGB das Hindernis gar nicht kennt, die deutsche Behörde aber auch nicht, weil die Braut weder durch Bürgerrecht noch durch Wohnsitz mit Deutschland in irgend einer Beziehung steht. Um den Leuten die Ehe doch zu ermöglichen, schlug die deutsche Behörde folgenden gelungenen Ausweg vor: Die Ehe solle zunächst ohne Dispens, also ungesetzlich, abgeschlossen werden. Dadurch werde die Braut deutsche Bürgerin und als solche solle sie nachträglich das Dispensgesuch stellen, dem vom vorneherein Zustimmung zugesagt werde, womit dann nach § 1328 die Ehe saniert sei. Auf dieser Basis wurde die Ehe in der Schweiz geschlossen. Gmür (Note 35 zu Art. 107) nimmt wohl mit Recht an, dass in solchen Fällen eine Dispens gar nicht nötig sei, weil das Hindernis nur für den Verlobten gelte, der den Ehebruch begangen hat, nicht dagegen für denjenigen Verlobten, welcher bloss als Mitschuldiger in Betracht kommt in Fällen, in welchen für den Ehebrecher selbst das Ehehindernis nicht besteht.

Die gesetzliche Aufzählung der Eheungültigkeitsgründe bezeichnet Gmür (Note 8 auf Seite 119) auch in der zweiten Auflage als nicht erschöpfend. Das Bundesgericht (Bd. 48, II., 182) hat den gegenteiligen Standpunkt eingenommen in jenem bekannten Fall, wo eine Frau, um durch Bürgerrechtserwerb die Entziehung der Niederlassungsbewilligung zu verhindern, formell eine Ehe schloss mit einem Mann, den sie wohl nur durch Bezahlung zu einem solchen Schritt gewinnen konnte, ohne jede Absicht auf Begründung eines Zusammenlebens, vielmehr mit

dem nachher auch durchgeführten Entschluss, sich sofort wieder scheiden zu lassen. Der Erlass dieses Urteils fällt nach Abschluss der zweiten Auflage. So lässt sich also nicht feststellen, ob nach Gmürs Ansicht hier einer jener Fälle gegeben gewesen wäre, wo selbst „das öffentliche Interesse, die Eheschliessung so viel als möglich mit voller Wirksamkeit zu bekleiden,“ zurückzutreten hätte. Man möchte es fast bedauern, dass das Bundesgericht bei einem so krassen Fall zur Fällung seines u. E. richtigen grundsätzlichen Entscheides kam. Denn das Unbefriedigende in der Lösung des konkreten Falles ist eben so offenbar, dass es direkt verletzend wirkt, während die wohltätige Wirkung des allgemeinen Grundsatzes für die gesamte öffentliche Ordnung natürlich nicht so sinnenfällig sich aufdrängt.

In den Vorbemerkungen zur Ehescheidung gibt Gmür (Note 7 a u. 8 zu S. 151) einige neue statistische Angaben, welche beweisen, dass, trotz der lobenswerten Bemühungen des ZGB in diesem Sinne, die Zahl der Ehescheidungen in der Schweiz nicht abgenommen hat, was er wohl mit Recht auf die laxer Anwendung der Bestimmungen über den generellen Scheidungsgrund zurückführt. In der Kasuistik zu eben diesem Zerrüttungsparagraphen (Art. 142) hätte der seinerzeit in der Presse besprochene Fall aus der Praxis Aufnahme verdient — in zustimmendem oder ablehnendem Sinn —, wo eine Ehe geschieden wurde, weil der Ehemann unmittelbar nach der Ziviltrauung, aber noch vor der kirchlichen Trauung einen Selbstmordversuch beging. Der Fall liegt deshalb etwas ausserhalb der gewöhnlichen Linie, weil das eheliche Verhältnis bereits als zerrüttet angenommen wurde, bevor es in Wirklichkeit begonnen hatte.

Mit Recht wird es von Gmür (Note 17 zu Art. 147 u. N. 13 zu Art. 155) als Lücke empfunden, dass das Gesetz die Wirkung der Trennung, speziell hinsichtlich der Unterstützungspflicht der Ehegatten, nicht regelt. Die Praxis hat aber ohne Zögern solche Unterstützungsansprüche, ähnlich wie bei der blossen Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, als gegeben angenommen. Zu den von Gmür hiefür zitierten Entscheiden (das Zitat BGE 40, II., S. 213 in Note 14 zu Art. 155 ist aber unrichtig) lässt sich aus neuerer Zeit noch beifügen: BLZÜR. 22, 167.

Art. 148 gibt dem ausschliesslich schuldigen Teil nach vorausgegangener Trennung einen Anspruch, auf Scheidung zu klagen, nur wenn der schuldlose Teil die Wiedervereinigung verweigert. Dazu bemerkt Gmür (Note 14 zu Art. 148): „Ob nun diese Verweigerung begründet sei oder nicht, jedenfalls ist

durch sie konstatiert, dass der bisher ausschliesslich schuldige Teil nicht mehr die alleinige Schuld an der Wiedervereinigung trägt.“ Tatsächlich zeigt nun aber die Praxis doch eine gewisse Tendenz, dem Grund der Verweigerung des schuldlosen Teiles Bedeutung beizumessen und die Scheidungsklage zu versagen, wenn der schuldlose Teil an sich ernstlich bereit wäre zur Wiedervereinigung, aber aus Gründen, die in der Person des andern Teiles liegen, die Wiedervereinigung als unmöglich oder doch als absolut unzumutbar erscheint (vergl. BIZüR. 22, 168). In solchen Fällen beweist eben der schuldige Teil durch die Tat, dass er eigentlich nicht zur Wiedervereinigung bereit ist, wenn er auch mit Worten vielleicht ein anderes beteuern mag.

Die noch als unklar bezeichnete (Note 5a zu Art. 157) Stellung des Bundesgerichtes zur Frage, ob die Kompetenz zu Änderungen an der elterlichen Gewalt geschiedener Ehegatten gemäss Art. 157 ausschliesslich dem Richter oder in Konkurrenz mit ihm gemäss Art. 283 auch der Vormundschaftsbehörde zukomme, hat sich nun durch den Entscheid Bd. 48, II., S. 305, unzweideutig im Sinne der ersten, von Gmür ebenfalls befürworteten Alternative abgeklärt.

Die Literatur über die persönlichen Wirkungen der Ehe ist in jüngster Zeit noch bereichert worden durch die Dissertation von Bänniger Martha: Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe. Die interessantesten und bestrittensten Probleme in dieser Materie betreffen die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 162/66), die selbständige Gewerbetätigkeit der Frau (Art. 167), die Prozessfähigkeit der Frau (Art. 168), die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 170), die Anschlusspfändung der Ehegatten (Art. 174) und endlich die Verträge unter Ehegatten oder der Ehefrau zu Gunsten des Mannes (Art. 177). Mit Bezug auf die erstgenannte Frage hat Gmür seine in der ersten Auflage ausgesprochene Auffassung dahin abgeändert (Note 2 zu Art. 166), dass er eine eventuelle Vertretung der Frau in Berufsgeschäften des Mannes nicht mehr unter Art. 166 (ausserordentliches Vertretungsrecht der Frau) subsumieren will. Dieser verlassene Standpunkt ist inzwischen in einer Abhandlung von Tobler in der SJZ. 19, 161, teilweise wenigstens, wieder aufgegriffen und mit mehr wirtschaftlichen als rechtlichen Gründen belegt worden. Danach soll Art. 166 wenigstens dann anwendbar sein, wenn der Beruf oder Gewerbebetrieb wirtschaftlich als ein solcher nicht nur des Mannes, sondern der Gemeinschaft durchgeführt und im Verkehr angesehen werde. Unter dieser Voraussetzung sei die Anwendung möglich, ohne dass man von

der Idee abweiche, dass die ausserordentliche Vertretung des Art. 166 eine solche der Gemeinschaft und nicht des Mannes sei. Der Autor glaubt, der Richter werde bei Anwendung des Art. 166 ZGB die verlangte Zustimmung des Mannes rascher als gegeben annehmen, als wenn er sich auf Art. 32 OR stützen müsse; eine solche Praxis aber sei für den Verkehr wünschenswert. Die für die Frau nachteilige Konsequenz dieser Auffassung, die wohl auch Gmür zur Änderung seines Standpunktes veranlasst hat (vergl. Note 7 zu Art. 166), dass sie dann nämlich sekundär für solche Schulden einzustehen hat, schaltet Tobler dadurch aus, dass er die sekundäre Haftung der Frau überhaupt auf die Schulden für die „laufenden“ Bedürfnisse des Haushaltes einschränkt.

Über die Rechtsstellung der verheirateten Berufs- und Gewerbefrau (Art. 167) ist ebenfalls in neuester Zeit, nach Druck der zweiten Auflage, eine Zürcher Dissertation, von Rüttener, erschienen. Die bisher bei diesem Verhältnis noch am meisten umstrittene Frage, nämlich wie es mit der Zustimmung zum Gewerbebetrieb bestellt sei, wenn der Ehemann bevormundet ist, löst Rüttener in dem Sinn, dass er in diesem Falle der Frau volle Freiheit gibt, während Gmür eine richterliche Bewilligung, nicht aber etwa eine solche des Vormundes, verlangt (Note 14 zu Art. 167). Als ausschlaggebend für die Gewerbefrau wird übereinstimmend angesehen, dass das Gewerbe auf den Namen der Frau geführt werde und sie verpflichte (Note 9 zu Art. 167). Für die Anwendung der einschlägigen Artikel des Eherechtes und soweit die Frauengläubiger in Betracht kommen, genügt das Abstellen auf dieses formelle Kriterium. Eine andere Frage aber ist es, ob man damit auch den Interessen der Gläubiger des Mannes immer gerecht wird, nämlich dann, wenn das Gewerbe des in Konkurs gefallenen Ehemannes bloss zum Schein auf den Namen der Frau, in Wirklichkeit aber durch den Mann fortgeführt wird. Im Kommentar wird diese Frage, da sie doch nur mehr indirekt mit dem Eherecht zusammenhängt, weiter nicht berührt. Dagegen enthält ein neuerer Aufsatz von Pflughart, in der SJZ. 19, 77, darüber interessante Ausführungen. Im Falle nachweisbarer Gesetzesumgehung möchte er den Mann einfach als den Geschäftsinhaber behandeln. In andern Fällen dagegen lehnt er umgekehrt den Gedanken ab, dass beim Mann für seine Tätigkeit im Geschäft der Frau einfach ohne weiteres ein Lohnanspruch, wie für einen andern Angestellten, also ohne Rücksicht auf den Erfolg des Unternehmens, vorauszusetzen sei.

Bei Art. 168 behält Gmür (Note 13) trotz zahlreicher

gegenteiliger Entscheide den schon in der ersten Auflage eingenommenen Standpunkt bei, wonach auch bei Prozessen um das eingebrachte Gut doch die Frau Partei sei und der Mann in ihrem Namen zu klagen habe. Zu den Entscheiden, die dieser Gmürschen Auffassung folgen, kann aus neuerer Zeit noch beigelegt werden der in SJZ. 19, 201 abgedruckte Entscheid.

Die rechtliche Anerkennung der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes will Gmür (Note 5 zu Art. 170) in Übereinstimmung mit der ersten Auflage von einer richterlichen Bewilligung bzw. nachträglichen Genehmigung abhängig machen, im Gegensatz zum Bundesgericht (Bd. 41, I., 109), das nur darauf schaut, ob die objektiven Voraussetzungen zum Getrenntleben erfüllt sind. Tatsächlich genügt u. E. diese Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung der Trennungsgründe vollauf, um Missbräuchen zu begegnen. Die nun einmal bestehende Abneigung vieler Ehegatten gegen eine richterliche Einmischung in die intimen ehelichen Angelegenheiten verdient umsomehr Berücksichtigung, als sie ja nicht immer unberechtigt ist und in vielen Fällen einer sittlich hohen Gesinnung entspringt.

Noch unbestimmt lautet die Stellung des Kommentars (Note 9 und 9a zu Art. 174) zur Frage, ob die Anschlusspfändung der Ehegatten nur bei Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis oder überhaupt bei allen Forderungen unter Ehegatten gegeben sei. Die erste Auflage hatte mit Rücksicht auf Art. 111 SchKG in ersterem Sinn entschieden, während das Bundesgericht (42, III., 328) wohl mit Recht die zweite Auffassung sich zu eigen gemacht hat. Eher zustimmend stellt sich dagegen Gmür (Note 5b zu Art. 176) zum Entscheid des Bg (42, III., 351), der die Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach Art. 176 nur für die Durchführung der totalen Gütertrennung, nicht aber für die Verwirklichung von gesetzlichem Sondergut zulässt.

Wohl am meisten Schwierigkeiten unter allen Bestimmungen des Eherechtes hat, wie auch Gmür hervorhebt, der Art. 177, mit seinem Erfordernis der vormundschaftlichen Genehmigung für gewisse Rechtsgeschäfte der Ehegatten, der Praxis gemacht. Das hängt mit seiner Kompromissnatur zusammen. Mit einer mehr oder weniger klaren Kompromissformel werden in den gesetzgeberischen Beratungen die widerstreitenden Strömungen beruhigt, bei der Interpretation machen sich dann aber die gleichen Tendenzen doch wieder geltend. Gmür postuliert eine restriktive Interpretation, also eine solche im Sinne der Freiheit, so wenn er Art. 177, Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt, falls nur eine Haftung des Frauengutes durch das Rechtsgeschäft unter den Ehegatten begründet wird (Note 18c), oder wenn er

(Note 25b) im Gegensatz zu Egger, in einem Aufsatz in der SJZ. 18, 301, die Übernahme der Geschäftsschulden des Mannes durch die das Geschäft weiterführende Ehefrau nicht als der Genehmigung bedürftig ansieht, wenn die Schuldübernahme auch im Interesse ihres Geschäftes liegt. Nicht ganz übereinstimmend mit dieser Tendenz ist es dann aber, wenn er Schenkungen des Mannes in das eingebrachte Gut der Frau dem Art. 177, Abs. 2, unterwirft (Note 15). Der bundesgerichtliche Entscheid (47, II., 118), der die gegenteilige Auffassung vertritt, ist noch mehr, als in diesem Punkte, in anderer Beziehung bemerkenswert, nämlich dadurch, dass er für Schenkungen unter Ehegatten das Konstitut ausschliesst. Gmür tritt darauf nicht weiter ein, die Bedenken gegen eine solche Auffassung sind aber inzwischen von anderer Seite (Rossel, ZBJV. 58, 345; Reichel, SJZ. 18, 87) ausführlich dargelegt worden. Das Bundesgericht ist übrigens in seiner restriktiven Auslegung des Art. 177 noch in andern Beziehungen über die von Gmür ursprünglich aufgestellten Grundsätze hinausgegangen. So hat es seit Erscheinen der ersten Auflage festgestellt, und zwar wohl mit Recht, dass die von Abs. 2, Art. 177 verlangte Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht Gültigkeits-, sondern bloss Perfektions-Requisit sei, und Gmür hat sich in der zweiten Auflage dieser Auffassung angeschlossen (Note 21a). Von weit grösserer Bedeutung ist jedoch der neuere, im Kommentar noch nicht erwähnte bundesgerichtliche Entscheid (Pra. XII, 106), der Art. 177, Abs. 3, nur auf obligatorische Verpflichtungsgeschäfte, also nicht auf Verpfändungen zu Gunsten des Ehemannes anwendet. Ohne Zweifel sind viele Argumente des Bundesgerichtes — abgesehen von der Argumentation aus der Entstehungsgeschichte — sehr einleuchtend, so wenn darauf hingewiesen wird, dass bei Güterverbindung die Schutzmassregel doch illusorisch werde, wenn der Mann selber, mit Zustimmung der Frau, die Verpfändung vornehme, während bei Gütertrennung ein solcher Ausweg merkwürdigerweise nicht offen stünde. Ferner ist es auch zutreffend, dass die Schutzbedürftigkeit der Frau eine grössere ist bei obligatorischen Rechtsgeschäften mit nicht sofortiger Leistung und unübersehbaren, eventuell ganz ruinösen Folgen in der Zukunft, während bei dinglichen Verfügungen die Tradition oder der Grundbucheintrag einigermaßen vor Übereilung schütze und der mögliche Verlust aus dem Geschäft von vorneherein maximal abgegrenzt sei, auf keinen Fall das Vermögen der Frau übersteigen könne. Allein man darf gegenüber dieser Argumentation nicht übersehen, dass Kompromissregeln von der Art des Art. 177 in ihrer

Auswirkung logisch nie ganz zu befriedigen vermögen und jede Auslegung durch geschickt gewählte Beispiele und Vergleiche einigermassen ad absurdum geführt werden kann. Jedenfalls ist mit dieser Entscheid der Art. 177, Abs. 3, wirtschaftlich einer guten Hälfte des Inhaltes, der ihm bisher meistens beigegeben wurde, beraubt worden.

Aus der reichen Fülle der behandelten ehelich-güterrechtlichen Probleme heben wir nur folgende hervor:

Für die Ansprüche der Frau im Konkurs des Mannes hat das Bundesgericht, 44, II., 333 (nicht 233, wie Gmür, Note 24a zu S. 385 irrtümlicherweise angibt) das externe Güterrechtsverhältnis als massgebend erklärt. Gmür schliesst sich in der zweiten Auflage dieser Auffassung an, die auch dem neueren Entscheid Sem. jud. 44, 516, SJZ. 19, 217 zu Grunde liegt.

In der bundesgerichtlichen Praxis (45, II., 113) ist Gmürs Auffassung (Note 8a und 18 zu Art. 188), wonach die Weiterhaftung zu Gunsten der bisherigen Gläubiger bei güterrechtlichen Auseinandersetzungen gemäss Art. 179/188 nicht nur eine dingliche Haftung, sondern auch eine persönliche Verpflichtung bedeute, zum Durchbruch gekommen, während noch ein neuerer Entscheid eines Berner Richters (ZBJV. 59, 195) den gegenteiligen Standpunkt einnimmt. Die Argumentation des Bg., besonders soweit sie sich auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung stützt, ist u. E. nicht sehr durchschlagend. Viel wichtiger als diese Frage ist übrigens die andere, ob das, was die Frau zur Deckung ihrer Ersatzforderung vom Manne ohne Zwangsvollstreckung heraus erhält, ebenfalls der Haftung weiter unterstellt bleibt. Dies wird vom Bundesgericht bejaht, trotz der harten und zum Teil widersinnigen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, von Gmür (Note 9b zu Art. 188) dagegen verneint, freilich ohne dass er genauer erklärt, warum dann das Gesetz nur für das im Zwangsvollstreckungsverfahren Gerettete ausdrücklich eine solche Ausnahme zu Gunsten der Frau aufstellt. Die Auffassung von Gmür geht u. E. im Schutz der Frau zu weit und würde bewirken, dass Art. 188 nur mehr in sehr seltenen Fällen zur Anwendung käme. Diese Bedenken liessen sich vielleicht dadurch vermeiden, dass man die Frau nicht im vollen Umfang des Erhaltenen schützen würde, sondern nur für den Betrag, den sie nachweisbar im Fall der Zwangsvollstreckung (unter Berücksichtigung ihres Privilegs) erhalten hätte. In der gleichen Frage (genauer bezüglich der Haftung der Frau mit der erhaltenen Vorschlagsquote) scheint mir zwischen Note 16 zu Art. 188 und Note 26 zu Art. 214 ein gewisser Widerspruch zu bestehen.

Zu der reichen Kasuistik über das gesetzliche Sondergut (namentlich zu Note 26, Art. 191) bietet ein neuerer bundesgerichtlicher Entscheid (48, II., 420) einen weiteren Beitrag, wonach der Erlös aus dem Betrieb einer kleinen Pension im eigenen Hause, welcher aber gegenüber der eigentlichen Haushaltstätigkeit als nebensächlich erscheint, nicht zum Sondergut der Frau zu rechnen sei.

Zu Art. 205, betreffend das Recht der Frau auf Sicherstellung ist noch auf eine erst jüngst gedruckte, aber freilich schon 1913/14 abgeschlossene Berner Dissertation von Mächler hinzuweisen.

Sehr ausführlich ist im Kommentar die Liquidation der Güterverbindung (Art. 212—214 und schon 209—11) behandelt. Hingegen sind zu der sowieso kürzeren Behandlung der Gütergemeinschaft wenige Ergänzungen hinzugekommen, was sich durch die geringe praktische Bedeutung dieses Güterstandes rechtfertigt.

Über eben diese praktische Bedeutung und Verbreitung der einzelnen Güterstände, sowie über das Mass der Fortdauer des alten kantonalen Güterrechtes geben zahlreiche statistische Angaben im Text, namentlich dann aber eine sehr interessante Tabelle am Schluss (S. 778) Aufschluss. A. Siegwart.

Nachtrag. Diese Besprechung war bereits geschrieben und der Redaktion abgeliefert, als die betäubende Nachricht eintraf, dass Prof. Dr. Max Gmür in Italien plötzlich gestorben sei. Dem Gesetzesredaktor Eugen Huber ist der verdiente Kommentator Gmür rasch ins Grab gefolgt, und die neue Auflage seines Kommentars sollte zugleich sein letztes Werk sein. Es bedeutet dies einen würdigen, wenn auch leider allzu frühen Abschluss einer fruchtbaren schriftstellerischen Laufbahn. Wenn auch die schweizerische Rechtswissenschaft von Gmür noch viel erwarten durfte, so wird sie ihm doch für das während seines kurzen Lebens Gebotene ein dankbares Andenken bewahren. A. S.

**Adolf Merkl** (Prof. Wien): **Die Lehre von der Rechtskraft**, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung; in d. Wiener staatswiss. Studien, Bd. XV. Heft 2. (Verlag Franz Deuticke, Leipzig u. Wien 1923.) 302 Seiten.

Ein beachtenswertes Erzeugnis der Wiener rechtstheoretischen Schule ist dieses Buch A. Merkl's über das fundamentale Problem der Rechtskraft. Im Gegensatz zur herrschenden, übrigens widerspruchsvollen Lehre, welche die Rechtskraft eine blosse „Funktion“ des positiven Rechtes nennt, um-

schreibt M. sie als eine begriffsnotwendige Eigenschaft des Rechtes, nämlich als die Eigenschaft, dass — bei absolut unabänderlicher „Ursprungsnorm“ (d. h. den gesamten Voraussetzungen der Geltung der Rechtsordnung) — der einzelne Rechtssatz eine relativ unveränderliche Geltungsdauer habe. Er nennt somit die Rechtskraft, im Unterschied zur „Geltung“ des Rechts, dessen spezifische Geltungsdauer. Er lehnt es aber ab, in ihr bloss ein rechtspolitisches Postulat zu erblicken, das gewissen Staatsakten eigen sein müsse, das aber stets zu weichen habe, wo das öffentliche Interesse dies gebiete (so F. Fleiner, Ph. Zorn). Theoretisch kennt er diese Eigenschaft in gleicher Weise den Akten der Rechtsetzung wie denen der Rechtsanwendung zu, da beiden „Norm“ natur eigen sei; das entspreche auch dem juristischen Sprachgebrauch, der sowohl von Rechtskraft der Gesetze und Verordnungen als auch der Gerichtsurteile und Verwaltungsakte spreche. Nach M. betrifft die Frage nach der Rechtskraft (= Geltungsdauer) nun stets das Verhältnis einer alten „Norm“ zu einer neuen „Norm“ innerhalb eines einheitlichen Normensystems, bezw. die Veränderlichkeit der alten Norm. Die Gründe einer Normänderung können nun sehr verschieden sein, je nachdem mehr die Stabilität der bestehenden Norm oder die Variabilität und Praktikabilität der Normen postuliert wird. Der dabei eintretende „Normenkonflikt“ wird z. B. im Sinne der Variabilität gelöst durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz *lex posterior derogat legi priori*; aber auch das Gegenteil, das Überwiegen der Priorität der alten Norm, wäre logisch denkbar, (z. B. bei der *res judicata* des Urteils). Der Verf. löst die Frage nach dem Verhalten des Rechtes in einem solchen Normenkonflikt durchaus positivistisch. Er stellt dabei ab — wenigstens in erster Linie — auf eine massgebende positive „Derogationsnorm“. Grundsätzlich sei das Recht unabänderlich, sofern es nicht auf Grund eines die Änderung zulassenden Rechtssatzes geändert werden dürfe; das gleiche gelte für sonstige Staatsakte (Urteile, Verwaltungsakte). Gesetz und Staatsakt seien nur durch ihresgleichen derogierbar, das Gerichtsurteil aber grundsätzlich unabänderlich. Am bedenklichsten sei das Fehlen von Derogationsgrundsätzen für Verwaltungsakte; aber auch diese sollen grundsätzlich unabänderlich, d. h. auch für den Staat bindend, sein (entgegen der Auffassung der Verwaltungsrechtslehrer, welche die Abänderung im öffentlichen Interesse jederzeit zulassen wollen). Die Abänderlichkeit bestehe bloss, wo sie durch *contrarius actus*, Widerruf, Rücknahme usw. ausdrücklich zugelassen sei. —

Den Schluss des Buches bilden Ausführungen über den Unterschied von formeller und materieller Rechtskraft (S. 270 f.) und über die Rechtskraft des sogen. rechtswidrigen Rechts (S. 275 f.). — Eine gewisse Einseitigkeit der ganzen Theorie liegt wohl in dem zu starren Positivismus; denn wo das positive Recht den Rechtsanwendenden im Stiche lässt, wird dieser wohl eher nach irgendwelchen ethisch-politischen Rechtsgrundsätzen sich bald für die Stabilität der Norm, bald für deren Derogation aussprechen wollen, bald aus sozialer Gesinnung das öffentliche Interesse, bald aus liberaler Auffassung das Individualinteresse schützen wollen. Der Ruf M.s nach sauberer positiver Regelung der Materie bleibt aber als Rechtspostulat stets beachtlich; denn ohne gewisse Derogationsnormen oder anerkannte Derogationsgrundsätze wird man aus der Rechtsunsicherheit nicht hinauskommen. Das Verdienst der Arbeit M.s liegt darin, unter theoretischer Klärung des Problems auf jene Notwendigkeit positiver Regelung hingewiesen zu haben. Mit peinlicher Gewissenhaftigkeit und geduldiger Breite werden eingangs zehn publizistische Rechtskrafttheoretiker (worunter Bernatzik, Tezner, Otto Mayer, Fleiner, Kormann) und dann noch zehn zivilistische, (von Savigny und Oskar Bülow bis zu Modernen) ausführlich exzerpiert, wodurch diese Autoren ja gewiss sehr geehrt werden, der geneigte Leser aber doch nicht sonderlich angeregt wird.

His.

**O. G. Fischbach** (Geh. Reg.-Rat, Ministerialrat, Berlin): **Allgemeines Staatsrecht** (Sammlung Göschen, Berlin u. Leipzig 1923, Walter de Gruyter & Co.) 2 Bde zu Fr. 1.25.

Der vor Jahresfrist erschienenen „Allgemeinen Staatslehre“ (vergl. diese Ztsch. 42, S. 89) ist nun in zwei kleinen Bändchen dieser Sammlung ein „Allgemeines Staatsrecht“ gefolgt. Die rechtspolitischen Fragen stehen zwar auch hier gegenüber den juristischen im Vordergrund und die Systematik scheint uns eher verworren. Zu begrüßen ist aber, dass der Verf. es nicht fehlen lässt an zahlreichen Vergleichen des neuen deutschen Staatsrechts mit dem anderer Staaten, vor allem auch der Schweiz. Auch ohne eigenen wissenschaftlichen Wert zu besitzen mag das als Auslese der Ansichten bekannter Staatsrechtslehrer und Wiedergabe der communis opinio bearbeitete Buch zur Einführung für Laien und angehende Staatswissenschaftler dienlich sein.

His.

**Theodor Niemeyer** (Prof. Kiel): **Rechtspolitische Grundlegung der Völkerrechtswissenschaft**. Kiel 1923. (Verl. des Inst. für internat. Recht.) 39 S.

Der hervorragende Kieler Gelehrte legt hier in konziser Formulierung ein Vermächtnis seiner dreissigjährigen Beschäftigung mit der Praxis und der Wissenschaft des Völkerrechts nieder. Das Ergebnis seiner Ausführungen lässt sich etwa in den Worten zusammenfassen, es solle (statt blosser Rechtslogik) positive Völkerrechtspolitik als Wissenschaft getrieben werden. Die Soziologie habe zur Betonung der allgemeinen Zusammenhänge des sozialen Lebens und damit zum Begriffe der Rechtspolitik geführt. Für das Völkerrecht ergebe sich daher die Aufgabe, von den Bedürfnissen auszugehen, welche Anlass und Gegenstand dieser Disziplin seien. Dabei müsse jede Beschränkung in der Richtung von Sonderzwecken (d. h. bestimmter Staaten und Völker) ausgeschlossen und die Untersuchung auf die Allgemeinheit eingestellt werden. Denn die Völkerrechtswissenschaft sei die Wissenschaft von den durch die Anwendung des Rechtsgedankens auf die internationalen Beziehungen gegebenen Problemen. — Wenn auch die Begrenzung des Begriffs der Rechtspolitik gegenüber seinem Gegensatz, der Machtpolitik, in praxi nur schwer feststellbar erscheint, so können wir doch den idealistischen Wünschen des Verf. unsere Zustimmung nicht versagen. His.

#### Anzeigen.

Dr. Ernst Ganz (Zürich): Die Nebenfolgen der Ehescheidung im internat. Privatrecht. Zürich. jur. Diss. (1921). o. Dat. Verl. u. Druckort.

Dr. Ernst Weidmann: Die allg. kaufmännische Bilanz nach dem schweiz. OR, unter bes. Berücks. des Revisionsentwurfs vom Dez. 1919. Bern 1923 (Paul Haupt) Fr. 2.40.

Die Geldentwertung in der Praxis des deutschen Rechtslebens. Band I. Gesammelte Beiträge von Dr. H. F. Abraham (Berlin), Prof. Dr. K. Geller (Mannheim-Heidelberg), Prof. K. Heinsheimer (Heidelberg), Dr. P. Marcuse (Berlin), Dr. Roth (Heidelberg), Dr. E. Sontag (Berlin), Dr. von der Trenck (Berlin). Verlag Hermann Sack, Berlin, 1913.

Dr. J. Bender u. Dr. W. Weber: Wichtige Rechtsbegriffe und Rechtsregeln dargestellt in Zeichnungen, mit erl. Text. (Herm. Sack, Verlag) Berlin 1923.

Dr. W. Reichardt (Ministerialrat, Berlin): Die schweizerischen Goldhypothenen in Deutschland. Textausg. der Staatsverträge, mit Einleitung und kurzen Erläuterungen. Berlin 1923. (Industrieverlag Spaeth & Linde.)

Friedr. Kitzinger (Prof. München): Juristische Aphorismen, insbes. zum allg. Recht u. z. Strafrecht. Berlin-Grunewald. 1923. (Dr. Walther Rothschild.)

Dr. Erich Hans Karden: Le séquestre des entreprises ennemies, son caractère général en Allmagne et en France, et spécialement le contrôle du séquestre allemand. Berlin 1923. (Libr. Franz Vahlen.)

### Berichtigungen.

Seite 48 Zeile 13 von oben lies: „Zuständigkeitsnorm“ statt „Z.nmso“.

S. 221 Anm. Zeile 3 u. 2 v. unten lies: „Kreispostdirektionen“ statt „Kreispostdirektoren“.

S. 241 Zeile 11 v. o. lies: „Zaesur“ statt „Zensur“.

S. 367 Zeile 11 v. u. lies: „Ältisten“ statt „Ältesten“; „Geschlechtes“ statt „Desculecutes“; „Mitvormunden“ statt „Mitvormüнден“ (so nach der Erbsunion von 1606).

S. 416 Zeile 4 v. u. lies: „Handbuch“ statt „Handelsbuch.“

---