

Zum Schweizerischen Ehegüterrecht : Revisionspostulate und Auslegungsfragen

Autor(en): **Stocker, Werner**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **76 (1957)**

PDF erstellt am: **25.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896164>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Zum Schweizerischen Ehegüterrecht

Revisionspostulate und Auslegungsfragen

Referat von
Dr. Werner Stocker
Bundesrichter, Lausanne

INHALT

Einleitung

Eigenart des Ehegüterrechts. Wesenszüge der schweizerischen Regelung. Wandlungen der Verhältnisse und Anschauungen seit Entstehung des ZGB 330a

Erster Abschnitt

Fragen der Gesetzesrevision

A. Güterverbindung oder Gütertrennung als ordentlicher Güterstand? 337a

B. Einzelfragen

- I. Formvorschriften 348a
 - 1. Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, Interzessionsgeschäfte der Ehefrau 348a
 - 2. Güterrechtsgeschäfte im engern Sinn (Eheverträge) 353a
- II. Das Verbot der Zwangsexekution unter Ehegatten 360a
- III. Das subsidiäre Vorschlagsrecht bei Güterverbindung 366a
- IV. Gütertrennung und Vorschlagsrecht 370a

Zweiter Abschnitt

Zum geltenden Recht (Fragen der Auslegung)

- I. Vorschlagsteilung und Pflichtteilsrecht 375a
- II. Lebensversicherung und Vorschlag 384a

III. Das Frauengutsprivileg im Konkurs des Ehemannes	391a
IV. Die Betreibung gegen die Ehefrau	398a

Dritter Abschnitt

Zusammenfassung	408a
Thesen	409a
Literatur	411a

Einleitung

1. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, in Kraft seit 1. Januar 1912, geht mit erstaunlicher Lebenskraft der Vollendung seines fünfzigsten Jahres entgegen. Ein halbes Jahrhundert lang, das für Staat und Gesellschaft grösste, um 1907 kaum geahnte Umwälzungen brachte, hat es sowohl als Gesamtwerk wie in den allermeisten seiner Einzelnormen sich bewährt, ohne «von der Zeit überholt» zu werden – ein Phänomen, das immer wieder zur Bewunderung vor dem gesetzgeberischen Genie Eugen Hubers und dem Weitblick seiner Mitarbeiter zwingt. Diese Wertbeständigkeit, mit der das ZGB so vorteilhaft von andern, weit jüngeren Gesetzen absticht, mag freilich zum Teil im Wesen der Materie selbst begründet liegen. Gesetzeswerke, die unmittelbar das politische, soziale, ökonomische Geschehen des Alltags beschlagen, wie grösstenteils die BV, das OR, das AHVG u. a., sind dem Drang der Entwicklung mehr ausgesetzt, sie werden von den Realitäten des Lebens schneller überholt als ein Gesetz, das auf der Grundlage der allgemeinen Anschauungen eines Volkes bestimmt, welche Rechte und Pflichten der Mensch als Person, als Familienmitglied, als Erbe und Sacheigentümer besitzt. Indessen bleiben auch diese Grundanschauungen, in ethischer wie rechtlicher Hinsicht, in einer Epoche wie der unsrigen doch vom Wandel der Zeit nicht unberührt, und eine Hauptursache der Lebenskraft des ZGB liegt sicher auch darin, daß es mit grösster Gründlichkeit und Umsicht,

unter Rücksichtnahme auf die kantonalrechtliche Tradition und doch mit offenem Blick auf die kommende Zeit vorbereitet und ausgestaltet wurde.

2. Das gilt insbesondere vom ehelichen Güterrecht des ZGB. Keine Materie hat angesichts der widerspruchsvollen, in bunter kantonaler Verschiedenheit niedergelegten Anschauungen dem Ziel der Rechtseinheit größere Schwierigkeiten entgegengesetzt, den Schöpfern des ZGB im ganzen wie in den Einzelheiten mehr Sorgen bereitet. Keine bedurfte einer umsichtigeren, immer wieder erneuten Diskussion¹. Umstritten war schon das Hauptproblem, ob

¹ Huber *System u. Geschichte* I 239 ff., IV 349 ff.; *Erläuterungen* 106; *Grundlagen* 482 f. A. Martin 568. Droin VI. Ripert *Sem. int. de droit* 1. Wieland 319, der (Mitteis zitierend) die Regelung des Güterrechts «zu den schwersten von den schweren Aufgaben» des Redaktors eines Zivilgesetzbuches zählt, verweist auf den Einfluß, den gesellschaftliche Verhältnisse und Anschauungen auf die Gestaltung dieses Rechtsgebietes ausüben; ähnlich Mackenroth 36 f. Die Vielfalt und Gegensätzlichkeit der Güterrechtssysteme entspricht denn auch dem *dissensus doctorum* über die Rechte von Mann und Frau, der das 19. Jahrhundert, zumal im deutschen Kulturkreis, beherrschte. Nach Fichte gibt die Frau dem Manne mit ihrer Persönlichkeit zugleich alle ihre Güter zu Eigentum, er allein verkörpert die Ehe und vertritt nach außen die Interessen beider Ehegatten (*Naturrecht*, Erster Anhang, Grundriß des Familienrechts § 17). Schopenhauer: «Alle Weiber, mit seltenen Ausnahmen, sind zur Verschwendung geneigt» ... Darum sollten sie nie ganz mündig werden und über keinerlei Vermögen – immerhin mit Ausnahme eines selbsterworbenen – verfügen dürfen. (*Parerga* II, Zur Rechtslehre und Politik, § 132.) Ahrens *Naturrecht* 6. Aufl. (1871) II 241 will dagegen Persönlichkeit und Vermögensrechte der Frau in der Ehe gewahrt wissen, postuliert ein System der Güterverbindung (nur Verwaltung u. Nutznießung des Frauengutes durch den Mann) und preist das römische Recht, das sogar größere Schenkungen eines Ehegatten an den andern verbot. Stahl *Philosophie des Rechts* (1878) II 1. Abt. 456 f. lehnt das römische *Dotalsystem*, das der Frau ein Sondergut beläßt, als «nicht naturgemäß» ab. Das gesamte Frauenvermögen soll gleich wie das Mannesgut dem Familienunterhalt dienen, unter alleiniger Verwaltung des Mannes und «wo es nötig ist, unter Sicherstellung für die Frau», was wohl nur heißen kann, der Mann dürfe das Frauen-

als ordentlicher (subsidiärer) Güterstand die Gütertrennung oder die Güterverbindung zu wählen sei, umstritten waren die Fragen der Vertragsfreiheit, des Ausgleichs zwischen Mannes- und Fraueninteressen, zwischen Schutzbedürfnissen der Familie und Rechtsansprüchen der Drittgläubiger². Aus dem Kampf der Meinungen ging schließlich das geltende Recht (178 ff.) hervor, das die folgenden Wesenszüge aufweist:

- a) Grundsätzliche Beschränkung auf die drei Güterstände der Güterverbindung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung. Freiheit der Ehegatten, einen dieser Güterstände zu wählen, unter Zulässigkeit gewisser, gesetzlich festgelegter Varianten und Kombinationen. Wahrung der Rechte der Drittgläubiger bei Güterstandswechsel.
- b) Gütertrennung als außerordentlicher Güterstand, der unter bestimmten Voraussetzungen auf Begehren eines Ehegatten oder von Gesetzes wegen eintritt.
- c) Güterverbindung als ordentlicher, mangels anderer Abrede subsidiär geltender Güterstand. Hierbei Vereinigung der Güter beider Ehegatten, mit Ausnahme des Frauensondergutes, zum ehelichen Vermögen, das unter Verwaltung und Nutzung des Mannes steht, unter Wahrung des gegenseitigen Eigentums bzw. der Ersatzforderung bei Auflösung der Ehe. Abstufung der Haftung von Mannes- und Frauengut gegenüber Dritten. Verpflichtung der Frau, nötigenfalls aus dem Sondergut an die ehelichen Lasten beizutragen.
- d) Bei Gütergemeinschaft Vereinigung des beidseitigen Vermögens und Einkommens, ausgenommenes Sondergut vorbehalten, zu Gesamteigentum, über das die gewöhnliche Verwaltung dem Ehemann, die weitere Verfügung beiden Ehegatten gemeinsam zusteht. Beschränkung der die Frau persönlich (neben dem Gesamtgut) treffenden Schuldenhaftung.

gut zwar nicht verschwenden, aber doch für die Bedürfnisse der Familie verbrauchen. – Vgl. diesen Stimmen gegenüber etwa Burlamaqui *Principes du droit de la nature*, zit. bei Grossen 18: «Suivant l'équité naturelle, le mari n'a aucun pouvoir sur sa femme dans la société civile».

² Übersicht über die Literatur und Diskussion der Fachgremien zur Vorbereitung des deutschen BGB und des ZGB (bis 1899) bei Wieland *Vereinheitlichung* 321 ff. – Huber *Erläuterungen* 109 ff.

3. Dieses in umfassender Forschung und Diskussion erarbeitete System des schweizerischen Ehegüterrechts aufs neue theoretisch zu erörtern, den ganzen Problembereich der schwierigen Materie wieder aufzugreifen, die Vorzüge und Nachteile unserer Gesamtordnung gegenüber andern geltenden oder möglichen Lösungen abzuwägen, kann und soll hier nicht versucht werden. Ich muß mich vielmehr, der gestellten Aufgabe gemäß, darauf beschränken, die Ergebnisse der Praxis kurz zu überprüfen, die unser Ehegüterrecht gezeitigt hat. Es soll untersucht werden, wieweit dies System in der Anwendung auf den Einzelfall sich bewährt, inwiefern es sich als unzulänglich erwiesen hat; welche Reformbedürfnisse seit 1912 im Wandel der Zeit und der Anschauungen sich eingestellt haben, welche Abänderungsbegehren laut geworden sind, und wie ihnen, sofern sie als begründet erscheinen, Rechnung getragen werden kann, sei es durch Gesetzesrevision, sei es durch Auslegung oder – nicht zuletzt – durch bessere Aufklärung über den Gebrauch des bestehenden Gesetzes.

4. Dabei ist vorerst noch auf eine Besonderheit hinzuweisen, die der hier behandelten Materie immanent ist und jedem Versuch, eine «restlos befriedigende» Gesamtlösung zu finden, ihre natürlichen Schranken entgegenstellt. Der eheliche «Vertrag» auf Lebensgemeinschaft hängt weit mehr als irgendein anderes Vertragsverhältnis von außerrechtlichen, ethischen und psychischen Faktoren ab. Ein gewöhnlicher Vertrag geht regelmäßig in Ordnung und erfüllt seinen Zweck, wenn die Kontrahenten, ungeachtet ihrer innern Einstellung zueinander, ihren rein rechtlichen, äußern Pflichten korrekt nachkommen. Die Ehe dagegen kann bei aller Wahrung der Rechte und Pflichten solcher Art völlig notleidend, «tief zerrüttet» sein, wenn jene innern Voraussetzungen – Zuneigung, Achtung, menschliches Verständnis – fehlen. Wohl versucht das Gesetz auch diese seelischen Momente zu erfassen, indem es einträchtiges Zusammenwirken, Treue und Beistand als Rechtspflichten nennt (159 II u. III). Aber dieser Versuch ist

problematisch, diese Rechtsnormen bleiben *leges imperfectae*. Eintracht und Treue lassen sich nicht erzwingen, die Beistandspflicht nur in bezug auf das äußere, ökonomische Verhalten, nicht in dem wichtigeren allgemein menschlichen Bereich. Gesetz und Richterspruch können zur Pflichterfüllung auf diesem Gebiete auffordern und beitragen, das hier Wesentliche aber, Gesinnung und Willen der Parteien, nicht bestimmen. Und nicht nur das: Es gehen auch häufig die eheethischen und die eherechtlichen Pflichten oder Ansprüche eines Ehegatten nicht in gleicher Richtung, sondern gegeneinander. Es kann um der Wahrung des Ehe- und Familienfriedens willen als moralisch verwerflich erscheinen, ein gesetzlich gegebenes Recht, etwa auf Gütertrennung, Sicherung des Frauengutes, Beitragsleistung der Frau, durchzusetzen. Das höhere Interesse der Gemeinschaft kann einem Ehegatten den Verzicht auf eigene Rechtsansprüche, die Duldung von mancherlei «Vertragsverletzungen» gebieten. Auf diesem Gedanken beruht ja auch das Scheidungsrecht, wenn es nur bei besonders schweren, die Fortsetzung der Ehe unzumutbar machenden Verletzungen einen Anspruch auf «Vertragsauflösung» gewährt³.

Aus dieser Wesensart des Eherechts ergeben sich nun insbesondere die Schwierigkeiten der Normierung der ökonomischen, güterrechtlichen Probleme der Ehegemeinschaft. Das Güterrecht des ZGB anerkennt jeden Ehegatten als freie Rechtspersönlichkeit und erteilt ihm grundsätzlich die Befugnis, selbständig seine wirtschaftlichen Rechte gegenüber dem andern und gegenüber Dritten wahrzunehmen. Es setzt jedoch dieser Freiheit gewisse Schranken, die teils dem höheren Interesse der Gemeinschaft, teils dem ökonomischen Schutze des einen oder andern Gatten selbst, insbesondere der Ehefrau, dienen sollen. Diesen Schutzzweck verfolgen formelle Vorschriften, wonach der gültige Abschluß gewisser Rechtsgeschäfte nur unter behördlicher Kontrolle und Genehmigung möglich ist (177 II u. III,

³ Vgl. die Praxis zu 142, insbes. BGE 72 II 402, 74 II 66. Hinderling *Schweiz. Ehescheidungsrecht* 17 f.

181 II), sowie materielle Normen, die jeden Ehegatten befähigen wollen, sich gegen ein seine Vermögensrechte bedrohendes Verhalten des andern zu wehren (183, 184, 197, 204, 205). Andererseits schränkt das grundsätzliche Verbot der gegenseitigen Zwangsvollstreckung (173 I), das man in Rücksicht auf Frieden, Würde und Ansehen der Ehegemeinschaft glaubte statuieren zu müssen, die Handlungsfreiheit der Ehegatten wieder empfindlich ein.

Angesichts dieser innern Widersprüchlichkeit, die jeder Gestaltung des Ehegüterrechts anhaften muß, kann man an die Aufgabe, Reformbedürftigkeit und Verbesserungsmöglichkeiten der geltenden Ordnung zu untersuchen, nur mit einiger Entsagung herantreten. Die Zielsetzung wird sich im wesentlichen darauf zu beschränken haben, zu überprüfen, ob – nach den gemachten Erfahrungen und auf Grund der heute herrschenden Tatsachen und Anschauungen – das Gewicht der gegensätzlichen Momente da und dort anders zu verlagern sei. Haben gewisse um der Eheethik willen errichtete Schranken sich nicht als Illusion erwiesen, ist der Schutz von Mannes- und Fraueninteressen in billiger Weise ausgeglichen, kann und muß nicht, ohne Schaden für die Gemeinschaft, mehr persönliche Handlungsfreiheit gewährt werden? – das sind die Fragen, um welche die aktuelle Kritik sich immer wieder dreht.

Damit ist auch schon angedeutet, daß insbesondere hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Ehefrau eine Überprüfung der geltenden Normen sich heute aufdrängt. War das Familienrecht des ZGB, von seiner Entstehungszeit aus betrachtet, der Frau gegenüber von einer modernen Großzügigkeit, hat es die ehemännliche Vorherrschaft stark eingeschränkt, die Ehefrau in ihren persönlichen und wirtschaftlichen Rechten von mancher Fessel befreit, so haben doch seither, in diesem bewegten halben Jahrhundert, neue Tatsachen und Anschauungen sich eingestellt, die einer weitem Ausgestaltung dieser Rechte rufen. Was damals, um 1907, als Durchschnitts-Ehe gelten konnte, von der für die Regelung des Güterrechts auszugehen war: Erwerbs-

tätigkeit zur großen Hauptsache durch den Mann, Haushaltsführung und Kinderbetreuung durch die Frau – das wurde, zumal in den langdauernden Kriegs- und Krisenzeiten, weithin durch ein ganz anderes «Ehe-Modell» abgelöst: Beide Ehegatten mußten dem Verdienste nachgehen, die Frau war – mindestens moralisch – verpflichtet, ihr Einkommen oder Vermögen größtenteils dem Unterhalt der Familie zu widmen, und sie hatte auch sonst zusätzliche Aufgaben aller Art zu übernehmen⁴. Parallel dazu gingen geistige, politisch-wirtschaftliche, soziologische Entwicklungen. Zahlreiche neue Berufslaufbahnen sind dem weiblichen Geschlecht eröffnet und mehr und mehr von ihm besritten worden. Weit mehr Frauen als früher betreuen heute anspruchsvolle Aufgaben als Angestellte, sind selbständig im Gewerbe oder in freien Berufen tätig⁵. Die Frau ist, mit einem Wort, im allgemeinen geistig und wirtschaftlich selbständiger geworden, und sie leistet vielfach auch als Ehefrau mehr als früher⁶. Ihr Anspruch, daß Gesetz-

⁴ Schon Mackenroth (1901) 51 f. hielt dem Entwurf zum ZGB vor, er stamme offensichtlich von Männern «der bessern Stände», die von einem der Durchschnittswirklichkeit nicht entsprechenden Idealbild der eheökonomischen Verhältnisse ausgegangen seien.

⁵ Im Jahre 1900 gab es in der Schweiz rund 500 000 erwerbstätige Frauen, 1930: 611 000, 1941: 570 000, 1950: 640 000. Darunter Ehefrauen: 1941: 77 000, 1950: 104 000 (= ca. 10 % aller Ehefrauen). Von den Fabrikarbeiterinnen waren 1943 43 000 oder rund 34 % verheiratet; 1954: 76 500 oder 42 %. Die Zahl der in Industrie, Hauswirtschaft und Hotellerie tätigen Schweizerinnen nahm in neuerer Zeit ab (Ersatz durch Ausländerinnen), während sie in Handel, Bank- und Versicherungsgewerbe stark anstieg, von 65 000 (1941) auf 90 000 (1950). Vgl. Mascha Oettli *Entwicklung u. Probleme der Frauenarbeit ...*, Gewerkschaftl. Rundschau, Bern, 48 (1956) 260 ff. Dasselbst 269 ff. Emma Steiger *Die Stimme einer Arbeiterin*.

⁶ Am Schweiz. Juristentag 1928 verwies E.-L. Martin nachdrücklich auf die nach seinen Beobachtungen seit 1912 eingetretenen Wandlungen bezüglich der geistigen und wirtschaftlichen Entwicklung der Frauen und der daraus für das eheökonomische Leben sich ergebenden Folgen: ... «c'est pourquoi l'on peut dire qu'en ce qui concerne le droit matrimonial suisse, la loi retarde sur

gebung und Praxis zum Ehegüterrecht dieser Situation Rechnung tragen sollen, ist legitim. Reformpostulate, die unter diesem Gesichtspunkte sich ergeben, wurden denn auch in der Diskussion der letzten Jahrzehnte immer wieder vorgebracht, und es wird ihnen heute, bei erneuter Prüfung der Materie, alle Aufmerksamkeit zu widmen sein.

ERSTER ABSCHNITT

Fragen der Gesetzesrevision

A. Güterverbindung oder Gütertrennung als ordentlicher Güterstand?

I. Im Zuge der Vorarbeiten zum ZGB setzte der Gedanke sich durch, die Ehevormundschaft des Mannes über die Frau sei grundsätzlich aufzuheben, die persönliche Handlungsfähigkeit der Ehefrau zu gewährleisten. Schon damals hatte die Ansicht, diesem neuzeitlichen Eherecht sei einzig die Gütertrennung angemessen, entschiedene Anhänger. Affolter betrachtete die wirtschaftliche Unabhängigkeit eines jeden Ehegatten als natürliche und zwingende Konsequenz der persönlichen Selbständigkeit: Die Frau müsse auch in der Verwaltung ihres Vermögens völlig frei sein, was sie keineswegs hindere, den Ehemann gegebenenfalls zu ihrem «Prokuristen» zu ernennen. Das ganze Ehegüterrecht lasse sich auf drei Rechtssätze beschränken:

1. Jeder Ehegatte hat nach Verhältnis seines Vermögens und Einkommens an die Kosten der gemeinsamen Haushaltung beizusteuern. –
2. Für Schulden, die aus Anschaffungen eines Ehegatten für den gemeinsamen Haushalt entstehen, haften beide Gatten gemeinsam. –
3. Die beweglichen Gegenstände des gemeinsamen

les moeurs.» ZSR NF 47, 231 a. Zur seitherigen Weiterentwicklung vgl. Grossen, insbes. 17 ff. und dort zit. neueste Literatur. Egger *Gleichberechtigung* 33 ff.

Haushalts sind Miteigentum beider Ehegatten in dem Verhältnis, wie der einzelne beigesteuert hat⁷.

Ähnlich, wenn auch im Sinn einer viel einläßlicheren Regelung, äußerte sich A. Martin als Referent am Schweizerischen Juristentag 1894. Von Frauenseite (Kempin) schlug man eine Kombination von grundsätzlicher Gütertrennung mit partikulärer Gütergemeinschaft zur Deckung des Familienunterhaltes vor⁸. – Demgegenüber hielt Huber an dem von ihm entworfenen System der Güterverbindung fest, aus der Erwägung, sie entspreche eher den überlieferten und damals noch vorherrschenden Anschauungen unseres Volkes; im übrigen berge auch die Gütertrennung mancherlei Konfliktstoff in sich, je nach der Ausgestaltung, die man ihr im einzelnen geben müsse und die sehr verschiedenartig sein könne. Eine Garantie der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Frau und ein sicherer Schutz gegen faktischen Eigennutz von Mannesseite bei der Vermögensverwaltung lasse sich durch Gesetzesvorschriften nicht erreichen⁹.

Auch nach Einführung des ZGB dauerte der Meinungsstreit an. Am Juristentag 1928 vertrat Schweizer nachdrücklich die Ansicht, die Güterverbindung als subsidiärer Güterstand habe im ganzen Lande sich aufs beste eingelebt und bewährt, während E.-L. Martin aufs neue für die Gütertrennung focht: Sie bringe beiden Ehegatten eine einfachere und würdigere Situation, indem sie die zwangsläufigen Komplikationen der andern Systeme vermeide und zu freiwilligem Zusammenwirken ansporne; sie diene besser den materiellen Interessen der Frau und dem immer

⁷ Affolter 187 f.

⁸ A. Martin 586 ff. u. 707 f. Kempin 15. Für Kombination von Gütertrennung (unter Beitragspflicht der Frau) mit Vorschlagsgemeinschaft (hälftige Teilung) Mackenroth 53 f. Vgl. auch die Eingaben zahlreicher Frauen und Frauenvereine an den Schweiz. Juristentag 1894, ZSR NF 13/690 ff.

⁹ Huber *Grundlagen* 503 ff., 701 f.

mehr sich durchsetzenden Prinzip ihrer Gleichberechtigung, erleichtere aber auch die Lage des Mannes, indem sie ihn davon befreie, auch gegen seinen Willen die oft schwere Pflicht der Verwaltung des Frauenvermögens zu tragen¹⁰. – Weitere, in neuester Zeit besonders aus der Frauenbewegung zu hörende Postulate lauten ähnlich. Sie fordern indessen meist nicht eine radikale – etwa nach dem Vorschlag Affolters gestaltete – Gütertrennung, sondern ein sehr differenziertes System, das bei grundsätzlicher Freiheit jedes Teiles in seiner Vermögensverwaltung ein gegenseitiges Mitspracherecht, gewisse Schutzbestimmungen zur Erhaltung des Ehegutes und beidseitige Ansprüche auf das gemeinsam Errungene (Vorschlag) statuieren müßte¹¹. Wird demnach die einst als «System der Zukunft» gepriesene Gütertrennung nicht mehr in ihrer einfachen, konsequenten Gestalt – und auch nicht in der Form, die sie im ZGB als außerordentlicher Güterstand hat – gefordert, sondern in den Formen eines viel komplizierteren Systems sui generis, so ist um so sorgfältiger zu prüfen, ob eine so einschneidende Maßnahme wie der Wechsel des subsidiären Güterstandes heute geboten sei.

1. Die weitaus meisten schweizerischen Ehen, deren Zahl heute über eine Million beträgt, unterstehen der Güterverbindung. An dieser schon 1928 von Schweizer zum Lobe des ordentlichen Güterstandes hervorgehobenen Tatsache hat sich seither, in weitem drei Jahrzehnten, nichts wesentliches geändert. Wenn man von den allmählich dahinschwindenden altrechtlich-intertemporalen Eheverträgen absieht und nur die seit 1912 geschlossenen Ehen berücksichtigt, so dürfte sich eine Mehrheit von rund 95% für

¹⁰ Schweizer *Einfluß d. ZGB* 93 a f., 224 a f.; E.-L. Martin 129 a ff., 230 a.

¹¹ Speiser 198 ff., Meyer 178 ff. u. bei beiden zit. weitere Literatur. Boehlen 14. Kritisch zum Postulat auf Gütertrennung Rodel-Haller 31 ff. Vgl. auch Egger, ZSR NF 47 232 a f. u. *Gleichberechtigung* 21 ff. (Hinweise auf Revisionen u. Reformbestrebungen im Ausland).

die Güterverbindung ergeben. Gegen 5% der Ehepaare haben die Gütertrennung vereinbart, nur ein ganz kleiner Bruchteil von vielleicht 0,3% entfällt auf die Gütergemeinschaft¹².

Der Schluß, unser Volk gebe in diesem Ausmaß der Güterverbindung bewußt den Vorzug vor jedem andern System, wäre indessen voreilig, da er wesentliche mitspielende Faktoren außer acht ließe. Einmal die Unkenntnis oder die Unbekümmertheit vieler Braut- und Eheleute. Sehr oft wird, vor allem in einfachen Verhältnissen, wohl etwa besprochen, was jeder Teil mitbringt und zur Tragung der Ehekosten an Geld oder Arbeit beisteuern kann, ohne daß man aber in der Verwaltung und Nutzung des Ehevermögens ein Problem erkennt. Sodann das «Trägheitsprinzip», nämlich die Unlust, anstelle des ohne weiteres gegebenen Systems einen Ehevertrag aufzustellen, ihn verkünden, eventuell (nach Eheschluß) von der Vormundschaftsbehörde überprüfen und, zur Wirksamkeit gegen Dritte, eintragen und publizieren zu lassen. Schon Huber verwies darauf, daß erfahrungsgemäß die meisten Nupturienten an einen Ehevertrag gar nicht denken – eben darum seien sie auf eine richtige Ordnung – die Güterverbindung – von Gesetzes wegen angewiesen ... und schon A. Martin hielt ihm entgegen, gerade die Gütertrennung sei diese richtige Ordnung, wie das Zeugnis eines sachkundigen Juristen aus Italien bestätige, wonach dort dieses System sich aufs beste bewährt habe¹³. Daß beide Ansichten zutreffen können, zeigt die 1937 an der «Semaine internationale de droit» in Paris geführte Diskussion der Materie: Fast jeder der zahlreichen Referenten hielt dafür, das in seinem Lande geltende System sei grundsätzlich richtig und durch die

¹² Tuor 164 Anm. 1. Stat. Jahrb. d. Schweiz 1954, 528. Die Zahl aller Eheverträge ist jedoch etwas höher anzunehmen, da die Statistik nur die eingetragenen Verträge erfaßt. In Basel z. B. wird relativ häufig die (dort traditionelle) Gütergemeinschaft nur intern vereinbart (Löw mündlich).

¹³ Huber *Grundlagen* 498, A. Martin 590.

Praxis, von Einzelheiten abgesehen, bewährt. Eine Ausnahme machte nur Suzanne Moreau (Paris) mit scharfer Kritik am französischen régime de communauté légale. Die Darlegungen des schweizerischen Delegierten, Richard, über unser Güterrecht – als Mittelweg zwischen Gütergemeinschaft und Gütertrennung – fanden Interesse und Zustimmung, insbesondere von seiten des Hauptreferenten Ripert¹⁴.

2. Was ist damit dargetan? – Wohl doch so viel, daß die Güterverbindung im allgemeinen den Eheleuten in befriedigender Weise dienen kann. Trifft dies zu, so war und bleibt es richtig, der vorherrschenden schweizerischen Tradition entsprechend diesen Güterstand subsidär von Gesetzes wegen gelten zu lassen und daneben, sowohl in Rücksicht auf abweichende kantonale Überlieferung wie auf besondere eheökonomische Verhältnisse, die Vertragsfreiheit

¹⁴ *Sem. intern. de droit* 1937. Vgl. die Referate der einzelnen Delegierten; Richard S. 151, Moreau S. 223, zusammenfassend Ripert S. 232 f. – In Frankreich erhielt die Ehefrau mehr persönliche und ökonomische Handlungsfreiheit durch die Revisionen des Code civil von 1938 und 1942, vgl. Planiol/Ripert *Droit civil français II*, 2. Aufl. (1952) 298 ff., 342 ff. In Westdeutschland ist seit Jahren eine lebhafte, Berge von Literatur produzierende Reformdiskussion im Gange, die einstweilen zu einem Unterausschuß-Entwurf geführt hat, der den Verfassungsgrundsatz der Rechtsgleichheit von Mann und Frau auch im Güterrecht verwirklichen soll und als subsidiären Güterstand die prinzipielle Gütertrennung, verbunden mit Errungenschaftsgemeinschaft (Zugewinn – Ausgleich) vorsieht. Vgl. Egger *Gleichberechtigung* 25, Soergel BGB, 8. Aufl. (1955) Vorbem. zu § 1363, Merzbacher 2 ff. u. dort zit. Literatur. Grundlegendes schon in den *Verhandlungen des Deutschen Juristentages* 33 (1925) 325 ff. (Vorschläge Kipp, Wieruszowski, Munk), 36 I (1931) 540 ff. (Gutachten Rebstein-Metzger u. Droncke), 36 II (1932) 80 ff. (Referate Schultz u. Weber). – Daß unter Umständen auch eine äußerst einfache Regelung genügen kann, zeigt das Beispiel der kanadischen Provinz Ontario, wo nur die Vertragsfreiheit beider Ehegatten, die Familienunterhaltungspflicht des Mannes und das Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten am Grundeigentum des verstorbenen statuiert ist. Bergmann II K1 S. 36.

zu gewähren. So betrachtet, ist die Ehevertragsstatistik, wenn sie auch nicht eine fast hundertprozentige Zustimmung des Volkes zur Güterverbindung belegt, doch recht aufschlußreich. Sie zeigt, daß die Gütertrennung einerseits im Tessin, gemäß altrechtlichem Brauch, andererseits in Industrie- und Handelsgebieten relativ häufig vereinbart wird, und daß auch die Gütergemeinschaft vor allem dort noch vorkommt, wo sie auf alter Tradition beruht (Bern, Basel-Stadt, Aargau, Neuenburg, Genf)¹⁵. Wenn nun sogar in diesen Gebieten die erdrückende Mehrheit der Ehegemeinschaften bei der Güterverbindung bleibt, so bezeugt dies gewiß, auch bei Rücksichtnahme auf die erwähnten Hemmnisse eines Ehevertragsabschlusses, daß ein allgemeines Bedürfnis nach einem Wechsel des ordentlichen Güterstandes nicht besteht. Ohne diese Voraussetzung aber läßt es sich m.E. nicht rechtfertigen, den Ruf nach einer Umwälzung unseres ganzen Güterrechtssystems zu erheben, die Parlament und Volk sehr stark beschäftigen und auch recht schwierige Übergangsprobleme stellen würde – schon gar nicht in einer Zeit, die ohnehin an der «Inflation» notwendiger legislatorischer Aufgaben leidet¹⁶.

¹⁵ Vgl. die betr. Zahlen im Stat. Jahrb. d. Schweiz 1954, 528. Zur kant. Vorgeschichte Huber *Syst. u. Geschichte* I 239 ff., IV 424 ff.; *Grundlagen* 490 ff.; *Erläuterungen* 123 ff. Für Basel-Stadt Löw mündlich. Vgl. auch E.-L. Martin 115a.

¹⁶ Die Diskussion würde zweifellos nicht auf das Güterrecht im engern Sinn beschränkt bleiben, sondern sich auch auf den fünften Titel des ZGB, insbes. Art. 160 u. 161, ausdehnen. Schon nach Vorschlag Affolter (oben S. 8) haben beide Ehegatten gleichmäßig aus ihren Mitteln an den Familienunterhalt beizutragen, und diese Konsequenz wurde sowohl in den kommunistischen Staaten Osteuropas als in den – bei uns oft als Vorbild zitierten – Gesetzen von Schweden (1920) und Dänemark (1925) gezogen. Vgl. die betr. Normen bei Bergmann I, insbes. D 1 S. 11 (Dänemark) S 2 S. 16 (Schweden). – Ein analoges Revisionsprojekt würde bei uns, da den vorherrschenden Anschauungen und Verhältnissen widersprechend, kaum durchdringen. Wenn auch nach der neueren Praxis die Frau nicht erst bei völliger Erschöpfung der Mittel des Mannes an den Familienunterhalt beizusteuern hat, sondern schon

II. Bleibt es in dieser Hinsicht beim geltenden Recht, so muß allerdings ein vielfach gehörtes Reformbegehren unerfüllt bleiben: Aufhebung der Befugnis des Mannes zur Verwaltung und Nutzung des eingebrachten Frauengutes. Denn diese Befugnis bildet das Kernstück der Güterverbindung (194 I, 200, 201), ihre Aufhebung würde die Grenzen zwischen dieser und der Gütertrennung verwischen und praktisch die letztere zum ordentlichen Güterstand erheben. – Allein, gerade in diesem Punkte darf man, wie einleitend gesagt, die praktische Tragweite, die einer Rechtsänderung zukäme, nicht überschätzen. In der ökonomisch einfachen Durchschnittssee ist das System der «gemeinsamen Kasse» durchaus natürlich; es wird praktisch Anwendung finden, welches immer der rechtliche Güterstand sei¹⁷. In guter Ehe wird der Mann seine Rechte nicht

vorher, wenn dies angemessen ist – vgl. die Entwicklung von BGE 52 II 424 ff. Zu BGE 73 II 99 ff. – so entspricht es doch zweifellos der bei uns vorherrschenden Meinung, daß grundsätzlich alle Kosten, vom Frauengutsertrag abgesehen, aus dem Einkommen des Mannes zu decken und aus dem der Frau nur ergänzende Beiträge zu leisten sind.

¹⁷ Man mußte denn auch selbst dort, wo grundsätzlich völlig gleiches Recht beider Ehegatten und radikale Gütertrennung dekretiert wurden, alsbald zusätzliche, der tatsächlichen Lage Rechnung tragende Bestimmung schaffen; eben darum ist die Ansicht illusionär, die Gütertrennung vereinfache alles und erspare den Parteien viele Auseinandersetzungen. Vgl. etwa das sowjetrussische Eherecht, Gesetz v. 19.11.1925 und Novellen von 1940, 1943, 1945, 1947 (Bergmann I U I S. 8 ff.): Vorehelich erworbenes Vermögen jedes Ehegatten bleibt sein Sondereigentum; während der Ehe erworbenes «gilt als gemeinsames Vermögen der Ehegatten. Der Umfang des einem jeden Ehegatten gehörenden Anteils wird im Streitfall durch das Gericht bestimmt» (Art. 10). Abmachungen, die auf Verringerung der Vermögensrechte eines Ehegatten abzielen, sind nichtig (Art. 13). Bei Scheidung hat der Richter die Vermögensteilung «in Natur oder nach Bruchteilen zu regeln» (Art. 22). Oder das bulgarische Gesetz v. 9.8.1949 mit Ergänzungen von Februar u. November 1953 (Bergmann I B 2 S. 8 ff.): Für Verpflichtungen, die ein Ehegatte für Haushaltsbedürfnisse einget, haftet auch der andere solidarisch (Art. 34).

mißbrauchen, sondern das Ehevermögen im Einvernehmen mit der Frau und im Interesse der Familie verwalten. Handelt er aber eigennützig, so stellt sich das Problem, ob die Frau – dank genügender Kenntnisse – sich wehren könne, und ob sie – mit Rücksicht auf den Ehefrieden – es tun wolle. Kann und will sie es, so gibt das geltende Recht ihr die Mittel der Inventaraufnahme, der Sicherstellung (197, 205), eventuell der Gütertrennung (183) oder der Anrufung des Eheschutzrichters (169 ff.). Gewiß sind nun diese Mittel, wie die Erfahrung lehrt, noch unzulänglich. Ihre rechtzeitige und damit wirksame Anwendung ist durch das Gesetz in manchen Fällen nicht gewährleistet. Um diesen Mangel zu beheben, ist jedoch, wie im folgenden näher darzulegen sein wird, nur die Revision weniger Einzelnormen erforderlich.

III. Notwendige Voraussetzung eines wirksamen Rechtsschutzes der Ehegatten und insbesondere der Ehefrau ist jedoch, wie umsichtig immer das Gesetz gestaltet werde und wie sorgfältig seine Auslegung sei, die genügende Rechtskenntnis der Eheleute. Wer einen Kauf-, Werk-, Versicherungsvertrag abschließt, ist sich der Tragweite dieses

Hat einer dem andern «ausdrücklich oder stillschweigend» die Verwaltung seines Vermögens überlassen, «so schuldet letzterer mangels einer gegenteiligen Vereinbarung nur die Erträge, die in dem Zeitpunkt verfügbar sind, in dem ihm die Verwaltung entzogen oder in dem die Ehe aufgelöst wird» (Art. 35). Bei Scheidung «hat jeder Ehegatte das Recht, einen Teil dessen zu erhalten, was der andere Ehegatte während der Dauer der Ehe erworben hat», wobei das Gericht berücksichtigt, was er durch Berufs- oder Haushaltsarbeit, aus eigenen Mitteln «und überhaupt mit seiner Hilfe» zur Vermögensvermehrung des andern beigetragen hat (Art. 52). – Normen, die nicht sonderlich arm an Konfliktskeimen sind! Die «einfache» Gütertrennung ist von praktisch viel geringerer Bedeutung als die mit ihr kombinierte Errungenschaftsgemeinschaft mit allen ihren Beweisproblemen. Vgl. Barrère *Le droit familial socialiste*, *Revue de droit intern. et de droit comp.* 33 (1956) 87 ff. – Über den westdeutschen Rev. Entwurf u. seine Auslegungsprobleme Merzbacher 15 ff., der übrigens (10 f.) u. a. das ZGB (214) als Vorbild für die zu schaffende «Zugewinnngemeinschaft» anführt.

Schrittes regelmäßig bewußt, er wird seine Erfüllungsinteressen wahrnehmen, sich im Zweifel rechtzeitig beraten lassen und von «sentimentalen» Rücksichten dabei nicht wesentlich beeinflußt sein. Braut- und Eheleute dagegen ahnen meist kaum etwas von dem nicht einfachen, folgenreichen Vertragssystem ökonomischer Art, das sie mit der Eheschließung eingehen, oder sie scheuen sich natürlicherweise, über so materielle Dinge wie Verwaltung und Nutzung des Ehevermögens, Sicherung des Frauengutes, Schuldenhaftung oder Vorschlagsteilung zu verhandeln¹⁸. Hier sollte, am besten schon anläßlich der Verkündung, von Amtes wegen eine taktvolle, aber doch nachdrückliche Aufklärung der Nupturienten einsetzen, mit dem Ziele, sie davon zu überzeugen, daß eine rechtzeitige Bereinigung dieser Fragen keineswegs «ehewidrig», sondern dem Ehe- und Familienfrieden dienlich und, je nach den konkreten Verhältnissen, zur Vermeidung späteren Unheils dringend geboten ist¹⁹. Eine eingehende Erörterung güterrechtlicher Probleme wäre dabei weder zweckmäßig noch erforderlich. Es würde ein Hinweis etwa auf folgende Punkte genügen:

Hauptauswirkungen des ordentlichen Güterstandes; Bildung des ehelichen Vermögens, Ausmaß (und Schranken) der Befugnisse des Ehemannes, Sicherheitsansprüche der Ehefrau; Vorschlag, Möglichkeit der Modifikation seiner Teilung; Gefahren der «gemeinsamen Kasse» bei Sondergutserwerb der Frau. – Wesen der andern Güterstände, sachliche Gründe für ihre Wahl, insbesondere der Gütertrennung. – Bedeutung der Publikation eines Ehevertrages, Schranken der Haftungsbefreiung.

¹⁸ « Il faut bien dire qu'au moment où l'on se marie, on ne sait rien », *Sem. intern. de droit* 221 (Moreau). Daß auch in der Schweiz weithin Unkenntnis herrscht und große Hemmungen gegen den Abschluß von Eheverträgen bestehen, zeigt das Ergebnis einer im Winter 1956/57 durchgeführten Fraenumfrage. Vgl. Oettli 8 f.

¹⁹ Schon 1894 erhoben mehrere Frauenorganisationen zuhanden des Schweiz. Juristentages das Postulat nach solcher Aufklärung. ZSR NF 13/690 ff. Im gl. Sinn E.-L. Martin 116a, Schweizer *Einfl. d. ZGB* 222a.

Wichtig wäre dabei vor allem, wie die Praxis immer wieder zeigt, die Parteien auf das Institut des Inventars und die große Tragweite dieses Sicherungsmittels hinzuweisen (197). Erhebliche Komplikationen in güter- und erbrechtlichen Streitsachen, zahlreiche Unbilligkeiten und Enttäuschungen ergeben sich nur deshalb, weil das beidseitige Eigengut, sei es bei Ehescheidung oder bei Tod eines Gatten, nicht wirklichkeitsgemäß, sondern bloß fiktionsweise, nach den gesetzlichen Vermutungen (193, 196 I, 215 III), feststellbar ist. Das Inventar, rechtzeitig errichtet und in der Folge kontrolliert und ergänzt, schaltet solche Schwierigkeiten größtenteils aus²⁰. Man hat denn auch bei der Vorarbeit zum ZGB daran gedacht, die Eheleute zu seiner Errichtung zu verpflichten. Dieses Obligatorium, das nur in wenigen Kantonen von damals vorwiegend landwirtschaftlicher Struktur (Obwalden, Nidwalden, Luzern) traditionell verankert war, wurde dann aber abgelehnt, m.E. mit Recht²¹. Für die vielen Ehegemeinschaften, die praktisch ohne Vermögen beginnen, hätte eine solche Zwangsmaßnahme keinen Sinn. Die später eintretenden Vermögensverhältnisse aber und die jeweilige Ergänzung des Inventars amtlich zu kontrollieren, würde, soweit überhaupt möglich, zu einer nicht wünschbaren Einmischung des Staates in das Eheleben führen²². Einsicht und guter

²⁰ Blocher 277. Gmür N 3 zu 197. Egger N 1 zu 197. Déné-réaz 186. Knapp 70 ff. Guhl *Sicherung u. Begünstigung* 10 ff. Tuor 180 f. Erhebungen über Verluste an Frauenguts- und Vorschlagsansprüchen bei Scheidung (auch mangels Beweismöglichkeit) bei Oesch 27 f. Zur Beweiskraft des Inventars Mächler *Die Sicherung des Frauengutes nach schweiz. Recht*, Zürich 1922 (Diss. Bern 1914) 3 ff. Vgl. auch Kappeler *Die güterrechtl. Auseinandersetzung bei Wechsel des Güterstandes während der Ehe*, Diss. Bern 1939, 21 ff.

²¹ Huber *Syst. u. Gesch.* I 247; *Erläuterungen* 166, 174. Mächler a. a. O. 7 ff.

²² In diesem Sinne Déné-réaz 187. Droin 458 bedauert das Fehlen des Obligatoriums. Guhl *Sicherung und Begünstigung* 12 hält wenigstens indirekte Zwangsnormen für wünschbar, etwa

Wille der Ehegatten sind auch hier notwendige Voraussetzung für den richtigen Gebrauch der Schutznorm, die das Gesetz ihnen bietet. Die Behörde erfüllt ihre Aufgabe, wenn sie zu diesem Gebrauch anleitet und ihn erleichtert.

Ansätze dazu finden sich heute schon da und dort. Sie sollten allgemein übernommen und weiter ausgebaut werden, insbesondere dahin, daß man den Parteien nicht nur bei Verkündung oder Trauung eine einmalige (mündliche oder schriftliche) Orientierung gibt, sondern sie auch für später auf eine Amtsstelle verweist, die ihnen jederzeit beratend zur Verfügung steht. Eine daraus folgende Belastung der öffentlichen Hand läßt sich sehr wohl rechtfertigen. Die Kenntnis und Beachtung der Grundsätze unseres Ehegüterrechts ist von solcher Tragweite für breiteste Volksschichten, die mangelnde Rechtsvorsorge kann – letzten Endes auch für das Gemeinwesen – so viel Schaden stiften, daß ein «Familienschutz» in der Form staatlicher Rechtshilfe durchaus geboten ist.

Einer Gesetzesrevision bedarf es nicht, um die Grundlagen für solche Maßnahmen zu schaffen. Die Kantone sind befugt, ergänzende Vorschriften über das Zivilstandswesen zu erlassen, sie können Weisungen und Ratschläge in das Familienbüchlein aufnehmen (Zivilstands VO 2 III und 146 II), und es steht ihnen auch die Organisation des öffentlichen Rechtsschutzes zu.

Damit gelange ich – im Sinne einer Anregung an die kantonalen Behörden – zur

These 1: Die Nupturienten sind anläßlich der Verkündung über die wichtigsten Fragen des Ehegüterrechts zu orientieren, sowie auf eine Amtsstelle hinzuweisen, die

dahingehend, daß das Gesetz einzelne Sicherungsmittel oder Privilegien nur bei rechtzeitiger Inventaraufnahme gewähren würde. – Dies könnte aber leicht zu vermehrter Unbilligkeit führen, z. B. dann, wenn ein Ehegatte, der im Interesse des Friedens eine Inventarisierung gegen den Willen des andern nicht durchsetzte, nachher bei Berechnung des Vorschlages, der Ersatzforderung etc. dafür bestraft würde.

ihnen jederzeit (unentgeltlich oder gegen eine mäßige Gebühr) beratend zur Verfügung steht.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich sodann die

These 2: An den Grundlagen der geltenden Ordnung – Vertragsfreiheit im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Güterstände, subsidiäre Geltung der Güterverbindung – ist festzuhalten.

B. Einzelfragen

I. Formvorschriften. Der gültige Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte über das Ehegut hängt von der Erfüllung formeller Vorschriften ab, die teils zur Sicherung der Drittgläubiger erlassen wurden, teils als Maßnahme zum Schutz eines Ehegatten, besonders der Frau, und mittelbar auch der Familie, gedacht sind. Soweit nur das erste Moment in Frage kommt (181 III, 248 I), kann m.E. eine nähere Erörterung hier unterbleiben, da diese Normen begründet und zweckmäßig sind. Wer sich gemäß Güterrechtsregister und amtlicher Publikation auf bestimmte Verfügungsrechte der Ehegatten und Haftungsverhältnisse des Ehevermögens verläßt, beispielsweise auf das Vorliegen des subsidiären Güterstandes oder auf den Eintrag der – oft zwecks Krediterhöhung vereinbarten – Gütergemeinschaft, der soll durch abweichende interne Abreden der Ehegatten nicht geschädigt werden können.

Fragwürdig sind dagegen, sowohl nach der inneren Begründung wie nach der praktischen Wirksamkeit, gewisse formelle Erschwerungen, die den ökonomischen Interessen der Ehegatten selbst (und allenfalls ihrer Erben) dienen sollen.

1. Rechtsgeschäfte unter Ehegatten über das Eingebachte oder über das Gemeinschaftsgut, sowie Interzessionsgeschäfte der Ehefrau bedürfen der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (177 II u. III). Schon im Zuge der Vorarbeiten zum ZGB haben kritische Stimmen diese «Bevormundung» beider Ehegatten

als nicht mehr zeitgemäß bezeichnet. Sie ist es heute nach vielfach vertretener Ansicht noch weniger, und der von ihren Anhängern betonte Nutzen dürfte praktisch bedeutungslos werden, wenn die oben angeregte Aufklärung der Nupturienten Platz greift. Denn die ihr zugedachte Schutzwirkung hat schon bisher sich als sehr unzulänglich erwiesen²³. Einmal deshalb, weil diese Schranke für das Sondergut der Ehefrau nicht besteht; Rechtsgeschäfte der Ehegatten über dieses Vermögen können von schwersten Folgen sein, sind aber jeder behördlichen Kontrolle entzogen. Sodann weil nur die vertraglichen Rechtsgeschäfte unter Ehegatten (177 II) und die obligatorischen Interzessionsgeschäfte der Ehefrau (177 III) der Genehmigung unterliegen, nicht auch einseitige Verfügungen. Dingliche Rechte an Immobilien oder andern Sachen, auch an Wertpapieren, direkt zu übertragen, Forderungen abzutreten, Verrechnungen zu tätigen, auf Ansprüche zu verzichten, ja sogar Pfandrechte zu bestellen – all das ist nach der Praxis von der Kontrollpflicht unberührt²⁴. Will also ein bösariger Ehegatte diese Pflicht zum Schaden des andern umgehen,

²³ Eingehende Darstellung und Kritik der Bundesgerichtspraxis zu 177 III bei Horisberger 26 ff., der mit der Mehrheit der von ihm zit. Autoren die Aufhebung dieser Vorschrift als fällig betrachtet (108). Das von ihm Gesagte läßt sich größtenteils auch gegen 177 II anführen. Im gl. Sinn schon Wolfer 105, unter Hinweis auf frühere kritische Literatur. Unrichtig jedoch seine Berufung auf Eugen Huber «Erl. 121/221». Huber hat diese Einschränkungsnormen positiv gewürdigt, vgl. *Erläuterungen* 158 f. u. *Vorträge*, als Manuskript herausgegeben vom Bern. Juristenverein (1911) 89 f. – allerdings im Gegensatz zu seiner grundsätzlichen Befürwortung der Handlungsfreiheit beider Ehegatten, *Erl.* 121 f. Auf diesen Widerspruch verweist Cohn 12. Ablehnend auch Gmür N 1 ff. zu 177, Schucany 92 ff. Literaturübersicht bei Lemp S. 146 ff. – Den praktischen Nutzen in Abwägung von pro und contra doch bejahend Egger N 7 u. 18 zu 177, Rossel/Mentha I 251.

²⁴ Wolfer 23 ff., Lemp N 3, 6, 52–55 zu 177, Horisberger 23 ff. u. dort zit. Judikatur. – Kritisch zur bundesger. Praxis Guhl ZGJV 62/439 f., 70/505 f.

so findet er leicht den Weg dazu²⁵. Aber auch dort, wo in beidseitigem Bewußtsein der Rechtslage und in guten Treuen Vermögen des einen Gatten dem andern überlassen wird, geschieht dies zweifellos meist durch Verfügungsgeschäfte, nicht durch genehmigungsbedürftige Verträge. Und nur verhältnismäßig sehr selten wird, wenn der zweite Weg gewählt wird, die Behörde in die Lage kommen, die Genehmigung zu versagen und damit Ehefrau und Familie vor Schaden zu bewahren. Denn – das liegt wieder im Wesen der Ehegemeinschaft – nur eine offensichtliche, durch den konkreten Vertragszweck in keiner Weise zu rechtfertigende Gefährdung vermag ein Veto gegen den freien Willen der Eheleute zu begründen. Eine gewisse, nach den Umständen als tragbar erscheinende, dem wirtschaftlichen Fortkommen des Ehemannes und damit der Familie dienende Großzügigkeit der Ehefrau beispielsweise ist hinzunehmen, auch wenn eine Gefährdungsmöglichkeit je nach der künftigen Entwicklung besteht²⁶.

Ist demnach der vom Gesetz gewollte Schutz nur ganz ausnahmsweise wirksam, so fallen auf der andern Seite um so schwerer die Nachteile des Genehmigungszwangs ins Gewicht. Nicht selten schließen Eheleute unter sich oder mit Dritten, ohne Wissen der Behörde, Rechtsgeschäfte ab, die dann nachträglich, ganz oder teilweise schon erfüllt, vom Richter mangels Zustimmung der Vormundschaftsbehörde als ungültig erklärt werden müssen. Das zeitigt ebenso unerfreuliche als komplizierte Auswirkungen,

²⁵ Wie insbes. 177 III auf mancherlei Art umgangen werden kann, zeigt Schucany 97 ff. – Wenn z. B. in der Stadt Zürich, bei einem Bestand von rund 90 000 Ehen und jährlich über 4000 Trauungen, jedes Jahr nur ca. 50–70 Geschäfte nach 177 II u. III vor die Behörde gelangen (vgl. Geschäftsberichte des Stadtrates), so ist das gewiß nur ein kleiner Bruchteil der wirklich getätigten. Und diese wenigen Fälle rechtfertigen den Genehmigungsapparat auch deshalb nicht, weil die Behörde äußerst selten etwas zu beanstanden findet (Wohlmann mündlich).

²⁶ Lemp N 31 f. zu 177.

besonders bei Interzessionsgeschäften²⁷. Diese sind nach der Praxis nichtig, daher jederzeit und von jedem daran Interessierten anfechtbar. Die Ehefrau kann weder zum voraus auf die Anrufung der Nichtigkeit verzichten noch nachträglich – ohne Zustimmung der Behörde – die rechtswidrig eingegangene Schuld anerkennen. Daß die Einrede der Nichtigkeit gegen Treu und Glauben verstoße, wurde verneint²⁸. – Andererseits sind jedoch die schutzwürdigen Interessen des oder der Vertragspartner zu wahren. Dem gutgläubigen Dritten gegenüber versagt die Nichtigkeitsklage, und die Beweislast dafür, daß er den Vertrag als Interzessionsgeschäft erkannte oder hätte erkennen müssen, obliegt dem, der die Nichtigkeit behauptet²⁹. Dies aber wieder mit der Einschränkung, daß dem gutgläubigen Zessionar gegenüber, wenn nur der Zedent bösgläubig war, die Einrede stichhält, ein Analogieschluß aus OR 18 II also nicht zulässig, sondern OR 169 I streng anzuwenden ist³⁰. Umstritten blieb dann wieder, wie sich dies beim Erwerb von Schuldbrief- und Wechselforderungen verhalte. Das Bundesgericht hat in Bestätigung eines Urteils des Appellationsgerichts Baselstadt vom Jahre 1931 den gutgläubigen Erwerber gegen die Einrede der Ehefrau als Schuldnerin geschützt (BGE 58 II 115). Im gleichen Sinn entschied das Obergericht Zürich (BIZR 33/104). Nach einem spätern Urteil des AG Baselstadt (1949) ist aber die gegenteilige, auch von Egger und Wolfer vertretene Ansicht mindestens nicht willkürlich; ein in diesem Sinne gefällter Entscheid des Basler Dreiergerichts wurde daher – im Beschwerdeverfahren – bestätigt³¹. – Es herrscht also alles andere als Rechtssicherheit. Der Anspruch auf Nichtig-

²⁷ Wolfer 107, Horisberger 38 ff., Gmür N 3a zu 177.

²⁸ Lemp N 92 f. zu 177.

²⁹ BGE 54 II 413.

³⁰ App. ger. Tessin 15.9.36, SJZ 34/44 Nr. 28.

³¹ SJZ 46/300 Nr. 98; Egger N 25 zu 177; Wolfer 59 f.; dort auch weitere kontroverse Lit. – Praxis bei Lemp N 96 ff.

erklärung ist problematisch, und nicht weniger ist es die Situation, die in moralischer Hinsicht und in Rücksicht auf den Ehefrieden entstehen kann. Zwei Beispiele aus der Praxis zeigen dies drastisch:

Ein Mann, der auf besondern Wunsch seiner Frau und zum Schutze ihrer Gesundheit ein Haus auf dem Lande kauft, erhält zur Begleichung daraus entstandener Schulden von einem befreundeten Ehepaar ein Darlehen von Fr. 28 000.—. Seine Frau verpflichtet sich «solidarisch» mit ihm zur Rückzahlung. Als der Mann später in Konkurs gerät, belangen die Gläubiger die Ehefrau persönlich für die Restforderung von Fr. 26 000.—. Im Vertrauen auf eine nunmehr ihr erteilte Rechtsbelehrung bestreitet die Frau ihre Zahlungspflicht wegen Nichtigkeit des Geschäftes – und verliert vor allen Instanzen den Prozeß, weil sie den bösen Glauben der Darlehensgeber nicht nachweisen kann (BGE 54 II 410). – Ein Ergebnis, das man als gerecht empfindet, das aber die Brüchigkeit der angeblich schützenden Schranken von 177 III beleuchtet. – Im zweiten Fall hatte die Ehefrau sich verpflichtet, das Guthaben eines Bauunternehmers gegen ihren Mann durch Verpfändung eines Inhaberschuldbriefes sicherzustellen, und das Faustpfand alsdann übergeben. Auf Faustpfandverwertung betrieben, klagte sie auf Aberkennung des Pfandrechts, da dasselbe mangels Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht gültig bestellt worden sei. Sie drang durch, gestützt auf den Beweis, daß die Baufirma gewußt hatte, der Schuldbrief werde zum Zweck der Interzession für den Ehemann errichtet und verpfändet (BGE 59 II 217). – Damit war das Frauengut vor dem Zugriff gerettet – aber ob dies auch moralisch richtig war und dem Ehefrieden diene, ist eine andere Frage. Auch erhellt gerade aus diesem Fall, wie unsicher, von Zufällen abhängig, dieser Interessenschutz ist. Er hätte versagt, wenn die materiell genau gleiche Sicherheit statt im Wege der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung durch einfache Verfügung – Übergabe eines Pfandes – bewerkstelligt worden wäre; ebenso nach der erwähnten Praxis (BGE 58 II 115), wenn ein gutgläubiger Dritter den Schuldbrief erworben und geltend gemacht hätte.

In solchen und ähnlichen Fällen tritt auch die widersinnige Starrheit der gesetzlichen Schutznorm zutage. Sie gewährt, soweit sie es überhaupt vermag, ihre Hilfe rein schematisch nach dem wirklichkeitsfremden Kriterium einer Schutzbedürftigkeit der Ehefrau schlechthin; sie

kann heute der geistig und wirtschaftlich souveränen Geschäftsfrau zum Nachteil eines viel eher als sie schutzbedürftigen Drittgläubigers zuteil werden – morgen einer Hausfrau oder einem Ehemann, die ohne Einsicht in die Tragweite ihres Handelns sich belastet haben, versagt bleiben. – Man mag sich fragen, ob eine Gesetzesergänzung und eine noch differenziertere Auslegungspraxis diesen Unzulänglichkeiten beikommen könnten, etwa in dem Sinne, daß auch bloße Verfügungsgeschäfte genehmigungsbedürftig wären, andererseits die Schranke von 177 III für Gütertrennungsehen nicht gelten würde. Auch das würde aber der Verschiedenartigkeit der praktischen Fälle nicht Rechnung tragen, eher zu neuen Komplikationen und in concreto unbefriedigenden Ergebnissen führen. Eine solche Modifikation könnte kaum eine Praxis herbeiführen, auf die das von Gmür schon 1923 gefällte Urteil nicht mehr zuträfe: ... «daß sein (des Art. 177 ZGB) Inhalt zwar einzelne Mißbräuche zu verhüten imstande ist, aber im ganzen mehr schädlich als nützlich gewirkt hat³².» Diese dem Eherecht des ZGB theoretisch offenbar widersprechende «Bevormundung» der Ehegatten läßt also auch mit ihrer praktischen Auswirkung sich nicht begründen. Zum mindesten dürfte ihre Abschaffung das kleinere Übel sein als ihre Beibehaltung in der heutigen oder einer abgeänderten Form. Es ist daher geboten, diese Konsequenz zu ziehen.

These 3: Abs. 2 und 3 von Art. 177 ZGB sind aufzuheben.

2. Güterrechtsgeschäfte im engern Sinn (Eheverträge). Hier gehen die formellen Schutzvorschriften noch bedeutend weiter. Jede ehevertragliche Abrede bedarf der öffentlichen Beurkundung und der persönlichen Unter-

³² N 3a zu 177. Zu weitem Schwierigkeiten und Streitfragen der Interpretation vgl. Siegwart ZSR NF 42/477 ff., Horisberger 26 ff. – In gründlicher Prüfung der (praktisch unüberwindlichen) Unzulänglichkeiten von 177 III kommt auch Spillmann *Festg. soloth. Juristen f. d. Schweiz. Jur. Verein* S. 111 ff. mit Guhl zum Schluß, dieser Artikel sei «längst reif für ein stilles Begräbnis».

schrift der Parteien. Ist eine Partei handlungsunfähig (minderjährige Brautleute, bevormundete Ehegatten), so muß auch der gesetzliche Vertreter unterzeichnen. Bei Vertragsabschluß nach Eingehung der Ehe tritt dazu noch die Kontrolle der Vormundschaftsbehörde (181). Diesen Kautelen sind alle ehevertraglichen Geschäfte, also auch solche über das Eigengut bei Gütertrennung oder über Sondergut bei andern Güterständen unterworfen, und diese Regel ist von besonderer Tragweite, weil das Gesetz nicht nur für grundlegende Abmachungen, wie etwa den Wechsel des Güterstandes, sondern auch für eine Reihe weiterer Abreden die Form des Ehevertrages vorschreibt. Nur durch Ehevertrag vermag ein Gatte dem andern Sondergut, sei es auch in kleinstem Ausmaß, zuzuwenden (190 I), nur unter dieser Form ist es zulässig, Varianten der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft zu begründen (199, 237 – 239), eine von der Norm abweichende Teilung des Vor- oder Rückschlages oder des Gesamtgutes zu vereinbaren (214 III, 240 III, 226 I), bei Gütertrennung eine Ehesteuern festzusetzen (247 I).

Wie die Schranken von 177, so waren auch diese weitem, sehr starken Eingriffe in die Handlungsfreiheit der Eheleute von Anfang an umstritten. Sie setzten erst in den parlamentarischen Debatten, nach dem Vorbild einiger kantonaler Rechte, sich durch. Nach Gmür handelt es sich um «ein Produkt des durch die Erfahrung nicht hinreichend begründeten Mißtrauens», das man in den Räten der Freiheit zum Ehevertrag überhaupt entgegenbrachte. Egger, ursprünglich ebenfalls ablehnend, hat seine Kritik später gemildert, aber doch an dem Bedenken festgehalten, daß der Gang zur Vormundschaftsbehörde oft dem Abschluß einer wünschbaren Abrede hemmend entgegensteht, und daß jedenfalls die unterschiedliche Behandlung von Braut- und Eheleuten (181 II) sich kaum rechtfertigen läßt³³.

³³ Gmür N 12 zu 181. Egger 1. Aufl. (1914) N 2a, 2. Aufl. (1936) N 4 zu 181; dort Hinweis auf weitere, diese «Bevormundung» ablehnende Literatur, insbes. Rümelin u. Cohn.

Sind heute, nach der Erfahrung weiterer Jahrzehnte, diese Normen hinsichtlich ihrer ethisch-rechtspolitischen Begründung und ihrer praktischen Wirksamkeit neu zu überprüfen, so darf zunächst auf das schon Gesagte verwiesen werden. Auch hier vermögen Rechtsvorschriften nur sehr teilweise den natürlichen Ablauf des Ehelebens zu korrigieren. Der Einfluß eines «stärkeren» Ehegatten auf den andern kann – mit oder ohne Ehevertrag – wirtschaftlich unheilvoll, der einmal gestiftete, zu spät entdeckte Schaden trotz vormundschaftlicher Kontrolle oder Eingriff des Richters irreparabel sein. Der Umgehung der Vertragsform durch faktische Hingabe von Gütern, Verzicht oder andere einseitige Verfügungen steht ebenso wenig im Wege wie bei Geschäften nach 177. Und auch hier verleiten mangelnde Rechtskenntnis oder der Unwille vor dem Gang zum Notar und zur Vormundschaftsbehörde, vor der Bekanntgabe der finanziellen Verhältnisse, zum Abschluß und zur praktischen Erfüllung von «Verträgen», die dann auf spätere Anfechtung hin alle unerquicklichen Folgen einer Nichtigserklärung zeitigen³⁴.

Indessen hat die Praxis doch erwiesen, daß in manchen Fällen, je nach Art und Umfang der sich stellenden Rechtsfragen, eine behördliche Kontrolle nützlich und wünschbar ist. Sie kann insbesondere einen Ehegatten davor bewahren, leichthin einem Vertrag von schwerwiegenden Folgen zuzustimmen. So etwa, wenn eine Ehefrau aus «idealen» Gründen dem Wunsch des Mannes auf Gütergemeinschaft

³⁴ Nach Egger 1. Aufl. N 2b zu 181 könnte die Behörde den Vertrag auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten überprüfen. Die 2. Aufl. enthält diese – von Gmür N 20 zu 181 bekämpfte – Ansicht nicht mehr. Hofmann *Vormundschaftl. Genehmigung* 348 verneint einen Anspruch der (bernischen) Steuerorgane auf Einsicht in Eheverträge und glaubt, es sei ein solches Begehren an die Vormundschaftsbeh. auch noch nie gestellt worden; er bestätigt aber, daß Eheleute dieses Bedenken etwa äußern. – Auf die naturgemäß sich auswirkende, durch Gesetzesvorschriften nicht zu behebende Einflußnahme eines Ehegatten auf den andern verwies schon Huber *Erläuterungen* 121 f.

entsprechen möchte, ohne fähig oder willens zu sein, die im Hinblick auf die alsdann geltenden Verwaltungs- und Haftungsnormen erforderliche Umsicht walten zu lassen³⁵. Nicht selten ist es auch geboten, Illusionen der Eheleute über die vermeintlichen Vorteile eines angestrebten Güterstandes, vor allem der Gütertrennung, zu zerstreuen oder die Aufnahme von bestimmten Modifikationen in einen Vertragsentwurf anzuregen³⁶. Die Kontrollbehörde erfüllt somit die ihr vom ZGB übertragene Aufgabe vor allem als beratendes Organ. Sinn und Wert ihrer Aufsicht liegen nicht in der bloßen Überprüfung, ob ein Ehevertrag zu genehmigen oder wegen Gesetzeswidrigkeit abzulehnen sei, sondern darin, allzu problematische Vereinbarungen zu verhüten und die Parteien zum Abschluß eines vernünftigen Vertrages anzuweisen. Denn in den allermeisten Fällen werden die antragstellenden Ehegatten doch triftige Gründe haben, irgendeine Veränderung ihres Güterrechtssystems vorzunehmen, so daß ihnen mit einer bloßen Nichtgenehmigung schlecht gedient wäre.

Bei dieser Sachlage erscheint nun aber der stufenmäßige Aufbau der gesetzlichen Kautelen als unzweckmäßig. Die Eheleute haben zuerst den Vertrag unter sich auszuarbeiten, ihn dann öffentlich beurkunden zu lassen, und erst das fertige Vertragsinstrument der Behörde «zur Genehmigung» zu unterbreiten. Stoßen sie jetzt, nach Überwindung jener – gelegentlich zeitraubenden und kostspieligen – Vorstufen auf das Veto der Behörde oder auf einzelne, ihnen vielleicht unwichtig scheinende Abänderungsvorschläge, so ist ihre

³⁵ Egger N 4 zu 181 (Hinweis auf die in Deutschland mit der Gütergemeinschaft gemachten Erfahrungen) u. N 3 zu 215.

³⁶ Beispiele aus der Praxis bei Hofmann *Vormundsch. Genehmigung* 385 ff. Im gl. Sinn Löw mündl., ebenso Wohlmann mündl., unter Hinweis auf die – im Gegensatz zu den Geschäften nach 177, oben Anm. 3 – stetig ansteigende Zahl der der Behörde vorgelegten Eheverträge. 1943 waren es in Zürich 88, 1951: 270, 1955: 377 (Gesch.ber. des Stadtrates). – Vgl. auch die Fälle von Genehmungsverweigerung durch die Vormundschaftsbeh. oder die Aufsichtsbehörden in Zeitsch. f. Vorm.wesen 5/54, 7/16, 11/56.

«Renitenz» menschlich zu verstehen. Sie werden nicht leicht geneigt sein, noch einmal, mit neuen Kosten, die Vertragsformen zu erfüllen – eher vielleicht die Genehmigung auf dem Prozeßweg zu erzwingen suchen oder eben unter Verzicht auf den formellen Vertrag eine «einfachere» faktische Lösung anstreben. Dabei ist der recht summarische Wortlaut der einschlägigen Vorschriften in doppelter Hinsicht geeignet, die Versteifung gegenüber der Ansicht der Behörde zu fördern. Einmal sagt das Gesetz nicht, nach welchen Gesichtspunkten die Kontrolle zu vollziehen, wieweit beispielsweise – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – der Wille der Parteien, auch etwa der Opferwille einer Ehefrau, zu beachten sei. Das gibt zwar der Praxis weiten Spielraum zur angemessenen Behandlung des konkreten Falles, vermindert aber naturgemäß die Einheitlichkeit dieser Praxis und damit die Rechtssicherheit³⁷. Sodann ist teilweise, hinsichtlich der Vorschlagsansprüche, auch umstritten, wieweit gegenüber dem Pflichtteilsrecht der Erben die Vertragsfreiheit der Ehegatten gehe. Die Parteien können daher auf das Veto einer Vormundschaftsbehörde stoßen, obwohl sie wissen oder zu wissen glauben, daß anderswo der Vertragsinhalt genehmigt würde³⁸.

³⁷ Nach einem bern. Reg.ratsentscheid (Monatsschr. f. bern. Verw.recht 10/210) hat die Behörde die Interessen der Ehegatten so wahrzunehmen, «wie wenn die Kontrahenten bevogtet wären». Das geht nach Hofmann a. a. O. 346 zu weit, aber auch er hält eine sehr gründliche Prüfung des wirklichen Parteiwillens für geboten. Dort auch Beispiel eines durch drei Instanzen geführten Prozesses. – Über weitere Kontroversen Gmür N 15–23, Egger N 5–6 zu 181; ferner BGE 77 I 1, 78 I 289 und dort zit. frühere Judikatur.

³⁸ Vgl. BGE 53 II 97, 58 II 1, 76 II 8, 81 II 413. Diener 51 ff. Daß die Praxis der Vorm.behörden sehr uneinheitlich ist, bestätigt Hofmann *Vormundsch. Genehmigung* 447. Egger *Genehmigung des Ehevertrages bei Verletzung von Kindesinteressen*, Zeitsch. f. Vorm.wesen 6/11 ff. gelangt zum Schluß, im Zweifel solle die Behörde genehmigen und das Weitere der allfälligen gerichtlichen Austragung überlassen. – Zur Streitfrage: Vorschlagsteilung und Pflichtteilsrecht unten, zweiter Abschnitt I.

Ein Abbau des geltenden Kautelensystems könnte die aus dieser Situation entstehenden Unzukömmlichkeiten wesentlich vermindern. Nach der erwähnten Ansicht Gmürs und anderer Autoren würde am besten die ganze Komplikation des Genehmigungsverfahrens, das auch in unsern Nachbarstaaten nicht besteht, aufgehoben. Schon die Beurkundungspflicht dient ja dem Ziele, die Eheleute von übereilten, ungenügend durchdachten Vereinbarungen abzuhalten³⁹. Käme dazu noch der oben postulierte allgemeine Aufklärungsdienst, so dürfte eine weitere Kontrolle in der Regel überflüssig sein. Will man aber, gestützt auf die erwähnten positiven Erfahrungen und nach heute wohl vorherrschender Ansicht, am Genehmigungszwang festhalten, so sollte für den Vertragsabschluß die bloße Schriftform genügen. Dies mindestens dort, wo es sich um einfache, in ihrer Tragweite ohne besondere Schwierigkeiten überblickbare Abreden handelt, wie Vorschlagsteilung, Zuweisung eines bestimmten Sondergutes, Festsetzung des Ehesteuergutes. Mag man den Eheleuten für den gewichtigen, Probleme der Vermögensausscheidung, Verwaltung und Schuldenhaftung aufwerfenden Schritt zum Güterstandswechsel die doppelte Kontrolle durch Urkundsperson und Vormundschaftsbehörde zumuten, so läßt diese Komplikation bei Sondervereinbarungen der genannten Art sich kaum mehr rechtfertigen⁴⁰. Sie entbehrt auch, angesichts der übrigen Befugnisse der Ehegatten, im geltenden Recht der logischen Begründung: Verträge nach 177, die der Solemnitätsform nicht bedürfen, können weit undurchsichtiger,

³⁹ Egger N 1 zu 181. Löw mündl.

⁴⁰ Gegen eine unnötige formelle Erschwerung von Verträgen, die nur unter den Ehegatten wirken sollen, hat Huber schon in *System u. Geschichte* IV 468 sich ausgesprochen. In den Vorbereitungen zum ZGB hielt er (ursprünglich) insbes. für Abreden auf Vorschlagsteilung eine Formkautel nicht für notwendig. Eine solche war noch im VE 1900 (244) nicht vorgesehen, setzte aber dann im Parlament sich durch. Vgl. die Lit. hinweise in BGE 82 II 484 f.; Gmür N 33 zu 214.

für den einen oder andern Teil gefährlicher sein als solche güterrechtliche Abreden; ebenso letztwillige Verfügungen, für die weder die Form der öffentlichen Urkunde noch die behördliche Genehmigung erforderlich ist. Wenn in diesen Fällen ein Geschädigter nur insoweit geschützt ist, als er die Verletzung materieller Vorschriften vor dem Richter darzutun kann, so sollte dies grundsätzlich auch für jene güterrechtlichen Abreden gelten.

Soweit es für Eheverträge bei beiden Gültigkeitsbedingungen bleibt, drängt jedenfalls eine Umkehrung der Reihenfolge sich auf. Es würde viel Kostenaufwand und Ärger vermieden, manches von der Nichtigkeitsklage bedrohte Geschäft verhütet, wenn das Gesetz bestimmte: Zuerst Kontrolle durch die Vormundschaftsbehörde, dann, mit ihrem Placet, Beurkundung. Gewiß brächte dies zwar in manchen Fällen der Behörde eine erhebliche Mehrarbeit. Wenn sie aber in richtiger und heute schon weithin üblicher Weise ihre Aufgabe nicht in einer mehr formalen Kontrolle, sondern in gründlicher Befragung, Beratung und Anweisung der Parteien sieht, so fällt ihr diese Arbeit ohnehin zu, und es wird dieselbe zweifellos erleichtert, wenn die Eheleute nicht einen nach ihrer Meinung schon «fertigen» Vertrag vorlegen⁴¹.

Damit soll hier nur prinzipiell eine Vereinfachung des geltenden Kautelensystems angeregt werden. Ein Urteil darüber, wie eine Gesetzesrevision im einzelnen zu gestalten sei, wird, da die publizierte Ehevertragspraxis naturgemäß spärlich ist, erst möglich sein, wenn die Fachleute – Vormundschaftsorgane und Urkundsbeamten – ihre bezüglichen

⁴¹ Nach BGE v. 7.6.35 i. S. Obrist (Staatsr. Abt., nicht publ.) hat die Behörde die Bestimmtheit und Ernstlichkeit des Parteiwillens zu untersuchen, und es wird diese Prüfung durch die mehr formelle Feststellung des Notars gemäß Art. 38 bern. Notariatsges. nicht überflüssig. Daher keine Willkür, wenn die Behörde die Genehmigung schon deshalb verweigerte, weil sie die bei Vertragsabschluß schon schwer kranke und dann verstorbene Ehefrau nicht mehr einvernehmen konnte.

Erfahrungen beisteuern. Grundsätzlich aber scheint mir ein Abbau der seit jeher umstrittenen formellen Erschwerung güterrechtlicher Vereinbarungen heute fällig zu sein. In diesem Sinne die

These 4: Der Abschluß von Eheverträgen, insbesondere von einzelnen ehevertraglichen Abmachungen, ist durch eine Revision der formellen Gültigkeitserfordernisse zu erleichtern.

II. Das Verbot der Zwangsexekution unter Ehegatten. Den Ehegatten ist, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, jede Zwangsvollstreckung gegeneinander untersagt (173 I). Nach der Gesetzssystematik (Marginalien zu 173–176) sind die Ausnahmen im ZGB selbst (174–176) abschließend genannt. Das Verbot betrifft, nach einhelliger Lehre und Praxis, nicht nur die Betreibung, sondern jede Art der Zwangsexekution; es ist um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt, kann also auch durch Verzicht nicht behoben werden. Jede dagegen verstoßende Vollstreckungsmaßnahme ist nichtig, daher bei nachträglicher Entdeckung von Amtes wegen aufzuheben⁴².

1. Die praktische Problematik dieser Regelung ist bekannt. Das gesetzliche Gegengewicht des Verjährungsstillstandes (OR 134 Zif. 3) vermag nicht zu verhindern, daß sehr oft ein Ehegatte seine Ansprüche gegen den andern faktisch verliert, weil er nicht innert nützlicher Frist handeln konnte. Meist ist die Frau der betroffene Teil. Hat sie dem Mann ein Darlehen gewährt oder ihren Arbeitserwerb

⁴² BGE 77 III 55, 80 III 147. Lit. u. weitere Praxis bei Isler 18 f., Lemp N 1 ff. zu 173. Nach BGE 74 II 75 wäre es analog zu 176 I zulässig, daß der Ehemann, der vorübergehend auf Verwaltung u. Nutzung des Frauengutes verzichtet hat, diese Rechte zwangsweise wieder an sich zieht. – Daraus müßte sich das gleiche Recht für die Ehefrau in bezug auf ihr Eigengut ergeben (Schweizer *Einfl. d. ZGB* 112a, Meyer 195, Isler 43). Lemp N 3 zu 173 lehnt diese Interpretation ab, m.E. angesichts des klaren Gesetzestextes mit Recht.

in die «gemeinsame Kasse» und damit ins Eigentum des Mannes fließen lassen (201 III), so fehlt ihr die Möglichkeit, ihre Rückforderung durchzusetzen, solange die Ehe besteht und der Mann solvent ist. Mit dem ihr auferlegten Zuwarten bis zur Eheauflösung oder bis zum Anschluß an eine von dritter Seite erwirkte Pfändung (174) kommt sie fast immer zu empfindlichem Verlust⁴³. Auch ihr Recht auf Sicherstellung des Eigengutes ist, obwohl das Gesetz es ihr ausdrücklich gibt, bei Weigerung des Mannes nicht vollstreckbar, selbst dann nicht, wenn die Ehegemeinschaft tatsächlich längst aufgelöst und der Scheidungsprozeß im Gange ist⁴⁴. Es bleibt ihr nur der – oft komplizierte und kostspielige – Umweg über das Begehren auf gerichtliche Gütertrennung (183 Zif. 2, 176 I). Die Durchführung der auf Ehevertrag beruhenden Gütertrennung dagegen fällt nicht unter die Ausnahme von 176 I⁴⁵. Daraus hat man gefolgert, eine Sondergutsforderung, gleichgültig, ob vertraglich oder kraft Gesetzes begründet, könne ebenfalls nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein, da mit dem Hinweis auf die «Regeln der Gütertrennung» in 192 I offenbar die vertragliche Gütertrennung gemeint ist⁴⁶. – Nur innert den gesetzlichen Schranken endlich sind Beiträge, die ein Ehegatte vom andern zu fordern hat, exekutionsfähig (176 II). Es fallen nach dem Wortlaut des Gesetzes nur solche Beiträge in Betracht, die der Richter verbindlich festsetzen kann (145, 156 II, 170 III, 246 II), nicht auch vereinbarte Zahlungen und solche, die nach einer verbreiteten Praxis der Eheschutzrichter im Verfahren nach 169 einem Ehegatten «auferlegt». Denn hier reicht die Kompetenz des Richters nur so weit, den pflichtvergessenen Gatten zu ermahnen; bleibt die Mahnung fruchtlos, so

⁴³ Kehl verweist zutreffend auf diese «Gefahren der gemeinsamen Kasse».

⁴⁴ BGE 71 III 4. – Kritik bei Guhl *Sicherung u. Begünstigung* 13 f.

⁴⁵ BGE 42 II 382 f., 42 III 351, 77 III 51, 80 III 145 f.

⁴⁶ BGE 42 III 351 f. Lemp N 7 zu 176.

muß der andere Gatte neue Maßnahmen – nach 170 oder 171 – erwirken, wenn er einen erzwingbaren Anspruch erhalten will⁴⁷.

Sehr umstritten und daher ebenfalls eine Quelle von Umtrieben und Ärgernissen ist die Frage, ob der Anspruch auf Prozeßentschädigung auf dem Betreibungswege durchsetzbar sei. Unter die im Gesetz aufgezählten Ausnahmen (174–176) fällt eine solche Forderung, für sich allein betrachtet, offensichtlich nicht. Sie muß aber, nach seit längerer Zeit herrschender Praxis, jedenfalls dann vollstreckbar sein, wenn sie im Zusammenhang mit einem Alimentsanspruch im Verfahren nach 145 erworben wurde. Denn andernfalls müßte der unterhaltsberechtigten Gatte einen Teil der ihm zugesprochenen Beiträge für Prozeßkosten aufwenden, was nicht der Sinn von 176 II sein kann (BGE 63 III 45). Ein neuerer Entscheid hat diese Praxis konsequenterweise dahin erweitert, daß dort, wo zugleich mit einem vollstreckbaren Beitrag auch der Ersatz für die Verfahrenskosten zugesprochen wird, das Exekutionsverbot auch für diese Forderung entfällt. Es gilt dies also auch bei richterlichen Verfügungen nach 170 sowie dann, wenn als Nebenfolge einer Ehetrennung Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden (BGE 82 III 1). – In den sehr häufigen Fällen einer bloßen Abweisung der Trennungs- oder Scheidungsklage dagegen bleibt nach der herrschenden Rechtsprechung die Forderung auf Prozeßkostenersatz unrealisierbar, soweit nicht ein Ausweg beschritten werden kann wie etwa der nach zürcherischem Prozeßrecht für zulässig geltende, daß die Forderung direkt dem Anwalt der obsiegenden Partei zugesprochen wird, oder das – sehr umstrittene, daher neuen Prozeßstoff in sich bergende – Mittel der Abtretung des Anspruchs an einen Dritten⁴⁸.

⁴⁷ BGE 81 III 3; in bezug auf vereinbarte Beiträge Änderung der Praxis (BGE 70 III 80) in BGE 77 III 49. Lemp N 8, 13, 14 zu 176; a.M. Isler 87 f.

⁴⁸ Schweizer *Einfl d. ZGB* 111 a. Lemp N 11 zu 173 u. dort zit. Lit. über die Abtretungsfrage. BIZR 50/214. – BGE 82 III 1.

2. Das Verbot der Zwangsvollstreckung bringt somit den Ehegatten offensichtliche Nachteile, indem es in manchen Fällen die Durchsetzung ökonomischer Rechte praktisch verunmöglicht, in andern Fällen wegen der herrschenden Rechtsunsicherheit mindestens zusätzliche Umtriebe verursacht. Es stellt sich die Frage, ob diesen negativen Erfahrungen positive, rechtsethische oder praktische Momente gegenüberstehen, die eine Beibehaltung dieser eigenartigen Norm dennoch rechtfertigen. Sie sollte, nach ihrer Einordnung in das System des ZGB, vor allem dem Schutz der Ehegemeinschaft dienen (Marginale zu 169 ff.), also offenbar vorbeugend wirken, indem sie eine Betreibung als möglichen Anlaß zu Streitigkeiten von vornherein ausschalten würde. Man hat aber schon bei ihrer Aufnahme in das Gesetz und in der Folge immer mehr sie nicht nur mit dem Interesse der Ehegatten, sondern vor allem mit der Rücksicht auf die Öffentlichkeit, auf das allgemeine Ansehen der Ehe begründet. Unsere Rechtsordnung sollte, nach einem Worte von Eugen Huber, die Pietätlosigkeit nicht anerkennen, die in Erscheinung träte, wenn Eheleute gegenseitig als Gläubiger auftreten und einander bis zum Konkurs treiben könnten⁴⁹.

So schön und groß der Grundgedanke dieser These indessen ist, so läßt er sich mit dem bloßen – von etlichen Ausnahmen durchbrochenen – Verbot der Zwangsvollstreckung nicht verwirklichen. Keine Gesetzesvorschrift hindert einen Ehegatten, den andern gerichtlich für eine Forderung zu belangen⁵⁰. Ebenso wenig ist ihm ver-

⁴⁹ Huber im Nat.rat, Sten. Bull. 1905 S. 658. Zustimmende Lit. bei Isler 15 ff. – In den *Erläuterungen* 162 ff. erwähnt Huber das Verbot ohne nähere Begründung, unter Hinweis auf den Verjährungsstillstand, betont aber die Notwendigkeit von Ausnahmen: «Zum Schutze des einen Ehegatten gegenüber dem andern muß die Zwangsvollstreckung wenigstens da gestattet werden, wo ohne sie die vom Gesetze vorgesehenen anderweitigen Sicherungsmaßregeln zu keinen brauchbaren Ergebnissen führen könnten»...

⁵⁰ Lemp N 5 zu 173 u. dort zit. Entscheide.

boten, ein Strafverfahren, etwa wegen Ehrverletzung oder – ein häufiger Fall – wegen Verstoßes gegen die Unterstützungspflichten – einzuleiten. Es läßt sich also nicht verhüten, daß Eheleute in einer Weise gegeneinander auftreten, die das Ansehen der Ehe ungleich schwerer verletzt als eine Betreibungshandlung. Und gänzlich ad absurdum wird jenes ethische Prinzip in praxi geführt, wenn das Verbot Ehegatten trifft, deren Gemeinschaft seit langem aufgehoben ist und die vielleicht in einem erbitterten, der Öffentlichkeit nicht verborgenen Scheidungsprozesse stehen. Gerade bei solcher Sachlage aber, wo das Motiv eines moralischen Schutzes der Ehe völlig illusorisch wird, kann das Vollstreckungsverbot schweren Schaden stiften. Eine Ehefrau muß unter Umständen machtlos zusehen, wie der Mann den Prozeß verschleppt, inzwischen das eheliche Gut verbraucht, vielleicht noch durch Schuldenflucht ins Ausland seinen Ersatzpflichten sich entzieht. Nicht einmal der Arrest ist ihr im letztern Fall zu ihrer Sicherung gewährt, da auch er unter die verbotenen Vollstreckungsmaßnahmen fällt⁵¹.

Läßt demnach angesichts der Erfahrung das Verbot mit der Rücksicht auf das öffentliche Ansehen der Ehe sich nicht wohl begründen, so ist das weitere ethische Motiv – Schutz der Gemeinschaft – schon grundsätzlich, von den praktischen Ergebnissen ganz abgesehen, offenbar abwegig. Es verwechselt, wie die Kritik mehrfach feststellte, Ursache und Wirkung⁵². Die Absicht eines Ehegatten, den andern zu betreiben, dürfte kaum je eine bisher gute Ehe zerstören. Solange nicht ganz erhebliche Zerrüttungserscheinungen eingetreten sind, wird ein Ehegatte in der Regel natürlicherweise, ohne daß es eines Verbotes bedürfte, vor einem so unschönen und schwerwiegenden

⁵¹ Isler 26 f. Lemp N 6 zu 173. Kritik bei Schweizer *Einfl. d. ZGB* 112a. – Über die ausnahmsweise gegen einen im Ausland wohnenden Ehegatten zulässige Arrestprosektionsbetreibung BGE 63 III 140, 79 III 138.

⁵² Meyer 197. Schweizer *Einfl. d. ZGB* 227a f.

Schritte zurückscheuen. Er wird ihn erst dann zu tun sich entschließen, wenn die Pflichtvergessenheit des andern ihn zwingt, die eigenen Interessen, oft auch die Kindesinteressen, zu wahren. Bei solcher Lage aber dem bedrohten Ehegatten, beispielsweise der um die Sicherung oder Erstattung ihres Eigentums kämpfenden Frau, die wirksame Wahrung ihrer Rechte zu versagen, ist ein schlechter Schutz der Gemeinschaft. Dieses Versagen wird regelmäßig die Ehezerrüttung nicht hemmen, sondern fördern.

Die umstrittene Bestimmung des ZGB steht im europäischen Eherecht allein, und sie hatte auch in unsern kantonalen Ehegesetzen keinen Vorläufer⁵³. Das sagt gewiß an sich noch nichts Negatives über ihren Wert. Es bedeutet aber doch, daß die andern Rechtsordnungen unseres Kulturkreises, deren Eheethik von der unsrigen kaum abweicht, kein Bedürfnis nach einer solchen Schranke empfinden, und daß dieser schwerwiegende Eingriff in die persönliche Handlungsfreiheit auch nicht auf schweizerischer Tradition beruht. Das Verbot der Zwangsvollstreckung wird also weder allgemein als notwendiger Bestandteil einer richtigen Eheordnung erachtet, noch ist anzunehmen, sein Wegfall würde das Rechtsgefühl unseres Volkes verletzen. Ist nun andererseits seine rechtsethische Begründung fragwürdig und seine praktische Auswirkung, insbesondere für die unter Güterverbindung lebende Frau, offenbar nachteilig, so drängt dies heute zum Schlusse, es sei aufzuheben.

Man hat vorgeschlagen, auf dem Wege der Auslegung noch weiter zu gehen als bisher, um einige der schwersten Nachteile zu beheben: Es sei der Ehefrau für Ansprüche, die sie nicht erst bei Eheauflösung erhält, sondern schon während der Ehe besitzt, die Vollstreckung zu gewähren, also insbesondere für das Recht auf Sicherstellung (205), auf Ersatz für Schuldentilgung (209 II) und – bei Gütertrennung – auf Inbesitznahme des Eigengutes⁵⁴. Eine der-

⁵³ Isler 15, 92. Meyer 197.

⁵⁴ Schweizer *Einfl. d. ZGB* 112a. Guhl *Sicherung u. Begünstigung* 13 f. Isler 25 ff.

maßen extensive, wenn auch sozial wünschbare Interpretation läßt aber der klare Gesetzestext nicht zu. Auch müßte man, obwohl praktisch meist ein Anspruch der Frau in Frage kommt, doch grundsätzlich gleiches Recht auch für den Mann gelten lassen. Die damit geschaffene, ganz erhebliche Erweiterung des Ausnahmenkatalogs (174–176) würde das Prinzip des Verbotes noch mehr entwerten. – Eine klare, nicht durch noch vermehrte Auslegungskontroversen zu weiterer Rechtsunsicherheit führende Lösung wird erst mit dem Wegfall des Verbotes eintreten.

These 5: Die Normen über das Verbot der Zwangsvollstreckung unter den Ehegatten (173–176) sind aufzuheben.

III. Das subsidiäre Vorschlagsrecht bei Güterverbindung.

1. Die geltende Bestimmung, wonach mangels anderer Abrede der Vorschlag zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen, im übrigen, also zu zwei Dritteln, dem Ehemann oder seinen Erben zufällt (214 I), hat eine bewegte Vorgeschichte. Der Gedanke, daß die Frau überhaupt ein Anteilsrecht erhalten solle, setzte, obwohl er genau genommen als «systemwidrig» erscheinen mußte, schon in den ersten Vorberatungen sich durch. Man hielt mehrheitlich einzig diese Lösung für billig und fortschrittlich, daher grundsätzlich für geboten. Der erste Departementsentwurf von 1894 sah die hälftige Vorschlagsteilung vor, war also in der Bewertung der Mitarbeit der Frau an der Äufnung des Ehevermögens für die damalige Zeit recht großzügig. Dann aber gewannen die Bedenken gegen eine so einfache, als allzu schematisch betrachtete Regelung die Oberhand. Man suchte nach einer Lösung, die möglichst den konkreten Umständen gerecht zu werden vermöchte, und man glaubte sie im VE von 1900 (242) wie folgt zu finden:

Ergibt sich nach Erhebung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er dem Mann oder seinen Erben.

Die Frau oder ihre Nachkommen können aber, insoweit der

Vorschlag aus den Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau gemacht worden ist, einen verhältnismäßigen Anteil am Vorschlag herausverlangen.

Die Expertenkommission beschloß dann zunächst neuerdings Teilung nach Hälften, kam aber darauf zurück und entschied sich für das Verhältnis 1:2. Bei diesem Modus blieb es in den Beratungen des Entwurfes von 1904 (230) und des Gesetzes (214 I)⁵⁵.

2. Man hat damals und seither die Privilegierung der Mannesseite vor allem damit begründet, der Mann leiste regelmäßig mit seiner Erwerbstätigkeit mehr an die Vorschlagsbildung als die Frau. Auch habe er allein, vom seltenen Ausnahmefall eines nachweisbaren Verschuldens der Frau abgesehen, einen Rückschlag zu tragen (214 II), während er andererseits an einem Vorschlag, den die Frau mit ihrem Sondergut erzielte, nicht beteiligt sei. Sodann wurde betont, der Anteilsanspruch der Frau stelle ohnehin einen Einbruch in die Rechtstradition – «Frauengut soll nicht wachsen und nicht schwinden» – und in das Prinzip der Güterverbindung dar, und dieses Ausnahmerecht sei wenigstens angemessen zu beschränken⁵⁶.

Was diese letzte Argument betrifft, so ist indessen dieser «Einbruch» nun eben erfolgt – weil man ihn schon vor 60 Jahren für zeitgemäß und notwendig hielt. Es war geboten, die alte, unter ganz andern Rechts- und Wirtschaftsverhältnissen geprägte Parömie vom unveränderlichen Weibergut durch ein neues, unserer sozialen Ordnung angemessenes Prinzip abzulösen. Und wenn dieser neue Rechtsgrundsatz schon damals allgemein als recht und billig begrüßt wurde⁵⁷, so wird heute auch seine sachlich richtige Ausgestaltung dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechen. War nun, wie erwähnt, schon um den Beginn unseres Jahrhunderts sehr umstritten, ob nicht ein gleichmäßiges

⁵⁵ *Botschaft* 32. Huber *Erläuterungen* 206 f. Hegglin 120 f. Gmür N 9, Egger N 11 zu 214.

⁵⁶ Speiser 198. Tuor 188 f. Egger N 11, Gmür N 8 ff. zu 214.

⁵⁷ Gmür N 10 zu 214 u. dort zit. Stimmen.

Anteilsrecht von Mann und Frau den Durchschnittsverhältnissen angemessen sei, so drängt heute sicher die Einführung dieser Teilungsart sich auf. Dies jedenfalls dann, wenn auch hier das Gesetz so gestaltet werden soll, daß es in erster Linie für den Regelfall richtiges Recht schafft. Das Vorschlagsprivileg des Mannes ist gewiß dort am Platze, wo der Mann dank seinem Erwerb oder seinem Kapital – etwa als Geschäftsmann – das Familiengut ganz erheblich vermehrt hat, und wo andererseits die Frau, durch Haushaltsarbeit und Kinderbetreuung nicht stark belastet, schon während der Ehe am Ertrag dieses männlichen Wirkens ihren wesentlichen Anteil hatte. Das sind aber Ausnahme-Ehen. In der großen Mehrzahl der Ehegemeinschaften (Bauern, Arbeiter, Mittelstand) wird nur ein bescheidener Vorschlag erzielt, und er ist ebenso sehr ein Produkt der Mitarbeit und – nicht zuletzt – der Sparsamkeit der Hausfrau und Mutter wie der Erwerbsarbeit des Mannes. Geht die Frau noch einem zusätzlichen Verdienste nach, so ist sie in der Regel mehr belastet als der Mann, und sehr oft erzielt sie aus dieser Mehrarbeit keinen Sondergutsgewinn, sondern ihr Erwerb dient notwendigerweise dazu, die Lage der Familie zu verbessern, dringliche Schulden zu tilgen, die Ausbildung eines Kindes zu sichern oder eine Aussteuer zu beschaffen. Ihr gesetzlicher Anspruch auf das mit ihrer Arbeit erworbene Sondergut (191 Zif. 3) geht häufig, mindestens größtenteils, bei Eheauflösung verloren: Sie hat praktisch einfach ihre Haftpflicht für Schulden des Mannes (207 III) im voraus erfüllt, indem sie das Eintreten einer Überschuldung vermeiden half. Darin liegt eine Mehrleistung der Frau, die im großen und ganzen der realen Belastung des Mannes mit einem Rückschlag (214 II) mindestens adäquat sein dürfte. Dies schon deshalb, weil die Rückschlagsfrage doch viel seltener aktuell wird als die Vorschlagsteilung, so daß die in 214 II angeordnete Schlechterstellung des Mannes, die theoretisch als billige Kompensation seines Vorrechts nach 214 I erscheinen könnte, dies in Wirklichkeit keineswegs ist.

3. Noch deutlicher knüpft die Differenzierung hinsichtlich der Rechtsnachfolger des einen oder andern verstorbenen Ehegatten an ein ganz bestimmtes, seltenes «Ehe-Modell» und nicht an die durchschnittliche Ehegemeinschaft an. Der Anspruch des Mannes geht an seine Erben schlechthin, derjenige der Frau nur an ihre Nachkommen. Zur Begründung wird angeführt, es verstieße gegen Recht und Billigkeit, wenn der Mann zugunsten entfernter Verwandter auf einen Teil des in der Ehe erzielten Ertrages verzichten müßte⁵⁸. Das trifft gewiß wiederum zu, wenn zur Hauptsache nur der Mann diesen Ertrag geschaffen und die Frau schon zu Lebzeiten daran mitgenossen, vielleicht daraus auch Zuschüsse an ihr Sondergut erhalten und damit ihre eigene Hinterlassenschaft vermehrt hat. Aber es kann niemals gelten in einer Ehe, wo der Vorschlag das Werk gemeinsamer Anstrengungen ist, oder gar, wo er vorwiegend auf Leistungen der Frau beruht. In diesem Fall ist es genau ebenso unbillig, wenn sie mit entfernten Verwandten des Mannes teilen muß⁵⁹. Ist also die den überlebenden Mann schützende Einschränkung auf Nachkommen der Frau grundsätzlich richtig, was ich bejahen möchte, so sollte, *de lege ferenda*, gleiches Recht auch für die überlebende Frau gelten.

4. Die an der herrschenden Ordnung vielfach und nachdrücklich geübte Kritik ist demnach begründet⁶⁰. Eine

⁵⁸ Hegglin 121. Egger N 9, Gmür N 21 zu 214, Knapp 278 u. dort Anm. 66 zit. weitere Autoren.

⁵⁹ Beispiel eines besonders stoßenden, von A. Quinche relevierten Falles bei Knapp 298 Anm. 69.

⁶⁰ Gut 34, Boehlen 12, Meyer 163 f., Grossen 27 und, mit eingehender Begründung der Notwendigkeit einer Gesetzesrevision, Knapp 278 ff. – Wenn nach der Praxis eine Ehefrau, die ihren Mann jahrelang unterstützt und ihm damit eine Hilfskraft ersetzt hat, mangels ausdrücklicher Lohnabrede keinen Entschädigungsanspruch besitzt (BGE 82 II 95 ff.), so ist das ein Grund mehr, ihr wenigstens die Hälfte des so errungenen Vorschlages zu sichern. – Auch in Westdeutschland schlägt der jüngste Entwurf zur Reform des Ehegüterrechts die hälftige Teilung des «Zu-

Gesetzesrevision, die gleiches Recht für Mann und Frau, sowie für Mannes- und Frauenerben schafft, erscheint als geboten. Sie entspricht den Bedürfnissen der Durchschnittsehe, das heißt der zahllosen Ehegemeinschaften einfacher Leute, die mit dem Ehevertragsrecht nicht vertraut und daher auf den subsidiären Güterstand angewiesen sind. In den viel selteneren Ehen, wo die Bevorzugung der einen oder andern Seite sich sachlich rechtfertigt, werden meist auch Erkenntnis und Wille nicht fehlen, die wünschbare Sonderregelung – durch Ehevertrag oder erbrechtliche Vorkehren – zu treffen. Mangels solcher Maßnahmen mag allerdings in einzelnen Fällen die subsidiäre Gleichstellung zu einer unbilligen Vorschlagsteilung führen. Das darf aber eine Reform nicht hindern, die notwendig ist, um ein Unrecht zu beseitigen, das heute für die weitaus meisten Eheleute besteht – die Eheleute, nicht nur die Ehefrauen. Denn im allgemeinen werden beide Ehegatten die gleichmäßige Vorschlagsteilung für natürlich und ihren Verhältnissen angemessen halten, und der Ehemann wird oft weder wünschen noch wissen, daß das Gesetz bei seinem Vorversterben die Frau schlechter stellt als im umgekehrten Fall ihn selbst⁶¹.

These 6: Art. 214 I ZGB ist im Sinne der hälftigen Vorschlagsteilung und der Gleichstellung von Mannes- und Frauenerben zu revidieren.

IV. Gütertrennung und Vorschlagsrecht. Wer anstelle der Güterverbindung ein anderes System verein-

gewinn-Überschusses» vor, entgegen dem früheren Regierungs-Entwurf, nach welchem die Ehefrau nur einen Viertel erhalten sollte. Merzbacher 18 f.

⁶¹ Knapp 280: «Et que personne ne nous objecte que les conjoints peuvent facilement remédier à cette situation en modifiant par contrat de mariage la répartition du bénéfice ... La loi n'est pas faite pour maintenir une injustice criante en laissant, aux frais et pertes de temps des personnes qu'elle régit, le soin de la réparer, si elles tombent d'accord, et, surtout, si elles connaissent cette injustice».

baren will, muß sich dabei an einen der im ZGB vorgesehenen Güterstände halten (179 II). Kombinationen zwischen diesen Güterständen oder «systemfremde» Einzelabreden sind nur zulässig, soweit das Gesetz sie ausdrücklich erlaubt (199, 237–239, 241 II, 247). Daraus folgt die Unmöglichkeit, bei allgemeiner Gütertrennung ein gegenseitiges Anrecht auf den Vorschlag zu vereinbaren. Denn ein gemeinsames, nach Ausscheidung von Mannes- und Frauengut verbleibendes Ehevermögen kann hier gar nicht entstehen, und damit ist ein Vorschlag, nach seiner Legaldefinition (214 I, 240 I), begrifflich ausgeschlossen⁶².

Diese Folgerung aus der Gesetzessystematik ist gewiß von zwingender Logik. Aber das gesetzliche System selbst entbehrt der – «Bio-Logik». In der lebendigen Wirklichkeit ist bei Gütertrennung weder das Entstehen eines gemeinsamen Ehegutes ausgeschlossen, noch ist es die Tatsache, daß ein Ehegatte zur Mehrung des Vermögens des andern, also zu einem Anwachsen von dessen «Vorschlag» beiträgt. Einmal wirkt ja auch hier das beidseitige Arbeiten, Haushalten und Sparen am Vermögenszuwachs des einen und andern Teiles mit, und es ist weder allgemein üblich noch überhaupt immer möglich, genau auszuscheiden, was davon dem separaten Mannes- oder Frauengute zuzuweisen ist. Das kann dazu führen, daß später, bei der Auseinandersetzung, ein Gatte auf Kosten des andern bereichert wird. Noch näher liegt diese Gefahr insbesondere für die berufstätige Frau, wenn sie ihren Verdienst in die «gemeinsame Kasse» fließen läßt und damit den Mann – über das gesetzlich oder vertraglich Gebotene hinaus (246/47) – finanziell entlastet, also die Anäufnung seines «Vorschlages» fördert. Dies ist bei Gütertrennungsehen nicht ganz selten, zumal in einfachen Verhältnissen, wo etwa der

⁶² Huber *Erläuterungen* 230. Egger N 11 zu 179. Entscheid des EJPD v. 13.1.15, BBl. 68 I 303 (SJZ 12/314), wonach die Eintragung eines Ehevertrages auf Gütertrennung «avec partage égal des bénéfices» zu verweigern ist, weil ein Vorschlag mit dem Grundgedanken der Gütertrennung unvereinbar sei.

Mann ein kleineres, nicht sehr krisenfestes Geschäft betreibt und die Frau vorsorglicherweise einem eigenen Erwerb nachgeht. Man vereinbart und publiziert die Gütertrennung, um bei allfälligem Konkurs des Mannes das Frauengut vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen. Einstweilen aber wird das Geschäft gemeinsam, unter erheblicher Investition von Frauengut, aufgebaut – in der Meinung, man werde am späteren Ertrag beidseitig Anteil haben⁶³. Tritt dann überraschend der Tod des Ehemannes ein oder kommt es zu einer Scheidung, so scheidet oft, schon infolge der Beweisschwierigkeiten, der Anspruch der Frau auf Ausscheidung ihres Eigengutes aus dem Vermögen, das faktisch der Mann besitzt oder hinterläßt. Dieser Übelstand würde durch die Abrede, daß ihr ein Anteil an dem (gemeinsam erarbeiteten) Zuwachs des Mannesvermögens gehören soll, in einigermaßen billiger Weise ausgeglichen. Die von Frauenseite seit langem geforderte Möglichkeit einer Kombination von Gütertrennung und «Zugewinnsgemeinschaft», entspricht daher, mag sie auch nach dem System des ZGB unlogisch sein, einem dringenden praktischen Bedürfnis⁶⁴. Es sollte auch unter diesem Güterstand den Ehegatten freistehen, eine gegenseitige Beteiligung an dem zu vereinbaren, was gemeinsam erarbeitet wurde. Weiter zu gehen und einen bestimmten Anspruch jedes Ehegatten auf den Zugewinn des andern von Gesetzes wegen subsidiär zu statuieren ist m. E. nicht angebracht⁶⁵. In den meisten Gütertrennungsehen wird es wohl doch den

⁶³ Solche Fälle sind mir aus eigener Erfahrung und aus Mitteilungen von Anwälten und Eheberatern bekannt.

⁶⁴ Kempin 15 ff., Mackenroth 53, Meyer 164 ff., Speiser 201 f., Boehlen 14 ff. Vgl. auch Egger ZSR NF 47/233a und 73/21 ff.

⁶⁵ Soweit die soeben zit. Autoren eine von Gesetzes wegen (subsidiär) geltende Vorschlagsbeteiligung postulieren, gehen sie eben von der These aus, es sei die – u. a. durch diese Modifikation ergänzte – Gütertrennung als ordentlicher Güterstand einzuführen, was m. E. aus den bereits genannten Gründen (oben Erster Abschn. A) abzulehnen ist.

Verhältnissen angemessen sein, daß jeder Ehegatte Eigentümer seiner Vermögensvermehrung bleibt. Dies vor allem dort, wo der Zuwachs ganz wesentlich auf Vermögensertrag und Arbeit des einzelnen beruht, und wo eben diese Situation den Grund zur Wahl der Gütertrennung bildete, was immerhin den Regelfall bilden dürfte. Es genügt daher, wenn die Eheleute rechtzeitig, das heißt bei Abschluß des Ehevertrages oder jedenfalls solange sie einträchtig zusammenleben, die Abrede auf einen ihren Verhältnissen entsprechenden Vorschlagsanspruch treffen können.

Das bereits bestehende Recht, eine partielle Gütertrennung mit einem andern Güterstand zu kombinieren, insbesondere, nur für das gemeinsam Errungene die Gütergemeinschaft zu wählen (241 II, 237–239), reicht als Ersatzlösung praktisch nicht aus. Solche Abmachungen bieten viel mehr grundsätzliche und rechnerische Schwierigkeiten, sie sind weit weniger leicht zu überblicken, als die einfache Abrede auf einen Anteil am allfälligen gegenseitigen Vorschlag. Vor allem hinsichtlich der Haftungsverhältnisse bringt die beschränkte Gütergemeinschaft unter Umständen den Ehegatten erhebliche Komplikationen. Das mag ein Hauptgrund für die allgemeine Abneigung sein, die nach nun bald fünfzigjähriger Erfahrung diesem Güterstand gegenüber herrscht ⁶⁶.

Eine Schädigung der Gläubiger des einen oder andern Ehegatten kann die Schaffung eines solchen Anteilsrechts nicht zur Folge haben, da ja auch hier der Vorschlag nur bei Zuwachs des Netto-Vermögens, nach Liquidation aller Passiven, sich ergibt. Für die Beschränkung der erbrechtlichen Ansprüche zugunsten des überlebenden Ehegatten bestehen sachlich die gleichen Gründe, ob die Eheleute die Gütertrennung oder einen andern Güterstand gewählt

⁶⁶ Vgl. Egger N 5 zu 238, N 5 u. 6 zu 240. Gmür N 12 zu 237, N 15 ff. zu 241. – Die Zahl der registrierten Gütergemeinschaftsverträge ist von 1920 bis 1954 nur von 1464 auf 2454 angestiegen die der Gütertrennungsverträge immerhin von 7828 auf 35 127 (Stat. Jahrb. d. Schweiz 1954 S. 528).

haben. Denn die Abrede auf Vorschlagsbeteiligung wird ja wohl immer auf dem Motiv beruhen, daß der begünstigte Ehegatte wesentlich zum Gedeihen der Gemeinschaft beigetragen hat. Wo dieses Motiv gänzlich fehlt und die Vereinbarung einzig darauf abzielen würde, einen Ehegatten auf Kosten der Erben des andern zu bereichern, wäre, entsprechend der bereits für den analogen Fall bei Güterverbindungen entwickelten Praxis, den Erben der Schutz vor Rechtsmißbrauch zu gewährleisten.

These 7: Art. 241 ZGB ist durch eine Bestimmung zu ergänzen, wonach ehevertraglich vereinbart werden kann, daß bei Eheauflösung einem Ehegatten ein Anteil an dem während der Ehe entstandenen Vermögenszuwachs des andern zufällt.

* * *

Wenn ich mich auf diese wenigen Vorschläge de lege ferenda beschränke, so geschieht es durchaus im Bewußtsein, daß ihre Auswahl willkürlich scheinen mag und nicht mehr als einige Anhaltspunkte für die weitere kritische Diskussion bieten kann. Man wird, je nach den Erfahrungen oder Anschauungen, von denen die Betrachtung ausgeht, die eine und andere der hier angeregten Reformen für nicht wünschbar, verfrüht oder jedenfalls nicht besonders dringlich halten, man kann andere Gesetzesvorschriften, etwa im Gebiet der Haftungsfragen, als weit eher revisionsbedürftig erachten oder auch nach wie vor im Übergang zur Gütertrennung als ordentlichem Güterstande das Heil erblicken. Meinerseits halte ich, wie schon gesagt, dafür, daß an manchen bisher zutage getretenen Übelständen nicht unser Güterrechtssystem schuld ist, sondern die mangelnde Aufklärung der Nupturienten und Eheleute. Sodann stellen gewisse Ergebnisse der Güterrechtspraxis, die einer lebhaften Kritik riefen, nicht so sehr Probleme der Gesetzesrevision dar als solche der Interpretation des geltenden Rechts. Dies sei im folgenden an einigen Beispielen noch näher erörtert.

ZWEITER ABSCHNITT

Zum geltenden Recht

(Fragen der Auslegung)

I. Vorschlagsteilung und Pflichtteilsrecht

1. Das Recht der Ehegatten, anstelle der gesetzlich vorgesehenen Vorschlagsteilung – 2:1 bei Güterverbindung, 1:1 bei Errungenschaftsgemeinschaft – «eine andere Beteiligung am Vorschlag» zu verabreden (214 III, 240 III) wird heute wohl einhellig dahin ausgelegt, daß grundsätzlich jede quotenmäßige Teilung und auch die Zuweisung des ganzen Vorschlages an einen Gatten zulässig sei⁶⁷. Umstritten blieb aber, ob dabei nicht das Pflichtteilsrecht der Nachkommen eines verstorbenen Ehegatten vorbehalten sei, und insbesondere, ob nur ein zum vornherein bestimmter oder auch der bei Vertragsabschluß noch unbestimmte überlebende Ehegatte mit einem beliebigen Anteil (oder dem Ganzen) bedacht werden könne. Während Gmür das letztere ohne weiteres bejaht und eine solche Bestimmung als «in der Regel ... durchaus angebracht» betrachtet, hält Egger mit weitem Autoren dafür, die Zuweisung an den Überlebenden sei erbrechtlicher Natur, bedürfe daher der Form des Erbvertrages und habe sich an die Schranken der Pflichtteilsansprüche von Nachkommen zu halten⁶⁸. – Ein Entscheid des Bundesgerichts vom Jahre 1932 (BGE 58 II 1), der entgegen dieser Ansicht eine solche Abrede als ausschließlich güterrechtlichen Vertrag bezeichnet und die volle Dispositionsfreiheit der Ehegatten bejaht, fand in der Literatur Zustimmung, aber auch mehrfache, zum Teil

⁶⁷ Egger N 17, Gmür N 32 zu 214, Denzler 104, Le Fort 118, Billinger 61, G uhl Sicherg. u. Begünstigung 26.

⁶⁸ Gmür N 32 zu 214 u. N 7 zu 240; Egger N 18 ff. zu 214 u. dort zit. Lit.

scharfe Ablehnung⁶⁹. Die Kritik wurde rechtspolitisch damit begründet, es sei unhaltbar, die Erben, vor allem die Kinder des vorverstorbenen Ehegatten des ganzen – oft dem gesamten ehelichen Reinvermögen gleichkommenden – Vorschlages zu berauben. Dies vor allem dann, wenn jemand, der bei Auflösung seiner Ehe selbst Vorschlagsgut bezogen hat, in einer neuen Ehe diese Abrede zugunsten des Überlebenden trifft, so daß diesem ein Vermögen zufallen kann, zu dessen Entstehung er in keiner Weise beigetragen hat, zum Schaden der gemeinsamen Kinder des Verstorbenen Teils und seines ersten Ehegatten, der an dieser Vorschlagsbildung mitgewirkt hatte. Die dogmatische Grundlage für eine einschränkende Interpretation suchte man einerseits im Verbot des Rechtsmißbrauchs (2 II), andererseits im «Willen des Gesetzgebers», der dahin laute, es müsse die für die Teilung des Gesamtgutes bei Gütergemeinschaft statuierte Verfügungsgrenze (226 II) auch für die Vorschlagsteilung gelten; es sei daher eine im Wortlaut von 214 III (und 240 III) bestehende Lücke durch Analogieschluß aus 226 II auszufüllen⁷⁰. Man hat dabei indessen nicht übersehen, daß eine schematische Übertragung der Schranke von 226 II im einzelnen Fall wieder zu praktisch unhaltbaren Lösungen führen könnte. So hält

⁶⁹ Zustimmend u. a. Escher (2. Aufl.) N. 33 zu 527, Guhl *Sicherung u. Begünstigung* 35, Diener 67 u. 82. Gleicher Ansicht schon vor Erlaß von BGE 58 II 1 Rossel/Mentha I 374, Le Fort 118, 121. Denzler 104 ff. bejaht die rein güterrechtliche Natur des Zuweisungsvertrages, konstruiert aber einen «güterrechtlichen Pflichtteil» der Nachkommen. – Gegen die Lösung von BGE 58 II 1 Egger *Ehevertr. Vereinbarungen* 172 ff., Rüschi 24, Sutter 64 ff., Münch 76 ff., Hofmann *Vormundsch. Genehmigung* 433 ff., Cavin 105 ff., Bloch SJZ 49/1 ff., von Aesch *ibid.* 189 ff. Der Entscheid löste auch in der Tagespresse eine lebhaftere Kritik aus, vgl. Hofmann a. a. O. 440. Weitere Lit. pro u. contra bei Denzler 111.

⁷⁰ So insbes. Egger *Ehevertr. Vereinb.* 171 ff. und die dort (173) zit. Autoren Henrici u. Siegwart, ferner Bloch SJZ 49/1 ff., Cavin 190 f., Hofmann a. a. O. 435 ff.

Cavin die Zuweisung des ganzen Vorschlages an einen Ehegatten auch bei Vorhandensein von Nachkommen des andern für innerlich begründet und daher für zulässig, wenn der Bedachte diesen Vorschlag im wesentlichen geschaffen hat. Er lehnt es darum ab, jenen Analogieschluß schlechthin anzuwenden, möchte vielmehr ein Pflichtteilsrecht nur gewahrt wissen, wenn und soweit eine Totalzuweisung nicht «verdient» ist, sondern einer Schenkung (von Todes wegen) gleichkommt. Er ist sich dabei der Schwierigkeiten bewußt, die dieses Kriterium in concreto aufwerfen kann – man denke an die Frage der richtigen Bemessung des «Verdienten» und an die damit verbundenen Beweisprobleme! Auch Egger gelangt zum Ergebnis, die Frage sei von Fall zu Fall zu entscheiden, die jeweils richtige Lösung dem richterlichen Ermessen anheimzustellen⁷¹. Unter diesem Gesichtspunkte kann denn auch, nach bisheriger Praxis, schon der gültige Abschluß einer solchen Abrede durch Nichtgenehmigung von Seiten der Vormundschaftsbehörde verhindert werden. Das Bundesgericht – als Staatsgerichtshof, in Prüfung der Frage nach Art. 4 BV – hat entschieden, es sei dies nicht willkürlich, da das Gesetz (181 II) nicht sagt, auf welche Kriterien die Behörde abzustellen habe; der ökonomische Schutz der Kinder, insbesondere solcher aus früherer Ehe, könne daher sehr wohl maßgebend sein. An dem im erwähnten zivilrechtlichen Urteil (BGE 58 II 1) ausgesprochenen Grundsatz, daß eine Anfechtung mit Herabsetzungsklage nach rein erbrechtlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen sei, wurde jedoch festgehalten⁷².

2. Das Bundesgericht (II. Zivil-Abteilung) hatte in jüngster Zeit Gelegenheit, den ganzen Fragenkomplex nochmals zu prüfen und mit der neueren kritischen Literatur

⁷¹ Cavin 122 f., Egger a. a. O. 179.

⁷² Urteil i. S. Andres v. 29.10.52, publ. in Monatschrift f. bern. Verw.recht 51/475; Urteil i. S. Lehmann, publ. ibid. 47/475; BGE 77 I 3. Im gl. Sinn die Erwägungen im Entscheid des Reg. rates Schaffhausen v. 2.2.55, Z. f. Vorm.wesen 12/13.

sich auseinanderzusetzen⁷³. Es bestätigte seine bisherige Praxis, m. E. aus triftigen Gründen. – Aus den Materialien des ZGB auf einen «Willen des Gesetzgebers» zu schließen und diesen Willen auch dann als verbindlich zu betrachten, wenn er dem klaren Gesetzestext widerspricht, geht, nach heute gefestigter Praxis, nicht an. Der Bürger muß auf den Willen des Gesetzes vertrauen können, das heißt auf den Sinn, der einer ihn bindenden Norm nach ihrem Wortlaut vernünftigerweise beizulegen ist⁷⁴. Nun ist weder dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung (214 III, 240 III) noch ihrer systematischen Anordnung im Ehegüterrecht zu entnehmen, daß die für die Liquidation des ehelichen Gesamtgutes errichtete erbrechtliche Schranke (225, 226) auch für die Vorschlagsteilung bestehen soll. Eine solche Analogie wäre im Gegenteil offenbar widersinnig, da ja Gesamtgut und Vorschlag grundsätzlich – und in der Regel auch praktisch – ganz verschiedene Dinge sind: Dort gehört das in die Ehe eingebrachte Eigengut jedes Ehegatten zu dem zu teilenden Vermögen, und aus diesem Grund erscheint es als recht und billig, daß auch dem Nachkommen ein Anteil gesichert bleibt. Hier, wo nur geteilt wird, was während der Ehe und regelmäßig durch gemeinsames Wirken der Ehegatten errungen wurde, entfällt dieses Motiv. Es wird dem Nachkommen kein Anspruch entzogen, den er, als erbrechtliche Anwartschaft, ohne das wirtschaftliche Zusammenwirken von Vater und Mutter besessen hätte. Freilich kann praktisch das Vorschlagsgut mit dem Gesamtvermögen identisch sein, weil Eingebrachtes von beiden Seiten (und Sondergut der Frau) überhaupt fehlt. Für diesen Spezialfall enthält das Gesetz keine Sonderregelung. *Sie de lege ferenda* zu schaffen, scheint mir kein sich aufdrängendes Gebot zu sein. Bei Ehegemein-

⁷³ BGE 82 II 477. Im Sinne von BGE 58 II 1 hatte inzwischen, nach gründlicher Auseinandersetzung mit der Kritik, das Bez. ger. Zürich entschieden (6.12.51, SJZ 48/253); ebenso der Reg. rat Schaffhausen im soeben erwähnten Entscheid.

⁷⁴ BGE 78 I 29, 79 I 20, 79 II 434, 80 II 79.

schaften, deren einziges Vermögen der Vorschlag bildet, wird nur sehr selten dieses Gut so groß sein, daß Nachkommen empfindlich geschädigt werden, wenn sie keinen Anteil daran haben. Und erst recht selten werden, wenn diese Ausnahmesituation einmal vorliegt, die Eltern durch Vorschlagsabrede ihre Kinder gänzlich «enterben». In den weitaus meisten Fällen ist nur ein bescheidener Vorschlag zu teilen, und wenn er zur Gänze dem Überlebenden zugewiesen wird, so geschieht es deshalb, weil dieser durch seine Mitarbeit diese Begünstigung verdient hat und weil man voraussehen kann, daß er ihrer dringend bedürfen wird. Einem oder mehreren Nachkommen würde aus dem Anteil an einem verhältnismäßig kleinen Vorschlagsgut kein wesentlicher ökonomischer Vorteil erwachsen, während umgekehrt der überlebende Ehegatte durch die Zersplitterung dieses Vermögens doch empfindlich geschädigt sein könnte⁷⁵. Auch wird normalerweise der verbleibende Elternteil das ihm Zufallende nicht selbstsüchtig, sondern so weit wie möglich im Interesse der Kinder verwenden. Daß mit der Zuweisung des ganzen Vorschlages der überlebende Ehegatte übermäßig und zu Unrecht bereichert, die Nachkommen eines moralisch wohlbegründeten und finanziell dringend erforderlichen Anspruchs beraubt werden, dürfte eine reichlich theoretische Annahme sein. Sollte sie aber doch einmal zutreffen, beispielsweise bei einer offensichtlich zum Zwecke der «Enterbung» von Kindern aus früherer Ehe getroffenen Abrede, so ist, wie in

⁷⁵ Ein Beispiel dafür bietet gerade der Fall Mannhart (BGE 58 II 1), der den Sturm gegen die angeblich gegen Recht und Billigkeit verstoßende Auffassung des Bundesgerichts ausgelöst hat. Das erbrechtlich zu teilende eingebrachte Gut des verstorbenen Ehemannes betrug rund Fr. 22 000.—. Die Ehefrau wählte den Viertel zu Eigentum. Der ihr allein zufallende Vorschlag belief sich auf Fr. 23 500.—. Jedes der drei Kinder erhielt als Erbteil rund Fr. 5 500.—. Bei Anerkennung von Erbansprüchen auch auf den Vorschlag wäre die Ehefrau und Mutter um rund Fr. 6 500.— gekürzt worden, während jedes Kind nur Fr. 2 150.— mehr erhalten hätte.

Theorie und Praxis anerkannt, eine Korrektur durch Berufung auf das Verbot des Rechtsmißbrauches möglich⁷⁶.

3. Die Frage, wann Rechtsmißbrauch vorliege, bedarf indessen in grundsätzlicher Hinsicht noch der weiteren Klärung. Die bisherige Rechtsprechung ist, wie mir scheint, in bezug auf ein Kriterium nicht haltbar.

Nach BGE 53 II 98 f. wäre ein Vertrag auf Errichtung der Gütergemeinschaft und Zuweisung des Gesamt-

⁷⁶ Vgl. insbes. Egger *Ehevertr. Vereinbarungen* 179 f., Escher SJZ 29/241 ff. – Zustimmend zur bundesger. Praxis neuestens auch Escher *Komm.* 3. Aufl. (1956) N 6 zu 642 und Merz in der Rezension dazu, SJZ 53/131. – Cavin 125 hält den Nachweis des Rechtsmißbrauches für überflüssig, falls nur objektiv die Vorschlagszuweisung auf eine Verletzung von Pflichtteilsansprüchen hinauslaufe, gestützt auf die m.E. unrichtige These, der Vertrag erhalte dadurch, daß er den überlebenden Ehegatten (nicht einen bestimmten) bedenke, erbrechtlichen Charakter. Vgl. dazu unten Anm. 78. – Knapp 283 ff. hält ebenfalls an der erbrechtlichen Beschränkung fest, mit einer neuen, von Egger, Cavin u. a. abweichenden Begründung und Berechnungsart: Jeder Ehegatte sollte den ihm nach 214 I zu kommenden Anteil nur bis zum Pflichtteil der Nachkommen, also zu $\frac{3}{16}$, dem andern zuweisen dürfen (462 I, 471 Zif. 1). Demnach könnte die überlebende Frau maximal $\frac{1}{3} + (\frac{3}{16} \times \frac{2}{3}) = \frac{22}{48}$ erhalten, der überlebende Mann $\frac{2}{3} + (\frac{3}{16} \times \frac{1}{3}) = \frac{35}{48}$. Diese Ungleichheit verstieße aber gegen das Recht der Ehegatten, den Teilungsmodus abzuändern (214 III), darum soll billigerweise auch die Frau Anspruch auf $\frac{35}{48}$ haben. Es verbliebe somit in jedem Fall ein Anteil von $\frac{13}{48}$ den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten, und zwar nur ihnen – der Unterschied zwischen Erben des Mannes und Nachkommen der Frau wäre aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls zu ignorieren und jeder Ehegatte nur gegenüber Nachkommen des andern in seiner Verfügungsfreiheit zu beschränken. – Gewiß ein origineller Vorschlag, der aber über bestehende Normen sich souverän hinwegsetzt und im übrigen auch die von Knapp ihm zuge-sprochene große Vereinfachung nicht brächte. Er übersieht z. B. die Komplikation, die sofort entstünde, wenn der überlebende Gatte nicht den Viertel zu Eigentum, sondern die Hälfte zur Nutznießung wählte (462 I). Klar und einfach ist, wie auch Guhl *Sicherung u. Begünstigung* 35 betont, die Lösung des Problems nur nach der jeden Pflichtteilsanspruch ausschließenden Praxis.

gutes an den überlebenden Ehegatten schon dann mißbräuchlich, wenn er erst angesichts des nahenden Todes des andern Gatten abgeschlossen wurde; denn hier fehle der eigentliche Sinn und Zweck eines Güterstandsvertrages: die Regelung der ökonomischen Folgen des gemeinsamen ehelichen Lebens. Ein einzig auf die Folgen der Eheauflösung abzielender Vertrag verfolge eo ipso einen vom Gesetz verbotenen Zweck, nämlich die Verletzung von Pflichtteilsansprüchen, und verdiene daher keinen richterlichen Schutz. – Ein Entscheid aus jüngster Zeit ließ, da die Frage sich konkret nicht stellte, offen, ob auf diesen Grundsatz zurückzukommen sei, und begnügte sich mit der zurückhaltenden Formulierung, es könne von einem Rechtsmißbrauch jedenfalls «höchstens dann die Rede sein, wenn der eine solche Begünstigung enthaltende Vertrag unter Umständen eingegangen wurde, die es als ausgeschlossen erscheinen ließen, daß der vertragliche Güterstand sich noch unter Lebenden werden auswirken können, m. a. W. wenn die Ehegatten mit dem Vertrag einzig die Begünstigung des überlebenden Kontrahenten über das durch Verfügung von Todes wegen erreichbare Maß hinaus bezwecken.» Daß diese Begünstigung der Hauptzweck des Ehevertrages war, stelle dagegen an sich noch keinen Rechtsmißbrauch dar (BGE 81 II 423). – Meines Erachtens muß dieses Moment – Vertragsabschluß im Hinblick auf den nahenden Tod – als Kriterium für den Rechtsmißbrauch, für sich allein genommen, gänzlich außer Betracht fallen. Das Gesetz bietet keinerlei Handhabe für seine Anwendung. Weder Wortlaut noch Sinn der einschlägigen Normen ergeben eine Vorschrift, wonach die Teilung (des Gesamtgutes oder des Vorschlags) nicht zu jeder Zeit, auch erst kurz vor dem Ableben eines Ehegatten und gerade im Hinblick darauf vereinbart werden könnte. Eine solche Vorschrift wäre auch völlig unlogisch, da ja diese Bestimmungen eben für den Fall der Eheauflösung durch Tod eines Ehegatten die besonders, vom subsidiär geltenden Recht abweichenden Zuteilungsbefugnisse gewähren (212–214, 225/26 und Margi-

nalien dazu). Mit dem wirtschaftlichen Zusammenleben während der Ehe haben diese Normen an sich nichts zu tun. Es können daher nur in ihrem Rahmen errichtete Schranken der Zuteilungsfreiheit gelten, und eine solche Schranke besteht einzig in dem bei Teilung des Gesamtvermögens nach Gütergemeinschaft den Nachkommen reservierten Viertel. Mehr als diesen Schutz will das Gesetz den Nachkommen in keinem Fall gewähren, auch dann nicht, wenn der güterrechtliche Teilungsvertrag erst auf das Ableben eines Ehegatten hin geschlossen wurde. Es ist ja auch menschlich gesehen keineswegs rechtsmißbräuchlich, vielmehr durchaus natürlich, wenn Eheleute bei guter Gesundheit an ihre Dispositionsmöglichkeiten gar nicht denken, sondern erst dann davon Gebrauch machen, wenn der dem einen oder andern drohende Tod sie zwingt, sich um die weitere Existenz des überlebenden zu sorgen. Auch weisen unzählige Ehen viele Jahre lang eine eher passive Vermögensbilanz oder doch einen sehr geringen Aktivenüberschuß auf, und es herrscht in ihnen, wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich die Gütergemeinschaft: Arbeit und Ersparnisse beider Ehegatten reichen gerade aus, um die Familie zu erhalten und die Kinder auszubilden. Wird dann später doch noch ein Reinvermögen erarbeitet, so hat es sicher nichts mit Rechtsmißbrauch zu tun, wenn im Hinblick auf den Tod des einen die rechtlichen Konsequenzen durch Abrede von Gütergemeinschaft und Zuteilung des ganzen Gemeinschaftsgutes an den andern gezogen werden.

Kann demnach ein Vertrag auf Teilung des Gesamtgutes nicht schon deshalb anfechtbar sein, weil er in *periculo mortis* geschlossen wurde, so muß das um so mehr für die Abrede auf Zuweisung des Vorschlages gelten. Denn hier handelt es sich nicht nur ebenfalls um die Regelung der Verhältnisse *post mortem*, sondern auch um ein Vermögensobjekt, das *par définition* erst mit der Eheauflösung seine rechtliche Existenz erhält. Man hat daher zutreffend das Institut der Vorschlagsbeteiligung als eine Gemein-

schaft von Todes wegen bezeichnet⁷⁷. Die Teilungsabrede stellt also in jedem Fall, wann immer sie getroffen werde, einen – zwar nicht erbrechtlichen, aber güterrechtlichen – Vertrag *mortis causa* dar⁷⁸.

⁷⁷ Gmür N 22 zu 214. Daraus muß nicht, wie Diener 12 diese Definition ablehnend folgert, auf einen dinglichen Anspruch jedes Ehegatten auf seinen Vorschlagsanteil geschlossen werden. Gmür übersieht nicht, daß die Substanz des Vorschlagsgutes zunächst Bestandteil des ehelichen Vermögens ist, also Eigentum des Mannes (195 II), und daß die Frau nur einen obligatorischen Anspruch besitzt (N 12, 25 zu 214). Wesentlich ist, daß dieser Anspruch nur bei Eheauflösung von Todes wegen entstehen kann. Daß die ehevertraglich vereinbarte Vorschlagsteilung auch zu Lebzeiten beider Ehegatten (Scheidung) maßgebend ist, ändert daran nichts. Es beruht dies auf der ausdrücklichen Bestimmung des Scheidungsrechts (154 II), wonach auch hier die bei Eheauflösung durch Tod eines Ehegatten geltenden Normen anzuwenden sind, als Ausnahme vom Grundsatz, daß die scheidungsrechtliche Liquidation vom Güterverbindungsrecht abweicht. Vgl. Blocher 255, 284 ff., Gmür N 5 zu 154, Egger N 9 zu 154, Sutter 35. – Wie irgendeine Abrede auf Vorschlagsteilung «als ein Vertrag unter Lebenden sich zu Lebzeiten der Ehegatten auswirken und für ihre Lebensgemeinschaft möglichst billige Verhältnisse schaffen soll», was Billinger 64 zum Kriterium jedes Ehevertrages machen möchte, ist unerfindlich.

⁷⁸ So auch Escher SJZ 29/242. Eben darum kann man nicht mit Cavin 117 f. sagen, erst die «Bedingung», der Vorschlag falle dem Überlebenden zu, stemple die Abrede zu einem Vertrag von Todes wegen, weil mit dieser Klausel die Parteien das eheliche Zusammenwirken als Motiv für die Zuweisung außer Betracht gelassen und einzig auf das Moment des Überlebens abgestellt hätten. – Die Sorge um die Lage des bedachten Ehegatten nach dem (allfälligen) Vorversterben des andern wird praktisch immer mitspielen und meist das Hauptmotiv sein, und die Bemessung des Mehranteils wird in der Regel sich einigermaßen nach dem Verdienst des Bedachten um die Vorschlagsbildung richten, ganz gleichgültig, ob man einen bestimmten oder den überlebenden Gatten begünstigt. Sehr oft ist übrigens auch bei Hinweis auf den Todesfall in Wirklichkeit ein bestimmter Ehegatte gemeint, sei es ausdrücklich, wenn der eine oder andere für den Fall des Überlebens bedacht wird, sei es *in* *implicite*, wenn man wegen Krankheit oder höheren Alters des einen mit dem Überleben des andern

Das heißt natürlich nicht, die Tatsache, daß ein Ehegatte erst unmittelbar vor seinem Tode dem andern den ganzen Vorschlag zugewiesen hat, könnte nicht ein Indiz für eine rechtsmißbräuchliche Absicht bilden. Aber dieses Indiz wird entkräftet, sobald sich sachliche Gründe für die Bevorzugung des überlebenden Gatten vor den Nachkommen ergeben. Offenbarer Mißbrauch (2 II) der den Parteien zustehenden Vertragsfreiheit ist nur anzunehmen, wenn einerseits der Überlebende den Vorzug vor den Nachkommen in keiner Weise «verdient» hat und benötigt, andererseits die den Erben erwachsende Schädigung erheblich und von stoßender Unbilligkeit wäre. Nur bei solcher Situation scheint mir der Schluß erlaubt zu sein, die Umgehung der Pflichtteilsansprüche habe den eigentlichen Zweck des Vertrages gebildet.

These 8: Es ist festzuhalten an der Praxis, wonach die Vorschlagsteilung grundsätzlich keinerlei erbrechtlichen Schranken unterliegt. – Daß ein Vertrag auf Zuweisung des Vorschlages an den überlebenden Ehegatten – oder auf Errichtung der Gütergemeinschaft und Zuteilung des Gesamtgutes an den Überlebenden – erst im Hinblick auf den nahen Tod des andern Ehegatten geschlossen wurde, ist an sich nicht als Rechtsmißbrauch auszulegen. Ein solcher ist nur anzunehmen, wenn der Hauptzweck des Vertrages offensichtlich die unbegründete Begünstigung des Ehegatten und die unbillige Schädigung von Nachkommen ist.

II. Lebensversicherung und Vorschlag

1. Einen erheblichen Teil des Ehe- und Familienvermögens bildet sehr oft das in Lebensversicherungen investierte Kapital. Vielfach werden mehrere und «gemischte» Versicherungen abgeschlossen, die den verschiedensten

rechnet. Die Abrede bleibt somit ungeachtet der gewählten Zuweisungsformel ein rein güterrechtlicher Vertrag *mortis causa*.

Zwecken dienen können: Vorsorge für die alten Tage oder für die Familie bei Ableben des Ernährers, Sicherung bei Invalidität als Unfallfolge, Bereitstellung eines Kapitals für ein Kind auf einen bestimmten Zeitpunkt u. a. m. – Dank dem gesetzlichen Schutz, den Ehegatten und Kinder des Versicherten als Begünstigte genießen (VVG 80 ff.) eignet die Lebensversicherung sich vorzüglich als Institut der Familienfürsorge⁷⁹. Recht oft muß sie aber auch, ohne ihrem ursprünglichen Zweck vorbehalten zu bleiben, die Funktion eines zwar unrentablen, aber dafür zwangsweise oder doch unter einem gewissen Druck angelegten Sparkapitals erfüllen, das mittels Rückkaufs oder Belehnung im Notfall zur Verfügung steht.

Gelangt die Versicherungssumme bei Eintritt des versicherten Ereignisses voll zur Auszahlung und hat in diesem Zeitpunkt ein Begünstigter Anspruch auf dieselbe, so stellt die Frage nach einer Vorschlagsbildung und -teilung sich nicht. Der Begünstigte hat gemäß VVG 78 ein eigenes Recht auf Erfüllung gegen den Versicherer, das von güter- oder erbrechtlichen Ansprüchen der Angehörigen des Versicherten – abgesehen von der Herabsetzungsklage, ZGB 476, 529 – nicht berührt wird. Das muß nach einhelliger Ansicht auch dann gelten, wenn ein Ehegatte mit seiner Versicherung den andern, sei es allein oder gemeinsam mit den Nachkommen, begünstigt hat. Wie gegebenenfalls die Aufteilung zwischen Ehegatten und Kindern zu vollziehen ist, regelt abschließend das Privatversicherungsrecht (VVG 76 II, 84)⁸⁰.

2. Besteht dagegen keine Begünstigungsklausel, fällt also die Versicherungssumme zunächst in das eheliche Vermögen oder in den Nachlaß des versicherten Ehegatten, so erhebt sich die Frage, ob und wie nach den konkreten Umständen das Vorschlagsrecht Platz greife.

⁷⁹ Helfenstein 13.

⁸⁰ Kullmann 73 f., Guhl *Lebensversicherungsanspr.* 34 f., Meier 109, Helfenstein 10 ff., Egger N 7 zu 214. BGE 82 II 98.

a) Zu einem Abweichen von den allgemeinen Regeln über die Bildung der Errungenschaft und des Vorschlages liegt kein Grund vor, wenn die Versicherungssumme während der Ehe bezogen wurde, sei es gänzlich bei Eintritt der Fälligkeit, sei es teilweise durch Rückkauf. Das so erworbene Kapital gehört zur Errungenschaft, soweit an seiner Bildung nicht eingebrachtes Gut oder Sondergut beteiligt ist. Dabei wird man, um praktisch schwer lösbare Rechenprobleme zu vermeiden, als eingebracht denjenigen Rückkaufswert zu betrachten haben, den die Versicherung bei Beginn der Ehe schon besaß, und als Sondergut der Frau die Summe der Prämien, die sie nach Entstehen eines Rückkaufswertes (VVG 90) aus ihrem Sondergute bezahlt hat⁸¹. Soweit also der aus der Versicherung fließende Erlös durch Prämienzahlungen aus ehelichen Einkünften bewirkt wurde, gehört er zum Ehegut und ist er bei Feststellung und Teilung eines Vorschlages zu berücksichtigen, gleichviel aus welchem Grunde (Scheidung, Gütertrennung, Tod eines Ehegatten) später die güterrechtliche Auseinandersetzung stattfindet⁸².

b) Weniger einfach und in der neueren Theorie umstritten ist die Rechtslage beim Tod des versicherten Ehegatten, d.h. dann, wenn gleichzeitig mit dem Anfall der Versicherungssumme auch die Ehe aufgelöst und die güter-

⁸¹ Guisan *Recherche théorique de la limite entre le contrat et l'acte à cause de mort*, Lausanne 1954, S. 54, kritisiert, daß bei erbrechtlicher Auseinandersetzung (476, 529) der Rückkaufswert maßgebend ist und nicht der volle Versicherungswert. – Das Abstellen auf die versicherungstechnische Konstruktion des Rückkaufswertes kann auch güterrechtlich unter Umständen zu einem unbilligen Ergebnis führen; aber es hat doch seinen guten Grund darin, daß das in der Versicherung angelegte Geld erst mit Entstehen dieses Wertes und nur in dessen Umfang ein zu Lebzeiten des Versicherten realisierbares Kapital darstellt. Auch gibt, wie Meier 103 betont, nur diese Rechnungsmethode der Praxis eine einfache und feste Grundlage. Im gl. Sinn Kullmann 68 f., Guhl *Lebensversicherungsanspr.* 24 ff., Helfenstein 21 u. 30.

⁸² Näheres bei Kullmann 67 ff., Guhl a. a. O. 23 ff.

rechtliche Auseinandersetzung fällig geworden ist. Nach verbreiteter Ansicht geht bei dieser Sachlage der Anspruch ohne Rücksicht auf das Güterrecht an die Erben über, und es fällt demgemäß die Versicherungssumme ungeschmälert in des verstorbenen Ehegatten Nachlaß, an welchem der überlebende nur seinen erbrechtlichen Anteil hat⁸³. Abweichend hält Kullmann dafür, auch in diesem Fall bleibe der Anspruch Bestandteil des ehelichen Vermögens; es müsse dasselbe gelten wie bei Anfall der Versicherungssumme vor Eheauflösung, diese Summe also – unter Vorbehalt der erwähnten Abzüge je nach der Herkunft der Prämienzahlungen – als Errungenschaft eingesetzt und bei der Ermittlung des Vorschlags in Rechnung gestellt werden. Guhl geht einen Schritt weniger weit, indem er nur den Rückkaufswert, den die Versicherung im Zeitpunkt des Todes des Versicherten hatte, zum Ehevermögen rechnet, die Differenz zwischen diesem Wert und der vollen Versicherungssumme zum Nachlaß. Dies mit der Begründung, es könne einerseits nicht mehr zum ehelichen Vermögen gehören, als was unmittelbar vor Eheauflösung, also vor dem Tod des versicherten Ehegatten tatsächlich vorhanden war, andererseits könne ein in diesem Moment noch vorhandener Vermögensbestandteil – eben der Rückkaufswert – nicht spurlos verschwunden sein⁸⁴. Demnach wäre das Problem mit Hilfe einer Fiktion zu lösen: Man soll so entscheiden, als ob der Versicherte zunächst noch den Rückkauf vollzogen und den Erlös zum ehelichen Gute gelegt, dann mit seinem Ableben den Restbetrag bis zur vollen

⁸³ So (ohne nähere Begründung) H. Koenig *Die vermögenswerten Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag und ihre Subjekte*, Diss. Bern 1906, S. 88. Guhl a. a. O. 36 u. Egger N 7 zu 214 verweisen auf diese «bisher übliche Praxis». Gerichtsentscheide dazu sind, soviel ich sehe, nicht publiziert. – Zur Frage der Auseinandersetzung, wenn der vorverstorbene Mann aus seinen Mitteln Prämien für eine Versicherung der überlebenden Frau bezahlt hat, vgl. BGE 82 II 99 ff.

⁸⁴ Kullmann 72, 75; Guhl a. a. O. 36, ihm zustimmend Egger N 7 zu 214, Helfenstein 46 f., Meier 109.

Versicherungssumme zur Fälligkeit gebracht hätte. Diese Fiktion enthält jedoch einen Widerspruch. Der Ehegatte konnte nicht beide Leistungen des Versicherers erwirken, nur die eine oder die andere. Der Anspruch auf Rückkauf schließt den Anspruch auf nachherige Auszahlung der Differenz bis zur vollen Versicherungssumme aus, und umgekehrt. Wenn somit eine Leistung des Versicherers mit dem Tode des Ehegatten überhaupt fällig wurde, so konnte der Rückkaufswert vorher im Ehevermögen nicht «tatsächlich vorhanden» sein. Realisierbar wäre vor dem Ableben des Versicherten nur eine Belehnung im höchstmöglichen Betrage gewesen, die Annahme müßte also dahin lauten, der Ehegatte habe den Wert eines Policendarlehens in der (ungefähren) Höhe des Rückkaufswertes zum Ehevermögen gezogen. Das wäre indessen ein nicht bloß rechtlich, sondern auch wirtschaftlich vom Rückkaufswert verschiedener Faktor. Der Versicherte hätte üblicherweise höchstens ein dem Rückkaufswert annähernd gleiches, um den ersten Jahreszins und bestimmte Gebühren reduziertes Darlehen erhalten. Auch ist ein Recht auf Belehnung, im Gegensatz zum Anspruch auf Rückkauf, nicht ohne weiteres gegeben⁸⁵. Es würden sich demnach rechtlich wie rechnerisch erhebliche Schwierigkeiten einstellen, und es wäre, wenn man den Anspruch nicht dem Nachlaß zuweisen will, wohl konsequenter, jedenfalls aber viel einfacher, die ganze Versicherungssumme zum Ehevermögen zu zählen. Dem steht aber eben zwingend das von Guhl gegenüber Kullmann angeführte Moment im Wege, daß dieser Wert während bestehender Ehe schlechterdings nicht vorhanden war, somit auch nicht Gegenstand einer güterrechtlichen Auseinandersetzung sein kann⁸⁶.

3. Hält aus diesen Gründen die bisher vorherrschende Interpretation vor der angeführten Kritik in logischer Hin-

⁸⁵ Vgl. die eingehende Behandlung dieser Fragen bei Jaeger *Komm. VVG N 1-6* zu Art. 95.

⁸⁶ In diesem Sinne nachdrücklich auch Helfenstein 47.

sicht durchaus stand, so liegen m. E. auch keine praktischen Momente vor, die eine Neuauslegung oder Gesetzesrevision gebieterisch verlangen würden. Denn im allgemeinen, von verhältnismäßig sehr wenigen Ausnahmen abgesehen, ergibt sich aus dem geltenden Recht und der üblichen Praxis eine sachlich richtige Lösung. Wer eine Lebensversicherung abschließt, wird regelmäßig vom Versicherer auf die Möglichkeit hingewiesen, einen oder mehrere Begünstigte zu bezeichnen. Nupturienten pflegen den Besuch von Versicherungsagenten zu erhalten, die sie zum Abschluß neuer oder zur Ergänzung schon bestehender Versicherungen anregen und dabei insbesondere auch über Sinn und Tragweite der Begünstigungsklauseln orientieren. Darum wird kaum je ein Ehegatte unbewußt und versehentlich es unterlassen, eine solche Klausel in den Vertrag aufzunehmen. Geht nun der Wille der Eheleute dahin, in erster Linie einander gegenseitig – und nicht die Nachkommen – mit ihren Versicherungen zu begünstigen, so werden sie das auf diesem einfachen Wege tun und nicht an den komplizierten und im wirtschaftlichen Ergebnis ungewissen Umweg über eine allfällige Vorschlagsteilung denken. Soll der überlebende Ehegatte neben den Kindern in einem bestimmten Ausmaß partizipieren, so läßt sich das mit entsprechender genauer Anordnung bewirken. Will man dem überlebenden Gatten und den Nachkommen ihren Anteil nach erbrechtlichen Regeln zuweisen, so genügt die – sehr häufig verwendete – Formel, die Versicherungssumme solle bei Tod des Versicherten «den Erben» zukommen. In allen diesen Fällen ist der Anspruch jeder Komplikation durch Einflußnahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung entzogen⁸⁷.

Es ist somit den Ehegatten ohne weiteres in zum vorneherein klar überblickbarer Weise möglich, das ihrer Absicht Entsprechende durch Begünstigungsklausel anzuordnen. Versicherungsverträge, die keinerlei solche Klauseln

⁸⁷ VVG 78, 83 III, 84 I. Vgl. Jaeger *Komm. VVG* N 4 zu 84.

enthalten, werden denn auch immer seltener⁸⁸. Fehlt aber doch einmal jede Klausel, so wird als Regel anzunehmen sein, es beruhe dies auf sachlichen Gründen, es sei also der Wille des Versicherten gewesen, den Erlös in den Nachlaß fließen und allein nach Erbrecht teilen zu lassen, und regelmäßig wird auch das Einverständnis des andern Ehegatten mit dieser Anordnung zu vermuten sein. Hat dieser demnach auf einen über sein Erbrecht hinausgehenden Anspruch auf den Versicherungserlös verzichtet, so würde seine spätere Berufung auf ein Vorschlagsrecht gegen Treu und Glauben verstoßen. Dies um so mehr, als der Verzicht nur bei Konkurrenz mit Nachkommen des Erblassers von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite sein kann. Gegen eine unbillige Bereicherung entfernter Verwandter auf Kosten des überlebenden Ehegatten ist dieser schon durch das Erbrecht geschützt (462 II).

Eine neue Interpretation, soweit sie theoretisch zu begründen wäre – Vorschlag Guhl mit der erwähnten Modifikation: Nettobelegungswert (statt Rückkaufswert) = eheliches Gut – würde demnach wohl in ganz vereinzelt Fällen den Interessen des überlebenden Ehegatten, zumal der Witwe, noch besser dienen als die übliche Praxis. Oft müßte sie aber zu einer weder der Absicht des versicherten noch dem ursprünglichen Willen des überlebenden Ehegatten entsprechenden Lösung führen, und sie würde damit zweifellos vermehrte und schwierige Streitfälle der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung zeitigen.

These 9: Es ist daran festzuhalten, daß der mit dem Tode eines versicherten Ehegatten entstehende Anspruch auf die Lebensversicherungssumme die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht berührt, sondern (soweit nicht durch Begünstigungsklausel gebunden) in den Nachlaß des Verstorbenen fällt.

⁸⁸ Meier 109.

III. Das Frauengutsprivileg im Konkurs des Ehemannes

1. Der Konkurs des Ehemannes bewirkt die Fälligkeit der Ansprüche der Ehefrau auf ihr eingebrachtes Gut. Die Frau kann das noch vorhandene Gut als Eigentümerin vindizieren und für das fehlende Ersatz verlangen. Dieser Ersatzanspruch ist zur Hälfte durch Kollokation in der hierfür geschaffenen IV. Klasse privilegiert, soweit diese Hälfte nicht durch den Wert des zurückgenommenen Gutes und durch Sicherheiten gedeckt ist (210, 211; SchKG 219 IV. Kl.). Es ist also das vorhandene Sachgut nach seinem Geldwerte zu schätzen, da man es nur so mit der (hälftigen) Geldforderung auf Ersatz vergleichen kann. Ob dabei der Wert zur Zeit des Einbringens oder der Wert zur Zeit des Konkurses maßgebend sei, ist, weil das Gesetz dies nicht ausdrücklich bestimmt, durch Intrepretation zu entscheiden. Zwar sprechen Wortlaut und Sinn des Gesetzes eher für die zweite Lösung: Für eine heute mit dem Konkursausbruch entstehende Forderung kann man logischerweise nur so weit «durch die Zurücknahme» von Sachen (211 I) gedeckt sein, als der heutige Wert dieser Sachen die Forderung ausgleicht. Nur die «noch vorhandenen Vermögenswerte» (SchKG 219 IV. Kl.) sind eine Deckung, das heißt ein realer Gegenwert, nicht aber Werte, die früher einmal in diesen Sachen steckten und seither geschwunden sind. – Daß indessen diese Auslegung sich keineswegs von selbst versteht, zeigt die Geschichte der Praxis. Das Bundesgericht hat im Jahre 1926 – mehr beiläufig, die Frage war aus prozessualen Gründen nicht zu entscheiden – erklärt, es sei auf den Wert zur Zeit des Einbringens abzustellen, «da der Ehemann für die durch ordnungsmäßigen Gebrauch verursachte Wertverminderung nicht verantwortlich ist» (BGE 52 II 423). Die Lehre hat sich einhellig dieser These angeschlossen, ohne sie unter die Lupe zu nehmen und den

darin verborgenen Trugschluß zu entdecken⁸⁹. Dagegen argumentierte das Obergericht Zürich umgekehrt: Gerade das Abstellen auf den Anschaffungswert würde darauf hinauslaufen, daß die Ehefrau Ersatz für die eingetretene Wertverminderung verlangen könnte, und eben darum müsse der Wert zur Zeit des Konkurses maßgebend sein⁹⁰. – Erst 1955 hatte das Bundesgericht sich nochmals mit der Frage zu befassen (BGE 81 III 37). Es gelangte zum Schlusse, weder der erste noch der zweite Berechnungsmodus lasse sich damit begründen, daß bei gegenteiliger Annahme eine gesetzlich nicht bestehende Haftung des Ehemannes für Wertverminderung vorausgesetzt würde. Dies deshalb, weil die Höhe der Forderung der Frau und der ihr entsprechenden Schuld des Mannes von dieser Kontroverse überhaupt nicht berührt ist. Verändert wird, je nach der einen oder andern Auslegung, nur der privilegierte Teil dieser Forderung, und damit die Rangstellung des Frauenanspruchs (oder eines Teiles desselben) gegenüber den Forderungen der andern Gläubiger. Die Ersatzforderung selbst bestimmt sich einzig nach dem Wert des verschwundenen Eigentums der Frau. Für eine (nicht vom Mann verschuldete) Wertverminderung der noch vorhandenen und vindizierten Sachen hat die Frau keinerlei Ersatz zu beanspruchen. Gerade deshalb aber darf ihr das zurückgenommene Gut nur mit dem aktuellen Wert an die Deckung der Ersatzforderung angerechnet werden. Denn sonst würde sie doppelt belastet, indem sie einerseits – gemäß Gesetz (201 I, 752 III) – für den Minderwert des Vindizierten keinen Ersatz bekäme, andererseits ihren privilegierten Anspruch auf Ersatz für das Verschwundene trotzdem um die Hälfte jenes Minderwertes reduziert sähe. Aus dieser Erwägung hat das Bundesgericht sich jetzt der zürcherischen Praxis

⁸⁹ Gmür N 7 zu 211, Egger N 3 zu 211, Jaeger SchK Praxis IV N 35 zu 219, Fritzsche II 99.

⁹⁰ BIZR 31/20, bestätigt im Urteil v. 16.11.54 i.S. Heimann, vgl. BGE 81 III 39.

im Ergebnis angeschlossen⁹¹. – Mit Knapp ist zu hoffen, es sei damit dieses Auslegungsproblem, dessen Entwicklungsgeschichte «assez curieuse» war, nunmehr endgültig in dem Sinne gelöst, daß bei Wertverminderung des zurückgenommenen Gutes nicht der ursprüngliche, sondern der zur Zeit des Konkurses bestehende Wert maßgebend ist⁹².

2. Nicht ohne weiteres klar ist, ob dasselbe auch gelten müsse, wenn das vindizierte Frauengut eine Wertsteigerung erfahren hat. Diese Frage, die wohl viel seltener, aber doch gelegentlich praktisch wird, weist je nach der konkreten Sachlage ihre Besonderheiten auf, die einer allgemein-schematischen Beantwortung entgegenstehen. Geht man einzig vom Begriff der Deckung aus, so erscheint freilich die völlige Gleichbehandlung von Wertschwund und Wertzuwachs als zwingend. Es drängt sich dann der in BGE 81 III 44 gezogene Analogieschluß auf: So wenig wie die Ehefrau im ersten Fall doppelt belastet werden darf, so wenig ist sie im zweiten doppelt zu begünstigen, nämlich dadurch, daß man ihr einerseits den Mehrwert des Vindizierten überläßt, andererseits ihr Privileg um die Hälfte dieses Wertes erhöht.

Gegen diese auf den ersten Blick logische Gleichsetzung beider Fälle erheben sich jedoch Bedenken, wenn man die Normen über den Schutz der Frauenansprüche im Konkurs des Ehemannes in ihrer Gesamtheit betrachtet. – Die Frau kann zunächst ihr Eigengut in dem Zustand und Wert, wie sie es vorfindet, an sich ziehen. Sie trägt einerseits den Schaden an den abgenutzten Sachen, hat andererseits den Nutzen an denen, die eine natürliche Wertvermehrung erfahren haben. Was sie zurücknimmt, bleibt den übrigen Gläubigern des Mannes entzogen (188 III)⁹³. Sie hat

⁹¹ Vgl. BGE 81 III 40 ff., wo die Unhaltbarkeit der gegenteiligen Ansicht auch ziffermäßig veranschaulicht wird.

⁹² Knapp 247 u. 252 Anm. 28.

⁹³ Egger N 18/19 zu 188, Gmür N 24 zu 211.

sodann Anspruch auf Ersatz des nicht mehr vorhandenen Gutes, das in die Verwaltung oder in das Eigentum des Mannes übergegangen war (201 I und III). Das Konkursprivileg bezieht sich auf die Hälfte dieser Ersatzforderung, soweit die Frau nicht durch die Zurücknahme ihres Eigentums für die Hälfte des eingebrachten Frauengutes gedeckt ist (211 I). Nun kann aber ein in natura zurückgenommener Gegenstand nicht mehr Frauengutswert decken, als er selbst verkörpert. Angenommen, die Frau habe ein Grundstück im (ursprünglichen) Wert von Fr. 20 000.– eingebracht, das sie heute zurücknimmt, sowie Geld und andere vertretbare Sachen im Betrag von ebenfalls Fr. 20 000.–, die heute verschwunden und zu ersetzen sind: Nach ihrem natürlichen Rechtsempfinden hat sie auch dann die Hälfte des eingebrachten Gutes verloren, wenn das Grundstück heute Fr. 40 000.– wert ist. Und dieses Empfinden ist juristisch durchaus haltbar. Denn auch das Geld und die andern Sachen, z.B. Inhaberpapiere, könnten heute erheblich, vielleicht gleichfalls um 100% im Werte gewachsen sein, und dennoch bemißt sich die Ersatzforderung nur nach dem Wert zur Zeit des Einbringens, eventuell nach einer mit der Inventaraufnahme verbundenen, viele Jahre zurückliegenden Schätzung⁹⁴. Es wird somit das Privileg der Ehefrau nicht – wie in BGE 81 III 44 generell angenommen – einseitig und ohne sachlichen Grund erhöht, wenn bei solcher Sachlage der Mehrwert des vorhandenen Gutes unbeachtet bleibt. Der Ehemann und seine Gläubiger bzw. die Konkursmasse erhalten eine Gegenleistung darin, daß der Ersatz für das verschwundene Frauengut sich nach dessen früherem Werte richtet. Die Gründe, nach denen bei Wertverminderung des zurückgenommenen Gutes auf den Schlußwert abzustellen ist, lassen sich darum nicht schlechthin auf

⁹⁴ Egger N 15 zu 201, Gmür N 32/33 zu 201, Billinger 60, Münch 25, Knapp 28. – Die gegenteilige, nicht näher begründete Ansicht von Alb. Huber SJZ 8/189 ist m. E. angesichts des klaren Gesetzeswortlauts (198 I, 201 III) nicht haltbar.

den Fall des Wertzuwachses übertragen. Es würde dies, bei dem hier angenommenen Sachverhalt, praktisch auf einen Verstoß gegen 188 III hinauslaufen. Das zurückgenommene Eigengut der Frau bliebe, wirtschaftlich gesehen, den Gläubigern des Mannes nicht völlig entzogen, sondern es würde teilweise – mit seinem Mehrwert – die Funktion einer zusätzlich vindizierten Sache erfüllen und in diesem Ausmaß das Frauenprivileg zugunsten der Gläubiger fünfter Klasse vermindern. Das darf aber nach dem Sinn des Gesetzes nur so weit geschehen, als die Frau wirklich (und mit Sicherheit) mehr zurückerhält als die Hälfte dessen, was sie eingebracht hat. Der Mehrwert einer einzelnen Sache ist ihr daher nicht unbesehen, ohne Rücksicht auf das Schicksal ihres gesamten eingebrachten Gutes anzurechnen. Der konkrete Entscheid muß sich nach dem Prinzip richten, das aus der ratio der Bestimmungen über den Schutz der Ehefrau im Konkurs des Mannes sich ergibt und von dem auch BGE 81 III 37 richtigerweise ausgeht: die Wertveränderung eingebrachten Gutes soll das Konkursprivileg der Frau nicht zu Unrecht schmälern; die Frau soll, auch in bezug auf dieses Vorrecht, nur denjenigen Verlust tragen, den sie gemäß Güterrechtsordnung auf sich zu nehmen hat. Daraus folgt bei Wertabnahme des Vorhandenen zwingend und generell, daß der reduzierte Wert maßgebend ist, da der Wertverlust die Frau trifft und anderseits der Mann nie zu Unrecht für ein verschwundenes Gut mehr zu ersetzen hat, als es ihm einbrachte. Hat er eine Sache zum ursprünglichen Wert von 100% zu ersetzen, obwohl sie, wenn noch vorhanden, nur noch auf 50% zu schätzen wäre, so geht das nach Recht und Billigkeit in Ordnung und ist nur die Konsequenz aus seinem, vom Willen der Frau unabhängigen Verhalten. Er hat den Wert zu ersetzen, den er seinerzeit sich angeeignet hat. Bei Wertzunahme des Vorhandenen dagegen kann, je nach der Eigenart des Verschwundenen und dem Zeitpunkt, in welchem der Mann über dasselbe verfügt hat, eine doppelte, dem Gesetz widersprechende Belastung der Frau entstehen,

wenn jenes bei der Bemessung des Konkursprivilegs zum heutigen, höheren Wert angerechnet wird.

Einige Beispiele mögen die praktische Tragweite der Frage beleuchten:

a) Die Frau habe eingebracht: Fr. 30 000.– in bar, = Ersatzforderung; ferner an noch vorhandenem Gut Hausrat im Wert von Fr. 20 000.–, heute auf Fr. 5 000.– geschätzt, sowie ein Grundstück von Fr. 5 000.– ursprünglichem und Fr. 15 000.– heutigem Wert. In diesem Fall rechtfertigt es sich, sowohl den Hausrat als das Grundstück zum aktuellen Wert einzusetzen, also wie folgt zu rechnen:

Ersatzforderung	Fr. 30 000.–
Hausrat + Grundstück, Wert heute	Fr. 20 000.–
Eingebrachtes Gut	Fr. 50 000.–
Privilegiert die Hälfte =	Fr. 25 000.–
Davon durch Rücknahme gedeckt	Fr. 20 000.–
In IV. Kl. zu kollozieren somit	Fr. 5 000.–

Würde das Grundstück nur mit seinem Eingangswert (5 000) eingesetzt, so ergäbe sich mit dem heutigen Wert des Hausrates (5 000) und der Ersatzforderung (30 000) ein eingebrachtes Gut von Fr. 40 000.–, die Hälfte = 20 000, gedeckt 10 000, somit in IV. Kl. zu kollosieren Fr. 10 000.–. Da aber die Frau das ganze einer Wertvermehrung fähige Gut zurückerhielt, muß sie es sich billigerweise auch zum heutigen Vollwert auf das Privileg anrechnen lassen.

b) Eingebracht Fr. 20 000.– in bar, sowie Goldmünzen und Kunstsachen, die der Mann vor 30 Jahren zum damaligen Werte von Fr. 5 000.– verkauft hat. Ersatzforderung somit Fr. 25 000.–. Weitere, noch vorhandene Münzen und Kunstgegenstände, die ursprünglich ebenfalls Fr. 5 000.– wert waren, heute aber auf Fr. 10.000.– zu schätzen sind, werden vindiziert, ebenso das Mobilier im heutigen Wert von Fr. 2 000.–. Stellt man hinsichtlich der Deckung gesamthaft auf den Schlußwert ab, so resultiert: Eingebracht 20 000 + 2 000 + 5 000 + 10 000 = 37 000, $\frac{1}{2}$ = 18 500, gedeckt 12 000, privilegiert also Fr. 6 500.–: Ein offenbar unbilliges Ergebnis, da die Frau ohne ihr Zutun den Mehrwert, den die vor 30 Jahren verkauften Sachen heute besäßen, verloren hat. Den Ausgleich damit herzustellen, daß man auch die Ersatzforderung nach den hypothetischen heutigen Wert des verschwundenen Gutes bemißt, geht nach den gesetzlichen Vorschriften nicht an (198, 201 I, 212 II). Die Frau kann nur den Verkehrswert fordern, den die Sachen zur

Zeit ihres Verkaufs hatten⁹⁵. Eine – soweit praktisch möglich – gerechte Lösung läßt sich also nur finden, wenn man für das ganze des Wertzuwachses fähige Gut den früheren Wert gelten läßt und demnach annimmt: Eingbracht 20 000 + 2 000 + 5 000 + 5 000 = 32 000, $\frac{1}{2}$ = 16 000, gedeckt 7 000, privilegiert Fr. 9 000.–.

c) Noch mehr drängt diese Berechnungsweise sich auf, wenn ein gleichartiges eingebrachtes Gut teilweise unter dem (ursprünglichen) Schätzwert veräußert wurde und der verbleibende Rest nachträglich eine starke Wertvermehrung erfahren hat. So etwa, wenn der Mann von 20 Aktien, die 1930 Fr. 20 000.– galten und zu diesem Betrag im Inventar verzeichnet wurden, die Hälfte in einer Notlage, aber in guten Treuen zu Fr. 8 000.– verkauft hat, so daß die Ersatzforderung sich auf diese Summe beschränkt (198 II). Die verbliebenen und vindizierten 10 Aktien können heute – in unserer wirtschaftlich sprunghaften Zeit durchaus keine bloße Phantasie – Fr. 22 000.– gelten. Sie in bezug auf das Privileg in dieser Höhe anzurechnen, liefe auf die Fiktion hinaus, die Frau sei für das ganze an Aktien eingebrachte Gut mehr als gedeckt, und der Mehrwert müßte zur Deckung ihrer weiteren Ersatzansprüche dienen. In Wirklichkeit ist aber nicht einmal die Hälfte der eingebrachten Aktien gedeckt, und die Frau würde doppelt belastet, indem sie einerseits für den Mehrwert, den das Verschwundene ihr eingebracht hätte, keinen Ersatz zu fordern, andererseits den Mehrwert des noch Vorhandenen – im wirtschaftlichen Effekt – mit den übrigen Gläubigern teilen müßte.

Ein völliger, durch nichts kompensierbarer Verlust des in solchen Sachen «angelegten» Mehrwertes tritt freilich dann ein, wenn dieses Gut gänzlich zu einem früheren Minderwert veräußert wurde. Das Gesetz schließt in diesem Fall eine andere Lösung aus (198 II, 201, 772 I). Ein Teilverlust dagegen kann und soll m. E. billigerweise dadurch ausgeglichen werden, daß man den verlorenen und den noch vorhandenen Teil nur mit dem früheren Werte zum Eingebachten zählt. Sinn und Zweck des Privilegs ist, der Frau eine gewisse Kompensation dafür zu bieten, daß sie ihr eingebrachtes Gut zwangsweise dem Mann überlassen und bei dessen Konkurs einen hieraus folgenden Schaden

⁹⁵ Egger N 3 zu 210.

auf sich nehmen muß⁹⁶. Den konkreten Fall in favorem mulieris zu interpretieren, soweit der Wortlaut des Gesetzes dies erlaubt, entspricht als der ratio legis.

These 10: Zur Berechnung der privilegierten Ersatzforderung der Ehefrau (Art. 211 Abs. 1 ZGB) ist das vindizierte Gut mit seinem Werte zur Zeit des Konkurses einzusetzen, wenn es einen natürlichen Wertverlust erlitten hat; ist es seit der Einbringung im Werte gestiegen, so ist nach den Umständen zu entscheiden, ob billigerweise der aktuelle oder der frühere Wert maßgebend sein müsse.

IV. Die Betreibung gegen die Ehefrau

Zum Gebiete der vielfachen Kontroversen gehört auch der Fragenkomplex der rechtlichen Stellung von Mann und Frau in einem von dritter Seite gegen die Ehefrau gerichteten Betreibungsverfahren. Die seit Inkrafttreten des ZGB auftauchenden Schwierigkeiten ergaben sich größtenteils schon aus dem Unterschied an Alter und «Zeitgeist» zwischen dem SchKG und dem ZGB. Das erste Gesetz, um 1870–1880 ausgearbeitet, also in einer Zeit der ausgeprägten wirtschaftlichen Vorherrschaft des Ehemannes, konnte der ökonomisch freieren Stellung, die das ZGB der Ehefrau brachte, noch nicht Rechnung tragen⁹⁷. Zum Teil beruht aber die spezielle Problematik wieder auf dem Wesen des Vertrages sui generis selbst, den die Ehegemeinschaft in ökonomischer Hinsicht darstellt. Die Natur der Sache steht auch hier einer Gesetzgebung wie einer Praxis entgegen, die für jeden Einzelfall eine «restlos» befriedigende Antwort zu geben vermöchten.

Die Rechtssprechung hat seit 1912 versucht, die Betreibungspraxis nach Möglichkeit dem neuen Ehegüterrechte

⁹⁶ Saxer 36.

⁹⁷ Panchaud *Rég. matr.* 9, Konrad 68. Zur Vorgeschichte des SchKG vgl. Blumenstein *Handbuch* 4 ff.

anzupassen, und diesem Ziele war dann vor allem die Abänderung des SchKG im Zuge der Revision des Obligationenrechts von 1936 gewidmet (Art. 15 der Schluß- und Übergangsbestimmungen). In SchKG 47 II wurde der Hinweis auf ZGB 167 gestrichen und damit dokumentiert, daß zwischen der Vertretung des Mündels durch den Vormund (Hinweis auf ZGB 412 im gleichen Artikel) und derjenigen der Ehefrau durch den Ehemann keine Analogie besteht. Damit ist eine betreibungsrechtliche Sonderbehandlung von Geschäfts- oder Berufsschulden der Ehefrau gegenüber ihren andern Schulden ausgeschaltet. – Von weit größerer praktischer Tragweite war der neu eingefügte Art. 68^{bis} SchKG, der das – seit langem geforderte⁹⁸ und seither allgemein begrüßte – System der doppelten Zustellung der Betreuungsurkunden verankerte. Trägt auch die neue Vorschrift mit einer nicht durchwegs glücklichen Redaktion, die zu neuen Kontroversen geführt hat, die Spuren ihrer schwierigen Geburt noch an sich, so hat sie doch jedenfalls die wichtigsten einschlägigen Fragen zu klären versucht und, wie ich glaube, den Weg zu einer im allgemeinen befriedigenden Praxis geöffnet. Ich beschränke mich auf wenige, in neuerer Zeit aktuell gewordene Fragen und verweise im übrigen auf die reichhaltige Literatur zu den von der Revision aufgeworfenen Problemen⁹⁹.

1. Der Mann ist an einem Rechtsstreit um Frauengut (als Vertreter der Ehefrau) nur dann beteiligt, wenn ihm an diesem Gute materielle Rechte zustehen (168). Das muß

⁹⁸ Insbes. von Held SJZ 14/356 ff. u. 17/337 ff., sowie Panchaud *Rég. matr.* 44.

⁹⁹ Vgl. außer den soeben angeführten Werken Stauffer N 19 ff. zu Art. 15 Schluß- u. Übergangsbest. OR (auch zur Vorgeschichte der SchKG-Revision), Egger SJZ 27/125 ff., Ziegler *ibid.* 173 ff., Held *ibid.* 305 ff., Sulser SJZ 35/4 ff. – Zur früheren Praxis Cuttat 19 ff., 42 ff. et passim, Carry *Sem. judic.* 52 (1930) 161 ff. und ZSR NF 51/ 395a ff., Haab *ibid.* 268a ff. Zur Praxis seit der Revision des SchKG Haberthür 3 ff., Knapp 198 f., 204. Überblick bei Favre 148 f., Fritzsche I 50 f., 108, Panchaud *Jur. Kart.* Nr. 286 (Betr. der Ehefrau).

auch für das Betreibungsverfahren gelten. Besteht Gütertrennung oder wird die Frau ausschließlich in ihr Sondergut betrieben, so greift SchKG 68^{bis} nicht Platz¹⁰⁰.

2. Wird die Frau auf Bezahlung einer Vollschuld belangt (207), so ist die Betreibung gegen Mann und Frau einzuleiten und dabei in dem an die Frau gerichteten Zahlungsbefehl zweckmäßigerweise zu vermerken, daß auch der Mann als gesetzlicher Vertreter (in bezug auf das eingebrachte Gut) einen Zahlungsbefehl erhält. Indessen kann es der Frau ungeachtet dieses Vertretungsrechts nicht verwehrt sein, ihre eigenen Interessen selbständig zu wahren, insbesondere der Forderung zunächst durch Rechtsvorschlag entgegenzutreten. Denn aus dem Anspruch der Frau auf einen eigenen Zahlungsbefehl, den das Gesetz ausdrücklich statuiert (SchKG 68^{bis} I, letzter Satz), folgt zwingend auch ihr Recht, sich betreibungsrechtlich zu wehren. Insofern muß die allgemeine Regel des ZGB (168 II) vor dieser Sondernorm zurücktreten, also für das Betreibungsverfahren als aufgehoben gelten¹⁰¹.

3. Verwirrung gestiftet und zu Auslegungskontroversen geführt hat vor allem der Widerspruch zwischen dem Wortlaut von Abs. 1 und Abs. 3 des Art. 68^{bis} SchKG. Man hat aus dem ersten Satz von Abs. 3: «In der gegen den Ehemann gerichteten Betreibung für Ansprüche gegen die Ehefrau kann Sondergut der Ehefrau nicht gepfändet werden» folgern wollen, es bleibe, im Gegensatz zu Abs. 1, eine das Frauengut beschlagende Betreibung gegen den Mann allein zulässig, und ferner, es sei eine Vollbetreibung gegen die Ehefrau, d.h. eine gleichzeitig das Eingebachte und das Sondergut erfassende, überhaupt ausge-

¹⁰⁰ BGE 64 III 100. Haberthür 4, Stauffer N 45 zu Art. 15 u. dort zit. Lit.

¹⁰¹ BGE 64 III 101. Panchaud *Journ. d. Trib.* 1937 II 106. Held SJZ 27/308. Haberthür 5. – Über die speziell bei Gütergemeinschaft (220, 222) sich stellenden Probleme vgl. Egger SJZ 27/129, Ziegler *ibid.* 176 f., Sulser SJZ 35/7 f., Haberthür 6 ff.

geschlossen¹⁰². – Dem steht aber schon entgegen, daß es materiellrechtlich nur Schulden der Ehefrau gibt, für die ihr Gesamtvermögen oder ihr Sondergut, nicht aber solche, für die ausschließlich das Eingebachte haftet (207, 208). Die Frau wird somit immer entweder für Vollschulden oder bloß für Sondergutsschulden betrieben. Ein lediglich auf das eingebrachte Gut abzielender Vollstreckungsanspruch ist rechtlich überhaupt nicht vorgesehen, und der erste Satz von SchKG 68^{bis} III wäre sinnlos, wenn er auf eine solche Sonderbetreibung Bezug hätte. Er kann aber auch nicht besagen wollen, eine Betreibung der Frau auf Vollschuld müsse nur gegen den Ehemann gerichtet werden. Denn dies würde nicht nur dem klaren letzten Satz von Abs. 1, sondern dem Zweck dieser SchKG-Revision überhaupt widersprechen, mit der die doppelte Zustellung der Betreibungsurkunden sich durchgesetzt hat. Und endlich kann dem ominösen Satz vernünftigerweise auch nicht der Sinn beigelegt werden, bei Vollschuldbetreibung genüge diese doppelte Zustellung nicht, sondern es habe der Gläubiger, um das Sondergut miterfassen zu können, noch einen dritten Zahlungsbefehl gegen die Frau allein zu erwirken. Von einer solchen Komplikation, die zum Schutze der Ehegatten praktisch nichts beitragen, dagegen je nach dem Ausgang der Sache den Gläubiger oder die betriebene Frau zusätzlich belasten würde, ist im Gesetz nirgends die Rede.

Der in SchKG 68^{bis} enthaltene Widerspruch findet somit nur dann eine befriedigende Lösung, wenn man sich an das in Abs. 1 festgelegte Prinzip hält und den dunkeln ersten Satz von Abs. 3 unbeachtet läßt. Es entspricht dies der mehrheitlich und überzeugend geäußerten Lehre, der auch die bundesgerichtliche Praxis sich angeschlossen hat¹⁰³.

4. Aus Sinn und Zweck der doppelten Zustellung und aus dem selbständigen Rechte jedes Ehegatten ergibt sich auch

¹⁰² Sulser SJZ 35/5 ff.

¹⁰³ Panchaud *Journ d. Trib.* 1937 II 101 ff. u. 1938 II 75, Cuttat SJZ 34/223, Stauffer N 43 zu Art. 15, Haberthür 6. – BGE 64 III 102 f.

die Tragweite des vom einen oder andern erhobenen Rechtsvorschlags. Will der Mann geltend machen, es bestehe Gütertrennung oder es hafte nur das Sondergut der Frau, so hat er gemäß SchKG 68^{bis} II seinen Rechtsvorschlag entsprechend zu begründen. Existenz oder Höhe der Forderung sowie das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, kann er bestreiten, indem er ohne Begründung Recht vorschlägt. Ist nur die Frau persönlich betrieben, so steht ihm für Ansprüche, die er aus dem Güterrechte ableitet, das Widerspruchsverfahren offen. – Der Rechtsvorschlag der Ehefrau hemmt, ohne daß er einer Begründung bedarf, die Betreibung, soweit sie auf Vollstreckung in das Frauengut gerichtet ist. Die in der parlamentarischen Beratung vorgetragene Ansicht, die Frau erhalte den Zahlungsbefehl nur «orientierungshalber» (Sten. Bull. StR 1932 S. 290) ist nach dem schon Gesagten unhaltbar und wird von Lehre und Rechtsprechung einhellig abgelehnt. Die Frau ist in der gegen den Ehemann als ihren Vertreter gerichteten Betreibung die Hauptbetroffene, und es würde das ganze System ihres Schutzes durch die doppelte Zustellung illusorisch, wenn ihr nicht das volle Recht auf selbständige Abwehr zustünde¹⁰⁴.

Umstritten blieb, ob die Frau mit dem Rechtsvorschlag auch die Haftung des Eingebrachten (oder des Gesamtgutes) bestreiten, also geltend machen könne, Gegenstand der Betreibung sei nicht eine Vollschuld. Man hat dies verneint mit der Begründung, während der Ehe sei nur der Mann berechtigt, über dieses Gut zu verfügen, darum habe auch er allein ein Interesse und einen Anspruch, es der Beschlagnahme von Seiten eines Dritten zu entziehen; die Erklärung der Frau darüber, ob dieses Gut hafte oder nicht, würde rechtlich irrelevant sein, da sie ohne Zustimmung des Mannes ihr Eigentum nicht aus dem Ehegut ausscheiden könnte¹⁰⁵. – Wie oben ausgeführt (Erster Abschnitt B II),

¹⁰⁴ Stauffer N 64 zu Art. 15 u. dort. zit. Lit., Habberthür 11 f., Konrad 80. – BGE 64 III 75 u. 101, vgl. auch BGE 58 III 104.

¹⁰⁵ Panchaud *Journ. d. Trib.* 1937 II 106 f., Konrad 78 f.

sollte diese Verfügungsbeschränkung der Ehefrau m.E. de lege ferenda behoben werden. Könnte die Frau angesichts einer – bei Betreibung auf Vollschulden wohl regelmäßig vorliegenden – Gefährdung die Ausscheidung ihres Gutes oder doch die Sicherstellung ihrer Ansprüche durchsetzen, so wäre damit auch ihr unmittelbares Interesse an einer Haftungsbestreitung ohne weiteres klargestellt. Dieses Interesse ergibt sich aber zweifellos schon nach dem geltenden Recht. Es kann für die Frau nicht belanglos sein, ob ihr eingebrachtes Gut einstweilen dem Mann und der Familie erhalten bleibe oder ob es zu Unrecht für Schulden beansprucht werde, für die es nicht haften müßte. Und für sie selbst ist im Hinblick auf eine spätere güterrechtliche Auseinandersetzung die Bewahrung dieser Werte vor dem Zugriff eines Gläubigers von größter Bedeutung. Es muß ihr daher richtigerweise das selbständige Recht gegeben sein, durch Rechtsvorschlag die Haftung zu bestreiten. Das führt freilich zu der unter Umständen erheblichen Komplikation, daß im Rechtsöffnungsverfahren zunächst abzuklären ist, ob und wie weit die betriebene Ehefrau nur beschränkt hafte. Aber diese Schwierigkeit ist nicht unüberwindlich, und sie darf einer sachlich richtigen Lösung nicht entgegenstehen. Ein anderer Weg, der Frau in dieser Hinsicht die Wahrung ihrer Interessen zu gewährleisten, wie etwa der Verweis auf das Widerspruchsverfahren, erscheint nicht als gangbar¹⁰⁶.

5. Unterliegt die Schuldnerin als Handelsfrau (167) der Konkursbetreibung (SchKG 39), so ergibt sich das Verfahren zwanglos aus den einschlägigen Normen, falls sie für Vollschulden belangt wird. Die doppelte Zustellung gilt, obwohl in SchKG 68^{bis} I nur für den Zahlungsbefehl vorgeschrieben, konsequenterweise für sämtliche Betreibungsurkunden (BGE 64 III 101). Der Gläubiger hat sie für das ganze Verfahren, mit Einschluß der Konkursandrohung, zu

¹⁰⁶ In diesem Sinne Egger SJZ 27/130, Cuttat 135, Stauffer N 65 zu Art. 15 und, mit eingehender Begründung, Haberthür 10 ff. – Vgl. BGE 64 III 159 ff.

erwirken. Dringt er damit bis zur Konkurseröffnung durch, so erfaßt der Konkurs in normaler Weise das gesamte Vermögen der Ehefrau (SchKG 197 ff.). Die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes fallen dahin, das eingebrachte Frauengut ist zur Masse zu ziehen, ein Streit über seinen Umfang auf dem Prozeßweg auszutragen¹⁰⁷.

Ein heikles Spezialproblem stellt dagegen sich ein, wenn das Betreibungsbegehren nur eine Sondergutsschuld betrifft und demgemäß der Mann am Verfahren nicht beteiligt ist. In diesem Fall kollidiert das konkursrechtliche Prinzip, wonach das ganze schuldnerische Vermögen erfaßt wird (SchKG 197) mit der materiellrechtlichen Garantie der Haftungsbeschränkung auf das Sondergut (ZGB 208) und mit den Rechten des Ehemannes am eingebrachten Frauengut (200, 201). Es besteht ein logischer Widerspruch, somit eine echte Gesetzeslücke, die gemäß ZGB 1 II durch eine ergänzende Bestimmung auszufüllen ist¹⁰⁸.

Man hat mehrfach die Ansicht vertreten, es sei einzig auf das materielle Recht des ZGB abzustellen, das ihm widersprechende Verfahrensrecht unbeachtet zu lassen. Es müsse also die Betreibung, ohne Rücksicht auf SchKG 39, im Wege der Spezialexecution (Pfändung) fortgesetzt werden. Diese Lösung würde vor allem den Interessen des Ehemannes dienen, nämlich vermeiden, daß wegen einer Sondergutsbetreibung auch die – sonst vielleicht noch jahrelang unkündbaren – Forderungen der Vollgläubiger fällig und sämtliche Frauengutswerte zur Masse gezogen werden¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Panchaud 102, Favre 150, Haberthür 34, Jaeger N 2 zu 197 SchKG.

¹⁰⁸ Vgl. W. Burckhardt *Lücken des Gesetzes passim, Organisation d. Rechtsgemeinschaft* 112. – Nebenbei bemerkt, ein Schulbeispiel für die Richtigkeit der Burckhardtschen Lückentheorie, und für die Haltlosigkeit der Kelsenschen (*Reine Rechtslehre* 102 ff.), wonach es echte, technische Lücken im Sinne eines unlösbaren Widerspruchs bestehender Normen gar nicht geben könnte.

¹⁰⁹ Schweizer *Schuldenhaftung* 32 f., *Einfl. d. ZGB* 104 a ff., Gmür N 7 zu 192, N 12 zu 208, Egger N 12 zu 208, Göschke *ZbJV* 49/676 ff. Sulser *SJZ* 35/5.

Allein, dieses Ergebnis ginge praktisch auf Kosten aller übrigen, einstweilen nicht betreibenden Kreditoren der Frau, auch der Sondergutsgläubiger, indem sie des Schutzes, den SchKG 39 ihnen gewährleisten will, beraubt würden. Diese Norm beruht auf dem Gedanken, daß der im Handelsregister eingetragene Kaufmann einen erhöhten Kredit genießt, denselben aber nicht länger soll beanspruchen können, wenn er offenbar sachlich nicht mehr begründet ist. Darum soll die Unfähigkeit, auch nur eine Schuld zu bezahlen, rechtzeitig zur Kenntnis sämtlicher Gläubiger gelangen und die Fälligkeit auch ihrer Ansprüche bewirken¹¹⁰. Mit der Beschränkung auf eine Spezialexécution würde dieser Schutz völlig entwertet. Die Handelsfrau genösse ein erhebliches Privileg vor allen andern Kaufleuten, wenn sie sich bei faktischer Insolvenz nur mit einem einzelnen betreibenden Gläubiger auseinandersetzen hätte und selbst als Verlustscheinsschuldnerin ihr Geschäft weiter betreiben könnte, und die übrigen Gläubiger würden empfindlich geschädigt, wenn jener allein, ohne ihr Wissen, das ganze Sondergut zu seiner Befriedigung beansprucht hätte.

Die völlige Ausschaltung von SchKG 39 zugunsten der Handelsfrau ist denn auch seit langem entschiedener Kritik begegnet, und man hat einen andern Weg gesucht, der den berechtigten Interessen von Mann und Frau dient, ohne zugleich die Gläubigerrechte ungebührlich zu kürzen: Die Betreibung soll zum Konkurs führen, dieser aber auf das Sondergut beschränkt bleiben¹¹¹. Auch das läuft freilich auf

¹¹⁰ Die am Schweiz. Juristentag 1932 von Haab verfochtene These, die unterschiedliche Behandlung von Kaufmann und Nichtkaufmann fallen zu lassen und beide zunächst der Spezialexécution, erst bei Nachweis der «Konkursreife» (Insolvenz) der Generalexécution zu unterstellen, begegnete energischem Widerstand und scheint heute nicht mehr aktuell zu sein. Vgl. die Referate Haab und Carry und die Diskussion darüber, ZSR NF 51/318a ff., 433a ff., 590a ff.

¹¹¹ Stauffer N 131 zu Art. 15. Im gl. Sinne schon vor der SchKG-Revision und anlässlich ihrer Diskussion Held SJZ 27/306; ferner Rüttener 178, Panchaud *Rég. matr.* 99 f. u. *Journ. d.*

eine konkursrechtliche Anomalie hinaus, indem entgegen SchKG 197 nur ein Teil des schuldnerischen Vermögens die Konkursmasse bildet. Ist aber, wie ausgeführt, ohne Korrektur der einen oder andern Gesetzesvorschrift die den Betreibungsbehörden gestellte Frage schlechterdings unlösbar, so läßt diese teilweise Nichtanwendung von SchKG 197 sich noch am besten rechtfertigen, weil sie einen für alle Beteiligten tragbaren Ausgleich schafft. Daß die Aufgabe, zur Bestimmung der Konkursmasse zunächst das eingebrachte Frauengut genau zu ermitteln und vom Sondergut zu scheiden, unter Umständen das Verfahren erschwert und verzögert, darf nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Es handelt sich auch hier um eine im Wesen des Ehegüterrechts gründende Komplikation, der bei jeder Zwangsexekution gegen einen Ehegatten, ob dieser der Konkursbetreibung unterliege oder nicht, zu begegnen ist¹¹². – Aus solchen Erwägungen hat die bundesgerichtliche Praxis, in Bestätigung kantonaler Entscheidungen, dieser Lösung des Problems den Vorzug gegeben, mit der namentlich von Stauffer vorgeschlagenen Modifikation, daß die Liquidationsmasse auch bei Hinzutreten von Vollgläubigern auf das Sondergut beschränkt bleibt, solange nicht einer der letztern mit einer neuen, in das ganze Frauenvermögen gehenden (und daher auch gegen den Ehemann zu richtenden) Betreibung den Gesamtkonkurs auslöst¹¹³.

Trib. 1932 II 109, *Cuttat* 200, jedoch mit der Modifikation, der Konkurs sei schon dann auf das eingebrachte Gut auszudehnen, wenn sich auf die Publikation hin Vollgläubiger (ohne selbst zu betreiben) melden.

¹¹² Auf die Illusion des Strebens nach einer «simplification» des SchKG, insbes. auch im hier behandelten Gebiet, verweist zutreffend *Carry ZSR NF 51/581 a.*

¹¹³ *BGE* 75 III 1. *Stauffer N 131 zu Art. 15.* Zustimmung *Favre* 150, *Fritzsche* I 60. – Ablehnend *Knapp* 206 u. 234 Anm. 181: die Frau sollte nicht im Besitz eines Vermögens bleiben, solange ein Gläubiger, sei es auch nur für eine Sondergutsforderung, nicht voll befriedigt ist. – Diese Konsequenz ergibt sich aber eben zwingend aus *ZGB* 208. Auch dürfte dem Bedenken kaum prakti-

Wie schon diese wenigen Beispiele zeigen, kann man nicht sagen, die Revision von 1936 habe auf alle in diesem Grenz- und Konfliktsgebiet seit langem sich stellenden Fragen eine klare Antwort erteilt. Manches Problem blieb offen, und es bedurfte des weitern intensiven Bemühens von Lehre und Praxis, um das Ehegüterrecht – soweit möglich – mit dem Betreibungsrecht in Einklang zu bringen und im konkreten Fall eine billige Lösung zu finden. Die Frage liegt nahe, ob nicht eine erneute Gesetzesänderung geboten sei, die den Widerspruch in SchKG 68^{bis} beseitigen, die erwähnte Lücke ausfüllen und weitere noch umstrittene Fragen durch eindeutige Regelung entscheiden würde. – Meines Erachtens ist auch hier eine Bemühung des Gesetzgebers ohne dringliche Notwendigkeit nicht anzuregen, und eine solche Notwendigkeit besteht heute nicht mehr, nachdem Theorie und Judikatur zu einer praktisch befriedigenden Auslegung des geltenden Rechts gelangt sind. Auch vermöchte keine Gesetzesrevision, wollte sie nicht die Grundlagen unseres Ehegüterrechts in rückschrittlichem Sinne ändern, die Schwierigkeiten zu beheben, die bei einer Zwangsexekution gegen die Ehefrau vor allem für den Betreibungs- und Konkursbeamten sich einstellen und von ihm eine besondere Umsicht und Sachkenntnis erfordern. Auch von dieser fachmännischen Seite wird eine neue Gesetzesergänzung nicht verlangt, sondern erklärt, das geltende Recht (SchKG 68^{bis}) bringe zwar dem Beamten mannigfache und ungeahnte neue Aufgaben, ermögliche es aber durchaus, solche Betreibungen unter Wahrung aller Interessen zu einem guten Abschluß zu führen¹¹⁴.

* * *

sche Bedeutung zukommen, da, wenn die Sondergutsschulden nicht gedeckt werden, meist auch Vollgläubiger zur Betreibung schreiten und damit den Gesamtkonkurs auslösen werden. Vgl. BGE 75 III 4.

¹¹⁴ Habberthür 42, der auch (33 ff.) wertvolle Hinweise für das Pfändungs- u. Verwertungsverfahren gibt. – In gl. Sinn auch Fritzsche I 50, 60 Anm. 108.

DRITTER ABSCHNITT

Zusammenfassung. Thesen

Aus dem Gesagten ergibt sich grundsätzlich – unter Vorbehalt der weitem Diskussion einzelner Probleme – die folgende Beantwortung der Frage nach der Revisionsbedürftigkeit unseres Ehegüterrechts.

1. Eine Gesamtrevision im Sinne der Erklärung der Gütertrennung zum ordentlichen Güterstand drängt sich heute nicht auf. Konsequenter durchgeführt, würde die Gütertrennung unsern Verhältnissen und Anschauungen offenbar nicht entsprechen, und eine stark differenzierte Ausgestaltung vermöchte, abgesehen von den neu entstehenden Komplikationen intertemporalrechtlicher Art, die in der Natur der Sache begründeten tatsächlichen und rechtlichen Probleme kaum zu vereinfachen. Jedenfalls wäre ein allgemein befriedigendes Gesetzesprojekt nur schwer zu finden, und da nach vorherrschender Ansicht das geltende, mit größter Umsicht erarbeitete System zur Hauptsache sich bewährt hat, dürfte jede grundlegend neue Vorlage an der Klippe des Referendums, wenn nicht schon am Widerstand der Parlamentsmehrheit scheitern.

2. Jede privatrechtliche Ordnung kann ihren Zweck nur richtig erfüllen, wenn die interessierten Parteien sie kennen und benutzen. Im Gebiete des Ehegüterrechts ist naturgemäß, und wie die Erfahrung zeigt, die Gefahr eines Verlustes von Rechtsansprüchen aus eigener Fahrlässigkeit besonders groß. Darum ist vor allem eine allgemeine, gründliche Aufklärung geboten, welche die Nupturienten und Eheleute anregt und anleitet, ihre und ihrer Familie Interessen rechtzeitig wahrzunehmen.

3. Wird eine solche Aufklärung ihrem Zwecke gemäß wirksam, so genügen wenige Teilrevisionen, um die bisher beobachteten Mängel unseres Güterrechts größtenteils zu beheben. Sie sollen Schranken der persönlichen Handlungsfreiheit, die sich mehr zum Nachteil als zum Schutz

eines Ehegatten und der Ehe auswirken, beseitigen, den Gebrauch des Ehevertragsrechts erleichtern und einen bessern Ausgleich zwischen den Rechten von Mann und Frau schaffen.

4. Ist eine Reform in diesem Sinne erfolgt, so dürfte es der Praxis möglich sein, bei sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts eine im Einzelfall billige Entscheidung zu treffen, soweit die Eigenart der Materie dies zuläßt.

Thesen

I. De lege ferenda

1. Die Nupturienten sind anläßlich der Verkündung über die wichtigsten Fragen des Ehegüterrechts zu orientieren, sowie auf eine Amtsstelle hinzuweisen, die ihnen jederzeit (unentgeltlich oder gegen eine mäßige Gebühr) beratend zur Verfügung steht.
2. An den Grundlagen der geltenden Ordnung – Vertragsfreiheit im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Güterstände, subsidiäre Geltung der Güterverbindung – ist festzuhalten.
3. Abs. 2 und 3 von Art. 177 ZGB sind aufzuheben.
4. Der Abschluß von Eheverträgen, insbesondere von einzelnen ehevertraglichen Abmachungen, ist durch eine Revision der formellen Gültigkeitserfordernisse zu erleichtern.
5. Die Normen über das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten (173–176) sind aufzuheben.
6. Art. 214 I ZGB ist im Sinne der hälftigen Vorschlags- teilung und der Gleichstellung von Mannes- und Frauen- erben zu revidieren.
7. Art. 241 ZGB ist durch eine Bestimmung zu ergänzen, wonach ehevertraglich vereinbart werden kann, daß bei Eheauflösung einem Ehegatten ein Anteil an dem während der Ehe entstandenen Vermögenszuwachs des andern zufällt.

II. Zur Auslegung des geltenden Rechts

8. Es ist festzuhalten an der Praxis, wonach die Vorschlags-
teilung grundsätzlich keinerlei erbrechtlichen Schranken
unterliegt. – Daß ein Vertrag auf Zuweisung des Vor-
schlages an den überlebenden Ehegatten – oder auf
Errichtung der Gütergemeinschaft und Zuteilung des
Gesamtgutes an den Überlebenden – erst im Hinblick
auf den nahen Tod des andern Ehegatten geschlossen
wurde, ist an sich nicht als Rechtsmißbrauch auszu-
legen. Ein solcher ist nur anzunehmen, wenn der
Hauptzweck des Vertrages offensichtlich die unbe-
gründete Begünstigung des Ehegatten und die unbillige
Schädigung von Nachkommen ist.
9. Es ist daran festzuhalten, daß der mit dem Tode eines
versicherten Ehegatten entstehende Anspruch auf die
Lebensversicherungssumme die güterrechtliche Ausein-
andersetzung nicht berührt, sondern (soweit nicht durch
Begünstigungsklausel gebunden) in den Nachlaß des
Verstorbenen fällt.
10. Zur Berechnung der privilegierten Ersatzforderung der
Ehefrau (Art. 211 Abs. 1 ZGB) ist das vindizierte Gut
mit seinem Werte zur Zeit des Konkurses einzusetzen,
wenn es einen natürlichen Wertverlust erlitten hat; ist
es seit der Einbringung im Werte gestiegen, so ist nach
den Umständen zu entscheiden, ob billigerweise der
aktuelle oder der frühere Wert maßgebend sein müsse.

Literatur

(soweit mehrfach und abgekürzt zitiert)

- Affolter, A.: Zur Frage der Kodifikation des Civilrechts. ZbJV XXVIII (1892) 151 ff.
- Bergmann, Alexander: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. 3. Aufl. Frankfurt a. Main 1952 ff.
- Billinger, Adolf: Der Ehevertrag nach schweizerischem Zivilgesetzbuch unter bes. Berücksichtigung seines möglichen Inhalts. Diss. Zürich 1930.
- Boehlen, Marie: So wahrt der Männerstaat die Rechte der Frau. Ein Beitrag zur Diskussion um das Frauenstimmrecht. Bern o. D. (Sonderdruck aus dem «Bund»). »
- Blocher, E.: Über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Ehescheidung. ZSR NF 36/250.
- Cavin, Pierre: Régime matrimonial et droit de succession. Lausanne 1950 (Mélanges F. Guisan 105 ff.).
- Cohn, Georg: Das eheliche Güterrecht. Zürcher Beitr. z. Rechtswissenschaft XII (1906).
- Cuttat, Jacques-Albert: De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite dirigée contre la femme mariée. Berne 1932.
- Dénézéaz, Philippe: Le calcul du bénéfice de l'union conjugale dans le régime matrimonial légal. Thèse Lausanne 1946.
- Denzler, Oskar: Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten. Diss. Zürich 1937.
- Diener, Hanspeter: Vereinbarungen über Änderungen der Vorschlagsteilung. Diss. Zürich 1950.
- Droin, C.: Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial. Genève/Paris 1916.
- Egger, A.: Ehevertragliche Vereinbarungen über den Vorschlag, ZGB Art. 214 Abs. 3. Schw. Zeitschr. f. Beurkundungs- und Grundbuchrecht 33 (1952) 165 ff.
- Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung. ZSR NF 73/1 ff.
 - Genehmigung des Ehevertrages bei Verletzung von Kindesinteressen. Zeitschr. f. Vormundschaftswesen 6 (1951) 11 ff.
- Favre, Antoine: Cours de droit des poursuites. Fribourg 1953.
- Fritzsche, Hans: Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweiz. Recht. Zürich 1954/55.
- Grossen, Jacques-Michel: L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de famille. Neuchâtel 1957.

- Guhl, Theo: Sicherung und Begünstigung der Ehegatten nach ehelichem Güterrecht und Erbrecht. Zürich 1946 (Festschrift Prof. P. Tuor 9 ff.).
- Die Behandlung von Lebensversicherungsansprüchen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung. ZSR NF 50/16 ff.
- Gut, Marta: Das Ehegattenerbrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1922.
- Haberthür, B.: Betreibung gegen eine Ehefrau (Art. 68^{bis} SchKG). Bl. f. Schuldbetr. u. Konkurs 15 (1951) 2 ff.
- Hegglin, Anton: Der Vor- und Rückschlag im schweizerischen ehelichen Güterrecht. Diss. Freiburg 1926.
- Helfenstein, Erika Maria: Die Stellung der Ehefrau im Lebensversicherungsvertrag. Diss. Bern 1940.
- Hofmann, Max: Die vormundschaftliche Genehmigung von Eheverträgen. Monatsschr. f. bern. Verwaltungsrecht u. Notariatswesen 51 (1953) 337 ff.
- Die Stellung der Vormundschaftsbehörde als familienrechtliches Kontrollorgan. Zürich 1950.
- Horisberger, René: L'intercession de la femme mariée. Thèse Lausanne 1956.
- Huber, Eugen: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Basel 1886–1893.
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des EJPD. 2. Aufl. Bern 1914.
 - Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht. ZSR NF 13/481 ff.
- Isler, Eugen: Das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten nach dem schweizerischen ZGB. Diss. Zürich 1950.
- Kehl, Robert: Aktuelle Probleme der wirtschaftlichen Stellung der Ehefrau im Scheidungsprozeß. Vorträge am Radio Zürich, Frühling 1956 (zitiert nach dem vom Verfasser freundlich zur Verfügung gestellten Manuskript).
- Kempin, Emily: Die Ehefrau im künftigen Privatrecht der Schweiz. Zürich 1894.
- Knapp, Charles: Le régime matrimonial de l'union des biens. Neuchâtel 1956.
- Konrad, Franz: Die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin im Betreibungsverfahren. Diss. Zürich 1951.
- Kullmann, G.: Die Lebensversicherung im ehelichen Güterrecht. Diss. Zürich 1919.
- Le Fort, Jaques: Quotité disponible et réserve dans le code civil suisse. Genève et Bâle 1917.

- Mackenroth, Anna: Über die Rechtsstellung der Frau im Vor-entwurf zum schweizerischen Civilgesetzbuch. Vier Vorträge. Zürich 1901.
- Martin, Alfred: Quels sont les principes qu'il conviendrait de placer à la base d'une législation fédérale sur le droit matrimonial quant aux biens? ZSR NF 13/568 ff.
- Martin, Ernest-Léon: L'influence du CCS sur le choix du régime matrimonial. ZSR NF 47/113a ff.
- Meier, Franz: Die Lebensversicherung im Güterstand der Güterverbindung. Solothurn 1936 (Festgabe soloth. Juristen zum 75jähr. Bestehen des Schweiz. Juristenvereins 100 ff.).
- Merzbacher, Friedrich: Die Zugewinnngemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts. Archiv für die civ. Praxis 156 (1957), Tübingen, 1 ff.
- Meyer, Hermine Herta: Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Bern 1937.
- Münch, Hans: Die Ermittlung und Behandlung des Vor- und Rückschlages im ehelichen Güterrecht der Schweiz. Diss. Zürich 1941.
- Oesch, Margrit: Die wirtschaftliche Stellung der geschiedenen Frauen. Diss. St. Gallen 1956.
- Oettli, Mascha: Die Meinung der Frauen zu unserm Familienrecht. Resultat einer Umfrage. «Die Frau in Leben und Arbeit», Aarau 29/2 (Febr. 1957) 8 ff.
- Panchaud, André: Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes. Thèse Lausanne 1924.
- La poursuite pour les dettes de la femme mariée. Journal d. Trib. 1937 II 99.
- Notes sur la poursuite pour les dettes de la femme mariée. Journal d. Trib. 1938 II 74.
- Rodel-Haller, Margrit: Das Sondergut der Ehefrau, insbesondere ihr Arbeitserwerb. Diss. Zürich 1941.
- Rossel, Virgile, et F.-H. Mentha: Manuel du droit civil suisse, T. I 2^e éd., Lausanne/Genève o.D.
- Rüsch, Arthur: Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten unter bes. Berücksichtigung des Art. 473 ZGB. Diss. Zürich 1936.
- Rüttener, Karl: Die Rechtsstellung der verheirateten Berufs- und Gewerbefrau nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1922.
- Saxer, Hanny: Das Privileg der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes. Diss. Zürich 1937.
- Schucany, Emil: Der Mitabschluß eines Schuldvertrages durch die Ehefrau des Vertragsschließenden nach schweizerischem und deutschem Recht. Diss. Zürich 1916.

- Schweizer, Armin: Die Schuldenhaftung im ehelichen Güterrecht des Entwurfs eines schweiz. Zivilgesetzbuches. Diss. Zürich 1906.
- Der Einfluß des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts. ZSR NF 47/61 a ff.
- Semaine internationale de droit 1937*, IV: Le régime matrimonial de droit commun (Referate von Ripert, Richard, Moreau u. a.) Paris 1937.
- Speiser, Ruth: Güterverbindung oder Gütertrennung? ZSR NF 48/183 ff.
- Sutter, Emil: Die Abgrenzung des Ehevertrages gegenüber dem Erbvertrag unter bes. Berücksichtigung der Verhältnisse bei der Güterverbindung. Diss. Zürich 1939.
- Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 6. Aufl. Zürich 1953.
- Wieland, Karl: Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechts. ZSR NF 18/319 ff.
- Wolfer, Ernst: Die Verpflichtung der Ehefrau zugunsten des Ehemannes nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1927.
- Ferner die *Kommentare* zum Familienrecht (Egger, Gmür, Lemp), Erbrecht (Escher, Tuor), SchKG (Jaeger/Daeniker) und zu den Schluß- u. Übergangsbestimmungen des rev. OR (Stauffer).

Den Herren Dr. Marcus Löw, Advokat und Notar, Basel, und Dr. Léon Wohlmann, Sekretär der Vormundschaftsbehörde Zürich, verdanke ich freundliche Hinweise auf die Ehevertrags- und Genehmigungspraxis.

**Diese Seite stand nicht für die
Digitalisierung zur Verfügung**

**Cette page n'a pas été disponible
pour la numérisation**

**Questa pagina non era a
disposizione di digitalizzazione**

**This page was not available for
digitisation**