Ehevertrag und Erbvertrag : Beiträge zum Ehevertragsrecht I.

Autor(en): **Henrici, Hermann**

Objekttyp: **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): **33 (1914)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896241

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.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Ehevertrag und Erbvertrag.

Beiträge zum Ehevertragsrecht I.

Von Dr. Hermann Henrici.

Einleitung.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich nicht entschliessen können, dem Ehevertrag den Charakter eines freien erb- und güterrechtlichen Vertrages zu geben, als den ihn — mit einigen Einschränkungen — z. B. das Basler Recht bisher kannte, und der seine umfassendste Ausbildung in der französischen Praxis erfahren hat. Er hat es auch nicht vermocht,[1]) etwa nach dem Vorgange des BGB (in § 2276 II) für die Vereinigung von ehegüterrechtlichen und erbrechtlichen Verfügungen unter Ehegatten einen wenigstens der Form nach einheitlichen Vertragstypus zu schaffen, sondern er hat sich damit begnügt, den Ehevertrag und den Erbvertrag gesondert zu behandeln, ohne auf die vielfältigen Beziehungen, die sich unter Ehegatten zwischen beiden ergeben, Rücksicht zu nehmen.

Zwar hatte der 1. Entwurf (E 1) in Art. 218 auch an den Fall gedacht, dass im Ehevertrag Bestimmungen erbrechtlicher Art getroffen würden[2]), ja man ging sogar mit dem Gedanken um, für den Ehevertrag sowohl wie für Verfügungen von Todeswegen dieselben Schranken zu ziehen[3]) — allein in das Gesetz ist nur die wesentlich

---

[1]) Oder ist das etwa bloss ein Redaktionsversehen?

[2]) Erl. S. 170 f und die nähern Ausführungen von Huber, Sten. Bull. 15 S. 692, von Gottofrey ebda S. 694 und Hoffmann ebda S. 1103.

[3]) Diese Lösung kannte das bisherige Luzerner und Solothurner Recht, Huber, Schweiz. Privatrecht I S. 374.

vereinfachte Bestimmung aufgenommen worden, bei Gütergemeinschaft müsse den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten ein Viertel des Gesamtvermögens erhalten bleiben (Art. 226 II)[4]. Zugegeben, dass bei der Gütergemeinschaft sich besonders eigenartige Verhältnisse ergeben können [5], und dass es schwer ist, ihr nur mit dem Pflichtteilsrechte beizukommen [6], weil es in diesem Falle nicht leicht zu ermitteln ist, so ist diese scharfe Trennung der beiden Vertragstypen, wie sie ZGB jetzt vornimmt, doch sehr zu bedauern. Gerade da, wo eheliches Erbrecht und eheliches Güterrecht sich berühren [7] — und es ist ja das Bestreben der modernen Kodifikationen, dass sie sich möglichst entsprechen — gibt es vielfach Zwittergebilde, deren Zugehörigkeit zum Güterrecht oder zum Erbrecht schwer zu ermitteln sein wird.[8] Besonders die Rechte des überlebenden Ehegatten

---

[4]) Diese Lösung geht auf die nationalrätliche Kommission zurück (sten. Bull. a. a. O. S. 689 und 1102); in der richtigen Erkenntnis des Unterschiedes zwischen der Gütergemeinschaft und den andern Güterständen wurde für diese letztern besonders auf das Pflichtteilsrecht verwiesen (E 2 Art. 204 I), weil es sich bei ihnen ohne weiteres durchführen lässt. Da diese Einschränkung aber selbstverständlich ist, wurde sie schliesslich doch fallen gelassen.

[5]) Besonders interessant ist in dieser Hinsicht das österreichische Recht, dessen „Todesfallgemeinschaft" eingehender behandelt werden soll (s. u. im 3. Kap.).

[6]) Es ist aber in Basel mit dem bisherigen Recht auch gegangen; es bot in der Verschmelzung der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Ansprüche, oder richtiger ausgedrückt, dadurch, dass es infolge genügender Normierung des gütergemeinschaftlichen Teilungsmodus eine besondere erbrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten überflüssig machte, die einfachste, also ideale Lösung, weil nur eine Auseinandersetzung, die güterrechtliche, nötig war. In der Bundesversammlung wurde immer noch mit dem Pflichtteilsrecht operiert (Sten. Bull. a. a. O. S. 1102, 1105).

[7]) Vergl. die Ausführungen von Huber I S. 369 und von Mitteis in Grünhuts Ztschr. 16 S. 545.

[8]) Vergl. die Andeutungen im Memorial des eidg. Justiz- und Polizeidepartements (vom 24. Juli 1908) S. 28 f und besonders die

können mit Fug dem Güterrecht wie dem Erbrecht zugewiesen werden.[9]) Wollen nun die Ehegatten darüber vertragliche Bestimmungen treffen, so fragt es sich, ob das im Ehevertrage geschehen kann oder ob ein besonderer Erbvertrag eingegangen werden muss. Hätte das Gesetz einen freien erb- und güterrechtlichen Vertrag vorgesehen, oder hätte wenigstens der Gesetzgeber für beide Verträge dieselben Formvorschriften aufgestellt, so könnte die Frage offen gelassen werden und wäre praktisch wenig von Bedeutung.

So muss nun aber jeder der beiden Verträge daraufhin untersucht werden, was für Funktionen er hat, und die Abmachungen, die Ehegatten gewöhnlich unter sich bindend treffen wollen, müssen geschieden werden, je nachdem sie das Güterrecht oder das Erbrecht beschlagen.[10]) Der Ehevertrag ist ein viel weiterer Begriff als der Erbvertrag, es gilt daher, diejenigen Vereinbarungen zu untersuchen, die der Gesetzgeber wirklich dem technischen Begriffe des Ehevertrages (im engern Sinne unseres Gesetzbuches) unterstellt wissen wollte, die also des besondern Schutzes der strengern Ehevertragsvorschriften bedürfen. Daneben werden sich Verfügungen ergeben, die die Ehegatten auch neben dem Ehevertrag in gewöhnlicher Vertragsform, resp. in der eventuell für diese Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen besonderen Form (z. B. bei Übergang von Grundeigentum unter Ehegatten)

---

eingehenden Darlegungen im Basler Ratschlag (vom 29. September 1910) S. 29 ff.

[9]) So bezeichnet noch Stobbe, Deutsches Privatr. V³ S. 141 ff. die im Falle der Gütergemeinschaft an den Überlebenden ausgewiesene Quote als portio statutaria im weitern Sinne, also als rein erbrechtlichen Anspruch, während dann allerdings z. B. Peter in dieser Ztschr. 40 S. 1 ff. diesen Anspruch als einen rein güterrechtlichen nachweist.

[10]) Dass unter Umständen die Trennung von Güterrecht und Erbrecht wichtige praktische Folgen haben kann, zeigt gerade das Übergangsrecht. Vergl. Burckhardt-Passavant in dieser Ztschr. 50 S. 337 und das dort zitierte Urteil BGer 31 I S. 287 ff.

eingehen können. Schliesslich werden noch diejenigen Normen untersucht werden müssen, die überhaupt dem Parteiwillen entzogen sind, sich also als absolut zwingendes Recht darstellen.

Der im Gesetz wohl zu weit gefasste Begriff des Erbvertrages bedarf ebenfalls der Abgrenzung. Er ist nicht mehr identisch mit dem Ehevertrag, wie in manchen frühern kantonalen Rechten,[11]) er ist aber auch nicht ein Vertrag über ein Erbrecht schlechthin, als welcher er in der Bundesversammlung gelegentlich bezeichnet wurde.[12]) Weiter aber sind die besondern Verhältnisse zu berücksichtigen, die durch den Abschluss eines Erbvertrages unter Ehegatten entstehen: neben der schon berührten Scheidung zwischen güterrechtlichen und erbrechtlichen Vereinbarungen interessiert besonders die gegenseitige Abhängigkeit zwischen Ehevertrag und Erbvertrag, seien sie nun in einer Urkunde miteinander verbunden oder in zwei getrennten Urkunden aufgenommen. Auf die Bedingtheit der beiden Verträge und auf die Möglichkeit, dass durch Eingehung eines neuen Ehevertrages etwa ein früherer Erbvertrag stillschweigend aufgehoben werden, oder dass ein Erbvertrag unter Umständen mit dem unter den Ehegatten bestehenden Güterstand nicht im Einklange stehen könne, muss besonders eingegangen werden.

Allerdings ist wohl nicht zu erwarten, dass der Ehevertrag in Verbindung mit einem Erbvertrag allzu häufig vorkommen werde. Wie in Frankreich, das nun seit über hundert Jahren einen einheitlich geregelten Ehevertrag mit erbrechtlichem Einschlag kennt, so wird auch bei uns schon der Ehevertrag allein der Kosten wegen[13]) immer auf einen kleinen Kreis beschränkt

---

[11]) besonders im Kanton Aargau, Huber I S. 376 f.

[12]) Hoffmann Sten. Bull. 1906 S. 191.

[13]) Diese Beobachtung macht für die französische Praxis neuestens Bonnecase in Rhein. Ztschr. 4 S. 218 ff., bes. S. 237 f. Berücksichtigt man die hohen Kosten, die ein Ehevertrag verursacht

bleiben. Noch weniger wird sich das Verlangen nach Abschluss eines Erbvertrages geltend machen, einmal wieder der Kosten wegen und dann aber besonders, weil in der Regel gar kein Bedürfnis nach einer vertraglichen Festsetzung des Erbrechtes besteht. Da das Gesetz dem Ehegatten ein ausgedehntes Erbrecht gewährt, so besteht kein Grund, durch Vertrag ein besonderes Erbrecht zu begründen, und wenn trotzdem ein Erbvertrag eingegangen wird, so wird es sich doch wohl meistens nur um Nebenfragen, wie die Zusicherung des Nutzniessungsrechtes oder um Regelung des Erbganges bei allfällig kinderloser Ehe, handeln. Das sind wenigstens die Hauptfälle, die die deutsche Praxis bei Erbverträgen unter Ehegatten kennt, und sie ist noch besser gestellt als wir, weil ohne weiteres im Ehevertrag erbvertragliche Bestimmungen getroffen werden können, was neben anderm durch Vereinfachung der Kosten eine wesentliche Erleichterung des Abschlusses von Erbverträgen unter Ehegatten bedeutet. Interessant und für unser Recht vielleicht auch annehmbar ist das in Baden häufig vereinbarte Recht [14]) des überlebenden Ehegatten „zur Übernahme des gesamten Nachlasses um den amtlichen Anschlag" — eine Reminiszenz an den Code civil.[15])

(vergl. Basler Notariatsgesetz § 22 n. 2 und Verordnung über die Güterrechtsregister Art. 31), so wird sich wohl auch bei uns dieselbe Erscheinung voraussagen lassen. Durch solche Kosten übt der Gesetzgeber eigentlich einen indirekten Zwang zur Unterstellung unter den gesetzlichen Güterstand aus. Von einem andern Gesichtspunkt aus rügt Gierke, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches S. 420 diesen Zwang, der eine Erschwerung und Besteuerung, ja eine Vereitelung des Anschlusses an die ererbte Sitte bedeute. Seinen Vorwurf nimmt gegen das ZGB Cohn, Zürcher Beiträge 12 S. 10, auf.

[14]) Segall im Arch. b. R. 32 S. 435.

[15]) Diese Vereinbarung ist in den ländlichen Bevölkerungskreisen Frankreichs ziemlich häufig, Bonnecase a. a. O. Bei uns liesse sich vielleicht aus den Bauernromanen Gotthelfs auf manche ähnliche Sitte schliessen.

Abgesehen von den rein praktischen Erwägungen, die auch für das moderne Recht eine Gleichbehandlung von Ehevertrag und Erbvertrag wünschenswert machen, lassen sich auch rechts- und entwicklungsgeschichtliche Gründe für eine solche Gleichstellung anführen. Es kann hier leider nicht weiter darauf eingegangen werden,[16]) nur das mag doch bemerkt sein, dass das Mittelalter eigentlich — im Vergleich zu unsern modernen Rechten — eine überraschende Freiheit und Unabhängigkeit der Ehegatten in der Normierung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse aufweist,[17]) die dann auch durchaus keinen Unterschied zwischen Ehegüterrecht und Erbrecht macht. Teils mussten eben die Ehegatten ihr Güterrecht dergestalt überhaupt erst schaffen, weil es an einem subsidiären gesetzlichen gebrach, teils waren der tatsächlich bestehenden Schranken (z. B. der Einfluss der Geburt von Kindern auf das Güterrecht) so wenig, dass der Abmachung im Einzelfall noch der weiteste Spielraum gelassen war.

Es mag manchem untunlich scheinen, sich auf Rechte des Mittelalters zu berufen; man darf aber nicht vergessen, dass die Wurzeln gerade unseres schweizerischen Rechtes auf solche Rechte vor der Receptionszeit zurückgehen,

---

[16]) Ich behalte mir die rechtsgeschichtliche Begründung dieser Materie für eine spätere Abhandlung vor.

Überraschend und für einen Germanisten wohl verwunderlich ist die Tatsache, dass in ganz andern Rechtskreisen sich ganz analoge Verhältnisse nachweisen lassen: so im gortynischen, dem griechischen und den verschiedenen Perioden des ägyptischen Rechts. Die Übereinstimmung geht manchmal so weit, dass man sich versucht fühlt, eigentlich von einem Naturrecht zu sprechen, Naturrecht eben in dem Sinn, dass möglicherweise in den verschiedensten Rechtskreisen und Zeitaltern, aber unter ähnlichen Kulturverhältnissen auch ähnliche Rechtsbildungen entstehen.

Vgl. die programmatischen Ausführungen von Rabel in der Basler Festschrift für Leipzig 1909.

[17]) Vgl. neuestens das hübsche Beispiel einer Eheberedung bei Stutz, Höngger Meiergerichtsurteile Nr. 6.

und zudem hat seither, wie Schröder[18]) bemerkt, in materieller Beziehung eine Entwicklung des ehelichen Güterrechtes nicht mehr stattgefunden; abgesehen von unbedeutenden Modifikationen sind die heutigen Rechtsnormen dieselben wie vor fünfhundert Jahren. Die dogmengeschichtliche Behandlung des ehelichen Güterrechts hat mit dem Schlusse des Mittelalters ihr Ziel erreicht.

Eine besonders eingehende Entwicklung fand unser spezielles Thema im österreichischen Recht und im Code civil,[19]) aber auch unsere einheimischen Rechte zeigen in der Verbindung von Ehevertrag mit Erbvertrag interessante Erscheinungen, die auch noch für das ZGB nutzbar gemacht werden können. Ein solches Zurückgreifen auf die frühere kantonale Praxis, wenn das ZGB gar zu lückenhaft erscheinen sollte, wird, wie Wieland neulich sagte,[20]) „vor manchen Irrwegen bewahren und bessere Dienste leisten, als die vielen, meist unzulänglichen Versuche einer erschöpfenden theoretischen Formulierung."

Wenig in Betracht fallen diejenigen Kantone, die einen Ehevertrag überhaupt nicht[21]) oder bloss als rein güterrechtlichen Vertrag zulassen.[22]) Besonders wichtig sind aber diejenigen kantonalen Rechte, die den Ehe-

---

[18]) Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland IV S. X f.

[19]) Vergl. unten im dritten Kapitel.

[20]) Über die historische und kritische Methode in der Rechtswissenschaft (1910) S. 19.

[21]) Bemerkenswert ist die Entwicklung in den Tessiner Statutarrechten. Sie verboten im Gegensatz zum recipierten römischen Schenkungsrecht jede gegenseitige Erbeinsetzung und Einsetzung der Witwe. Vgl. His, diese Ztschr. 50 S. 133.

[22]) Huber I S. 370 ff, es sind hauptsächlich die Rechte der Zürcher Gruppe und des C. C. In diesen letztern Rechten kann sich die Frage aufwerfen lassen, ob in den donations faites par contrat de mariage nicht ein Erbvertrag zu Gunsten der Ehegatten liege. Sie wird unten bei der Betrachtung des französischen Rechts behandelt werden.

vertrag im wesentlichen nur für erbrechtliche Zuwendungen zulassen, immerhin mit einer Einschränkung: es liegt auf der Hand, dass gerade in den neuern Rechten, die das eheliche Güterrecht ausführlich normiert haben und wo das Erbrecht der Ehegatten durchaus vom Güterrecht bedingt ist,[23]) sich tiefgreifende vertragliche Normierungen da nicht notwendig erweisen, wo über die Auflösung des ehelichen Vermögens, über seine Auseinandersetzung und das Erbrecht der Ehegatten schon gesetzliche Bestimmungen vorhanden sind.

Die rein güterrechtlichen Abmachungen in solchen Eheverkommnissen über Sondergut, Nadelgeld und dergleichen, über Schenkungen seitens Dritter, oder über die Vertretungs- und Verfügungsbefugnisse der Ehegatten interessieren hier nicht. Wichtiger sind vertragliche Änderungen des gesetzlichen Erbrechts, wie sie z. B. das Berner Recht zugesteht, sowie wechselseitige Zusicherung von Geschenken auf den Todesfall und das Ausbedingen von Nutzungen. Solche Vereinbarungen sind auch nach ZGB möglich, sie bedürfen aber, wie zu zeigen sein wird, der Form des Erbvertrages.

Durchgängig ist hier die (selbstverständliche) Schranke gesetzt, dass auch bei vertraglicher Abänderung des Ehegattenerbrechtes das Pflichtteilsrecht der Kinder nicht verletzt werden darf, während es umgekehrt einem Ehegatten freisteht, auf sein eventuelles gesetzliches Erbrecht zu Gunsten der Kinder zu verzichten.

Eine Sonderstellung[24]) nimmt das Baslerische, speziell das Stadtbaslerische Recht[25]) darum ein, weil es die Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand kennt, deren Teilungsmodus aber durch Vertrag innerhalb gewisser Grenzen veränderlich ist: Den Nachkommen soll entweder ein Drittel des Gesamtvermögens oder das

---

[23]) Sodass oft Änderungen des Güterrechts durch Ehevertrag nicht zulässig sind, wie in Luzern, Huber I S. 248.

[24]) Huber I S. 391.

[25]) Gesetz vom 10. März 1884, bes. § 14.

vom vorverstorbenen Ehegatten in die Ehe gebrachte und während derselben ererbte Vermögen nebst einem Drittel der Errungenschaft zufallen.[26]) Einen solchen Vertrag, der nur vor der Ehe eingegangen werden kann, behandelt das Gesetz durchaus als Ehevertrag, und er ist auch nichts anderes, trotzdem er indirekt auch das Erbrecht der Ehegatten berührt. Es wird sich später ergeben, dass selbst bei Gütergemeinschaft ein Vertrag über den Teilungsmodus stets ein Ehevertrag, kein Erbvertrag ist, weil die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft eine Sache des Güterrechts, also des Familienrechts, und nicht des Erbrechts, ist.[27]) Einen Unterschied zwischen beerbter und unbeerbter Ehe machte der leider nie zum Gesetze gewordene „Entwurf eines Zivilgesetzes für den Kanton Basel-Stadt" von 1865. Die Erwägungen, die zu dieser Trennung führten, sind auch für das heutige Recht durchaus beachtenswert.[28]) Bei unbeerbter Ehe wird tunlichst auf Wiederherstellung des ursprünglichen Standes der beiderseitigen Vermögensverhältnisse abgestellt werden und darum ist bei kinderloser Ehe Rückbezug des Eingebrachten möglich. Bei beerbter Ehe dagegen ist die Quotenteilung festzuhalten, der Frau wird die Hälfte zugewiesen, denn „es kann meist den Kindern eher als der Witwe zugemutet werden, dass sie sich auf eigene Füsse stellen, und die Frau steht dem zu Beerbenden so nahe als die Kinder."

Im Gesetz von 1884 ist dann, wie bereits gesagt, der Charakter eines rein güterrechtlichen Vertrages durchaus gewahrt, und es ist deshalb irreführend, wenn der Ehevertrag nach bisherigem Basler Recht als Vertrag

---

[26]) Vgl. schon Heusler, Motive zum Entwurf eines Zivilgesetzes für den Kanton Basel-Stadt (1865) S. 37.

[27]) Vgl. die Ausführungen von Planta zu § 47 des Bündner ZGB und Peter, diese Ztschr. 40 S. 1 ff.

[28]) Heusler, Motive S. 54 und 57.

mit güterrechtlichem und erbrechtlichem Inhalt bezeichnet wird.[29])

Eine ausführliche Regelung des Erbvertrages findet sich im früheren Zürcher Recht;[30]) hier interessiert nur der Erbvertrag unter Ehegatten. Der Unterschied zu den gemeinschaftlichen Testamenten ist scharf hervorgehoben.[31]) Der Inhalt ist weniger eine Änderung des gesetzlichen Erbrechts als meist nur vertragliche Zusicherung der Nutzniessung am Nachlass.[32]) Selbstverständlich verliert ein Erbvertrag unter Ehegatten durch später eintretende Scheidung seine Gültigkeit. (2136).

Oft wird auch der Ehevertrag mit einem Erbverzichtsvertrag des einen Ehegatten verbunden, der aber unter bestimmten Voraussetzungen dahinfällt.[33])

Im allgemeinen kann man sagen, dass diejenigen Rechte, die den Ehevertrag als erbrechtlichen Vertrag auffassen, ihm durchweg die Schranke setzen, kein Ehegatte könne dem andern im Ehevertrag bindend mehr

---

[29]) Wie das von Huber I S. 39 und II S. 318 a. 3 geschieht. Unter Ehegatten kennt aber Basel keinen Erbvertrag, sondern nur einen Ehevertrag mit Festsetzung des Teilungsmodus für die Gütergemeinschaft.

Zugegeben sei, dass sich im frühern Basler Recht Eheverträge mit wirklich erbrechtlichem Inhalte vorfinden. Vgl. Basler Rechtsquellen I Nr. 48, 264, 398, 459; II Nr. 638, 727 u. a.; auch gemeinsame Testamente waren zugelassen, vgl. Stadtgerichtsordnung von 1719 Dritter Teil Titel VI. Interessant ist dabei die Wechselbeziehung zwischen Ehevertrag und gemeinsamem Testament; in seiner ehegüterrechtlichen Funktion ist der Ehevertrag unabänderlich, in seiner erbrechtlichen hingegen kann er durch gemeinsames Testament aufgehoben werden. Näheres gehört nicht hierher.

[30]) Eine schöne Entwicklung hat der Erbvertrag auch in Basel durchgemacht, leider kann hier nicht darauf eingegangen werden. Vgl. Huber IV S. 664 mit Quellenstellen.

[31]) Bluntschli Erläuterungen IV zu 2115, 2.

[32]) Bluntschli zu 2116 und 2126. Bei dieser Darstellung wird ausnahmslos die ursprüngliche Bluntschlische Kodifikation berücksichtigt und nicht die spätere Verwässerung von Schneider.

[33]) Berner Zivilgesetzbuch Satz. 516 und Huber II S. 331.

zusichern, als er ihm durch letztwillige Verfügung zuwenden könnte. Verallgemeinernd auf das ZGB übertragen heisst das: die Ehegatten sind bei Erbverträgen durch das Pflichtteilsrecht in der Verfügungsfreiheit beschränkt, mag es nun zu Gunsten der Kinder gegenüber dem andern Gatten oder zu seinen Gunsten gegenüber den Kindern einwirken. Einzelheiten ergeben sich bei der näheren Darstellung.

Eine von manchen kantonalen Rechten vorgesehene Massregel hat das ZGB in seiner endgültigen Redaktion nicht aufgenommen: die eventuelle Mitwirkung der Kinder aus frühern Ehen bei solchen Verträgen.[34])

Weiter auf die kantonalen Rechte einzugehen, verbietet sich hier. Halten wir zusammenfassend fest, dass — abgesehen von den Kantonen, die den Ehevertrag überhaupt nicht kennen — manche einen Ehevertrag mit rein erbrechtlichem, manche einen Vertrag mit rein güterrechtlichem Inhalt normieren.[35]) In der Gruppe der Rechte mit Güterverbindung gelten Eheverträge mit erbrechtlichem Inhalt als zulässig, wenn sie, was regelmässig geschieht,[36]) mit Beibehaltung der Grundzüge des gesetzlichen Erbrechts sich nur auf einzelne Punkte, wie Umfang des Heiratsgutes, Morgengabe, „Eherecht" nach Auflösung der Ehe beziehen. Im Gebiete der Gütergemeinschaft [37]) dagegen können unter beiderseitiger Einwilligung die Successionsrechte der Gatten oder der Kinder anders bestimmt werden; meistens beschränkt sich diese Änderung auf die Festsetzung eines andern Teilungsmodus als den gesetzlichen.

Bei der rechtsgeschichtlichen Entwicklung, die Ehevertrag und Erbvertrag teils jeder für sich, teils kom-

[34]) E1 Art. 215 II und E2 Art. 203 sahen eine solche Zustimmung vor (vgl. Erl. S. 169); dieses Erfordernis ist aber in den Beratungen der Bundesversammlung spurlos untergegangen.

[35]) Vgl. noch Schreiber, Die ehel. Güterrechte der Schweiz II S. 5 und die Erläuterungen zum 1. Teilentwurf S. 61.

[36]) v. Wyss, Die ehelichen Güterrechte S. 118 und 211—220.

[37]) v. Wyss S. 225 ff.

biniert genommen haben, wäre es wohl angezeigt gewesen, beide in einem freien erb- und güterrechtlichen Vertrag zu vereinigen.[38]) Heute, wo den Ehegatten eine Reihe von Güterständen zur Auswahl überlassen wird, geht es zwar nicht mehr an, für jeden Güterstand ein gesondertes Erbrecht aufzustellen,[39]) es muss aber den Ehegatten überlassen sein, bis zu gewissen gesetzlichen Schranken das Erbrecht ihren individuellen Bedürfnissen anzupassen, denn die Regelung der erbrechtlichen Ansprüche steht mit den güterrechtlichen Verhältnissen in unverkennbarem, engem Zusammenhang und ist im Stande, die güterrechtlichen Wirkungen in bedeutendem Grade zu beeinflussen und zu korrigieren. Dass die Ehegatten das am liebsten schon im Ehevertrag tun, zeigt die Beobachtung der Praxis, zeigt aber auch die Entwicklung in einzelnen Kantonalrechten, die ja, wie Huber gelegentlich hervorgehoben hat, nur ein Niederschlag der Praxis sind.

Für die Ausgestaltung des Ehevertrags im angedeuteten Sinne hätte man gern auf den Erbvertrag als besonderes Institut verzichtet, wie man schliesslich auch auf die gemeinsamen Testamente verzichtet hat, denn er ist heute, wie noch weiter unten auszuführen sein wird, ausser unter Eheleuten durchaus entbehrlich.

ERSTES KAPITEL.

Der Ehevertrag.

I. Der Ehevertrag im allgemeinen.

Nach den neuern Kodifikationen hat der Ehevertrag nicht mehr die Aufgabe, das unter den Ehegatten bestehende Güterrechtsverhältnis überhaupt erst zu be-

[38]) Vgl. Schnell in „Basel im vierzehnten Jahrhundert" (1856) S. 331 „alle Erbfolge aber steht in engster Verbindung mit dem Güterverhältnis der Ehegatten".

[39]) Derartiges erwog noch Huber a. a. O. S. 67, ist aber aus praktischen Gründen davon abgekommen.

stimmen und zu schaffen, sondern seine Funktion ist durch die vom Gesetze dargebotene „Musterkarte“ [40]) wesentlich erleichtert: er hat aus den ihm dargebotenen Güterständen einen auszuwählen und zu adoptieren; mit einem Wort ist das getan, ohne weitläufige Umschreibung.[41]) Weiter: da die Gesetze durchweg einen subsidiären Güterstand aufstellen, ist ein Ehevertrag überhaupt nicht mehr notwendig, da bei Nichtabschluss eines güterrechtlichen Vertrages automatisch das gesetzliche Güterrechtsverhältnis eintritt. Dass das in den meisten Ehen der Fall sein wird, zeigt die letzthin in Frankreich aufgenommene Statistik,[42]) und zeigen auch die Beobachtungen nach Einführung des BGB [43]); inwieweit hier äussere Umstände (Kosten des Ehevertrages usw.) oder wirkliche Vorliebe für den gesetzlichen Güterstand mitspielen, ist hier nicht weiter zu untersuchen; auch die interessante Frage, die schon bei den Vorarbeiten zum BGB und ZGB aufgeworfen und neuerdings wieder durch Enqueten in Fluss gebracht wurde, ob vielleicht sich doch eine starke Strömung zu Gunsten der Gütertrennung mit Errungenschaftsgemeinschaft feststellen lasse, kann hier nicht näher verfolgt werden.[44])

---

[40]) Tietze, Recht des bürgerlichen Gesetzbuches IV (Familienrecht) S. 59.

[41]) Gierke bei Holtzendorff I S. 536 und Crome im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 3 S. 585.

[42]) Verarbeitet bei Bonnecase, Rhein. Ztschr. 4 S. 217 ff.

[43]) Segall, Arch. b. R. 32 S. 447 ff. und Lyon-Caen, La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires S. 53 f. und 63 a. 1. Vergl. auch die Ausführungen Hubers in dieser Ztschr. 35 S. 498; die Eheleute setzen in guten Treuen voraus, was rechtens sei, solle an Gemeinschaft und gegenseitiger vermögensrechtlicher Bindung von selbst eintreten.

[44]) Die Entwicklung des Güterrechts unter der Herrschaft des ZGB wird zeigen, ob später einmal der gesetzlichen Umwandlung des ehelichen Güterrechts eine allgemeine Umwandlung durch Ehevertrag vorangehen wird — eine Erscheinung, die schon in den Güterrechten des Mittelalters beobachtet wird, vergl. Gierke in Schmollers Jahrb. 12 S. 1208 und Rabel, Rhein. Ztschr. 4 S. 217 f.

Sicher wird auch für das ZGB Mitteis recht behalten, wenn er sagt,[45]) die Auswahl verschiedener Güterstände und die Aufstellung eines subsidiären „ist ein Ventil für den Druck bestehender Gewohnheiten, sichert die notwendige Rechtseinheit, ohne die Rechtsbesonderheiten zu vernichten."

Nach ZGB ist also der Ehevertrag eine durch Ehegatten oder Verlobte[46]) vorgenommene vertragsmässige Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse.[47])

Die Rechte, die sich in Bezug auf ihr gegenseitiges Vermögen aus ihrem Familienstande ergeben, werden in diesem Vertrage anerkannt, abgeändert oder ausgeschlossen;[48]) sie sind das Entscheidende; sie werden

---

[45]) In Grünhuts Ztschr. 16 S. 564; vergl. Schröder, Beiträge 15 S. 32; Planck, die rechtliche Stellung der Frau nach dem BGB S. 26 und dazu Oertmann, Arch. b. R. 17 S. 344; schliesslich Mommsen, A. z. Pr. 76 S. 188 f.

[46]) Das übersieht Egger in Anm. 1 zu Art. 179, während doch gerade die Möglichkeit des Abschlusses unter Verlobten von den deutschen Kommentaren im Hinblick auf die ungenaue Fassung des § 1432 ganz besonders betont wird. Schmidt-Habicht Anm. 1 zu 1432; Staudinger und Planck ebenda und Opet Anm. 2 zu § 1432.

[47]) Demgegenüber erscheint es unverständlich, wenn die deutsche Theorie, z. B. Staudinger a. a. O., einen Vertrag, der den ordentlichen Güterstand annimmt, nicht als Ehevertrag im technischen Sinn ansieht. Es bleibt sich doch durchaus gleich, welchen Güterstand die Ehegatten annehmen, und dass in Eheverträgen gerade besonders häufig der gesetzliche Güterstand angenommen wird, zeigt z. B. die französische Praxis.

Die deutsche Theorie zieht weiter aus ihrer Konstruktion die unsinnige Konsequenz (z. B. Opet Anm. 2 zu 1432), dass ein Erbvertrag, der mit einem bloss den gesetzlichen Güterstand annehmenden Ehevertrag nach 2276 II verbunden ist, nichtig sei, weil kein eigentlicher Ehevertrag vorliege, der also auch nicht mit einem Erbvertrag verbunden sein könne.

[48]) Vergl. Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerl. Gesetzbuch S. 192; Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, 2[8.9.] S. 396 und besonders Gierke, Privatrecht I S. 201.

darum nicht berührt und es liegt dann kein Ehevertrag im technischen Sinne vor, wenn der Vertrag von den Ehegatten hätte getroffen werden können, auch wenn ein güterrechtliches Verhältnis unter ihnen nicht bestände [49]) oder der Vertrag ebensowohl zwischen andern Personen als den Ehegatten hätte abgeschlossen werden können.[50])

Der Ehevertrag, im spezifisch technischen Sinne des BGB und des ZGB genommen, berührt [51]) somit nur die vermögensrechtlichen, nicht auch die rein personenrechtlichen Beziehungen, nur die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten untereinander, nicht auch die Gestaltung ihrer Rechte gegenüber Dritten.[52]) Er setzt das Bestehen oder Entstehen einer Ehe voraus und gilt nicht nur für den Güterstand der Ehegatten während ihrer Ehe, sondern auch für die Auseinandersetzung ihres Gesamtgutes nach Auflösung der Ehe (das zeigt sich besonders bei der Gütergemeinschaft, worüber unten besonders gehandelt werden soll), resp. für die Auseinandersetzung der güterrechtlichen Verhältnisse überhaupt.

Welche Vereinbarungen nun aber unter das eheliche Güterrecht fallen, hat das Gesetz nicht umschrieben und ebensowenig bietet die Güterrechtsregisterverordnung ein Criterium; sie spricht wohl in Art. 12 II von „sämtlichen güterrechtlichen Vereinbarungen des Ehevertrages", aber ohne zu sagen, was darunter verstanden werden solle. Weiter ist in Art. 15 von „Rechtsgeschäften unter

---

[49]) Planck a. a. O.

[50]) Staudinger Anm. 6 zu 1432. Gegen Planck und Staudinger wendet sich Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht des BGB (1903) S. 280; ebenfalls dagegen Dessauer, Der Begriff des Ehevertrages (Diss. Würzburg 1906) S. 107 im Anschluss an die Entstehungsgeschichte der §§ 1432 und 1434.

[51]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, 2 S. 405.

[52]) Wenn auch indirekt durch die Wahl des Güterstandes meistens auch eine Wirkung gegenüber Dritten hervorgerufen wird. Crome im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 3 S. 584.

Ehegatten" die Rede, die nicht unter den Begriff des Ehevertrages fallen, aber trotzdem eintragungspflichtig sind. Es hätte sich wohl gelohnt, hier eine nähere Umschreibung zu geben, denn man wird nicht verlangen wollen, dass alle Rechtsgeschäfte nach Art. 248 eintragungspflichtig seien.[53]) Wenn für alle diese Geschäfte neben dem Eintrag ins Güterrechtsregister auch noch die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde (nach Art. 177 II und 248) eingeholt werden müsste, so wäre diese viel zu sehr mit Bagatellsachen überlastet.

Die Eintragungsfähigkeit im Güterrechtsregister bietet also keine Entscheidung, ob ein Rechtsgeschäft güterrechtlicher Art und deshalb der Form des Ehevertrages bedürftig sei. Man wird daher auf den Einzelfall [54]) abstellen müssen und höchstens sagen können, wo noch eine besondere Übertragung der Rechte durch dinglichen Vertrag nebst Besitzübertragung oder ev. Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, da handle es sich um einen gewöhnlichen, der Form des Ehevertrages nicht bedürftigen Vertrag; der Ehevertrag hingegen setzt alle in ihm vereinbarten Rechtsfolgen hinsichtlich der ehegüterrechtlichen Verhältnisse von sich aus in Wirkung.

II. Die Parteien beim Ehevertrag.

Da der Abschluss eines Ehevertrages vor oder nach der Eingehung der Ehe möglich ist, so ist der Kreis derer, die überhaupt einen Ehevertrag vereinbaren können, grösser als z. B. nach manchem bisherigem kantonalen

---

[53]) So werden z. B. Mietverträge, die bei bestehender Gütertrennung ein Ehegatte mit dem andern abschliesst, schon aus reinen Utilitätsgründen nicht eintragungs-, aber auch nicht zustimmungspflichtig (nach 177 II) sein. Ebensowenig gehören hierher Erbverträge unter Ehegatten, weil sie nicht Rechtsgeschäfte unter Lebenden sind.

[54]) Hierher gehören Vereinbarungen über die Einschränkung der ehemännlichen Nutzniessungsrechte, Einräumung des freien Verwendungsrechtes des von der Frau bei bestehender Gütertrennung freiwillig überlassenen Frauengutes, Verzicht der Frau auf Rück-

Recht. Es steht nichts im Wege, dass zwei unmündige Brautleute einen Ehevertrag abschliessen, sobald die Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter nach Art. 180 II erfolgt ist.[55]) Allerdings ist in einem solchen Falle die Wirksamkeit des Vertrages durch die Eingehung der Ehe bedingt, die ihrerseits wieder vor allem von der Erreichung des Ehefähigkeitsalters [56]) abhängt. Auch wird ein solcher Vertrag unter Minderjährigen selten praktisch werden, da er in den meisten Fällen wohl dann erst eingetragen wird, wenn die Ehe wirklich zu Stande gekommen ist.[57])

1. Das Gesetz verlangt von den Parteien Urteilsfähigkeit (180 I); damit ist der Abschluss eines Ehevertrages durch Vertreter ausgeschlossen, denn es „vermag die Beistimmung eines Vertreters den Mangel der natürlichen Handlungsfähigkeit nicht zu ersetzen",[58]) oder, wie Egger es ausdrückt, Absatz II sieht ein Tätigwerden des gesetzlichen Vertreters nur in der Form der Zustimmung vor und nicht als eigene Abschlusstätigkeit. Damit erledigt sich die Frage nach der Vertretungsmöglichkeit beim Ehevertrag überhaupt im Gegensatz zur deutschen Theorie;[59]) es ist auch schlechterdings

gewähr des Ertragsüberschusses (wofern eine solche überhaupt nicht schon durch Gesetz ausgeschlossen ist, vergl. z. B. Art. 246 III). Weiter gehören hierher Abänderungen der durch den Ehevertrag geordneten rechtlichen Zugehörigkeit oder Sonderung der Güter und der Übergang eines Gutes vom Gesamtgut ins Sondergut etc. Über einen ganz interessanten Vorbehalt berichtet Bonnecase a. a. O. S. 248: die Frau behält sich vor, jährlich von den Erträgnissen des Gesamtgutes eine bestimmte Summe ohne weiteres gegen Quittung beziehen zu dürfen. Ein ähnliches Prinzip kannte auch das Solothurner (Huber I S. 375) und das Walliser Recht (v. Wyß, Die ehelichen Güterrechte der Schweiz (1896) S. 254).

[55]) Näheres bei Egger Anm. 2 zu 180.

[56]) Nach Art. 96 I, in Ausnahmefällen nach Art. 96 II.

[57]) Die Verordnung spricht auch durchweg von den „Ehegatten".

[58]) Erl. S. 169.

[59]) Planck Anm. 2 zu 1434; Staudinger ebenda Anm. 2b, Schmidt-Habicht Anm. 3 b zu 1434 und Opet Anm. 1 c zu 1432. Sogar Schröder, Das eheliche Güterrecht nach dem bürgerl.

nicht einzusehen, warum die Parteien zum Abschluss des Ehevertrages vor dem Notar, abgesehen von dem laut Gesetz (180 II) ev. erforderlichen gesetzlichen Vertreter noch gewillkürte Vertreter sollten schicken können.

2. In der Regel wird bei Abschluss des Ehevertrages vor der Ehe nur die Braut die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters einholen müssen, wenn nicht der Ausnahmefall des Art. 96 II vorliegt. Der Ehevertrag ist dann vom Bräutigam, von der Braut und von ihrem gesetzlichen Vertreter zu unterzeichnen.

Gesetzliche Vertreter sind in erster Linie Vater und Mutter; bei Differenzen unterscheidet nach Art. 274 II der Vater allein; weiter ist Vertreter der Vormund, der aber vor Erteilung der Zustimmung seinerseits die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nachzusuchen hat (Art. 421, 9). Eine Mitwirkung der Kinder aus früherer Ehe, wie sie E_1 in Art. 216 vorsah (vgl. Erl. S. 169), hätte vielleicht hie und da die Anfechtung eines bei Eingehung einer zweiten Ehe abgeschlossenen Ehevertrages durch die Kinder erster Ehe verhütet. Es steht nichts im Wege, auch heute den Kindern diese Mitwirkung zu gestatten (und darin läge ihrerseits die Anerkennung der durch die zweite Ehe geschaffenen güterrechtlichen Situation), aber ein Recht auf Mitwirkung beim Ehevertrag haben diese Kinder nicht.

Gesetzbuch für das deutsche Reich, der in der ersten Auflage den Abschluss durch Vertreter nicht zuliess, hat sich nun in der dritten der allgemeinen Lehre zugewendet (S. 48 Anm. 2), obwohl seine Begründung der Nichtzulassung sehr einleuchtend erscheint (1. Aufl. S. 22).

Für das schweizerische Recht wollen Rossel-Mentha, Manuel du droit civil suisse I S. 261 einen mandataire conventionnel zulassen, ohne eine nähere Begründung zu geben. Glücklicherweise hat sich das ZGB gehütet, das BGB nachzuahmen, das nur in gewissen Fällen den Abschluss durch Vertreter zulässt, in andern dagegen nicht. Endemann II, 2 S. 411 und Protokolle der 2. Kommission zum 1. Entw. des BGB IV S. 221.

Wird der Vertrag nach Eingehung der Ehe abgeschlossen, so entfällt zwar auch bei der noch nicht 20jährigen Ehefrau die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (Art. 14 II); allein die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde ist immerhin nachzusuchen; sie ist ein absolutes Formerfordernis, ohne das der Güterrechtsregisterführer den Ehevertrag nicht entgegen nehmen darf.[60]) Dadurch sollen die Ehegatten vor gegenseitiger Übervorteilung bei der Regelung ihrer Güterrechtsverhältnisse geschützt werden (vgl. Art. 177 II und 421, 9).[61])

Derselben Erfordernisse wie die Eingehung eines Ehevertrages bedürfen auch die Abänderung und die Aufhebung eines solchen (Art. 180 I und 181 I).

III. Umfang der Ehevertragsfreiheit.

1. Güterrechtliche Vereinbarungen im allgemeinen.

Eine Hauptschranke des Ehevertrages wird unten eine ausführlichere Behandlung erfordern: nur im Gesetz normierte Güterstände dürfen von den Ehegatten im Ehevertrag angenommen werden.[62]) Anderseits ist aber — im Gegensatz zur deutschen Theorie [63]) — nicht einzusehen, warum sie nicht auch den gesetzlichen Güterstand vertraglich vereinbaren könnten;[64]) schliessen sie aber im Gegenteil den ordentlichen Güterstand durch Vertrag aus, ohne sich ausdrücklich für einen andern zu

---

[60]) Verordnung Art. 15 I. — Aus dem Wortlaut des Basler Notariatsgesetzes scheint sich zu ergeben (vergl. § 4 II), dass die Anmeldung bei der Vormundschaftsbehörde auch erst nach der öffentlichen Beurkundung erfolgen kann; vergl. dazu die Fragen Eggers in Anm. 3 c zu Art. 181.

[61]) Vergl. das Referat Hubers im Sten. Bull. 15 S. 692. Gegen die „nicht mehr zeitgemässe" Bevormundungstendenz wendet sich schon Rümelin S. 33 f.; vergl. auch Egger Anm. 2 zu 181.

[62]) Vergl. unten unter 4 und Rümelin S. 34.

[63]) Oben S. 14 und Anm. 47.

[64]) Das scheint Egger Anm. 6 b zu 179 zu verneinen.

erklären, dann tritt Gütertrennung ein. Innerhalb dieses Rahmens können die Ehegatten frei schalten, sie können mehrere Güterstände miteinander kombinieren (meistens wird hier eine erweiterte Umschreibung des Sondergutes nach Art. 190 f. ausreichen), also festsetzen, dass für bestimmte Güterkomplexe ein anderer Güterstand als für die übrigen gelten solle usw.[65])

Für die Frage, was nun unter güterrechtlichen Vereinbarungen zu verstehen sei, gilt ohne Zweifel auch für das ZGB die Formulierung von Gierke[66]), wonach das eheliche Güterrecht die vermögensrechtliche Wirkung des personenrechtlichen Ehebandes ist. Alle Abmachungen, die solche vermögensrechtlichen Wirkungen betreffen, fallen unter den Begriff des Güterrechts und müssen deshalb in der Form des Ehevertrages erfolgen.

Dahin gehört vor allem die Wahl des Güterstandes, mag er nun mit dem terminus technicus des Gesetzes genannt oder bloss umschrieben oder mag schliesslich nur ein Verweis auf den betreffenden Artikel erfolgt sein. Dasselbe gilt aber auch, wenn nicht das gesamte Güterrechtsverhältnis eine Regelung erfahren soll, sondern wenn bloss ein dem gewählten Güterstand angehörendes rechtliches Einzelverhältnis oder eine ihm angehörende Einzelvorschrift geändert wird.[67]) Für das ZGB wird es allerdings vom Einzelfall abhängen, inwieweit solche Modifikationen überhaupt zulässig sind, die deutsche Judikatur kennt zahlreiche Fälle dieser Art;[68]) unser Recht hat jedenfalls ein grösseres Fundament unabänderlichen, zwingenden Eherechts als das BGB.[69]) Eine Regelung

---

[65]) Über Détails vergl. Egger Anm. 6 c zu 179.

[66]) Gierke, Privatrecht I S. 201 und Anm. 26, mit besonderem Hinweis auf das frühere Basler Recht.

[67]) Schmidt-Habicht Anm. 5 a zu 1432. Dernburg, Bürgerl. Recht IV S. 174.

[68]) Angeführt bei Staudinger Anm. 1 c, d. zu 1432.

[69]) Vergl. unten unter 5.

der güterrechtlichen Verhältnisse enthalten sicher die Verträge, die den Umfang des entweder der Verfügung des Mannes unterworfenen oder des zum Gemeingut gehörenden Vermögens festsetzen, also die Verträge, die das Sondergut oder das eingebrachte Gut eines Ehegatten begrenzen oder die die Verfügungsmacht eines Ehegatten überhaupt oder bloss unter gewissen Voraussetzungen umschreiben.[70])

Unnötig ist die Form des Ehevertrages bei Kauf-, Schenkungs-, Niessbrauchs- oder Darlehensverträgen unter Ehegatten, selbst wenn z. B. das Darlehen dem eingebrachten Gut entnommen wird; sie sind nach Art. 177 I gültig und bedürfen (neben der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nach Art. 177 II[71]) lediglich der für das betreffende Rechtsgeschäft aufgestellten Form.[72])

Solche Verträge regeln in einem ganz bestimmten Einzelfall ein vermögensrechtliches Verhältnis der Ehegatten, aber nicht ihre güterrechtlichen Verhältnisse ganz allgemein; darum stehen sie unter allgemeinem Vertragsrecht. Juristisch genommen, sind Vereinbarungen der eben angedeuteten Art rein obligatorische Rechtsgeschäfte; ihr Zusammenhang mit dem Familienrecht ist rein zufällig; er beruht ausschliesslich darauf[73]), dass die Pflicht zu Leistungen oder Unterlassungen zwischen Personen begründet wird, die mit einander in Familienbeziehungen stehen, oder dass durch diese Beziehungen begründete obligatorische Verpflichtungen durch Rechtsgeschäfte anerkannt, abgeändert oder aufgehoben werden. Daher stehen diese Geschäfte als nicht „güterrechtlich" im technischen Sinn durchaus unter der Herrschaft der Grundsätze, die für obligatorische Geschäfte gelten: die Voraussetzungen der Verbindlichkeit, ihr Inhalt, die Art der Ausübung und der Geltendmachung sind bei beiden dieselben.

---

[70]) Planck Anm. 1 zu 1432.

[71]) Soweit diese überhaupt nachgesucht werden muss. Vergl. S. 16 Anm. 53 f.

[72]) Egger Anm. 2 b zu 177.

[73]) Ehrlich a. a. O. S. 184.

Immerhin wird man bei solchen Rechtsgeschäften, die unter Ehegatten abgeschlossen werden, diese bloss lockere Beziehung zum Familienrecht nicht als bloss zufälligen Umstand ansprechen dürfen. Meistens (wann, ist Frage des Einzelfalls) werden diese Geschäfte, trotzdem sie nicht spezifisch „güterrechtlich" sind und trotzdem sie auch von nicht durch das Eheband verknüpften Personen hätten abgeschlossen werden können, das Bestehen der Ehe zur Voraussetzung haben. Ist die Ehe auch keine unerlässliche Bedingung für die Vereinbarung solcher Geschäfte, so ist sie doch meistens das ausschliessliche Motiv zum Abschluss.

Das von der deutschen Praxis immer wieder angeführte Criterium, ein Rechtsgeschäft bedürfe dann nicht der Ehevertragsform, wenn es auch unter Nichtehegatten hätte abgeschlossen werden können, entscheidet daher nur die Frage, ob eine Vereinbarung, weil wirklich güterrechtlicher Art, der Form des Ehevertrages im technischen Sinne bedürfe; für die Frage aber, ob ein Rechtsgeschäft irgendwelcher Art überhaupt nur unter der Voraussetzung der Ehe erfolgt sei, bietet es keine allgemein durchgreifende Antwort.

Auch dann ist die Form des Ehevertrages unnötig, wenn sich die Vereinbarung zunächst nur auf das persönliche Verhalten eines Ehegatten bezieht, nicht aber unmittelbar auf die güterrechtlichen Verhältnisse einwirken soll.[74]) Das von der deutschen Literatur hiefür herangezogene Beispiel, dass der Mann sich zu regelmässiger Auskunfterteilung über den Stand des Vermögens verpflichte, ist für uns wegen der schon von Gesetzes wegen bestehenden Auskunftspflicht (nach Art. 205 I) weniger praktisch; hierher gehört aber auch eine Abmachung, wonach der Mann der Frau die Ausübung eines Gewerbes gestattet (Art. 167 I) oder ihre Vertretungsbefugnis erweitert (Art. 166 und 163 II).

---

[74]) Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches IV S. 174.

Solche Vereinbarungen können natürlich im Ehevertrag getroffen, sie können aber auch in einem besonderen Vertrag aufgenommen werden. Sind sie mit einem Ehevertrag verbunden, so teilen sie sein Schicksal; ist er aus irgend einem Grunde unwirksam, so sind sie es auch; es kann höchstens Frage des Einzelfalles sein, ob sie trotzdem Wirkung haben sollen. Sind sie selbständig, so bestimmt sich umgekehrt ihre eigene Gültigkeit nicht nach Ehevertrags-, sondern nach den für sie besonders aufgestellten Vertragsgrundsätzen (Darlehens-, Schenkungsvertrag etc.). Sind sie dagegen mit einem Ehevertrag verbunden, so ist die Ehevertragsform kein Ersatz für die etwa für sie besonders verlangte Form; darin ist ihr Schicksal vom eigentlichen Ehevertrag unabhängig. Soweit sie unzulässig sind, weil sie gegen das zwingende Eherecht verstossen, oder nichtig sind, weil eine für sie bestehende Formvorschrift nicht innegehalten wurde, zieht ihre Unwirksamkeit nicht die Nichtigkeit des gesamten Ehevertrags nach sich; vielmehr ist nur die unzulässige selbständige Nebenverabredung unwirksam.[75]) Man kann also sagen:

Sind mit einem Ehevertrag andere Vereinbarungen nicht spezifisch güterrechtlicher Art verbunden, so teilen diese in der Regel das Schicksal des Ehevertrages, während sie selber keinen Einfluss auf das Bestehen des Ehevertrages haben.

2. Zwingendes Eherecht im allgemeinen.[76])

Trotz aller durch die modernen Codifikationen proklamierten Freiheit des Ehevertrages sind doch gewisse Gebiete des Familienrechts derart eingeengt, dass ein Übergreifen selbst bei vollstem Einverständnis beider Ehegatten nicht möglich ist. Der Grund zu solchen Schranken liegt einmal im allgemein staatlichen Interesse, wird also

[75]) Planck zu § 139. Staudinger Anm. 1 a zu § 1432.
[76]) Vergl. die Ausführungen von Huber I S. 240.

durch das öffentliche Recht bestimmt,[77]) andere Grenzen dagegen sind darum gesetzt, weil das Recht die Interessen des einen oder des andern Ehegatten oder auch Dritter wahren will und darum ein gewisses Minimum von Schutz gewährt, unter das, wieder selbst bei vollstem Einverständnis, nicht heruntergegangen werden darf.[78])

Schlechthin ausgeschlossen ist jede Vereinbarung, die dem sittlichen Wesen der Ehe und der hiedurch gebotenen Freiheit der Selbstbestimmung widerspricht.

Es versteht sich andrerseits von selbst, dass die Normen des ZGB über Verlöbnis, Ehefähigkeit und Ehehindernisse, Verkündung und Trauung, die Ungültigkeit der geschlossenen Ehe, die Ehescheidung (im dritten und vierten Titel) durchaus dem zwingenden Recht angehören und auch nicht im geringsten vertraglich abgeändert werden dürfen, denn diese Vorschriften sind weitaus zum kleinsten Teil aus Interesse für die einzelne Ehe in concreto, als vielmehr im öffentlichen, sozialen Interesse erlassen. Wo zur Seltenheit einmal an diesem Grundsatze gerüttelt wird, wie beim Ehefähigkeitsalter (Art.96 II) oder bei der Wartefrist der geschiedenen Frau[79]) (Art.103 III, vgl. auch 104 II), so geschieht das unter ganz bestimmten Voraussetzungen.

Nicht so sicher ist das zwingende Recht im fünften Titel zu bestimmen, der von den Wirkungen der Ehe im

---

[77]) Egger Vorbem. 3 c zum zweiten Teil und Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft S. 54 f.

[78]) Über das zwingende Recht vom französischen Standpunkt aus vergl. die sehr interessanten Ausführungen von Saleilles-Leonhard, Einführung in das Studium des deutschen bürgerl. Rechts S. 44.

[79]) Als in gewissem Sinne zwingend, also durch Ehevertrag nicht zu beseitigend möchte ich auch das Recht des überlebenden Ehegatten zur Wiederverheiratung ansehen (wofern die gesetzlichen Vorschriften gewahrt sind) und eine entgegenstehende Abmachung im Ehevertrag als nichtig, weil unsittlich, behandeln. Piaget, De la situation iuridique du conjoint survivant d'après le Code civil suisse, Diss. Genf 1910/11 S. 30 ff. Güterrechtliche Folgen können allerdings an die Wiederverheiratung geknüpft sein.

allgemeinen handelt. Über Verträge unter Ehegatten, die deren persönliche Verhältnisse untereinander regeln, enthält das ZGB ebensowenig eine Bestimmung wie das BGB, worüber die Motive[80]) nur bemerken, dass die Ehe ein Institut der öffentlichen Ordnung sei und dass sich daraus von selbst ergebe, dass jede Vertragsbestimmung, die nach dem ganzen Sinne und Zwecke des Gesetzes gegen das familienrechtliche Verhältnis der Ehe und damit gegen die öffentliche Ordnung verstösst, als mit den guten Sitten unvereinbar nichtig sei.[81]) Dabei bleibt immer noch der Untersuchung des Einzelfalles überlassen, wann eine solche unsittliche Abmachung vorliegt.

Ganz gewiss sind die Ehegatten (nach Art. 159 I) zur ehelichen Gemeinschaft verbunden und eine gegenteilige Abmachung wäre unsittlich;[82]) sicher ist auch der Mann das Haupt der ehelichen Gemeinschaft (Art. 160 I) und bestimmt die eheliche Wohnung (Art. 160 II)[83]); andrerseits liegt es wieder in der Natur der Ehe, dass der Ehefrau die Führung des Haushaltes zusteht (Art. 161 III), aber es ist doch klar und man darf wohl sagen, dass solche Bestimmungen, vor allem auch die in Art. 161 II, viel eher einem idealen Wunsch des Gesetzgebers Ausdruck verleihen denn eine zwingende Norm darstellen, oder, wie Heusler neuestens sagte,[84]) diese Dinge entziehen sich „im tiefsten Grunde

---

[80]) Motive zum BGB IV S. 309 ff.

[81]) Der Gedankengang der Motive ist immerhin interessant: nicht weil eine solche Abmachung gesetzwidrig ist, ist sie nichtig, sondern weil sie gegen die guten Sitten verstösst; in diesem Falle werden aber die guten Sitten durch das Gesetz repräsentiert! Vergl. noch Dernburg IV S. 171.

[82]) Fälle, in denen die Frau sich trotzdem unter bestimmten Voraussetzungen getrennten Wohnsitz vorbehalten kann, nennt Hörle im Arch. b. R. 31 S. 167 ff. mit Angabe der reichlichen Judikatur.

[83]) Einen Verzicht des Mannes auf das Recht, den ehelichen Wohnsitz zu bestimmen, nennen die Motive IV S. 105 f. nichtig, da dieses Recht auf dem Wesen der Ehe und der natürlichen Stellung des Ehemannes beruhe und deshalb absolut sei.

[84]) In dieser Zeitschr. 53 S. 497.

der Rechtssatzung und dem Rechtsgebiete und stehen unter dem Gebote der christlichen Ethik, dass die Frau dem Manne untertan sei . . . . und in einer wahren Ehe wird die Frau ohne Rechtszwang dieses Gebot erfüllen."

Gewiss können auch diese Vorschriften nicht vertraglich ausgeschlossen[85]) und es kann z. B. auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt[86]) werden und auch eine Verurteilung erfolgen; aber ein Zwang wird nicht ausgeübt werden können, gerade so wenig wie der Mann zur Bestimmung der ehelichen Wohnung gezwungen werden kann.[87])

---

[85]) Eine total andere Auffassung vertreten Huber (Erl. S. 153) und Egger (Anm. 2 zu 177), dieser in besonders ausgeprägtem Masse. Die Ablehnung aller derartigen Vereinbarungen, wie sie hier vertreten wird, hat allerdings, wie Egger ohne weiteres zugegeben sei, etwas Doktrinäres, da sie „richtiges Mittel zu richtigem Zweck" sein können. Es fragt sich aber doch, ob man nicht diesen Vorwurf um grösserer Vorteile willen auf sich sitzen lassen will und ob man mit der augenscheinlich auch hier vom Gesetzgeber gewollten Vertragsfreiheit nicht schliesslich ins Uferlose kommt, wenn in der ganzen, doch so überaus wichtigen Materie des persönlichen Eherechts überhaupt keine festen Punkte mehr gelassen werden, die auch im vollen Einverständnis der Parteien nicht beseitigt werden können. Es ist ein sehr idealer Gedanke, solche Verträge „der Auffassung der Zeit und der Würdigung des Einzelfalles" (Huber) zu überlassen, allein wann werden wir den ebenso idealen Richter haben, der diese Würdigung auch gerecht vornimmt? Denn wer anders repräsentiert in einem solchen Falle die Auffassung der Zeit, die gerade herrschende „communis opinio", als der Richter? Und überdies: sobald man für solche Verträge keine festen Schranken mehr aufstellt, wird gerade das erreicht, was man im Eherecht doch immer tunlichst vermeiden will, das Eingreifen des Richters. Wer soll dann schliesslich darüber entscheiden, ob im Einzelfall ein Vertrag, der sich über absolut zwingendes Recht hinwegsetzt, gültig sei oder nicht? Niemand anders als der Richter, während dann, wenn feste Normen dastehen, den Parteien das Anrufen des Gerichts zum vornherein aussichtslos erscheint und darum von ihnen eher unterlassen wird.

[86]) Oser Vorbem. V 2 zum Obligationenrecht.

[87]) Um nicht missverstanden zu werden: „Zwingendes Recht" in dem von Ehrlich geprägten Sinne sind alle diese Bestimmungen, denn sie sind nicht durch Vertrag abänderlich; ihre Nichtbeobachtung hat aber nicht, wie oben, die direkte Folge der Nichtigkeit, sondern

Sind solche Vereinbarungen trotzdem getroffen, so werden sie den Ehevertrag nicht ungültig machen, sondern sind als nicht vorhanden anzusehen, wie z. B. bisher in den Rechten der Berner Gruppe.[88])

Doch gibt es auch hier absolut zwingende Normen. So aus öffentlich rechtlichen Gründen die Namengebung[89]) durch den Mann (Art. 161 I). Hievon zu trennen ist der Fall, dass einer Frau die Beibehaltung ihres Künstlernamens vom Manne gestattet wird;[90]) diese Erlaubnis, die nicht im „Ehevertrag" gegeben zu werden braucht, ist wohl von faktischer, nicht aber von rechtlicher Bedeutung und kann deshalb jederzeit widerrufen werden.[91]) Weiter von absolut zwingender Art sind die Normen über die Prozessfähigkeit der Frau (Art. 168 I) und die Fähigkeit zum Abschlusse von Rechtsgeschäften (Art. 177 I). Dem Schutze beider Ehegatten dienen die Art. 169 I, 170 I, II 177 II, III und sind daher durch Vertrag unabänderlich.

Zweifeln kann man bei der Vertretungsmacht des Ehemannes (161 I); sie wird die Regel bilden, aber unter Umständen durch Vertrag geändert werden können, wenn z. B. verabredet wird, bei allfälliger Krankheit des Ehemannes sei die Ehefrau ohne weiteres seine Vertreterin in der Führung des Geschäfts. Selbst ohne diese spezielle Vereinbarung wird man der Ehefrau unter Umständen (nach Art. 166) diese ausgedehnte Vertretungsmacht zugestehen müssen; sie hat eben, wie Crome es ausdrückt,[92])

lässt nur ein eventuelles Klagerecht des benachteiligten Ehegatten entstehen. Dieser wird aber dann von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, wenn er selber durch Vertrag der Rechtsverletzung zugestimmt hat. Man könnte daher die Normen des 3. und 4. Titels als „absolut", diejenigen des 5. Titels aber z. T. als bloss „relativ" zwingend (nichtzwingend wäre wieder zu wenig) bezeichnen.

[88]) Huber I S. 135 f.

[89]) Wieland, Sachenrecht Vorbem. 1 b vor 641.

[90]) Vergl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1355 und Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB S. 51.

[91]) Das scheint mir aus öffentlich-rechtlichen Gründen hervorzugehen, anderer Ansicht ist allerdings Dernburg I S. 140.

[92]) Crome, Bürgerl. Recht IV S. 369.

ein subsidiarisches Verwaltungs- und Verfügungsrecht in Notfällen. Es gilt hier der unausgesprochene, aber doch dem ganzen Tenor des Gesetzes entsprechende Grundsatz, dass eine Beschränkung der Vertretungs- und Verfügungsmacht des Mannes zulässig, eine Erweiterung dagegen unzulässig, eine Erweiterung der Vertretungs- und Verfügungsmacht der Frau zulässig, eine Beschränkung dagegen unzulässig sei.[93]) Es ist das ein Fall der nicht seltenen Eherechte, die einseitig nachgiebiger, resp. einseitig zwingender Art sind.

Die dem Ehemanne durch das Gesetz gegebene Verwaltung des ehelichen Vermögens ist jedenfalls nicht absolut zwingender Art, obwohl sie, wie man sich auszudrücken pflegt, als durch das Wesen der Ehe geboten erscheint. „Nicht absolut zwingend" allerdings nicht in dem Sinne, dass die Verwaltung durchweg und ausschliesslich der Frau zugestanden werden könne (Fälle der Vormundschaft nach Art. 380 ausgenommen).

Es lässt sich aber doch wohl denken, dass die Ehegatten nach dem Vorbilde des englischen Eherechts [94]) bestimmen, das eheliche Vermögen solle einem Dritten,

---

[93]) Diese Formulierung gilt nur für Vereinbarungen im Ehevertrag, die die Verwaltungs- und Vertretungsmacht der Ehegatten zum vornherein festlegen sollen. Unberührt davon bleiben die Fälle, wo eine Entziehung dieser Macht entweder von Gesetzes wegen eintritt oder ein Ehegatte von Gesetzes wegen ein Recht auf Entziehung hat (z. B. die Fälle des Art. 164 I).

[94]) Im englischen Eherecht bildet die Verwendung von Treuhändern durchweg die Regel (Heymann bei Holtzendorff I S. 841), selbst dann, wenn das Vermögen teils dem Manne zu vorübergehender Nutzniessung überlassen, teils den Kindern gesichert wird. Der Frau wird dabei oft die interessante Klausel (restraint on anticipation) auferlegt, dass sie nicht über künftiges Einkommen durch Anweisung an die Treuhänder verfügen dürfe. Bemerkenswert — und nachahmenswert— ist im englischen Recht auch die Gepflogenheit des mittellosen Ehemannes, wenigstens zugunsten von Frau und Nachkommenschaft eine Lebensversicherung einzugehen. Wertheim, Wörterbuch des englischen Rechts s. v. marriage settlement.

z. B. einer Treuhandgesellschaft, zur Verwaltung übergeben werden. Mit dem Aufkommen solcher Gesellschaften werden sich auch derartige Vereinbarungen immer mehr einbürgern. Sie tun den Rechten des Ehemannes keinen derartigen Abbruch, dass man sie als unsittlich vom Ehevertrage ausschliessen müsste, und bilden doch unter Umständen für den einzelnen Ehegatten einen besondern Schutz, so dass dieser wohl die Eingehung eines bestimmten Güterstandes von dieser Verwaltung durch einen „Salmann" abhängig machen darf. Auffallenderweise finden sich Ansätze dazu schon in bisherigen kantonalen Rechten.[95])

Davon zu trennen ist der Verzicht des Mannes auf sein Verwaltungsrecht schlechthin; darin läge eine Preisgabe seiner eheherrlichen Stellung; dieses Verwaltungsrecht gehört daher zu den „unverzichtbaren Rechten" des Ehemannes,[96]) wofern nicht der unter den Ehegatten bestehende Güterstand als solcher die Verwaltung und Nutzung durch den Mann ausschliesst, wie z. B. die Gütertrennung. Hier findet überhaupt keine Einwirkung des Mannes auf die vermögensrechtliche Sphäre der Ehefrau statt. Bloss teilweis wird diese Einwirkung bei den durch Gesetz oder Vertrag als Sondergut erklärten Vermögensstücken aufgehoben.[97])

Die Verwaltung des ehelichen Vermögens ist aber nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Mannes und ein einseitiger Verzicht seinerseits ist deshalb unzulässig.[98])

„Einseitig" nachgiebig ist Art. 166 insofern, als die Vertretungsmacht der Frau durch Vertrag nur gesteigert, nicht aber vermindert werden kann (wenn nicht die gesetzlichen Voraussetzungen zur Entziehung vorliegen).

---

[95]) Huber I S. 325.

[96]) Crome im Handwörterbuch 3 S. 584.

[97]) Mot. IV S. 222 und Ehrlich S. 196.

[98]) Vergl. das Urteil des Reichsgerichts bei Gruchot 50 S. 1140.

Ähnlich einseitig nachgiebig ist Art. 167. Art. 168 II, der die Vertretungsbefugnis des Ehemannes für den Prozess festsetzt, ist jedenfalls insofern zwingend, als diese Macht vertraglich nicht gemindert werden kann, wenn sich auch Fälle denken lassen, wo umgekehrt faktisch die Frau den Mann oder ihr eingebrachtes Gut im Prozesse vertritt oder durch einen von ihr gewählten Beistand vertreten lässt. Wann das möglich ist, muss nach dem Einzelfall entschieden werden.

Andere Wirkungen der Ehe sind nicht absolut zwingender Art, können aber doch nicht ohne Not ausgeschlossen werden. So vor allem die Schlüsselgewalt: was Art. 163 I und II umschreiben, ist das der Ehefrau zugestandene Minimum, unter das nicht heruntergegangen werden darf, wenn nicht die Voraussetzungen zur Entziehung vorliegen (Art. 164). Vertragliche Entziehung a priori ist also hier nicht möglich, sondern nur unter diesen bestimmten Voraussetzungen; das „Sicherheitsventil" gegen ungerechtfertigte Entziehung bietet Art. 165 I, wonach die Frau beim Richter das Begehren auf Aufhebung der Beschränkung stellen kann.

Weiter können Vereinbarungen über Verpflichtungen der Frau [99]) zu entgeltlicher oder unentgeltlicher Mitarbeit im Geschäfte des Mannes, Garantien für fortdauernde Ausübung ihres Künstlerberufes, Abmachungen über Wohnort, zeitweilige Trennung, Erziehung und Berufswahl der Kinder [100]) (während der Ehe oder nach ihrer Auflösung) getroffen werden.

Alle diese Vertragsbestimmungen sind aber unwirksam, soweit sie zu einem Missbrauche der ehemännlichen Rechte, zur Beugung unveräusserlicher Befugnisse oder

---

[99]) Ehrlich verwirft sie als ungültig (S. 183); ich schliesse mich Jacobi an, der sie (auf S. 52) zulässt.

[100]) Inwieweit hier aus individualrechtlichen Gründen und aus sittlich religiösen Motiven überhaupt eine vertragliche bindende Regelung möglich ist, diese delikate Frage zu entscheiden ist Sache des Einzelfalles.

zur Aufhebung zwingender ehelicher Pflichten führen könnten.[101])

Einige Normen wenden sich über die Parteien hinweg direkt an den Richter, so dass eine vertragliche Abänderung überhaupt ohne Wirkung wäre, so Art. 165 I über Aufhebung der Entziehung der Vertretungsmacht, Art. 167 II über Ermächtigung der Frau zum Betriebe eines Gewerbes gegen den Willen des Mannes, Art. 169 II über die Mahnpflicht des Richters zum Schutze der Gemeinschaft, Art. 171 I über die Anweisung an die Schuldner, unter Umgehung des Mannes direkt an die Frau zu zahlen usw.

Eine besondere Gruppe bilden die Normen über Zwangsvollstreckung und Konkurs; es wird darüber noch beim zwingenden Güterrecht zu reden sein; hier nur das: diese Normen sind im Interesse beider Ehegatten (Art. 173 I, II; 174) oder der Gläubiger (175 I, II, 176; auch 177 II, III, dienen ihnen) aufgestellt und deshalb unabänderlich. Das frühere Basler Recht [102]) kannte allerdings im Gegensatz zum heutigen einen Verzicht der Frau auf ihr Konkursprivileg zu Gunsten einzelner Gläubiger.[103])

Über die Haftung des ehelichen Vermögens s. u.

3. Zwingendes Güterrecht im allgemeinen.

Es versteht sich von selbst, dass gesetzliche Vorschriften, durch die die Wirkungen der Ehe auf das Rechtsverhältnis Dritter zu den Gatten geregelt sind, ganz

---

[101]) Endemann II, 2 S. 397.

[102]) Gesetz von 1886 § 6.

[103]) Es fragt sich allerdings, ob der in Art. 224 II aufgestellte Grundsatz der Ungültigkeit eines solchen Verzichts bloss für die Gütergemeinschaft, oder für alle Güterstände schlechthin gilt. Trotzdem Art. 210 für die Güterverbindung und Art. 244 für die Gütertrennung keine entsprechende Bestimmung enthalten und auch das Konkursgesetz in Art. 219 darüber schweigt, wird man wohl den Art. 224 II generell, nicht bloss für die Gütergemeinschaft speziell, annehmen müssen.

allgemein ohne Rücksicht auf ein bestimmtes eheliches Güterrechtsverhältnis[104]) durch Ehevertrag nicht geändert werden können. Weiter dürfen auch die durch das Gesetz unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen, besonders unter der Voraussetzung eines bestimmten unter den Ehegatten bestehenden Güterrechtsverhältnisses, Dritten eingeräumten Rechte[105]) beim Vorhandensein jener Voraussetzungen durch Ehevertrag nicht beeinträchtigt werden.[106])

Es ist vielleicht nicht ganz richtig, von zwingendem Güterrecht zu reden, denn der Begriff „zwingend" ist hier nicht derselbe wie im Eherecht, und wenn wir hier nach zwingendem Recht fragen, so will das sagen: sind die vom Gesetz geordneten Güterstände mit ihren Folgen unabänderlich oder sind die Parteien befugt, neue Güterstände zu schaffen und bestehende zu ändern?

Dabei ist es schwer, hier zwingende Normen aufzustellen, weil die Vertragsfreiheit in hohem Masse Platz greift. „Es ist eine neuere Entwicklung, die den Anschauungen einer Ablösung der güterrechtlichen von der persönlichen Wirkung der Ehe die Bahn geöffnet hat; schon hier sei das französische Recht als der besondere Träger des Gedankens der Freiheit des Ehevertrages genannt. In dem Gebiete der direkten und indirekten Herrschaft des Code civil ist das gesetzliche Güterrecht wesentlich auf bloss subsidiäre Geltung angewiesen; in erster Linie erscheint als massgebend für die güterrechtlichen Verhältnisse während der Ehe die Verabredung der Ehegatten im Ehevertrag."

Was Huber[107]) für die frühern kantonalen Rechte aussprach, wird auch für das ZGB gelten, immerhin

[104]) Interessant ist die Entwicklung im BGB z. B. von der Fassung des 1. Entw. § 1282 an bis zur präzisen des Gesetzes in § 1362.

[105]) Vergl. wieder 1. Entw. § 1311 mit BGB § 1411 und 1. Entw. 1359 mit BGB § 1459.

[106]) Mot. IV S. 305.

[107]) Huber I S. 241.

mit der Einschränkung, dass die vom Gesetz dargebotenen Güterstände einen clausus numerus bilden, über den nicht hinausgegangen werden darf. Dieser geschlossene Kreis der Güterstände ist aber nicht einmal ohne weiteres umschreibbar; es fragt sich bisweilen, ob die Nichtnormierung eines Güterstandes (z. B. bei der beschränkten Gütergemeinschaft s. u.) nicht bloss ein Versehen des Gesetzgebers sei.

Ein seinem Inhalte nach übertragbares Recht darf auch nicht durch den Ehevertrag zu Gunsten des Ehegatten zu einem unveräusserlichen gestempelt werden. Zwar fehlt unserm Gesetz eine dem BGB § 137 entsprechende Norm, sie lässt sich aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen rechtfertigen. Insbesondere treten Verfügungsbeschränkungen, die mit dinglicher Wirkung gegenüber Dritten ausgreifen, nur auf Grund des Gesetzes ein; wollen die Ehegatten diese erreichen, so müssen sie einen entsprechenden Güterstand wählen und sich mit seinen Folgen begnügen.

Auch daran sei erinnert, dass bei einer Abmachung unter Ehegatten nicht der irrtümlich gewählte terminus technicus entscheiden, sondern dass auf den wirklichen Willen der Parteien Rücksicht genommen werden soll. Von der zwingenden Natur der Güterstände kann man insofern reden, als es nicht angängig ist, einen Güterstand zu wählen und ihn aber durch Klauseln derart einzuschränken, dass nicht nur ein anderer Güterstand daraus wird, sondern auch Rechte eines Ehegatten oder Dritter dadurch verletzt werden.

Eine Gruppe für sich bilden die Bestimmungen über das Sondergut.[108]) Sondergut ist nicht nur beim

[108]) Über die Frage, ob geistiges und literarisches Eigentum zum Sondergut gehöre, vergl. Piaget a. a. O. im Anschluss an die französische Judikatur. — Einen auch für unser Recht praktischen Fall behandelt Rabel in Grünhuts Ztschr. 27 S. 165: mangels ausdrücklicher Verabredung umfasst die Gütergemeinschaft auch die materiellen Erträgnisse des Autorrechts, während dieses selber Vorbehaltsgut des Schöpfers bleibt.

gesetzlichen Güterstand, sondern auch bei Gütergemeinschaft[109]) und bei Gütertrennung möglich, falls dem Manne am Frauengut Verwaltung und Nutzung zusteht (Art. 242).

Vor allem scheint der Umfang des Sondergutes nach Art. 191 zwingender Natur zu sein, d. h. wieder ein Minimum, unter das zu Gunsten des einen Ehegatten und zu Ungunsten des andern nicht heruntergegangen werden darf.[110]) Rechtlich jedenfalls nicht; das ergibt sich, abgesehen vom Wortlaut des Gesetzes, auch aus den sozialen Erwägungen, aus denen heraus der Umfang des Sondergutes so weit gezogen wurde.[111])

Wie die Eheleute faktisch das Sondergut gestalten wollen, bleibt natürlich ihnen überlassen; eine genaue Umschreibung im Ehevertrag ist schon darum von Wert, weil sich sonst unter Umständen der Beweis der Sondergutseigenschaft nach Art. 193 sehr schwierig gestalten kann. Immerhin ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Verabredung als unzulässig zu betrachten, in

---

[109]) Was Piaget a. a. O. unbegreiflicherweise verneint.

[110]) Anderer Meinung sind Ehrlich S. 199 und Endemann II, 2 S. 347, die beide das Sondergut als nicht zwingender Natur ansehen und deshalb seine Ausschliessung durch Ehevertrag zulassen, weil es nur den materiellen Interessen der Frau diene. Abgesehen von den sozialen Erwägungen, die ganz allgemein für eine zwingende, nicht vertraglich einzuengende Verschreibung des Sondergutes sprechen, ist auch zwischen dem BGB und dem ZGB ein Unterschied zu konstatieren. Man vergleiche die schöne apodiktische Form unseres Gesetzes in Art. 191: „kraft Gesetzes sind Sondergut" mit den kasuistischen Ausführungen des BGB in § 1366 ff. Für BGB scheint allerdings bei Errungenschaftsgemeinschaft das gesetzliche Sondergut nicht in dem Umfange vorgesehen zu sein wie bei den andern Güterständen, und es fällt auf, dass § 1526 I bei der Umschreibung des Vorbehaltsgutes den Inhalt der §§ 1366 ff. nicht mit aufnimmt. Vgl. Schröder S. 35.

Gegen eine allzuweite Ausdehnung wendet sich wohl mit Unrecht Mommsen, A. z. Pr. 76 S. 191 f, dagegen Schröder S. 10 mit Hinweis auf seine sozialpolitische Bedeutung.

[111]) Vgl. meinen Hinweis bei Bonnecase Rhein. Ztschr. 4 S. 248.

der für Sondergut eines Ehegatten alles das erklärt wird, was der andere während der Ehe erwirbt, wo also eine Art ehegüterrechtlicher societas leonina bestände.[112]) Oft wird sich das Sondergut so darstellen, dass die Frau dem Manne vertretbare Sachen, Geld, Wertpapiere usw. zu freier Verwendung mit obligatorischer Restitutionspflicht derselben Quantität und Qualität überträgt. Allerdings wird diese sich dem Dotalrechte nähernde Lösung eher für das BGB als für das ZGB praktisch werden, da das ZGB einmal in der Möglichkeit der Gütereinheit nach Art. 199 und dann in der Zulassung eines dotalähnlichen Verhältnisses nach Art. 247 einen solchen Ausweg nicht notwendig macht, aber eben doch dasselbe Ziel durch gesetzlich sanktionierte Vereinbarungen erreicht.[113])

Fraglich ist, ob die Frau sich von ihrer Beitragspflicht aus dem Sondergut befreien lassen kann. Es scheint das von Fall zu Fall möglich, trotzdem die Vorschriften des ersten Abschnittes des 6. Titels sonst zwingenden Charakter haben. Zwingend ist jedenfalls die Norm des Art. 190 II, wonach Pflichtteile einem Ehegatten nicht als Sondergut zugewendet werden dürfen. Ein dahingehender Vorbehalt im Ehevertrag ist daher als nicht vorhanden anzusehen.[114])

Wichtig sind die Vorschriften betr. die Haftung der Ehegatten. Zwingend sind Art. 179 III und 188 I, wonach durch güterrechtliche Auseinandersetzungen und durch Wechsel des Güterstandes die Haftung gegenüber Dritten nicht beeinträchtigt werden darf. Wie sich die Ausführung dieses frommen gesetzgeberischen Wunsches

---

[112]) Schmidt-Habicht Anm. 6 d α zu 1432 und Dernburg IV S. 172 gegen Tilsit (im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1 S. 398).

[113]) Mitteis in Grünhuts Ztschr. 16 S. 596 f.

[114]) Eine andere Frage, die beim Erbvertrag näher zu betrachten sein wird, ist die, ob es den Ehegatten gestattet sei, über eine noch nicht angefallene Erbschaft vertragliche Vereinbarungen zu treffen. Vergl. unten im dritten Kapitel.

gestalten soll, wird die Praxis [115]) zeigen; es wird sich auch ergeben, ob durch diese Vorschrift nicht die Änderung des einmal gewählten Güterstandes später überhaupt unmöglich wird, da in den meisten Fällen das beiderseitige Vermögen schon irgendwie verhaftet sein wird. Wohl mit Recht bezeichnet deshalb Burckhardt-Passavant[116]) die deutsche Fassung von 179 III als verunglückt.

Zwingende gesetzliche Vorschriften (und deshalb mit Wirkung gegenüber Dritten nicht vertragsmässig abänderlich) sind ferner alle diejenigen Bestimmungen, die die Haftung des Sondergutes oder des eingebrachten Gutes für Verbindlichkeiten der Frau, oder die Haftung des Gesamtgutes für die Schulden beider Ehegatten einengen sollen,[117]) wie es denn überhaupt ausgeschlossen ist, in die Rechte Dritter durch Ehevertrag einzugreifen. Zwingend sind natürlich die Fälle, in denen von Gesetzeswegen oder auf Anordnung des Richters Gütertrennung (Art. 182 I, 183, 184, 234 I) oder sonst Aufhebung des Güterstandes eintritt (Art. 233); den allgemeinen Grundsatz über den Umfang gibt Art. 241 I.

Zum Schutze der Ehegatten in güterrechtlicher Beziehung aufgestellte Vorschriften (Art. 180 II, 181 II, 182 I, II) sind ebenfalls der vertraglichen Änderung entzogen.

Nicht allein ins Güterrecht gehört die Frage, ob die Ehegatten sich verpflichten können, auf das Nutzungsrecht am Vermögen minderjähriger Kinder (nach Art. 292) zu verzichten. Ein vertraglicher unbeschränkter

---

[115]) In Vorträgen von Praktikern hört man schon die Ansicht vertreten, das „äussere" Güterrechtsverhältnis sei überhaupt unabänderlich, während das „innere" auch nach Eingehung der Ehe geändert werden könne. Das entspricht sicher nicht dem, was das Gesetz will. Nach dieser Auffassung wäre der ganze Apparat des Güterrechtsregisters so ziemlich wertlos.

[116]) Diese Ztschr. 50 S. 353.

[117]) Schmidt-Habicht Anm. 6 d γ zu 1432.

Verzicht scheint unzulässig, wenn auch faktisch der verzichtende Ehegatte von dem ihm zustehenden Recht einfach keinen Gebrauch zu machen braucht. Möglich erscheint auch, dass dieses Nutzungsrecht vertraglich auf eine gewisse Summe beschränkt werde.

Der Fall wird dann praktisch, wenn ein Ehegatte ein unverhältnismässig grösseres eingebrachtes Vermögen als der andere hat und nach seinem Tode das Vermögen direkt für die noch minderjährigen Kinder (zu Aussteuern oder zu Studienzwecken z. B.) verwendet wissen will.

Ebenfalls ins Erbrecht spielt die vom Code civil in Art. 1453 geregelte Frage, wonach die Frau oder ihre Erben sich nicht gültig verpflichten können, die Erbschaft unter allen Umständen anzutreten. Für das ZGB wird eine solche Vereinbarung ebenfalls als nicht bindend anzunehmen sein.

4. Die Wahl des Güterstandes.

Im Gegensatz zum deutschen und auch zum französischen Recht hat das ZGB eine sehr vernünftige Schranke aufgerichtet: die Annahme eines Güterstandes muss im Rahmen der durch das Gesetz gebotenen Auswahl geschehen und es geht nicht an, einen im Gesetz nicht vorgesehenen Güterstand festzusetzen. Für diese Einschränkung spricht durchaus der Wortlaut von Art. 179 II,[118]) die Ehegatten haben „einen der Güterstände anzunehmen, die in diesem Gesetze vorgesehen sind".

[118]) Zustimmend Egger Anm. 6 b zu 179 und Rossel-Mentha I S. 255. Vergl. Hoffmann Sten. Bull. 15 S. 1096. Dagegen vertritt Cohn S. 9 die entgegengesetzte Auffassung im Anschluss an die BGBLiteratur. Der durch die deutsche Theorie durchweg verfochtene Grundsatz der absoluten Freiheit, auch einen Phantasiegüterstand anzunehmen (vergl. z. B. Tietze S. 62, Bollenbeck im Recht 8 S. 35 f, Schmidt-Habicht Vorbem. I 3 vor 1432 und Planck vor 1432) erscheint eigentlich bloss von theoretischem Wert, weil er unnötig ist. Die deutsche Statistik zeigt übrigens, dass keine Eheverträge mit andern als den im Gesetze normierten Güterständen abgeschlossen zu werden pflegen. Vergl. Segall, Arch. b. R. 32 S. 434.

Für die Zulassung grösserer Freiheit liesse sich anführen, dass es in der Übergangszeit doch recht wünschenswert wäre, wenn die Ehegatten, die unter kantonalem Recht aufgewachsen sind, irgendwie das ihnen durch Tradition eher vertraute Recht beibehalten könnten. Es wäre das zwar nicht durch einfachen Verweis auf kantonales Recht möglich (z. B. „baslerische Gütergemeinschaft"),[119]) obwohl unserm Recht ein ausdrückliches Verbot im Sinne von BGB § 1433 I fehlt, liesse sich aber leicht so denken, dass die Ehegatten entweder die entsprechenden Artikel des aufgehobenen Gesetzes einfach im Ehevertrag reproduzieren oder sonst irgendwie die Regelung des Güterrechts durchaus im Anschluss an das frühere Recht vornehmen.[120])

Trotzdem erscheint eine solche Lösung als nicht annehmbar[121]) und nicht einmal als Fingerzeig für die Auslegung verwendbar. Der Gesetzgeber hat ja alle Grundformen der bisherigen Güterstände verarbeitet und alle wesentlichen Klauseln aufgenommen; wir haben daher nicht nötig, durch allzu freigebige Zulassung bisherigen Rechts die sowieso schon komplizierten Güterrechtsverhältnisse noch mehr zu verwirren.

Notwendig ist die Form des Ehevertrages (nach 181 I) nur dann, aber auch immer dann, wenn Vereinbarungen über das eheliche Güterrecht getroffen werden, und es macht hiebei nichts aus, ob das Güterrecht ganz im allgemeinen, oder nur in einzelnen Beziehungen (auf einzelne Vermögensstücke z. B.) festgestellt wird, denn eine güterrechtliche Regelung ist hier immer vorhanden. Entscheidend ist also für die Beobachtung der Form des

---

[119]) Was Egger Anm. 3 c zu 179 auffallenderweise u. U. zulässt.

[120]) Die Auslegung des Güterstandes würde aber nach neuem Recht erfolgen. Habicht, Die Einwirkung des bürgerl. Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 39.

[121]) Auch dann nicht, wenn die betr. Gesetzesbestimmung in vollem Umfange im Ehevertrag reproduziert würde. Anders das deutsche Recht. Vergl. Endemann II, 2 S. 401.

Ehevertrages, dass ein dem gesetzlichen oder dem bisherigen vertragsmässigen Güterrecht angehörendes Verhältnis in neuer, von den gesetzlichen oder vertraglichen Vorschriften abweichender Weise geregelt wird.[122])

Wenn auch der Abschluss eines Ehevertrages auf die Ehegatten und Verlobten beschränkt ist und nur güterrechtliche Verhältnisse regelt, so ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass neben Abmachungen anderer Art auch Drittpersonen im Ehevertrag Verfügungen treffen können, die mit der Eheberedung in Zusammenhang stehen, ohne aber ihrer Form zu bedürfen. Dahin gehören vor allem die Versprechungen seitens der Eltern oder Dritter, an die Ausstattung der zukünftigen Ehe durch Schenkungen usw. beizutragen — eine Vereinbarung, die sich jedenfalls in der französischen Schweiz [123]) oft finden wird, die aber auch im bisherigen Berner Recht durchaus üblich war.[124]) Wieweit solche Verfügungen überhaupt zulässig sind, ist nicht nach Güterrecht, sondern nach Erbrecht zu beurteilen, je nachdem sind dann die Vorschriften über Schenkungen oder über den Erbvertrag massgebend.[125]) Eine solche Verbindung erspart Kosten, allein Dritte (Güterrechtsregisterführer etc.)[126]), denen der Erbvertrag unter Umständen vorzulegen ist, erhalten dadurch Einblick in ganz interne Verhältnisse der Ehegatten.[127]) Es ist daher aus diesen und anderen Gründen

---

[122]) Mot. IV S. 305 und Planck Anm. 1 vor 1432.

[123]) Zachariae-Crome III § 471 n. 1; Schmidt-Habicht Anm. 1 f zu 1432 und Ehrlich S. 190. Urteil des Bayr. OLG vom 25. II. 1913; Sammlung n. F. 4 S. 179. Erl. S. 171 f.

[124]) Huber I S. 372.

[125]) Erl. zum 1. Teilentw. S. 93.

[126]) Verordnung über die Güterrechtsregister Art. 12 I; immerhin muss sich der Registerführer mit einem beglaubigten Auszuge begnügen, der derartige Abmachungen nicht zu enthalten braucht. Nur ist die Grenze zwischen solchen Abmachungen gar schwer zu ziehen.

[127]) Darauf macht besonders Crome, Bürgerl. Recht IV S. 263 a. 8 aufmerksam.

(Abhängigkeit solcher Verfügungen vom Bestehen des Ehevertrages) angezeigt, solche Vereinbarungen, die bloss der gewöhnlichen Vertragsform bedürfen, nicht in den Ehevertrag aufzunehmen.

Bei der Eingehung eines Ehevertrages kann es vorkommen, dass die Ehegatten den dem Namen nach genannten Güterstand durch Klauseln derart abändern, dass ein ganz anderer daraus wird.

E. Die Ehegatten verabreden „Gütergemeinschaft", behalten sich aber gegenseitige Nutzung und Verwaltung vor.

Ein solcher Ehevertrag könnte als nichtig angesehen werden,[128]) man wird aber doch nicht soweit gehen wollen, sobald die Bestimmungen des Vertrages sich nicht selbst widersprechen.[129]) Es liegt dann eben ein Irrtum der Parteien über die technische Bezeichnung vor und sie wollen in Wirklichkeit einen andern Güterstand als den namentlich genannten; in diesem Falle gilt der wirklich gemeinte, nicht der irrtümlich genannte Güterstand.

Es wäre vielleicht am einfachsten gewesen, wenn bei Vorhandensein eines solchen Ehevertrages der Güterrechtsregisterführer die Parteien auf ihren Irrtum aufmerksam gemacht und in das Register ohne weiteres den wirklich gemeinten Güterstand eingetragen hätte;[130]) nach der Verordnung[131]) muss aber ein solcher Vertrag

---

[128]) Gegen diese von Planck vertretene Ansicht wendet sich z. B. das Landgericht Metz, Urteil vom 14. Juli 1903, Recht 8 S. 36; weiter Staudinger Anm. 3 c ζ zu 1432 und Dernburg IV S. 172.

[129]) So Crome a. a. O. S. 265, Bollenbeck a. a. O. und Endemann II, 2 S. 410.

[130]) Das könnte aus Art. 251 III herausgelesen werden.

[131]) Verordnung Art. 10 a; allerdings könnten Art. 24 b („sinngemässe Wiedergabe") und 35 II den Glauben erwecken, der Registerführer solle einfach den richtigen, aber nicht genannten Güterstand eintragen. Doch greift wohl Art. 10 cit. vor. Vergl. übrigens das Urteil OLG Colmar vom 21. Juni 1905 (Recht 9 nr 2370) das auf Verweigerung der Eintragung erkannte.

a limine abgewiesen werden, was der sicherere, aber auch umständlichere Weg ist.

5. Die einzelnen Güterstände.

Bei der Besprechung der einzelnen Güterstände sei an Ehrlichs[132]) Mahnung erinnert: die einzelnen Güterstände stehen einander als „historische Individualitäten" gegenüber. Es wäre daher auch ganz willkürlich, wenn man aus der gesetzlichen Regelung eines Güterstandes weitgehende Schlüsse auf das Recht eines andern ziehen, oder das, was bei einem individuellen Güterstand zwingend angeordnet ist, als Grenze der Vertragsfreiheit des ehelichen Güterrechts überhaupt betrachten wollte. In der Regel gilt das, was über einen Güterstand bestimmt ist, nur für diesen Güterstand und nicht für das eheliche Güterrecht im allgemeinen.

a) Die Güterverbindung.

Zwingender Natur im oben angeführten Sinn ist vor allem die Umschreibung der Güterverbindung nach Art. 194 und 195 (weiter Art. 200, 201, 203, 204 I, II); es kann nicht abgemacht werden, dass das eheliche Vermögen unter Verwaltung und Nutzung der Frau stehen solle. Weiter liegt im Charakter dieses Güterstandes, dass der Mann den ehelichen Aufwand zu tragen hat. Zwingend sind Art. 197 und 198, die zum Schutze beider Ehegatten ihnen das Recht geben, die Errichtung eines Inventars zu verlangen; auch von der Pflicht, der Frau (nach Art. 205 I) Auskunft über den Stand des eingebrachten Gutes zu geben, kann sich der Mann nicht entbinden lassen, wie auch die Frau auf ihr Recht, Sicherstellung zu verlangen, vertraglich nicht verzichten kann.

Solche Vorschriften sind trotzdem sehr problematisch, denn wenn auch die Ehegatten auf solche Schutzrechte vertraglich nicht verzichten können, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, dass sie faktisch davon keinen Ge-

---

[132]) Ehrlich S. 194.

brauch machen. Absolut zwingend sind die Normen über die Ersatzforderungen nach Art. 209—211 schon darum, weil zum Teil konkursrechtlicher Art; ein ehevertraglicher Verzicht der Frau, nach dem Tode des Mannes gegen seine Erben eine Ersatzforderung (nach Art. 213) geltend zu machen, ist ungültig, wenn auch niemand die Frau hindern kann, faktisch auf ihre Ersatzforderung zugunsten der Erben des Mannes zu verzichten.

Es liesse sich auch fragen, ob laut Vereinbarung im Ehevertrag[133]) die Ausgleichung nach Art. 209 II nicht erst bei Auflösung der Ehe stattfinden solle. Da nach dem Wortlaut von Art. 209 II („kann . . . gefordert werden") kein Zwang besteht, so scheint vertraglicher Verzicht auf dieses Recht möglich.

Absolut zwingend sind schliesslich Art. 212 und 213, weil primär zwar güterrechtlicher, sekundär dagegen erbrechtlicher Natur. Über den Begriff des Sondergutes gelten die oben allgemein entwickelten Grundsätze: es ist nur einseitig nachgiebiger Art zugunsten der Frau. Aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt sich ferner, dass es unmöglich ist, beim gesetzlichen Güterstand Verfügungen der Frau über ihr Sondergut oder Verfügungen des Mannes über sein Vermögen mit Wirkung gegen Dritte auszuschliessen. Dass derartige Beschränkungen im Ehevertrag für das innere Verhältnis der Ehegatten zueinander wirksam getroffen werden können, unterliegt keinem Zweifel.[134])

Nachgiebig ist z. B. Art. 196 II, denn er ist nur Auslegungsregel, so dass im Ehevertrag vereinbart werden kann, solche Anschaffungen sollten ganz allgemein ins eheliche Vermögen, nicht aber ins Frauengut speziell

---

[133]) Obwohl erst nach Auflösung der Ehe möglich, ist die Ausgleichung doch ein rein güterrechtlicher, nicht etwa ein erbrechtlicher Akt, denn sie bezieht sich auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, die der erbrechtlichen vorangeht.

[134]) Schmidt-Habicht Anm. 6 d α zu 1432 und Staudinger ebenda 3 c α.

fallen, oder sie sollten unter den Regeln der Gütergemeinschaft stehen, resp. als Vorschlag behandelt werden. Ganz allgemein kann man überhaupt sagen: kann ein Vermögenswert weder dem Mannes- noch dem Frauengut zugewiesen werden, so ist er als Vorschlag zu behandeln. Das wird häufig dann eintreten, wenn bei Eingehung der Ehe die Aufstellung eines Inventars versäumt wurde und deshalb bei der Auseinandersetzung ein Auseinanderhalten beider Vermögensgruppen Schwierigkeiten macht.

Nachgiebig ist Art. 214 I—III schon dem Wortlaute nach.

Zu Bedenken geben Art. 206—208 Anlass; man ist geneigt, sie, als im Interesse Dritter aufgestellt, ohne weiteres als zwingend zu erklären; es fragt sich aber doch, ob durch Ehevertrag nicht die Haftung der Ehefrau nach Art. 208 von ihrem Sondergut auf das eheliche Vermögen übertragen werden könne, wofern dadurch die Interessen Dritter nicht gefährdet werden; doch muss man wieder sagen, dass in einer solchen Übertragung von Schulden (z. B. nach Art. 208, 2 und 3) einfach eine stillschweigende Erweiterung der Vertragsbefugnis nach Art. 168 läge. Weiter ist zweifelhaft, ob im Falle des Art. 207 die Haftung von der Frau vertraglich auf das Gesamtgut abgewälzt werden könne. Es scheint dem nichts entgegenzustehen, dass laut Ehevertrag das Gesamtgut die Haftung für voreheliche oder mit Einwilligung des Ehemannes eingegangene Schulden, ferner für Schulden aus von der Ehefrau betriebenem Gewerbe oder aus auf sie übergegangenen Erbschaften übernimmt; dagegen ist eine vertragliche Übernahme von Schulden aus unerlaubten Handlungen der Frau durch das Gesamtgut unzulässig, weil unsittlich.[135])

b) Die Gütergemeinschaft.

Zwingenden Charakter haben hier vor allem wieder die Vorschriften, die den Güterstand überhaupt charak-

[135]) So auch Ehrlich S. 196 f.

terisieren; so die Art. 215 I, II; 217 I und 223 I, die das Prinzip der Gesamthand aufstellen; würden sie geändert, so wäre überhaupt keine Gütergemeinschaft mehr vorhanden. (S. o. S. 33.) Im Charakter der Gütergemeinschaft liegt weiter wieder die Verwaltung durch den Ehemann (Art. 216 I, III) wenn sie nicht Dritten, z. B. einer Bank oder einer Treuhandgesellschaft (siehe oben S. 28 f.), übertragen wird, ferner das Erfordernis der Einwilligung des andern Ehegatten zur Ausschlagung von Erbschaften (Art. 218 I) und schliesslich die Verpflichtung des Gesamtgutes zur Tragung der ehelichen Lasten. Zwingend ist auch Art. 216 II, so dass nicht etwa die Kosten der Verwaltung dem Sondergut eines Ehegatten überbunden werden können. Zugunsten der Ehefrau ist Art. 216 III bloss einseitig nachgiebig, d. h. ihr Verwaltungsrecht darf nicht mehr eingeschränkt werden, sofern nicht die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 164) vorliegen.

Zum Schutze des einzelnen Ehegatten ist das Rekursrecht nach Art. 218 II aufgestellt; es darf daher nicht vertraglich ausgeschlossen werden, ebensowenig die konkursrechtliche Norm des Art. 224. Als absolut zwingend ist auch das Recht des Ehemannes zu bezeichnen, auf Aufhebung der Gemeinschaft zu klagen, wenn das Gesamtgut infolge der Verbindlichkeiten der Frau (Art. 219, 2, 3) in solchem Masse überschuldet ist, dass ein späterer Erwerb des Mannes erheblich gefährdet wird. Ein solches Recht muss unbedingt als „unverzichtbares Notstandsrecht“[136]) des Mannes erklärt werden.

Schliesslich ist noch zwingend Art. 226 II, der den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten einen Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögens vorbehält, denn dieser Artikel hat, wie überhaupt jeder Teilungsmodus bei der Gütergemeinschaft, neben der güterrechtlichen noch eine erbrechtliche Funktion.[137])

---

[136]) Ehrlich S. 196 f.

[137]) Wieland in dieser Zeitschr. 40 S. 399.

Die Frage,[138]) ob dieser Viertel netto zu berechnen sei oder ob daran auch der überlebende Ehegatte neben dem güterrechtlichen Anspruch von höchstens drei Vierteilen des Gesamtgutes noch einen erbrechtlichen habe, so dass er also an diesem Viertel noch mit $^1/_{16}$ partizipieren würde, lässt sich wohl überzeugend dahin beantworten, dass der Viertel den Nachkommen netto zugesprochen werden muss. Einmal spricht Art. 226 II ausdrücklich von Nachkommen (nicht etwa von Erben), denen der Anspruch nicht entzogen werden dürfe, und dann ist noch zu beachten, dass bei der Gütergemeinschaft andere güterrechtliche Verhältnisse bestehen als bei den übrigen Güterständen.[139]) Bei diesen allen bestehen immer noch zwei getrennte Vermögenskomplexe, die höchstens zu Verwaltungszwecken in der Hand des Mannes äusserlich vereinigt sind;[140]) es lässt sich daher bei Auflösung der Ehe mehr oder weniger leicht feststellen, was der Frau und was dem Manne zu Eigentum gehört, und ein etwa vorhandener Vor- oder Rückschlag ist auch verhältnismässig leicht zu berechnen. Hier ist es auch durchaus am Platze, wenn dem einen Ehegatten am Vermögen des andern ein erbrechtlicher Anspruch gegeben wird, der neben den vorher zu erledigenden güterrechtlichen tritt. Anders bei der Gütergemeinschaft. Hier ist, abgesehen von dem meistens sehr unbedeutenden Sondergut, nur ein Vermögen vorhanden, bei dessen Auflösung eine Trennung in erb- und güterrechtliche Ansprüche nicht mehr angeht, sondern wo der Teilungsmodus zugleich die erb- und die güterrechtlichen Folgen der Auseinandersetzung erledigt. Der überlebende Ehegatte hat hier daher nur einen Anspruch, mag man ihn

[138]) Sie ist neuestens durch Siegwart in der schweiz. Jur. Zeit. 8 S. 315 aufgeworfen worden, ohne die notwendige Klärung zu bringen.

[139]) Es sei nochmals auf den öfter citierten Aufsatz von Peter in dieser Ztschr. 40 S. 3 ff verwiesen.

[140]) Eine Ausnahme von dieser Regel bildet die Gütereinheit, die aber, wenn der Mann solvent bleibt, die allereinfachste güterrechtliche Situation darbietet.

nun aus dem Güterrecht oder aus dem Erbrecht entspringend bezeichnen[141]) und dieser Anspruch befriedigt ihn für alle Forderungen, die er an das Gesamtgut zu stellen berechtigt ist. Hat er darum das Maximum von drei Vierteilen des Gesamtgutes erhalten, so soll der letzte Vierteil ungeschmälert den Nachkommen des Verstorbenen zukommen. In anderem Zusammenhange wird noch von seinen eventuellen Nutzungsrechten zu reden sein, da sie meistens erbrechtlicher Natur sind.

Als zwingend hat man auch anzusprechen die Normen des Art. 227 über die Haftung; ein Vertrag, der der Frau das Ausschlagungs- resp. beschränkte Haftungsrecht (nach Art. 227 II, III) nehmen wollte, wäre als gegen die guten Sitten verstossend nichtig.

Für das Sondergut gelten die allgemeinen Grundsätze. Dass Art. 215 I zu weit gefasst ist[142]) („das Vermögen und die Einkünfte"), hat schon Piaget[143]) gerügt; daraus darf man aber nicht mit ihm den Schluss ziehen, als sei bei Gütergemeinschaft überhaupt kein Sondergut möglich. Allerdings ist ein ausgedehntes Sondergut mit der Gütergemeinschaft nicht wohl vereinbar,[144]) sonst verliert sie ihren Charakter.

c) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft wird ihrem Inhalte nach durch zwingende Rechtsnormen geregelt; die gesetzlich garantierten Rechte der Abkömmlinge dürfen weder durch Vertrag noch durch Verfügung von Todes wegen

---

[141]) Ich verkenne nicht, dass nach ZGB selbst bei Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte einen gesondert güterrechtlichen und einen gesondert erbrechtlichen Anspruch hat; man hat diese Lösung um der Einfachheit und Konsequenz willen angenommen, aber sie entspricht nicht dem Wesen der Gütergemeinschaft. Praktisch wird sie sich bloss in einer Quotenverschiebung äussern. Siehe unten im 3. Kap. 2. Teil 2 e.

[142]) In allen drei Texten ist dieselbe zu large Fassung „tous les biens et revenus"; „tutti i beni e tutti i redditi".

[143]) Piaget S. 42.

[144]) Schröder, Recht des BGB S. 8.

gebeugt werden;[145]) die Ehegatten können sie daher bloss im ganzen ausschliessen, nicht aber im einzelnen abändern.[146])

Zwingender Art sind natürlich die Vorschriften, die sich über den Parteiwillen hinweg direkt an die Vormundschaftsbehörde richten, so die Art. 229 II und 232 III, dann die von Gesetzes wegen eintretenden Wirkungen der Art. 232 II und Art. 232 I; schliesslich Art. 234 I, weil konkursrechtlicher Art. Man könnte geneigt sein, auch die Norm des Art. 229 III, wonach erbrechtliche Ansprüche während der Gütergemeinschaft nicht geltend gemacht werden können, als zwingend anzusehen, wenn nicht indirekt eine Befriedigung solcher Ansprüche doch möglich wäre, nur heisst sie hier Abfindung infolge von Austreten (Art. 232 II) oder Ausscheiden (Art. 234 II, 235 I) eines oder mehrerer Kinder. Allerdings setzen die andern, die nicht ausgetreten oder ausgeschieden sind, die Gemeinschaft fort; trotzdem erfolgt von Seiten des austretenden oder ausscheidenden Kindes eigentlich die Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche, denn güterrechtliche Ansprüche hat es gegen die Gemeinschaft nie gehabt und hat sie auch durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft in nur unvollkommener Weise erhalten.[147]) Das tritt allerdings durch die Teilungsregel des Art. 236 nur undeutlich hervor; dieser ist absolut zwingender Art, weil neben güterrechtlichen auch erbrechtliche Wirkungen geregelt werden.

Nachgiebiger Art ist vor allem die Norm des Art. 229 I, wonach das Weiterleben in fortgesetzter Gütergemeinschaft ganz in das Belieben des überlebenden Ehegatten gestellt ist; sie tritt nicht, wie nach BGB § 1483, von Gesetzes

---

[145]) Gierke, Der Entwurf eines BGB S. 432.

[146]) Schröder a. a. O. S. 23.

[147]) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist als solche ein Institut des Güterrechts, nicht des Erbrechts (Strohal, Erbrecht I³ S. 12 f.), was nicht ausschliesst, dass bei ihr wie bei der Gütergemeinschaft überhaupt, auch erbrechtliche Grundsätze hineinspielen. Es findet bei ihr, wie beim Erbrecht, eine Gesamtnachfolge statt. Kipp, Erbrecht S. 7.

wegen ein, sondern muss zuerst durch Vertrag vereinbart werden; nach BGB dagegen muss sie durch Vertrag (§ 1508) oder durch einseitige Ablehnung[148]) ausgeschlossen werden.[149]) Die Lösung des schweizerischen Rechts ist ohne Zweifel geschickter, denn wenn wirklich der Wille zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft vorhanden ist, so ist ein entsprechender Vertrag bald geschlossen,[150]) während umgekehrt die Ausschliessung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu langwierigen und unangenehmen Auseinandersetzungen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen Anlass geben kann. Der Wert der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird dann illusorisch, wenn mündige Kinder vorhanden sind, die auszutreten begehren. Immerhin hat das Gesetz verstanden, sie durch die Bestimmung des Art. 231 II, wonach unter Umständen die Vertretung der Gemeinschaft ihnen über tragen werden kann, am Fortbestehen der Gütergemeinschaft zu interessieren.

Möglich ist, zum vornherein im Ehevertrag zu vereinbaren, dass die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten eintreten oder dass sie im Gegenteil ausgeschlossen sein solle.

Durchaus nachgiebig ist Art. 230 I,II, der den Umfang der Gütergemeinschaft festsetzt. Fraglich ist, ob eine Erweiterung des Sondergutes dergestalt möglich ist, dass es nun bei fortgesetzter Gütergemeinschaft grösser ist als vorher während der Ehe, oder ob die Grenze zwischen Sondergut und Gesamtgut unverrückbar dieselbe bleiben muss. Da aber die Möglichkeit besteht, schon während der Ehe hier Verschiebungen vorzunehmen, so wird man auch zulassen dürfen, dass z. B. die Frau nach dem Tode des Mannes die Gütergemeinschaft zwar fort-

---

[148]) Gegen die Normierung des BGB erhob schon Tietze S. 83 Bedenken.

[149]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1484.

[150]) Wenn die Vormundschaftsbehörde nicht Schwierigkeiten macht.

setzen will, sich aber immerhin ein grösseres Sondergut vorbehält. Im einzelnen kann das allerdings zu schwierigen erbrechtlichen Komplikationen führen.

Nicht ganz klar ist das Verhältnis von Art. 230 I zu Art. 230 II. Es fragt sich, ob bei unentgeltlichem Erwerb nach Art. 230 II die Nutzung von der Gütergemeinschaft umfasst wird oder ob etwa noch Art. 292 durchgreift, der den Ehegatten überhaupt die Nutzung am Vermögen unmündiger Kinder zuweist. Der scharfe Unterschied, der in der Formulierung zwischen Art. 230 I und II besteht, lässt aber doch darauf schliessen, dass weder die Gemeinschaft noch der Ehegatte Nutzungsrechte an solchem unentgeltlich erworbenen Sondergut habe.

Ausdrücklich auf mögliche Vereinbarung verweist Art. 231 II, der die Vertretungsbefugnis ordnet; dagegen geben Art. 232 I, II, III; 235 I, II dem Ehegatten, den Nachkommen resp. der Vormundschaftsbehörde unentziehbare Rechte.

d) Die Fahrnisgemeinschaft.

Bei der Fahrnisgemeinschaft bleibt es dem Vertrag der Ehegatten überlassen, ob die von der Gemeinschaft ausgeschlossenen Vermögenswerte unter den Regeln der Gütertrennung (nach Art. 237 II) oder unter denen der Güterverbindung stehen sollen. Ist keine besondere Vereinbarung getroffen, so gilt Art. 238 II als Auslegungsregel.

e) Die Errungenschaftsgemeinschaft.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft lässt sich fragen, ob nicht konsequenterweise das eingebrachte Gut auch unter die Regeln der Gütertrennung gestellt werden könne, wie das bei der Fahrnisgemeinschaft auch der Fall ist. Das Gesetz spricht zwar in Art. 239 III nur von der Güterverbindung — aber auch vorausgesetzt, dass das kein Redaktionsversehen ist,[151]) so liegt kein Grund

[151]) Allerdings haben E_1 Art. 267 und E_2 Art. 254 nur die Güterverbindung; man scheint auch bei den Beratungen der Expertenkommission (I S. 300 ff) gar nicht an die Gütertrennung gedacht zu haben.

vor, nicht auch die Gütertrennung zuzulassen. Allerdings kennt BGB § 1519—1548 im entsprechenden Falle nur die Unterstellung unter den gesetzlichen Güterstand, die Verwaltungsgemeinschaft, das braucht aber für uns kein Grund zu sein, die Gütertrennung auszuschliessen. Man könnte allenfalls gegen sie einwenden, dass bei ihr die Feststellung der Errungenschaft wegen der getrennten Verwaltung zu grosse Schwierigkeiten mache.

Nachgiebig ist jedenfalls Art. 240, der die Beteiligung am Vor- und Rückschlag ordnet.

Die Vermutung spricht für das Gesamtgut[152]) d. h. die Errungenschaftsgemeinschaft; kann ein Vermögenswert weder dem eingebrachten Gut des Mannes noch dem der Frau zugewiesen werden, so wird er als Vorschlag behandelt.

f) Die Gütertrennung.

Zwingend im „güterrechtlichen" Sinne ist Art. 242 I 1. Satzteil, denn es liegt in der Natur der Gütertrennung, dass die Ehegatten Eigentum an ihrem Vermögen behalten; zwingend sind weiter Art. 241 I und 244 I; die Frau kann sich also, wenn sie dem Manne Verwaltung und Nutzung an ihrem Vermögen übergeben hat, kein Vorzugsrecht bestellen lassen. Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn die Übergabe von Frauengut an den Mann unter dem ausdrücklichen Vorbehalt als Ehesteuer (nach Art. 247 II) erfolgt ist; diese Ehesteuer untersteht den Regeln der Güterverbindung; das Gesetz gewährt für sie auf die Hälfte ein Konkursprivileg (nach Art. 210 f.) und für den Rest der Hälfte ein Privileg 4. Klasse (nach Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Art. 219). Schon dem Wortlaute nach sind Art. 241 I (Umfang der von Gesetzeswegen oder durch Gerichtsurteil begründeten Gütertrennung) und 242 III (über das Recht der Frau, jederzeit die etwa dem Manne wenn auch vertraglich zuge-

---

[152]) Dernburg IV S. 205.

standene Verwaltung wieder an sich zu ziehen)[153]) zwingend und bedürfen keiner weitern Erklärung. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (da ZGB eine dem BGB § 137 entsprechende Bestimmung nicht kennt) ergibt sich auch, dass es bei der Gütertrennung nicht möglich ist, Verfügungsrechte eines Ehegatten über sein Vermögen mit Wirkung gegen Dritte auszuschliessen oder zu beschränken.[154])

Sehr einfach ist die Haftung, da bei der Gütertrennung kein Unterschied zwischen Haftung aus Sondergut, eingebrachtem Vermögen oder Gesamtgut besteht; die Vorschriften des Art. 243 I—III sind daher, wie die konkursrechtlicher Art, absolut zwingend. Als zwingend muss auch die Beitragspflicht der Frau nach Art. 246 I, II angesprochen werden, denn diese Pflicht liegt in der Natur der Ehe, obwohl faktischer Verzicht von Seiten des Mannes durchaus möglich erscheint.[155])

Das selbstverständliche Korrelat dazu bietet Art. 246 III, wonach der Ehemann für diese Beiträge nicht ersatzpflichtig ist.

Durch Vereinbarung kann der Umfang der Gütertrennung festgesetzt werden (Art. 241 II), denn es kann

---

[153]) Cohn S. 35 und Hoffmann Sten. Bull. 15 S. 1150.

[154]) Schmidt-Habicht Anm. 6 d α zu 1432 und Dernburg IV S. 172 gegen Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II4 § 292, 3 a β; in der 5. Aufl. § 319 hat Cosack seine Meinung fallen gelassen.

[155]) Und auch, wie die englische Praxis zeigt, sehr häufig ist.

Mit der Erklärung der Beitragspflicht der Frau als zwingender Norm setze ich mich in Widerspruch mit den Ausführungen der Motive zum BGB.

Mot. IV S. 323 lassen wirksamen Verzicht auf diese Pflicht zu, denn „sie ist nicht als eine solche mit dem ehelichen Verhältnisse verbundene Folge anzusehen, die durch das Wesen der Ehe absolut gefordert wird.“ Mir scheint das Gegenteil richtig; aus idealen und sozialen Gründen sollte die Frau nach ihrem Vermögen (physisch wie pekuniär genommen) zum Unterhalt der Ehe beitragen. Faktisch wird freilich der Mann oft auf ihren Beitrag verzichten, ihr aber dann auch kein Nadel- und Kleidergeld ausrichten.

Fahrnis- (nach Art. 237 I, II) oder eventuell Errungenschaftsgemeinschaft[156]) (nach Art. 239 III) verabredet sein; nachgiebig ist auch Art. 247 I, der die Ehesteuer zulässt; anstatt unter den Regeln der Güterverbindung zu stehen (Art. 247 II), kann sie auch nach Art. 199 ins Eigentum des Mannes übergehen und der Frau dafür eine Ersatzforderung gegeben werden. Art. 199 sieht diesen Übergang zwar nur für das gesamte Frauengut vor; darin liegt aber kein Grund, nicht auch bloss einen Teil so übergehen zu lassen; dadurch werden weder Interessen der Frau noch solche Dritter verletzt. Stände die Ehesteuer unter den Regeln der Güterverbindung, so bestände schon nach Art. 212 II eine eventuelle Ersatzpflicht des Mannes. Eine blosse Forderung nach Art. 199 ist für die Ehefrau wie für den Ehemann viel bequemer, wenn vielleicht auch im Konkurse des Ehemannes etwas gefährlicher; denn wenn der Mann neben einer Ehesteuer auch noch am übrigen Frauenvermögen Verwaltung und Nutzung hat, so unterstehen zwei verschiedene Vermögensgruppen der Frau seiner Verwaltung, für die er verschieden haftet, je nachdem sie unter den Regeln der Güterverbindung (Ehesteuer) oder der Gütertrennung (übriges Frauenvermögen) stehen.

IV. Voraussetzungen beim Ehevertrag.

Vor allem sind die Formvorschriften des Art. 180 und 181 derart zwingend, dass von ihrer Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages abhängt (OR Art. 11 II)[157]). Rein äusserlich mit dem Ehevertrag verbundene Nebenberedungen teilen sein Schicksal, haben aber auf seinen Bestand keinen Einfluss (s. o. S. 21 ff.).

Es liegt schon in der Natur des Ehevertrages, dass er vom Zustandekommen der Ehe bedingt ist. Ist er daher vor der Ehe von Brautleuten abgeschlossen, so bleibt seine Wirkung solange hinausgeschoben, bis die

[156]) Vergl. oben unter e.

[157]) Huber in dieser Zschr. 35 S. 535.

Ehe geschlossen ist; wird die Ehe nicht eingegangen, so ist auch der Ehevertrag ein nihil actum. Ist er dagegen nach Eingehung der Ehe abgeschlossen, so entfällt seine Wirkung mit der Auflösung der Ehe; über die Dauer der Ehe hinaus kann sich ausnahmsweise der Ehevertrag auf die Auseinandersetzung der Güterrechtsverhältnisse und z. B. auch auf die Ausschliessung der Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft beziehen. Im übrigen sind die Ehegatten für die Ordnung der Güterrechtsverhältnisse nach dem Tode eines von ihnen auf die Anwendung der Verfügungen von Todeswegen angewiesen. Wird die Ehe durch Scheidung aufgelöst, so ergeben sich verschiedene Fragen, die eingehender behandelt werden müssen (vgl. unter VI).

Daneben unterliegt aber der Ehevertrag ganz allgemein den Vorschriften des Obligationenrechts.[158]) Daher sind Zeitbestimmungen, Bedingungen und Befristungen zulässig; es kann z. B. „der Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft von der Geburt eines Kindes abhängig" gemacht werden oder „die allgemeine Gütergemeinschaft vorläufig zwei Jahre dauern".[159]) Es sind auch, da der Ehevertrag güterrechtliche, mit andern Worten vermögensrechtliche Verhältnisse regelt, die Grundsätze des Obligationenrechts über die Willensmängel (Simulation OR Art. 18, Mangel der Ernstlichkeit, also absichtliche Täuschung Art. 28, Irrtum Art. 23 ff, Drohung Art. 29 usw.) massgebend.[160]) Weiter ist ein Ehevertrag ungültig, der unsittliche Bestimmungen enthält;[161]) schon oben wurden derartige Abmachungen erwähnt; unsitt-

---

[158]) Gmür Bem. 3 zu Art. 7; Reichel Anm. 4 zu Art. 7; Giesker-Zeller in dieser Zschr. 50 S. 208, dem ich aber im einzelnen nicht folgen kann.

Vergl. die Bedenken Rabels in Dtsch. Jur. Z. 15 S. 26 f und Rhein. Zsch. 4 S. 142.

[159]) Dernburg IV S. 173 und Schmidt-Habicht Bem. 1 c zu 1432.

[160]) Oser Vorbem. I 4 und V 2 a zum 1. Abschnitt des OR.

[161]) Planck Anm. 3 b zu 1432.

lich ist z. B. aber auch die derogatorische Klausel, wonach sich die Ehegatten verpflichten, den vereinbarten Güterstand niemals zu ändern oder aufzuheben; weiter wäre eine Abmachung unsittlich, die das Recht der Ehefrau, wegen Gefährdung ihres eingebrachten Gutes oder des ehelichen Vermögens Sicherstellung zu verlangen oder Gütertrennung zu erwirken, beschränken wollte.

Ist die geschlossene Ehe mit Erfolg angefochten, so ist auch der Ehevertrag unwirksam, weil er das Bestehen der Ehe voraussetzt. Es finden in einem solchen Falle, soviel die Folgen der Unwirksamkeit des Ehevertrages betrifft, die allgemeinen Grundsätze über Vindikation, über Kondiktion, über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung.[162]) Ist vor der Anfechtung bereits infolge vereinbarter Gütergemeinschaft eine Eintragung im Grundbuch erfolgt (ZGB 665 III), so hat die Klage des einen Scheinehegatten gegen den andern den Charakter der Vindikation, nicht den der Kondiktion.[163])

Für den Fall, dass ein Ehevertrag wegen eines Formmangels nichtig oder aus einem andern Grunde mit Erfolg angefochten worden ist, tritt der ordentliche Güterstand, also Güterverbindung ein. Der Wortlaut von Art. 178 lässt keine andere Auslegung zu und unter den Voraussetzungen, unter denen der ausserordentliche Güterstand, also Gütertrennung, eintritt, ist der berührte Fall nicht vorgesehen. Trotzdem liesse sich manches dafür anführen, dass hier Gütertrennung, nicht Güterverbindung, eintrete.

---

[162]) Mot. IV S. 309.

[163]) Diese Lösung, die Strohal in J. Jhb. 27 S. 457 „durch das Wesen der Sache geboten" erachtet, findet doch nicht seinen Beifall, da hier ausnahmsweise der Eintritt des Rechtsübertragungseffektes „ganz unbefangen" von der Gültigkeit des Ehevertrages abhängig gemacht werde, während sonst überall der Rechtsübertragungseffekt auch dann eintrete, wenn das Kausalgeschäft ungültig sei.

Es fragt sich, ob nicht die im frühern Berner Recht [164]) enthaltene Bestimmung hier Platz greife, wonach bei Ungültigkeit eines Eheverkommnisses wegen Formmangels entweder der förmliche Ehetag oder das unmittelbar vorangehende Eheverkommnis an seine Stelle tritt, es wäre denn das eine wie das andere auf die vorgeschriebene Weise förmlich aufgehoben worden. Auf das ZGB übertragen heisst das: tritt bei Aufhebung oder bei Anfechtung eines spätern Ehevertrages der frühere wieder in Kraft oder tritt Güterverbindung oder Gütertrennung ein? Der vom Berner Recht eingeschlagene Weg scheint für das ZGB nicht gangbar. Einmal liegt im Abschluss eines neuen Ehevertrages die stillschweigende Aufhebung des früheren, wenn sich der neue nicht einfach auf Detailfragen oder Nebenberedungen nicht güterrechtlicher Art beschränkt. Weiter wäre es nicht wünschenswert, und zwar im Interesse der Gläubiger und der Ehegatten nicht, dass bei Aufhebung eines spätern Ehevertrages der frühere wieder in Kraft tritt. Die dadurch hervorgerufene Unsicherheit wäre zu gross. Man könnte allerdings einwenden, dadurch, dass der spätere Ehevertrag ungültig sei, habe er den frühern gar nicht aufheben können, dieser bestehe also nach wie vor zu Recht. Das ist ja richtig, aber wenn man überlegt, was für eine Unordnung entstehen kann, wenn die Ehegatten z. B. zuerst Gütertrennung vereinbaren, und dann in einem ungültigen Ehevertrag Gütergemeinschaft vereinbaren wollen, so zieht man lieber die feste Norm vor, wonach bei Ungültigkeit eines Ehevertrages der ordentliche Güterstand eintritt.

Wird in einem Ehevertrag bloss der ordentliche Güterstand ohne Wahl eines andern ausgeschlossen, so tritt der ausserordentliche, d. h. Gütertrennung, ein.

V. Das Güterrechtsregister.

Die Lehre vom Güterrechtsregister gehört nicht zu unserm Thema, sie soll darum auch nur kurz gestreift werden.

[164]) Huber I S. 374.

Es ist dem Ehevertrag eigentümlich, dass seine Festsetzungen nicht bloss das Verhältnis der beiden Vertragsschliessenden bestimmen, sondern wesentlich auch gegen dritte Personen wirken. Nicht nur für das „innere" Verhältnis, wie man zu sagen pflegt, setzt er die Güterrechtslage in massgebender Weise fest, — er tut dasselbe auch nach aussen, und die dadurch geschaffene vermögensrechtliche Situation wirkt für und gegen jeden Dritten, der sich mit beiden Ehegatten oder mit einem von ihnen in vermögensrechtlicher Beziehung einlässt.[165]) Aus diesem Grunde ist er nicht nur einer der praktisch wichtigsten Verträge (der deshalb auch zum Abschluss einer besondern Form bedarf), sondern er gehört zur Kategorie derjenigen Geschäfte, die (nach Art der dinglichen) um ihrer Wirkung gegen Dritte willen auch unmittelbar für Dritte erkennbar sein müssen.[166]) Dieses Prinzip der Publizität wird durch das Güterrechtsregister durchgeführt; die Eintragung ist die massgebende gesetzliche Form, um die güterrechtlichen Vereinbarungen der Ehegatten nach aussen hin erkennbar zu machen und den guten Glauben Dritter auszuschliessen,[167]) soweit Dritte durch den Ehevertrag überhaupt benachteiligt werden können. Niemand kann sich dem Inhalte des Registers gegenüber auf seine Unkenntnis berufen. Umgekehrt bedarf es dem gegenüber nicht der Eintragung, der das wahre, aber nicht eingetragene Güterrechtsverhältnis kannte.[168]) Entscheidend für die Kenntnis ist die Zeit des Geschäftsschlusses des Dritten mit dem Ehegatten, bei Prozessen der Eintritt der Rechtshängig-

---

[165]) Crome im Handwörterbuch 3, S. 584 und besonders im Livre du centenaire 1904 S. 609 ff.

[166]) Kisch, Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht S. 815; sowie Crome a. a. O. im interessanten Vergleich mit dem französischen Recht.

[167]) Crome a. a. O.

[168]) Schmidt-Habicht Anm. 9 zu 1435; gegenüber Rümelin S. 36 und Cohn S. 17 glaube ich das auch für das ZGB behaupten zu können. Vergl. Erl. S. 174.

keit; waren die Vereinbarungen in diesem Augenblicke eingetragen oder dem Dritten sonst bekannt, so kommen sie ihm gegenüber zur Anwendung.[169]) Die Kenntnis des Dritten vom wirklichen Güterstand im kritischen Zeitpunkt muss nachgewiesen werden; blosses Kennenmüssen genügt nicht. Im Einzelfall wird oft schwierig zu entscheiden sein, ob Kennen oder blosses Kennenmüssen vorliegt.[170])

Bei den mannigfachen Schwierigkeiten, die das Auseinanderhalten des „äussern" und des „innern" Güterrechtsverhältnisses oft bieten kann, wäre es wünschenswert gewesen, dem Güterrechtsregister eine weitergehende Wirkung zu verleihen. Bei der Beratung wurde von Bucher[171]) ein dahingehender Antrag gestellt und es hat eigentlich viel für sich, wenn das Güterrechtsregister eine absolut konstitutive Wirkung hätte, so dass also ohne Unterschied zwischen innerm und äusserm Verhältnis entweder der eingetragene Güterstand[172]) oder der ordentliche Güterstand gälte. Träte aus irgend einem Grunde der ausserordentliche Güterstand ein, so wäre die Eintragung von Amtswegen vorzunehmen. Dadurch wäre Treu und Glauben im Verkehr besser gewahrt, die Güterrechtsverhältnisse und — last not least der Kredit der Ehegatten hätte sich für sie und ihre Gläubiger einfacher, sicherer gestaltet. Es wäre ihnen erspart, dass sie mit einem eventuell nicht eingetragenen Güterstand genug getan zu haben glauben und nun zu ihrem Schaden einer für den andern haften müssen.

---

[169]) Erl. S. 173 f; Détails im BGB § 1558—1563.

[170]) Baligand, Beiträge zum Ehevertragsrecht (Diss. Würzburg 1906) S. 134.

[171]) Sten. Bull. 15 S. 678 f und Gottofrey ebenda.

[172]) Die Formulierung des Gesetzes in Art. 251 III „die Veröffentlichung. . . . hat nur anzugeben, welchen Güterstand die Ehegatten gewählt haben" bietet übrigens einen Beweis dafür, dass die Freiheit des Ehevertrages auf die vom Gesetze normierten Güterstände beschränkt sein solle; denn wie anders sollte ein selbstgebildeter Güterstand veröffentlicht werden?

So wie das Güterrechtsregister im BGB und ZGB geordnet ist, ist es ein Kompromiss, „ein Produkt zwischen der gesetzgeberischen Versöhnungspolitik in dem Konflikt zwischen den Interessen der Ehegatten an der Wandelbarkeit des Güterstandes und den Interessen des Verkehrs an der Verlässlichkeit der einmal begründeten und bekannt gewordenen Verhältnisse.“[173]) Das Register ist Publizitäts-, nicht Validitätsform;[174]) es hat daher nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuches; der Dritte ist demnach durch einen Eintrag nur bei Rechtswirksamkeit der Unterlagen geschützt, auf denen der Eintrag im Güterrechtsregister ruht;[175]) weiter sind die eingetragenen Tatsachen nicht [176]) eintragungspflichtig, sondern nur eintragungsfähig.

Der Dritten gegenüber wirksame Güterstand wird gewöhnlich der „geschützte“ genannt;[177]) und geschützt ist vor allem der ordentliche Güterstand; durch Eintragung kann aber auch jeder vertragsmässige den Schutz erlangen. Diese Formulierung ist deshalb nicht ganz zutreffend, weil ja, wie Baligand selber hervorhebt,[178]) eigentlich nicht der Güterstand, sondern der Dritte geschützt wird. Man kann aber sagen: formell besteht der ordentliche, resp. ein eingetragener vertragsmässiger Güterstand solange (selbst wenn er inzwischen durch einen neuen Ehevertrag aufgehoben ist), als nicht im Register ein neuer Güterstand eingetragen oder sonst dem Dritten bekannt geworden ist.

Es lag mir daran, diese formelle Wirkung des Güterrechtsregisters hervorzuheben und diese Bezeichnung vorzuschlagen.[179])

---

[173]) Baligand S. 115.

[174]) Hoffmann Sten. Bull. 15 S. 1106.

[175]) Schmidt-Habicht Anm. 7 zu 1435; ebenda Opet Anm. 1 b a. E.

[176]) Tietze S. 63 f.

[177]) So von Baligand a. a. O.

[178]) S. 116 Anm. 1.

[179]) Auf die weitern Ausführungen Baligands über die Grenzen

VI. Ehevertrag und Scheidung.

Da die Ehescheidung güterrechtliche Folgen hat, die auch das vertragsmässige Güterrechtsverhältnis unter den geschiedenen Ehegatten betreffen, so soll sie hier kurz berührt werden. Vor allem ist zu bemerken, dass der Art. 154 I—III, der hier in Funktion tritt, wohl einer der am schlechtesten redigierten und am unpräzisesten abgefassten Artikel des ganzen Familienrechtes darstellt. Es wird Aufgabe von Theorie und Praxis sein, hier den Ariadnefaden zu finden, der zu einer gerechten Lösung führt.

Das soziale Interesse, das die Rechtsordnung wahren will, bringt es mit sich, dass sich die für die Scheidung aufgestellten Normen als durchaus zwingend darstellen und daher der vertraglichen Regelung entzogen sind. Ein solcher Vertrag „für den Fall der Scheidung" wäre überhaupt schon als unsittlich ungültig. ZGB geht aber noch weiter, indem es ganz allgemein bestimmt (Art. 154 III), dass geschiedene Ehegatten aus Eheverträgen und aus Verfügungen von Todeswegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Rechte ableiten können, also auch dann nicht, wenn in einem Ehevertrag eine güterrechtliche Vereinbarung ganz allgemein „für den Fall der Auflösung der Ehe" getroffen worden war.

Verhältnismässig einfach ist das Aufhören aller erbrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, mögen sie

---

des durch das Register gewährten Schutzes kann hier nicht eingegangen werden. Ob er recht hat, wenn er (gegen Hellwig) auf S. 121 meint: „wird während der Rechtshängigkeit eines Rechtsstreites der schon zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit bestehende vertragsmässige Güterstand dem Gerichte . . . . . bekannt, so kann der Gegner die Durchführung des Rechtsstreites nicht unter Berufung auf den Verlässlichkeitsschutz verlangen."?? Der Gegner prozessiert doch eben, weil er auf einen andern als den ihm erst im Verlaufe der Verhandlung bekannt gewordenen Güterstand abgestellt hat, und dass ihm der wirkliche Güterstand nicht früher bekannt wurde, ist nicht seine Schuld, sondern ein Fehler der Ehegatten, die die Eintragung der Abänderung versäumt haben.

nun aus Gesetz oder Verfügungen von Todeswegen (letztwillige Verfügung oder Erbvertrag) entsprungen sein. Allerdings liessen frühere Kodifikationen, vor allem das österreichische Recht (ABGB § 1266), dann aber auch verschiedene kantonale Rechte dem schuldlosen Gatten gewisse erbrechtliche Ansprüche. Diese Bestimmung [180]) hat das ZGB nicht übernommen. Damit ist nicht gesagt, dass überhaupt jede erbrechtliche Verfügung unter geschiedenen Ehegatten ihre Wirkung verliere. Meistens werden ja solche Verfügungen unter der stillschweigenden, weil beiden Ehegatten selbstverständlichen Voraussetzung getroffen, dass die Ehe nur durch den Tod aufgelöst werde und dass daher bei Scheidung ohne weiteres die Wirkung solcher Verfügungen entfalle. Unter Umständen wird aber der seltene Fall eintreten, dass die Ehegatten trotz der Scheidung ihre erbrechtlichen Verfügungen aufrecht erhalten wollen. Zu sagen,[181]) ein Ehegatte könne zu Gunsten des andern erbrechtliche Verfügungen machen, mit der ausdrücklichen Erklärung, sie seien auch im Falle der Scheidung aufrecht zu erhalten, ist wohl zu weit gegangen. Ein solcher Vorbehalt käme auf einen Vertrag „für den Fall der Scheidung" heraus und wäre darum unsittlich.[182]) Zudem stellt Art. 154 III die allgemeine Regel auf, wonach geschiedene Ehegatten aus Verfügungen von Todeswegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben können. Dieser Absatz gibt also dem verfügenden Ehegatten eine allgemein durchgreifende exceptio, wenn man so sagen darf, die er den Ansprüchen des andern

[180]) Vergl. darüber Willwoll, Die Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweizerischem Recht S. 67 ff.

[181]) Darin geht wohl Egger Anm. 4 b zu 154, zu weit.

[182]) Jedenfalls geschähe ein solcher Vorbehalt nicht im Ehevertrag, wie Egger a. a. O. will, sondern im Erbvertrag, wäre aber auch dort unsittlich. Der Einwand Curtis (Nr. 17 zu 154) ist sachlich und formell wohl berechtigt, wenn er auch nicht das Entscheidende trifft. Ungenau Gmür Bem. 20 zu 154, der dem Ehevertrag sogar erbrechtlichen Inhalt zuweist.

entgegensetzt. Will er seine Verfügung trotzdem aufrecht erhalten, so bleiben ihm zwei Wege: entweder macht er von der ihm durch Art. 154 III an die Hand gegebenen exceptio keinen Gebrauch, oder aber er wiederholt die Verfügung nach der Scheidung. Das letztere ist wohl der sicherere Weg. Jedenfalls hat ein geschiedener Ehegatte nie ein Recht, dass eine erbrechtliche Verfügung des andern Teils aufrecht erhalten werde; denn mit der Scheidung entfällt ihre Wirkung von Gesetzeswegen und es bedarf einer Rechtshandlung seitens des Verfügenden, um sie trotzdem aufrecht zu erhalten. Art. 154 III ist also noch schärfer als Art. 477, der die Enterbungsgründe festsetzt; denn dort bedarf es immerhin noch einer Rechtshandlung des Verfügenden resp. des gesetzlichen Erblassers, um das Erbrecht des durch Gesetz oder Verfügung von Todeswegen Berechtigten zu beseitigen.

Wesentlich schwieriger sind die güterrechtlichen Verhältnisse bei der Scheidung. Immerhin: bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils behält der Ehevertrag die Wirksamkeit, die er bis zur Scheidung hatte, in vollem Umfange. Seine Wirksamkeit hört mit dem Urteil bloss für die Zukunft auf.[183]) Nach früherem Solothurner Recht[184]) z. B. konnte nur dann die Aufhebung des Ehevertrages verlangt werden, wenn nicht darin für diesen Fall ausdrücklich das Gegenteil festgesetzt war.

Art. 154 I, II stellt eine auf den ersten Blick sehr einfache Regel für die güterrechtliche Auseinandersetzung auf, die sich aber doch kompliziert gestaltet. Das Vermögen zerfällt in das Eigengut des Mannes und das der Frau, es tritt also Gütertrennung ein (Art. 189 I), wie das Gesetz klarer hätte sagen können.[185]) Der Begriff „Eigengut" ist

---

[183]) Mot. IV S. 309.

[184]) Huber I S. 376.

[185]) So liess das frühere Solothurner Recht schlechthin Gütertrennung eintreten; vergl. Reinert, Zivilgesetzbuch für den Kanton Solothurn zu § 205. Wie hier auch Gmür Anm. 1 zu 154.

unklar, da bei Gütergemeinschaft und bei Gütereinheit überhaupt kein Eigengut mehr im technischen Sinne vorhanden ist, da entweder ein Eigentum zu gesamter Hand oder Alleineigentum des Mannes vorliegt. Der Sinn des Art. 154 I erhellt erst bei der Vergleichung mit den beiden romanischen Texten: die Vermögensstücke sollen an die Ehegatten zurückfallen, soweit sie noch in natura vorhanden sind und also mit Sicherheit dem einen oder andern zugewiesen werden können. Am klarsten sagt das der italienische Text: la sostanza coniugale diventa proprietà del coniugo che l'ha apportata. Das ist eine einfache Regel, die ohne Rücksicht auf den unter den Ehegatten bestehenden Güterstand durchgeführt werden kann; die aber oft zu grossen Schwierigkeiten führen wird. Die einzig mögliche Erleichterung ist, den Ehegatten immer wieder zur Aufstellung eines Inventars zu raten.

Vermögensstücke, die weder dem einen noch dem andern Ehegatten zugewiesen werden können, werden als Errungenschaft behandelt; bei Gütertrennung werden solche Vermögensstücke wohl so behandelt, als ob beschränkte Gütergemeinschaft mit Gütertrennung (nach Art. 237) unter den Ehegatten bestanden hätte.

Schwierigkeit macht vor allem die Gütergemeinschaft. Gesetzt, es seien noch alle Vermögensstücke vorhanden und weder ein Rück- noch ein Vorschlag erzielt, so ist die Auseinandersetzung einfach: die Frau nimmt das ihre und der Mann das seine. Ist das aber nicht mehr möglich, wie soll dann geteilt werden? Nach Hälften, wie das Gesetz in Art. 225 I anordnet, oder nach dem von den Ehegatten nach Art. 226 I vereinbarten Teilungsmodus? Oder etwa im Verhältnis ihres seinerzeit Eingebrachten?

E ad 1) Der Mann hat 80,000, die Frau 40,000 eingebracht. Beide Vermögensgruppen sind noch intakt vorhanden und durch Inventar ist die Eigentumsfrage gelöst; hier nimmt einfach jeder Teil sein Eigengut an sich unter Vorbehalt etwaiger Entschädigungsansprüche und Ersatzforderungen des einen gegen den andern.

E ad 2) Gleiche güterrechtliche Situation wie vorher. Die Ehegatten haben die Errichtung eines Inventars unterlassen; es ist nur ein Gesamtgut von 120,000 da; soll nun jeder Gatte 60,000 erhalten, trotzdem sie im Ehevertrage abgemacht haben, bei der Auflösung der Ehe solle im Verhältnis des Eingebrachten entweder $^2/_3$ den Erben des Mannes oder $^1/_3$ den Erben der Frau zufallen, so dass also auch hier im Verhältnis von 2 : 1 geteilt würde?

Diese letzte Lösung scheint die allein gerechte zu sein, weil kein Ehegatte mehr bekommt, als worauf er im Verhältnis zu seinem Eingebrachten ein Recht hat.

So wird bei allen Güterständen, die — hie und da „systemwidrige"[186]) — aber doch immer praktische und am meisten befriedigende Lösung durchgeführt, wonach die geschiedenen Ehegatten vor allem etwa noch vorhandene Vermögensstücke an sich ziehen und für die nicht mehr vorhandenen eine Ersatzforderung geltend machen, wofern mit den Regeln über die Verteilung des Vor- und Rückschlages nicht durchzukommen ist.

Der Vorschlag werde den Ehegatten „nach ihrem Güterstande zugewiesen", sagt das Gesetz in Art. 154 II recht unpräzis. Darin liegt eigentlich ein Mangel an Konsequenz, denn wenn das Gesetz in der Regelung der Grundfrage, der Verteilung des ehelichen Vermögens, das doch den finanziellen Grundstock der Ehe bildete, nicht auf den von den Ehegatten gewählten Güterstand abstellte, so sollte er auch bei der Verteilung von Vor- und Rückschlag unberücksichtigt bleiben. Die Norm des Art. 154 II kann sagen: 1. Der Vorschlag wird so verteilt, wie es das Gesetz für den Güterstand, unter dem die Ehegatten bisher gestanden haben, bestimmt. 2. Der Vorschlag wird nach dem von den Ehegatten gewählten und vielleicht in Beziehung auf Verteilung von Vor- und Rückschlag noch besonders modifizierten Güterstand

[186]) Vergl. die eingehenden Ausführungen Eggers Anm. 2 zu Art. 154 mit interessanter Beleuchtung des bisherigen Rechts.

(das ist eben „ihr Güterstand") zugewiesen, wobei nur Art. 154 III („können ... aus Ehevertrag ... keine Ansprüche erheben") im Wege steht, wenn er so allgemein angewendet werden soll, wie es den Anschein haben kann,[187]) oder schliesslich 3. Der Vorschlag wird im Verhältnis des seinerzeit Eingebrachten geteilt, so dass der den beiden geschiedenen Ehegatten zugewiesene Anteil in demselben Verhältnisse steht wie ihr Eingebrachtes.

E ad 1) Gleiche güterrechtliche Situation wie oben; im Ehevertrag wurde Teilung des Vorschlages nach Hälften verabredet. Bei der Scheidung sind 150,000 vorhanden. Sollen nun Mann und Frau nach dem gesetzlichen Modus je 75,000 erhalten; oder soll

E ad 2) der Mann 80,000+15,000, die Frau 40,000 + 15,000 erhalten oder soll schliesslich

E ad 3) verhältnismässige Teilung erfolgen, wonach der Mann 80,000+ 20,000, die Frau dagegen 40,000 +10,000 erhielte?

Die gerechteste Lösung scheint auch hier wieder die letzte zu sein; ob sie aber dem Gesetze entspricht, ist fraglich. Nach dem Gesetze scheint inkonsequenterweise die zweite Lösung die richtige, wonach also die Verteilung des Vor- (und jedenfalls auch des Rück-) schlages gemäss der ehevertraglichen Vereinbarung erfolgt. Dadurch wird aber das Prinzip durchbrochen, wonach die Ehegatten bei Scheidung keine Rechte aus Ehevertrag[188]) sollen

[187]) Vergl. nächste Anmerkung.

[188]) Wollte man Art. 154 III wörtlich nehmen und daraus die Konsequenzen ziehen, so käme ein unsinniges Ergebnis heraus. Zu den Ansprüchen aus Ehevertrag müsste man doch in erster Linie auch die Ansprüche auf Verteilung des Vor- und Rückschlages rechnen. Soll nun jeder Ehegatte bei Scheidung diese Ansprüche des andern mit der Begründung niederschlagen können, nach Art. 154 III könnten überhaupt keine Rechte aus Ehevertrag geltend gemacht werden? Das wäre eine ungeheuerliche Konsequenz und stände mit Art. 154 I und II in direktem Widerspruch. Vielmehr regelt Art. 154 III nur erbrechtliche Ansprüche (s. o. S. 60), was man allerdings mehr dem Gefühle als dem Wortlaute nach behaupten kann. (Wie hier auch Egger Anm. 3 b zu Art. 154.)

ableiten können. Geht man aber einmal so weit, dann müssen die Ehegatten auch die Möglichkeit haben, bei Güterverbindung so gut wie bei andern Güterständen den Vor- und Rückschlag anders zu teilen, als das Gesetz es vorsieht.[189])

Ähnliche Fragen liessen sich auch bei den übrigen Güterständen aufwerfen, nur sind sie nicht so frappant wie hier. Doch sind alle Lösungen sehr problematisch; ein besonnener Richter wird nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden müssen. Er hat es ja auch in der Hand, die Verteilung des Rückschlages auf den Nachweis des Ehemannes hin[190]) zu Ungunsten der Frau zu gestalten.

Schliesslich bleibt es auch den im Scheidungsprozesse liegenden Ehegatten unbenommen, durch Vertrag ihre güterrechtlichen Verhältnisse zu ordnen, denn wenn das Gesetz auch einen Vertrag für den Fall der Scheidung verpönt, so verbietet es damit noch nicht einen Vertrag aus Anlass der Scheidung (Art. 158, 5).[191])

Weiter haben die Ehegatten die Möglichkeit, Verfügungen von Todes wegen auch ausdrücklich im Falle der Scheidung als in Kraft stehend zu erklären; geschieht das nicht, so fallen diese Verfügungen dahin, ohne dass es einer besondern Ungültigkeitsklage bedürfte.[192]) Die

---

Das Wort „Ehevertrag" ist überhaupt in diesem Absatz ganz überflüssig und erklärt sich nur daraus, dass man sich bei der Abfassung des ersten Entwurfs über die Rolle des Ehevertrages nicht klar wurde und ihm auch erbrechtliche Funktionen zuwies (Vergl. E 1 177; E 2 Art. 161). Das Wort wurde dann versehentlich in die Schlussredaktion des ZGB übernommen, obwohl sich unterdessen der Begriff des Ehevertrages wesentlich verengert hatte.

[189]) Das übersieht Egger Bem. 3 c zu 154.

[190]) Vergl. Art. 154 II a. E.; 189 II; 214 II; 240 II. Bei der Vergleichung dieser Artikel fällt allerdings auf, dass das Gesetz in diesen durchaus identischen vier Fällen nicht auch stereotyp immer dieselbe Wendung braucht.

[191]) Huber I S. 205.

[192]) Egger Bem. 4 zu 154; ähnlicher Ansicht Gmür Anm. IV 3 zu 154.

übrigens nicht sehr wichtige Frage nach den Güterrechtsverhältnissen zweier sich wieder verheiratender, aber früher geschiedener Ehegatten wird beim Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung wohl dahin zu beantworten sein, dass diese Ehegatten entweder durch neu abgeschlossenen[193]) Ehevertrag ihre Güterrechtsverhältnisse selber ordnen müssen oder beim Fehlen eines solchen Vertrages dem gesetzlichen Güterstand unterstehen. Die Verfügungen von Todes wegen[194]), die mangels einer ausdrücklichen Erklärung bei der Scheidung dahingefallen sind, müssen ebenfalls neu getroffen werden.

Unser Gesetz kennt eben ausser einem einzigen Fall (Abkürzung der Wartefrist bei Wiederverheiratung Geschiedener nach Art. 104 II) keine Privilegierung Geschiedener zur Wiederverheiratung, sondern diese treten sich gegenüber und haben ihre Verfügungen neu zu treffen, als ob vorher nie ein ehegüterrechtliches Verhältniss zwischen ihnen bestanden hätte.

Diese Lösung mag doktrinär und im Einzelfall vielleicht umständlich erscheinen, sie schafft aber doch immer eine klare güterrechtliche Situation, um derentwillen man die Umständlichkeit gerne in den Kauf nimmt.

---

[193]) Dabei wird man zulassen dürfen, dass die Ehegatten in diesem neuen Ehevertrag einfach bestimmen, der alte Ehevertrag, mit andern Worten das frühere, vor der Scheidung unter ihnen bestehende Güterrechtsverhältnis solle wieder aufleben.

[194]) Zum gleichen Resultat kommt (gegen Rossel-Mentha I S. 224) Gmür a. a. O., wenn auch aus andern Gründen.