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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 33 (1914)

Artikel: Ehevertrag und Erbvertrag : Beiträge zum Ehevertragsrecht III. [Fortsetzung]

Autor: Henrici, Hermann

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896246

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.07.2025

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

Ehevertrag und Erbvertrag.

Beiträge zum Ehevertragsrecht. III.

Von Dr. Hermann Henrici.

4. Der Erbvertrag unter Ehegatten nach BGB und ZGB.

Obwohl das BGB zwischen Erbvertrag und Ehevertrag scharf scheidet, so hat es doch mit Rücksicht auf die besondere Natur des ehelichen Verhältnisses den Erbvertrag unter Ehegatten und Verlobten besonderen Bestimmungen unterworfen, die auf eine Erleichterung des Abschlusses solcher Verträge hinzielen.

Nach § 2275 II, III kann ein Ehegatte, resp. Verlobter als Erblasser mit seinem Ehegatten resp. Verlobten einen Erbvertrag selbst dann schliessen, wenn er aus irgend einem Grunde in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Da aber durch den Erbvertrag, anders als durch ein Testament,[1]) eine vertragliche Bindung herbeigeführt wird, so bedarf ein solcher Ehegatte oder Verlobter der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und, wenn dieser ein Vormund ist, ausserdem der Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts.

Ist der Ehegatte resp. Verlobte wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt, so kann er überhaupt keinen Erbvertrag schliessen. Das Gesetz spricht in § 2229 III für diesen Fall zwar nur die Testierunfähigkeit aus und eine wörtliche Auslegung wird es dabei bewenden lassen müssen — die Zustimmung des Vormundes scheint aber doch kein genügender Schutz zu sein, um einem derart entmündigten, der nicht einmal

[1]) Wofür Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich ist § 2229 I.

widerruflich verfügen kann, eine unwiderrufliche Verfügung zu gestatten.[2])

Eine weitere Erleichterung bringt das BGB für die Aufhebung des Erbvertrages. Ist der Erblasser, der einen Erbvertrag durch Vertrag aufheben will, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu der Aufhebung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (2290 II vergl. auch III). Dasselbe gilt auch für eine vertragsmässige Verfügung, worin ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet wird (2291 I). Schliesslich brauchen Ehegatten einen unter ihnen geschlossenen Erbvertrag nicht durch Vertrag aufzuheben, sondern können das in einem gemeinschaftlichen Testamente tun.

Ist der Erbvertrag mit einem Ehevertrage verbunden, so bedarf er nur der Form dieses letztern (2276 II); ist er dagegen für sich isoliert, so bedarf er der strengen Form des Erbvertrages. Ein solcher Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten besteht natürlich unter der stillschweigenden Voraussetzung, dass die Ehe resp. das Verlöbnis nicht vor dem Tode des Erblassers aufgelöst werde. Stirbt dagegen der Vertragsgegner vor dem Erblasser, so fällt der Vertrag sowieso dahin. In der Regel werden beide Ehegatten resp. Verlobten als Erblasser auftreten.

Inkonsequenterweise beschränkt BGB die gemeinschaftlichen Testamente,[3]) die mit dem Erbvertrage doch

---

[2]) Hellwig S. 642 Anm. 327 a gelangt zu der im Texte vertretenen Ansicht konsequenterweise aus seiner Konstruktion des Erbvertrages. Da diese sich aus Testament + Vertrag über die Unwiderruflichkeit zusammensetze, gälten die für die Testamente aufgestellten Normen (also auch § 2229 III) ganz allgemein für den Erbvertrag.

Gegen Hellwig wendet sich Strohal I S. 351 Anm. 10. Zugegeben, dass es sich bei Hellwig um „eine in vorsichtiger Form zu konstruktivem Zwecke unternommene petitio principii" handelt, so scheint die hier vertretene Ansicht vorsichtshalber doch die bessere.

[3]) Über die gemeinschaftlichen Testamente nach schweizer. Recht vergl. Anhang zum 2. Kapitel, oben S. 173 ff.

alles bis auf die Widerruflichkeit gemeinsam haben, auf die Ehegatten (§ 2265). Wenn man die gemeinschaftlichen Testamente, trotz ihrer Entbehrlichkeit, nun einmal zulassen will, so sollte man sie auch dem Erbvertrag gleichstellen.

Die Erbverträge unter Ehegatten oder Verlobten können auch zugleich oder ausschliesslich zu Gunsten Dritter lauten (vergl. z. B. § 2280). Andrerseits können Dritte zu Gunsten von Ehegatten oder Verlobten vertragliche Verfügungen von Todeswegen treffen und zwar im Ehe- resp. Erbvertrage jener bedachten Ehegatten oder Verlobten. In der Praxis scheinen solche Fälle seltener vorzukommen, auch dürfte die Zulassung solcher Verfügungen im Einzelnen mancherlei Schwierigkeiten bieten.[4])

Das ZGB stellt für diesen Spezialfall keine besonderen Vorschriften auf[5]); so müssen die allgemeinen Normen ausreichen:

a) Der Erbvertrag wird einseitig abgeschlossen.

α) Der Erbvertrag wird unter Verlobten abgeschlossen.[6])

Der Erblasser bedarf der Handlungsfähigkeit (Art. 468 verb. 467 und 13), d. h. er muss mündig und urteilsfähig sein.

Der Verlobte, der dem Erblasser als Vertragsgegner gegenübertritt, braucht nicht mündig zu sein und kann

---

[4]) Schiffner S. 86 ff. geht wohl im Anschluss an die französische Praxis zu weit, wenn er solche Erbverträge auch für das BGB zulassen will. Über Fälle dieser Art in früheren kantonalen Rechten vergl. Huber II S. 319 f.

[5]) Anders der 2. Teilentwurf, der aber bloss sagte: Art. 486 III, Verbindet sich mit dem Erbvertrag ein Ehevertrag, so ist die notarielle Form zur Gültigkeit beider Bestandteile erforderlich.

[6]) Er ist also, wie Schiffner S. 33 sagt, ein einseitig bindendes zweiseitiges Rechtsgeschäft.

[7]) Das bestimmte ausdrücklich E 1 in Art. 493, ohne indes zu sagen, ob der unmündige, sich vertreten lassende Vertragsgegner urteilsfähig sein müsse oder nicht.

sich vertreten lassen.[7]) Ist er urteilsfähig, so bedarf er keiner Vertretung (Art. 19 II). Ist er nicht einmal urteilsfähig, so bedarf er schlechthin der Vertretung. Dieser Fall wird unter Verlobten selten praktisch werden. Wenn das Gesetz auch für die Verlobung keine untere Grenze festgesetzt hat, so wird es doch wenige Verlobte im Kindesalter geben[8]); Geisteskranke dagegen werden nicht oft in den Fall kommen, als Verlobte einen Erbvertrag abzuschliessen, da sie doch die Ehe nicht eingehen können (Art. 97 I, II). Ist der Vertragsgegner mündig und urteilsfähig, so kann er natürlich den Erbvertrag selber abschliessen, er kann sich aber auch, wenn er will, vertreten lassen. Ist er mündig, aber urteilsunfähig, so bedarf er der Vertretung. Bei dauernder Urteilsunfähigkeit wird er sowieso unter Vormundschaft stehen.

β) Der Erbvertrag wird unter Ehegatten abgeschlossen.

Für den Erblasser gelten dieselben Erfordernisse wie oben; für den Vertragsgegner auch, da für ihn das Erfordernis der Mündigkeit (das er übrigens durch Eingehung der Ehe erfüllt hat) nicht besteht.

Die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde (nach Art. 177 II) ist nicht erforderlich, da es sich nicht um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, das das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut betrifft.

b) Der Erbvertrag wird gegenseitig abgeschlossen,

beide Ehegatten, resp. Verlobten setzen sich[9]) wechselseitig zu Erben ein.

---

[8]) Es ist Kipp, Erbrecht S. 88 zuzugeben, dass Kinder theoretisch ein gültiges Verlöbnis eingehen und somit auch einen Erbvertrag abschliessen können. Nach unserm Recht allerdings nur als Vertragsgegner, nach BGB (§ 2275) dagegen auch als Erblasser. Dass so unter Umständen jemand Vertragsgegner bei einem Erbvertrage sein kann, obwohl er nicht letztwillig verfügen könnte, wurde schon oben bemerkt.

[9]) Oder Dritte, darauf kommt es hier nicht an.

α) Der Erbvertrag wird unter Verlobten abgeschlossen.

Beide Verlobte müssen mündig und urteilsfähig sein, weil beide als Erblasser auftreten[10]); kein Verlobter unter 20 Jahren kann als Erblasser einen Erbvertrag eingehen[11]).

β) Der Erbvertrag wird unter Ehegatten abgeschlossen.

Selbst ein noch nicht zwanzigjähriger Ehegatte kann hier ohne Vertreter als Erblasser auftreten, wofern er urteilsfähig ist, denn durch Eingehung der Ehe ist er mündig geworden (Art. 14 II). Ist er urteilsunfähig, so kann er keinen Erbvertrag abschliessen.

Auch hier bedarf es nicht der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde nach Art. 177 II[12]).

---

[10]) Ein Bevormundeter kann daher nicht vertragsmässig von Todes wegen verfügen. Erl. S. 360 ff.; Prot. Exp. Komm. S. 535 ff.; Sten. Bull. 1905 S. 1354.

[11]) Im Gegensatz zum oben angeführten Art. 493 des E 1.

[12]) E 1 Art. 473 sah unter Umständen diese Genehmigung vor. Anderer Meinung ist freilich Kuoni, Das schweizerische Erbrecht S. 93, der hier die Genehmigung des Erbvertrages durch die Vormundschaftsbehörde für erforderlich hält, soweit der Vertrag das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut betreffe oder von der Ehefrau gegenüber Dritten zugunsten des Ehemannes eingegangen werde.

Das ist aber nicht der Sinn des Art. 177, auf den sich Kuoni beruft. Art. 177 will vielmehr nur auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden Anwendung finden, und zwar auch nur wieder auf einen beschränkten Kreis, die „vermögensrechtlichen Verträge nicht ehevertraglicher Natur" (Egger Anm. 2 c zu 177). Die Rechtsgeschäfte von Todes wegen lässt Art. 177 glücklicherweise ganz aus dem Spiel; es wäre ein zu starkes Stück, wenn die Vormundschaftsbehörde auch noch hier sich einmischen wollte. Anders nach BGB, das bei beschränkter Geschäftstätigkeit des verfügenden Ehegatten oder Verlobten eventuell Zustimmung des Vormundschaftsgerichts vorsieht, § 2275 II, III. (Meischeider im Recht IV S. 201, 221 und Krüger über Schiffner in Grünhuts Ztschr. 32, S. 428). Für das österreichische Recht vergl. Unger VI § 26 Anm. 9, der den hier angefochtenen Grundsatz vertritt, dass ein Erbvertrag, dem die obervormundschaftliche Genehmigung fehle, als widerrufliches Testament gelte. Er gelangt zu dieser

Für das ZGB gelten ebenfalls die Vorschriften, die das BGB ausdrücklich aufgestellt hat: ein Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten ist unwirksam, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde, wenn die Ehe nichtig war oder vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde. Man wird sogar weitergehend sagen dürfen (mit § 2077 I a. E.), dass der Erbvertrag auch dann unwirksam[13]) sei, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des bedachten Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Trennung erhoben hatte. Dieses Berechtigtsein wird man so verstehen müssen, dass der klagende Ehegatte, falls er nicht vorher gestorben wäre, mit seiner Klage hätte durchdringen müssen[14]). In diesem Falle wäre es allerdings unbillig, den Erbvertrag bestehen zu lassen und sich auf das Weiterbestehen der Ehe zu berufen, obwohl der Erblasser an der vollständigen Durchführung des Scheidungsprozesses, die auch ohne weiteres die Aufhebung des Erbvertrages nach sich gezogen hätte, nur durch seinen Tod gehindert worden ist.

Im Gegensatz zum BGB, wonach ein Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten bloss der Form des Ehe-

---

Lösung von der von ihm adoptierten Hartmannschen Konstruktion des „Doppelgeschäftes" aus. Gegen ihn schon Krainz II S. 599: „Die Behauptung Ungers .... ist schwerlich genügend zu begründen".

[13]) Es lässt sich allerdings fragen, ob wir uns nicht mit der blossen Anfechtung eines solchen Erbvertrages seitens der Erben des verstorbenen Ehegatten begnügen müssen, da unserm Gesetz die ausdrückliche Norm des BGB § 2077 fehlt. In der Regel wird sich die Sache so gestalten, dass die Erben des Vorverstorbenen durch Feststellungsklage die Unwirksamkeit des Erbvertrages feststellen lassen oder sie einredeweise gegen die Klage des überlebenden Ehegatten geltend machen. Ist der Vertrag dagegen bloss anfechtbar, so bedarf es einer wirklichen Klage der Erben.

[14]) Der Richter, der über die Unwirksamkeit des Erbvertrages zu entscheiden hat, muss sich also immer fragen, ob der verstorbene Ehegatte mit seiner Scheidungsklage durchgedrungen wäre.

vertrages bedarf (2276 II), muss sich nach unserm Recht der Ehevertrag der erschwerten Form des Erbvertrages anbequemen, wenn er mit ihm verbunden sein soll. Dabei ist vor allem zu bemerken, dass trotz der äusserlichen, formellen Vereinigung beide Verträge durchaus unabhängig von einander sind, und dass es höchstens eine Frage des Einzelfalles sein kann, ob die Aufhebung oder Ungültigkeit eines Vertrages auch den andern Vertrag aufhebt oder ihn ungültig macht (s. u. den zweiten Teil, S. 322).

Ein mit einem Ehevertrag verbundener Erbvertrag hat demgemäss in den in Art. 499 ff. vorgeschriebenen Formen zu geschehen. Dabei lassen sich wieder, wie oben, vier Fälle unterscheiden:

a) Der mit einem Ehevertrag kombinierte Erbvertrag enthält bloss einseitige Verfügungen von Todes wegen.

α) Er wird unter Verlobten abgeschlossen.

Der Erblasser bedarf der Mündigkeit und Urteilsfähigkeit, wie oben; für den mündigen Vertragsgegner bedarf es der Vertretung nicht; ist er aber noch minderjährig, so ist die Zustimmung und Unterschrift seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Dieses Requisit muss aus den Vorschriften für den Ehevertrag (Art. 180 II und 181 I) übernommen werden.[15]) Es ergibt sich so das gewiss nicht unbedenkliche Resultat, dass Verlobte nach den allgemeinen Vorschriften unter sich einen Erbvertrag abschliessen können, sobald sie ihn aber mit einem Ehevertrage vereinigen, mit noch einem weitern Formerfordernisse belastet werden. Dabei ist aber zu bedenken, dass in diesem Falle[16]) die gesetzlichen Vertreter (nach

---

[15]) Dadurch wird eine minderjährige Braut sehr günstig gestellt, da hier der Erbvertrag vor der Ehe unter Verbeiständung durch ihre Eltern abgeschlossen wird, was nach der Ehe nicht mehr nötig und möglich ist. Vergl. Petersen, Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen S. 79.

[16]) In andern nicht (s. unter b).

Art. 180 II und 181 I) zugleich als Zeugen (nach Art. 499) mitwirken können, denn sie sind hier[17]) nicht zeugnisunfähig, inhabiles nach Art. 503 I.

β) Er wird unter Ehegatten abgeschlossen.

Da die beiden Vertragsschliessenden mündig sind, so ist die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter nicht erforderlich[18]), sie wird aber ersetzt durch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nach Art. 181 II — also wieder eine Steigerung der Formen gegenüber einem unter Ehegatten abgeschlossenen Vertrag, der nur erbrechtliche Verfügungen enthält. Dabei ist interessant, dass die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht etwa wegen des Erbvertrages erforderlich ist, denn es handelt sich nicht um die Voraussetzungen des Art. 177 II[19]); die Zustimmung ist vielmehr nur darum erforderlich, weil zugleich ehevertragliche Verfügungen getroffen werden.[20])

---

[17]) Wofern sie nicht bedacht werden (Art. 503 II).

[18]) Was allerdings aus der generellen Fassung von Art. 181 I „und ihrer gesetzlichen Vertreter" nicht ohne weiteres hervorgeht.

[19]) Selbst wenn die Frau durch Erbvertrag ihren Mann zum Erben des eingebrachten Gutes einsetzen wollte, wäre das kein Rechtsgeschäft nach Art. 177, denn dieser will nur eine Beeinträchtigung eines Ehegatten durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden hindern, nicht aber Verfügungen von Todes wegen einem behördlichen Zwang unterwerfen. Ein ähnlicher Fall liegt im BGB § 1395 vor, wonach die Frau zu Verfügungen über ihr eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf. Hier wird aber, wie Strohal I S. 87 Anm. 14 hervorhebt, ebenfalls nur Verfügung „im technischen Sinn" und somit keine Verfügung von Todes wegen gemeint (vergl. oben Anm. 12).

Dass ein Vertrag über das Gemeinschaftsgut immer ein Ehevertrag und nie ein Erbvertrag sei, wurde schon öfter hervorgehoben. Vergl. schon Beseler, Erbverträge II, 2 S. 122 f. und Bluntschli, Privatrecht § 145, Schiffner S. 84.

[20]) Bei dieser Gelegenheit sei auf das unklare Verhältnis, in dem Art. 181 II und Art. 177 II zu einander stehen, hingewiesen. Eines von beiden ist überflüssig, und zwar eher Art. 177 II, weil bereits Art. 181 II die Eheverträge, also die güterrechtlichen Vereinbarungen schlechthin, umfasst.

b) Der mit einem Ehevertrag kombinierte Erbvertrag enthält zweiseitige Verfügungen von Todes wegen.

α) Er wird unter Verlobten abgeschlossen.

Beide Verlobte müssen mündig und urteilsfähig sein. In diesem Falle ist die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter nicht mehr erforderlich, doch können sie (wegen des Erbvertrages) als Zeugen mitwirken, wenn sie nicht nach Art. 503 I zeugnisunfähig sind.

β) Er wird unter Ehegatten abgeschlossen.

Es gelten die allgemeinen Erfordernisse (siehe oben); nur muss der Vertrag, da er zum Teil Ehevertrag ist, von der Vormundschaftsbehörde genehmigt werden (181 II).

---

1. Es liesse sich sagen, der Erbvertrag stehe unter strengeren Formvorschriften als der Ehevertrag, also genüge es, wenn ein Ehevertrag mit erbrechtlichem Inhalt in den Formen des Erbvertrages abgeschlossen werde[21]). An und für sich wäre das eine gute Lösung, aber de lege lata ist sie darum nicht zulässig, weil das Gesetz die eventuelle Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter als Schutzmassregel für den minderjährigen Ehegatten aufstellt, und dieser Schutz kann nicht durch die zwei Zeugen des Erbvertrages ersetzt werden, wenn auch, wie bereits gesagt, die gesetzlichen Vertreter in den meisten Fällen zugleich als Zeugen auftreten können[22]).

2. Weiter könnten die beiden kombinierten Verträge in ihre Bestandteile zerlegt und die einzelnen Vereinbarun-

---

[21]) So die Meinung Hubers, vergl. nächste Anm.

[22]) Wenn Huber Erl. zum 2. Teilentwurf S. 163 meint, bei einer Kombination von Ehevertrag und Erbvertrag müsse die notarielle Form gewahrt werden, mit andern Worten, der Ehevertrag gehe dann im Erbvertrag auf, so ist das unrichtig, weil ungenügend. Der Erbvertrag hat nicht allein eine bloss gesteigerte Form gegenüber dem Ehevertrag, sondern dieser hat mit der eventuellen Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter ein Formerfordernis, das dem Erbvertrag abgeht, aber bei der Vereinigung beider Verträge nicht vernachlässigt werden darf.

gen entweder dem Ehevertrag oder dem Erbvertrag zugewiesen werden. Für beide einzelnen Verträge gelten dann die für sie aufgestellten Formvorschriften.

Dieser unpraktische Ausweg wird wohl von niemand eingeschlagen werden wollen. Er böte einzig den bescheidenen Vorteil, dass gleich ersichtlich wäre, welche Vereinbarungen zur Rechtskraft gegenüber Dritten der Eintragung ins Güterrechtsregister bedürften (Art. 248 I), so dass also nicht der ganze kombinierte Ehe- und Erbvertrag dem Güterrechtsregisterführer vorgelegt zu werden brauchte. Hier hat aber die Güterrechtsregisterverordnung (Art. 12 II) schon Abhilfe geschaffen, indem sie nicht in allen Fällen die Vorlegung des Ehevertrages selbst verlangt, sondern sich mit einem beglaubigten Auszuge begnügt, der „sämtliche güterrechtlichen Vereinbarungen des Ehevertrages" enthält. Die Verordnung geht dabei von der — wie die Praxis lehrt — durchaus richtigen Auffassung aus, dass ein Ehevertrag neben Vereinbarungen güterrechtlicher Art eben noch manche andere enthält, nicht bloss erbrechtliche, sondern auch personenrechtliche — kleine Détails, die für die Ehegatten selber von grosser Wichtigkeit sind, aber durchaus nicht unter die Augen unbeteiligter Dritter zu kommen brauchen. Es ist hier Sache des Notars, im Einzelfalle die wirklich güterrechtlichen Vereinbarungen aus einem weitläufigen Ehevertrage herauszusuchen.

Ein anderer Gesichtspunkt spricht ebenfalls gegen das Auseinanderreissen beider Verträge: die Kosten.[23]) Mit der Vereinigung beider wollen die Parteien gerade die Kosten um die Hälfte verringern; wird aber eine Verschmelzung beider Verträge verhindert, so wird auch dieser Zweck vereitelt.

---

[23]) Aus der Gebührenordnung z. B. des Basler Notariatsgesetzes § 22 ist allerdings nicht zu entnehmen, ob für einen solchen kombinierten Vertrag doppelte oder einfache Gebühr erhoben werden darf. Für das deutsche Recht vergl. Endemann II, 2 S. 399 Anm. 13. Immerhin hat sein Schluss etwas Bedenkliches:

Für die Aufhebung eines Ehe- und Erbvertrages bestehen nach ZGB ebenfalls keine erleichternden Vorschriften, wie sie etwa das BGB zulässt. Die Aufhebung des Ehevertrages hat daher in den für ihn vorgeschriebenen Formen zu geschehen; für die Aufhebung des Erbvertrages[24]) hat sich der Gesetzgeber mit einem schriftlichen Vertrag begnügt, so dass es also möglich ist, durch spätern Ehevertrag einen früheren Erbvertrag aufzuheben. Überdies kann der Erbvertrag durch eine Art gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden[25]).

Bei aller Umständlichkeit, die das ZGB in dieser Materie vielleicht hinter dem BGB zurückstehen lässt,[26]) hat doch unser Recht einen Vorteil voraus: es schafft für die Ehefrau, resp. Verlobte, eine klare Lage; man weiss genau, welche Erfordernisse sie haben muss, um einen Erbvertrag gültig abschliessen zu können, und Fälle, wie sie Strohal[27]) rügt, wo eine minderjährige Ehefrau als Erblasserin einen Erbvertrag schliesst, können bei uns überhaupt nicht vorkommen.

Nach unserm Recht entsteht eben durch Vereinigung eines Ehevertrages mit einem Erbvertrage kein einziger „freier erb- und güterrechtlicher Vertrag", sondern die Verbindung beider ist bloss äusserlich. Im erstern Falle bestände kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden Verträgen, da sich beide in einen einzigen aufgelöst haben; die Aufhebung dieses kombinierten Vertrages könnte durch einen ähnlich gebildeten, aber auch durch einen später abgeschlossenen Ehe- oder einen Erbvertrag erfolgen.

---

weil das Stempelgesetz für einen solchen Vertrag nur einen Stempel vorsieht, liegt ein, nicht zwei Verträge vor.

[24]) Näheres bei Escher Bem. 2 zu 513.

[25]) Vergl. oben S 176.

[26]) Übrigens hat der deutsche Gesetzgeber diese Erleichterungen zum grossen Teil durch die Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit §§ 168—182 illusorisch gemacht. Vergl. Dernburg V S. 274.

[27]) Strohal I S. 351 f. Vergl. übrigens den Widerspruch Dernburgs a. a. O. S. 273 f.

Sind dagegen beide Verträge bloss formell vereinigt, so besteht ganz offenbar das Verhältnis der Abhängigkeit zwischen beiden, und es fragt sich dabei nur, ob bloss der Ehevertrag auf den Erbvertrag oder auch umgekehrt der Erbvertrag auf den Ehevertrag einzuwirken vermöge und ob diese Abhängigkeit immer anzunehmen sei. Das wird noch im Einzelnen zu untersuchen sein (s. u. 2. Teil, S. 284).

Während sich der Code civil durchaus für einen freien erb- und güterrechtlichen Vertrag entscheidet, ist es schon beim ABGB zweifelhaft, ob man einen kombinierten oder zwei bloss formell vereinigte Verträge annehmen will, und erst für das BGB bleibt wohl kein anderer Ausweg, als die Vereinigung nur äusserlich aufzufassen. Der Wortlaut des § 2276 II lässt auch darauf schliessen, dass das Gesetz nur an eine formelle Vereinigung denkt. Allerdings ist hier bemerkenswert, dass ein Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten nur dann privilegiert ist, wenn er auch wirklich mit einem Ehevertrag verbunden ist. Ein Vertrag mit bloss erbrechtlichem Inhalt bedürfte, auch wenn er unter Ehegatten oder Verlobten abgeschlossen wird, der eigentlichen Erbvertragsform nach § 2276 I, da er nicht „mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird".

Vollends für das ZGB, das den Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten nicht privilegiert, kann es gar nicht zweifelhaft sein, dass rechtlich doch immer zwei Verträge vorliegen. Beide unterliegen getrennter Beurteilung und haben getrenntes Schicksal; es ist bloss eine Frage des Einzelfalles, ob ein Vertrag derart vom andern bedingt ist, dass er bei dessen Wegfall keine Berechtigung mehr hat.

Zu beachten ist auch, dass, wie bereits bemerkt, die Aufhebung eines Ehevertrages immer in den Formen des Ehevertrages zu geschehen hat (Art. 181 I), während der Erbvertrag jederzeit durch schriftlichen Vertrag[28]) wieder

[28]) Wenn das Gesetz in Art. 513 I von schriftlicher Übereinkunft spricht, so sollte, dadurch wohl besonders darauf hin-

aufgehoben werden kann. Es ist daher wohl möglich, dass die Ehegatten bei Eingehung eines neuen Ehevertrages zugleich einen früher abgeschlossenen Erbvertrag aufheben, es ist aber unzulässig, dass die Aufhebung eines Ehevertrages durch einen später abgeschlossenen Erbvertrag geschehe.

5. Der Inhalt der ehelichen Erbverträge im allgemeinen.

Den Hauptinhalt eines ehelichen Erbvertrages wird meistens die genaue Festsetzung der Rechte des überlebenden Ehegatten bilden; da diesem gerade nach unserm Recht neben dem gesetzlichen Erbrecht und den Ansprüchen aus dem ehelichen Güterrecht die verschiedensten Ansprüche zur Auswahl zustehen, werden sich die Ehegatten im Erbvertrag für das eine oder das andere entscheiden.

In der Regel werden sich die Ehegatten gegenseitig auf den verfügbaren Teil zu Erben einsetzen und bestimmen, dass die gemeinsamen Kinder Nacherben des zuletzt versterbenden sein (Art. 488 I), oder dass der beiderseitige Nachlass nach dem Tode des zuletzt versterbenden an die Kinder fallen solle[29]).

Der überlebende Ehegatte wird meistens nur als solcher, also indirekt und selten namentlich, direkt bestimmt sein. Im letztern Falle wäre auch nicht ein wechselseitiger Erbvertrag vorhanden, da dann bloss ein Ehegatte den andern zum Erben einsetzt, aber nicht umgekehrt. Der überlebende Ehegatte hat die Stellung eines Vorerben, die Kinder sind Nacherben[30]). Sie können aber auch

---

gewiesen werden, dass die Aufhebung nicht in der erschwerten Form des Erbvertrages, sondern bloss in der allgemeinen Vertragsform nach OR Art. 12 ff. zu erfolgen habe.

[29]) Eine solche Verfügung findet z. B. im BGB § 2269 ihre gesetzliche Regelung; sie ist auch die bequemere Lösung und wird im Zweifelsfalle angenommen. Vergl. Kipp S. 90.

[30]) Auf die Institution der Nacherbschaft kann hier nicht näher eingegangen werden, nur ein Wort über die Terminologie des ZGB. Es sagt:

schon als Erben des Erstversterbenden eingesetzt werden und dem überlebenden Ehegatten würde dann der Niessbrauch am Nachlasse des andern durch Vermächtnisvertrag zugewandt. Möglich ist überdies die direkte oder indirekte Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Willensvollstrecker, wobei aber zu beachten ist, dass diese Einsetzung nur widerruflich geschehen kann (Art. 517 I).

Auf die eine wie die andere Weise wird das beiderseitige Vermögen und werden besonders die Grundstücke den Kindern tunlichst erhalten, ohne dass deshalb der überlebende Ehegatte allzu drückenden Beschränkungen unterworfen wäre.

Zweckmässig wird auch eine Regelung für den Fall vorgesehen, dass die Ehe kinderlos bleiben sollte. Hier wird dann entweder der überlebende Ehegatte zum Alleinerben des andern eingesetzt (eventuelle Pflichtteilsrechte des elterlichen Stammes vorbehalten), oder er erhält bloss ein Vermächtnis als Wittum oder wie man es sonst nennen mag, und die Verwandten des Erstverstorbenen werden Erben.

Art. 488. Der Erblasser ist befugt, . . . den . . . Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft . . . auszuliefern.

Art. 489. Als Zeitpunkt der Auslieferung ist . . . der Tod des Vorerben zu betrachten.

Darin liegt eine widerspruchsvolle Unklarheit. Der Vorerbe hat die Erbschaft gar nicht auszuliefern, da es von seiner Seite gar keiner Erbeinsetzungs- oder Übertragungshandlung bedarf, damit der Nacherbe überhaupt Erbe werde. Mit dem vom Erblasser festgesetzten Zeitpunkt wird vielmehr der Nacherbe Erbe. Die beiden romanischen Texte machen im allgemeinen denselben Fehler:

Art. 488 ... rendre la succession à un tiers, l'appelé.
. . . trasmettere l'eredità ad un altro quale erede soptituito.

nur sagt der französische Text in Art. 489 viel klarer und schärfer:

la substitution s'ouvre

während der italienische wieder ungenau: la transmissione . . . avviene. Die Regelung der Nacherbfolge durch das BGB ist in allem vorzuziehen. Vergl. nur §§ 2100 und 2106 I.

In landwirtschaftlichen Verhältnissen erfordert oft die Rücksicht auf die geordnete Verwaltung des Grundbesitzes eine besondere Regelung. Häufig setzt die Frau den Mann zum Erben ein für den Fall, dass sie zuerst versterbe; der Mann dagegen vermacht der Frau für den Fall, dass sie ihn überlebe, nur den Niessbrauch am Nachlass, sogar vielleicht bloss bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, der Volljährigkeit des jüngsten Kindes etc. und verpflichtet sie dann, das Gut einem Sohne aus dieser Ehe zu überlassen und sich selbst von diesem Zeitpunkte an mit dem „Altenteile" zu begnügen.

Durch die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten wird die Rechtslage geändert und die Stellung der Kinder erster Ehe unter Umständen erheblich verschlechtert; es ist daher tunlich, für diesen Fall besondere Bestimmungen in den Vertrag aufzunehmen; überdies hat das Gesetz schon in Art. 233, 1 (Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei Wiederverheiratung), Art. 464 (Sicherstellung seitens des überlebenden Ehegatten) und Art. 473 III (Verlust der Hälfte der zugewandten Nutzniessung) für die Interessen der Kinder erster Ehe zweckmässig gesorgt.[31]) Diese drei Artikel stellen sich demnach als durchaus zwingendes Recht dar und können durch Ehe- und Erbvertrag nicht ausser Kraft gesetzt werden. Will man über das Gesetz hinausgehen, so kann vereinbart werden, dass dem wieder heiratenden überlebenden Ehegatten nur der Pflichtteil aus dem Nachlasse des zuerst Verstorbenen verbleiben solle, oder auch, dass er den Nachlass ganz herauszugeben habe. Der direkt oder indirekt bestimmte überlebende Ehegatte schliesst in diesem Falle einen bedingten Erbverzicht.

Ist der Überlebende zum Vorerben und die Kinder zu Nacherben eingesetzt, so kann bestimmt werden, die Nacherbfolge solle ganz oder teilweise mit dem Moment der Wiederverheiratung eintreten. Ebenso kann der dem

[31]) Hier darf einmal ein wirklicher Fortschritt des ZGB über das BGB hinaus festgestellt werden.

überlebenden Ehegatten nach Art. 473 von Todeswegen zugewendete oder nach Art. 292 von Gesetzes wegen zustehende Niessbrauch durch die Wiederverheiratung auflösend bedingt sein.

Schliesslich ist noch möglich, kann aber hier nur kurz angedeutet werden, dass der eine Ehegatte den andern durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis bedenkt, während dieser die Kinder des andern aus einer frühern Ehe, also seine Stiefkinder, zu Erben einsetzt. Werden die Kinder aus der frühern Ehe mit den Kindern aus der neuen Ehe oder den Kindern erster Ehe des andern Ehegatten in erbrechtlicher Hinsicht gleichgestellt, so wird ein dem deutschen Einkindschaftsvertrag ähnliches Ergebnis erzielt[32]), wenn auch ein durchaus gleiches Resultat nur durch Kombination mehrerer komplizierter Verträge erreicht werden könnte[33]).

6. Die Rechte des überlebenden Ehegatten im allgemeinen.

Das ZGB geht in der Fürsorge für den überlebenden Ehegatten so weit[34]), dass es in den meisten Fällen mit der gesetzlichen Regulierung sein Bewenden haben wird und

[32]) Der Einkindschaftsvertrag war allerdings kein erbrechtlicher Vertrag, sondern ein zweiseitiger Vertrag besonderer Art zwischen den Kindern der frühern Ehe und den Gatten der neuen Ehe, durch den die Kinder auf ihre Rechte am erstehelichen Vermögen zugunsten der Gatten der zweiten Ehe verzichteten und dafür in vermögens- und erbrechtlicher Beziehung die Stellung rechter Kinder zweiter Ehe eingeräumt erhielten, insbesondere also den zu erwartenden Kindern zweiter Ehe gleichgestellt wurden. Meyer, Einkindschaft S. 91, Hübner, Privatrecht [2] S. 592.

[33]) Meyer a. a. O. S. 101 ff., besonders S. 106.

[34]) Rümelin, Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch S. 60 ff. zieht die durch das ZGB getroffene Normierung der Rechte des überlebenden Ehegatten der des BGB vor, fügt aber gleich hinzu, in beiden Fällen müsse die Möglichkeit gegeben sein, durch „letztwillige Verfügung" das gesetzliche Recht erheblich zu modifizieren. Sagen wir weiter: durch Verfügung von Todes wegen.

die Parteien sich nicht veranlasst sehen werden, sich vertraglich noch besondere, im Gesetze nicht vorgesehene, Vorteile zu sichern. Der Erbvertrag unter Ehegatten wird sich daher meistens darauf beschränken, die Rechte bindend zu umschreiben, die der überlebende Ehegatte aus den ihm wahlweise zustehenden geltend machen werde.

Vor allem besteht ein gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten und dieses gesetzliche Erbrecht wird nicht etwa durch das Pflichtteilsrecht herabgesetzt, sondern der gesetzliche Erbanspruch deckt sich mit dem Pflichtteilsanspruch und beträgt ein Vierteil des Nachlasses, wenn der Ehegatte sich für den Anspruch zu Eigentum erklärt und wenn er neben andern gesetzlichen Erben erbt (Art. 471, 4). Wahlweise steht ihm auch ein Anspruch auf die Hälfte der Erbschaft zu Nutzniessung zu (Art. 462 I).

An Stelle dieses gesetzlichen Erbrechts tritt bei der Gütergemeinschaft die Auflösung der Gemeinschaft durch die gesetzliche oder im Ehevertrage festgesetzte Teilungsquote, wonach der Teilungsanspruch des überlebenden Ehegatten sich bis auf drei Vierteile des Nachlasses erstrecken darf (Art. 226 II)[35]). Neben diesem güterrechtlichen Anspruch hat der Ehegatte noch einen erbrechtlichen dann, wenn die Teilungsquote kleiner als ¾ ist,

[35]) Hier tritt im Gesetze wieder eine ärgerliche Unstimmigkeit zutage, indem Art. 226 II vom Gesamtvermögen spricht, während sonst im ganzen dritten Abschnitt immer von Gesamtgut die Rede ist. Der französische Text folgt ebenfalls dieser Nuance (au quart des biens communs), während er sonst immer „communauté" hat. Der italienische Text dagegen spricht durchweg immer von der „sostanza commune" ohne Differenzierung in diesem Artikel. Es fragt sich, ob mit dem deutschen und dem französischen Text hier etwas besonderes gemeint sein solle. Man könnte höchstens daran denken, dass bei der Berechnung des den Nachkommen zufallenden Viertels (nach Art. 226 II) das Sondergut des vorverstorbenen Ehegatten ebenfalls berücksichtigt werden müsste, wodurch der überlebende Ehegatte noch besser gestellt würde.

Das Gesamtgut betrage 20,000, das Sondergut des Vorverstorbenen 4000. Nach meiner Auffassung haben die Nach-

und weiter dann, wenn Sondergut des Verstorbenen vorhanden sein sollte (vergl. das in Anm. 35 gesagte).

Weiter hat der überlebende Ehegatte bei allen Güterständen ein familienrechtliches Nutzungsrecht (nach Art. 292) an dem bei Auflösung der Ehe den Kindern zufallenden Vermögen, solange diese unmündig sind und den Eltern die elterliche Gewalt nicht wegen ihres Verschuldens entzogen wird.

Schliesslich kann dem überlebenden Ehegatten überhaupt die Nutzniessung an dem ganzen den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teil der Erbschaft zugewendet werden. Diese Nutzung kraft Erbrechts schliesst aber die Geltendmachung jedes andern Erbanspruches neben gemeinsamen Nachkommen aus. Weiter kann sich der Erblasser nicht über die gesetzliche Schranke des Art. 473 III hinwegsetzen und bestimmen, dass auch im Falle der Wiederverheiratung dem überlebenden Ehegatten diese Nutzung in vollem Umfange bleiben solle. Die Nachkommen haben im Gegenteil ein unentziehbares Recht, dass ihnen bei Wiederverheiratung die Hälfte dieser Nutzniessung erlassen bleibe.[36])

---

kommen ein unentziehbares Recht auf 5000 und der Ehegatte darf kraft Güterrechts und Erbrechts höchstens 15,000 erhalten. An den 4000 Sondergut findet Erbgang statt und zwar erhält der Ehegatte 1000 zu Eigentum (oder 2000 zu Nutzniessung); zu Eigentum erhält er also höchstens 16,000. Man könnte aber auch so argumentieren: 20,000 sind vorhanden als Gesamtgut und müssen geteilt werden; 4000 als Sondergut unterstehen dem Erbgang; macht zusammen 24,000, wovon der überlebende Ehegatte höchstens 18,000 erhalten darf. Er erhielte so 2000 mehr wie vorher (übrigens kann im ersten Falle der Erblasser dem überlebenden noch 750 mehr zuwenden, wenn er die Kinder bloss auf ihre Pflichtteile setzt), das Resultat scheint aber darum unzulässig, weil bei der Gütergemeinschaft die güterrechtlichen und die erbrechtlichen Ansprüche scharf zu trennen sind.

Der Ausdruck Gesamtvermögen beruht demnach wohl auf einem Irrtum.

[36]) Nach früherem Bündner Recht (§ 500) hatte der Ehegatte ein entsprechendes Nutzniessungsrecht als Ersatz für das fehlende

Soweit die Ansprüche des überlebenden Ehegatten. Abgesehen von Vereinbarungen rein persönlicher oder intimer Art wird sich eine vertragliche Sicherung erbrechtlicher Ansprüche unter Ehegatten meistens auf diese Erb- resp. Nutzungsrechte beschränken. Besonders letztere werden den Hauptinhalt der Erbverträge unter Ehegatten bilden, indem sich diese beiderseits die Nutzung an dem den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teile der Erbschaft zusichern werden (Art. 473 I); ein solcher Vertrag ist selbst dann ein Vermächtnisvertrag, wenn er den ganzen Nachlass oder eine Quote desselben betreffen soll; denn auch in solchen Fällen werden Einzelrechte, freilich an allen einzelnen Nachlassaktiven, nicht etwa ein Gesamtrecht auf die Nachlasseinheit[37]) zugedacht, also nur Einzelerwerbungen hinsichtlich des ganzen Nachlasses, nicht aber eine Gesamtnachfolge in das Nachlassganze begründet.

7. Die Nutzniessungsrechte des überlebenden Ehegatten.

In den meisten Fällen wird sich der überlebende Ehegatte für ein Nutzniessungsrecht entscheiden, da er dann als Vermächtnisnehmer nicht für die Erbschaftsschulden haftet.[38]) Die Nutzniessungsrechte können sehr verschiedener Art sein:

---

gesetzliche Erbrecht; dieses Nutzungsrecht fiel aber bei Wiederverheiratung fort, weshalb es Kuoni S. 43 mit einigem Recht lieber als güterrechtlichen und nicht als erbrechtlichen Anspruch bezeichnet.

Nach französischem Recht verliert der überlebende Ehegatte sein Nutzniessungsrecht bei Wiederverheiratung nur dann, wenn noch Nachkommen des erstverstorbenen Gatten vorhanden sind. Vergl. das Gesetz vom 9. März 1891 und Planiol III nr. 1887.

[37]) Schiffner S. 56.

[38]) Vergl. Escher Anm. 2 zu 462. Er ist aber wohl ungenau, wenn er sagt, das quotale Erbrecht des überlebenden Ehegatten werde mit einem Nutzniessungsrecht „an einer weitern Nachlassquote" kombiniert. Dadurch könnte der Anschein erweckt

1. Sind gemeinsame Nachkommen vorhanden, so kann er sich wahlweise für die Nutzniessung nach Art. 462 I entscheiden; sind Erben bloss des elterlichen Stammes vorhanden, so hat er ohne weiteres die Nutzniessung am ganzen Nachlass, da er ihn teils zu Eigentum, teils zu Nutzniessung erhält (Art. 462 II).

Dieses Nutzniessungsrecht macht den Ehegatten nicht zum Erben, obwohl es mit dem Erbrecht kombiniert ist und obwohl es erbrechtlicher und nicht etwa güterrechtlicher Art ist. Erbe ist vielmehr der gesetzliche oder eingesetzte Erbe, dem der ganze oder teilweise mit der Nutzniessung belastete Nachlass oder eine Quote davon zufällt. Möglicherweise ist der Ehegatte für eine Quote des Nachlasses Erbe und muss demgemäss, was die Haftung etc. betrifft, als solcher behandelt werden — zugleich aber ist er an einer andern Quote oder überhaupt am Rest des Nachlasses nutzungsberechtigt und hier hat er nicht die Stellung eines Erben, sondern die eines Nutzungsberechtigten, ist also bloss Vermächtnisnehmer. Sein Nutzniessungsrecht ist aber weitergehend als das Recht eines gewöhnlichen Vermächtnisnehmers, dem die Nutzniessung vermacht wurde. Sein Nutzniessungsrecht ist ein dingliches Recht (Art. 561 II), immerhin unter der Voraussetzung, dass etwaige Ansprüche der Gläubiger des Erblassers diesem dinglichen Recht noch vorangehen. Im Einzelnen mag das zu Schwierigkeiten führen, da sich beim Tode des Erblassers zwei Gruppen Anspruchsberechtigter gegenüberstehen, die beide gleiches Recht zu haben scheinen: der Ehegatte mit seinem dinglichen Nutzniessungsrecht[39]), das unmittelbar von Gesetzes-

---

werden, als sei der Ehegatte zum Teil Erbe, zum Teil „gesetzlicher" (?) Vermächtnisnehmer. Klarer wäre zu sagen: das Erbrecht des Ehegatten an einer bestimmten Nachlassquote ist mit einem Nutzniessungsrecht an einer höhern Quote kombiniert.

[39]) Die Sache kompliziert sich noch dadurch, dass der Ehegatte dieses Recht nur eventuell hat, wenn er sich nämlich für den Anspruch zu Nutzniessung und nicht für den Anspruch zu

wegen entsteht und demnach weder der Eintragung im Grundbuch noch der Besitzergreifung bedarf[40]), und dann aber die Nachlassgläubiger mit ihren bloss obligatorischen Forderungsrechten. Das Gesetz bestimmt aber ausdrücklich (Art. 561 II und 564 I) dass die Gläubiger des Erblassers den Vermächtnisnehmern, also auch den nach Art. 561 I und Art. 747 besonders privilegierten, vorangehen sollen. Obligatorische Ansprüche schliessen in diesem Fall also dingliche aus.

2. Neben diesen rein erbrechtlichen Nutzniessungsanspruch tritt dann eventuell der familienrechtliche nach Art. 292. Dieser ist für das Erbrecht von keiner Bedeutung und entspringt auch nicht dem Güterrecht, sondern ist lediglich eine Reflexerscheinung der dem überlebenden Ehegatten über die noch minderjährigen Kinder zustehenden elterlichen Gewalt. Ob dieses Nutzungsrecht überhaupt eintrete, ist reine Tatfrage. Es besteht in

---

Eigentum entscheidet. Da eine Frist zur Vornahme der Wahl nicht angesetzt ist (vergl. Escher Anm. 8 c zu Art. 462), kann das zu Unzuträglichkeiten führen, da es sich doch um einen dinglichen Anspruch, der ipso iure eintreten soll, handelt.

Eben darum, weil die Nutzniessung nur eventuell eintritt, möchte ich auch (anders als Escher Anm. 3 a zu 561) den überlebenden Ehegatten nicht als gesetzlichen Vermächtnisnehmer bezeichnen; denn ein gesetzliches Vermächtnis nennen wir wohl gerade einen solchen „lebenslangen Genuss" des überlebenden Ehegatten, aber doch nur dann, wenn er — ohne weitere Handlung seitens des Erblassers oder des Bedachten — unmittelbar von Gesetzes wegen eintritt, wie das z. B. im ABGB § 757 der Fall ist. Vergl. Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse S. 70 ff.

Das BGB kennt eine solche Gestaltung der erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Gatten nicht (obwohl für einen ausschliesslichen Niessbrauch gewichtige Gründe sprachen (vergl. Strohal I S. 51 ff. und die dort zitierten). Die Lösung des schweizerischen Rechts kann sich auf die Entwicklungsgeschichte berufen: weitaus die meisten kantonalen Rechte kannten das „gemischte System" (Schiffner a. a. O. S. 67), also neben einem wahren Erbrecht zugleich ein Niessbrauchsrecht. Huber II S. 148 ff.

[40]) Wieland zu Art. 747.

beiden Fällen, ob nun der überlebende Ehegatte sich für den Anspruch zu Eigentum oder zu Nutzniessung entschliesst; er hat dann entweder ein Vierteil zu Eigentum (wofür er als Erbe behandelt wird) und drei Vierteile zu Nutzniessung, wenn alle Kinder noch minderjährig sind, — oder er hat die Hälfte zu Nutzniessung kraft Erbrechts (wofür er als Vermächtnisnehmer behandelt wird) und die andere Hälfte zu Nutzniessung kraft Familienrechts. Diese letztere Nutzniessung ist kein Vermächtnis, vielmehr ein rein faktisches Verhältnis, vergleichbar dem Beisitze, der nach manchen Rechten der Witwe auf so lange gewährt wurde, bis alle Kinder selbständig geworden waren und sich absonderten. Dieses Nutzniessungsrecht wird durch Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten nicht geschmälert. Man wird sich die Sache so vorzustellen haben, dass erst nach der güterrechtlichen und der erbrechtlichen Auseinandersetzung[41]) und der Befriedigung der Nachlassgläubiger der überlebende Ehegatte die Nutzniessung übernimmt. Herrschte unter den Ehegatten Gütergemeinschaft, so wird materiell derselbe Zweck durch Eingehung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erreicht; Art. 292 gibt da bloss das allgemeine Prinzip.

3. Über die Wirksamkeit des Art. 292 hinaus kann der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen (also letztwillige Verfügung oder Erbvertrag) dem überlebenden Ehegatten gegenüber gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung am ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden (Art. 473 I). Während das Nutzniessungsrecht des Art. 292 nur dann praktisch wird, wenn die Kinder noch minderjährig sind, greift dieses schwerwiegende Recht auch gegenüber mündigen Nachkommen Platz. Gegenüber andern Erben als den Nachkommen bedarf es einer solchen Bestimmung nicht, da der überlebende Ehegatte hier schon (nach Art. 462) kraft gesetz-

---

[41]) Der Anspruch aus Art. 292 kommt also bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung vorerst gar nicht in Betracht.

lichen Erbrechts einen kombinierten Anspruch zu Eigentum und zu Nutzniessung hat.

Anders als im vorhergehenden Fall kann der überlebende Ehegatte dieses fakultative Nutzungsrecht nicht mit den gesetzlichen Ansprüchen aus Art. 462 vereinigen und sich z. B. dahin erklären, er wolle gegenüber gemeinsamen Nachkommen einen Vierteil zu Eigentum (kraft Art. 462) und für die andern drei Vierteile begehre er die Nutzung nach Art. 473. Vielmehr schliesst dieses letztere Recht das gesetzliche Erbrecht vollständig aus, was Art. 473 II noch ausdrücklich hervorhebt. Reut den überlebenden Ehegatten das Nutzungsrecht nach Art. 473, so kann er es ausschlagen, ob er es nun durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag erworben hat, und kann dagegen seine gesetzlichen Ansprüche nach Art. 462 geltend machen.[42])

Die Nutzniessung nach Art. 473 ist ein Vermächtnis, hat aber nicht dinglichen Charakter, weil sie keine gesetzliche Nutzniessung nach Art. 561 I ist. Sie ist daher nach allgemeinen Vermächtnisgrundsätzen zu behandeln, auch wenn sie am ganzen Nachlasse bestellt wurde[43]); der überlebende Ehegatte erhält so einen persönlichen Anspruch gegen die Erben auf Bestellung der Nutzniessung.

Wieder anders als im vorhergehenden Falle vermindert sich diese Nutzniessung nach Art. 473 III bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten auf die Hälfte.

Auch hier wird wieder materiell derselbe Zweck erreicht, wenn bei bestehender Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte mit den Kindern eine fortgesetzte Gütergemeinschaft eingeht.

Die familienrechtliche Nutzung des überlebenden Ehegatten (nach Art. 292) unterscheidet sich von dem durch Verfügung von Todeswegen bestellten Nutzungsrecht (nach Art. 473) noch durch eine sehr interessante

[42]) Ebenso Escher Anm. 5 zu 473.

[43]) Wieland. Bem. 1 b zu 774.

Nuance, die im Konkurse zum Ausdruck kommt. Da familienrechtliche Ansprüche nicht übertragbar sind[44]), können sie auch nicht in die Konkursmasse fallen; die familienrechtliche Nutzung nach Art. 292 bildet daher kein exekutionsfähiges Vermögen des Schuldners, ist also nicht Konkurssubstrat, während der Nutzungsanspruch kraft Gesetz (Art. 462) oder Verfügung von Todeswegen (473) exekutionsfähig ist.

Der überlebende Ehegatte ist so unter Umständen besser gestellt, wenn er auf einen ihm eventuell kraft Erbrechts zustehenden Anspruch verzichtet und sich mit dem familienrechtlichen begnügt. Allerdings stehen ihm die erbrechtlichen Ansprüche lebenslänglich zu, während der familienrechtliche mit dem Mündigwerden der Kinder erlischt; es ist daher schliesslich eine Frage des Einzelfalls, welcher Anspruch als der sicherere und lohnendere vorzuziehen sei: sind die Kinder noch klein, so wird (immer vom Standpunkt des überlebenden Ehegatten aus) der Anspruch aus Art. 292 ausreichen; sind die Kinder dagegen schon erwachsen, so bleibt einzig der Anspruch nach Art. 473 (und ev. 462) übrig.

Die durch Art. 463 gebotene Möglichkeit der Umwandlung eines Nutzniessungsanspruches in eine Rente wird in einem Erbvertrage unter Ehegatten oft so geregelt werden, dass der direkt oder indirekt bestimmte überlebende Ehegatte auf den gesetzlichen Erb- oder Nutzniessungsanspruch verzichtet und sich dafür eine Rente von bestimmter Höhe ausbedingt. Eine solche Vereinbarung hat den Vorteil, dass die Ansprüche des überlebenden Ehegatten zum vornherein fest fixiert sind; er und die mit der Rente belasteten Erben wissen genau, wieviel er zu fordern berechtigt resp. wie viel sie zu leisten verpflichtet sind. Erleidet das Vermögen nach Abschluss eines solchen Erbverzichts- und Rentenvertrages eine derartige Verminderung, dass durch Auszahlung der bedungenen Rente

[44]) Blumenstein, Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes S. 627.

(die zur Berechnung kapitalisiert werden muss) die Pflichtteile der Erben verletzt würden, so hat sich der überlebende Ehegatte eine verhältnismässige Reduktion der Rente gefallen zu lassen, während er umgekehrt bei nachträglicher Vermögensvermehrung kein Anrecht auf eine Erhöhung der Rente hat.[45])

8. Grenzen der Erbvertragsfreiheit.

Da der Erbvertrag eine Verfügung von Todeswegen ist, so sind für ihn dieselben Schranken gesetzt, wie für die letztwilligen Verfügungen.[46]) Die Pflichtteile[47]) der Nachkommen, der Eltern und eventuell der Geschwister können daher durch Erbvertrag nicht ohne Einverständnis, also formelle Zustimmung der Betroffenen aufgehoben werden. Erschöpfen die vertragsmässigen Erbeinsetzungen[48])

---

[45]) Eine interessante Frage, die aber lediglich das Versicherungsrecht berührt, wäre die, ob die Ehegatten schon zu ihren Lebzeiten dem bloss indirekt bestimmten überlebenden Teil eine Rente kaufen können, die erst vom Tode des andern Ehegatten an zu laufen begönne, aber dann auch an Stelle jeglichen Erbrechts träte. Dabei ist aber eben fraglich, ob ein versicherungsrechtlicher Anspruch ohne Namensnennung lediglich „dem Überlebenden" bestellt werden kann.

[46]) Die ausdrückliche Gleichbehandlung von Erbvertrag und letztwilliger Verfügung hinsichtlich der Pflichtteilsberechtigten ist ausgesprochen in ABGB § 1254 und im Zürcher privatrechtl. Gesetzbuch § 2027 ff.; dazu Bluntschli ebenda.

[47]) Ein Wort zur Terminologie des Art. 471: es wäre gewiss vorsichtiger gewesen (in allen drei Texten!) sub 2 und 3 jedesmal zu wiederholen „des gesetzlichen Erbanspruches", also

2. für jedes der Eltern die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruches;
3. für jedes der Geschwister einen Viertel des gesetzlichen Erbanspruches.

Es ergibt sich ja aus dem Zusammenhang, wie es gemeint ist, und die Wiederholung wäre vielleicht unschön. Doch darf wohl bei einem solchen Gesetze dem Formgefühl zugunsten der Deutlichkeit eine Konzession gemacht werden.

[48]) Das ist z. B. durch Wegfall gesetzlicher oder vertraglicher Erben oder durch Ausschlagung seitens eines Erben möglich.

an sich nicht die Erbschaft, oder übersteigen sie im Gegenteil den verfügbaren Teil,[49]) so tritt im Zweifel eine verhältnismässige Erhöhung oder Minderung[50]) der vertragsmässigen Erbteile ein. Fraglich ist, ob dann, wenn gesetzliche und vertragliche Erben zugleich berufen sind, die Erhöhung nur zu Gunsten der gesetzlichen und die Minderung der Erbteile nur zu Ungunsten der vertraglichen Erben eintreten solle; das letztere wird immer der Fall sein, wenn sonst die Pflichtteile der gesetzlichen Erben verletzt würden. Ein den Pflichtteil eines gesetzlichen Erben verletzender Erbvertrag ist immerhin bloss relativ unwirksam[51]): wenn der in seinem Pflichtteil verletzte Erbe sein Recht nicht geltend macht, so können es die andern nicht für ihn tun.

Im Gegensatz zum Ehevertrag aber, dem oft zwingendes Recht in den Weg tritt, ist es beim Erbvertrag möglich, diese bindenden Schranken im Einverständnis aller Beteiligten zu beseitigen. Der Erbvertrag verbindet sich dann mit einem Erbverzichte oder geht überhaupt in einen solchen auf. Auf die Anwendung unter Ehegatten beschränkt, ergeben sich für einen Erbvertrag mit Erbverzicht zwei Möglichkeiten:

a) Der eine, direkt oder indirekt bestimmte Ehegatte ist der Begünstigte und die Kinder verzichten zu seinen

---

[49]) Durch Hinzutreten neuer gesetzlicher Erben, durch Geburt eines Kindes, Verehelichung, Adoption.

[50]) Diese Minderung kann sich unter Umständen nicht nur auf die Erbeinsetzung, sondern auf den ganzen vermögensrechtlichen Inhalt des Vertrages überhaupt erstrecken, je nachdem dieses mit der Erbeinsetzung in Zusammenhang steht.

Unger VI § 87 Anm. 15.

[51]) Bluntschli zu § 2121. Relativ unwirksam ist nach dem oben ausgeführten eigentlich nur die Erbeinsetzung auf den die verfügbare Quote überschreitenden Teil. Der Erbvertrag wird nicht dadurch ungültig, dass er die verfügbare Quote überschreitet, sondern es tritt eine Herabsetzung des vertragsmässigen Erbteils ein, sobald der verletzte Pflichtteilsberechtigte den Erbvertrag anficht; geschieht das nicht, so bleibt der Erbvertrag in vollem Umfange bestehen.

Gunsten. Ein solcher Vertrag wird aber selten und höchstens dann vorkommen, wenn zugleich ein Erbauskauf der Kinder stattfindet. Es liegt in der Natur dieses Vertrages, dass er nicht schon vor der Ehe abgeschlossen werden kann, und während der Ehe kann er nur eingegangen werden, wenn die Kinder mündig sind.[52]) Möglich ist auch die Kombination, dass einzelne mündige Kinder zu Gunsten der andern Kinder und des Ehegatten verzichten. Unmöglich ist dagegen, dass unmündige Kinder einen Erbverzicht eingehen; als verfügender Vertragsteil können sie im Erbrecht nie ihren Eltern selbständig gegenüberstehen.

b) Häufiger und auch bequemer wird sein, dass der direkt oder indirekt bestimmte Ehegatte zu Gunsten der Kinder auf seinen erbrechtlichen Anspruch verzichtet und sich mit dem güterrechtlichen begnügen will. Eine solche Vereinbarung stellt sich als Erbverzicht zu Gunsten bestimmter Miterben dar und es treten demgemäss die Folgen von Art. 496 ein. Ein solcher Verzicht lässt sich schon in einem vor der Ehe eingegangenen Ehe- und Erbvertrag aufnehmen, weil es hier des Beitritts der begünstigten Dritten nicht bedarf.

Ganz allgemein: Einem Pflichtteilsberechtigten ist es unbenommen, selbst in eine Schmälerung oder Nichtberücksichtigung seiner eigenen Ansprüche gegenüber dem Vertragserblasser einzuwilligen; dabei hat es natürlich sein Bewenden; in diesem Falle liegt ein Pflichtteilsverzicht vor, der mit dem Erbvertrage selber verbunden oder in einer selbständigen Urkunde abgeschlossen sein kann[53]).

---

[52]) Bei der Aufstellung der Erfordernisse für den Erbverzicht und Erbauskauf ist das Gesetz recht unklar; vergl. Art. 495 I und 468 (wo „Erbvertrag" im weitesten Sinne verstanden werden muss).

[53]) Nach ZGB treten für diese Regel beim „ledigen Anfall" zwei Ausnahmen ein; es ist so ein Verzicht möglich, der nur für einen beschränkten Kreis anderer Berechtigter wirksam sein soll und beim Wegfall dieser Berechtigten selber unverbindlich wird. Vergl. Art. 495 III und 496 I, II.

ANHANG ZUM ERSTEN TEIL.

Erbschaftsverträge unter Ehegatten.

Bei der Definition der Erbverträge wurde als Erbschaftsvertrag ein Vertrag bezeichnet, worin Erben unter sich oder mit Dritten über eine noch nicht angefallene Erbschaft bindende Verfügungen treffen. Der Erbschaftsvertrag ist also kein erbrechtlicher Vertrag, denn es wird weder ein Erbrecht geschaffen noch aufgehoben[54]), sondern ein rein obligatorischer Vertrag mit einem andern als dem Erblasser, gerichtet auf gänzliche oder teilweise Überlassung des erhofften Vermögens nach des letztern Tode.[55]) Das wesentliche ist dabei, dass der Erblasser nicht als Vertragskontrahent auftritt; würde er sich am Vertrage beteiligen, so wäre das kein Erbschaftsvertrag in unserm Sinne, sondern ein Erbvertrag oder ein Erbverzichtsvertrag oder eine Abfindung, möglicherweise in Verbindung mit einem Teilungsvertrage nach Art. 608 I. Solche Verträge wären nach den für sie geltenden Grundsätzen zu beurteilen.[56])

Nach gemeinem Recht und auch nach manchen Kantonalrechten[57]), z. B. dem Zürcherischen (§ 2143 ff.), waren Verträge über den Nachlass eines noch lebenden bestimmten Dritten nichtig, wenn dieser nicht seine Zustimmung zum Vertrage gegeben und bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte[58]). Einige Rechte lassen

---

[54]) Mittelbar haben solche Verträge auch Bezug auf das Erbrecht, weil ihr Gegenstand eine erbrechtliche Anwartschaft oder eine Erbschaft ist. Bluntschli Anm. 1 zu § 2138.

[55]) Schiffner, Erbverträge S. 201; zustimmend Oertmann Arch. b. R. 17 S. 347 f.

[56]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Anm. 3 zu § 312.

[57]) Unter den soeben erschienenen Aargauer Rechtsquellen findet sich z. B. ein die Verschreibung noch nicht angefallener Erbschaften hinderndes sehr drastisches Verbot, Sammlung schweizerischer Rechtsquellen XVI, I, 4 S. 146 (a. 1618).

[58]) Als ungenügend muss die Bestimmung des Zürcher Rechts bezeichnet werden, wonach (§ 2145) dem Erblasser von

selbst dann, wenn der Erblasser dem Vertrage beigetreten war, Nichtigkeit dieses Vertrages eintreten. So von den grössern Codifikationen der Code civil[59]) und das ABGB[60]). Dem französischen Recht folgten natürlich seine Nachbildungen[61]) in den schweizerischen Kantonalrechten; aber auch bodenständige Rechte, wie das von Uri[62]), verpönen einen solchen Vertrag, ja setzen ihn sogar unter Strafe. Das ZGB ist im allgemeinen der largeren Auffassung des Zürcher Rechts gefolgt.[63])

BGB und ZGB laufen in ihren Bestimmungen über den Erbschaftsvertrag ziemlich parallel. Beide haben mit Recht einen Mittelweg eingeschlagen. In der Regel ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig. So nach BGB in § 312 I, während das ZGB, weitergehend, in Art. 636 I sogar einen Teilungsvertrag[64]) über

---

solchen Verträgen bloss Anzeige zu erstatten wäre. Allerdings erhält dadurch der Erblasser die Möglichkeit, anders zu disponieren, wenn er nicht einverstanden ist (Bluntschli Anm. 2), allein über den Pflichtteil hat er doch keine Verfügungsmacht.

[59]) Mit ausdrücklicher Erwähnung des Ehevertrages (Art. 791 und 1389) und dann Art. 1130 II als besondere Ausnahme des Grundsatzes von Art. 1130 I: les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Bei den sociétés universelles wird zukünftiger Erwerb par succession ausdrücklich vom Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen (Art. 1837) mit Vorbehalt zugunsten der Ehegatten (Art. 1837 II).

[60]) ABGB § 879, 4. Das Gesetz verbietet immerhin bloss die Veräusserung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, die man von einer dritten Person erhofft, und es scheint unbedenklich, auch nach österreichischem Recht einen Vertrag, der über solche Anwartschaften bloss güterrechtlich bestimmt, zuzulassen. Das geht offenbar auch indirekt aus § 1217 a. E. hervor.

[61]) Huber II S. 339.

[62]) Uri Landbuch I Art. 131 A. 2.

[63]) Ungenau referieren darüber Rossel-Mentha I S. 719, denn nicht das Zürcher Recht allein lässt den Erbschaftsvertrag zu. Vergl. Huber a. a. O.

[64]) Ein nach Art. 636 I abgeschlossener Vertrag unter zwei Miterben ist nichts anderes als ein vorsorglicher Teilungsvertrag nach Art. 635 I, nur dass hier die Erbschaft schon angefallen ist.

eine noch nicht angefallene Erbschaft als ungültig erklärt. Solche Verträge werden aber nach ZGB rechtsgültig, wenn der zukünftige Erblasser mitwirkt und zustimmt, und nach BGB § 312 II ist ein Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen zulässig. Hier liegt wieder kein Erbvertrag oder ein Erbverzicht vor, sondern ein obligatorischer Vertrag, der aber in seiner Wirkung erst noch dadurch bedingt ist, dass der vertragschliessende zukünftige Erbe auch wirklich Erbe wird[65]).

Das BGB lässt also die Erbschaftsverträge unter einem bestimmten Erbenkreis unbedingt zu, während das ZGB den Kreis der möglichen Kontrahenten nicht beschränkt, dafür aber jeden Vertrag von der Mitwirkung des Dritten, d. h. des Erblassers, abhängig macht. Auch durch Beitritt des Dritten kann der Kontrahentenkreis nach § 312 II BGB nicht erweitert werden.[66]) Mit Recht bemerken die Erläuterungen, dass, wenn die Kontrahenten die Mitwirkung des Erblassers scheuen, es sich um einen Vertrag handle, an den keine Partei gebunden sein dürfe[67]). Die Lösung des ZGB ist darum vielleicht sicherer, wenn auch die des BGB konsequenter und praktischer sein mag; sobald der zukünftige Erblasser mitwirkt (Art. 636 I), kann ein Vertrag wie nach BGB geschlossen werden; verweigert aber der Erblasser seine Zustimmung, so können die Erben gleich nach seinem Tode einen Teilungsvertrag nach Art. 635 I schliessen. Es bleibt auch zu erwägen, ob bei böswilliger oder schikanöser Verweigerung der Zustimmung seitens des Erblassers[68]) oder bei fak-

---

[65]) Oertmann a. a. O. Anm. 4.

[66]) Schiffner S. 204.

[67]) Erl. S. 440.

[68]) Mit Recht bemerkt Escher Anm. 1 zu Art. 636, dass die Regelung des ZGB (im Gegensatz zu der des BGB) hie und da zu Unbilligkeiten führen könnte; doch werden die Fälle, da der Erblasser wirklich nicht mehr seine Zustimmung geben kann, verhältnismässig selten sein. Vergl. das im Text gesagte.

tischer physischer Unmöglichkeit seinerseits, noch eine rechtlich erhebliche Erklärung abzugeben, nicht seine Zustimmung durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde ersetzt werden könnte. De lege lata scheint das nicht zulässig und es ist auch nicht wünschenswert, dass die sowieso schon mit weiten Befugnissen ausgestattete Vormundschaftsbehörde noch mehr Anlass fände, über die Nächstbeteiligten hinweg in die innern Familienverhältnisse einzugreifen.[69])

Verträge nach Art. 635 I über eine angefallene Erbschaft sind aber nicht[70]) Erbverträge, sondern Teilungsverträge oder Verträge obligatorischer Art, denn ein Erbvertrag kann nur unter Mitwirkung des Erblassers abgeschlossen werden. Natürlich wird durch einen solchen Vertrag nur das innere Verhältnis der Erben geordnet und das äussere Verhältnis, die Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern, nicht verändert.[71])

Von den bisher besprochenen Erbschaftsverträgen, die alle den Nachlass eines bestimmten Erblassers zum Gegenstand haben, sind zu scheiden die Verträge über den Nachlass eines noch unbestimmten Dritten. In diesem Falle liegt nach der Theorie des gemeinen Rechts ein pactum spei vor, dem nach seiner Auffassung nichts Unsittliches anhaftet.

Die deutsche Literatur verpönt im Anschluss an die Entstehungsgeschichte auch einen Vertrag dieser Art[72]); wir sind dagegen geneigt, ihn für Spezialfälle zuzulassen. Sieht man übrigens von den Materialien ab, so steht der Zulassung eines solchen Vertrages auch nach deutschem

---

[69]) Ansätze zu solcher Mitwirkung zeigt BGB in § 1822 I und 1643 I, II.

[70]) Erläuterungen S. 143; ihnen folgt Escher Vorbem. 1 vor Art. 635 f. Dagegen unterscheidet Huber, Privatrecht IV S. 666 genau zwischen beiden Verträgen.

[71]) Erl. a. a. O. Näheres Escher zu Art. 635.

[72]) Der 1. Entw. § 349 hatte ausdrücklich auch einen solchen Vertrag für nichtig erklärt. Vergl. vor allem Schiffner S. 203 ff.

Recht nichts entgegen. Der Gesetzestext verbietet keinen solchen Vertrag, denn er spricht ausdrücklich von dem Nachlasse eines noch lebenden Dritten, hat also einen bestimmt im Vertrage genannten Erblasser im Auge.

Zuzulassen ist ein Vertrag über den Nachlass eines unbestimmten Dritten im Ehevertrag und zwar in der Form, dass beide Ehegatten oder die Ehefrau allein alles das, was ihr infolge Erbgang zufallen werde, als Sondergut erklären. Dabei erhebt sich allerdings sofort die Schranke, dass das, was ein Ehegatte als Pflichtteil von seinen Verwandten zu beanspruchen habe, ihm nicht als Sondergut zugewendet werden könne (Art. 190 II). Diese Bestimmung ist wohl so zu verstehen[73]), dass der dritte Verwandte, d. h. der Erblasser, nicht von sich aus den Pflichtteil als Sondergut zuwenden dürfe, während es aber im Belieben der Ehegatten steht, auch einen zu erwartenden Pflichtteil als Sondergut zu erklären[74]). Abgesehen von dieser Anwartschaft, die allerdings in den meisten Fällen die einzige sein wird, lassen sich doch Fälle denken, wo ein Ehegatte sich allfällige Zuwendungen, die ihm von Dritten gemacht werden, als Sondergut vorbehält, und überdies kann der Dritte auch das, was ein Ehegatte von ihm dereinst über den Pflichtteil hinaus erben wird, ihm als Sondergut zuwenden, denn Art. 190 II spricht nur von Pflichtteil. Meines Erachtens sind solche Abmachungen für das BGB sogar weitergehend ganz allgemein zuzulassen, denn das BGB (vergl. § 1369) kennt keine dem Art. 190 II entsprechende Bestimmung.

Beide Gesetze (BGB § 1369 und ZGB Art. 190 I)

---

[73]) Prot. Exp. Komm. I S. 249 (Isler) und S. 251 (Huber). Mentha weist dort mit vollem Recht darauf hin, dass ein Dritter nur darüber solle als Sondergut verfügen können, was seiner Dispositionsfreiheit unterworfen sei; der Pflichtteil dagegen sei seiner freien Willensentschliessung bereits entzogen.

[74]) So auch Egger Bem. 2 zu 179, allerdings ohne Trennung der Verträge über den Nachlass eines bestimmten und eines noch unbestimmten Dritten.

lassen Zuwendungen seitens eines Dritten mit der Auflage zu, dass sie Sondergut sein sollen; weiter können die Ehegatten das Sondergut durch Ehevertrag umschreiben — es ist darum nicht einzusehen, warum nicht unter Kombination beider Möglichkeiten die Ehegatten bestimmen können, dass alles, was ein Ehegatte seitens eines Dritten kraft gesetzlichen Erbrechts oder durch Verfügung von Todeswegen zugewendet erhalte, in sein Sondergut fallen solle.

Liegt somit kein Grund vor, den Ehegatten vertragliche Vereinbarungen ganz allgemein über eventuell zu erwartende Zuwendungen von Todes wegen zu verbieten, so scheint es auch gerechtfertigt, Abmachungen über den zu erwartenden Nachlass eines noch lebenden bestimmten Dritten innerhalb der Schranken des Gesetzes zuzulassen. Hier spalten sich BGB und ZGB.

Nach deutschem Recht ist den Ehegatten[75]) nur nicht verwehrt, ganz allgemein über eventuell zufallende Zuwendungen und gesetzliche Erbteile Vereinbarungen zu treffen; weitergehenden Abmachungen steht § 312 I entgegen. Nach schweizerischem Recht dagegen sind solche Verträge ganz unbedenklich, sobald der Dritte, d. h. der künftige Erblasser, mitwirkt und zustimmt[76]).

Solche Verträge sind keine Erbverträge[77]), trotzdem der Erblasser mitwirkt und zustimmt, denn nicht er ist es, der verfügt, sondern die Ehegatten verfügen darüber, was ihnen einmal durch gesetzliches Erbrecht oder durch Verfügung von Todeswegen seitens des Dritten, des Erblassers zufallen wird. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Verfügung von Todeswegen schon getroffen ist oder erst später getroffen wird; ja eine solche Verfügung ist nicht einmal essentiell, da es sich gerade so gut bloss um ein gesetzliches Erbrecht handeln kann.

---

[75]) Wie auch andern Personen überhaupt.

[76]) Der Pleonasmus in Art. 636 I „ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers" „sans le concours et l'assentiment" „senza l'intervento ed il consenso" wäre unnötig.

[77]) Im wesentlichen ablehnend Kuoni S. 135.

Der Erbschaftsvertrag in diesem Sinne bedarf (nach Analogie von Art. 635 I) bloss der schriftlichen Form; da er aber bei Abschluss unter Ehegatten regelmässig ihr güterrechtliches Verhältnis beschlägt, hat er in Ehevertragsform zu geschehen. Er bedarf dagegen nicht der Form des Erbvertrages; die Verfügung von Todeswegen ist nicht sein Zweck, sondern sie oder ein gesetzliches Erbrecht wird von ihm vorausgesetzt, und die Ehegatten vereinbaren sich bloss über die güterrechtliche Gestaltung dessen, was ihnen durch gesetzliches Erbrecht oder durch Verfügung von Todeswegen zufallen werde. Welche güterrechtliche Ordnung dieses künftigen Erwerbes von Todes wegen die Ehegatten treffen wollen, steht durchaus in ihrem Belieben; auch von einem zu erwartenden Pflichtteil können sie bestimmen, dass er Sondergut sei oder dass er wenigstens unter Gütertrennung stehen solle; während allerdings der Dritte ihnen den Pflichtteil nicht von sich aus als Sondergut zuwenden kann (Art. 190 II).

Ist somit eine solche Vereinbarung unter den Ehegatten kein Erbvertrag, sondern eine rein güterrechtliche Verabredung, die in den Ehevertrag gehört, so ist doch nicht ausgeschlossen, dass sich ein Ehevertrag mit solchem Inhalt schliesslich zu einem Erbvertrag erweitere.

Schon die Mitwirkung und Zustimmung des künftigen Erblassers gibt einem solchen Vertrag einen erbrechtlichen Charakter in der Art der französischen Eheverträge, wenn der Erblasser sich dabei auch rein passiv verhält (besonders da, wo lediglich über das Pflichtteilsrecht verhandelt wird). Dabei ergibt sich leicht, dass der Erblasser, wenn es sich nicht bloss um einen Pflichtteil handelt, überhaupt eine Verfügung von Todes wegen in diesem Vertrage erst vornimmt, sei es nun, dass er als Elternteil den sowieso schon bestehenden Pflichtteil erhöht, oder dass er als Dritter eine Verfügung von Todes wegen überhaupt erst bindend trifft. Der Erbschaftsvertrag wandelt sich

dann zu einem Erbvertrag. Es werden dabei zwei Verfügungen getroffen:

Einmal verfügt der künftige Erblasser bindend zu Gunsten eines Gatten; als Vertragsgegner stehen ihm beide Ehegatten gegenüber.

Die Ehegatten ihrerseits treffen eine güterrechtliche Vereinbarung über das, was ihnen oder einem von ihnen durch die Verfügung von Todes wegen seitens des Dritten zufallen werde.

Ein solcher Vertrag enthält demnach die Elemente des Erbvertrages, des Erbschaftsvertrages und des Ehevertrages. Das wichtigste ist aber die bindende Verfügung von Todes wegen zu Gunsten eines oder beider Gatten und bloss nebensächlich tritt dann die güterrechtliche Vereinbarung der Ehegatten unter sich hinzu; ein solcher Vertrag wird daher die Form des Erbvertrages annehmen müssen. Mit derartigem Inhalt nähert sich ein solcher Vertrag durchaus den Eheverträgen des französischen Rechts; nur dass dort immerhin die güterrechtliche Seite, hier aber die erbrechtliche stärker hervortritt. Ein reiner Erbvertrag ist aber ein derartiger Vertrag doch nicht[78]); man kann zwar sagen, der künftige Erblasser schliesse mit beiden Ehegatten einen Erbvertrag zu Gunsten eines von ihnen ab[79]), immerhin unter der Bedingung, dass die Zuwendung auf eine bestimmte güterrechtliche Weise verwendet werde. Fehlt diese Bedingung, so liegt ein reiner Erbvertrag zwischen dem Dritten und den Ehegatten, fehlt dagegen die bindende Verfügung von Todeswegen, so liegt ein reiner Erbschaftsvertrag unter den Ehegatten vor.

---

[78]) Escher Anm. 1 zu 636 und Rossel-Mentha S. 719 konstruieren ihn als solchen.

[79]) Escher konstruiert a. a. O. anders: Erbvertrag zugunsten eines Dritten, abgeschlossen zwischen Erblasser und Erben, unter Beitritt des Dritten. Im vorliegenden Fall sind aber beide Ehegatten Vertragsgegner, wenn auch in der Regel bloss der eine der Begünstigte sein wird. Es steht aber auch nichts entgegen, dass der Erblasser beide Ehegatten zu Erben einsetzt, wodurch Eschers Konstruktion hinfällig wird.

ZWEITER TEIL.

Das Verhältnis von Ehevertrag zu Erbvertrag.

1. Ehevertrag und Erbvertrag im allgemeinen.

Sieht man fürs erste von der Regelung ab, die Ehevertrag und Erbvertrag in concreto in den neuern Gesetzgebungen erfahren haben, und nimmt man beide Verträge nur ihrem allgemeinen Begriffe nach, so scheint der Unterschied zwischen beiden in die Augen springend.

Der Ehevertrag hat die Funktion, vor allem die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, und niemandes andern, zu ordnen; er ist ein rein familienrechtlicher Vertrag und seine Wirkung ist auf die Zeit der Ehe und für den kurzen Moment der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach Auflösung der Ehe beschränkt. Notwendig ist er nicht, denn das Gesetz kennt ja einen gesetzlichen Güterstand, der überall da eintritt, wo durch Ehevertrag kein anderer gewählt wurde. Dass das in den weitaus meisten Ehen der Fall ist, zeigt die Erfahrung[80]).

Der Erbvertrag hingegen beschäftigt sich nur mit dem Erbrecht, indem er entweder Erbrecht nimmt oder Erbrecht schafft; er verleiht oder er nimmt Erbenqualität. Der durch ihn berufene erhält nicht die Stellung eines Vermächtnisnehmers, sondern eines Erben schlechthin, und wenn ein Pflichtteilsberechtigter durch Erbvertrag (hier im weitesten Sinne des ZGB genommen) ausgeschlossen ist, so ist es, als ob er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte. Hier wird nicht ein Recht vernichtet, denn der künftige Erbe hat keines,[81]) sondern das künftige Entstehen eines Erbrechts oder Pflichtteilsanspruches wird verhindert[82]). Notwendig ist der Erbvertrag auch nicht mehr, besonders nicht unter Ehegatten, seitdem auch dem

---

[80]) Vergl. die schon öfters zitierten Statistiken von Segall und Bonnecase.

[81]) Er hat bloss ein Recht, beim Erbfall als Erbe aufzutreten.

[82]) Kipp, Erbrecht S. 371.

überlebenden Ehegatten Pflichtteil und Nutzungsrechte durch das Gesetz zustehen.

So scheint der Unterschied zwischen beiden Verträgen auf der Hand zu liegen und Bluntschli[83]) konnte den Gegensatz zwischen Ehevertrag und Erbvertrag wohl so formulieren, dass die Erbverträge „auf den Todesfall hin eines Ehegatten die erbrechtlichen Verhältnisse des andern direkt feststellen, während die letztern (die Eheverträge) zunächst das Güterrecht während der Ehe ordnen, und wenn sie auch auf die Rechte des überlebenden Ehegatten einen Einfluss haben, dieser Einfluss doch nur als die mittelbare Folge des ehelichen Güterrechts erscheint".

Damit scheint alles gesagt, und doch ist die Formulierung zu vag und kann heute nicht mehr gelten, wo wir einen gesetzlichen Güterstand, ein gesetzliches Erbrecht der Ehegatten haben, die allermeist besondere Stipulationen als überflüssig erscheinen lassen.

Dass trotzdem Beziehungen zwischen beiden Verträgen bestehen, hat nicht nur Bluntschli erkannt, schon Beseler[84]) hat, besonders im Hinblick auf die allgemeine Gütergemeinschaft, darauf hingewiesen, wie sich die beiden Vertragskreise oft schneiden und wie ein Ausscheiden der güterrechtlichen und der erbrechtlichen Bestimmungen schon darum schwierig ist, weil sich beide oft gegenseitig voraussetzen, die eine also durch die andere bedingt ist. Man braucht sich nur unter Augen zu halten, was für einen Einfluss der unter den Ehegatten herrschende Güterstand auf ihr Erbrecht haben kann[85]).

Bei Gütertrennung ist das Verhältnis noch am einfachsten: beim Tode eines Ehegatten wird lediglich sein persönliches Vermögen vererbt. Dass unter Umständen die genaue Umschreibung dieses persönlichen Vermögens auch bei der Gütertrennung Schwierigkeiten machen kann, besonders wenn die Ehefrau z. B. dem Ehemann ihr Ver-

[83]) Deutsches Privatrecht § 199.
[84]) Erbverträge II, 2 S. 122 f.
[85]) Beseler a. a. O. III S. 122 f.

mögen zur Verwaltung übergeben (Art. 242 II) oder ihm eine Ehesteuer bestellt hat (Art. 247 I, II), liegt auf der Hand; doch sind die sich hier erhebenden Fragen immer rein güterrechtlicher Art; das Erbrecht kommt bei der Auseinandersetzung überhaupt nicht in Betracht.

Bei Güterverbindung gestaltet sich die Sache schon schwieriger. Theoretisch sind auch hier zwei Vermögensgruppen vorhanden, die, rein äusserlich verbunden, innerlich streng getrennt sind, aber wie selten haben diese Gruppen noch den Umfang, den sie vor Eintritt dieses bestimmten Güterrechtsverhältnisses hatten!

Ähnliches lässt sich von der Fahrnisgemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft sagen und dann wirft sich erst noch die Frage auf, wie denn ein eventueller Vor- oder Rückschlag geteilt werden solle.

Natürlich ist der Teilungsmodus eine rein interne Angelegenheit des Güterrechts; er hat aber doch einen sehr unmittelbaren Einfluss auf das Erbrecht der Nachkommen; durch ihn wird erst bestimmt, wie hoch sich der Anteil des Verstorbenen an Verlust oder Gewinn bemisst; in letzter Linie hängen daher die der Vererbung überhaupt unterliegenden Vermögenswerte von ihm ab. Dieses Erbrecht kommt allerdings erst in zweiter Linie und steht bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorläufig noch gar nicht in Frage; für den Charakter eines den Teilungsmodus normierenden Vertrages als eines reinen Ehevertrages ist es ohne Belang.

Am schwierigsten gestaltet sich die Frage bei der Gütergemeinschaft. In den seltensten Fällen bringen die Ehegatten gleichviel Vermögen in die Ehe, selten wird ihr beiderseitiger Erwerb während der Ehe sich die Wage halten und selten werden die Eheleute bestimmen wollen, dass die Auflösung der Gütergemeinschaft im Verhältnis der seiner Zeit eingebrachten Einzelvermögen erfolgen solle[86]).

[86]) A hat 80,000, die B 40,000 eingebracht; im Ehevertrag wird vereinbart, die Gütergemeinschaft solle seiner Zeit im Ver-

Die Ehegatten hoffen doch vorwärts zu kommen, einen rechten Vorschlag zu machen, und dieser will im Teilungsmodus auch berücksichtigt sein.

Sobald einmal der Teilungsmodus gesetzlich oder durch Ehevertrag festgelegt ist, liegt darin unter Umständen eine Begünstigung des einen Gatten vor dem andern. Auch Huber findet bei seinem gelegentlich angeführten Beispiel[87]), dass bei ungleich eingebrachtem Vermögen, das aber mit dem Teilungskoeffizienten ½ aufgelöst wird, schon darin (im Effekt) eine entsprechende Begünstigung des einen und eine entsprechende Benachteiligung des andern Ehegatten liege. In verringertem Mass gilt das auch für die Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft.

Eine Konstruktion, die diese Begünstigung lediglich auf das Erbrecht zurückführen wollte, wäre verfehlt, denn sie verwechselte Ursache und Wirkung: der Teilungsakt, durch den allerdings der der Vererbung unterworfene Anteil des Vorverstorbenen am Gesamtgut erst bestimmt wird, ist rein güterrechtlicher Art, denn die Gütergemeinschaft muss ihrem Wesen nach geteilt werden; die Wirkung der Teilung erstreckt sich aber, wie unten auszuführen sein wird, auch auf das Erbrecht.

Wenn also vorher von einer erbrechtlichen Begünstigung des überlebenden Ehegatten die Rede war, so ist das unrichtig, der Ausdruck zeigt aber trotz seiner Unrichtigkeit das, worauf es ankommt. Bei der Gütergemeinschaft soll es ja vom Momente ihres Eintrittes an keine zwei getrennte Vermögen mehr geben, weil alles den Ehegatten nun zu gesamter Hand gehört, und bei der Auflösung dieses Gesamthandverhältnisses soll nicht mehr von der Höhe des seinerzeit eingebrachten Gutes, sondern nur mehr von der vertraglich festgelegten Teilungsquote die Rede sein. Was liegt aber näher, als dass der über-

---

hältnis von 2:1 erfolgen. Oder A hat 70,000, die B 100,000 eingebracht; die Teilung soll also im Verhältnis von 7:10 geschehen.

[87]) In den Erl. zum 1. Teilentw.

lebende Ehegatte das, was er nach Auflösung der Gütergemeinschaft erhält, mit dem von ihm seiner Zeit Eingebrachten vergleicht und sich als begünstigt, resp. als benachteiligt vorkommt.

Man wird hier leicht geneigt sein, von Erbrecht des überlebenden Ehegatten zu sprechen, wie ja gern mit „erben" überhaupt das bezeichnet wird, was ein Ehegatte nach dem Tode des andern erhält; man wird die Summe der Vermögenswerte, die der überlebende Ehegatte und auf der andern Seite die Erben des Vorverstorbenen erhalten[88]), mit den von den Ehegatten bei Eingehung der Ehe eingebrachten Vermögenswerten vergleichen und, da sie meistens nicht mehr gleich gross sein werden, von einer erbrechtlichen Begünstigung resp. Benachteiligung durch das Güterrecht sprechen.

Dass im Gegensatz zu dieser Auffassung der Teilungsmodus, selbst wenn er irgendwie eine „erbrechtliche Begünstigung" im Sinne der vorhergehenden Ausführungen herbeiführen sollte, einen rein güterrechtlichen Charakter hat und daher der Ehevertragsform, dagegen nie der Erbvertragsform bedarf, wird unten auszuführen sein.

Keine Zweifel erheben sich beim Sondergut. Sicherlich ist die Erweiterung oder die Beschränkung, oder auch der blosse Vorbehalt des Sondergutes eine rein güterrechtliche, also familienrechtliche Funktion. Wie aber dann, wenn über die Vererbung besondere Bestimmungen getroffen werden? Die Frau behält sich z. B. vor, ihr Sondergut, die „gerade", solle nur an die Töchter vererbt werden. Das ist sicher eine rein erbrechtliche Vereinbarung, die aber nichtsdestoweniger häufig in den Eheverträgen anzutreffen sein wird. Der Vertrag hat sich dann den komplizierteren Formen des kombinierten Ehe- und Erbvertrages anzubequemen, wenigstens nach ZGB, während nach BGB (§ 2276 II) die Form sowieso dieselbe bleibt.

---

[88]) Und zwar: kraft Güterrechts und Erbrechts erhalten!

So lässt sich bei jedem Güterstand fragen, ob gewisse Bestimmungen erbrechtlicher oder güterrechtlicher Art seien, und jeder Güterstand ist daraufhin zu untersuchen (vergl. unten S. 293). Immerhin lässt sich für alle Güterrechtsverhältnisse die Regel aufstellen, dass bei Auflösung der Ehe immer zuerst die güterrechtliche Auseinandersetzung und erst nachher die Regelung der Erbfolge stattfinden muss; diese letztere ist unbedingt von der güterrechtlichen Auseinandersetzung abhängig, weil erst dadurch bestimmt wird, ob überhaupt noch Vermögensstücke vorhanden sind, die der Erbfolge unterworfen werden können. In diesem Sinne ist es doch wohl richtig, wenn Peter[89]) so formuliert:

es bestimmt sich nach ehelichem Güterrecht, welcher Betrag des in der Ehe vorhanden gewesenen Vermögens den Gegenstand der Erbfolge bildet.

Lässt man nun diejenigen Abmachungen unter Ehegatten, die für die Dauer der Ehe getroffen worden sind und deshalb ohne weiteres der Form des Ehevertrages bedürfen, ganz aus dem Spiel, da aus ihnen kein Criterium für den Unterschied zwischen Ehe- und Erbvertrag entnommen werden kann, so lässt sich für Vereinbarungen, die erst nach Auflösung der Ehe[90]) wirksam werden sollen, vielleicht folgende Regel aufstellen:

a) Vereinbarungen unter Ehegatten, die auf die Auseinandersetzung der beidseitigen Eigengüter oder des Gesamtgutes gerichtet sind, mit andern Worten: den Modus der Auseinandersetzung[91]) bestimmen, sind güterrechtlicher Natur, bedürfen also der Form des Ehevertrages.

---

[89]) Diese Ztschr. 40 S. 10.

[90]) Über Vereinbarungen für den Fall der Scheidung siehe oben S. 59 ff.

[91]) Der Modus der Auseinandersetzung ist eben zum Vornherein durch die Annahme eines bestimmten Güterstandes festgelegt.

b) Vereinbarungen dagegen, die sich nicht auf die Auseinandersetzung beschränken oder sie überhaupt schon voraussetzen, indem sie über das weitere Schicksal der Vermögenswerte[92]) des Vorverstorbenen (sei er nun direkt oder indirekt bestimmt) verfügen, sind erbrechtlicher Art und bedürfen der Form des Erbvertrages.

Danach spricht zum mindesten die Vermutung dafür, dass Vereinbarungen über Vermögenswerte, die zwar als im Eigentum des (direkt oder indirekt bestimmten) Vorverstorbenen stehend bezeichnet werden, aber deren Übergang in das Eigentum des überlebenden Ehegatten bei Auflösung der Ehe durch Tod stattfinden soll, erbrechtlicher Art sind und deshalb der Erbvertragsform bedürfen[93]).

Bei derartigen Vereinbarungen braucht das Wort „erben" nicht einmal gefallen zu sein; eine Vererbung ist diese Vermögensverschiebung trotzdem, wenn nicht aus den nähern Umständen hervorgeht, dass der Vorgang wirklich nur rein güterrechtlicher Natur ist.[94])

Um so mehr ist die Vereinbarung dann erbrechtlich, wenn sie als solche gewollt und ausdrücklich bezeichnet ist. Dabei verschlägt es nichts, ob eine wirkliche Erbeinsetzung erfolgt und ob der überlebende Ehegatte oder Dritte (also meistens die Kinder) zu Erben eingesetzt werden oder ob ein blosses Vermächtnis bindend getroffen wird (z. B. Nutzniessungsvermächtnis nach Art. 473 I).

Ein weiteres Criterium liegt auch in der Auffassung

---

[92]) Dahin gehören Vereinbarungen über die beiderseitigen Eigen- und Sondergüter, resp. bei der Gütergemeinschaft über die durch die Teilungsquote bestimmten und nach der Auseinandersetzung dem überlebenden Ehegatten und den Erben zugewiesenen Anteile.

[93]) Da derartige Vereinbarungen in der Regel mit güterrechtlichen zusammen getroffen sein werden, hat der Vertrag die Form des kombinierten Ehe- und Erbvertrages anzunehmen.

[94]) Ein Ehegatte gewährt dem andern z. B. ein Darleihen, das aber mit seinem Tode fällig sein soll. Ähnliche Beispiele lassen sich wohl noch denken.

des Ehevertrages nach BGB und ZGB. Ein Ehevertrag kann nur unter Verlobten oder Ehegatten abgeschlossen werden; Dritte (Brauteltern etc.) können in einem solchen Vertrag wohl Verfügungen unter Lebenden, aber nicht auf ihren Todesfall vornehmen (also anders als das französische Recht)[95]; wollen Dritte zu Gunsten der Ehegatten oder ihrer Kinder verfügen, so haben sie einen Erbvertrag abzuschliessen.

Trotz aller Unterscheidungsmerkmale ergeben sich zwischen einem Ehevertrag und einem Erbvertrag manche Zwitterbestimmungen, deren Erledigung in guten Treuen bald dem Familienrecht, bald dem Erbrecht zugewiesen werden kann. Das ist nicht nur für die Frage wichtig, ob eine Abmachung der leichteren Form des Ehevertrages oder der erschwerten des Erbvertrages bedürfe (obwohl gerade diese Unterscheidung in der deutschen Judikatur die grösste Rolle spielt), sie ist auch oft entscheidend dafür, ob den Vertragschliessenden gewisse Rechte zustehen, die mit dem einen oder dem andern Vertrage verknüpft sind.

So ist der Ehevertrag jedenfalls aus andern Gründen und nicht so leicht anfechtbar wie der Erbvertrag; weiter stimmen beide Verträge in den Erfordernissen auf Seiten der Parteien nicht überein usw.[96] Schliesslich kommt noch die Eintragung im Güterrechtsregister und eventuell die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde (nach Art. 177 II und 181 II) in Frage.

Selbst wenn man von der Mitwirkung Dritter, auch der Kinder, absieht, erheben sich noch genug Zweifel. Die Rechte des überlebenden Ehegatten gehören ja jetzt, seitdem BGB und ZGB zur Herrschaft gelangt sind, wieder teils dem Familienrecht an, weil sie aus dem Güterrecht entspringen oder Reflex der elterlichen Ge-

[95]) Das einen Ehe- und Erbvertrag in favorem matrimonii ausgebildet hat. Vergl. Zachariae-Crome IV § 745 ff. und Crome V Erbrecht S. 143.

[96]) Vergl. oben im ersten Teil unter 4 S. 255 ff.

walt sind (Art. 292), teils sind sie durch das Erbrecht geregelt, weil der Ehegatte jetzt durchweg pflichtteilsberechtigt ist.

Besonders für das Übergangsrecht ergeben sich oft schwierige Fragen[97]); vor allem erheischen die Kollisionen zwischen weiter bestehendem kantonalem Güterrecht und dem neu eintretenden gemeinrechtlichen Erbrecht besondere Regelung, damit nicht durch Kombination von altrechtlichem Güterrecht und neurechtlichem Erbrecht der überlebende Ehegatte viel zu gut gestellt werde.[98])

Schliesslich lässt sich noch darauf hinweisen, dass, abgesehen von den Formerfordernissen, die Voraussetzungen bei Ehevertrag und bei Erbvertrag ganz verschieden sind: beim Ehevertrag wird natürlich das Bestehen der Ehe vorausgesetzt; der Erbvertrag unter Ehegatten dagegen ist, wenn man so sagen darf, doppelt bedingt: einmal setzt er das Bestehen der Ehe voraus und dann aber weiter noch, dass der begünstigte Ehegatte den als Erblasser handelnden Ehegatten überlebe. Dabei kommt es allerdings auf den Einzelfall an, denn ein Erbvertrag kann auch ganz generell abgefasst sein, dass „dem überlebenden Ehegatten" schlechthin gewisse Vorteile zugewiesen werden; hier ist es dann gleichgültig, welcher Ehegatte den andern überlebt; in der Regel hat aber der Erbvertrag bloss relative Wirksamkeit; sie bleibt hinausgeschoben, bis die Ehe regelrecht (also durch Tod) aufgelöst ist und dabei der Bedachte den bindend von Todeswegen verfügenden Ehegatten überlebt hat.

Der Ehevertrag bedarf also für sein Zustandekommen nur der Eingehung einer gültigen Ehe, auf später eintretende Eventualitäten, wie Scheidung, kann und darf er bloss in zweiter Linie oder überhaupt nicht Rücksicht nehmen. Der Erbvertrag dagegen setzt nicht nur die Ein-

---

[97]) Memorial des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 24. Juli 1908 S. 28.

[98]) Beispiele im Basler Ratschlag vom 29.September 1910 S. 32 f.

gehung einer gültigen Ehe, sondern auch den Bestand, ja die regelmässige Auflösung einer gültigen Ehe voraus. Der Ehevertrag wirkt sofort, der Erbvertrag wirkt bedingt später.

2. Die einzelnen Güterstände und ihr Verhältnis zu Ehevertrag und Erbvertrag.

Wie schon im vorigen Abschnitt ausgeführt wurde, kann oft Zweifel darüber entstehen, ob eine Abmachung familienrechtlicher oder erbrechtlicher Natur sei, und es muss daher bei jedem Güterstande in diesem Sinne unterschieden werden, denn es lassen sich nur wenig durchgreifende Regeln für alle Güterstände aufstellen.

a) Der gesetzliche Güterstand.

α. Bestimmungen über den Umfang, die Verwaltung und die Nutzniessung des ehelichen Vermögens sind natürlich rein familienrechtlicher Natur. Werden aber über das Schicksal des eingebrachten oder während der Ehe erworbenen Vermögens nach Auflösung der Ehe Bestimmungen getroffen oder wird z. B. von vornherein abgemacht, in welchem Sinne der überlebende Ehegatte von dem ihm nach Art. 462 zustehenden Wahlrecht Gebrauch machen werde, so liegt darin eine erbrechtliche Bestimmung, die der Form des Erbvertrages bedarf[99]).

β. Bestimmungen über den Vor- und Rückschlag sind in aller Regel güterrechtlicher Natur und müssen demgemäss durch Ehevertrag getroffen werden. Der Anspruch des überlebenden Ehegatten geht regelmässig auf sein Eingebrachtes und einen Anteil am Vorschlag, wofern (nach Art. 214 III „durch Ehevertrag") nichts anderes

---

[99]) Man könnte einwenden, ein Vertrag über ein dem Ehegatten schon von Gesetzes wegen zustehendes Recht sei rechtlich irrelevant, ein nihil actum, die Form des Erbvertrages sei daher überflüssig. Dieser Einwand ist schon vielleicht dann nicht richtig, wenn dem Ehegatten bloss ein Erbrecht (wie nach BGB) zusteht; er ist aber sicher unzutreffend, wenn der Ehegatte wahlweise zwei Rechte hat, wie bei uns.

bestimmt ist. Möglich sind aber auch Vereinbarungen erbrechtlicher Art über den Vorschlag und es lässt sich fragen, ob dann, wenn der Vorschlag ganz einem Ehegatten zugewiesen wird, nicht darin schon eine erbrechtliche Verfügung liege. Der Anschauung, von der schon die Rede war, wird das ohne weiteres als erbrechtliche Begünstigung erscheinen, denn sie stellt nur auf den wirtschaftlichen Effekt ab, d. h. sie vergleicht das, was ein Ehegatte nach Auflösung der Ehe erhält, mit dem, was er seinerzeit eingebracht hat und mit dem, was den Erben des Vorverstorbenen zufällt, und gibt sich über die verschiedenen Rechtsgründe der beidseitigen Zuweisung (einerseits Güterrecht plus Ehegattenerbrecht; andrerseits bloss Erbrecht) keine Rechenschaft. Diese mit dem Erbrecht operierende Konstruktion verstösst schon gegen das Prinzip des Art. 214 III; die Teilung des Vorschlages ist ein güterrechtlicher Akt. Immerhin wird obzu beobachten sein, ein (direkt) bestimmter Ehegatte (z. B. der Ehemann) oder bloss der überlebende Teil (also ein indirekt bestimmter Ehegatte) der begünstigte ist[100]). Im erstern Falle wäre die Vereinbarung güterrechtlicher, im andern erbrechtlicher Natur — eine Subsumption unter das Güterrecht liesse sich allerdings auch rechtfertigen[101]).

---

[100]) Gegen die Annahme, bei durchaus einseitiger Zuweisung des Vorschlages an einen Ehegatten liege unter Umständen eine erbrechtliche Verfügung, lässt sich allerdings anführen, dass bei einseitiger Zuschiebung des Rückschlages (der doch quasi das Gegengleich des Vorschlages darstellt) wohl niemand von einer erbrechtlichen Verfügung sprechen werde. Vergl. das im Text Gesagte.

Dass die Entstehung eines Vorschlages durchaus hypothetisch ist und also kein sicheres Erbrecht hervorrufen könnte, spielt keine Rolle, denn beim Erbvertrag wird auch kein Erbrecht von bestimmter Höhe verschafft, sondern bloss das Recht, als Erbe auftreten zu können. Dabei bleibt noch immer fraglich, ob ein durch Erbvertrag eingesetzter Erbe auch wirklich Erbe werde und ob er auch etwas zu erben haben werde.

[101]) Es scheint aber doch gebotener, die beiden Fälle aus einander zu halten. Wird der Vorschlag einem bestimmten Gatten

Wird der Vorschlag dagegen keinem Ehegatten, sondern bestimmten Dritten zugewendet, so liegt damit keine güterrechtliche, sondern immer eine erbrechtliche Verfügung zu Gunsten Dritter vor, die der Form des Erbvertrages bedarf.

A. und B. schliessen einen Ehevertrag. Sie unterstellen ihr Vermögen dem gesetzlichen Güterstand und bestimmen, ein bei Auflösung der Ehe sich etwa vorfindender Vorschlag solle unter Verzicht des überlebenden Ehegatten darauf ungemindert den Kindern zufallen. Eine solche Vereinbarung bedarf der Form des Erbvertrages, resp. der Form des kombinierten Ehe- und Erbvertrages.

Beim Rückschlag können sich kaum Zweifel ergeben. Wenn die Ehegatten Beteiligung der Frau am Rückschlag vereinbaren, was nach Art. 214 III möglich ist, so wird der Mann besser und die Frau verhältnismässig schlechter gestellt als das Gesetz (Art. 214 I) es vorsieht. Wenn so die Beteiligung am Rückschlag (wie ja auch am Vorschlag) indirekt auch einen Einfluss auf die Höhe des Nachlasses hat, so wäre es doch durchaus unrichtig, Vereinbarungen über den Rückschlag als erbrechtlich zu bezeichnen.

γ. Die allgemeine Regelung des Sondergutes, Bestimmungen über seinen Umfang und dergl. (Art. 190 I) sind natürlich güterrechtlicher Art. Es lässt sich aber auch hier der Fall denken, dass die Frau oder der Mann eine gesonderte Vererbung ihres Sondergutes (kraft Gesetzes Art. 191, 1: der „Gerade“ oder des „Heergewätes“) wünschen; hierin liegt eine erbrechtliche Verfügung.

---

zugewiesen, so wird meistens der Grund der sein, dass er kraft seiner güterrechtlichen Verhältnisse einen Anspruch darauf hat (er hat z. B. ein überwiegend grösseres Vermögen eingebracht als der andere). Wird dagegen der Vorschlag bloss dem überlebenden Ehegatten zugesprochen, so fällt die güterrechtliche Begründung dieser Zuweisung dahin, die Parteien wollen vielmehr ausschliesslich eine Begünstigung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten.

b) Die Gütertrennung.

Bei der Gütertrennung gestaltet sich die Frage, welche Vereinbarungen güterrechtlicher und welche erbrechtlicher Natur seien, am einfachsten. Bestimmungen über die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau durch den Mann (Art. 242 I), über die Beitragspflicht der Frau (nach Art. 246) etc. stehen, weil nur für die Dauer der Ehe geltend und also rein güterrechtlicher resp. familienrechtlicher Natur, unter den Regeln des Ehevertrages. Werden aber für den Fall des Todes eines Ehegatten Vereinbarungen bindend getroffen, so ist dafür die Form des Erbvertrages massgebend.

c) Die Gütergemeinschaft.

α. Vereinbarungen über Verwaltung, Vertretungsbefugnis, Schlüsselgewalt etc. sind rein güterrechtlicher Art und bedürfen deshalb bloss der Form des Ehevertrages. Über die Auflösung der Gütergemeinschaft entscheidet zunächst das Gesetz (Art. 225 I): sie geschieht nach Hälften.

Diese Quotenteilung kann aber durch die Ehegatten willkürlich abgeändert werden, darin liegt eigentlich, wie schon oben ausgeführt wurde, eine Begünstigung eines Ehegatten, mag man sie nun güterrechtlicher oder erbrechtlicher Art heissen.

Trotzdem wird man Vereinbarungen über die Quotenteilung immer als Bestimmungen familienrechtlicher Natur ansprechen müssen, nicht nur wegen des Wortlauts von Art. 226 I („durch Ehevertrag"), sondern auch aus inneren Gründen. Die Quoten sind eben bei der Gütergemeinschaft durchaus notwendig, um die Teilungsansprüche des überlebenden Ehegatten zu ermitteln. Ob diese gesetzlich oder durch Vertrag geregelt sind, kommt auf dasselbe heraus; vorhanden müssen sie sein; es liegt im Wesen des Gesamtverhältnisses, dass jeder Ehegatte zum Vornherein einen Anspruch auf Teilung hat. Dieser Anspruch kann von den Ehegatten beliebig festgesetzt werden und kann — ganz abgesehen von der gesetzlichen Teilungsquote —

beliebig variieren, bis er auf der einen Seite unendlich gross, auf der andern unendlich klein wird, dass er also schliesslich auf eine Teilung im Verhältnis von 1 : 0 hinausläuft. Alles das ist bei der Gütergemeinschaft möglich, wie es ja auch theoretisch Miteigentum in diesem äussersten Verhältnis 1 : 0 geben kann. Dass das Gesetz bei der Gütergemeinschaft durch den Vorbehalt von einem Vierteil zu Gunsten der Nachkommen dieser freien Teilungsmacht eine Schranke setzt (Art. 226 II), ist ein rein tatsächliches Verhältnis, das aber den Güterstand als solchen und die sich daraus ergebenden Rechtsverhältnisse nicht trifft. Diese erbrechtlichen Verhältnisse werden nachher noch untersucht werden müssen, nur das sei hier schon bemerkt, dass nicht etwa unter Berufung auf Art. 226 cit. so konstruiert werden darf, als sei die güterrechtliche Verfügungsmacht der Ehegatten durch die Quote ¾ beschränkt und Verfügungen über das letzte Viertel seien daher immer erbrechtlicher Natur.

Aus dem Charakter des Gesamthandverhältnisses ergibt sich auch, dass rechtlich von einer Begünstigung des einen Ehegatten vor dem andern nicht die Rede sein kann; nicht mehr das seinerzeit eingebrachte Gut, sondern die Anwendung der Teilungsquote auf das Gesamtgut entscheidet über die Ansprüche des überlebenden Ehegatten und der Erben des vorverstorbenen.[102])

Im übrigen steht es den Ehegatten ja frei, durch Verabredung einer dem Verhältnis des seinerzeit eingebrachten Gutes tatsächlich entsprechenden Quote eine in ihren

[102]) Huber hat das (Privatrecht I S. 242) sehr schön so ausgedrückt: der Mann soll sich nicht mehr als der Eigentümer seines angestammten Gutes, die Frau sich nicht mehr als Eigentümerin ihres eingebrachten Vermögens betrachten; sondern beide Ehegatten sollen nur ein einziges Gemeinschaftsgut haben und zu Gesamteigentum an der vereinigten Gutsmasse berechtigt sein. Bei der Auflösung der Ehe soll nicht mehr nach dem Gute gefragt werden, wie es die Ehegatten eingebracht, sondern der überlebende Ehegatte soll mit den Erben des Erstverstorbenen das ganze Gut nach Quoten teilen.

Augen gerechter scheinende Verteilung herbeizuführen. Ein Vor- oder Rückschlag würde dann von beiden Vermögensgruppen verhältnismässig getragen.

A. hat 80,000, B. 40,000 eingebracht; die Ehegatten können verabreden, dass die Teilung wie 2 : 1 erfolgen solle. Ergibt sich dann z. B. ein Vorschlag von 30,000, er erhalten bei Auflösung der Gemeinschaft die Erben des A. 100,000 und die B. 50,000; entsprechend würde ein Rückschlag getragen.

Die Regelung der Teilung kann aber auch einen andern Charakter annehmen und z. B. dahin gehen, dass bei Auflösung der Ehe das Vermögen an die Mannes-, resp. Frauenseite zurückfallen solle. Das kann als eine Abart der Quotenbestimmung aufgefasst werden und ist daher eine rein güterrechtliche Verabredung.

Komplizierter wird die Frage, wenn wirkliche Erbrechte mitspielen und in Frage kommen.

Schon berührt wurde der Fall, dass ein Ehegatte (sei er nun direkt oder indirekt bestimmt) auf das Ganze „zum Erben eingesetzt wird", unpräzis ausgedrückt: werden dadurch Pflichtteilsrechte verletzt (vergl. unten S. 301 den Exkurs), so ist die Verabredung dieser übermässigen Teilungsquote ungültig, aber auch in diesem Falle, obwohl über ein Erbrecht verfügt wird, geschieht eine rein güterrechtliche Vereinbarung. Das zeigt sich schon dann, wenn Pflichtteilsrechte von Nachkommen nicht in Frage stehen und also die Verabredung der Quote 1:0 vollkommen zu Recht besteht. Der Ehegatte, der mit der Quote 1 bedacht ist, erhält dann schon kraft Güterrechts überhaupt alles und sein Erbrecht, das er ja ausserdem nach neuem Recht auch bei Gütergemeinschaft hat, wird einfach gegenstandslos: er hätte ein Erbrecht an der Quote 0. Um kurz zu wiederholen: ein Ehevertrag mit der übermässigen Quote 1 ist nicht darum ungültig, weil er in Ehe- und nicht in Erbvertragsform abgeschlossen wurde, denn er ist und bleibt ein rein güterrechtlicher Vertrag, sondern er wird dann ungültig, wenn er Pflichtteilsrechte verletzt. Ein rein güterrechtlicher Vertrag greift also in Erbrechte ein, bleibt aber ein Ehevertrag.

Anders gestaltet sich der Fall, wenn bestimmte Erben schon genannt sind oder wenn vereinbart wird, unter Vorbehalt des den Nachkommen garantierten Vierteils (Art. 226 II) solle bei Auflösung der Ehe das Vermögen an den überlebenden Ehegatten fallen und nach seinem Tode entweder an den Mannes- und den Frauenstamm sich teilen oder den Kindern zufallen.

Im erstern Fall liegt teils eine güterrechtliche Vereinbarung, die Festsetzung der Teilungsquote, teils eine Erbeinsetzung, worin bereits über den durch die Quote bestimmten Anteil verfügt wird, vor. Der Vertrag bedarf daher der Form des kombinierten Ehe- und Erbvertrages.

Im zweiten Fall wird wieder zuerst eine rein güterrechtliche Vereinbarung getroffen, zugleich aber auch eine Erbeinsetzung verfügt, die man nicht anders als Nacherbeneinsetzung bezeichnen kann. Der Ehegatte erhält seinen Anteil kraft des Güterrechtsverhältnisses, und zwar zu unbeschränktem Eigentum, zugleich aber werden schon Erben für diese ihm bei der Teilung zugewiesene Vermögensgruppe genannt, die die Stellung von Nacherben haben. Es liesse sich allerdings auch denken, dass jeder Ehegatte bei der Verabredung dieses Rechtsverhältnisses schon eine bedingte Verfügung von Todeswegen vornimmt, die davon abhängig ist, dass er der überlebende sei und demgemäss ihm kraft Güterrechts die Quote ¾ zufalle — es wäre das ein bedingter Erbvertrag zu Gunsten Dritter über einen hypothetischen Nachlass — aber man wird dieser komplizierten Konstruktion doch lieber die andere vorziehen, wobei allerdings befremdet, dass Nacherben vorhanden sind, aber der Vorerbe durchaus fehlt. Dabei ist aber zu bedenken, dass gerade bei der Quote ¾ der dem überlebenden Ehegatten zustehende Erbanspruch in seinem güterrechtlichen aufgegangen ist, dass also die Quote ¾ den erb- und den güterrechtlichen Anspruch zugleich erledigt. Tatsächlich ist der überlebende Ehegatte also auch Erbe, und darum mag von Nacherben

die Rede sein, wenn er auch rechtlich ausschliesslich einen güterrechtlichen Anspruch hat.

Ein derartiger Vertrag bedarf natürlich wieder der Form des kombinierten Ehe- und Erbvertrages.

Bei Nennung von Erben in einem Vertrag unter Ehegatten wird überhaupt immer an einen Erbvertrag gedacht werden müssen. Gerade bei der Gütergemeinschaft zeigt sich aber, dass nicht etwa die Formel aufgestellt werden kann: was das Verhältnis während der Ehe betrifft, ist güterrechtlicher Natur, bedarf also der Form des Ehevertrages, und was das Güterrechtsverhältnis bei Auflösung der Ehe regelt, ist erbrechtlicher Art, bedarf also der Form des Erbvertrages — denn hier ist das Erbrecht das sekundäre Moment, das erst dann zu berücksichtigen ist, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung stattgefunden hat. Auch darin kann nicht das Criterium liegen, ob die getroffene Vereinbarung den güterrechtlichen oder den erbrechtlichen Anspruch des überlebenden Ehegatten treffe, denn es ist sehr wohl möglich, dass Erbrecht und Güterrecht ineinandergreifen.

Zudem werden sich gerade bei der Gütergemeinschaft die Ehegatten in den seltensten Fällen Rechenschaft darüber ablegen, ob sie jetzt eine güterrechtliche oder eine erbrechtliche Bestimmung treffen. Meistens wird es heissen: bei Auflösung der Ehe erhält der überlebende Ehegatte ½ oder ¾ des Gesamtgutes, wobei dann in aller Regel der erbrechtliche Anspruch in dem güterrechtlichen aufgeht und nicht mehr gesondert geltend gemacht werden soll. Darum aber die Form des Erbvertrages für eine derartige Abmachung vorschreiben zu wollen, auch wenn keine Erben genannt sind, ginge aus den oben angeführten Gründen nicht an und widerspräche auch der Tradition.

Schliesslich wird sich auch die güterrechtliche und die erbrechtliche Auseinandersetzung sehr einfach gestalten, indem in der Regel nicht zuerst die güterrechtliche Ausscheidung und dann die erbrechtliche Auseinandersetzung stattfinden wird, sondern unter Kombination beider

Ansprüche erfolgt einfach eine Verschiebung der Teilungsquote, die bei beerbter Ehe bis auf $^3/_4$, bei unbeerbter bis auf 1 steigen kann.

Geht es nach dem Gesetz, so hat der überlebende Ehegatte kraft Güterrechts $^1/_2$ und von der andern Hälfte kraft Erbrechts $^1/_4$ zu fordern. Diese beiden Ansprüche werden kombiniert und er erhält $^5/_8$; die Höchstgrenze, bis zu der der überlebende Ehegatte unter Einrechnung der güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche bedacht werden kann, beträgt $^6/_8$ des Gesamtgutes (Art. 226 II)[103]).

Es darf hier vielleicht wohl darauf hingewiesen werden, dass bei allgemeiner Gütergemeinschaft von einem Erbrecht des überlebenden Ehegatten eigentlich nicht die Rede sein sollte. (Gerade entgegengesetzter Ansicht ist Crome, Bürgerl. Recht V S. 332 f.) Wenn das ZGB, wie übrigens auch das BGB dem überlebenden Ehegatten bei der Gütergemeinschaft ausser dem güterrechtlichen Anspruch noch ein Pflichtteilsrecht gibt, so ist das wohl mehr aus Zweckmässigkeitsgründen erfolgt, weil man doch nicht, wie Huber gelegentlich sagte, für jeden Güterstand ein gesondertes Erbrecht aufstellen konnte. Der historischen Entwicklung entspricht diese Regelung aber sicher nicht, sondern setzt sich mit ihr in Widerspruch. Das zeigt sich nirgends so gut wie im Basler Recht, wo durch die Teilungsquote $^2/_3$ der überlebende Ehegatte kraft Güterrechts (vergl. Peter in dieser Ztschr. 40 S. 1 f.) so ausreichend bedacht wurde, dass für ein Pflichtteilsrecht kein Raum mehr blieb und höchstens noch ein Intestaterbrecht eintreten konnte, wenn keine Erben vorhanden waren (Gesetz von 1884 § 48). Die beiden andern kantonalen Rechte mit gesetzlicher allgemeiner Gütergemeinschaft gaben dem überlebenden Ehegatten teils überhaupt kein Erbrecht (so Baselland) oder doch erst nach den Verwandten achten Grades (so Thurgau).

Es widerspricht dem Wesen des Gesamthandverhältnisses, dass einem Miteigentümer ausser seinem Teilungsanspruch noch ein spezieller, erbrechtlicher Anspruch am Vermögen des andern zustehe, wenn auch der nachträglich geltend gemachte erbrecht-

---

[103]) Am klaren Wortlaut von Art. 226 II ist nicht zu deuteln; zum selben Ergebnis kommt (gegen Curti-Forrer zu Art. 226) auch Siegwart mit seinen interessanten Ausführungen in der schweiz. Jur. Zeitung 8 S. 315 ff.

liche Anspruch vom Anspruch aus dem Gesamthandverhältnis unabhängig ist.

In der Praxis wird das allerdings am wenigsten fühlbar werden, da, wie oben bereits bemerkt, durch Kombination beider Ansprüche einfach eine Erhöhung der Quote eintritt.

Konsequent hat das ZGB seinen Standpunkt nicht beibehalten wollen, indem es sich bei der Gütergemeinschaft nicht mit dem allgemeinen Pflichtteilsrechte begnügt, sondern in Art. 226 II noch besondere Schutzmassnahmen zu Gunsten der Nachkommen trifft. Immerhin wird dadurch den güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüchen des überlebenden Ehegatten eine rein güterrechtliche Schranke gesetzt, indem dieser Art. 226 doch bloss sagen will, die Teilungsquote dürfe nicht über $^3/_4$ hinausgehen.

Das BGB kennt eine solche Sonderbestimmung nicht; sie ist vielleicht zweckmässig, weil niemand das Pflichtteilsrecht in Anwendung bringen will, wenn Art. 226 die einfachere Lösung an die Hand gibt (Guhl, Ztschr. bern. Jur.-Ver. 1912 S. 214 f.).

Immerhin stimmt Art. 226 II nicht ganz mit dem Pflichtteilsrechte überein. Die Nachkommen, sagt Huber, Erl. zum 1. Teilentw. S. 93, sollen in jedem Falle die Hälfte von der Quote erhalten, die ihr Parens bei der Teilung des Gesamtgutes normalerweise beanspruchen kann.

Wird nach dem Pflichtteilsrecht verfahren und das Gesamtgut = 1 gesetzt, so erhält einmal der überlebende Ehegatte E. = $^1/_2$ und an die Erben fällt die andere Hälfte = $^1/_2$. Von dieser Hälfte erhält der überlebende Ehegatte kraft gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts noch $^1/_4$, also $^1/_8$; die Nachkommen N. erhalten kraft Pflichtteilsrecht von dieser Hälfte $^3/_4$ von $^3/_4$;

$$\left.\begin{array}{lll} \text{also E. erhält} = {}^1/_2 + {}^1/_4 \text{ von } {}^1/_2 = {}^{16}/_{32} + {}^4/_{32} & = {}^{20}/_{32} & \\ \text{N. erhalten} = {}^3/_4 \text{ von } {}^3/_4 \text{ von } {}^1/_2 & = {}^9/_{32} & \\ \text{zu freier Verfügung;} & = {}^3/_{32} & \end{array}\right\} = 1$$

nach Art. 226 II dagegen:
E. erhält höchstens $^{24}/_{32}$ und N. mindestens $^8/_{32}$; zusammen = 1
die Nachkommen sind also nach Art. 226 schlechter gestellt, als wenn das Pflichtteilsrecht berechnet würde, denn sie erhalten bloss $^8/_{32}$, bei Pflichtteilsrecht aber $^9/_{32}$ und, wenn der Erblasser über die restlichen $^3/_{32}$ nicht verfügt hat, sogar $^{12}/_{32}$.

d) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Obwohl die fortgesetzte Gütergemeinschaft selten eintreten wird, da sie nach den Erfahrungen besonders der französischen Praxis eigentlich nur für bäuerliche Ver-

hältnisse passt, so erfordert sie doch auch hier Berücksichtigung.

Sie besteht darin, dass bei Auflösung der Ehe durch Tod eines Ehegatten der überlebende Ehegatte mit den gemeinsamen Nachkommen die Gütergemeinschaft fortsetzt.

Im Gegensatz zum BGB[104]) bildet in ZGB die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht die Regel, sondern die Ausnahme[105]).

Beim Eintritt der Nachkommen in die Gemeinschaft handelt es sich nicht um eine Erbfolge; immerhin liegt eine Rechtsnachfolge dieser Nachkommen in das Anteilsrecht des verstorbenen Gatten am Gesamtgut vor[106]). Dieser Vorgang ist rein güterrechtlich, er hat aber auch auf das Erbrecht einen Einfluss. Einmal werden die Teilungsansprüche des überlebenden Ehegatten und der Kinder, wodurch der der Erbfolge zu unterwerfende Anteil des verstorbenen bestimmt würde, hinausgeschoben und weiter berechnet sich die später erfolgende Teilung oder Abfindung nach der in diesem Zeitpunkt vorhandenen Vermögenslage (Art. 236 I).

Durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird also unter Umständen das Erbrecht der gesetzlichen Erben verändert, indem sich wohl denken lässt, dass die Erbteile anders ausgefallen wären, wenn

---

[104]) Wo die fortgesetzte Gütergemeinschaft sich „als gesetzliche Nachwirkung mortis causa seitens der vertragsmässigen Gütergemeinschaft unter Lebenden" darstellt. Schiffner, Pflichtteil . . . S. 138 f.

[105]) Das Gesetz ist in Art. 229 I recht unklar. „Der überlebende Ehegatte kann . . . fortsetzen". Es ist nicht ersichtlich, ob diese Fortsetzung kraft einseitiger Erklärung oder kraft zweiseitigen Vertrages eintrete. Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und im Hinblick auf BGB § 1508, das Ausschluss der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Ehevertrag zulässt, ist auch für unser Recht die Erklärung durch zweiseitigen Vertrag anzunehmen. Denken lässt sich auch eine einseitige Erklärung zuhanden des Güterrechtsregisterführers. S. o. S. 48.

[106]) Strohal I S. 12 f.

die Teilung gleich nach dem Tode des einen Ehegatten vorgenommen worden wäre. Erfolgt aber einmal die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, so berührt die Auseinandersetzung lediglich die Verhältnisse der Miteigentümer der bisherigen Gütergemeinschaft im Hinblick auf das Gesamtgut. Das Erb- und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge ihrem überlebenden Elternteil gegenüber und umgekehrt bleibt hiedurch völlig unberührt.[107])

ZGB behält in Art. 236 II ausdrücklich dem überlebenden Ehegatten seine erbrechtlichen Ansprüche gegenüber den Kindern vor; ebenso selbstverständlich ist, dass auch den Kindern gegenüber dem überlebenden Ehegatten nach dem Ausscheiden aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft ihre erbrechtlichen Ansprüche erhalten bleiben, allerdings nicht aus dem, was ihnen jetzt schon kraft ihres Eintrittes in den Anteil des verstorbenen Ehegatten zugefallen ist, sondern aus dem dem überlebenden Ehegatten zugekommenen Anteil.

Diese mögliche Influenz dieses Güterrechtsverhältnisses auf das Erbrecht hat natürlich keinen Einfluss auf seinen Charakter; es ist und bleibt güterrechtlicher Art und wenn die Ehegatten seinen Eintritt oder Nichteintritt vorher vereinbaren wollen, so hat das in Form eines Ehevertrages, und nicht eines Erbvertrages zu geschehen (s. o. S. 48).

Trotzdem der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut nicht zum Nachlass gehört, wie BGB § 1483 ausdrücklich hervorhebt, so kann man doch hinsichtlich der Nachkommen von einem Erwerb von Todeswegen sprechen[108]). Es wird anzunehmen sein, dass auch bei uns Erbrecht und Erbteile von etwa vorhandenen nicht gemeinschaftlichen Nachkommen sich so bestimmen, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten

---

[107]) Schmidt-Habicht, Bem. 6 zu § 1497; Schröder, Ehel. Güterrecht S. 73 f.

[108]) Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung . . . S. 132 f. und S. 136 f.

wäre[109]). Denn das Gesetz beschränkt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausdrücklich auf den überlebenden Ehegatten und die gemeinsamen Kinder (229 I); für nicht gemeinsame Kinder muss also güterrechtliche und erbrechtliche Auseinandersetzung erfolgen. Zwar bestimmt Art. 229 III, während der fortgesetzten Gütergemeinschaft könnten keine erbrechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden; allein diese Vorschrift wendet sich offenbar nur an die Miteigentümer am Gesamtgut, die nicht vor ihrer Ausscheidung erbrechtliche Ansprüche geltend machen können; es ist aber unmöglich der Wille des Gesetzes, die Auseinandersetzung mit nichtgemeinschaftlichen Nachkommen bis nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinauszuschieben.

Das Gesetz ist daher in diesem Falle zu weit gefasst. Wenn auch nicht ihrer rechtlichen Gestaltung nach, so sind doch die Anteile der Abkömmlinge im wesentlichen Erbteile[110]), wirtschaftlich erscheinen sie wenigstens als solche, wenn sie im Grunde auch nichts anderes als Ansprüche auf Teilung von Gesamteigentum sind.

Bei keinem andern Güterstande schneiden sich die Kreise des Familienrechts, d. h. des Güterrechts und des Erbrechts so oft wie hier bei der Gütergemeinschaft; und es hat eine gewisse Berechtigung, die Ansprüche nicht in erbrechtliche und in güterrechtliche zu zerlegen, sondern sie einfach dem „Ehegütererbrechte“ zuzuweisen.[111]) Die Theorie mag eine subtile Scheidung zwischen beiden Gattungen vornehmen wollen: die Praxis wird sich nicht daran kehren und im Bestreben nach Vereinfachung alles im Ehevertrag unterbringen, ohne sich Rechenschaft zu geben, ob die Quotenverschiebung kraft Güterrechts oder kraft Erbrechts eintrete.

---

[109]) BGB § 1483 II.

[110]) Schiffner a. a. O. S. 133 A 8 und die dort zitierten.

[111]) Schiffner, Die sogen. gesetzl. Vermächtnisse 1895 § 5 A 42.

e) Beschränkte Gütergemeinschaft.

Da sich die Errungenschafts- und die Fahrnisgemeinschaft als eine Kombination von beschränkter Gütergemeinschaft mit einem andern Güterstand, Gütertrennung oder Güterverbindung, darstellen, ergeben sich dieselben Rechtsverhältnisse wie bei diesen Güterständen, ein besonderes Eingehen darauf ist daher nicht notwendig.

f) Französisch-rechtliche Modifikationen der Gütergemeinschaft.

Es wird das Bestreben der bisher vom Code civil abhängigen Kantone sein, auch unter dem Régime des ZGB die ihnen von frühern Rechten dargebotenen Eigentümlichkeiten tunlichst beizubehalten und so vor allem im ehelichen Güterrecht die zahlreichen bisher möglichen Modifikationen der communauté légale weiter leben zu lassen.

Es muss daher auch hier auf das französische Recht kurz eingegangen werden, allerdings ohne es bis in seine letzten Verästelungen zu verfolgen, sondern nur, um die Beschaffenheit dieser Klauseln in ihren Grundzügen darzutun.

Inwieweit allerdings die Beibehaltung solcher Klauseln sich mit dem Prinzip des ZGB, die Freiheit der Wahl des Güterstandes auf die vom Gesetz dargebotenen zu beschränken, vereinbaren lässt, ist eine Frage für sich. Es wird sich aber ergeben, dass manche dieser Klauseln als indirekte Quotenbestimmung aufgefasst werden können; dabei wird die Quote allerdings nicht ziffernmässig bestimmt, sondern gewisse Vermögenskomplexe werden vorweg ausgeschieden und den Ehegatten, resp. ihren Erben, zugewiesen; es findet also Naturalteilung statt.

Bei andern Klauseln können sich Zweifel erheben, ob sie güterrechtlicher oder erbrechtlicher Natur seien. Im französischen Recht wird dieser Unterschied nicht scharf durchgeführt, weil einmal der Ehevertrag auch erbrechtlichen Inhalt haben kann und weil die Auseinandersetzung der communauté überhaupt und ausschliess-

lich durch eben solche Klauseln bestimmt wird, die dann aber nicht nur die güterrechtlichen Ansprüche regeln, sondern auch dem überlebenden Ehegatten Ersatz für das ihm fehlende Erbrecht[112]) schaffen sollen. Dabei sind die Ehegatten durchaus nicht auf die ihnen vom Gesetz dargebotenen Klauseln beschränkt, sondern es liegt in ihrem freien Belieben, den Güterstand durch spezielle Klauseln ihren besondern Bedürfnissen anzupassen[113]).

a. Am wenigsten Schwierigkeiten bereiten der Überleitung in das ZGB die clauses, par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté (C. c. Art. 1520—1525). Es konnte vereinbart werden, dass das Gesamtgut unter den Ehegatten nicht nach Hälften, sondern nach einem andern Quotenverhältnis geteilt werden oder auch dass z. B. ein Ehegatte sämtliche Mobilien, der andere alle Immobilien übernehmen solle[114]). Eine solche Verabredung wirkte nach französischem Recht nicht nur unter den Ehegatten selbst, sondern auch gegenüber Dritten, denn auch gegenüber den Gläubigern teilte sich unter den Ehegatten die Haftung für die Schulden nach dem durch Ehevertrag festgesetzten Teilungsmodus. Der Code civil führt dieses Prinzip sogar mit äusserster Konsequenz durch und erklärt (in Art. 1521 II) jede Vereinbarung einer andern Schuldenteilung für nichtig.

---

[112]) Nach französischem Recht hat der überlebende Ehegatte am Nachlass des Verstorbenen kein Erbrecht, sondern ein ausserordentliches Successionsrecht (ähnlich dem frühern Basler und Thurgauer Recht) für den Fall, dass keine ehelichen oder unehelichen Verwandten in den Nachlass succedieren. Durch Gesetz vom 9. März 1891 hat er allerdings den Niessbrauch an einer bestimmten Quote des Nachlasses erhalten. Näheres Zachariae-Crome IV S. 56 ff.

[113]) Bonnecase, Rhein. Ztschr. 4 S. 246.

[114]) Diese Verabredung ist im französischen Recht ziemlich häufig. Vergl. Pandectes françaises s. v. „Mariage" nr. 7185 ff.

Die Weitergeltung dieser Klausel im neuen Recht gibt zu keinen Zweifeln Anlass. Das ZGB kennt eine Modifizierung der gesetzlichen Teilungsquote, und das ist gerade das, was auch die angeführten Artikel des Code civil wollen. Das Gesamtgut wird also künftig, statt nach Hälften, nach den nach früherm Recht bestimmten Quoten geteilt. Leider kennt unser Gesetz keine der prägnanten Vorschrift des BGB § 1475 I entsprechende Bestimmung, wonach vorab die Schulden aus dem Gesamtgut befriedigt werden sollen und erst nachher die Auseinandersetzung stattfindet. Das hat aber natürlich auch für unser Recht zu gelten. Das nach Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten übrig bleibende Aktivum wird nach der vereinbarten Quote geteilt; ferner werden die Schulden der Gemeinschaft im innern Verhältnis nach Massgabe jener Quoten von den Ehegatten getragen. Nach aussen dagegen besteht Solidarhaftung der Ehegatten für alle Schulden, die nicht aus dem ungeteilten Gesamtgut befriedigt und nicht vor der Auseinandersetzung berichtigt wurden.[115]) Im Gegensatz zum französischen Recht wird aber nach modernrechtlichen Anschauungen ein Vertrag zuzulassen sein, wonach ein Teil alle Schulden übernehmen solle (Erfüllungsübernahmevertrag)[116]).

Der rein güterrechtliche Charakter der Klausel liegt auf der Hand; sie gehört also in einen Ehevertrag.

β. Schwieriger ist die Klausel, in der für einen Ehegatten ein sogenanntes forfait de communauté begründet wurde; d. h. der überlebende Ehegatte hat statt seines Anteils am Gesamtgut bloss eine bestimmte Summe Geldes

---

[115]) Zachariae-Crome III S. 379 ff. und Kisch, Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht S. 927.

[116]) Das ist umso unbedenklicher, als sich ein solcher Vertrag nur auf Schulden beziehen kann, die nicht vor der Auseinandersetzung schon aus dem Gesamtgut befriedigt werden. Die grössern Schulden werden aber in der Regel schon vor der Auseinandersetzung getilgt sein.

zu erhalten; das Gemeingut dagegen verbleibt dem andern Ehegatten, resp. seinen Erben. Eine solche Übereinkunft ist aleatorisch; der Ehegatte kann nicht mehr als diese Summe fordern, er hat sich aber auch nicht mit einer geringern Summe zu begnügen. Seine Befriedigung erfolgt gleichermassen, ohne dass irgendwie auf den Stand des Gesamtgutes Rücksicht genommen und ohne dass gefragt würde, ob das Gesamtgut zur Bezahlung dieser Summe hinreiche oder nicht.[117]) Nach Auflösung der Gütergemeinschaft fand nach französischem Recht eine Auseinandersetzung nicht statt, vielmehr nahm der Ehegatte den ihm zugesagten Betrag aus dem Gesamtgut heraus, während der Rest des Gesamtgutes dem andern ungeteilt zufiel.

Auf den letztern gingen mit dem Aktivum des Gesamtgutes auch die Schulden über. Das galt aber nur für das innere Verhältnis und auch der Ehegatte, der den forfait erhalten hatte, konnte von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, als ob die Klausel nicht vorläge. In diesem Falle hatte der Ehegatte mit dem forfait vom andern Ersatz zu fordern. Ob der Anspruch auf den forfait in Konkurrenz mit den Gesamtgutsgläubigern, oder erst nach ihrer Befriedigung geltend gemacht werden konnte, ist zweifelhaft[118]).

Der Überleitung dieser rein güterrechtlichen Klausel in das neue Recht steht nichts im Wege und wir haben darin vor dem BGB eine grosse Erleichterung, als dieser forfait de communauté einfach in die Gütereinheit nach Art. 262 umgewandelt werden kann. Der wirtschaftliche

---

[117]) Zachariae-Crome III S. 382 f.

[118]) Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil nr. 1440 a. E. ist dafür; Kisch a. a. O. S. 928 entscheidet sich für das letztere; für die erste Lösung dürfte aber (entgegen Kisch Anm. 11) sprechen, dass der überlebende Ehegatte zum mindesten nicht schlechter als die Gesamtgutsgläubiger gestellt werden dürfe. Übrigens ist die Frage nicht sehr wichtig, denn wenn die Klausel zu Gunsten der Frau bestellt war und das Gesamtgut zur Auszahlung des forfait nicht hinreichte, so konnte sie sich an das persönliche Vermögen des Mannes halten. C. c. 1522 a. E.

Erfolg ist derselbe wie im französischen Recht, nur ist der rechtliche Weg ein anderer: es besteht dann keine Gütergemeinschaft mehr, sondern der Mann hat Alleineigentum. Dem Ehegatten, der an einen forfait de communauté denkt, wird es aber in den meisten Fällen bloss darauf ankommen, bei Auflösung der Ehe eine bestimmte Summe sicher zu erhalten, und dafür bietet die Gütereinheit den richtigen Weg. Aber auch in Verbindung mit der Gütergemeinschaft wird diese Klausel aufrecht zu erhalten sein; die Auflösung der Gütergemeinschaft gestaltet sich dann so, dass nicht Quoten vereinbart werden, sondern dass ein Teil ein certum, der andere den Rest, ein incertum erhalten soll. Die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind in erster Linie aus dem ungeteilten Gesamtgut zu befriedigen. Aus dem nach Tilgung der Gesamtgutsschulden übrigbleibenden Rest nimmt der Ehegatte, dem der forfait bestellt ist, den Betrag vorweg. Der Ehegatte, dem das Gesamtgut überwiesen wird, haftet mit diesem für die etwa noch darauf bestehenden Schulden; ausserdem haftet jeder Ehegatte mit seinem persönlichen Vermögen für die in seiner Person entstandenen Schulden.

Inwieweit die feinern Nuancen des Code civil bei der Regelung des forfait de communauté in unserm neuen Recht weiter leben können, ist zweifelhaft; besonders fraglich scheint, ob die Differenzierung zwischen forfait zu Gunsten der Frau und forfait zu Gunsten des Mannes mit ihren verschiedenen Wirkungen aufrecht erhalten werden könne, da die neuern Rechte doch dahin tendieren, Mann und Frau gleich zu behandeln. Das Prinzip lässt sich aber jedenfalls durchführen.

γ. Weiter kann vereinbart werden, dass das Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten oder nur einem bestimmten Ehegatten im Überlebensfall oder auch den Erben des zuerst versterbenden ganz verbleiben solle (C. c. Art. 1525 I). In dieser Form kann die Klausel nicht ins neue Recht übergeführt werden, weil dadurch Pflichtteilsansprüche der Nachkommen und des überlebenden Ehegatten ver-

letzt würden. Wird aber bestimmt, die Erben des Erstverstorbenen sollten sein Eingebrachtes herausziehen dürfen (wie das Code civil Art. 1525 I a. E. vorsieht), so liegt darin ein ähnliches Verhältnis wie vorher: der eine Ehegatte verzichtet auf jeden Anteil am Vorschlag, will aber auch an keinem Rückschlag beteiligt sein. Die Gläubiger haben zwar wieder unbeschränkten Zugriff auf das Gesamtgut mit Einschluss des der Klausel unterworfenen Eingebrachten; allein die Erben des Vorverstorbenen haben ein Recht auf Entschädigung dafür, was von diesem Eingebrachten bei der Auseinandersetzung nicht mehr vorhanden ist.

δ. Ziemlich häufig ist die clause de reprise d'apport de franc et quitte, d. h. die Ehefrau darf unter Verzicht auf das Gesamtgut ihr Eingebrachtes schuldenfrei zurücknehmen (C. c. art. 1514)[119]). Diese Klausel hat nach französischem Recht keinen Einfluss auf die güterrechtlichen Verhältnisse während der Ehe und steht hauptsächlich auch nicht den Rechten Dritter, bezw. den Gläubigern, entgegen. Das Eingebrachte der Frau fällt vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen ins Gesamtgut, dessen rechtlichem Schicksal es in jeder Beziehung folgt,[120]) namentlich auch hinsichtlich der Verwaltung und der Verfügung des Mannes sowie der Schuldenhaftung nach aussen. Die Frau hat lediglich bei der Auseinandersetzung einen persönlichen Anspruch auf Rückerstattung ihres Einbringens resp. seines Wertes aus dem Gesamtgut, und wenn dieses nicht ausreicht, aus dem persönlichen Vermögen des Mannes. Persönliche Schulden der Frau an das Gesamtgut hat sie sich auf ihr Einbringen anrechnen zu lassen (C. c. Art. 1514 IV).

---

[119]) Interessant ist der Ursprung dieser Klausel: sie geht auf die Zeit der Kreuzzüge zurück, wo das Ausbedingen dieser Klausel immer mehr Mode wurde, um trotz der übermässigen Auslagen der adeligen Kreuzfahrer ihren Frauen wenigstens ihr Eingebrachtes zu erhalten. Vergl. Pandectes a. a. O. nr. 7022.

[120]) Kisch a. a. O. S. 924.

Diese Klausel birgt viel Verwandtes mit den beiden vorhergehenden. Die Tendenz ist wieder dieselbe: der Frau soll ein bestimmter Vermögenskomplex ungemindert zufallen. Er ist vielleicht kleiner, als wenn er nach der gesetzlichen Gütergemeinschaft berechnet würde, dafür aber um so sicherer; das Risiko wird nicht teilweise auch von der Frau, sondern ausschliesslich vom Manne getragen.

Dieser Erfolg kann nach dem neuen Rechte auf verschiedene Weise herbeigeführt werden.

Behält man die Gütergemeinschaft bei, so findet bei der Auflösung keine Auseinandersetzung nach Quoten statt. Die Frau verliert ihren Anteil an dem bisher gemeinschaftlichen Vermögen und macht statt dessen ihren vorbehaltenen Anspruch auf Rücknahme des Eingebrachten lediglich als Gesamtgutsverbindlichkeit geltend. Sie konkurriert dabei nach allgemeinen Grundsätzen mit den Gesamtgutsgläubigern. Diesen hat der Mann allein mit dem Gesamtgut und, wenn dieses nicht ausreichen sollte, mit seinem persönlichen Vermögen aufzukommen. Die Frau haftet andrerseits den Gläubigern nicht für die Erfüllung von Gesamtgutsverbindlichkeiten, auch nicht mit dem ihr ausgelieferten Eingebrachten[121]). Denn dieses wird ihr nicht als einer Teilnehmerin am Gesamtgut, sondern als einer Gläubigerin des Gesamtgutes zugewiesen. Ein etwaiger Vorschlag, den das Gesamtgut nach Ablösung aller Verbindlichkeiten aufweist, gehört in diesem Falle ausschliesslich dem Ehemanne.

Gegen diese Lösung ist einzuwenden, dass sie in einem wesentlichen Punkte gerade dem Prinzip der Gütergemeinschaft widerspricht, indem zwar während der Ehe eine Gütergemeinschaft mit allen gesetzlichen Folgen besteht, bei der Auflösung aber nicht nach Quoten, die doch gerade das Wesen der Gesamthand charakterisieren, geteilt, sondern der Frau eine bestimmte Vermögens-

---

[121]) Kisch a. a. O. S. 925.

gruppe zugewiesen wird[122]). Dasselbe lässt sich auch gegen einen forfait de communauté sagen.

Ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg kann aber mit den Mitteln des ZGB dadurch herbeigeführt werden, dass die Frau entweder ihr Eingebrachtes ins Eigentum des Mannes überträgt, sich also der Gütereinheit unterstellt, oder dass sie Gütertrennung vorbehält, wobei sie immer noch ihrem Manne die Verwaltung ihres Eigengutes überlassen kann. Auch mit dem gesetzlichen Güterstand lässt sich ein ähnlicher Zweck erreichen, sobald die Frau sich ausbedingt, dass ein eventueller Rückschlag ausschliesslich nur vom Manne zu tragen sei.

ε. Eine eingehende Betrachtung erfordert das Institut des bedungenen Vorempfangs (préciput conventionnel Art. 1515—1519) schon darum, weil es mit dem vom BGB in gewissen Fällen gegebenen ehelichen Voraus (§ 1932, 1) Ähnlichkeiten zeigt, aber doch nicht mit ihm zusammengeworfen werden darf.

Durch Ausbedingen eines préciput wird ein Ehegatte ermächtigt, vor der Teilung eine gewisse Summe oder eine bestimmte Menge beweglicher Sachen (effets mobiliers[123]) in natura vorwegzunehmen.

Von der vorher besprochenen Klausel der reprise unterscheidet sich der préciput dadurch, dass er auch zu Gunsten des Mannes verabredet werden kann[124]). Weiter wird der Vorempfang nur bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod, nicht aber durch Scheidung, fällig (C. c.

---

[122]) Diese Vermögensgruppe ist im Gegensatz zur Quotenteilung zum vornherein dem Werte nach bestimmt und bestimmbar, während es bei der wirklichen Gütergemeinschaft erst nach Abzug aller Verbindlichkeiten möglich ist, zu berechnen, ob überhaupt ein Vor- oder Rückschlag eingetreten sei und wie hoch sich demgemäss die Ansprüche beider Gatten resp. ihrer Erben stellen.

[123]) Über den Begriff mobilier siehe noch unten, vergl. vorderhand Bonnecase a. a. O. S. 247 Anm. 37.

[124]) Er kann also bestellt werden entweder zu Gunsten des überlebenden Ehegatten schlechthin, oder zu Gunsten des Mannes oder der Frau.

Art. 1517). Schliesslich setzt er Auflösung der Gütergemeinschaft durch Teilung voraus, ist also ausgeschlossen[125]), wenn die Frau auf die Gütergemeinschaft verzichtet.

Durch die Klausel wird an der Haftung des Gemeingutes nach aussen nichts geändert. Die Gläubiger können sich auch an die vom préciput umfassten Gegenstände halten und sie zu ihrer Befriedigung verkaufen, wie Art. 1519 ausdrücklich hervorhebt. Der überlebende Ehegatte erhält den préciput aus der gemeinschaftlichen Masse, die sonst nach Quoten unter die Ehegatten zu verteilen wäre, und der Frau steht daher nicht das Recht zu, sich für ihren Vorempfang auch an das persönliche Vermögen des Mannes zu halten, falls das Gesamtgut nicht ausreichen sollte. Die Auseinandersetzung gestaltet sich dann so, dass zuerst der Bestand des Gesamtgutes nach Abzug der Schulden und nach Anrechnung dessen, was ein Ehegatte eventuell noch einzuwerfen resp. zu fordern hat (récompenses), berechnet wird. Dann nimmt der zum Vorempfang berechtigte den préciput vorweg; zur Hälfte fällt dieser also auch dem begünstigten Ehegatten zur Last[126]).

Das Gesamtgut betrage 100,000; träte die gesetzliche Hälftenteilung ein, so erhielte jeder Ehegatte 50,000. Nun soll ein préciput von 20,000 zu Gunsten eines Ehegatten bestellt sein; bei der Auseinandersetzung wird vor allem der préciput vorweggenommen und der Rest des Gesamtgutes unter die Ehegatten geteilt. Der eine erhält demgemäss 20,000 + 40,000 (nicht etwa 20,000 + 50,000) und der andere 40,000.

Die Weiterleitung dieser Klausel im neuen Recht dürfte Schwierigkeiten machen, doch lässt sich derselbe Erfolg auch mit gesetzlichen Mitteln erreichen. Das ZGB hat zwar den gesetzlichen Voraus des BGB nicht aufgenommen[127]), es steht aber nichts im Wege, dass sich die

---

[125]) Im Ehevertrag kann auch das Gegenteil vereinbart werden. Vergl. Pandectes a. a. O. nr. 7116 ff.

[126]) Zachariae-Crome III S. 379.

[127]) Das ist vielleicht zu bedauern, denn frühere Rechte kannten eine dem BGB ziemlich ähnliche Privilegierung des überlebenden Ehegatten, und zwar ebenfalls bei unbeerbter Ehe.

Ehegatten nicht vertraglich einen solchen zusichern. Nach BGB ist der Voraus ein sogenanntes gesetzliches Vermächtnis[128]), der überlebende Ehegatte ist Nachlassgläubiger (§ 1967 II); das Recht auf den Voraus gewährt ihm bloss ein Forderungsrecht auf Abtretung[129]).

Nach unserm Recht bleibt es den Ehegatten unbenommen, dieselben Gegenstände, die das BGB von Gesetzeswegen dem Überlebenden zuweist, vertraglich dem Überlebenden ganz allgemein oder einem von beiden für den Überlebensfall zuzusichern. Hierin läge allerdings nicht, wie nach französischem Recht, eine güterrechtliche Vereinbarung, sondern ein vertragliches Vermächtnis, das der Form des Erbvertrages bedarf.

Davon zu trennen ist der schon gelegentlich erwähnte Fall, dass die Ehegatten für ihr beiderseitiges Sondergut eine gesonderte Vererbung festsetzen; denn der Voraus, mag er nun gesetzlich oder vertraglich festgesetzt werden, wird aus dem Gesamtgut vorweggenommen. Dieser Umstand könnte dafür angeführt werden, dass der Voraus gar nicht erbrechtlicher, sondern güterrechtlicher Natur sei, was allerdings bei der Gütergemeinschaft eine gewisse Berechtigung hätte[130]). Da der Voraus aber unabhängig von jedem Güterstande gewährt wird, ist er ein erbrechtliches Institut, als solches wird er auch im BGB behandelt.

ζ. Nur kurze Erwähnung verdient die Klausel der Schuldensonderung (clause de séparation de dettes Art. 1510—1513) und als ein Einzelfall die Klausel des schuldenfreien Einbringens (clause de franc et quitte)[131]). Durch die erste Klausel wird bestimmt, dass Verbindlich-

---

Vergl. bes. Munzinger, Studien, in der Zeitschrift des bern. Jur.-Ver. 10 S. 172 ff.

[128]) Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung... S.123 ff.

[129]) Kipp, Erbrecht S. 20 A. 6.

[130]) Dann nämlich, wenn der begünstigte Ehegatte als Gläubiger der Gemeinschaft vor der Auseinandersetzung seinen Voraus geltend macht; es ergäbe sich dann dasselbe Rechtsverhältnis wie im französischen Recht.

[131]) Vergl. Pandectes a. a. O. nr. 6938 ff.

keiten, die bei Abschluss der Ehe für einen Ehegatten oder für beide begründet waren, nicht der Gütergemeinschaft, sondern dem persönlichen Vermögen des Schuldners einschliesslich seines Eingebrachten zur Last fallen sollten.

Unter Umständen kann sich auch im neuen Recht das Bedürfnis nach einer solchen Bestimmung fühlbar machen, ohne dass durch Gütertrennung oder Güterverbindung das Gewollte ganz erreicht würde. Die Übernahme der Klausel durch das neue Recht bietet aber keine Schwierigkeiten. Die vorehelichen Schulden werden dann nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten; die vom Ehegatten zum Gesamtgut gebrachten Vermögenswerte, obgleich sie begrifflich nicht mehr zu seinem eingebrachten Gute gehören, haften aber weiter für jene Schulden[132]). Nicht vorausgesetzt, aber doch zu empfehlen ist die Errichtung eines Inventars. Gutgläubigen Dritten gegenüber bedarf eine solche „neurechtliche" Vereinbarung der Schuldensonderung des Eintrags im Güterrechtsregister.

Es liegt allerdings eine gewisse rechtliche Inkonsequenz darin, dass aus dem Gemeingut unter Umständen gewisse Vermögenswerte ihrer Herkunft nach ausgeschieden und zur Befriedigung persönlicher Schulden eines Ehegatten verwendet werden sollen. Durch Aufstellung eines Inventars wird die reinliche Scheidung der Güterrechtsverhältnisse wesentlich erleichtert werden. Zudem wird im Einzelfall auch zu erwägen sein, ob das Gesamtgut nicht einen Ersatzanspruch gegen den Gatten habe, der zur Befriedigung vorehelicher Schulden einzelne Vermögenswerte aus dem Gesamtgut herausziehen musste.

Dieser Ersatzanspruch des Gesamtgutes besteht sicher dann, wenn die Gemeinschaft unter der Klausel des schuldenfreien Einbringens eingegangen wurde. Hier übernimmt der eine Ehegatte die Gewähr, dass auf seinem Eingebrachten keine Schulden haften. Nach französischem Recht konnte sogar ein Dritter für den Ehegatten diese Gewähr übernehmen.

---

[132]) Kisch a. a. O. S. 923 A. 12.

Lasteten dann trotzdem Schulden auf dem Eingebrachten, so mussten sie zwar aus dem Gesamtgut befriedigt werden, dieses konnte aber vom Ehegatten, resp. vom Dritten[133]) Ersatz fordern.

Auch diese spezielle Klausel wird man weitergelten lassen können. Nach aussen sind alle Schulden Gesamtgutsschulden (Art. 219, 1), im innern Verhältnis fallen sie dagegen einem Ehegatten zur Last. Die Rechtsverhältnisse gestalten sich ähnlich wie vorher und auch eine Übernahme der Gewähr seitens eines Dritten wird keine Schwierigkeiten machen.

Damit sind die Klauseln, die Huber[134]) als für das Gütergemeinschaftsrecht des Code civil bezeichnend hervorhob, kurz charakterisiert. Es konnte sich hier nur darum handeln, die vom Gesetze dargebotenen Grundlinien zu ziehen, ohne auf das verschlungene Rankenwerk der Parteiverabredungen einzugehen. Aus demselben Grunde blieben auch die beiden berüchtigten Klauseln, die das Mobiliarvermögen nach Willkür der Parteien beträchtlich zu steigern oder einzuschränken vermögen, ausser Betracht. In der Tat wird auch niemand mehr das Weiterleben der komplizierten clause de réalisation, d'immobilisation, stipulation de propres (C. c. 1500—1504), weiter der clause d'apport und andrerseits der clause d'ameublissement (C. c. Art. 1505—1509) wünschen; während sich Fälle denken lassen, wo die oben näher ausgeführten Klauseln auch heute noch einem berechtigten Bedürfnisse zu entsprechen vermögen. Ihr Ziel ist allerdings meistens, dem überlebenden Ehegatten einen möglichst sicheren Vermögenskomplex zu hinterlassen, und dieses Ziel erreichen wir heute auf anderem Wege: in der Kombination von Güterrecht und Erbrecht und dann

---

[133]) Der Dritte musste, wenn das persönliche Vermögen des Ehegatten zur Erfüllung seiner Gewährpflicht nicht ausreichte, ähnlich wie ein Bürge dafür einstehen, hatte aber gegen den Ehegatten ein Regressrecht.

[134]) Privatrecht I S. 261.

aber auch durch eine weitergreifende, präzisere Umschreibung des Gesamtgutes und des Sondergutes von Gesetzeswegen[135]).

Die Klauseln wurden soeben als meistens güterrechtlicher Natur bezeichnet, da sie alle auf die Auseinandersetzung und die Zusammensetzung der communauté Bezug nehmen. Wenn sich also heute Ehegatten ihrer bedienen wollen, so haben sie einen Ehevertrag abzuschliessen. Dabei bleibt aber immer noch im Einzelfalle die Frage offen, ob nicht bei Annahme einer solchen Klausel ein Ehegatte auf das ihm zustehende Pflichtteilsrecht habe verzichten wollen. Darüber entscheidet dann lediglich der Wortlaut des Vertrages und der wirkliche Wille der Parteien, ohne dass sich zum vornherein bestimmte Regeln aufstellen liessen. Eine Vermutung, dass durch Annahme einer Klausel das gesetzliche Erbrecht eines Gatten aufgehoben werden solle, besteht jedenfalls nicht. Erfolgt aber ein ausdrücklicher Verzicht auf das Erbrecht, so ist kein Ehevertrag, sondern ein Erbvertrag abzuschliessen.[136])

[135]) Während es in Frankreich sogar einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, um die „garde-robes" von der communauté auszuschliessen. Bonnecase a. a. O. S. 248 und meine Anm. 39 dort.

[136]) Es wäre lohnend, den Modifikationen des ehelichen Güterrechts auch in andern, hier nicht näher behandelten Rechten nachzugehen, aber diese Aufgabe gehört nicht hierher. Wollte man einmal die europäischen Güterrechte systematisch zusammenfassen, so ergäbe sich dasselbe Resultat wie bei uns, als die kantonalen Rechte vereinfacht auf ihre Grundzüge zurückgeführt werden mussten: es finden sich überall die mannigfaltigsten Verschiedenheiten, die sich aber doch von einigen wenigen Typen ableiten lassen. Man fände bei einer Vergleichung manche überraschende Parallelen, vor allem im österreichischen Recht, das augenblicklich bei uns, wo das BGB beinahe das Ansehen einer subsidiären Rechtsquelle geniesst, über Gebühr vernachlässigt wird. Es liesse sich nachweisen, dass das österreichische Recht eine unserer Gütereinheit ganz ähnliche Institution kennt (ABGB §§ 1227, 1228) und dass es in den Haftungsgrundsätzen und in der Sicherheitsleistung seitens des Ehemannes manche Ähnlichkeit mit unserm heutigen Recht hat.

3. Abhängigkeit der Verträge vom Bestande der Ehe.

Es liegt im Charakter des Ehevertrages wie des Erbvertrages unter Ehegatten, dass beide vom Bestehen der Ehe abhängig sind. Das ergibt sich ohne weiteres beim Ehevertrag, der nach der Auffassung des BGB und des ZGB nur unter Verlobten oder Ehegatten abgeschlossen werden kann. Dabei ist die Gültigkeit der Ehe eine so unbedingte Voraussetzung, dass sie regelmässig gar nicht erwähnt wird. Der Ehevertrag im technischen Sinn hat ja den Zweck, die güterrechtlichen Verhältnisse einer einzugehenden oder bereits bestehenden Ehe festzusetzen. Besteht aber keine gültige Ehe oder kommt die Ehe überhaupt nicht zu Stande, so entfällt ipso iure die Hauptaufgabe des Ehevertrages[137]) und er wird gegenstandslos, denn es gibt

---

Weiter könnte auf das bulgarische Recht verwiesen werden, wo gewohnheitsrechtlich unter Bauern (man denke an das frühere Berner Recht!) der Ehemann Eigentum am Gute der Frau erhält (Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr IV S. 905).

Nuancen ganz andrer Art zeigt dann wieder das niederländische Recht, das eine eigenartige „Vor- und Rückschlagsgemeinschaft" (gemeenschap von winst en verlies) oder eine Art von Errungenschaftsgemeinschaft (gemeenschap der vruchten en inkomsten) kennt. (Burgerlijk Wetboek Art. 210 ff. und Art. 219 ff.)

Ich muss mir versagen, näher darauf einzugehen, es sollte nur darauf hingewiesen werden, wie unter denselben Lebensbedingungen oft überraschend ähnliche Güterrechtsverhältnisse in den verschiedensten Ländern bestehen.

[137]) Oft wird ein Ehevertrag noch manche Nebenbestimmungen enthalten, die mit der Ordnung der güterrechtlichen Verhältnisse nichts zu tun haben. Die Vermutung spricht jedenfalls dafür, dass diese Nebenberedungen mit der Aufhebung des Ehevertrages ebenfalls dahinfallen sollen, obwohl sich auch Fälle denken lassen, wo einzelne Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, die dem Ehevertrag angehängt wurden, trotz ungültiger Ehe weiterbestehen sollen, wie z. B. Darlehen, Hypotheken etc., die ein Ehegatte dem andern gewährt hat. Über das Verhältnis eines Ehevertrages zu dem in derselben Urkunde aufgenommenen Erbvertrag s. u. S. 322.

keinen Ehevertrag unter Nichteheleuten. So endet der Ehevertrag spätestens mit der Auflösung der Ehe, darüber hinaus kann sich allerdings seine Wirkung indirekt auf die Auseinandersetzung der Güterverhältnisse ausdehnen[138]). Er ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig erklärt oder mit Erfolg[139]) angefochten worden ist. Dass bei scheingültiger oder anfechtbarer Ehe der Ehevertrag gewisse Wirkungen äussert, ist schon darum anzunehmen[140]), weil die Ehe von den Ehegatten beiderseits ernstlich gewollt ist, also auch der gesetzliche oder vertraglich angenommene Güterstand seine Wirkungen gegenüber Ehegatten und Dritten solange äussern muss, als die Ehegatten die Nichtigkeit nicht kennen oder von der Anfechtung keinen Gebrauch machen.

Darüber hinaus dem Ehevertrag noch unter weitern Voraussetzungen Lebenskraft zu verleihen, scheint zweifelhaft; namentlich ist fraglich, ob geschiedene Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung bereits wieder durch „bedingten" Ehevertrag einen Güterstand sollen verabreden können[141]).

Wollen die Ehegatten ihre Güterrechtsverhältnisse auch noch über das Bestehen der Ehe hinaus ordnen, so sind sie auf die Verfügungen von Todes wegen angewiesen, haben also einen Erbvertrag abzuschliessen[142]). Das BGB

---

[138]) Eine direkte güterrechtliche Wirkung nach Auflösung der Ehe hat der Ehevertrag nach BGB, weil durch ihn die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden kann, § 1508.

[139]) Der Erfolg muss doch schon vorausgesetzt sein (gegen Endemann II, 2 S. 398) und ein Ehevertrag ist wohl darum nicht schon nichtig, weil die Ehe angefochten wird.

[140]) Mit Endemann a. a. O. S. 169 f.

[141]) Das will Dessauer, Begriff des Ehevertrages Diss. Würzb. 1906 S. 5 zulassen. Vergl. oben S. 65 f.

[142]) Hier ergibt sich so recht deutlich, wie unbequem die Regelung beider Verträge im ZGB ist, denn es liegt nun einmal nahe und entspricht dem Volksgebrauche (wie jeder Notar aus seiner Praxis bestätigen wird), dass die Verlobten oder Ehegatten bei der Ordnung ihrer Güterrechtsverhältnisse zugleich den Fall des Ablebens eines von ihnen berücksichtigen. Was liegt auch

gestattet darum die Verbindung beider Verträge, das ZGB allerdings weiss von einer solchen Erleichterung nichts. Nach beiden Rechten bleibt aber die Verbindung rein äusserlich, und auch nach BGB wird durch die Aufnahme eines Erbvertrages in den Ehevertrag nicht ein einziger Vertrag abgeschlossen, sondern beide Verträge sind innerlich getrennt. Wäre dem nicht also, so würde bei Ungültigkeit einer (erb- oder güterrechtlichen) Verfügung auch die andere ohne weiteres dahinfallen. So muss nun in jedem Falle die Frage aufgeworfen werden, ob die Unwirksamkeit der einen, selbständigen Vertragshälfte auch die Aufhebung der andern herbeiführe. Zugleich fragt sich auch, ob ein Erbvertrag unter Ehegatten vom Bestande der Ehe schlechthin abhängig sei, dass er also bei Auflösung der Ehe durch Trennung oder durch Scheidung[143]) hinfällig werde. Das ist darum nicht so einfach zu beantworten wie beim Ehevertrag, weil ja der Erbvertrag auch unter Nichteheleuten abgeschlossen werden kann, das Bestehen der Ehe darum nicht eine stillschweigend auch vom Gesetz sanktionierte Voraussetzung ist. Für die meisten Fälle wird diese Abhängigkeit immerhin zu bejahen sein, indem anzunehmen ist, dass beide Ehegatten den Erbvertrag stillschweigend unter der Voraussetzung eingingen, dass die Ehe dereinst durch den Tod aufgelöst werde. Ausnahmen, die sich aber auf eine ausdrückliche Vereinbarung im Ehevertrag oder Erbvertrag müssen stützen können, lassen sich ja denken, sind aber selten. Jedenfalls muss im Einzelfalle Vorsicht walten und es darf nicht vergessen werden, die einzelnen Bestimmungen eines solchen kombinierten Vertrages in

---

näher als das, besonders wenn noch beiderseits sorgende Eltern für beide Brautleute eine möglichst günstige Position für den Fall der Auflösung der Ehe erreichen wollen!

[143]) Eine interessante Bestimmung in dieser Richtung zeigt das österreichische Recht, wonach im Falle der Trennung der Ehe der Erbvertrag zu Gunsten des schuldlosen Gatten aufrecht erhalten bleibt, ABGB § 1266 und Unger, Erbrecht VI § 26 A 19.

ihrem Zusammenhange aufzufassen und namentlich zu beachten, inwieweit die eine etwa durch die andere hervorgerufen oder bedingt ist[144]).

Schwieriger ist es, die Abhängigkeit der beiden äusserlich miteinander verbundenen Verträge zu bestimmen.

Wofern in keinem Vertrag auf den andern Bezug genommen wird, sind wohl beide nach Inhalt und Geltung durchaus selbständig und von einander unabhängig[145]). Da unser Recht nicht für beide Verträge dieselben Formerfordernisse aufstellt, so ist diese Unabhängigkeit beider Verträge wichtig für den Fall, dass die eine, selbständige Vertragshälfte den für sie aufgestellten Formerfordernissen entspricht, denen der andern dagegen nicht genügt. Hier ist, andere Vereinbarung vorbehalten, die eine Hälfte gültig, die andere dagegen ungültig. Auch für die materiellrechtlichen Voraussetzungen, wie für den Inhalt der beiden Vertragshälften und die eventuelle Zulässigkeit des Widerrufs stehen beide Verträge selbständig da. Es gibt aber doch Fälle, wo eine Abhängigkeit der beiden Verträge auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt anzunehmen ist.[146]) Dabei ist vor allem daran zu erinnern, dass die Freiheit der güterrechtlichen Regelung sich nur auf die Zeit während der Ehe bezieht und für die Zeit nach Auflösung der Ehe ihre Schranke am Pflichtteilsrechte der Nachkommen findet. In den wenigsten Fällen werden diese schon im Stande sein, bei einem Erbvertrag der Ehegatten mitzuwirken, wodurch der Ehevertrag sich unter Umständen zu einem Erbverzichtsvertrage gestaltete. Dagegen ist durchaus möglich, dass der eine Ehegatte, sei er nun

---

[144]) Beseler, Erbverträge III S. 141 f.

[145]) Endemann (a. a. O. S. 399) gibt daher den guten Rat, dass sich jeder Ehegatte im Erbvertrag nach § 2293 den Rücktritt für den Fall vorbehalten solle, dass der Güterstand wechsle. Eine entsprechende Verabredung im Ehevertrag ist wohl aus praktischen Gründen nicht zulässig; immerhin können die Ehegatten beide Verträge als von einander abhängig erklären.

[146]) Vergl. auch Strohal I S. 356 f.

individuell bestimmt oder bloss als „der Überlebende", „der Vorverstorbene" bezeichnet, auf sein Erbrecht verzichtet und sich bloss den güterrechtlichen Anspruch vorbehält. Ja, das Gesetz kennt bei der Gütergemeinschaft sogar eine ausdrückliche Bestimmung, wonach durch Wahl der Quote ¾ der erbrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten durch die Geltendmachung des güterrechtlichen ausgeschlossen wird[147]): also eine direkte Abhängigkeit des Erbrechts vom Güterrechtsverhältnis.

Weiter ist sehr wohl möglich, dass die erbvertragliche Vereinbarung ein bestimmtes Güterrechtsverhältnis zur Voraussetzung hat und bei dessen Wegfall überhaupt nicht mehr durchgeführt werden kann[148]), weil die Pflichtteile der Nachkommen[149]) dem Erbvertrag im Wege stehen[150]). In einem solchen Falle wird der Erbvertrag das Schicksal des Ehevertrages teilen und immer dann, wenn er mit dem neuen Güterrechtsverhältnis unvereinbar ist, unwirksam werden.

---

[147]) Wenn das Gesetz in Art. 226 II sagt, den Nachkommen dürfe ein Vierteil nicht entzogen werden, so ist damit implicite gesagt, der überlebende Ehegatte dürfe bei Auflösung der Ehe nicht mehr als ¾ erhalten, wodurch die güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche zugleich erledigt werden.

[148]) Baligand, Ehevertrag S. 8, Dernburg, Bürgerl. Recht, § 54 A. 7, Egger, Bem. 2e zu Art. 179. Vergl. oben im 2. Kapitel 6. Abschnitt S. 168 ff.

[149]) Die sich erst nach dem beim Tode des Erblassers, nicht nach dem zur Zeit des Abschlusses des Ehe- und Erbvertrages vorhandenen Vermögen bestimmen.

[150]) A. hat 100,000, die B. 50,000. Beide stehen laut Ehevertrag unter Gütertrennung, sie haben aber einen Erbvertrag eingegangen mit dem Inhalt, im Falle des Überlebens der B. solle sie 25,000 zu Eigentum erhalten. Später wird der Ehevertrag aufgehoben und die Ehegatten treten unter Gütergemeinschaft. Soll nun die gesetzliche Hälftenteilung eintreten und die B. erst noch 25,000 erhalten? Schwieriger wird dieFrage noch, wenn im Ehevertrag dem Überlebenden z. B. ⅔ zugesprochen wurden. Hier könnte die B. 100,000 + 25,000 verlangen?! Dem steht das Pflichtteilsrecht der Nachkommen gegenüber, die mindestens 37,500, nicht aber bloss 25,000 zu beanspruchen haben.

Keine genauere Entscheidung lässt sich auch für die Frage geben, wann ein später abgeschlossener Ehevertrag den früher eingegangenen Erbvertrag aufhebe und umgekehrt. Dabei ist immerhin daran zu erinnern, dass die Aufhebung des Ehevertrages ebenfalls der Ehevertragsform, d. h. der öffentlichen Beurkundung und der Unterschrift der vertragschliessenden Personen bedarf (Art. 181 I), während der Erbvertrag durch „schriftliche Übereinkunft" jederzeit aufgehoben werden kann (Art. 513 I). Daraus ergibt sich, dass rein formell ein Erbvertrag wohl durch einen später abgeschlossenen Ehevertrag aufgehoben werden kann, dass aber eine Aufhebung eines Ehevertrages durch einen später abgeschlossenen Erbvertrag nicht ohne weiteres möglich ist; vielmehr ist zu unterscheiden: Soll der Ehevertrag bloss aufgehoben werden, ohne dass ein neuer Vertrag an seine Stelle tritt, so ist Ehevertragsform nach Art. 181 I nötig; soll dagegen an die Stelle des Ehevertrages ein neuer Ehevertrag treten, so muss Art. 181 I, und soll ein Erbvertrag an Stelle des Ehevertrages treten, so muss Art. 181 I verb. mit Art. 512 I, II beobachtet werden. Sind die formellen Erfordernisse in Ordnung, so muss weiter untersucht werden, ob es überhaupt im Willen der Parteien lag, den früher eingegangenen Ehe- resp. Erbvertrag durch Abschluss des neuen Vertrages aufzuheben. Eine dahingehende Bemerkung im neuen Vertrag wird natürlich entscheidend sein, aber auch ohne diese wird man im Einzelfalle oft die gewollte Aufhebung aller frühern Vereinbarungen annehmen müssen.

Eine weitere Vermutung wird dahingehen, dass die Ehegatten den Erbvertrag nur unter der Voraussetzung des Bestandes der Ehe eingegangen haben; der Fortbestand der Ehe bis zum Tode eines Gatten und die dem Verlöbnis nachfolgende Eheschliessung sind so typische Voraussetzungen[151]) für die Bedenkung der Ehegatten resp. Verlobten von Todes wegen, dass z. B. das BGB in § 2077 I

[151]) Hellwig, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 655 ff.

eine gesetzliche Praesumption in dieser Hinsicht aufstellt (vergl. noch § 2279 I).

Schliesslich läuft eben alles wieder auf die verständige Beurteilung des Einzelfalles hinaus, und es wird sich noch sehr fragen, ob wir nicht mit der Zeit gewohnheitsrechtlich einen Vertragstypus unter Ehegatten erhalten werden, der auf die besondern Merkmale von Ehevertrag und von Erbvertrag verzichtet und sich als ein Ehevertrag mit güterrechtlichem und mit erbrechtlichem Inhalt darstellt[152]), wie ihn die französische Schweiz (vom Rechte des Code civil ganz zu schweigen) und wie ihn Basel mit gutem Erfolg bisher gekannt haben. Es liegt auch in der Natur der Sache, dass die Ehegatten, sobald sie einmal an die Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse herantreten, sich nicht mehr Rechenschaft darüber ablegen, ob sie nun eine güterrechtliche oder eine erbrechtliche Verfügung treffen; vielmehr soll die Vereinbarung gelten für das Leben wie für den Tod — bis es ihnen gefällt, einen andern Willen aufzusetzen, der aber mit dem frühern nichts mehr zu tun haben will.

4. Der Unterschied von Ehevertrag und Erbvertrag in der Praxis.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass sich eine erschöpfende Unterscheidung beider Verträge nur empirisch herstellen liesse, indem durch die Beobachtung eines möglichst grossen Materials sich erst die feineren Grenzgebiete zwischen Güterrecht und Erbrecht feststellen liessen; denn die hier verwendete Formel (Verträge über Güterrechtsverhältnisse während der Ehe sind familienrechtlicher, solche über die Güterrechtsverhältnisse nach Auflösung der Ehe sind erbrechtlicher Natur) ist wohl

---

[152]) Wohl aus Versehen scheint der Gesetzgeber in Art. 154 III an einen „Ehevertrag" mit erbrechtlichem Inhalt gedacht zu haben; doch ist das zweifelhaft. Egger sieht in diesem Absatz nur den Ausschluss erbrechtlicher Ansprüche, Bem. 3 b zu Art. 154. Vergl. oben S. 64 Anm. 188.

richtig, versagt aber gerade bei diesen Grenzgebieten. In Ermanglung einer der französischen Enquête entsprechenden Rundfrage müssen wir uns mit der Beobachtung der Judikatur[153]) begnügen, wobei erst noch zu bemerken ist, dass verhältnismässig wenig Verträge unter Ehegatten zu oberrichterlicher Beurteilung gelangen, so dass also das Material ziemlich spärlich ist[154]), obwohl einzelne deutsche Staaten den Abschluss von Eheverträgen sogar durch ausgesetzte Belohnungen zu fördern suchen[155]).

Keinem Zweifel unterliegt, dass Verträge über die Regelung der Güterrechtsverhältnisse während der Ehe reine Eheverträge sind und demgemäss auch der Form des Ehevertrages bedürfen. Inwieweit solche Verträge wegen Verletzung der Interessen Dritter angefochten werden können, ist eine Frage für sich, die sich für das deutsche Recht um so mehr kompliziert, als das BGB nicht eine unserm Art. 179 III entsprechende durchgreifende Vorschrift enthält[156]). Ebensowenig interessiert hier, inwieweit Verträge im Falle der Scheidung der Ehevertragsform bedürfen oder nicht[157]). Schliesslich bleiben hier für uns auch die interessanten Fragen des

---

[153]) Bei Segall Arch. b. R. 32 S. 434 ist wenig zu holen.

[154]) In den Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich sozusagen kein Ehevertrag; ich musste mich daher auf das mir in den Spruchsammlungen (des „Recht“ und der „deutschen Juristenzeitung“) zugängliche Material beschränken.

[155]) Vergl. die Mitteilungen in der deutschen Jur.-Zeit. 12 S. 753. Der Grund ist „die Eindämmung des gesetzlichen Güterstandes!“

[156]) So ergeben sich interessante Fragen, z. B. die: ist die unterhaltsberechtigte Mutter anfechtungsberechtigt, wenn die Ehegatten durch Änderung des Güterstandes sich ihrer Unterhaltspflicht entziehen? Gegen das verneinende Erkenntnis des Kölner Oberlandesgerichts vom 8. Juni 1904 wendet sich mit Recht Hamm in der Deutsch. Jur. Zeit. 10 S. 54 f.

[157]) Hierüber Urteil des Reichsger. in Jur. Zeit. 13 S. 647 und des Bayr. OLG vom 16. VI. 04 im Recht 8 Nr. 1650. Über die Gültigkeit eines Ehevertrages bei Trennung der Ehegatten vergl. Urteil des Bayr. OLG vom 30. XI. 05, Recht 10 Nr. 52.

Übergangsrechts ausgeschlossen. Dass bedingte Vereinbarung eines Güterstandes möglich sei, wird von der Praxis bisweilen[158]) — meines Erachtens mit Unrecht — verneint; wenn es auch durchaus richtig ist, dass der Eintritt eines bestimmten Güterstandes „von einer schlechthin in die Willkür des einen oder andern Ehegatten gestellten Bedingung nicht abhängig gemacht werden kann", so lassen sich doch Fälle denken, wo mit Fug ein bestimmter Güterstand erst von einem gewissen Zeitpunkt an, z. B. der Geburt eines Kindes, eintreten soll.

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Ehevertrages von den Verträgen, die durch die vertragliche Annahme eines bestimmten Güterstandes überhaupt erst veranlasst werden. Nach früherer Auffassung diente der Ehevertrag nicht nur der Wahl eines der gesetzlichen Güterstände vor oder während der Ehe, sondern auch den Vereinbarungen, die die Zuwendung oder Übertragung beweglicher oder unbeweglicher Sachen nach Massgabe des vereinbarten Güterstandes zum Gegenstande hatten oder die das eingebrachte Gut umschrieben. Neuerdings macht sich in der Judikatur eine einschränkende Tendenz geltend, wonach die Annahme eines bestimmten Güterstandes den Begriff des Ehevertrages erschöpft, und der übrige Inhalt des Vertrages zwar durch die Einführung eines bestimmten Güterstandes veranlasst werde, sonst aber „ausserhalb des Rahmens jeder Regelung" stehe.[159]).

Es lässt sich fragen, ob mit einer solchen Differenzierung nicht zuweit gegangen wird; ist doch besonders in ländlichen Verhältnissen nichts natürlicher, als dass zugleich mit der Annahme des Güterstandes auch die Erledigung aller güterrechtlichen Fragen erfolgt. Man wird dem beistimmen können, dass für Übertragungen von

---

[158]) Rhein. Ztschr. 3 S. 357 f. Urteil d. OLG Colmar v. 29. XII. 10.

[159]) Silberschmidt, Rheinpfälz. Rechtsprechung in Rhein. Ztschr. 4 S. 287 f. Urteile des Bayr. OLG v. 20. VII. 03, Recht 7 Nr. 2355 und v. 9. V. 05, ebenda 9 Nr. 1465 und 10 Nr. 313; neuestens Urteile v. 28. III. 1911 und 11. IV. 1911 im Recht 15 Nr. 1753—1755.

Sachen und für Festsetzung des beiderseits eingebrachten Gutes die strenge Ehevertragsform nicht erforderlich sei; man wird aber nicht verwehren wollen, solche Vereinbarungen im Ehevertrag mit zu erledigen. Praktisch wird die Frage besonders dann, wenn die Brauteltern sich zu wiederkehrenden Leistungen verpflichten. Sie können das in dem zwischen ihrer Tochter und dem Bräutigam abgeschlossenen Ehevertrage tun; immerhin liegt aber ein selbständig als Leibrentenvertrag zu beurteilendes Rechtsgeschäft vor[160]).

Bezieht sich die güterrechtliche Regelung nicht auf das ganze Vermögen, sondern nur auf einzelne Gegenstände, so ist doch die Form des Ehevertrages einzuhalten[161]). Als unrichtig muss aber die Auffassung bezeichnet werden, die eine unter den Ehegatten über die Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens getroffene Vereinbarung dem Ehevertrag als einen Vertrag anderer Art entgegenstellen will[162]), denn die Vereinbarung über die Auseinandersetzung ist in der Regel schon in der Wahl des Güterstandes gegeben oder muss (z. B. bei der Gütergemeinschaft oder bei Verteilung des Vor- und Rückschlags) unumgänglich vorgenommen werden. Mit anderen Worten: wenn die Ehegatten sich für einen Güterstand erklären, so erklären sie damit auch stillschweigend, wie beim Tode eines von ihnen die güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen werden solle. Diese ist darum ein essentiale des Ehevertrages; die güterrechtliche Auseinandersetzung ist, das sei hier noch einmal betont, die Vorbedingung für die erbrechtliche.

---

[160]) Urteil des Bayr. OLG vom 25. II. 03 im Recht 7 Nr. 964.

[161]) Urteil des OLG Colmar v. 13. III. 04, Recht 8 Nr. 1071 und die ausgezeichneten Ausführungen des Bayr. OLG in den Urteilen v. 11. und 30. V. 04, Recht 8 Nr. 1506. Die Lehre ist übrigens nicht unbestritten, Planck IV S. 191 und Dernburg IV S. 174. Vergl. Reichsger. im Urteil v. 15. XI. 1910, Recht 15 Nr. 517 und 1149 f.

[162]) Planck IV S. 235 und Staudinger IV S. 237. Dieser Auffassung schliesst sich selbst das Bayr. OLG in d. Urteilen v. 12. XII. 04 (Recht 9 Nr. 49) und v. 18. VI. 06 (Recht 10 Nr. 2124) an.

Rein güterrechtlich sind natürlich die Vereinbarungen über das Sondergut, sobald der Vertrag nicht auch die Erbfolge[163]) regelt; Streitigkeiten über den Umfang[164]) des Sondergutes sind güterrechtlicher Art, berühren uns aber hier nicht.

Bei den Erbverträgen ist bemerkenswert, dass die Praxis einen mit einem Ehevertrag verbundenen und unter Verlobten abgeschlossenen Erbvertrag gültig sein lässt, obwohl der eine Vertragsteil noch als Verlobter gestorben ist.[165]) Ein solches Vorgehen hat etwas sehr bedenkliches und ist direkt gefährlich, weil es dem wahren Willen der Parteien in der Regel widerspricht. Das Gericht argumentiert, ein gegenseitiger Erbvertrag unter Verlobten sei nur durch die Nichtlösung des Verlöbnisses, nicht aber durch das Zustandekommen der Ehe bedingt. Diese Beweisführung scheint auf den ersten Blick bestechend, ist aber doch wohl nicht haltbar. Wenn die Verlobten zugleich mit dem Ehevertrag einen Erbvertrag abschliessen, so wissen sie ganz genau, dass der Ehevertrag erst mit dem Abschluss der Ehe wirksam wird, und als Korrelat zu dieser güterrechtlichen Wirkung einigen sie sich auch noch über die erbrechtlichen Folgen der Ehe. Beide Verträge sind daher durchaus von einander abhängig, und zwar hier, wenn man so sagen will, der Erbvertrag einseitig vom Ehevertrag; es geht darum nicht an, trotz der Ungültigkeit des Ehevertrages, der die Rolle des Hauptvertrages hat,

---

[163]) Ein Beispiel für einen solchen Vertrag im Recht 8 Nr. 104: ein Grundstück wird als zum Sondergut der Frau gehörend erklärt und soll dem Manne im Überlebensfalle zukommen. Das ist ein Vermächtnisvertrag und deshalb kann für den Mann eine Vormerkung im Grundbuch zur Sicherung seines Anspruches nicht erfolgen. Eingetragen ist das Eigentum der Frau, gegen sie steht dem Manne kein Anspruch zu, erst nach ihrem Tode wird er einen Anspruch gegen ihre Erben haben. OLG Colmar 28. IX. 03.

[164]) Über einen interessanten Fall von Sondergut vergl. Rabel in Grünhuts Ztschr. 27 S. 165 vergl. oben S. 33 Anm. 108.

[165]) Urteil des Kammergerichts Berlin vom 8. II. 09 (Recht 14 Nr. 267).

den Erbvertrag wirksam werden zu lassen. Allerdings bestehen beide Verträge selbständig nebeneinander, es besteht aber auch diese einseitige Bedingtheit, die, weil ohne weiteres stillschweigend angenommen, in den seltensten Fällen noch besonders festgesetzt werden dürfte. Im Gegensatz zur Jndikatur ist es daher wohl richtiger, zu sagen: ein unter Verlobten abgeschlossener und mit einem Ehevertrage verbundener Erbvertrag verliert mit dem Tode eines Verlobten seine Wirkung, wenn sich aus dem Vertrage nichts anderes entnehmen lässt.

Bei Ehe- und Erbverträgen ist die Vereinbarung ziemlich häufig, dass der überlebende Ehegatte den Kindern ihr Vater- oder Muttergut ausweisen könne und dann Alleineigentümer des genannten Nachlasses werde.[166]) Diese Bestimmung ist angängig, da dadurch keine Pflichtteile der Kinder verletzt werden; sie enthält im Zweifel[167]) die Einsetzung der Kinder zu Miterben und eine Teilungsanordnung. Nach der Auffassung des Gerichts[168]) erfolgt dadurch nicht eine Erbeinsetzung auch des überlebenden Ehegatten, sondern es wird ihm dadurch nur das Recht eingeräumt, die Erbteile der Kinder um einen nach dem reinen Werte des Nachlasses zu bestimmenden Geldbetrag zu übernehmen[169]).

Möglich ist auch die Vereinbarung, wonach bei allgemeiner Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte den Kindern die Hälfte des Gesamtgutes in barem Geld

---

[166]) Über eine interessante Vereinbarung in Baden vergl. oben S. 5.

[167]) Urteil des Bayr. OLG vom 19. XII. 04 Recht 9 Nr. 174.

[168]) Urteil des Bayr. OLG vom 30. XII. 04 ebenda Nr. 294; der Ehegatte wird nicht etwa Alleinerbe, so dass er nicht verlangen darf, dass ihm „als Alleinerben" ein Erbschein ausgestellt werde. Bayr. OLG am 21. X. 05 Recht 9 Nr. 2557; einen andern Fall vergl. übernächste Anmerkung.

[169]) Im vorliegenden Fall bestand zwischen den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft; allgemein ausgedrückt heisst die Vereinbarung: die Kinder sollen ihr Vater- oder Muttergut ungeschmälert erhalten, haben aber dafür keinen Anteil am Vorschlag.

als Vater- oder Muttergut auszuzahlen hat und Alleinerbe des vorverstorbenen Gatten werden soll. Hier ist er (nach Auffassung des BGB!) wirklich Alleinerbe, kann die Erteilung eines Erbscheins als solcher beanspruchen und die Kinder haben bloss eine Geldforderung gegen ihn[170]). Es lässt sich fragen, ob ein solcher Ehe- und Erbvertrag, der doch die Erbrechte nicht nur der Ehegatten, sondern auch der Kinder einschneidend trifft, nicht des Beitritts der Kinder bedürfe. Nach schweizerischer Auffassung wird sich das wohl bejahen lassen, wenn auch eine gesetzliche, direkte Vorschrift dafür nicht besteht.

Soweit lassen sich Ergebnisse aus der veröffentlichten Judikatur ziehen. Augenscheinlich hat sich bis jetzt noch nie ein Streit darüber erhoben, ist wenigstens nicht zu oberrichterlicher Beurteilung gelangt, ob eine Vereinbarung der Form des Ehevertrages oder der des Erbvertrages bedürfe; vielleicht würde aber doch einmal eine Enquête bei Notaren eine reichere Ausbeute bringen und möglicherweise darlegen, wie durch Begünstigung eines andern als des gesetzlichen Güterstandes seitens der Parteien auch das Erbrecht unter Ehegatten mannigfache Kombinationen aufweisen kann.

---

[170]) Urteil des Bayr. OLG vom 9. XII. 04 (Recht 9 Nr. 58). Der Unterschied zum vorhergehenden Fall liegt darin, dass dort die Kinder das reine Vater- oder Muttergut, resp. „die Hälfte des Gesamtgutes" erhielten, während sie hier bloss einen Anspruch auf Geld, nicht auf den Nachlass selbst, haben. Vergl. noch das Urteil des Bayr. OLG vom 15. V. 03 (Recht 8 Nr. 1674). Der Ehegatte ist also hier wirklicher Alleinerbe, „da er Eigentümer des gesamten Rücklassvermögens des vorverstorbenen Gatten werden soll". Das Bayr. OLG scheint sich übrigens in dieser Frage in seinen beiden Urteilen v. 15. V. 03 (Recht 8 Nr. 52) und v. 9. XII. 04 (Recht 9 Nr. 58) zu widersprechen, indem das erstemal in diesem Falle die Alleinerbenqualität des überlebenden Ehegatten verneint, später dagegen bejaht wird.

Schluss.

Die Eigenart des zu behandelnden Themas bringt es mit sich, dass eine Untersuchung über das Verhältnis von Ehevertrag und Erbvertrag eigentlich mehr empirisch als dogmatisch geführt werden müsste. Mit anderen Worten: es dürfte schwer halten, ausser dem allgemeinen Satz, wonach der Ehevertrag eherechtliche Verhältnisse während der Ehe, der Erbvertrag dagegen erbrechtliche Verhältnisse ordnet, eine detailliertere Formel aufzustellen, die zum vornherein entscheidet, ob der eine oder der andere Vertragstypus innezuhalten sei.

Es dürfte sich auch im Verlaufe der Untersuchung ergeben haben, dass eine Trennung von Ehevertrag und von Erbvertrag (sobald dieser auf Ehegatten beschränkt ist) oft recht schwierig sein kann. Man hat gelegentlich einmal dem ZGB Reminiszenzen an das allgemeine preussische Landrecht nachgerühmt. Dieses Recht liess Minderjährige in ihrem Ehevertrage Verfügungen von Todeswegen treffen. „Dies rechtfertigt sich dadurch", sagt Dernburg[171]), „dass derartige Vereinbarungen einen Bestandteil der Gesamtverhandlung über die Eheschliessung bilden und nicht isoliert in Betracht gezogen werden können, auch nicht in willkürlichen Erwägungen, sondern in der Sachlage und ihrer Notwendigkeit begründet sind". Soweit Dernburg. De lege ferenda wäre vielleicht auch für uns dieser Standpunkt empfehlenswert, de lege lata haben wir noch scharf zwischen beiden Verträgen zu unterscheiden — bis vielleicht das Gewohnheitsrecht einen andern Weg weist.

Mit mehr Erfolg würde eine Untersuchung durchzuführen sein, wenn sie sich auf eine ganze Reihe von wirklich praktisch gewordenen Vertragstypen stützen oder wenn sie sich schlechthin auf die Erfahrungen der Praxis

---

[171]) Preuss. Privatrecht III § 176.

berufen könnte, wie das mit Erfolg in Frankreich z. B. schon öfter von Bonnecase geschehen ist. Eine solche Untersuchung würde dann, von Fall zu Fall entscheidend, schliesslich verallgemeinernd, wohl noch weiterdringen können, als es jetzt an Hand eines knappen und hie und da wohl ungenauen Gesetzes geschehen kann.

Dazu ist aber für unser Recht die Zeit noch nicht gekommen. Es will erst eingelebt sein und gerade die Übergangszeit dürfte erst recht eine Menge von Formen zeitigen, die bald wieder verschwinden werden, sobald einmal die Erinnerung verschwunden sein wird, dass es auch einmal kantonales, nicht bloss gemeines Zivilrecht gegeben habe.

Berichtigung.

Die Anmerkung 103 auf S. 31 ist, wie ich leider erst nachträglich sehe, unrichtig. Der Grundsatz der Ungültigkeit des Verzichts der Frau auf ihr Konkursvorrecht ist auch für die Güterverbindung ausdrücklich in Art. 211 II normiert; bei der Gütertrennung ist ein solches Vorrecht natürlich ausgeschlossen (Art. 244 I), wenn die Frau dem Manne nicht etwa ausdrücklich eine Ehesteuer bestellt hat. In diesem Falle gelten wieder die Normen der Güterverbindung (Art. 244 II verbunden mit Art. 247 II und 211 II). H. H.

S. 260 letzte Zeile ist das Komma hinter „sollte“ zu tilgen.
S. 262 Zeile 7 von unten lies sos- statt sop-.