Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954)

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

von

Philipp Stehlin

Die Fakultät hat diese Arbeit am 23.11.2017
auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. Dr. Sibylle Hofer und Prof. Dr. Stephan Wolf,
als Dissertation angenommen.

Bern, 2018

Originaldokument gespeichert auf dem Webserver der Universitätsbibliothek Bern

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte zu http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/ oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

Urheberrechtlicher Hinweis
Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz.
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/

Sie dürfen:

dieses Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen.

Zu den folgenden Bedingungen:

Namensnennung. Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers in der von ihm festgelegten Weise nennen (wodurch aber nicht der Eindruck entstehen darf, Sie oder die Nutzung des Werkes durch Sie würden entlohnt).

Keine kommerzielle Nutzung. Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden.

Keine Bearbeitung. Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt, mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/legalcode.de

Diese Dissertation
ist meiner
Lehrerin
in Dankbarkeit gewidmet:

Prof. Dr. Sibylle Hofer

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im November 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern angenommen.
Aufmerksam auf den Juristen August Egger wurde ich durch meine Doktormutter, Frau Prof. Dr. Sibylle Hofer. Eggers Gesetzeskommentare zum Personen- und Familienrecht des ZGB waren es schliesslich, die bei mir das Interesse an einer gründlichen inhaltlichen Aufarbeitung derselben weckten.
Frau Prof. Dr. Hofer schulde ich den grössten Dank. Dies nicht nur für die von ihr geleistete hervorragende Betreuungsarbeit, sondern auch für die unvergesslichen und lehrreichen Jahre, die ich an ihrem Institut für Rechtsgeschichte verbringen durfte – zunächst als Hilfsassistent (2009-2010) und später als Assistent (2012-2017) bzw. Oberassistent (2018).
Auch dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Stephan Wolf, danke ich ganz herzlich für das Interesse an meiner Arbeit.

Bern, im Herbst 2018 Philipp Stehlin

I. Inhaltsverzeichnis

I. Inhaltsverzeichnis ..... **I**
II. Abkürzungsverzeichnis ..... **XIII**
III. Literaturverzeichnis ..... **XVIII**
IV. Materialienverzeichnis ..... **XXIII**

Einleitung **1**

A. Personenrecht: Die „Persönlichkeit“ und ihr Schutz **8**

1. „Persönlichkeit“ als Rechtsfähigkeit **8**
1.1 Allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit, Art. 11 ZGB **8**
1.2 Abgrenzung der Rechts- zur Handlungsfähigkeit, Art. 11, 12 ff. ZGB **14**
2. „Persönlichkeit“ als Rechtsfähigkeit und Recht(e) **19**
2.1 Persönliche Güter und allgemeines Persönlichkeitsrecht **19**
2.1.1 Erstauflage 20
2.1.2 Zweitauflage 23
2.2 Schutz des Persönlichkeitsrechts **25**
2.2.1 Schutz vor Selbstbeschränkungen, Art. 27 ZGB 25
2.2.1.1 Verzichte auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit, Art. 27 Abs. 1 ZGB 26
2.2.1.2 Freiheitsentäusserungen bzw. -beschränkungen, Art. 27 Abs. 2 ZGB 27
2.2.1.2.1 Erstauflage 28
2.2.1.2.1.1 Eggers Zweck-Mittel-Formel 29
2.2.1.2.1.2 Konzeptionelle Würdigung 33
2.2.1.2.2 Zweitauflage 37
2.2.1.3 Rechtsfolgen bei Verstössen gegen Art. 27 ZGB 41
2.2.2 Schutz vor Verletzungen durch Dritte, Art. 28 Abs. 1 ZGB 41
2.2.2.1 Erstauflage 41
2.2.2.2 Zweitauflage 45
2.2.2.2.1 Bestimmung des Umfangs des Persönlichkeitsrechts 46
2.2.2.2.2 „Ausschluss der Widerrechtlichkeit“ 49
2.2.2.2.3 Konzeptionelle Würdigung 50
2.2.2.3 Rechtsfolgen bei Verstössen gegen Art. 28 Abs. 1 ZGB 50
2.3 Die Vorstellungen Hubers **52**
2.3.1 Persönliche Güter und allgemeines Persönlichkeitsrecht 52
2.3.2 Schutz des Persönlichkeitsrechts 55
3. Zusammenfassung **61**

B. Familienrecht **63**

I. Eherecht, Art. 90-251 ZGB **63**
a) Verlöbnis, Art. 90-95 ZGB **63**
1. Begriffe „Verlobung“ und „Verlöbnis“ **63**
2. Verlobungsfreiheit und ihre Schranken **63**
3. Bindungswirkungen von Verlobung bzw. Verlöbnis **66**
3.1 Gemeinschaftsgedanke 66
3.1.1 Pflichten der Verlobten während der Dauer des Verlöbnisses 66
3.1.2 Ersatzanspruch beim Verlöbnisbruch, Art. 92 ZGB 68
3.2 Persönlichkeitsgedanke 69
3.2.1 Freiheit zur Aufhebung des Verlöbnisses 69
3.2.2 Genugtuungsanspruch beim Verlöbnisbruch, Art. 93 Abs. 1 ZGB 70
3.2.3 Rückerstattungsanspruch bei (jeder) Aufhebung des Verlöbnisses, Art. 94 Abs. 1 ZGB 71
b) Ehe, Art. 96-251 ZGB **72**
1. Ehebegriff **72**
2. Eheschliessungsfreiheit und ihre Schranken **73**
2.1 Eheungültigkeit als Schranke der Eheschliessungsfreiheit 73
2.1.1 Mangelnde Ehemündigkeit als Anfechtungsgrund, Art. 128 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 ZGB 76
2.1.1.1 Persönlichkeitsgedanke 77
2.1.1.1.1 Schutz der individuellen Freiheit 77
2.1.1.1.2 Gesundheitsschutz 77
2.1.1.2 Gemeinschaftsgedanke 80
2.1.1.2.1 Gesundheitsschutz 80
2.1.1.2.2 Pflichten gegenüber der ehelichen Gemeinschaft 81
2.1.2 Mangelnde Einwilligung der gesetzlichen Vertreter als Anfechtungsgrund, Art. 128 Abs. 1 i.V.m. Art. 98 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 1 ZGB 82
2.1.2.1 Persönlichkeitsgedanke 83
2.1.2.1.1 Schutz Unmündiger 83
2.1.2.1.2 Schutz Entmündigter 84
2.1.2.2 Gemeinschaftsgedanke 87
2.1.3 Vorübergehende bzw. dauernde Urteilsunfähigkeit als Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrund, Art. 123 bzw. Art. 120 Ziff. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 ZGB 88
2.1.3.1 Persönlichkeitsgedanke 88
2.1.3.2 Gemeinschaftsgedanke 90

2.1.4 Geisteskrankheit als Nichtigkeitsgrund, Art. 120 Ziff. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 2 ZGB ... 90
2.1.4.1 Schutz der ehelichen Gemeinschaft ... 91
2.1.4.1.1 Gemeinschaftsgedanke ... 91
2.1.4.1.2 Persönlichkeitsgedanke ... 93
2.1.4.2 Rassenhygiene (Eugenik) ... 93
2.1.4.2.1 Persönlichkeitsgedanke ... 97
2.1.4.2.2 Gemeinschaftsgedanke ... 100
2.1.5 Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft als Nichtigkeitsgründe, Art. 120 Ziff. 3 i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 und 2 ZGB ... 103
2.1.5.1 Gemeinschaftsgedanke ... 103
2.1.5.2 Persönlichkeitsgedanke ... 104
2.1.6 Bestehende Ehe als Nichtigkeitsgrund, Art. 120 Ziff. 1 i.V.m. Art. 101 ZGB ... 105
2.1.6.1 Gemeinschaftsgedanke ... 105
2.1.6.2 Persönlichkeitsgedanke ... 106
2.1.7 Willensmängel als Anfechtungsgründe, Art. 124 ff. ZGB ... 106
2.1.7.1 Irrtum, Art. 124 ZGB ... 107
2.1.7.2 Betrug, Art. 125 ZGB ... 112
2.1.7.3 Drohung, Art. 126 ZGB ... 114
2.2 Ausschluss der Eheungültigkeit ... 114
2.2.1 Bestehen eines Adoptivverhältnisses, Art. 129 Abs. 1 i.V.m. Art. 100 Ziff. 3 ZGB ... 115
2.2.2 Nichteinhaltung von Wartefristen, Art. 130 ZGB ... 116
2.2.2.1 Wartefrist für Frauen, Art. 103 Abs. 1 ZGB ... 116
2.2.2.2 Wartefrist für Geschiedene, Art. 150 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 ZGB ... 117
2.2.3 Nichteinhaltung von Formvorschriften, Art. 131 i.V.m. Art. 105 ff. ZGB ... 118
3. Allgemeine Ehewirkungen, Art. 159-177 ZGB ... 119
3.1 Persönlichkeitsgedanke: Gleichstellung der Ehegatten ... 119
3.2 Gemeinschaftsgedanke ... 122
3.2.1 Stellung der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft ... 122
3.2.1.1 Stellung des Ehemannes ... 123
3.2.1.1.1 Unterhaltspflicht (Art. 160 Abs. 2 ZGB) und ihre Folgen ... 124
3.2.1.1.2 Recht, der Ehefrau die Berufsausübung zu gestatten, Art. 167 ZGB ... 127
3.2.1.1.3 Entscheidungsrecht ... 128

3.2.1.2 Stellung der Ehefrau 130
3.2.1.2.1 „Einheit des Hauses", Art. 161 Abs. 1 ZGB 130
3.2.1.2.2 Beistandspflicht (Art. 161 Abs. 2 ZGB) und ihre Folgen 131
3.2.1.2.3 Recht, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten, Art. 163 ff. ZGB 132
3.2.2 Schutz der ehelichen Gemeinschaft 134
3.2.2.1 (Indirekter) Eheschutz durch das Gericht, Art. 169 ff. ZGB 134
3.2.2.2 (Direkter) Eheschutz durch das Gesetz 139
3.2.2.2.1 Ausschluss der Zwangsvollstreckung, Art. 173 ff. ZGB 139
3.2.2.2.2 Behördliche Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften, Art. 177 ZGB 140
4. Güterrecht der Ehegatten, Art. 178-251 ZGB 141
4.1 Gemeinschaftsgedanke 141
4.1.1 Ordentlicher Güterstand: Güterverbindung, Art. 194 ff. ZGB ... 144
4.1.1.1 Stellung des Ehemannes 144
4.1.1.1.1 Verwaltungsrecht, Art. 200 ZGB 146
4.1.1.1.2 Nutzungsrecht, Art. 201 ZGB 147
4.1.1.1.3 Verfügungsrecht, Art. 202 ZGB 148
4.1.1.1.4 Haftung für Schulden, Art. 206 ZGB 149
4.1.1.2 Stellung der Ehefrau 149
4.1.1.2.1 Folgen der Beistandspflicht i.S.v. Art. 161 Abs. 2 ZGB 149
4.1.1.2.2 Haftung für Schulden, Art. 207 f. ZGB 152
4.1.2 Ausserordentlicher Güterstand: Gütertrennung, Art. 241 ff. ZGB 154
4.2 Persönlichkeitsgedanke 157
4.2.1 Gleichstellung der Ehegatten bei der Güterverbindung 157
4.2.1.1 Rechte des Ehemannes am ehelichen Vermögen 157
4.2.1.2 Sondergut der Ehefrau, Art. 191 ZGB 159
4.2.1.3 Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau, Art. 189 Abs. 2 i.V.m. Art. 214 Abs. 1 ZGB 161
4.2.2 Freiheit des Ehevertrages, Art. 179 ff. ZGB 164
5. Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB 166
5.1 Vorliegen eines Scheidungsgrundes als Scheidungsvoraussetzung 167
5.2 Bedeutung des generellen Scheidungsgrundes nach Art. 142 ZGB 170
5.2.1 Voraussetzungen dieses Scheidungsanspruchs, Art. 142 Abs. 1 ZGB 172
5.2.1.1 „Tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses" 173

5.2.1.2 Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft ... 174
5.2.1.2.1 Erstauflage ... 174
5.2.1.2.2 Zweitauflage ... 176
5.2.2 Absolute Scheidungsgründe als Konkretisierungen des Art. 142 ZGB ... 177
5.2.3 Sonderfall „Geisteskrankheit", Art. 141 ZGB ... 180
5.3 Nebenfolgen der Scheidung, Art. 149 ff. ZGB ... 181
5.3.1 Persönlichkeitsgedanke ... 182
5.3.1.1 Entschädigungsanspruch, Art. 151 Abs. 1 ZGB ... 182
5.3.1.2 Genugtuungsanspruch, Art. 151 Abs. 2 ZGB ... 184
5.3.1.3 Elternrechte, Art. 156 f. ZGB ... 184
5.3.1.3.1 Zuteilung der Kinder, Art. 156 Abs. 1 ZGB ... 184
5.3.1.3.2 Beitragspflicht, Art. 156 Abs. 2 ZGB ... 186
5.3.1.3.3 Persönlicher Verkehr, Art. 156 Abs. 3 ZGB ... 186
5.3.1.4 Name der geschiedenen Ehefrau, Art. 149 ZGB ... 187
5.3.2 Gemeinschaftsgedanke ... 188
5.3.2.1 Unterhaltsanspruch, Art. 152 ZGB ... 188
5.3.2.2 Vorschlagsteilung zwischen den Ehegatten, Art. 154 Abs. 2 ZGB ... 189
5.3.2.3 Wartefrist, Art. 150 ZGB ... 190
c) Zusammenfassung ... 190

II. Verwandtschaft, Art. 252-359 ZGB ... 193
a) Eheliches Kindesverhältnis, Art. 252-301 ZGB ... 193
1. Eheliche Abstammung, Art. 252-257 ZGB ... 195
1.1 Ehelichkeitsvermutung, Art. 252 ZGB ... 195
1.1.1 Gemeinschaftsgedanke ... 196
1.1.2 Persönlichkeitsgedanke ... 197
1.2 Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung, Art. 253 ZGB ... 197
1.2.1 Persönlichkeitsgedanke ... 197
1.2.2 Gemeinschaftsgedanke ... 198
2. Ehelicherklärung (Legitimation), Art. 258-263 ZGB ... 199
2.1 Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedanke ... 200
2.2 Anfechtung der Ehelicherklärung, Art. 262 ZGB: Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedanke ... 200
3. Kindesannahme (Adoption), Art. 264-269 ZGB ... 201
3.1 Voraussetzungen der Adoption ... 202
3.1.1 Gemeinschaftsgedanke ... 202
3.1.1.1 Altersdifferenz und Mindestalter, Art. 264 ZGB; Ehe, Art. 266 Abs. 2 ZGB ... 202

3.1.1.2 Zustimmungserfordernis des Ehegatten, Art. 266 Abs. 1 ZGB ... 203
3.1.2 Persönlichkeitsgedanke ... 204
3.1.2.1 Fehlen ehelicher Nachkommen beim Annehmenden, Art. 264 Abs. 1 ZGB ... 204
3.1.2.2 Zustimmungserfordernisse des Anzunehmenden / seiner Eltern bzw. der Aufsichtsbehörde, Art. 265 ZGB ... 204
3.1.2.3 Formvorschrift und behördliches Zustimmungserfordernis, Art. 267 ZGB ... 205
3.2 Wirkungen und Aufhebung der Adoption, Art. 268 f. ZGB ... 206
3.2.1 Gemeinschaftsgedanke ... 206
3.2.2 Persönlichkeitsgedanke ... 208
4. Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-272 ZGB ... 208
5. Elterliche Gewalt i.w.S., Art. 273-301 ZGB ... 211
5.1 Stellung der Eltern ... 212
5.1.1 Elterliche Gewalt i.e.S. ... 212
5.1.1.1 Gemeinsame Ausübung durch beide Elternteile, Art. 274 ZGB ... 212
5.1.1.1.1 Persönlichkeitsgedanke ... 212
5.1.1.1.2 Gemeinschaftsgedanke ... 213
5.1.1.2 Erziehungspflicht (Art. 275 Abs. 2 ZGB) und daraus folgende Rechte ... 214
5.1.1.2.1 Persönlichkeitsgedanke ... 216
5.1.1.2.2 Gemeinschaftsgedanke ... 216
5.1.1.3 Gesetzliche Vertretung durch die Eltern, Art. 279 ZGB ... 218
5.1.1.3.1 Vertretungsrecht beider Elternteile ... 218
5.1.1.3.2 Vermutung der mittelbaren Stellvertretung ... 219
5.1.2 Elterliche Vermögensrechte ... 220
5.1.2.1 Verwaltungsrecht, Art. 290 f. ZGB ... 220
5.1.2.2 Nutzungsrecht, Art. 292 f. ZGB ... 221
5.2 Stellung des Kindes ... 223
5.2.1 Gemeinschaftsgedanke ... 223
5.2.1.1 Ehrerbietungs- und Gehorsamspflicht, Art. 275 Abs. 1 ZGB ... 223
5.2.1.2 Handeln des Kindes für die Gemeinschaft, Art. 281 ZGB ... 223
5.2.2 Persönlichkeitsgedanke ... 224
5.2.2.1 Erziehungsanspruch, Art. 275 Abs. 2 ZGB ... 224
5.2.2.2 Schadensersatzanspruch bei pflichtwidriger Ausübung der elterlichen Vermögensrechte, Art. 300 Abs. 1 i.V.m. Art. 752 Abs. 1 ZGB ... 229

5.2.2.3 Selbständiges Handeln des Kindes 232
5.2.2.3.1 Beschränkte Handlungsunfähigkeit des Kindes, Art. 280 i.V.m. Art. 19 i.V.m. Art. 410 f. ZGB 232
5.2.2.3.2 Freies Kindesvermögen als Sondergut des Kindes, Art. 294 ff. ZGB 233
5.2.2.3.2.1 Rechtsgeschäftliche Begründung freien Kindesvermögens, Art. 294 ZGB 233
5.2.2.3.2.2 Gesetzliche Begründung freien Kindesvermögens, Art. 295 Abs. 2, Art. 296 ZGB 234
5.2.2.4 Behördliches Einschreiten, Art. 283 ff., 297 f. ZGB 236
5.2.2.4.1 Kindeswohl als Legitimation behördlichen Einschreitens 237
5.2.2.4.2 Massnahmen i.S.v. Art. 283 ff. ZGB im Einzelnen 239
5.2.2.4.3 Massnahmen i.S.v. Art. 297 f. ZGB im Einzelnen 243
b) Ausseheliches Kindesverhältnis, Art. 302-327 ZGB 244
1. Anerkennung des Kindes durch den Kindsvater, Art. 303-306 ZGB 245
1.1 Persönlichkeitsgedanke 246
1.1.1 Interesse des Kindsvaters an der Anerkennung 246
1.1.2 Interesse des Kindes an der Anerkennung 246
1.1.2.1 Grundproblem 246
1.1.2.2 Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes und seiner Eltern 248
1.1.3 Einspruchsmöglichkeit von Kindsmutter und Kind gegen die Anerkennung, Art. 305 Abs. 1 ZGB 251
1.1.4 Leistungen des Kindsvaters an die Kindsmutter, Art. 309 Abs. 2 i.V.m. Art. 317 f. ZGB 252
1.2 Gemeinschaftsgedanke 253
1.2.1 Allgemeininteresse an der Besserstellung ausserehelicher Kinder 253
1.2.2 Anfechtung der Anerkennung bei gesetzlichem Ausschluss derselben, Art. 306 i.V.m. Art. 304 ZGB 254
2. Vaterschaftsklage gegen den Kindsvater, Art. 307-327 ZGB 255
2.1 Zwingende Verbeiständung des ausserehelichen Kindes, Art. 311 Abs. 1 ZGB 257
2.2 Vaterschaftsvermutung, Art. 314 ZGB 259
2.3 Einfache Vaterschaftsklage („Alimentenklage“) 261
2.3.1 Leistungen an das Kind 261
2.3.1.1 Leistungen sowie Stellung der Kindsmutter, Art. 324 ZGB 261
2.3.1.2 Leistungen des Kindsvaters, Art. 319 ZGB 263

2.3.2 Leistungen des Kindsvaters an die Kindsmutter 267
2.3.2.1 Ersatzleistungen, Art. 317 und 321 ZGB 267
2.3.2.2 Genugtuungsleistung, Art. 318 ZGB 268
2.4 Qualifizierte Vaterschaftsklage („Standesklage“) 269
2.4.1 Persönlichkeitsgedanke 269
2.4.2 Gemeinschaftsgedanke 271
2.4.2.1 Ausschluss der Standesklage, Art. 323 Abs. 2 ZGB 271
2.4.2.2 Mitteilung an die Heimatgemeinde des Kindsvaters, Art. 212 Abs. 2 ZGB 272
c) Familiengemeinschaft, Art. 328-359 ZGB 272
1. Unterstützungspflicht, Art. 328-330 ZGB 274
1.1 Gemeinschaftsgedanke 275
1.1.1 Verbundenheit der Blutsverwandten 275
1.1.2 Unterhalt von Findelkindern durch die Gemeinde, Art. 330 ZGB 277
1.2 Persönlichkeitsgedanke 277
1.2.1 Beim Unterstützungsberechtigten 277
1.2.2 Beim Unterstützungspflichtigen 278
1.2.2.1 Kreis der Unterstützungsberechtigten 278
1.2.2.2 Voraussetzungen und Inhalt der Unterstützungspflicht 278
2. Hausgewalt, Art. 331-334 ZGB 280
2.1 Hausordnung des Familienhaupts, Art. 332 ZGB 283
2.1.1 Gemeinschaftsgedanke 283
2.1.2 Persönlichkeitsgedanke 284
2.2 Verantwortlichkeit des Familienhaupts, Art. 333 ZGB 285
2.3 Forderung mündiger Kinder betreffend Arbeit und Einkünfte, Art. 334 ZGB 287
2.3.1 Persönlichkeitsgedanke 287
2.3.2 Gemeinschaftsgedanke 288
3. Familienvermögen, Art. 335-359 ZGB 288
3.1 Familienstiftung, Art. 335 ZGB 289
3.2 Gemeinderschaft, Art. 336-348 ZGB 291
3.2.1 Gemeinschaftsgedanke 292
3.2.2 Persönlichkeitsgedanke 293
3.3 Heimstätte, Art. 349-359 ZGB 294
d) Zusammenfassung 297

III. Vormundschaft, Art. 360-456 ZGB 300
a) Vormundschaft 301
1. Kreis der zu bevormundenden Personen 301
1.1 Unmündige, der elterlichen Gewalt nicht unterstehende Personen, Art. 368 ZGB 301
1.1.1 Persönlichkeitsgedanke 301
1.1.2 Gemeinschaftsgedanke 302
1.2 Mündige Personen, Art. 369-372 ZGB 303
1.2.1 Entmündigung wegen Geisteskrankheit / Geistesschwäche, Art. 369 ZGB 305
1.2.1.1 Entmündigungsgründe 305
1.2.1.2 Entmündigungsvoraussetzungen 306
1.2.1.2.1 Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten 306
1.2.1.2.1.1 Persönlichkeitsgedanke 307
1.2.1.2.1.2 Gemeinschaftsgedanke 307
1.2.1.2.2 Dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit 308
1.2.1.2.3 Gefährdung der Sicherheit Anderer 309
1.2.1.2.3.1 Gemeinschaftsgedanke 309
1.2.1.2.3.2 Persönlichkeitsgedanke 312
1.2.2 Entmündigung wegen Verschwendung / Trunksucht etc., Art. 370 ZGB 312
1.2.2.1 Entmündigungsgründe 312
1.2.2.1.1 Verschwendung 312
1.2.2.1.2 Misswirtschaft 313
1.2.2.1.3 Trunksucht 315
1.2.2.1.4 Lasterhafter Lebenswandel 317
1.2.2.2 Entmündigungsvoraussetzungen 319
1.2.2.2.1 Gefahr des Notstandes bzw. der Verarmung 319
1.2.2.2.1.1 Persönlichkeitsgedanke 319
1.2.2.2.1.2 Gemeinschaftsgedanke 320
1.2.2.2.2 Dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit 321
1.2.2.2.2.1 Persönlichkeitsgedanke 321
1.2.2.2.2.2 Gemeinschaftsgedanke 322
1.2.2.2.3 Gefährdung der Sicherheit Anderer 322
1.2.3 Entmündigung wegen Freiheitsstrafe, Art. 371 ZGB 324
1.2.4 Entmündigung auf eigenes Begehren, Art. 372 ZGB 326
2. Entmündigungsverfahren 328
2.1 Behördliche Anzeige- bzw. Mitteilungspflicht, Art. 369, 371 ZGB 330
2.2 Anhörung des zu Entmündigenden, Art. 374 Abs. 1 ZGB 331
2.3 Medizinische Begutachtung Geisteskranker, Art. 374 Abs. 2 ZGB 332

2.4 Amtliche Publikation der rechtskräftigen Entmündigung, Art. 375 ZGB ... 333
2.5 Zeitpunkt der Einleitung des Entmündigungsverfahrens, Art. 385 Abs. 2 ZGB ... 335
3. Bestellung und Abbestellung des Vormundes sowie vorläufige Fürsorge ... 335
3.1 Bestellung des Vormundes ... 335
3.1.1 Persönlichkeitsgedanke ... 336
3.1.1.1 Eignung des Vormundes, Art. 379 ZGB ... 336
3.1.1.1.1 Ausschliessungsgründe, Art. 384 ZGB ... 337
3.1.1.1.2 Ablehnungsgründe, Art. 383 ZGB ... 339
3.1.1.1.3 Vorrecht der Verwandten bzw. des Ehegatten, Art. 380 ZGB ... 340
3.1.1.1.4 Wünsche des zu Bevormundenden bzw. der Eltern, Art. 381 ZGB ... 342
3.1.1.1.5 Begrenzung der Amtsdauer des Vormundes, Art. 415 ZGB ... 343
3.1.1.1.6 Frau als Vormund ... 343
3.1.1.2 Pflicht des Vormundes zur einstweiligen Amtsführung, Art. 389 ZGB ... 345
3.1.1.3 Entschädigung des Vormundes, Art. 416 ZGB ... 345
3.1.2 Gemeinschaftsgedanke: Amtsübernahmepflicht, Art. 382 ZGB ... 347
3.2 Vorläufige Fürsorge, Art. 386 ZGB ... 348
3.3 Abbestellung des Vormundes ... 351
3.3.1 Nichtwiederwahl und Entlassung des Vormundes ... 351
3.3.1.1 Nichtwiederwahl des Vormundes, Art. 442 ZGB ... 351
3.3.1.2 Entlassung des Vormundes, Art. 443 ZGB ... 353
3.3.1.3 Pflicht zur Weiterführung notwendiger Geschäfte, Art. 444 ZGB ... 354
3.3.2 Amtsenthebung, Art. 445-450 ZGB ... 355
3.3.2.1 Amtsenthebungsgründe, Art. 445 ZGB ... 355
3.3.2.2 Amtsenthebungsverfahren, Art. 446-450 ZGB ... 356
3.3.3 Folgen der Abbestellung des Vormundes, Art. 451-456 ZGB ... 358
4. Umfassende Fürsorge für den Bevormundeten durch den Vormund ... 359
4.1 Fürsorge für die Person des Bevormundeten im Einzelnen ... 360
4.1.1 Bei Unmündigen, Art. 405 ZGB ... 361
4.1.2 Bei Entmündigten, Art. 406 ZGB ... 365

4.2 Fürsorge für das Vermögen des Bevormundeten im Einzelnen 367
4.2.1 Art. 413 ZGB als Grundnorm 367
4.2.2 Art. 398 ff. ZGB als Ausflüsse des Art. 413 ZGB 368
4.2.2.1 Inventaraufnahme, Art. 398 ZGB 369
4.2.2.2 Verwahrung von Wertsachen, Art. 399 ZGB 370
4.2.2.3 Veräusserung von Fahrnis, Art. 400 ZGB 370
4.2.2.4 Anlage von Barschaft, Art. 401 ZGB 371
4.2.2.5 Umwandlung unsicherer Kapitalanlagen, Art. 402 ZGB 373
4.2.2.6 Anordnungen betreffend das Geschäft bzw. Gewerbe, Art. 403 ZGB 374
4.2.2.7 Veräusserung von Grundstücken, Art. 404 ZGB 375
4.2.3 Behördliche Zustimmung zu bestimmten Geschäften, Art. 421 f. ZGB 377
4.2.4 Behördliche Prüfung von Berichten und Rechnungen, Art. 423 ZGB 379
4.3 Gesetzliche Vertretung durch den Vormund und ihre Schranken 381
4.3.1 Verbotene Geschäfte, Art. 408 ZGB 383
4.3.2 Eingehung von Verpflichtungen durch den Bevormundeten, Art. 410 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 ZGB 384
4.3.3 Ausübung höchstpersönlicher Rechte durch den Bevormundeten, Art. 19 Abs. 2 ZGB 387
4.3.4 Handeln des Bevormundeten im Rahmen der beruflichen Betätigung, Art. 412 ZGB 388
4.3.5 Verwaltung des freien Vermögens durch den Bevormundeten, Art. 414 ZGB 389
4.3.6 Rechtslage bei Interessenkollisionen im Verhältnis zwischen Vormund und Bevormundetem 390
4.3.7 Rechtslage bei rechtsmissbräuchlichem Handeln des Vormundes 391
4.4 Vormundschaftliche Beschwerde, Art. 420 ZGB 392
4.4.1 Beschwerde gegen Handlungen des Vormundes, Art. 420 Abs. 1 ZGB 393
4.4.1.1 Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe 393
4.4.1.2 Kreis der beschwerdeberechtigten Personen 394
4.4.1.3 Ausgang des Beschwerdeverfahrens 395
4.4.2 Aufsichtsrecht der Vormundschaftsbehörde gegenüber dem Vormund 396
4.4.3 Beschwerde gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde, Art. 420 Abs. 2 ZGB 397
4.4.3.1 Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe 397
4.4.3.2 Kreis der beschwerdeberechtigten Personen 398

4.4.3.3 Ausgang des Beschwerdeverfahrens 398
4.5 Verantwortlichkeit des Vormunds und der Behördemitglieder, Art. 426 ff. ZGB 399
4.5.1 Verantwortlichkeit des Vormundes 399
4.5.2 Verantwortlichkeit der Behördemitglieder 402
4.5.3 Haftung mehrerer Personen 404
4.5.4 Klageberechtigte Personen 406
5. Beendigung der Vormundschaft 406
5.1 Beendigung von Gesetzes wegen, Art. 431 f. ZGB 407
5.2 Beendigung aufgrund behördlicher Aufhebung, Art. 433-438 ZGB ... 409
5.2.1 Wegfall von Geisteskrankheit / Geistesschwäche, Art. 436 ZGB 410
5.2.2 Wegfall von Verschwendung / Trunksucht etc., Art. 437 ZGB 411
5.2.3 Beendigung bei Vormundschaft auf eigenes Begehren, Art. 438 ZGB 412
6. Besonderheiten des Vormundschaftsrechts 413
6.1 Familienvormundschaft, Art. 362-366 ZGB 413
6.2 Elterliche Gewalt anstelle der Vormundschaft, Art. 385 Abs. 3 ZGB 414
b) Beistandschaft 416
1. Vertretungsbeistandschaft, Art. 392 ZGB 418
2. Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 ZGB 421
3. Beiratschaft als Sonderform der Beistandschaft, Art. 395 ZGB 423
c) Zusammenfassung 425

Gesamtwürdigung 427

II. Abkürzungsverzeichnis

§ / §§	Paragraph / Paragraphen
a.A.	anderer Ansicht; am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AG	Aktiengesellschaft
al.	alinea
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
anal.	analog
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
baupoliz.	baupolizeilich
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd. / Bde.	Band / Bände
BeK	Berner Kommentar (für Näheres s. das Literaturverzeichnis)
bes.	besonders
betr.	betreffend
bezgl.	bezüglich
BGB / B.G.B. / BGB. / dBGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18.8.1896; Inkrafttr. 1.1.1900
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGZuE	Bundesgesez [sic!] betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24.12.1874; Inkrafttr. 1.1.1876
Botsch.	Botschaft (für Näheres s. das Materialienverzeichnis)
bspw.	beispielsweise
Bstb.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil
bundesrätl.	bundesrätlich
BV / B.V. / BV.	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874; Inkrafttr. 1.1.1874
bzw. / bezw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
Cod. civ.	Codice civile italiano
d.	deutsch; der / die / das / des / der / dem

d.h.	das heisst
d.i.	das ist
ders.	derselbe
dgl. / dergl.	dergleichen
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
dJWG	(Deutsches) Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9.7.1922; Inkrafttr. 1.4.1924
Dr.	Doktor
e.	eines
ebd.	ebenda / ebendort
EheR	Eherecht
eidg.	eidgenössisch
eigtl.	eigentlich
Einl.	Einleitung
eKiVh	eheliches Kindesverhältnis
Entw.	Entwurf
Erl.	Erläuterungen (für Näheres s. das Materialienverzeichnis)
et al.	et alii
etc.	et cetera
E-ZGB	Entwurf zum ZGB von 1904 (für Näheres s. das Materialienverzeichnis)
f. / ff.	folgende / fortfolgende
Fabrikges.	Fabrikgesetz
fam.-rechtlichen	familienrechtlichen
FamGem	Familiengemeinschaft
FamR	Familienrecht
Fn.	Fussnote
Ges.	Gesetz
ggf.	gegebenenfalls
GüterR	Güterrecht
GzVeN	(Deutsches) Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.7.1933; Inkrafttr. 1.1.1934
Habil.	Habilitation
HFG	Bundesgesez [sic!] betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22.6.1881; Inkrafttr. 30.9.1881
Hrsg.	Herausgeber
i.A.	im Allgemeinen
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne

i.S.d.	im Sinne der / des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Inkrafttr.	Inkrafttreten
inoffiz.	inoffiziell
insb. / insbes.	insbesondere
it. / ital.	italienisch
iur.	iuris
Jahrh.	Jahrhundert
Jg.	Jahrgang
jur.	juristisch
kant.	kantonal
Komm.	Kommentar
m.	mehr
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Marg.	Marginalie
mind.	mindestens
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NSDAP / N.S.D.A.P.	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
OR / O.R. / OR.	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911; Inkrafttr. 1.1.1912
österr. Entm.O	Österreichische Entmündigungsordnung
österrABGB	Österreichisches Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811; Inkrafttr. 1.1.1812
P.-Rechte	Persönlichkeitsrechte
Pers.	Person
PersR	Personenrecht
PGZ	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich; Inkrafttr. 1854-1856
PR	Persönlichkeitsrecht
PrALR / preuss. A.L.R.	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten; Inkrafttr. 1.6.1794
Prof.	Professor
Prot.	Protokolle
R / R.	Recht

resp.	respektive
rev.	revidiert
Rn.	Randnote
s.	siehe
S.	Seite(n); Siehe
s.E.	seines Erachtens
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sc.	scilicet
SchlT	Schlusstitel
schweiz.	schweizerisch
SG	Kanton Sankt Gallen
sinng.	sinngemäss
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog. / sogen.	sogenannt
Sp.	Spalte
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR / StR	Ständerat; Systematische Sammlung des Bundesrechts
Stat. Jb. d. Schweiz	Statistisches Jahrbuch der Schweiz
StenBull / Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung (für Näheres s. das Materialienverzeichnis)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937; Inkrafttr. 1.1.1942
str.	strittig
StrR	Ständerat
Teilentw.	Teilentwurf
u.	und
u. dgl. / dergl. m.	und dergleichen mehr
u.a.	und andere; unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
u.U.	unter Umständen
u.V.	unter Vorbehalt
u.v.m.	und viele mehr
ukrain.	ukrainisch
usw.	und so weiter
v.	vom / von
v.A.w.	von Amtes wegen
VerwR	Verwandtschaftsrecht
VE-ZGB	Vorentwurf zum ZGB von 1900 (für Näheres s. das Materialienverzeichnis)

vgl. / vergl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
vorl.	vorliegend
vorm.	vormundschaftlich
Vorm.-behörde / Vorm-beh.	Vormundschaftsbehörde
Vorm.-Ges.	Vormundschaftsgesetz
VormR	Vormundschaftsrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB / Z.G.B. / ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907; Inkrafttr. 1.1.1912
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

III. Literaturverzeichnis

BAUMGARTNER, PAUL (Hrsg.): Heinrich Pestalozzi. Werke in acht Bänden. Gedenkausgabe zu seinem zweihundertsten Geburtstage, Bd. 4: Schriften 1765-1783, Erlenbach/ZH 1945

BRAUNEDER, WILHELM: Europäische Privatrechtsgeschichte, Wien u.a. 2014

BURCKHARDT, WALTER: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 1. Aufl., Bern 1905 (2. Aufl. 1914, 3. Aufl. 1931)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930
(zit. Egger II)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht. Dritte Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360-456, 2. Aufl., Zürich 1948
(zit. Egger II)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht. Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251, 2. Aufl., Zürich 1936
(zit. Egger II)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht. Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252-359, 2. Aufl., Zürich 1943
(zit. Egger II)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Familienrecht, 1. Aufl., Zürich 1914
(zit. EGGER I)

EGGER, AUGUST et al. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung und Personenrecht, 1. Aufl., Zürich 1911
(zit. EGGER I)

EISENHARDT, ULRICH: Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2013

FEDER, GOTTFRIED: Das Programm der N.S.D.A.P. und seine weltanschaulichen Grundgedanken, 166.-169. Aufl., München 1935

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1. Aufl., Giessen 1801

GIERKE, OTTO VON: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889
(zit. GIERKE, Entwurf)

GIERKE, OTTO VON: Deutsches Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
(zit. GIERKE, Deutsches Privatrecht I)

GIERKE, OTTO VON: Deutsches Privatrecht, Vierter Band: Familienrecht. Aus dem Nachlaß herausgegeben von KROESCHELL, KARL / NEHLSEN-VON STRYK, KARIN, Berlin 2010
(zit. GIERKE, Deutsches Privatrecht IV)

GIERKE, OTTO VON: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag, gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin 1889
(zit. GIERKE, soziale Aufgabe)

HELLMER, JOACHIM: Erziehung und Strafe. Zugleich ein Beitrag zur jugendstrafrechtlichen Zumessungslehre, Berlin 1957

HOFER, SIBYLLE / HRUBESCH-MILLAUER, STEPHANIE: Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Bern 2012

HOFER, SIBYLLE: Art. 27 ZGB – die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2008, S. 58 ff.
(zit. HOFER, Lücke)

HOFER, SIBYLLE: Die prinzipielle Konzeption des ZGB. Warum es sich auch heute noch lohnt, Hubers Erläuterungen zu lesen, in: HURNI, CHRISTOPH / REBER, MARKUS (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Materialien zum Zivilgesetzbuch: Das Memorial von Eugen Huber. Die Teil- und Departementalentwürfe. Botschaft zur Einführung der Rechtseinheit, Bern 2009, S. 9 ff.
(zit. HOFER, Konzeption)

HOFER, SIBYLLE: Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Habil., Tübingen 2001
(zit. HOFER, Freiheit)

HUBER, EUGEN: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Erster Band, Basel 1886
(zit. HUBER, SPR I)

HUBER, EUGEN: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Vierter Band, Basel 1893
(zit. HUBER, SPR IV)

HUBER, EUGEN: Über soziale Gesinnung (Separatdruck aus dem Politischen Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft), Bern 1912
(zit. HUBER, soziale Gesinnung)

HUBER, EUGEN: Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts. Gehalten im Großratssaale in Bern, im Winter 1910-1911, Bern 1911
(zit. HUBER, Vortrag <Vortragstitel>)

HUG, WALTHER (Hrsg.): August Egger. Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Erster Band: Beiträge zur Grundlegung des Privatrechts, Zürich 1957
(zit. HUG, Schriften I)

HUG, WALTHER (Hrsg.): August Egger. Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Zweiter Band: Beiträge zum Privat- und Handelsrecht, Zürich 1957
(zit. HUG, Schriften II)

HUG, WALTHER: August Egger und das schweizerische Recht, Zürich 1956
(zit. HUG, Egger)

KROESCHELL, KARL: Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen 1992

MEDER, STEPHAN: Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Stuttgart 2014

MÖSSMER, FERDINAND: Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes. Vorschlag, vorgelegt von dem Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1936

PLOETZ, ALFRED: Ziele und Aufgaben der Rassenhygiene. Referat, erstattet auf der XXXV. Tagung des Deutschen Vereins für öffentliche Gesundheitspflege zu Elberfeld, Braunschweig 1911

REBER, MARKUS / HURNI, CHRISTOPH (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II: Materialien zum Zivilgesetzbuch: Die Erläuterungen von Eugen Huber. Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007
(zit. BeK II)

REBER, MARKUS / HURNI, CHRISTOPH / SCHWIZER, LUKAS (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. III: Materialien zum Zivilgesetzbuch: Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901-1903. Redigierter Vorentwurf von 1903. Botschaft und Entwurf des Bundesrats von 1904, Bern 2013
(zit. BeK III)

REPGEN, TILMAN: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Habil., Tübingen 2001

RIBBERT, HUGO: Rassenhygiene. Eine gemeinverständliche Darstellung, Bonn 1910

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, Berlin 1844
(zit. SAVIGNY, Reform)

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840
(zit. SAVIGNY, System)

SCHLEGELBERGER, FRANZ: Abschied vom BGB. Vortrag, gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937, Berlin 1937

SCHUBERT, WERNER (Hrsg.): Volksgesetzbuch: Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, in: SCHUBERT, WERNER / SCHMID, WERNER / REGGE, JÜRGEN (Hrsg.): Akademie für Deutsches Recht 1933-1945: Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 1, Berlin u.a. 1988

STADLER, PETER: Pestalozzi, Johann Heinrich, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 9, Basel 2010, S. 635 f.

STAMMEN, THEO / CLASSEN, ALEXANDER (Hrsg.): Karl Marx: Das Manifest der kommunistischen Partei. Kommentierte Studienausgabe, Paderborn 2009

STAMMLER, RUDOLF: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, Bd. V: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin 1897
(zit. STAMMLER, Schuldverhältnisse)

STAMMLER, RUDOLF: Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902
(zit. STAMMLER, Lehre)

WOLFF, CHRISTIAN: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, 2. Aufl., Halle an der Saale 1769

IV. Materialienverzeichnis

Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung (Nationalrat), XV. Jg. (BBl 1905 II, S. 431 ff., 461 ff., 493 ff., 521 ff., 625 ff., 651 ff., 685 ff., 731 ff., 753 ff., 775 ff., 827 ff., 841 ff.; BBl 1905 IV, S. 1244 ff., 1279 ff., 1303 ff., 1417 ff.)
(zit. StenBull NR 1905)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904 (BBl 1904 IV, S. 1 ff. (für den *E-ZGB* vgl. S. 100 ff.); wieder abgedruckt in BeK III, Rn. 11237 ff. (für den *E-ZGB* vgl. S. 1635 ff.))
(zit. Botsch.-ZGB)

Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. November 1879 (BBl 1880 I, S. 149 ff.)
(zit. Botsch.-OR (1883))

Schweizerisches Civilgesetzbuch: *Protokolle* der Verhandlungen der grossen Expertenkommission von 1901-1903 (ohne Ort und Jahr); wieder abgedruckt in BeK III, Rn. 1 ff.
(zit. Prot.)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch: *Erläuterungen zum Vorentwurf* des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erster Band: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., Bern 1914; wieder abgedruckt in BeK II, Rn. 1 ff.
(zit.: Erl. Bd. I)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch: *Erläuterungen zum Vorentwurf* des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweiter Band: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern 1914; wieder abgedruckt in BeK II, Rn. 1284 ff.
(zit.: Erl. Bd. II)

Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements von 1900 zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Zweiter Band: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern 1914, S. 503 ff.; wieder abgedruckt in BeK II, Anhang
(zit. VE-ZGB)

Einleitung

Steht der Jurist vor einer ihm unklaren Frage des materiellen Zivilrechts, greift er regelmässig nicht nur zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) bzw. seinem separaten fünften Teil, dem Obligationenrecht (OR), sondern auch zu einem entsprechenden Gesetzeskommentar. Während Gesetze wie das ZGB bzw. das OR generell-abstrakte Regelungen in Form systematisch angeordneter, knapp gehaltener Rechtsnormen statuieren, führt ein Gesetzeskommentar diese Rechtsnormen unter Verwertung der einschlägigen Literatur und Judikatur näher aus. Das Spektrum reicht dabei von handlichen Kurzkommentaren, die primär auf die Bedürfnisse praktisch tätiger Juristen zugeschnitten sind, bis zu Kommentaren, die hinsichtlich Dogmatik und Inhalt der Rechtsnormen sowie ihrer Anwendung in der Gerichtspraxis ein umfassendes Bild zu vermitteln versuchen. Eine entscheidende Gemeinsamkeit teilen dabei sämtliche aktuellen Kommentarwerke betreffend das ZGB und OR: Es sind *Sammelwerke*. Für die verschiedenen Gesetzesteile (geschweige denn für diese Gesetze als Ganzes) existiert also kein Kommentar, der von einer einzigen Person verfasst wurde. Die Gründe dafür lassen sich auf verschiedenen Ebenen vermuten: Ein Grund dürfte in der Komplexität der Rechtsmaterie zu suchen sein, welche auf der Seite potentieller Autoren zwangsläufig zu einem hohen Spezialisierungsgrad führt. Naheliegend erscheinen aber vor allem auch praktische Erwägungen: Kommentieren mehrere Personen je unterschiedliche Normen(komplexe), kann in verhältnismässig kurzer Zeit ein Gesamtwerk entstehen. Bisweilen geht solchen Kommentaren jedoch die Homogenität ab, was dem Leser die Gewinnung eines einheitlichen Blickes auf die grossen Linien, die ein Gesetz durchziehen, erschwert. Damit einher geht, dass es sich für den Leser u.U. als unmöglich erweisen kann, die einzelnen Autoren hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Rechtsvorstellungen zu verorten.

Vor diesem Hintergrund stellt das Kommentarwerk des *August Egger* (* 27.6.1875 in Waldkirch/SG, † 16.12.1954 in Zürich) – zumindest aus heutiger Sicht[1] – eine Besonderheit in der Landschaft der Gesetzeskommentare dar. August Egger wurde im Jahr 1904 als ausserordentlicher Professor auf den damals neugeschaffenen Lehrstuhl für Zivilrecht an die Universität Zürich berufen und amtete dort sodann von 1905-1944 als ordentlicher Professor.[2] In jeweils zwei Auflagen kommentierte Egger das gesamte *Personen-* und *Familienrecht* des ZGB. Das ZGB wurde am 10. Dezember 1907 von der Bundesversammlung verabschiedet und trat am 1. Januar 1912 in Kraft. Mit diesem Gesetz gelangte die Schweiz erstmals in ihrer Geschichte zu einer landesweit

---

[1] Keineswegs war Egger zu seiner Zeit nämlich der einzige Jurist, welcher Teile bzw. Abteilungen des ZGB als Alleinautor – als *Kommentator* – erläuterte. Erinnert sei namentlich an die Kommentare der ersten Stunde von CARL WIELAND zum Sachenrecht (1909), ARNOLD ESCHER zum Erbrecht (1912), MAX GMÜR zum Eherecht (1914), HUGO OSER zum Obligationenrecht AT/BT (1915), JOSEPH KAUFMANN zum Vormundschaftsrecht (1918).

[2] Vgl. HUG, Egger, S. 11, 17, 26, 28.

einheitlichen Zivilrechtskodifikation – wobei diese, freilich mit diversen Änderungen, noch immer gilt. Die *Erstauflage* von Eggers Personenrechtskommentar erschien im Jahr 1911; jene des Familienrechtskommentars im Jahr 1914[3]. Die *Zweitauflage* des Personenrechtskommentars, dem Egger nun auch die Kommentierung des Einleitungstitels (Art. 1-10 ZGB) voranstellte, erschien 1930[4]. Das Familienrecht handelte Egger in der Zweitauflage in drei Teilbänden ab: Der Kommentar zum *Eherecht* erschien 1936[5], jener zur *Verwandtschaft* 1943[6] und jener zur *Vormundschaft* 1948[7]. Noch heute trifft man in Gesetzeskommentaren, Lehrbüchern und Urteilen nicht selten Verweise auf Stellen in Eggers Kommentaren an.

Freilich erfuhr Eggers Kommentarwerk in der Wissenschaft allgemeine Würdigungen[8]; auch existieren Rezensionen bzw. Literaturanzeigen[9]. Den Aufwand, diese umfassendste und damit herausragendste wissenschaftliche Leistung August Eggers einer möglichst *vollständigen inhaltlichen Untersuchung* zu unterziehen, hat hingegen noch niemand unternommen. Dieser Mangel wird nun behoben: Die vorliegende Arbeit untersucht – mit Fokus auf die natürlichen Personen – Eggers Kommentare zum Personen- und Familienrecht auf die Frage hin, mit welchen Überlegungen Egger die Rechtsnormen dieser Gesetzesteile legitimierte bzw. worin Egger den zentralen Gehalt derselben erblickte. Alles andere ist ausdrücklich *nicht* Gegenstand der Arbeit.[10] Die gewonnenen Erkenntnisse werden dem Leser in einem in sich geschlossenen System vorgestellt. Dabei war es mir ein grosses Anliegen, Eggers Gedanken direkt im Fliesstext abzubilden. Letzterer ist daher weitgehend von Informationen befreit, welche Eggers Grundposition lediglich konkretisieren und damit nicht unmittelbar zum Verständnis von Eggers konzeptionellen Vorstellungen beitragen. Da eine Vorenthaltung dieser Informationen aber eine nicht hinnehmbare Unvollständigkeit

---

[3] In Lieferungen ab 1912.

[4] In Lieferungen ab 1927.

[5] In Lieferungen ab 1933.

[6] In Lieferungen von 1936/7 sowie ab 1941.

[7] In Lieferungen ab 1944.

[8] Vgl. HUG, Egger, S. 43 ff.; DERS., August Egger 1875-1954, in: ZSR 1956, S. 113 ff.; EICHHOLZER, EDUARD: Ein Kämpfer für volksnahes Recht. August Egger, in: Gewerkschaftliche Rundschau 1967, S. 274 ff.; MERZ, HANS, in: MERZ, HANS et al. (Hrsg.): Juristengenerationen und ihr Zeitgeist. Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten. Zum 200jährigen Bestehen des Verlages Schulthess, Zürich 1991, S. 249 ff.; OFTINGER, KARL: Professor August Egger, in: SJZ 1955, S. 15 f.

[9] Zum *PersR-Komm.* etwa: SJZ 1910/11, S. 200; ZSR 1911, S. 147 ff.; ZSR 1914, S. 140 ff.; SJZ 1927/28, S. 239; ZBJV 1928, S. 18 f.; ZBJV 1929, S. 32 f.; ZBJV 1930, S. 262 ff.; zum *FamR-Komm.* etwa: SJZ 1911/12, S. 197; ZSR 1912, S. 136 f.; ZSR 1913, S. 134 f.; SJZ 1914/15, S. 12; ZBJV 1935, S. 73 ff.; SJZ 1936/37, S. 350 f.; ZBJV 1937, S. 384 f.; SJZ 1942/43, S. 267 f.; ZBJV 1943, S. 303 f.; SJZ 1944, S. 226; SJZ 1946, S. 127, 261 f.; SJZ 1947, S. 194 f.; SJZ 1948, S. 247; SJZ 1949, S. 14 f.; ZBJV 1949, S. 411 ff.

[10] Vergeblich suchen wird der Leser daher spezifische Ausführungen zu Eggers Lebensweg, zu seinen politischen und religiösen Ansichten (vgl. aber jeweils hierzu HUG, Egger, insbes. S. 11 ff., 17 ff.; EICHHOLZER (wie Fn. 8)) sowie zu seiner zeitgeschichtlichen Einordnung. Verzeichnisse von *Eggers Veröffentlichungen* finden sich bei HUG, Schriften II, S. 279 ff., sowie in: Der Schutz der Familie. Festgabe für August Egger *(ohne Hrsg.)*, Zürich 1945, S. 397 ff. – wo ab S. 403 zudem ein Verzeichnis von Dissertationen, die unter Eggers Leitung entstanden sind, folgt.

bedeutet hätte, wird der Leser auf die zahlreichen Fussnoten verwiesen. Die Lektüre der Arbeit soll sich möglichst bequem gestalten – ohne jede Notwendigkeit zum Rückgriff auf das Gesetz selbst bzw. auf Eggers Kommentare. Dies ist mithin der Grund, weshalb jede einzelne in der Arbeit besprochene Norm zitiert wird; stets auch ergänzt um Hinweise in der jeweiligen Fussnote zur entsprechenden Regelung des Vorentwurfs zum ZGB von 1900 sowie des bundesrätlichen Entwurfs zum ZGB von 1904. Letztere Ergänzungen erfolgen im Hinblick darauf, dass Eggers Vorstellungen, soweit dies möglich erschien, mit den Positionen des Verfassers des ZGB – Eugen Huber – abgeglichen werden. Entsprechend hoffe ich, mit der vorliegenden Arbeit eine in jedem Sinne leicht zugängliche Darstellung sowohl der Rechtslage gemäss der Urfassung des ZGB als auch eine Perpetuierung der Gedanken Eggers (und Hubers) im wissenschaftlichen Gedächtnis zu erreichen. Ganz besonders soll die Arbeit der Absicht Eggers, sich bei der Kommentierung von den „tragenden Ideen" des ZGB leiten zu lassen, Ausdruck verleihen:[11] Da Egger in „Person und Familie die Grundlage der ganzen Privatrechtsordnung" verortete, manifestierten sich diese „tragenden Ideen" s.E. im Bereich des Personen- und Familienrechts zwangsläufig in besonderer Deutlichkeit.[12] Zu dieser Vorstellung passt, dass Egger in der Systematik des ZGB ein „Werturteil" des Gesetzgebers erblickte – regelt dieses Gesetz doch (eingerahmt vom Einleitungs- und vom Schlusstitel) im ersten Teil das *Personenrecht*, im zweiten das *Familienrecht*, im dritten das *Erbrecht*, im vierten das *Sachenrecht* und separat im fünften Teil das *Obligationenrecht*.[13]

Bereits in der Erstauflage wies Egger auf seine von ihm selbst als *„kritische Methode"*[14] bezeichnete Vorgehensweise bei der Abfassung des Kommentars hin:[15] Egger ging es keineswegs darum, eine „mehr oder weniger vollständige Sammlung von Lösungen der Einzelfragen" abzugeben, etwa um dem Leser „das eigene Nachdenken" zu ersparen.[16] Stattdessen betrachtete es Egger als seine Aufgabe, den „grundsätzlichen Gehalt" – die „leitenden Prinzipien" – des ZGB „zu möglichst eindringlicher Darstellung zu bringen".[17] In der Erstauflage rechtfertigte sich dieses Vorhaben für Egger umso mehr, da er die damals noch sehr junge Kodifikation „propagieren, sie im Rechtsbewußtsein der Richter, der Verwaltungsbeamten, der Rechtsanwälte und der weitesten Kreise lebendig und fruchtbar werden" lassen wollte.[18] Aber auch noch in der Zweitauflage stellte Egger klar, sein Kommentar strebe nicht nach „irgend einer

---

[11] Vgl. EGGER II, S. X PersR-Komm.

[12] EGGER I, S. XX Einführung PersR-Komm., vgl. auch Vorbem. 2 PersR.

[13] EGGER II, Rn. 31 Allg. Einl. PersR-Komm.; Fn. 12; vgl. sodann die Aussage Hubers im Text zu Fn. 459; Erl. Bd. I, S. 21 f. (= BeK II, Rn. 56); StenBull NR 1905, S. 438 ff.

[14] Vgl. dazu auch HUG, Egger, S. 47, mit der Feststellung, Egger habe die von ihm so genannte kritische Methode „nie umfassend dargelegt, sondern nur kurz umrissen und mehr nur angedeutet".

[15] EGGER I, S. VI FamR-Komm.; EGGER II, Rn. 29 Allg. Einl. PersR-Komm.

[16] EGGER I, S. V FamR-Komm.

[17] EGGER I, S. V f. FamR-Komm., S. XXX ff. Einführung PersR-Komm., vgl. auch Vorbem. zu Art. 27-30; EGGER II, S. XI EheR-Komm., S. IX VerwR-Komm.

[18] EGGER I, S. V FamR-Komm.

Vollständigkeit", namentlich nicht nach Lückenlosigkeit hinsichtlich der Verarbeitung der seit der Erstauflage ergangenen Rechtsprechung.[19] Vielmehr sollten für Praxis, Wissenschaft und Studium „geradewegs und ohne alle Seitenblicke die leitenden Gedanken des ZGB. zu neuer und möglichst eindringlicher Darstellung" gebracht werden.[20] Dabei ging es Egger um nichts Geringeres als um eine „Rechenschaftsablegung über die Grundideen dieser Rechtsordnung und über deren Bedeutung, Funktion, Tragweite".[21] Dieses Vorhaben betrachtete Egger schon deshalb als nötig, weil er in Zivilrechtskodifikationen die inhärente Gefahr einer „übermächtige[n] Autorität" erblickte, die eine fruchtbare, lebensnahe sowie zeitgemässe Wissenschaft und Rechtsprechung potentiell erschwere.[22]

Bei aller Grundsätzlichkeit wollte Egger jedoch auch zu den „Einzelfragen vordringen, die das Rechtsleben aufgeworfen hat" – und hierbei nötigenfalls „dem Rechtsleben die Regeln unterbreiten, die er als Gesetzgeber aufstellen würde".[23] Denn Egger begriff das Recht als „ewige Aufgegebenheit", und er betonte daher die s.E. bestehende Pflicht eines Kommentators zur Gesetzesauslegung und -ergänzung.[24] Als zwingende Voraussetzung für diese Rechtsfortbildung qualifizierte Egger das Bewusstsein für die Grundlagen – eben die „tragenden Ideen" – des Rechts. Aus diesem Grund kündigte Egger in den einleitenden Bemerkungen seiner Kommentare jeweils auch vergleichende Blicke auf frühere Rechte sowie die Rechte der Nachbarländer an.[25]

Insgesamt war Eggers Schaffen massgeblich vom Umstand geprägt, dass Egger ein Schüler und Doktorand des *Eugen Huber* (* 13.7.1849 in Oberstammheim/ZH, † 23.4.1923 in Bern) war. Huber amtete von 1892-1922 als ordentlicher Professor für schweizerisches Privatrecht an der Universität Bern – und gilt als „Schöpfer"[26] des ZGB. In seinem vierbändigen Werk „System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes", welches zwischen 1886 und 1893 erschien, hatte Huber die (zur damaligen Zeit noch kantonalen) Privatrechte in vergleichender Sicht dargestellt (Bde. I-III) sowie ihre Geschichte aufgezeigt (Bd. IV).[27] Noch vor Abschluss des letzten Bandes hatte Huber vom Bundesrat den Auftrag erhalten, einen Vorentwurf zum ZGB auszuarbeiten. Nebst der Redaktion aller Entwurfsfassungen zum ZGB – Bekanntheit geniessen noch heute einerseits der *Vorentwurf* zum ZGB von 1900 und die Gesamtausgabe der dazugehörigen *Erläuterungen* von 1902[28] (die nach Hubers

---

[19] EGGER II, S. IX PersR-Komm.
[20] EGGER II, S. IX PersR-Komm., vgl. auch S. XI EheR-Komm., S. IX VerwR-Komm.
[21] EGGER II, S. IX PersR-Komm., vgl. auch S. IX f. VerwR-Komm., S. X VormR-Komm.
[22] EGGER I, S. XXX Einführung PersR-Komm.
[23] EGGER II, S. XI EheR-Komm.
[24] EGGER II, S. X PersR-Komm., S. XI EheR-Komm.; EGGER I, S. VI FamR-Komm.
[25] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, S. V f. FamR-Komm., S. XXX f. Einführung PersR-Komm.; EGGER II, S. X PersR-Komm., S. IX VerwR-Komm.
[26] Vgl. nur EGGER I, S. XV Einführung PersR-Komm.
[27] Vgl. EGGER I, S. XIV ff. Einführung PersR-Komm.; EGGER II, Rn. 20 ff. Allg. Einl. PersR-Komm.
[28] Bzw. die neue Ausgabe derselben von 1914.

Ansicht „‚Kommentar‘, ‚Motive‘ und zugleich ‚Material‘, mit dem die Bauleute an der Gesetzgebung weiter arbeiten werden“[29], darstellen sollten) sowie andererseits der *bundesrätliche Entwurf* zum ZGB von 1904 und die dazugehörige, von Huber selbst verfasste[30] *Botschaft* – war Huber auch über alle Stadien hinweg in massgeblicher Stellung an den Gesetzesberatungen beteiligt gewesen.[31]

Egger hob in seinem Kommentarwerk lobend hervor, Huber sei bei der Abfassung des ZGB der *historisch-kritischen Gesetzgebungsmethode* gefolgt.[32] Er habe für das ZGB also nicht originär neues Recht geschaffen oder fremdes Recht übernommen, sondern sich am Fundus der geschichtlich gewachsenen kantonalen Privatrechte – an den „eingelebten, organisch gewordenen Rechtsvorstellungen“ – bedient, um daraus Prinzipien für das neue Recht zu gewinnen bzw. eine zeitgemässe Weiterentwicklung dieser Rechte vorzunehmen.[33] Diese *historische Methode* Hubers betrachtete Egger als die einzig richtige, weil ein Kodifikator s.E. „nicht der Herr, sondern der Diener“ des Rechts sei; „er spricht die Rechtsgedanken nur aus, er erzeugt sie nicht“ – „sie sind schon vorhanden, vor ihm, unabhängig von ihm“.[34] Entsprechend verwies Egger wiederholt auf folgende Aussage Hubers:[35]

> „Grosse Gedanken, allgemeine Wahrheiten liegen unserer Rechtsüberzeugung bewusst oder unbewusst zu Grunde, und der Gesetzgeber vermag durch nichts den Eindruck seines Werkes mehr zu vertiefen und zu befestigen, als wenn es ihm gelingt, in seiner Redaktion auch solchen Grundsätzen Ausdruck zu geben.“[36]

Diese historische Herangehensweise an die Kodifizierung hatte Huber, so Egger, mit der *kritischen Methode* verbunden: Die verschiedenen kantonalen Rechte seien von Huber einer *„Bewertung und Auswahl“* unterzogen worden.[37] Denn das Ziel der Rechtsvereinheitlichung habe nicht in einer „Verewigung des Überkommenen“ – in der Schaffung einer „Sammlung von Rechtsaltertümern“ – gelegen.[38] Vielmehr habe es gegolten, die *überlieferten Rechtsinstitute* auf ihre *„beste Eignung für die Gegenwartsaufgaben des Rechtes“* hin auszuwählen.[39] Dabei betonte Egger, Huber habe die Einheit des Privatrechts nicht auf Kosten der Vielheit der in den kantonalen Rechten verbreiteten Institute erreicht, sondern die „lebensfähig[en]“ Reichtümer derselben ins ZGB übernommen – und zwar auch dann, wenn sie (wie beispielsweise die

---

[29] Erl. Bd. I, S. 1 (= BeK II, Rn. 8).
[30] Vgl. BeK III, S. VII.
[31] Vgl. zum Ganzen: wie Fn. 27.
[32] Vgl. EGGER II, Rn. 8 ff. i.V.m. Rn. 28 ff., 35, 37 Allg. Einl. PersR-Komm.
[33] EGGER I, S. XVIII ff., S. XXII Einführung PersR-Komm.; vgl. auch EGGER II, Rn. 19, 21, 29 f., 35 f. Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 2 ff., 5 ff. (= BeK II, Rn. 10 ff., 28 ff.); StenBull NR 1905, S. 438 ff.
[34] EGGER II, Rn. 29 Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 2 (= BeK II, Rn. 10); StenBull NR 1905, S. 438 ff.
[35] Vgl. nur EGGER I, Vorbem. 3 PersR; EGGER II, S. XI EheR-Komm., S. IX VerwR-Komm.
[36] Erl. Bd. I, S. 9 (= BeK II, Rn. 34) und konkret S. 25 ff. (= BeK II, Rn. 64 ff.).
[37] EGGER II, Rn. 37 i.V.m. Rn. 8, 21 Allg. Einl. PersR-Komm.
[38] EGGER II, Rn. 37 Allg. Einl. PersR-Komm.
[39] EGGER II, Rn. 21, 37 Allg. Einl. PersR-Komm.; EGGER I, S. XXI f. Einführung PersR-Komm.

Adoption) in nur wenigen Kantonen verbreitet gewesen seien.[40] Huber habe also die in den einzelnen Landesgebieten eingelebten Institute bewahrt, wenn sie „eine Berechtigung haben oder geeignet sind, vorhandenen Bedürfnissen zu dienen".[41] Hierin erblickte Egger die *materielle Seite* der kritischen Methode Hubers. Die *formale Seite* der Letzteren lag für Egger in „System und Technik" des ZGB:[42] Wie schon erwähnt, nahm Egger bei der *systematischen Anordnung* der fünf Gesetzesteile des ZGB eine „bewusst[e] Wertordnung" Hubers an. *Technisch* zeichnete sich das ZGB für Egger durch eine „einfache, klare, kräftige", „gemeinverständlich[e]" und juristisch untechnische Sprache aus.[43] Auch betrachtete Egger es als Vorteil, dass das ZGB über keinen Allgemeinen Teil verfügt, zumal auf diese Weise die einschlägigen Regelungen direkt bei jenem Rechtsinstitut statuiert werden könnten, mit welchem sie am engsten zusammenhingen.[44] Ganz besonders hob Egger aber hervor, dass das ZGB mit der grösstmöglichen Grundsätzlichkeit und Kürze in Erscheinung trete: Es verliere sich nicht in der Kasuistik und ziele nicht auf eine möglichste Vollständigkeit ab, sondern beschränke sich in kurzer und knapper Form auf eine eindringliche Darstellung der leitenden Prinzipien – es stelle lediglich die *Regeln* auf und überlasse die entsprechenden *Ausnahmen* dem Richter.[45] Diesen Umstand begrüsste Egger deshalb, weil s.E. schon die „textliche Festlegung" des Rechts „eine Immobilisierung [bedeutet], eine Erstarrung, die im Widerspruch steht zu der ewigen Wachheit des Rechtsbewußseins".[46] Jede Positivierung des Rechts bildete für Egger daher von vornherein nur „Stückwerk".[47] Dass schon Huber diese Ansicht vertreten haben musste, widerspiegelte sich für Egger bereits aus dem in Art. 1 ZGB[48] hervortretenden Bekenntnis des Gesetzes zu seiner eigenen *Lückenhaftigkeit* – verbunden mit dem Verweis des Richters auf das Gewohnheitsrecht sowie der Statuierung einer Regel für die richterliche Rechtsfindung.[49] Insofern sprach Egger von einer „Selbstbeschränkung" bzw. „Selbstbescheidung" des Gesetzgebers auf das Wesentliche.[50]

---

[40] EGGER I, S. XXII Einführung PersR-Komm.; EGGER II, Rn. 21, 35 Allg. Einl. PersR-Komm.

[41] Wie Fn. 40.

[42] EGGER II, Rn. 31 ff. Allg. Einl. PersR-Komm.

[43] EGGER II, S. XI PersR-Komm., Rn. 32 Allg. Einl. PersR-Komm.; EGGER I, S. XV, XVIII, XIX f. Einführung PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 12, 14 ff. (= BeK II, Rn. 38, 43 ff.); StenBull NR 1905, S. 438 ff.

[44] EGGER II, Rn. 31 Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch EGGER I, S. XX Einführung PersR-Komm.; Erl. Bd. I, S. 22 ff. (= BeK II, Rn. 57 ff.); StenBull NR 1905, S. 438 ff.

[45] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, S. V FamR-Komm., S. XVIII ff. Einführung PersR-Komm.; EGGER II, Rn. 8, 29 ff. Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. VI f., S. 8 ff. (= BeK II, Rn. 32 ff.); StenBull NR 1905, S. 438 ff.

[46] EGGER II, Rn. 29 Allg. Einl. PersR-Komm.

[47] Wie Fn. 46.

[48] Art. 1 ZGB lautete: „(1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. (2) Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. (3) Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

[49] Vgl. EGGER II, Rn. 32 f. Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 36 ff. (= BeK II, Rn. 84 ff.); StenBull NR 1905, S. 438 ff.

[50] Vgl. EGGER I, S. V FamR-Komm.; EGGER II, Rn. 8 Allg. Einl. PersR-Komm.

Ebendieser Selbstbeschränkung hatte sich auch Egger für sein Kommentarwerk verschrieben – und damit schliesst sich auch der Kreis zur vorliegenden Arbeit.[51]
Aufgebaut ist diese Arbeit wie folgt: Im Anschluss an die Einleitung folgt der erste Teil (A), welcher sich dem Personenrecht zuwendet. Er geht den Fragen nach, was Egger unter dem Begriff „Persönlichkeit" verstand und wie das ZGB nach Eggers Ansicht den Schutz der „Persönlichkeit" ausgestaltete. Der zweite Teil der Arbeit (B), der sich dem Familienrecht annimmt, legt Eggers Positionen hinsichtlich der zentralen Regelungen des Ehe-, Verwandtschafts- und Vormundschaftsrechts frei. Abgeschlossen wird die Arbeit von einer Gesamtwürdigung.
Die Arbeit ist in der *Vergangenheitsform* verfasst, wobei zwecks Vermeidung von Anachronismen jeweils vom „ZGB" – und nicht von „alt ZGB" – die Rede ist. Gemeint ist stets die *Gesetzesfassung von 1912*. Diese Bezeichnung beugt u.a. Missverständnissen bei Zitaten vor, in denen auf Gesetzesnormen Bezug genommen wird. Das Gesagte gilt sinngemäss für das Obligationenrecht (OR i.d.F. von 1912, sofern nicht anders vermerkt), für die Bundesverfassung (BV i.d.F. von 1874), für das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB i.d.F. von 1942) sowie für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (dBGB i.d.F. von 1900). Auf das heute geltende Recht wird *nicht* eingegangen – es erfolgt daher auch kein Hinweis für den Fall, dass eine in der Arbeit diskutierte Gesetzesbestimmung noch heute unverändert in Kraft stehen sollte. Betont sei lediglich, dass die oben genannte systematische Reihenfolge der einzelnen Gesetzesteile des ZGB nie geändert worden ist.
Betreffend die in dieser Arbeit gemachten *Hervorhebungen* bei wörtlichen Zitaten sei klargestellt, dass diese nicht (zwingend) mit den Originalquellen übereinstimmen. Der Grund dafür liegt darin, dass in den Letzteren teils Stellen hervorgehoben sind, die in der vorliegenden Arbeit keiner Hervorhebung bedürfen – das Belassen der Hervorhebungen könnte für den Leser der Arbeit gar irritierend wirken –, oder aber Stellen nicht hervorgehoben sind, die mir für die vorliegende Arbeit hervorhebungswürdig erschienen. Auf die Kennzeichnung, dass eine Hervorhebung durch mich erfolgt sei; dass sich eine Hervorhebung schon im Original finde oder aber dass ich sie unterdrückt habe, wird im Interesse der Übersichtlichkeit der Fussnoten verzichtet.

[51] Vgl. EGGER I, S. V f. FamR-Komm.; vgl. auch EGGER II, S. XI EheR-Komm.

A. Personenrecht: Die „Persönlichkeit“ und ihr Schutz

„Das Personenrecht“, Art. 11-89 ZGB, bildete den ersten Gesetzesteil des ZGB. Dessen erster Titel, Art. 11-51 ZGB, beinhaltete Regelungen zu den *natürlichen Personen*; der zweite Titel, Art. 52-89 ZGB, zu den *juristischen Personen*[52]. In mehreren dieser Normen findet sich der Begriff „Persönlichkeit“. So trug etwa der erste Gesetzesabschnitt, Art. 11-38 ZGB, die Überschrift „das Recht der Persönlichkeit“. Darin enthalten waren insbesondere Regelungen zur Rechts- und Handlungsfähigkeit, Art. 11 ff. ZGB; zum „Schutz der Persönlichkeit“, Art. 27 ff. ZGB; sowie zum „Anfang und Ende der Persönlichkeit“, Art. 31 ff. ZGB. Obschon das ZGB der „Persönlichkeit“ damit offenkundig eine zentrale Bedeutung zumass, definierte es diesen Begriff nicht. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung bildet deshalb die Frage, was Egger darunter verstand.

1. „Persönlichkeit“ als Rechtsfähigkeit

1.1 Allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit, Art. 11 ZGB

Im Sinne eines *engen Persönlichkeitsverständnisses*[53] bildeten die Begriffe „Persönlichkeit“ und „Rechtsfähigkeit“ für Egger – sowohl bei natürlichen als auch juristischen[54] Personen – Synonyme:

> „Wer rechtsfähig ist, ist Person. Rechtssubjekt und Person sind identische Begriffe. […] Aber inhaltlich werden Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Person sein, einander gleichgestellt […].“[55]

Diese *Gleichsetzung* von *„Persönlichkeit“* und *„Rechtsfähigkeit“* ergab sich teils auch aus dem Gesetz: Art. 31 Abs. 1 ZGB[56] bestimmte für natürliche Personen, dass „die *Persönlichkeit* mit dem Leben nach der vollendeten Geburt [begann] und mit dem Tode [endete]“, wobei „[das Kind] vor der Geburt unter dem Vorbehalt *rechtsfähig*

---

[52] Zu diesem *Begriff* vgl. EGGER I, Vorbem. 3a jur. Pers.: „Juristische Personen sind diejenigen Wesen, die das Recht außer dem Menschen (‚Einzelperson‘) als Rechtssubjekte anerkennt. Es sind diejenigen rechtlich organisierten menschlichen Verbände, welche eine selbständige, von den beteiligten Personen unterschiedene Wesenseinheit bilden, die als solche rechtsfähig ist […]“; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 ff. Vorbem. jur. Pers. Juristische Personen des Privatrechts waren: *Vereine*, Art. 60 ff. ZGB; *Stiftungen*, Art. 80 ff. ZGB; *Aktiengesellschaften*, Art. 612 ff. OR; *Kommanditaktiengesellschaften*, Art. 676 f. OR; *Genossenschaften*, Art. 678 ff. OR.

[53] Egger betonte, dem ZGB liege nicht dieser enge, sondern der *weite Persönlichkeitsbegriff* (dazu Kapitel 2) zugrunde; vgl. nur EGGER I, Anm. 1 zu Art. 11; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 11.

[54] Zu deren *Rechtsfähigkeit* bestimmte Art. 53 ZGB (materiell übereinstimmend Art. 62 E-ZGB und Art. 71 VE-ZGB), dass sie „aller Rechte und Pflichten fähig [waren], die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung [hatten]“; vgl. auch EGGER I, Anm. 3c zu Art. 52, Anm. 1 zu Art. 53; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 52, Rn. 1 ff., 16 f. zu Art. 53; vgl. schliesslich bei Fn. 52, 160 und für Huber bei Fn. 101.

[55] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 11, vgl. auch Vorbem. 2 ff. PersR, Anm. 1 f. zu Art. 31; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 11, Rn. 2, 3 zu Art. 31.

[56] Art. 32 Abs. 1 E-ZGB und Art. 29 Abs. 1 VE-ZGB sprachen vom „Leben ausserhalb des Mutterschosses“, waren aber ansonsten mit Art. 31 Abs. 1 ZGB identisch.

[war], dass es lebendig geboren [wurde]", Art. 31 Abs. 2 ZGB[57]. Für juristische Personen sah Art. 52 Abs. 1 ZGB[58] im Sinne eines Grundsatzes[59] vor, dass diese „das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister [erlangten]".

Werden die Begriffe „Persönlichkeit" und „Rechtsfähigkeit" somit als Synonyme verstanden, fragt sich, was Egger unter der – vom ZGB ebenfalls nicht definierten – *„Rechtsfähigkeit"* verstand. Egger begriff dieselbe als die *jedem Menschen unveräusserlich* zukommende *Möglichkeit*, *Träger von Rechten und Pflichten* sein zu können.[60] Diese Umschreibung folgerte Egger aus Art. 11 Abs. 1 ZGB[61] – wonach *„jedermann"* (d.h. jeder Mensch[62]) rechtsfähig war – i.V.m. Art. 27 Abs. 1 ZGB[63] – welcher dem Einzelnen gänzliche oder teilweise *Verzichte auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit*[64] *untersagte*.[65] Dass das ZGB damit eine *allgemeine* (i.S.v. jedem Menschen zukommende) *Rechtsfähigkeit* statuierte, stellte für Egger die zwingende Konsequenz seiner Vorstellung dar, dass „dem Menschen die Kräfte der Vernunft und damit der Selbstbestimmung verliehen [sind]", und einem Gesetzgeber s.E. daher die zwingende Aufgabe oblag, jeden Menschen mit Rechtsfähigkeit auszustatten.[66] Die allgemeine Rechtsfähigkeit und ihr Schutz bildete für Egger folglich ein Postulat des *„Persönlichkeitsgedankens"*[67], den er im Personenrecht des ZGB besonders deutlich zum Ausdruck gebracht sah:[68] Egger betonte, der „moderne", „neuzeitliche Individualismus" – verstanden als Wertesystem, bei welchem die „Freiheit des Einzelnen" im Zentrum stand – verlange die „Anerkennung […] der Persönlichkeit in der rechtlichen Gemeinschaft", und damit insbesondere auch ein „Recht der unabhängigen Privatperson, […] ihre Lebensverhältnisse frei und selbständig" zu gestalten.[69] Dafür betrachtete Egger die *allgemeine Rechtsfähigkeit* als *abstrakte* Fähigkeit *jedes* Menschen, *überhaupt* Rechte und Pflichten haben zu können, nicht nur als notwendige Grundlage, sondern auch als *uneinschränkbares Prinzip* des ZGB.[70] – Anderes galt s.E. indes

---

[57] Identisch Art. 32 Abs. 2 E-ZGB und Art. 29 Abs. 2 VE-ZGB.

[58] Wörtlich fast identisch Art. 61 Abs. 1 E-ZGB. Weder Art. 70 Abs. 1 VE-ZGB noch eine sonstige Bestimmung des VE-ZGB nannte das Erfordernis des Handelsregistereintrags – beachte aber Art. 108 f. VE-ZGB.

[59] Keiner Eintragung ins Handelsregister bedurften gemäss Art. 52 Abs. 2 ZGB unter anderem Vereine, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgten, und Familienstiftungen. Vgl. dazu auch Art. 61 Abs. 2 E-ZGB und Fn. 58.

[60] EGGER I, Anm. 1 f. zu Art. 11; EGGER II, Rn. 4, 6 zu Art. 11.

[61] Identisch Art. 13 Abs. 1 E-ZGB und Art. 6 Abs. 1 VE-ZGB.

[62] Vgl. nur Art. 11 Abs. 2 ZGB (zu diesem bei Fn. 71, 72), der von „alle[n] Menschen" sprach.

[63] Zu Art. 27 Abs. 1 ZGB vgl. Kapitel 2.2.1.1.

[64] Zur Handlungsfähigkeit vgl. Kapitel 1.2.

[65] Vgl. EGGER I, Anm. 1 f. zu Art. 11 i.V.m. Anm. II zu Art. 27; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 11 i.V.m. Rn. 12 f. zu Art. 27.

[66] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 11, vgl. auch Rn. 2 f. zu Art. 11; EGGER I, Vorbem. 3 ff. PersR, Anm. 2 zu Art. 11.

[67] Zu diesem Begriff vgl. Kapitel 2.2.1.2.1.1.

[68] EGGER II, S. X PersR-Komm.; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 2 PersR.

[69] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 28, Rn. 1 f. zu Art. 27, Rn. 1 Vorbem. jur. Pers., Rn. 1 Allg. Einl. PersR-Komm.; EGGER I, S. VI, XXI ff. Einführung PersR-Komm., Vorbem. 4 f. PersR, Vorbem. zu Art. 27-30; s. auch Fn. 162.

[70] Vgl. bei Fn. 65.

bezüglich Art. 11 Abs. 2 ZGB[71], welcher bestimmte: „Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben". Der Passus „in den *Schranken der Rechtsordnung*" bezog sich nach Eggers Ansicht (nur) auf die „*gleiche* Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben".[72]
Art. 11 ZGB statuierte nach Eggers Ansicht also nicht nur die unbeschränkbare *allgemeine Rechtsfähigkeit*, sondern auch den Grundsatz, dass jedem Menschen[73] die *gleiche Rechtsfähigkeit* zukomme. Einzig bei diesem Grundsatz anerkannte Egger Möglichkeiten von *Beschränkungen*. Diese Vorstellung Eggers hängt damit zusammen, dass sich die Rechtsfähigkeit s.E. nicht in der abstrakten Fähigkeit, *überhaupt* Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, erschöpfte, sondern sich vielmehr erst in Verbindung mit der Summe von „besonderen rechtlichen Fähigkeiten", von *konkreten „Einzelfähigkeiten"*, ergab.[74] Als solche Einzelfähigkeiten erwähnte Egger etwa die *„Ehefähigkeit"*, die *„Testierfähigkeit"*, die *„Adoptionsfähigkeit"* und die *„Fähigkeit zur Vormundschaftsführung"*.[75] Zwar konnte der Einzelne, wie Egger betonte, aufgrund von Art. 27 Abs. 1 ZGB[76] auch auf diese *Einzelfähigkeiten* nicht verzichten – auch sie standen s.E. jedem „um seiner selbst willen" zu –, doch hielt es Egger für legitim, dass das Gesetz sie nicht jedermann gleichermassen zugestand, sondern von bestimmten Eigenschaften abhängig machte.[77] Egger begründete dies mit der Überlegung, dass die „tatsächlichen Ungleichheiten" (Zweitauflage) bzw. die „natürlichen und die sozialen, d.h. durch das Zusammenleben der Menschen bedingten Unterschiede" (Erstauflage) nach einer abweichenden rechtlichen Behandlung verlangten, zumal eine absolute Gleichbehandlung hier unbefriedigende Ergebnisse hervorrufen würde.[78] In der Zweitauflage[79] argumentierte Egger dabei mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu der in Art. 4 der Bundesverfassung[80] garantierten Rechtsgleichheit: Egger hielt fest, auch im *Privatrecht* sei eine Ungleichbehandlung dann angebracht, wenn dafür „sachliche Gründe" vorlägen – wenn ein „vernünftiger Zusammenhang" zwischen der Ungleichheit und den durch die unterschiedliche rechtliche Behandlung resultierenden Rechtsfolgen bestehe.[81] Als solchen sachlichen

---

[71] Identisch, aber ohne das Wort „demgemäss" zu verwenden: Art. 13 Abs. 2 E-ZGB, Art. 6 Abs. 2 VE-ZGB.
[72] EGGER I, Anm. 3 f. zu Art. 11; EGGER II, Rn. 7, 9 ff. zu Art. 11.
[73] Abw. für die juristischen Personen, vgl. bei Fn. 52, 54 und 101.
[74] EGGER I, Anm. II zu Art. 27; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 27.
[75] EGGER I, Anm. II zu Art. 27, Anm. 1 zu Art. 11; vgl. auch EGGER II, Rn. 12 zu Art. 27, Rn. 12 zu Art. 11.
[76] Zu Art. 27 Abs. 1 ZGB vgl. Kapitel 2.2.1.1.
[77] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 27; vgl. auch EGGER I, Anm. II zu Art. 27.
[78] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 11; EGGER I, Anm. 4 zu Art. 11.
[79] In der Erstauflage lässt sich diese Überlegung immerhin implizit erschliessen aus EGGER I, Anm. 3b zu Art. 53. Allerdings ging es dort um die Rechtsgleichheit von juristischen Personen des Privatrechts mit jenen des öffentlichen Rechts. Egger betonte a.a.O., aufgrund des Art. 4 BV „darf somit nicht eine unterschiedliche Behandlung eintreten, die willkürlich wäre".
[80] Art. 4 BV lautete: „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen"; vgl. dazu BURCKHARDT, insbes. S. 78 ff. (1. Aufl.), S. 63 ff. (2. Aufl.), S. 29 ff. (3. Aufl.).
[81] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 11; vgl. auch EGGER I, Anm. 4 zu Art. 11.

Grund, der direkten Einfluss auf die *Rechtsfähigkeit*[82] hatte, begriff Egger neben der *Ehre*[83] das *Alter*. Bereits in der Erstauflage stellte Egger fest, die *Rechtsfähigkeit* werde durch das Alter

> „insofern *berührt*, als bestimmte Rechte *nur durch eigenes Handeln ausgeübt* bezw. erworben werden können und Stellvertretung nicht zulassen. Zur Betätigung der Rechtsfähigkeit nach diesen Richtungen ist die Erlangung der vom Gesetz geforderten *besondern Mündigkeit* erforderlich […], so die Ehemündigkeit Art. 99 [recte: Art. 96][84], die Religionsmündigkeit 277 al. 3[85], die Testiermündigkeit[86] […], die Fähigkeit Vormund zu sein 379 al. 1[87].“[88]

Diese Ansicht legte Egger auch der Zweitauflage zugrunde, in welcher er bemerkte, dass das Alter

> „von Bedeutung [ist] vor allem für die Handlungsfähigkeit […], aber auch für die *Rechtsfähigkeit* […]. Denn diese steht in Frage, wenn der Person *bestimmte Rechte*, welche eine *persönliche Ausübung erfordern*, überhaupt erst nach Erlangung eines bestimmten Alters *zugänglich* sind […].“[89]

Aus beiden zitierten Aussagen ergibt sich, dass nach Eggers Ansicht jene Personen, die ein gesetzliches Erfordernis für die Ausübung eines bestimmten Rechts nicht erfüllten, *deshalb* und *im Hinblick auf dieses Recht* in ihrer Rechtsfähigkeit

---

[82] Wenn Egger jeweils Durchbrechungen der *Rechtsgleichheit* im Hinblick auf das *Geschlecht* erwähnte, so betrafen diese Hinweise *Handlungsmöglichkeiten* und nicht die Rechtsfähigkeit. Egger betonte denn auch schon in EGGER I, Anm. 4a zu Art. 11, „Ungleichheiten mit Rücksicht auf das Geschlecht“ stellten im ZGB – anders als in früheren Rechten – „*nicht* mehr eine *Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts*“ dar (vgl. aber Fn. 1025, 1145), sondern „wollen vielmehr nur den natürlichen und tatsächlichen Ungleichheiten Rechnung tragen und durch eine differenzielle Behandlung erst die wahre Gleichheit schaffen […]“. Als Beispiele nannte Egger u.a. die Wartefrist i.S.v. Art. 103 ZGB (dazu Kapitel B.I.b.2.2.2.1) sowie die Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten i.S.v. Art. 160 f. ZGB (dazu Kapitel B.I.b.3.2.1.1/2). In diesem Sinne auch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 11. Vgl. zum Ganzen sodann Erl. Bd. I, S. 48 (= BeK II, Rn. 100).

[83] Dieser Aspekt war für Egger allerdings von untergeordneter Bedeutung. Konkret konstatierte Egger, dass wenn einer Person die Ehre *gerichtlich aberkannt* worden bzw. deren Minderung – z.B. aufgrund eines entehrenden Verbrechens bzw. unehrenhaften Lebenswandels, vgl. Art. 139 ZGB (dazu Kapitel B.I.b.5.1, B.I.5.2.2) – *unmittelbar eingetreten* sei, diese Person „unfähig zur Übernahme einer Vormundschaft“ werde, vgl. Art. 384 Ziff. 2 ZGB (dazu Kapitel B.III.a.3.1.1.1.1). Eine solche Person verstand Egger m.a.W. in ihrer Rechtsfähigkeit, genauer: in ihrer *Einzelfähigkeit zur Vormundschaftsführung*, beeinträchtigt. Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 4e zu Art. 11, Anm. 2b zu Art. 384; EGGER II, Rn. 16 ff. zu Art. 11, Rn. 6 ff. zu Art. 384; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 48 ff. (= BeK II, Rn. 103) und mit Blick auf den VE-ZGB S. 68 f. (= BeK II, Rn. 157 ff.); HUBER, SPR I, S. 138 f., und gegenteilig SPR IV, S. 287.

[84] Vgl. dazu Kapitel B.I.b.2.1.1.

[85] Vgl. dazu bei Fn. 1771.

[86] Art. 467 ZGB verlangte dafür die Zurücklegung des achtzehnten Altersjahrs. Identisch Art. 474 E-ZGB; wörtlich fast identisch auch Art. 492 VE-ZGB.

[87] Vgl. dazu Kapitel B.III.a.3.1.1.1. Zwar verlangte das ZGB hier kein Mindestalter, dafür aber andere Voraussetzungen, vgl. a.a.O.

[88] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 11, vgl. auch Anm. 1b zu Art. 369.

[89] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 11, vgl. auch Rn. 6 zu Art. 431, Rn. 20 zu Art. 369.

„beeinträchtigt“[90], also beschränkt, waren.[91] Eine solche Beschränkung auf der Ebene der Rechtsfähigkeit nahm Egger allerdings nur dann an, wenn die Ausübung des fraglichen Rechts einem *Stellvertretungsverhältnis* verschlossen blieb – wenn es sich also, in der heutigen Terminologie, um ein „*absolut* höchstpersönliches Recht“[92] handelte, wie beispielsweise dem Recht zur Eheschliessung oder zur Testamentsabfassung.[93] (Nur) in solchen Konstellationen erfuhr der Grundsatz der *gleichen* Rechtsfähigkeit nach Eggers Ansicht also Durchbrechungen.

Seinen Standpunkt hatte Egger von Huber übernommen: Schon bei diesem findet sich im Sinne eines *engen Persönlichkeitsverständnisses*[94] die Gleichsetzung der Begriffe „Persönlichkeit“ und „Rechtsfähigkeit“, wobei auch schon Huber unter der „Rechtsfähigkeit“ die Fähigkeit verstanden hatte, „Subjekt im Rechtsverhältnis“ sein zu können.[95] Ebenfalls war schon Huber von einer *allgemeinen und gleichen Rechtsfähigkeit* aller Menschen ausgegangen, wobei er (nur) *Letztere als nicht absolut* verstanden hatte.[96] So hatte Huber bereits in seinem Werk „System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes“[97] bemerkt, „*Unterschiede*“ bei der Rechtsfähigkeit

> „dürfen gegenüber dem Grundsatze der bürgerlichen *Gleichheit*, welchen die Bundesverfassung in Art. 4[98] für die ganze Eidgenossenschaft aufstellt, nur in so fern gemacht werden, als sie sich aus *Umständen* ergeben, die für das betreffende Rechtsinstitut selber nach der *Natur der Sache von Bedeutung* sind; daraus begründen sich die Verschiedenheiten *im Umfange* der *Rechtsfähigkeit* je nach dem Alter, dem Geschlechte u.a.m.“.[99]

Huber hatte hier von Unterschieden bei der *Gleichheit der Rechtsfähigkeit* gesprochen, wobei er von einem verschiedenen „*Umfang*“ der Rechtsfähigkeit ausgegangen war. Was er mit diesem Bild genau gemeint hatte, zeigt sich illustrativ bei seinen Ausführungen in den *Erläuterungen*[100] zum VE-ZGB im Zusammenhang mit der Rechtsfähigkeit *juristischer Personen*, die „nur im *Umfang, nicht im Wesen* […] eine andere“ sei als bei natürlichen Personen:[101]

---

[90] So explizit EGGER I, Anm. 4e zu Art. 11; vgl. implizit auch EGGER II, Rn. 15 f. zu Art. 11.

[91] Entsprechend konstatierte Egger auch: „Der Urteils*un*fähige erleidet eine *Einbuße an Rechtsfähigkeit*. Versagt bleiben ihm die Rechte, die infolge ihres absolut persönlichen Charakters eine Stellvertretung nicht zulassen […]“; EGGER II, Rn. 24 zu Art. 407 und Kapitel 1.2 a.E.

[92] Vgl. statt aller: HOFER/HRUBESCH-MILLAUER, Rn. 10.47 ff., 10.60 ff., 17.05 f.

[93] Für Näheres zu den *höchstpersönlichen Rechten* sogleich Kapitel 1.2.

[94] Zum weiteren Persönlichkeitsverständnis Hubers vgl. Kapitel 2.3.

[95] Erl. Bd. I, S. 46, 65 (= BeK II, Rn. 96, 148); HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 2 f., 13; DERS., SPR I, S. 98. Dies galt für natürliche und juristische Personen gleichermassen – Huber hatte denn auch in der *Botsch.-ZGB* bemerkt, bezüglich der Rechts- und Handlungsfähigkeit „[kann] bei den juristischen Personen einfach hierauf [sc. auf die natürlichen Personen] verwiesen werden“; Botsch.-ZGB, S. 17 (= BeK III, Rn. 11276).

[96] Vgl. dazu bei Fn. 460 und 461; HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 4; sogleich auch Text zu Fn. 99.

[97] Vgl. dazu schon Text zu Fn. 27.

[98] Zum Wortlaut dieser Norm s. Fn. 80.

[99] HUBER, SPR I, S. 98.

[100] Vgl. dazu schon Fn. 29. Für eine Würdigung von Hubers Erläuterungen aus heutiger Perspektive vgl. HOFER, Konzeption, S. 9 ff.

[101] Erl. Bd. I, S. 46 (= BeK II, Rn. 96), vgl. auch S. 59 ff., 80 ff. (= BeK II, Rn. 138 ff., 201 ff.); HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 4; DERS., Vortrag „Die juristischen Personen“, S. 55 ff.; Botsch.-ZGB, S. 17, 19 ff.

„Natürlich kann ausserhalb der Rechtsfähigkeit der Persönlichkeit auch eine unerlaubte Handlung für die juristische Person nicht erfolgen. So z.B. nicht eine Mordtat, nicht eine unzüchtige Handlung u. dgl.“[102]

Deshalb hatte für Huber „auch die juristische Person Handlungsfähigkeit[103] und zwar, *gleich wie die Rechtsfähigkeit*, nicht qualitativ verschieden von der der Einzelperson, sondern nur *quantitativ*“.[104]

Aus dem Gesagten erhellt, dass sich Egger bei der Kommentierung des Art. 11 Abs. 2 ZGB an den Vorstellungen Hubers orientierte. Dies gilt gerade auch für die Argumentation mit Art. 4 der Bundesverfassung, die, wie das oben[105] abgedruckte Zitat belegt, schon Huber für die Legitimation von Ungleichbehandlungen auf der Ebene der Rechtsfähigkeit herangezogen hatte. Konkret hatte Huber bezüglich des *Alters* bemerkt:

„Das Alter ist […] nach gewissen Richtungen für die *Rechtsfähigkeit* von Bedeutung. So wird die Fähigkeit, ein *Testament zu errichten*, mit dem *Termine* der Testamentsmündigkeit[106] *erworben* […].“[107]

Diesen Satz und die damit verbundene Konstruktion hatte Egger nahezu wörtlich übernommen.[108]

Sodann findet sich auch das von Egger erwähnte Kriterium der *Stellvertretungsfeindlichkeit* zur Beurteilung der Frage, ob eine Ungleichbehandlung auf der Ebene der Rechtsfähigkeit bestehe, bereits bei Huber. Dieser hatte in seinem „System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes“ bemerkt:

„Praktische Bedeutung hat der Unterschied zwischen Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit wesentlich darin, dass der Mangel der Handlungsfähigkeit durch eine Vertretung ersetzt werden kann, während die Rechtsfähigkeit weder eine Vertretung zulässt, noch eine solche nötig hat. Die vorhandene, resp. erlangte Rechtsfähigkeit kann sich sonach stets nur durch die betreffende Person selbst, dann aber auch prinzipiell unbeschränkt äussern, weshalb man die bezüglichen aus der blossen Rechtsfähigkeit fliessenden Befugnisse auch höchst persönliche Rechte nennt.“[109]

Diese Argumentation hatte Huber später auch in seinem Vortrag über „Die Persönlichkeit“ wieder aufgegriffen, den er im Rahmen eines „Vortragszyklus“ [110] im Winter 1910/11 vor dem Bernischen Juristenverein gehalten hatte. Darin hatte Huber

---

(= BeK III, Rn. 11276, 11281 ff.); so auch schon EGGER I, Anm. 1c zu Art. 53; EGGER II, Rn. 2 ff., 9 ff. zu Art. 53.

[102] Erl. Bd. I, S. 61 f. (= BeK II, Rn. 140); vgl. auch Fn. 101.

[103] Vgl. dazu Fn. 119.

[104] Erl. Bd. I, S. 47 (= BeK II, Rn. 96), vgl. auch S. 61 f., 82 f. (= BeK II, Rn. 140, 206 ff.); Fn. 101.

[105] Bei Fn. 99.

[106] S. dazu Fn. 86.

[107] HUBER, SPR I, S. 136; analog zur *Ehefähigkeit* und zur Fähigkeit, eine *Vormundschaft zu führen*, S. 136 f.; zu *Geschlecht* und *Ehre* vgl. Fn. 82 und 83.

[108] Vgl. bei Fn. 89.

[109] HUBER, SPR I, S. 99.

[110] Vgl. HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 1.

konstatiert, „daß häufig Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit miteinander vermengt werden […], da nach *gewisser Richtung die Rechtsfähigkeit* nicht schon mit der Geburt, sondern erst mit *gewissem Alter eintritt*".[111] Als Abgrenzungskriterium von der Rechts- zur Handlungsfähigkeit hatte für Huber dabei die Frage gedient, ob in Bezug auf die Wahrnehmung des entsprechenden Rechts ein *Stellvertretungsverhältnis* zulässig sei.[112] Falls nicht – wie namentlich bei der Eheschliessung und der Testamentsabfassung –, so handle es sich „nicht um Handlungsfähigkeit, sondern um den *Eintritt der Rechtsfähigkeit nach gewisser Richtung*".[113] Damit ergibt sich, dass sich Eggers und Hubers Verständnis zu Art. 11 Abs. 2 ZGB sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf die Begründung deckten.

1.2 Abgrenzung der Rechts- zur Handlungsfähigkeit, Art. 11, 12 ff. ZGB

Unter einen eng verstandenen Persönlichkeitsbegriff können – weniger streng genommen – neben der Rechtsfähigkeit auch noch weitere Aspekte subsumiert werden, die Huber als „Fähigkeit, im Rechte Existenz zu haben", bezeichnet hatte.[114] So stellte das Gesetz in den Art. 12 ff. ZGB Bestimmungen auf zur „Handlungsfähigkeit"; in den Art. 20 f. ZGB solche zur „Verwandtschaft und Schwägerschaft"[115]; und in den Art. 22-26 ZGB solche zu „Heimat und Wohnsitz". Davon interessieren vorliegend die Bestimmungen zur *Handlungsfähigkeit*: Gemäss Art. 12 ZGB[116] „[hatte], wer handlungsfähig [war], die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen". Die Handlungsfähigkeit bildete daher sowohl für Egger als auch für Huber die auf der Rechtsfähigkeit beruhende rechtliche Möglichkeit, durch eigenes (erlaubtes und unerlaubtes[117]) Verhalten wirksam Rechte und Pflichten *gestalten* – also begründen, ändern, aufheben und übertragen – zu können.[118] Für beide Juristen stellte die Handlungsfähigkeit damit letztlich nichts anderes dar als die Möglichkeit zur aktiven Betätigung der Rechtsfähigkeit.

---

[111] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 13; vgl. auch StenBull NR 1905, S. 450 f.
[112] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 13 f.; vgl. auch StenBull NR 1905, S. 452.
[113] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 14.
[114] Erl. Bd. I, S. 64 f. (= BeK II, Rn. 147); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 450, 452; ähnlich EGGER II, Rn. 1 zu Art. 20, wonach die Art. 20-26 ZGB „die Eingliederung des Einzelnen in die Rechtsgemeinschaft" ordneten.
[115] Die Art. 20 f. ZGB sind in Fn. 1570 abgedruckt.
[116] Wörtlich fast identisch Art. 14 E-ZGB. Missverständlich Art. 7 Abs. 2 VE-ZGB: „Wer handlungsfähig ist, hat die unbeschränkte Fähigkeit für sich *und andere* Rechte und Pflichten zu begründen."
[117] Handlungsfähige waren also zugleich *deliktsfähig*, s. dazu auch Fn. 122.
[118] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 11, Rn. 4 zu Art. 12, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 410; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 11, Anm. 1 f. zu Art. 12; Erl. Bd. I, S. 46 f. (= BeK II, Rn. 96), S. 50 f. (= BeK II, Rn. 106 ff.), HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 13; DERS., SPR I, S. 98 f.

Für die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen[119] setzte Art. 13 ZGB[120] zum einen *„Urteilsfähigkeit"*[121] und zum andern *„Mündigkeit"* voraus. Fehlte schon nur eine dieser beiden Voraussetzungen, war eine Person gemäss dem von Art. 17 ZGB gezogenen Umkehrschluss – grundsätzlich[122] – *handlungsunfähig.*[123] Diese beiden Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit legitimierten Egger und Huber mit dem *Schutzbedürfnis* von Personen, die aufgrund ihres *Alters* bzw. ihres *(Geistes-)Zustands* nicht in der Lage waren, die Tragweite ihres Handelns zu überblicken:[124]
Mündig war eine Person gemäss Art. 14 ZGB[125] erst, wenn sie das zwanzigste Lebensjahr vollendet bzw. geheiratet[126] hatte, oder, Art. 15 ZGB[127], in Sonderfällen nach Vollendung des 18. Altersjahrs behördlich für mündig erklärt worden war. Die zweite, negative, Voraussetzung der Mündigkeit bestand darin, dass eine an sich mündige Person nicht nachträglich entmündigt[128] worden sein durfte. Entsprechend gelangte Egger in Anlehnung an Huber zum Schluss, „Mündigkeit" bedeute „mehr als nur einen Alterstermin", nämlich einen „Rechtszustand", welchem sich

---

[119] *Juristische Personen* waren gemäss Art. 54 ZGB „handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt [waren]". Diese Organe waren nach Art. 55 Abs. 1 ZGB „berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben", und verpflichteten dieselbe nach Art. 55 Abs. 2 ZGB „sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten". Vgl. dazu auch Fn. 102, 104. Materiell übereinstimmend Art. 65, 66 Abs. 1, 2 E-ZGB und Art. 74, 75 Abs. 1, 2 VE-ZGB.

[120] Identisch Art. 15 E-ZGB. Demgegenüber nannte Art. 7 Abs. 1 VE-ZGB als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit nur die Mündigkeit *explizit*. Da aber Art. 10 VE-ZGB die Regel aufstellte, dass eine Person, welcher die „natürlich[e] Fähigkeit" (vgl. die Marginalie) – d.h. die Urteilsfähigkeit, s. Fn. 121 – fehlte, handlungs*un*fähig war, stimmte der VE-ZGB materiell mit dem E-ZGB bzw. ZGB überein.

[121] Art. 12 Abs. 2 VE-ZGB sowie Erl. Bd. I, S. 53, 66 f. (= BeK II, Rn. 117, 153), sprachen von der „natürlichen [Handlungs-]Fähigkeit" – zu *dieser* Terminologie s. Erl. Bd. I, S. 54 f. (= BeK II, Rn. 121 ff.).

[122] Bei zwar fehlender Mündigkeit, aber vorhandener *Urteilsfähigkeit* (zur fehlenden Urteilsfähigkeit vgl. Fn. 131), griff Art. 19 ZGB: Nach *Abs. 1* „[konnten] Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen sich […] mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten" – dazu Kapitel B.II.a.5.2.2.3.1 und B.III.a.4.3.2. Zu *Abs. 2* a.E. dieses Kapitels und Kapitel B.III.a.4.3.3. Nach *Abs. 3* wurden urteilsfähige Unmündige und Entmündigte aus unerlaubten Handlungen schadensersatzpflichtig – sie waren *deliktsfähig*; EGGER I, Anm. 3 zu Art. 18, Anm. 7 zu Art. 19; EGGER II, Rn. 21 zu Art. 19.
Für die *Entwürfe*: Materiell mit *Art. 19 Abs. 1 ZGB* übereinstimmend: (Art. 18 Abs. 2 i.V.m.) Art. 291 Abs. 1 (Fn. 1937) i.V.m. Art. 418 Abs. 1 E-ZGB (Fn. 3255) und Art. 308 Abs. 1 (Fn. 1937) i.V.m. Art. 437 Abs. 1 VE-ZGB (Fn. 3255); für *Art. 19 Abs. 2 ZGB* s. Fn. 141; mit *Art. 19 Abs. 3 ZGB* übereinstimmend: Art. 20 Abs. 2 E-ZGB und Art. 12 Abs. 2 VE-ZGB.

[123] Zur *Beweislast*: EGGER I, Anm. 3 zu Art. 12, Anm. 5 zu Art. 16; EGGER II, Rn. 9 f. zu Art. 12, Rn. 16 zu Art. 16.

[124] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 12, Anm. 2 zu Art. 13, Anm. 3c zu Art. 16; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 12 i.V.m. Rn. 4, 16 zu Art. 16, Rn. 13 zu Art. 18, Rn. 3 zu Art. 19, Rn. 26 zu Art. 333; implizit Erl. Bd. I, S. 50 ff. (= BeK II, Rn. 106 ff.); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 46 f. (= BeK III, Rn. 11352).

[125] Identisch Art. 16 Abs. 1, 2 E-ZGB und Art. 8 VE-ZGB.

[126] Nach Art. 96 Abs. 1 ZGB wurden Frauen mit Vollendung des 18., Männer mit Vollendung des 20. Lebensjahrs ehefähig. Die Mündigkeit durch Heirat war damit (sofern keine Ehemündigerklärung i.S.v. Art. 96 Abs. 2 ZGB vorlag, vgl. Fn. 570) nur für Frauen bedeutsam; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 14; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 14.

[127] Materiell weitgehend übereinstimmend Art. 16 Abs. 3 E-ZGB; leicht abw. Art. 9 VE-ZGB.

[128] Zu den Entmündigungsgründen vgl. Kapitel B.III.a.1. Einer entmündigten Person war umgehend ein Vormund zu bestellen, vgl. Kapitel B.III.a.3. Fortan galt eine solche Person als „bevormundet" – als *unter Vormundschaft stehend*.

„die Person [erfreut], die zur Ausübung ihrer Rechte keines gesetzlichen Vertreters bedarf, die somit weder unter elterlicher Gewalt, noch unter Vormundschaft steht".[129] Aus diesem Grund sprach Egger bezüglich der Mündigkeit, in Anlehnung an Huber, von der „*formale[n] Voraussetzung* der Handlungsfähigkeit".[130]
Die von Egger und Huber explizit als solche bezeichnete *„materielle" Voraussetzung* der Handlungsfähigkeit bildete demgegenüber die *Urteilsfähigkeit.*[131] Urteilsfähig war gemäss Art. 16 ZGB[132] „ein jeder, dem nicht *wegen*[133] seines Kindesalters oder *infolge* von Geisteskrankheit, Geistesschwäche[134], Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit [mangelte], vernunftgemäss zu handeln". Das vom Gesetz verlangte Erfordernis des vernunftgemässen Handelns setzte nach Eggers Ansicht einerseits die kognitive Fähigkeit voraus, Informationen ohne „pathologisch[e] Einwirkungen" zu erfassen und zu verarbeiten – Egger sprach in der Zweitauflage diesbezüglich von der „intellektuale[n]" Komponente „der Urteilskraft" –, sowie andererseits gestützt auf die entsprechenden Erkenntnisse einen Willen zu bilden und sich diesem gemäss zu verhalten – der „emotionale[n]" Komponente „der Urteilskraft".[135] Dabei hob Egger, wie schon Huber, die *Relativität* der Urteilsfähigkeit hervor, indem er betonte, dass in jedem Einzelfall geprüft werden müsse, ob in Bezug auf das *konkret infrage stehende Verhalten* die Urteilsfähigkeit des Betroffenen gegeben sei.[136]
Eine Person, welche die Voraussetzungen des Art. 13 ZGB nicht erfüllte, war, wie erwähnt, gemäss Art. 17 ZGB[137] handlungs*un*fähig. Doch konnten sich gemäss Art. 19 ZGB *unmündige* bzw. *entmündigte*, aber *urteilsfähige* Personen – sog. *beschränkt*

---

[129] EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 13; vgl. auch EGGER I, Anm. 1, 4 zu Art. 13; Erl. Bd. I, S. 51, 66, 67 f. (= BeK II, Rn. 108 f., 151 f., 155 f.).
[130] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 13; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 13; Erl. Bd. I, S. 52 (= BeK II, Rn. 116); HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 15; Botsch.-ZGB, S. 17 f. (= BeK III, Rn. 11277); StenBull NR 1905, S. 451.
[131] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 13; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 13; HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 15; Botsch.-ZGB, S. 17 f. (= BeK III, Rn. 11277); StenBull NR 1905, S. 451. Fehlte bei einer Person die Urteilsfähigkeit, konnte sie gemäss Art. 18 ZGB durch ihre Handlungen grundsätzlich keine rechtliche Wirkungen herbeiführen (materiell übereinstimmend Art. 19 E-ZGB und Art. 11 VE-ZGB). Zu den Ausnahmen (wie insbesondere Tathandlungen, z.B. einer Verbindung oder Vermischung i.S.v. Art. 727 ZGB) vgl. EGGER I, Anm. 2, 3b zu Art. 18; EGGER II, Rn. 7 ff., 11 ff., 15 ff. zu Art. 18.
[132] Identisch Art. 17 E-ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 10 VE-ZGB, der für die Urteilsfähigkeit (Marginalie: „natürlich[e] Fähigkeit", vgl. Fn. 120) voraussetzte, dass eine Person nicht aufgrund bestimmter Zustände (diese waren im VE-ZGB identisch umschrieben wie im ZGB) die Fähigkeit mangelte, „die Beweggründe und die Folgen seines Verhaltens richtig zu erkennen oder einer richtigen Erkenntnis gemäss zu handeln".
[133] Die Annahme der Urteils*un*fähigkeit setzte also die Kausalität zwischen eines in Art. 16 ZGB (exemplifikativ) genannten Zustandes und dem Fehlen der Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln voraus; vgl. auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 16; EGGER II, Rn. 2, 11 ff. zu Art. 16 – jeweils m.w.H. zu diesen Zuständen.
[134] Zur „Geisteskrankheit" bzw. „Geistesschwäche" vgl. Kapitel B.I.b.2.1.4 und dabei Fn. 704 m.w.H.
[135] EGGER II, Rn. 4 f. zu Art. 16; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 16; ähnlich Erl. Bd. I, S. 54 f., 66 f. (= BeK II, Rn. 120 ff., 153 f.). Zur Rolle der *(Un-)Vernünftigkeit* des Handelns vgl. EGGER I, Anm. 2b (beta) zu Art. 16; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 16.
[136] EGGER II, Rn. 6 ff. zu Art. 16; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 16; Erl. Bd. I, S. 56 (= BeK II, Rn. 124); StenBull NR 1905, S. 451.
[137] Identisch Art. 18 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 10 und Art. 12 Abs. 1 VE-ZGB.

handlungs*un*fähige Personen[138] – „mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten" (Abs. 1[139]) sowie „Vorteile [erlangen], die unentgeltlich sind[140], und Rechte [ausüben], die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen" (Abs. 2[141]). Vorliegend fragt sich, um welche Rechte es bei *Abs. 2* ging. Dazu machte Egger in der *Erstauflage* den – aus heutiger Sicht verwirrenden[142] – Hinweis, von Art. 19 Abs. 2 ZGB *nicht* erfasst sei die Ausübung von *„höchstpersönlichen Rechte[n]"*.[143] Aus dem Fortgang zu dieser Aussage ergibt sich, dass Egger hier *unveräusserliche* und *unübertragbare Rechte* wie Vereinsmitgliedschaften, Nutzniessungs-, Wohnrechte etc. im Blick hatte. Ebenfalls als „höchstpersönlich" – und von der *Fähigkeit* zur selbständigen Rechtsausübung i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB daher nicht erfasst – begriff Egger die „Persönlichkeitsrechte", womit er die von Art. 28 f. ZGB gewährten (s.E. vom gesetzlichen Vertreter auszuübenden) *Klagerechte*[144] meinte.[145] Nach Eggers in der Erstauflage vertretenen Ansicht ging es bei Art. 19 Abs. 2 ZGB also nur

> „um jene Rechte, welche so eng mit der Persönlichkeit verknüpft sind, dass deren Ausübung vollständig in das Ermessen des Berechtigten gestellt werden muss, weil ein anderes gegen den Grundsatz der Unveräusserlichkeit der Persönlichkeit verstiesse (Art. 27)".[146]

Darunter fielen für Egger „vor allem, aber keineswegs ausschließlich […] *Rechtsakte familienrechtlicher Art*" – wie namentlich der Rücktritt von einem Verlöbnis, die Anrufung des Richters im Rahmen des Eheschutzes, die Anhebung der Scheidungsklage, die Vaterschaftsklage der Mutter eines ausserehelichen Kindes gegen den Kindsvater.[147] Als von der *Fähigkeit* i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB zur Rechtsausübung hingegen *nicht erfasst* verstand Egger beispielsweise das Recht, ein Verlöbnis bzw. eine Ehe *einzugehen*.[148] Dieser Standpunkt Eggers hängt damit zusammen, dass das ZGB für die Eingehung eines Verlöbnisses bzw. einer Ehe durch urteilsfähige Unmündige

---

[138] Zur beschränkten Handlungs*un*fähigkeit vgl. Kapitel B.II.a.5.2.2.3.1, B.III.a.4.3.2, B.III.a.4.3.3. Der Begriff der beschränkten Handlungs*fähigkeit* war, vgl. die Marginalie zu Art. 395 ZGB, schon von der Beiratschaft (zu dieser vgl. Kapitel B.III.b) besetzt. Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 12-19, Anm. 1 zu Art. 19; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 17, Rn. 2, 3 zu Art. 19.

[139] Vgl. dazu Kapitel B.III.a.4.3.2.

[140] Dass das Gesetz (vorbehältlich des Art. 19 Abs. 1 ZGB) den urteilsfähigen Unmündigen bzw. Entmündigten damit nur *berechtigungs*-, nicht aber *verpflichtungsfähig*, erklärte, legitimierte Egger mit dem Schutz dieser Personen. Er stellte dabei klar, die einschlägigen Geschäfte dürften für den Betroffenen rechtliche Nachteile in Form von „Verpflichtungen weder zur Folge haben, noch zur Folge haben können"; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 19 mit Beispielen; EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 19.

[141] Wörtlich weitgehend identisch Art. 20 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 12 Abs. 2 VE-ZGB.

[142] Vgl. auch bei Fn. 92.

[143] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 19.

[144] Vgl. dazu Kapitel 2.2.2.3.

[145] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 19.

[146] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 19, vgl. auch Anm. 2a, 2c zu Art. 407.

[147] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 19.

[148] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 19.

bzw. Entmündigte ein *Zustimmungserfordernis*[149] des gesetzlichen Vertreters statuierte. Da diese Personen folglich nicht *gänzlich* selbständig ein Verlöbnis bzw. eine Ehe eingehen konnten, subsumierte Egger diese Konstellationen *nicht* unter Art. 19 Abs. 2 ZGB – obschon er durchaus anerkannte, dass die Eingehung eines Verlöbnisses bzw. einer Ehe einer Person um ihrer Persönlichkeit willen zustand.[150]

In der *Zweitauflage* hielt Egger fest, bei Art. 19 Abs. 2 ZGB gehe es um „die *Personen*rechte im Gegensatz zu den *Vermögens*rechten, die Persönlichkeitsrechte[151], die Statusrechte und die persönlichen Familien- und Erbrechte (erbrechtliche Verfügungen)"; es gehe um Rechte, deren Ausübung einem *Stellvertretungsverhältnis* – grundsätzlich – verschlossen bleibe.[152] Diese Vorstellung hatte m.E. auch derjenigen von Huber entsprochen.[153] Diese Art von Rechten bezeichnete Egger in Abweichung zur Erstauflage nunmehr als „höchstpersönliche" Rechte; diese Bezeichnung habe sich „eingelebt".[154] Der Grund dafür, dass Egger in der Zweitauflage von seiner restriktiven Haltung in der Erstauflage abwich, ist in Eggers Überlegung zu sehen, wonach „ein *Schutz der Persönlichkeit*, eine *Gewährleistung ihrer Freiheit* in der Anerkennung [liegt], daß sie [sc. eine urteilsfähige unmündige bzw. entmündigte Person] diese Rechte grundsätzlich selbst ausüben kann […]".[155] Dass Egger dabei lediglich von einer *grundsätzlichen* Stellvertretungsfeindlichkeit dieser Rechte ausging, ist darauf zurückzuführen, dass s.E. „der persönliche Gehalt der in Frage kommenden Rechte, aber auch die Schutzbedürftigkeit bei deren Ausübung ein verschiedener [ist]" – und sich daher „das Maß der Stellvertretungsfeindlichkeit nach richterlichem Ermessen […] [bestimmt]".[156] Vor diesem Hintergrund propagierte Egger explizit eine „Abstufung"[157] höchstpersönlicher Rechte, welche an die heute gängige Einteilung

---

[149] Vgl. dazu Kapitel B.I.a.2, B.I.b.2.1.2.

[150] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 19.

[151] Wie bei Fn. 145 zu verstehen als *Klagerechte* – vgl. insbesondere auch die Fallgruppe (2) bei Fn. 157.

[152] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 19, vgl. auch Rn. 16 zu Art. 407.

[153] Huber hatte sich zu dieser Thematik nur knapp geäussert: Einerseits hatte er in seinem Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 15, zum Begriff der „höchstpersönlichen Rechte" bemerkt, hier gehe es um jene Rechte, „bei denen es eben der Natur der Sache nach *keine Vertretung* gibt, beispielsweise Anhebung einer Scheidungsklage oder dergl.". Andererseits hatte er in seinen Erl. Bd. I, S. 67 f. (= BeK II, Rn. 155 f.) deutlich gemacht, es gehe hier um die „höchstpersönlichen Rechte zum *Schutz der Persönlichkeit* oder zur Geltendmachung von Rechten, die nicht vermögensrechtlichen Charakter haben, wie z.B. Ehescheidungsklage". Vgl. auch Erl. Bd. I, S. 56 (= BeK II, Rn. 126).

[154] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 19.

[155] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 19.

[156] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 19.

[157] Zu ebendieser vgl. EGGER II, Rn. 10-16 zu Art. 19 (und *materiell* übereinstimmend EGGER II, Rn. 11-24 zu Art. 407): (1) Rechte, die *keinerlei Vertretung* zuliessen: z.B. der Rücktritt vom Verlöbnis, die Klage auf Ehescheidung oder die Testamentsabfassung; (2) Rechte, die eine *Vertretung zuliessen*, falls der Unmündige bzw. Entmündigte urteils*un*fähig war: z.B. die Ausübung der „Persönlichkeitsrechte" – verstanden als Klagerechte aus Art. 28 ZGB (vgl. bei Fn. 144; Ausnahme: Klage auf Schadensersatz, s. sogleich bei (5)) (abw. aber EGGER II, Rn. 23 zu Art. 407, der eine „*Duplizität*" annahm; also davon ausging, dass auch bei Urteils*fähigkeit* des Unmündigen bzw. Entmündigten der gesetzliche Vertreter klagen könne) –, sowie die „Verfügungen über persönliche Güter", etwa die Erteilung einer „Zustimmung zu […] ärztlichen Eingriffen"; (3) Rechte, die (nur) der Unmündige bzw. Entmündigte ausüben konnte, dazu aber die *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters*

erinnert zwischen „absolut“[158] höchstpersönlichen Rechten, bei welchen eine Stellvertretung ausgeschlossen ist, und „relativ“ höchstpersönlichen Rechten, bei denen eine Stellvertretung möglich ist.[159]

2. „Persönlichkeit“ als Rechtsfähigkeit und Recht(e)

2.1 Persönliche Güter und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Im Sinne eines *weiten Persönlichkeitsverständnisses* bedeutete der Begriff „Persönlichkeit“ für Egger nicht nur „Rechtsfähigkeit“, sondern umfasste auch bestimmte Rechte des Einzelnen[160]:

> „Das Recht der Persönlichkeit (Überschrift des ersten Abschnittes und Marginale A zu Art. 11 ff.) umfaßt *mehr als nur die Rechtsfähigkeit* und vor allem geht auch der ‚Schutz der Persönlichkeit‘ (Marg. B zu Art. 27 ff.) sehr erheblich über die Rechtssubjektivität hinaus. Die Persönlichkeit im Sinne des ZGB. umfaßt vielmehr alle Fähigkeiten und *Rechte*, welche dem damit Bedachten *um seiner selbst willen* zustehen. […] Dazu gehört allerdings in erster Linie als *unerläßliche Voraussetzung*[161] alles übrigen Inhaltes der Persönlichkeit die *Rechtsfähigkeit*.“[162]

Egger sprach hier von *Rechten*, die dem Einzelnen *„um seiner selbst willen“* zustünden.[163] Was Egger damit genau meinte, zeigt sich bei seinen Ausführungen zu Art. 28 Abs. 1 ZGB[164], welcher lautete:

> „Wer in seinen *persönlichen Verhältnissen* unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.“

Diese Bestimmung war in der Gesetzesunterabteilung „B. Schutz der Persönlichkeit“ untergebracht und bildete zusammen mit Art. 27 ZGB den Dreh- und Angelpunkt für

---

benötigte: z.B. für die Eingehung des Verlöbnisses oder der Ehe (vgl. Art. 90 Abs. 2, Art. 98 f. ZGB); (4) Rechte, die sowohl der urteilsfähige Unmündige bzw. Entmündigte als auch der Vertreter ausüben konnte – sofern die *Mitwirkung des jeweils andern* vorlag: z.B. die Beantragung einer Namensänderung (Art. 30 ZGB; dazu Fn. 1547) oder Mündigerklärung (Art. 15 ZGB); (5) Rechte, denen überwiegend wirtschaftliche Bedeutung zukam und daher (vorbehältlich des Art. 19 Abs. 1 ZGB, vgl. Fn. 122) *vom Vertreter* auszuüben waren: z.B. die Klage auf Schadensersatz nach Art. 28 Abs. 2 ZGB (s. EGGER II, Rn. 10 f., 17a, 23 zu Art. 407) oder die Prozessführung bei der einfachen Vaterschaftsklage.

[158] In der Zweitauflage verwendete sogar schon Egger den Begriff der „absolut persönlichen Rechte“, vgl. EGGER II, Rn. 16 zu Art. 407, vgl. auch Rn. 22, 24 zu Art. 407.

[159] Vgl. dazu Fn. 92.

[160] Für *juristische Personen* s. Fn. 52, 54 und konkret EGGER I, Anm. 2c zu Art. 53; EGGER II, Rn. 9 ff. zu Art. 53.

[161] Vgl. insofern schon den Text zu Fn. 70.

[162] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 11, vgl. auch Vorbem. 4 f. PersR, Anm. II zu Art. 28; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 11, Rn. 8 zu Art. 28; Fn. 192.

[163] Vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 1 ff., insbes. Rn. 3, zu Art. 11, Rn. 48 zu Art. 28. In Rn. 2 zu Art. 11 bemerkte Egger: „Der Sinn der Person liegt in ihrem Wesen als vernunftbegabtes, der Selbstbestimmung fähiges Wesen. Als solches birgt es Eigenschaften in sich, die vom Rechte als Rechtsgüter anerkannt werden müssen. Person im Rechtssinn ist also das Wesen, das nicht nur rechtsfähig ist, sondern stets auch Rechte hat und haben muß […].“

[164] (Diesbezüglich) wörtlich fast identisch Art. 29 E-ZGB; (diesbezüglich) materiell übereinstimmend auch Art. 26 VE-ZGB: „Wer in seiner Person unbefugterweise angegriffen wird […]“.

den Nachvollzug von Eggers weiterem Persönlichkeitsverständnis. Da ebendieses in den beiden Kommentarauflagen dogmatisch differierte, werden die Kommentarauflagen nachfolgend gesondert betrachtet.

2.1.1 Erstauflage

Zu dem in Art. 28 Abs. 1 ZGB verwendeten Begriff der „persönlichen Verhältnisse" hielt Egger fest:

> „Wie Art. 55 OR.[165] [sc. OR 1883], so spricht auch ZGB. Art. 28 von den persönlichen Verhältnissen […]. Überall hier geht das Gesetz von Beziehungsbegriffen aus. Die ‚Interessen' und die ‚Verhältnisse' bezeichnen Relationen, die Stellung der Person zu bestimmten Objekten. Schutzobjekt ist aber doch nicht das persönliche Verhältnis. […] Die *Person* wird […] getroffen, das kann sie aber gerade nicht in bloßen Beziehungen, sondern in den *Gütern*, die ihr eignen. *Diese Güter sind die persönlichen Verhältnisse*, die als geschützt erscheinen."[166]

Egger vertrat die Auffassung, „im Wesen des Menschen [liegt] begründet, dass ihm Güter zustehen, die das Recht zu *Rechtsgütern* erhebt", und er gelangte daher zum Schluss, i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB „geschützt sind die *persönlichen Güter*".[167] Egger stellte klar, der Einzelne verfüge über „ein subjektives Recht", ein „Persönlichkeitsrecht", an diesen – von ihm auch als „Rechtsobjekt[e]" bezeichneten – persönlichen (Rechts-)Gütern.[168] Dabei ging es Egger um Güter, „welche ihrem Wesen nach mit einer Person zusammenhängen […] und der Selbstbehauptung derselben unmittelbar dienen".[169] Als konkrete Beispiele nannte er „Leben", „Gesundheit", „körperliche Unversehrtheit", „seelische Unversehrtheit und seelisches Gleichgewicht", „die natürliche Freiheit", „die Ehrengüter", „die Geheimsphäre", „die wirtschaftliche Persönlichkeit" (d.h. letztlich die Freiheit des Einzelnen zur Entfaltung im wirtschaftlichen Bereich sowie auch der dabei von ihm genossene Kredit, also „das Vertrauen in Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit"[170]) und „die Namensgüter"[171].[172] Bezüglich der „Namensgüter"[173] sei erwähnt, dass das Gesetz mit Art. 29 ZGB[174] eine separate Bestimmung zum Schutz des Namens

---

[165] Art. 55 OR (1883) lautete: „Ist Jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verlezt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen."

[166] EGGER I, Anm. II/1 zu Art. 28.

[167] EGGER I, Vorbem. 5 PersR, Anm. II/3a zu Art. 28, vgl. auch Anm. I/1, II/2 zu Art. 28.

[168] EGGER I, Anm. II/2a zu Art. 28, vgl. auch Anm. I/1, IV/1c zu Art. 28.

[169] EGGER I, Anm. II/3a zu Art. 28.

[170] Vgl. EGGER I, Anm. II/4f zu Art. 28; EGGER II, Rn. 35 zu Art. 27, Rn. 28, 36 zu Art. 28, Rn. 5 zu Art. 328.

[171] Zu diesen bei EGGER I, Anm. 2 zu Art. 29. Beachte auch Fn. 173.

[172] Für Näheres zu diesen *Gütern* vgl. EGGER I, Anm. 4a-4f zu Art. 28, Anm. 2 zu Art. 29; für Näheres zur *Verletzung dieser Güter* vgl. EGGER I, Anm. III/2a-2f zu Art. 28, Anm. 4 zu Art. 29 sowie Fn. 403.

[173] Diese fasste Egger (in beiden Kommentarauflagen) weit und subsumierte darunter neben dem bürgerlichen Namen u.a. auch Pseudonyme sowie (subsidiär) Firmen; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 29; EGGER II, Rn. 4, 5-12 zu Art. 29, Rn. 13 f., 20, 30 ff. zu Art. 28.

[174] Für den Wortlaut der Norm s. Fn. 403. Zur Möglichkeit der *Namensänderung* nach Art. 30 ZGB s. Fn. 1547.

enthielt. Egger stellte indes klar, dass auch die Namensgüter nichts anderes als persönliche Güter i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB darstellten[175] – der Umstand, dass das Gesetz den Namensschutz eigens regelte, ergab sich für Egger lediglich aus der fundamentalen Bedeutung des Namens für „die Kennzeichnung der Persönlichkeit, ihre Individualisierung im Verkehr".[176]
Zu der von ihm selbst vorgenommenen Aufzählung einzelner persönlicher Güter stellte Egger klar:

> „Manche wollen nur *ein einziges Persönlichkeitsrecht* anerkennen […]. Noch häufiger ist in der deutschen Doktrin nur die Anerkennung *einzelner besonderer Persönlichkeitsrechte*, insbesondere des Namensrechtes. Beide Auffassungen sind *zu eng*. Die allgemeine und grundsätzliche Fassung von Art. 28 verbietet es im vornherein, nur einzelne P.-Rechte anerkennen zu wollen. Wenn einmal die einzelnen persönlichen Verhältnisse geschützt sind, kann auch der rechtliche Schutz der Persönlichkeit in ihrer Einheit, in ihrem Bestand und in ihrem Gesamt-Persönlichkeitszustand nicht mehr in Frage gestellt werden. So anerkennt denn auch das Bundesgericht […] das *allgemeine ‚Persönlichkeitsrecht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit'*. Daß diese Auffassung auch dadurch geboten ist, dass der Katalog der einzelnen Persönlichkeitsrechte *im ständigen Flusse* begriffen ist und *nie erschöpfend* sein kann, hat vor allen *Gierke* betont.
> Umgekehrt darf *nicht bloß ein einziges Persönlichkeitsrecht angenommen* werden. Es liegt allerdings stets ein Recht an der eigenen Person vor. Aber der persönlichen Güter sind zahllose. Daraus ergeben sich […] die einzelnen Persönlichkeitsrechte[177] […]."[178]

In dieser Aussage hob Egger einerseits hervor, seine Aufzählung persönlicher Güter – „besonderer Persönlichkeitsrechte" – sei nicht als abschliessend zu verstehen; andererseits betonte er darin, dem Einzelnen stehe ein *allgemeines Persönlichkeitsrecht* auf „Achtung und Geltung"[179] zu. Es fragt sich, in welches Verhältnis Egger die persönlichen Güter zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht setzte.
Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang eine Aussage, die der im obigen Zitat von Egger erwähnte berühmte deutsche Rechtsgelehrte *Otto von Gierke (1841-1921)*[180]

---

[175] Vgl. nur EGGER I, Anm. 3 zu Art. 29: „Das Namensrecht ist ein Persönlichkeitsrecht. Die Namensgüter sind persönliche Güter […]. […] Ihr Träger hat an ihnen ein subjektives Recht. Dieses Persönlichkeitsrecht ist absolutes Recht […]."
[176] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 29, vgl. auch Vorbem. zu Art. 27-30, Anm. II/3a zu Art. 28, Anm. 1, 3 zu Art. 29; so auch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 29.
[177] Hier zu verstehen als *Klagerechte*, vgl. dazu Kapitel 2.2.2.3.
[178] EGGER I, Anm. II/2b zu Art. 28, vgl. auch Anm. II/3b zu Art. 28.
[179] Vgl. insofern auch EGGER I, Anm. II/2b, wo dieser von einem Recht sprach, „das uns den Genuß unser selbst und dessen, was mit uns untrennbar verbunden ist, *jedermann gegenüber* gewährleistet […]". Zum Charakter des Persönlichkeitsrechts als *absolutes Recht* vgl. EGGER I, Anm. II/2c zu Art. 28, vgl. auch Anm. 3 zu Art. 29.
[180] Otto von Gierke gehörte zu den Vertretern der von *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)* mitbegründeten *Historischen Rechtsschule*. Dabei handelt es sich um eine Forschungsrichtung des 19. Jahrhunderts, die – in bewusster Ablehnung der rein vernunftbasierten Naturrechtslehre; dazu bei Fn. 282 – gestützt auf die Überlegung, dass die Gegenwart in untrennbarem Zusammenhang mit der Vergangenheit stehe, versuchte, aus der Rechtsgestaltung in der Geschichte brauchbare Prinzipien für das Recht der Gegenwart abzuleiten. Anders als Savigny, der innerhalb der Historischen Rechtsschule dem *romanistischen Zweig* angehörte, welcher sich mit dem Römischen Recht befasste, gehörte Gierke dem *germanistischen Zweig* an, der sich dem alten

gemacht hatte. Egger kannte Gierke nicht nur vom Besuch von dessen Vorlesungen während des Studiums, sondern Gierke war auch einer der Gutachter von Eggers Habilitationsschrift.[181] Gierke hatte bemerkt:

> „Die Persönlichkeitsrechte unterscheiden sich als *besondere Privatrechte* von dem *allgemeinen Rechte der Persönlichkeit*, das in dem von der Rechtsordnung gewährleisteten allgemeinen Anspruche besteht, als Person zu gelten […]. Das Recht der Persönlichkeit ist ein subjektives Recht und muß von Jedermann anerkannt und geachtet werden. Es ist das einheitliche subjektive Grundrecht, das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentirt und in sie alle hineinreicht […]. Inwieweit aber aus ihm *besondere Rechte herauswachsen* oder in ihm der Stoff zu solchen Rechten unausgeschieden stecken bleibt, darüber entscheidet die rechtsgeschichtliche Entwicklung. […]
> Im deutschen und modernen Recht […] sind zahlreiche Typen von Rechten an der eignen Person zu selbständiger Ausgestaltung gelangt. Manche von ihnen sind durch die neuere Gesetzgebung in ihrem Sonderdasein so befestigt, daß sie sich von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit nicht minder scharf abheben, als das Eigenthum oder die väterliche Gewalt. Die Persönlichkeitsrechte müssen daher auch begrifflich heute als eine eigne Kategorie der besonderen Rechte anerkannt werden und fordern gebieterisch die ihnen gebührende Stelle im System[182].
> Vieles freilich ist hier noch im Werden. Darum sind die *Grenzen* zwischen den *besonderen Persönlichkeitsrechten* und dem *allgemeinen Rechte der Persönlichkeit* zum Theil *fließend* und unsicher. Jedesfalls erschöpfen die in feste gesetzliche Form gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff. Vielmehr lassen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken muß da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues besonderes Recht herausgeholt ist.“[183]

Gierke hatte also ein allgemeines Persönlichkeitsrecht propagiert, aus welchem einzelne „besondere Rechte herauswachsen“ und – dadurch – eigenständige Bedeutung erlangten. Falls Letzteres (noch) nicht geschehen sein sollte, blieb s.E. der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht möglich.
Dieses Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den einzelnen persönlichen Gütern hatte auch Egger vor Augen: Gerade der zweite Abschnitt von Eggers zitierter Aussage[184] macht deutlich, dass für ihn die einzelnen persönlichen Güter *neben* dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht standen. Darauf deutet sodann auch Eggers folgende Bemerkung hin:

> „Das PR. [sc. Persönlichkeitsrecht] ist nicht nur ‚das Recht, zu verlangen, dass die Person als vollgültige sittliche und geistige Persönlichkeit *anerkannt* wird‘ […], denn so

---

deutschen Recht – dem Recht der germanischen Stämme sowie dem mittelalterlichen Recht – widmete. Vgl. zum Ganzen: EISENHARDT, § 18; BRAUNEDER, Kapitel 10; MEDER, Kapitel 14.

[181] Gutachter waren auch *Heinrich Brunner (1840-1915)* und *Josef Kohler (1849-1919)*; vgl. HUG, Egger, S. 15.

[182] Noch heute erfüllt das dBGB diese Forderung nur insofern, als es in den (seit Erlass des dBGB – bis auf die Hinzufügung eines zweiten Absatzes in § 253 – unveränderten) §§ 12, 253, 823 f. einzelne besondere Persönlichkeitsrechte aufzählt – ein allgemeines Persönlichkeitsrecht statuiert es aber gerade *nicht*.

[183] GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 703 ff.

[184] Bei Fn. 178.

> ist die *Gefahr einer zu engen Umschreibung nicht zu vermeiden*. Wo bleibt denn bei dieser Fassung beispielsweise die *wirtschaftliche Persönlichkeit*[185]?"[186]

Aus Eggers Aussagen geht damit hervor, dass Egger das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Basis verstand, aus welcher einzelne persönliche Güter fliessen konnten – denen *dann* eine eigenständige Bedeutung als Rechtsobjekte zukam.[187] Da Egger einerseits die persönlichen Güter als „im ständigen Flusse" begriff und andererseits, wie Gierke dies betonte[188], stets die Möglichkeit zur weiteren Interpretation des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestand, war die Gefahr gebannt, dass eine Person verletzenden Verhaltensweisen[189] durch Dritte schutzlos ausgeliefert gewesen wäre. Dass Egger mit diesen Vorstellungen nicht nur auf der Linie Gierkes, sondern auch auf jener Hubers lag, wird separat[190] dargestellt.

2.1.2 Zweitauflage

Implizit kritisierte Egger den in Art. 28 Abs. 1 ZGB verwendeten Begriff der „persönlichen Verhältnisse" auch in der Zweitauflage, wobei er – in Abweichung zur Erstauflage – feststellte:

> „Der Gegenstand des Schutzes ist stets die *Persönlichkeit selbst*. Sie wird um ihrer selbst willen von der Rechtsordnung anerkannt und kann diese Anerkennung auch von jedem Rechtsgenossen verlangen. Die persönlichen Güter sind nur Einzelerscheinungen, Äußerungen, Bekundungen der Persönlichkeit. Ihre Verletzung ist stets Verletzung der Persönlichkeit. Deshalb gibt es *kein Recht an persönlichen Gütern*, es gibt nur das *eine Recht der Persönlichkeit* selbst. Es ist ihr Anspruch auf Existenz, Entfaltung, Freiheit. Es ist ihr Recht auf Achtung und Geltung […]. Das ist das Persönlichkeitssrecht schlechthin. *Es gibt nur ein Persönlichkeitsrecht.* Die *Handhabung* des Rechts wird *erleichtert* durch die *begriffliche Heraushebung* und Umschreibung *persönlicher Güter*. Aber es bleibt stets die Persönlichkeit selbst, die in ihnen geschützt ist. Deshhalb reicht das Persönlichkeitsrecht auch weiter als die Gesamtheit der persönlichen Güter. […] Stets bleiben Verletzungen des Persönlichketisrechtes möglich, *außerhalb des bisher anerkannten Kataloges*[191] persönlicher Güter, aus der *clausula generalis* des Achtungs- und Geltungsanspruches heraus […]."[192]

---

185 Vgl. dazu nur Text zu Fn. 170.

186 EGGER I, Anm. II/3a zu Art. 28.

187 Missverständlich insofern EGGER I, Anm. III/1 zu Art. 28, wo Egger bemerkte, „die persönlichen Verhältnisse sind geschützt, soweit sie *Gutscharakter* haben […]".

188 Vgl. Text zu Fn. 183.

189 Egger stellte klar, eine Verletzung könne sowohl durch ein Tun als auch durch ein Unterlassen erfolgen; vgl. EGGER I, Anm. III/1 zu Art. 28.

190 S. dazu Kapitel 2.3.1.

191 Insofern sprach EGGER II, Rn. 23 zu Art. 28, auch von „*innominate[n] Verletzungen der Persönlichkeit* in ihrem allgemeinen Anspruch auf Achtung und Geltung", wobei Egger bemerkte, „der Wandel der Daseinsbedingungen, neue technische Errungenschaften, neue Verletzungsmöglichkeiten führen zur Anerkennung neuer persönlicher Rechtsgüter"; vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 9 zu Art. 28.

192 EGGER II, Rn. 47 zu Art. 28. Vgl. auch EGGER II, Rn. 22 zu Art. 28, wo Egger betonte, geschützt sei „die Persönlichkeit selbst […] – nicht nur die Rechtspersönlichkeit, sondern die leiblich-geistige und soziale Individualität"; vgl. sodann EGGER II, Rn. 1 zu Art. 28.

Anders als in der Erstauflage bezeichnete Egger das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Achtung und Geltung hier als *das* Persönlichkeitsrecht schlechthin. Den einzelnen persönlichen Gütern[193] mass er daher nur noch insofern eine Bedeutung zu, als diese zwar, so Egger, zwecks besserer „Handhabung" des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gedankliche Herausbildungen desselben darstellten – eine eigenständige Bedeutung als Rechtsobjekte, an denen der Einzelne ein subjektives Recht besässe, verneinte Egger aber nunmehr. Er stellte sich sogar explizit gegen die Auffassung, dass

> „die persönlichen Güter von ihrem Rechtsträger beherrscht [werden] wie Sachgüter, die Persönlichkeitsrechte eine Rechtsmacht [verliehen] wie die Sachenrechte".[194]

In dieser Abweichung zur Erstauflage liegt m.E. vor allem eine Anweisung an den Richter, bei der Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen den Blick nicht allzu schematisch auf anerkannte persönliche Güter zu richten, sondern stets vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht auszugehen. In diese Richtung deuten auch zwei Hinweise Eggers betreffend die Namensgüter[195]. Einerseits hielt Egger fest:

> „Die Verletzungen in den Namensgütern sind Verletzungen der Persönlichkeit. Sie selbst wird getroffen in ihrem Anspruch auf Achtung und Geltung. Das Namensrecht ist nur eine einzelne Äußerung des Rechtes der Persönlichkeit […]."[196]

Andererseits stellte er klar:

> „Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Namens- und Kennzeichenschutzes gegenüber dem Schutz der andern persönlichen Güter […]. Doch wird es in der Rechtsanwendung *dieser Ausscheidung regelmäßig nicht bedürfen dank des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes durch Art. 28*."[197]

Nichtsdestotrotz zeigt gerade diese zweite Aussage, dass Egger den persönlichen Gütern – freilich nur noch als gedankliche „Einzelerscheinungen" des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – auch in der Zweitauflage eine zentrale Bedeutung zumass. Davon zeugen nicht nur die von Egger gewählten Über- und Unterüberschriften einzelner Kommentarabschnitte, bei denen fast durchwegs von *„persönlichen Gütern"* die Rede ist,[198] sondern Egger selbst fiel teils in die Sprechweise aus der Erstauflage zurück. So bemerkte er etwa, „von Anfang an wurde die Aufnahme einer allgemeinen Norm zum Schutze der *persönlichen Güter* im Personenrecht vorgesehen".[199] Entsprechend sind aus *inhaltlicher Hinsicht*[200] denn auch keine praktischen Konsequenzen von

---

[193] Zu den einzelnen *persönlichen Gütern* (vgl. die Aufzählung in Kapitel 2.1.1), die Egger in der Zweitauflage im Vergleich zur Erstauflage (ohne materielle Konsequenzen) systematisch anders gliederte, sowie zu den möglichen *Verletzungen* derselben vgl. EGGER II, Rn. 24, 26-29, 30-46 zu Art. 28, Rn. 5 ff., 15 ff. zu Art. 29 sowie Fn. 403.

[194] EGGER II, Rn. 47 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 13 zu Art. 29.

[195] Zu diesem Begriff s. Fn. 173.

[196] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 29.

[197] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 29.

[198] Vgl. nur schon die Überschriften zu und bei EGGER II, Rn. 22-46, 47-52 zu Art. 28.

[199] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 28; vgl. insbes. auch den Text zu Fn. 364 und die Fn. 191.

[200] Beachte Fn. 193.

Eggers geänderter Ansicht festzustellen: Eggers Ausführungen in der Zweitauflage stimmen *materiell* in allen wesentlichen Punkten mit jenen aus der Erstauflage überein.

2.2 Schutz des Persönlichkeitsrechts

Der Umstand, dass das ZGB dem Einzelnen ein *Persönlichkeitsrecht* – gemeint sind das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die persönlichen Güter (Erstauflage[201]) bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Zweitauflage[202]) – zugestand, sagt noch nichts darüber aus, *ob* das ZGB den Einzelnen in diesem Recht auch *schützte*, und, falls ja, *wie* es diesen Schutz nach Eggers Verständnis *konzeptionell ausgestaltete*. Die erste Frage lässt sich ohne Weiteres affirmativ beantworten, standen die Art. 27-30 ZGB doch unter der Marginalie *„B. Schutz der Persönlichkeit“*[203]. Demgegenüber bedingt die Beantwortung der zweiten Frage eine Untersuchung von Eggers Kommentierung zu den Art. 27 ff. ZGB.

2.2.1 Schutz vor Selbstbeschränkungen, Art. 27 ZGB

Art. 27 ZGB[204] bestimmte:

> „[1] Auf die *Rechts- und Handlungsfähigkeit* kann niemand ganz oder zum Teil *verzichten*.
> [2] Niemand kann sich seiner *Freiheit entäussern* oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade *beschränken*.“

Egger konstatierte, bei Art. 27 ZGB richte sich der Persönlichkeitsschutz „gegen den Träger selbst […], indem die *Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit* statuiert wird“.[205] Hinter dieser Aussage stand Eggers Überlegung, dass – auch wenn nur Art. 27 *Abs. 2* ZGB den Begriff „Freiheit“ explizit verwendete – letztlich der *ganze* Art. 27 ZGB die individuelle, privatrechtliche Freiheit schütze.[206] Ebendiese bildete für Egger zentralen Bestandteil des Persönlichkeitsrechts und umfasste insbesondere die „Freiheit des Einzelnen“ zur „Gestaltung seiner rechtlichen Verhältnisse“ – und damit auch[207] die Vertragsfreiheit.[208] Gerade Letztere wurde nach Eggers Ansicht durch Art. 27 ZGB beschränkt:

---

[201] Vgl. Kapitel 2.1.1.
[202] Vgl. Kapitel 2.1.2.
[203] Vgl. die Marginalie zu Art. 27-30 ZGB.
[204] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 211, 215, 218.
[205] EGGER I, Vorbem. zu Art. 27-30.
[206] Vgl. den Text zu Fn. 212 sowie das Zitat im Text zu Fn. 216.
[207] Nach Eggers Ansicht bezog sich Art. 27 ZGB auf *sämtliche* Rechtsgeschäfte und insbesondere auch auf *Einwilligungen* „zu Eingriffen in die persönlichen Güter“; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 27; EGGER I, Anm. III/2, VI/3 zu Art. 27, Anm. IV/2a zu Art. 28.
[208] EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 27, Rn. 1 zu Art. 28; EGGER I, Anm. III/1 zu Art. 27, S. VI – vgl. auch S. XXIII – Einführung PersR-Komm.

„Diese *Beschränkung* der Vertragsfreiheit *erfolgt um der persönlichen Freiheit willen, um der Persönlichkeit willen*. Sie erfolgt zum Schutze der Bewegungsfreiheit des Einzelnen und seiner übrigen persönlichen Güter – das ist der Sinn des Art. 27."[209]

Egger legitimierte Art. 27 ZGB also mit der – prima vista widersprüchlich anmutenden – Überlegung, dass diese Norm die (Vertrags-)Freiheit des Einzelnen beschränke, *um* ihm ein *Grundmass* an (Vertrags-)Freiheit zu *sichern*.[210] Der *Schutz* nach Art. 27 ZGB bezweckte für Egger also eine *Beschränkung* des *Persönlichkeitsrechts nach unten hin*.

2.2.1.1 Verzichte auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit, Art. 27 Abs. 1 ZGB

Wie erwähnt, verbot Art. 27 Abs. 1 ZGB[211] dem Einzelnen, „auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit […] ganz oder zum Teil [zu] verzichten". Von diesem Verbot umfasst waren nach Eggers Ansicht auch Verzichte auf die *„Einzelfähigkeiten"* der Rechtsfähigkeit, wie namentlich die Ehefähigkeit:

„Der Schutz der Ehefähigkeit ist somit notwendigerweise Schutz der Freiheit, von der rechtlichen Fähigkeit Gebrauch zu machen."[212]

Damit definierte Art. 27 Abs. 1 ZGB für Egger einen *unverzichtbaren Kern* der individuellen Freiheit.[213] Dass Egger hier keinen Spielraum für Selbstbeschränkungen erblickte, zeigt sein Hinweis, dass

„die Rechts- und Handlungsfähigkeit dem *Menschen um seiner selbst willen* [zukommen]. Sie ermöglichen erst seine Teilnahme am Rechtsverkehr. Auf sie kann *schlechterdings nicht verzichtet* werden […]."[214]

Anders ausgedrückt, reichte die individuelle Freiheit aufgrund des Art. 27 Abs. 1 ZGB für Egger nicht so weit, dass der Einzelne auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit (ganz oder zum Teil) verzichten könnte. Dadurch wurde das Persönlichkeitsrecht für Egger also – eben: nach unten hin – beschränkt.

---

[209] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 27, vgl. auch Rn. 1 f., 27 zu Art. 27.
[210] Vgl. auch HOFER/HRUBESCH-MILLAUER, Rn. 18.04.
[211] Materiell übereinstimmend Art. 28 Abs. 1 E-ZGB und Art. 25 Abs. 1 VE-ZGB.
[212] EGGER I, Anm. II zu Art. 27; vgl. auch EGGER II, Rn. 12 f. zu Art. 27. Analoges galt für Egger bezüglich der Handlungsfähigkeit, sofern das Gesetz keine Ausnahme (wie etwa die Entmündigung auf *eigenes Begehren* hin; dazu Kapitel B.III.a.1.2.4) vorsah; vgl. EGGER I, Anm. II zu Art. 27.
[213] Vgl. EGGER I, Anm. II zu Art. 27; EGGER II, Rn. 12 ff. i.V.m. Rn. 9 f. zu Art. 27.
[214] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 27; vgl. auch EGGER I, Anm. II zu Art. 27.

2.2.1.2 Freiheitsentäusserungen bzw. -beschränkungen, Art. 27 Abs. 2 ZGB

Art. 27 Abs. 2 *erste Alternative* ZGB[215] untersagte dem Einzelnen *(gänzliche) Entäusserungen der Freiheit*. Diesbezüglich verwies Egger in der Erstauflage auf Art. 27 Abs. 1 ZGB:

> „Es liegt schon in dem Grundsatz von al. 1 begründet, daß man sich seiner Freiheit nicht entäußern kann."[216]

In dieser Überlegung darf m.E. auch der Grund dafür gesehen werden, dass Egger in der Zweitauflage auf diese Konstellation gar nicht mehr einging.[217]
Aufschlussreich im Hinblick auf Eggers konzeptionelles Verständnis vom gesetzlichen Persönlichkeitsschutz sind Eggers Ausführungen zu Art. 27 Abs. 2 *zweite Alternative* ZGB[218]. Diese untersagte dem Einzelnen, sich im *Gebrauch der Freiheit* – darunter subsumierte Egger in beiden Kommentarauflagen auch den Gebrauch der (andern) „persönlichen Güter"[219] – „in einem das Recht *oder* die Sittlichkeit *verletzenden Grade* [zu] beschränken". Diesen Gesetzeswortlaut bezeichnete Egger als „irreführend" – in beiden Kommentarauflagen betonte er, auch die *„Sittlichkeit"*[220] stelle einen *Rechtsbegriff* dar, weshalb stets und ausschliesslich die Schranken des *Rechts* zu wahren seien.[221] Diese Bemerkungen Eggers sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass Egger in der Formulierung des Art. 27 Abs. 2 zweite Alternative ZGB einen Verweis auf das richterliche Ermessen erblickte, wobei er bezüglich der Ermessensausübung[222] hervorhob, *„in den Sitten"* – das bedeutete für Egger „in Brauch und Übung, im Anstand, im Anstandsgefühl […], weiterhin in der Volksmoral, in der Auffassung der Mehrheit […], in der öffentlichen Meinung" –

---

[215] Identisch Art. 28 Abs. 2 erste Alt. E-ZGB und Art. 25 Abs. 2 erste Alt. VE-ZGB.
[216] EGGER I, Anm. III/1 zu Art. 27.
[217] Vgl. EGGER II, Rn. 27 zu Art. 27, vgl. auch Rn. 12 ff. zu Art. 27 und den Hinweis in Fn. 310.
[218] Identisch Art. 28 Abs. 2 zweite Alt. E-ZGB. Art. 25 Abs. 2 zweite Alt. VE-ZGB untersagte dem Einzelnen Beschränkungen im Gebrauch der Freiheit „über Gebühr".
[219] EGGER II, Rn. 3, 18, 27 zu Art. 27; EGGER I, Anm. III/1 zu Art. 27.
[220] Für Egger war der Begriff der *„guten Sitten"* (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR; zit. in Fn. 327) im Sinne von *„Sittlichkeit"* (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB) zu verstehen; EGGER I, Anm. V/1 f. zu Art. 27, Anm. V/4 zu Art. 27. EGGER II, Rn. 15 zu Art. 27 betonte: „Zwar verfolgen Sittlichkeit und *Recht* verschiedene Ziele – jene die persönliche Vollkommenheit, diese die *Harmonie des Gemeinschaftslebens*; sie arbeiten mit verschiedenen Mitteln – auf alle Fälle ist jener der äußere Zwang wesensfremd […]; sie verwenden auch nicht immer die gleichen Maßstäbe. Aber Recht und Sittlichkeit entspringen derselben Wurzel, dem gleichen seelischen Vermögen, der ethischen ‚praktischen' Urteilskraft. Diese gibt uns jene besondere, abgewandelte ethische Beurteilung an die Hand, wie sie das Rechtsleben erfordert, die Rechtsmoral, die Rechtsethik […]."
[221] Vgl. EGGER II, Rn. 17 i.V.m. Rn. 15 f., 7 zu Art. 27; vgl. auch schon EGGER I, Anm. V – insb. V/2-4, 5a – zu Art. 27. Der Differenzierung im Gesetzeswortlaut mass Egger in der Erstauflage (bloss) insofern Bedeutung zu, als das Gesetz gewisse „Beschränkungen der Persönlichkeit" – wie das eigene Begehren auf Entmündigung (vgl. schon Fn. 212) *erlauben* – oder, wie z.B. die Vereinbarung von Vertragsstrafen für einen Verlöbnisbruch (dazu bei Fn. 497) – *verbieten* könne; EGGER I, Anm. IV zu Art. 27.
[222] Vgl. dazu Art. 4 ZGB: „Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen." Materiell übereinstimmend Art. 5 E-ZGB; der VE-ZGB enthielt diese Regelung nicht explizit.

lägen *keine „sichere[n] Richtlinien“*, um die Sittenwidrigkeit einer Freiheitsbeschränkung[223] zu beurteilen.[224] Daher wollte Egger in beiden Kommentarauflagen ein *„allgemeine[s] und objektive[s] Kriterium der Unsittlichkeit“* liefern, anhand dessen der Richter *Recht* sprechen konnte.[225]

2.2.1.2.1 Erstauflage

In der Erstauflage propagierte Egger zur Beurteilung der Frage, ob eine objektiv (un)sittliche Selbstbeschränkung der persönlichen Freiheit[226] im *konkreten Einzelfall* vorliege – Egger stellte klar, es sei von der „Relativität des rechtlichen Sittlichkeitsbegriffs“ auszugehen, zumal „eine bestimmte Beschränkung der Freiheit […] unter den gegebenen Verhältnissen unsittlich sein [kann], während die gleiche Verpflichtung unter anderen Umständen zulässig ist“[227] –, folgende *Formel*:

> „Richtig (und das heißt in Anwendung auf Art. 27: sittlich) ist, was richtiges Mittel zum richtigen Zwecke ist – die Richtigkeit letztlich gemessen am sozialen Ideal.“[228]

Bei dieser Formel griff Egger ausdrücklich auf die „Lehre von dem richtigen Rechte“[229] zurück, die der bekannte deutsche Jurist *Rudolf Stammler (1856-1938)* vorgestellt hatte; – dies nicht zuletzt aus der Überlegung heraus, dass „die schweizerische Rechtsprechung sich die Methode Stammlers schon vielfach zu eigen gemacht hat“.[230] Stammler war von der Grundüberlegung ausgegangen, dass die Menschen, „indem sie *zusammenstehen wollen*, ihre *Zwecke besser zu fördern* in der Lage sind“.[231] Daraus hatte Stammler gefolgert, dass ein *Wollen des Einzelnen* jeweils nur dann zulässig sei, wenn es im *Einklang mit der Gemeinschaft* stehe.[232] In dieser – so gesehenen – „Gemeinschaft frei wollender Menschen“ lag nach Stammlers Auffassung das „soziale Ideal“.[233] Entsprechend war Stammler zum Schluss gelangt, dass „der Inhalt einer Norm des Verhaltens richtig [ist], wenn er in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideals entspricht“.[234] Mit der Lehre vom richtigen Recht hatte Stammler folglich beabsichtigt, eine von bestimmten Grundüberlegungen getragene

---

[223] Beachte den Hinweis in Fn. 219.
[224] EGGER II, Rn. 15 f. zu Art. 27; EGGER I, Anm. V/1, 5 zu Art. 27.
[225] EGGER I, Anm. V/4, 5 zu Art. 27; für EGGER II vgl. Text zu Fn. 308.
[226] Darunter fiel für Egger jegliches *Tun* oder *Unterlassen*; vgl. EGGER I, Anm. VI/2b-2d zu Art. 27 mit Beispielen, vgl. sodann Anm. III zu Art. 27, wo Egger auch ein *Dulden* erwähnte, etwa in Form einer Einwilligung zur Verletzung der persönlichen Güter – hierzu EGGER I, Anm. IV/2a zu Art. 28, sowie Anm. 5b zu Art. 29 betreffend die Duldung der Namensführung durch Dritte.
[227] EGGER I, Anm. V/5g zu Art. 27. Deshalb hob Egger auch hervor, dass jeweils „alle Umstände des Falles in Berücksichtigung zu ziehen [sind]“; EGGER I, Anm. VI/2a (beta).
[228] EGGER I, Anm. V/5e zu Art. 27, vgl. auch Anm. VI/2a (alpha).
[229] So auch der Titel seines gleichnamigen Werks.
[230] EGGER I, Anm. V/4 zu Art. 27, wobei Egger konkret auf BGE 32 II 360 verwies.
[231] STAMMLER, Lehre, S. 196.
[232] Vgl. STAMMLER, Lehre, S. 198.
[233] STAMMLER, Lehre, S. 198.
[234] STAMMLER, Lehre, S. 198; STAMMLER, Schuldverhältnisse, S. 40 ff.

Methode zur Gewinnung „richtigen" Rechts zu liefern, wobei sich die „Richtigkeit" auf die Vereinbarkeit von Einzel- und Gemeinschaftsinteressen bezogen und sich anhand eines *„Abwägens der Einzelwünsche im Sinne der Gemeinschaft"* ergeben hatte.[235] Diese Vorstellung hatte Stammler durch die Aufstellung von „vier Grundsätze[n] des richtigen Rechtes" konkretisiert:[236]
Die „Grundsätze des Achtens" lauteten:

> „1. Es *darf nicht* der Inhalt eines Wollens der *Willkür eines anderen* anheimfallen.
> 2. Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der *Verpflichtete sich noch der Nächste* sein kann."[237]

Die „Grundsätze des Teilnehmens" lauteten:

> „1. Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach *Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen* sein.
> 2. Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der *Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein* kann."[238]

Während nach Stammlers Idee die *Grundsätze des Achtens* darauf abzielten, „den einzelnen rechtlich Verbundenen in seinem eigenen Wollen in rechter Freiheit und richtiger eigener Bestimmung zu halten", zielten die *Grundsätze des Teilnehmens* „auf die Durchführung des Gedankens der Gemeinschaft" ab, indem sie „zum Ausdrucke [bringen], dass das rechtliche Gebot, welches die einzelnen zu einem gemeinsamen Kampfe um das Dasein vereinigt, sich nicht selbst untreu werden darf", zumal es „in einen Widerspruch geraten [würde], wenn es zu gleicher Zeit den einzelnen dem sozialen Zusammenschlusse zwangsweise unterwürfe und ihn doch im besonderen Falle als einen solchen behandelte, der ausschliesslich rechtliche Pflichten hätte".[239]

2.2.1.2.1.1 Eggers Zweck-Mittel-Formel

Von diesen Vorstellungen Stammlers war Egger beeinflusst: Er machte – in beiden Kommentarauflagen – deutlich, dass er den einzelnen Menschen nicht nur als isoliertes Einzelwesen betrachtete, sondern stets auch als Teil einer engeren oder weiteren Gemeinschaft erfasste – etwa einer Ehe bzw. eines Familienverbandes, einer sonstigen Personenverbindung[240], eines öffentlichen Gemeinwesens bzw. allgemein der Gesellschaft.[241] Daher oblag dem Recht s.E. die Aufgabe, sowohl der *Individual-* als auch der

---

[235] STAMMLER, Lehre, S. 196; STAMMLER, Schuldverhältnisse, S. 40 ff.; vgl. auch EGGER I, Anm. V/4 zu Art. 27.
[236] Für Beispiele im Einzelnen vgl. insbesondere STAMMLER, Lehre, S. 421-446.
[237] STAMMLER, Lehre, S. 208.
[238] STAMMLER, Lehre, S. 211.
[239] STAMMLER, Lehre, S. 208, 211.
[240] Dazu EGGER I, Vorbem. 2b, 2c jur. Pers.; EGGER II, Rn. 1 f., insbes. Rn. 8 ff., Vorbem. jur. Pers.
[241] Vgl. nur EGGER I, Anm. II/4 zu Art. 28; für EGGER II vgl. Text zu Fn. 304.

Kollektivsphäre Rechnung zu tragen und dabei Spannungsverhältnisse aufzulösen.[242] Auf der *einen Seite* hob Egger deshalb hervor, „zeitgemäßes Recht" müsse „den modernen Individualismus zum Ausdruck" bringen.[243] Aus dem „modernen", „neuzeitlichen Individualismus" folgerte Egger die „Freiheit des Einzelnen"; die „Freiheit der Gestaltung seiner rechtlichen Verhältnisse".[244] Egger nahm an, dass die „individuell[e] Freiheit die menschlichen Kräfte zur höchsten Entfaltung bringen [wird]", weshalb er dem Recht die Aufgabe zusprach, diese Freiheit „zu begründen und zu gewährleisten".[245] Dieser Forderung sah Egger das ZGB nachgekommen: Gerade mit Blick auf das Personenrecht konstatierte er, dasselbe sei „getragen: vom *Persönlichkeitsgedanken*, der Individualisierung, der Anerkennung und dem Schutze der Persönlichkeit in der rechtlichen Gemeinschaft".[246] Wenn Egger also vom *„Persönlichkeitsgedanken"* sprach, meinte er damit – je nach Kontext – die *individuelle Freiheit* oder den *Schutz der Persönlichkeit*.[247] Auf der *anderen Seite* betonte er aber, der

> „Individualismus [ist] keineswegs ein atomistischer und gemeinschaftsfeindlicher. Der Gedanke der Persönlichkeit erhält vielmehr seinen Inhalt erst durch den *Gedanken der Gemeinschaft*. Mit *gleicher Stärke* durchdringt deshalb auch dieser das ZGB. […]"[248]

Damit betonte Egger neben dem Persönlichkeitsgedanken auch den *Gemeinschaftsgedanken*, von welchem das ZGB s.E. mit „gleicher Stärke" getragen war. Er hielt fest:

> „Materiell liegt in diesen Bestimmungen [sc. Art. 27 ff. ZGB] ein lebendiger Ausdruck des modernen Individualismus[249]. Dies darf nicht mißverstanden werden: *Persönlichkeitsgedanke und Gemeinschaftsgedanke durchdringen sich.* Gerade aus dem letzteren heraus sind Inhalt und Grenzen des Persönlichkeitsschutzes zu gewinnen […]."[250]

Diese beiden Interessenssphären waren für Egger zur Ziehung von Schranken des Persönlichkeitsrechts wegleitend: Eggers Vorstellung ging dahin, solchen Verpflichtungen die Verbindlichkeit abzusprechen, die gegen den *Persönlichkeitsgedanken* und / oder den *Gemeinschaftsgedanken* verstiessen.
Konkret musste nach seiner – an Stammler angelehnte – Vorstellung eine *Freiheitsbeschränkung*, um nicht als *unsittlich* i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB zu gelten, zunächst ihrem

---

[242] EGGER II, Rn. 38 Allg. Einl. PersR-Komm., sprach insofern auch von einer „*Synthese* des Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedankens".
[243] EGGER I, S. XXI Einführung PersR-Komm., vgl. auch Vorbem. 4 PersR.
[244] EGGER I, S. VI, XXIII Einführung PersR-Komm., Vorbem. 4 PersR; vgl. insofern auch bei Fn. 69, 2318.
[245] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 27; vgl. auch bei Fn. 69.
[246] EGGER II, S. X PersR-Komm. „Diesen Grundgedanken" wollte Egger in seiner Kommentierung des Personenrechts denn auch „in seinen Auswirkungen zur Darstellung [bringen]"; a.a.O.
[247] Für Näheres dazu vgl. Kapitel 2.2.1, 2.2.2.
[248] EGGER I, Vorbem. 4 PersR.
[249] Vgl. dazu auch den Text zu Fn. 69.
[250] EGGER I, Vorbem. zu Art. 27-30, vgl. auch Vorbem. 4 PersR; EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 27.

objektiven[251] *Zweck* – ihrem Erfolg – nach *richtig*[252] sein.[253] Betreffend Beschränkungen („Bindungen") des Einzelnen im wirtschaftlichen Bereich[254] bemerkte Egger dazu illustrativ, dass

> „solche Bindungen nur in einem mit den *berechtigten Zwecken des Verpflichteten* und mit den *Interessen der Gemeinschaft* vereinbaren Maße zulässig sind. Es hat somit eine *Interessenabwägung* stattzufinden […]. Sind die Interessen, denen die Beschränkung dient, berechtigt und werden dadurch nicht gleich- oder mehrberechtigte andere verletzt",

so lag für Egger ein *richtiger Zweck* vor.[255] Die Frage, ob ein richtiger Zweck vorliege, wollte Egger also anhand einer *Interessenabwägung* prüfen, bei welcher er die Interessen des sich bindenden Einzelnen den Interessen der Gemeinschaft gegenüberstellte. Dabei nahm Egger an, jedes „rechtliche Wollen", das mit den *Interessen der Gemeinschaft* vereinbar sei, sei „richtig"[256], – und folgerte daraus:

> „Ein auf *ausschliesslich* subjektive, begrenzt *persönliche Zwecke* gerichtetes Wollen kann *nicht richtig* sein. Das Wollen muss auf einen objektiv gerechtfertigten *Zweck* gehen, bei dem der *Gedanke der Gemeinschaft zu bestehen* vermag."[257]

Mit Blick auf *Kartelle* etwa konstatierte Egger, ein unrichtiger Zweck liege vor, wenn diese „gegründet werden: zur Herbeiführung eines tatsächlichen Monopols und zu wucherischer Ausbeutung des *Publikum* [sic!]" – *solche* Kartelle widersprachen s.E. also dem Gemeinschaftsgedanken.[258] Der Zweck der Freiheitsbeschränkung musste für Egger andererseits aber auch mit den Interessen des Einzelnen, also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*, im Einklang stehen. Denn aus Stammlers Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens leitete Egger ab, dass jedem Einzelnen eine gewisse nichtdisponible Freiheit verbleiben müsse.[259] Egger stellte klar, „zu guten Endzwecken darf die Freiheit in erheblichem Maße benommen werden", wohingegen schon eine geringe Freiheitsbeschränkung dann unzulässig sei, wenn sie beispielsweise lediglich darauf abziele, „Abhängigkeitsverhältnisse zu schaffen" – in solchen Fällen lag nach Eggers Ansicht eine „wegen ihres Maßes unsittliche Beschränkun[g]" vor.[260]

---

[251] *Subjektive Zwecke* waren s.E. (nur) in Form der „bestimmenden und offensichtlichen Motive" zu berücksichtigen; EGGER I, Anm. V/5f zu Art. 27.

[252] Egger sprach auch von „angängi[g]" bzw. „erträgli[ch]"; vgl. nur EGGER I, Anm. VI/2a (alpha).

[253] EGGER I, Anm. V/5f, VI/2a (alpha) zu Art. 27.

[254] Vgl. dazu EGGER I, Anm. VI/2 zu Art. 27.

[255] EGGER I, Anm. VI/2a (alpha).

[256] EGGER I, Anm. V/4 zu Art. 27; vgl. dazu auch STAMMLER, Schuldverhältnisse, S. 40 ff., der auf S. 42 klarstellte: „Der Endzweck des Rechtes und des Staates ist danach eine Gemeinschaft frei wollender Menschen; – ‚frei' nicht im Sinne unbedingter Kausalität, nein frei von subjektivem Eigennutze!"

[257] EGGER I, Anm. V/4 zu Art. 27, vgl. dazu auch Anm. VI/2 zu Art. 27.

[258] EGGER I, Anm. VI/2e zu Art. 27. Hingegen lag s.E. ein richtiger Zweck vor, wenn Kartelle zur „Sanierung der Verhältnisse, Milderung oder Aufhebung eines ruinösen Konkurrenzkampfes" gegründet wurden; a.a.O.

[259] EGGER I, Anm. V/4 f., VI zu Art. 27; vgl. auch HOFER, Lücke, S. 61. Dies galt für Egger gerade auch in *zeitlicher Hinsicht*: Egger stellte klar, dass auf der „Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit" insbesondere auch „die ‚wichtigen Gründe' zur Auflösung von Vertrags- und Gemeinschaftsverhältnissen [beruhen]"; EGGER I, Anm. I zu Art. 27.

[260] EGGER I, Anm. VI/1b zu Art. 27.

Ebenfalls zum Persönlichkeitsgedanken gehört es, wenn Egger betonte, dass diejenigen Verpflichtungen zu einem Verhalten, welches zwar „an sich weder widerrechtlich noch unsittlich ist, […] aber auf einen vertraglich verbotenen Erfolg geht", jeweils dann unrichtig seien, wenn sie „das Handeln nach der *persönlichen Überzeugung ausschalten* wollen".[261] Als Beispiel erwähnte Egger unter anderem die „Verpflichtung für die Prämiierung von Teilnehmern an einer Ausstellung zu sorgen".[262] Ebenfalls in diese Kategorie fielen für Egger Verpflichtungen, welche die „Koalitionsfreiheit verletzen", wie etwa „Verträge über Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Religion, zu einer Partei" – diese Verträge qualifizierte er als nichtig, weil für derartige Vertragsgegenstände „die freie Persönlichkeit entscheiden muss".[263] Als „ganz besonders gefährdert" erschien Egger die Freiheit dann, wenn für solche Verpflichtungen Vermögensvorteile versprochen wurden – hier bildeten s.E. „die *Bindung* […], wo Freiheit herrschen soll, ein *unrichtiger Zweck*, die *Anstrebung der Bindung durch Geldleistung* ein *unrichtiges Mittel*".[264] Eine solche Situation lag für ihn z.B. bei „Bestechungen von Beamten" vor, oder dann, wenn eine Ehefrau gegen Entschädigung die Verpflichtung einging, sich der von ihrem Ehemann angehobenen Scheidungsklage nicht zu widersetzen.[265]

Mit diesen letztgenannten Fällen ist zugleich schon auf die andere Voraussetzung einer sittlichen Freiheitsbeschränkung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB hingewiesen: Neben einem richtigen Zweck musste nach Eggers Ansicht auch das *Mittel*, mit welchem der fragliche Zweck verfolgt wurde, *richtig*[266] sein.[267] Diese Voraussetzung war für Egger dann erfüllt, wenn in der „Anstrebung der Bindung" ein richtiges Mittel lag[268] und „die *Bindung selbst eine angängige, eine erträgliche*" war – ein unrichtiges Mittel lag s.E. folglich etwa vor, wenn die Bindung „die Betätigung der wirtschaftlichen Persönlichkeit ungehörig erschwert".[269] Analog zur Prüfung des Zwecks, propagierte Egger damit also letztlich auch bei der Prüfung des *Mittels* eine Interessenabwägung. Implizit thematisierte er dabei den *Gemeinschaftsgedanken*, wenn er (ohne Nennung konkreter Beispiele) bemerkte, die Verpflichtung zu einem Verhalten sei „schlechthin" dann ein unrichtiges Mittel, wenn dieses Verhalten mit „den Anforderungen des Gemeinschaftslebens unverträglich" sei.[270] Demgegenüber

---

[261] EGGER I, Anm. VI/1a (alpha, beta) zu Art. 27.
[262] EGGER I, Anm. VI/1a (beta) zu Art. 27.
[263] EGGER I, Anm. VI/1a (gamma) zu Art. 27
[264] EGGER I, Anm. VI/1a (beta) zu Art. 27.
[265] EGGER I, Anm. VI/1a (beta) zu Art. 27. Zur Verpflichtung, gegen Entgelt „einen Strafantrag nicht zu stellen oder ihn zurückzunehmen", hielt Egger a.a.O. fest, dabei handle es sich zwar nicht – da Strafanträge eben auf einem *Antragsrecht* beruhten – um einen unrichtigen Zweck, jedoch aufgrund des versprochenen Entgelts um ein „unrichtiges Mittel".
[266] Vgl. auch hier den Hinweis in Fn. 252.
[267] EGGER I, Anm. V/5f, VI/2a (alpha) zu Art. 27.
[268] Vgl. bei Fn. 264.
[269] EGGER I, Anm. VI/2a (alpha) zu Art. 27.
[270] EGGER I, Anm. VI/1a (alpha) zu Art. 27, vgl. dazu auch Anm. VI/2a (alpha) zu Art. 27.

betraf Eggers folgende Bemerkung implizit den *Persönlichkeitsgedanken*:

> „Unrichtiges Mittel ist jede Bindung, welche dem *Zweck nicht proportional* ist, sondern weitergeht, und welche die *Interessen des Bindenden* so verkümmern lässt, dass er sich *nicht mehr als der Nächste* erscheint, dass er zum *Objekt für die Selbstzwecke der andern* wird.
> Unrichtig sind deshalb alle Verpflichtungen, durch die sich eine Person absolut in die Abhängigkeit vom Willen eines andern begibt. […] So wenn der Leistungsinhalt beliebig vom Gegenkontrahenten soll festgesetzt werden können, und zwar auch dann, wenn nur in ganz bestimmten Richtungen ein solches Abhängigkeitsverhältnis geschaffen wird: Versprechen von Bußen, von Konventionalstrafen, deren Höhe der Gegner zu bestimmen hat […]."[271]

Im Zusammenhang mit den Kartellen hielt Egger daher fest, ein unrichtiges Mittel liege vor, wenn

> „die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Mitglieder in unzulässigem Masse […] eingeschränkt, wenn der Beitritt erzwungen, der Austritt auf längere Zeit verunmöglicht oder erheblich erschwert wird".[272]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Egger eine unsittliche Freiheitsbeschränkung[273] i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB dann annahm, wenn sie nicht richtiges Mittel zu richtigem Zweck darstellte.[274] Sowohl die Frage, ob ein richtiges Mittel vorliege als auch die Frage, ob mit diesem Mittel ein richtiger Zweck verfolgt werde, prüfte Egger anhand einer Abwägung zwischen den Interessen der sich in ihrer Freiheit beschränkenden Person und den Interessen der (wie auch immer gearteten) Gemeinschaft.

2.2.1.2.1.2 Konzeptionelle Würdigung

Regelungsgegenstand des Art. 27 ZGB bildeten unzulässige *Selbstbeschränkungen*. Dass Egger dieser Norm letztlich den Zweck zumass, dem *Einzelnen* ein gewisses *Grundmass an Freiheit* zu erhalten – das Persönlichkeitsrecht also nach unten hin zu begrenzen – wurde bereits erwähnt.[275] Dieser Umstand hätte erwarten lassen, dass

---

[271] EGGER I, Anm. VI/1b zu Art. 27, vgl. dazu auch Anm. VI/2a (alpha) zu Art. 27, wo Egger bemerkte, unrichtiges Mittel sei „jede Freiheitshinderung, welche das Fortkommen des Verpflichteten vernichtet oder erheblich erschwert".

[272] EGGER I, Anm. VI/2e zu Art. 27.

[273] Aufgrund des schon bei Fn. 219 erwähnten Umstands, dass Egger unter Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht nur Freiheitsbeschränkungen an sich zählte, sondern auch den „Genuß der übrigen persönlichen Güter", ging er bei Beschränkungen derselben gleich vor: Mit Blick auf „Leib, Leben, Gesundheit", hielt er beispielsweise fest, dass „Dienstverträge auf lebensgefährliche Verrichtungen" gültig seien, sofern sie zu richtigen Zwecken eingegangen, nicht aber, wenn „frivole Zwecke" verfolgt würden; zum Ganzen: EGGER I, Anm. VI/3, 3a zu Art. 27.

[274] Die Zweck-Mittel-Formel propagierte Egger übrigens auch, vgl. EGGER I, Anm. 5d, 5b zu Art. 52, bei der Anwendung des Art. 52 Abs. 3 ZGB, der bestimmte: „Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen." Materiell übereinstimmend Art. 61 Abs. 3 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt hingegen Sondernormen: betreffend Vereine vgl. Art. 80 VE-ZGB; betreffend Stiftungen vgl. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 VE-ZGB.

[275] Vgl. Kapitel 2.2.1.

Egger bei seiner Kommentierung des Art. 27 ZGB den *Persönlichkeitsgedanken* ins Zentrum stelle. Durchaus der Fall ist dies zwar bei Art. 27 Abs. 1 sowie bei Art. 27 Abs. 2 *erste Alternative* ZGB, was aufgrund des Gesetzeswortlauts jedoch auch nicht weiter überrascht.

Für Art. 27 Abs. 2 *zweite Alternative* ZGB gilt allerdings Anderes: Die von Egger in diesem Zusammenhang propagierte Zweck-Mittel-Formel zur einzelfallgerechten, objektiven Feststellung der (Un-)Sittlichkeit von Freiheitsbeschränkungen macht deutlich, dass Egger hier nicht allein mit dem Persönlichkeitsgedanken operierte, sondern auch mit dem *Gemeinschaftsgedanken*. Eggers Argumentation deutet sogar darauf hin, dass Egger diese beiden Interessenssphären als *gleichberechtigte Prinzipien* betrachtete – worin ein gewichtiges Indiz für die Annahme liegt, dass Egger konzeptionell von einer von vornherein – *immanent* – beschränkten Freiheit ausging; dass er die Schranken der Freiheit also bereits im Freiheits*begriff* selbst angelegt sah.[276] Diese sog. *Immanenztheorie* bildete in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ein typisches Grundmodell zur Konzeption von Privatrecht.[277] Ein berühmter Vertreter dieser Theorie war der schon erwähnte[278] *Otto von Gierke*, welcher im Jahr 1889 in seinem Vortrag „Die soziale Aufgabe des Privatrechts" zu bedenken gab,

> „daß *jeder Mensch zugleich sich selbst* und der Gattung lebt, daß der Einzelne eine Welt für sich, ein dem Universum gegenüber geschlossenes Ganze [sic!] und doch auch *Theil von höheren Ganzen*, vorübergehende Erscheinung in dem Lebensprozesse von Gemeinwesen ist".[279]

Aufgrund dieses bekanntlich auch von Egger betonten Doppelcharakters des Menschen – in welchem Gierke letztlich auch den Grund für die Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht verortete[280] –, hatte Gierke die Forderung nach einem *sozialen Privatrecht* formuliert:

> „Wir brauchen […] ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der *unantastbaren Sphäre des Individuums* der *Gedanke der Gemeinschaft* lebt und webt. Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des *naturrechtlichen Freiheitsraumes* wehen und unser Privatrecht muß ein *Tropfen sozialistischen Oeles* durchsickern."[281]

Gierke hatte sich in dieser Aussage für eine Vereinigung von zwei an sich gegensätzlichen Lehren ausgesprochen: *Einerseits* hatte er ein Privatrecht verlangt, welches der „unantastbaren Sphäre des Individuums", dem „naturrechtlichen Freiheitsrau[m]" Rechnung trägt – hier hatte Gierke auf die Naturrechtslehre zur Zeit der Aufklärung angespielt, welche insbesondere die individuelle Freiheit und Gleichheit aller

---

[276] Vgl. zu dieser Konzeption HOFER, Freiheit, S. 142 f., 280 f.; vgl. auch DIES., Konzeption, S. 30.
[277] Vgl. Fn. 276; für weitere Grundmodelle von Privatrechtskonzeptionen ebenfalls HOFER, Freiheit, S. 276 ff.
[278] Vgl. bei Fn. 180.
[279] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 5.
[280] Vgl. GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 5 ff.
[281] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 13.

Menschen als Grundprinzipien der Privatrechtsordnung propagierte.[282] *Andererseits* hatte Gierke gefordert, das Privatrecht[283] müsse von einem „Tropfen sozialistischen Oeles" durchsickert werden. Diese Forderung ist vor dem Hintergrund der gravierenden, von der Industrialisierung hervorgerufenen sozialen Missstände[284] des 19. Jahrhunderts zu sehen, denen die Sozialisten insbesondere durch die Enteignung von Produktionsmitteln und deren Überführung von privatem Eigentum des Bürgertums in staatliches – d.h. dem „als herrschende Klasse organisierten Proletaria[t]" gemeinschaftlich zustehendes – Eigentum entgegentreten wollten.[285] Da dem Privatrecht dadurch aber ein fundamentaler Bereich entzogen und es damit letztlich auch im öffentlichen Recht aufgehen würde (was Gierke beides, wie die zitierte Aussage[286] belegt, keineswegs gewollt hatte) – hatte Gierke lediglich einen „Tropfen" dieses „sozialistischen Oeles" gefordert.[287] Für sich *allein* genommen hatte Gierke also sowohl den „naturrechtlichen Freiheitsrau[m]" als auch die sozialistischen Lehren abgelehnt:

> „Beiden Richtungen gilt der Kampf. Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei.
> Ist aber der Gegensatz unverlierbar, so müssen wir doch die *Einheit über dem Gegensatz* mit aller Kraft suchen und verwirklichen. […] Und mit diesem Gedanken ist ewig unvereinbar ein absolutistisches öffentliches Recht, ewig unvereinbar aber auch ein individualistisches Privatrecht."[288]

Aus diesem Grund hatte sich Gierke für eine Beschränkung der individuellen Freiheit ausgesprochen:

> „So kann auch die Rechtsordnung, wenn sie sich in Privatrecht und öffentliches Recht spaltet, wohl eine Weile davon absehen, daß der Einzelne für das Ganze und das Ganze für die Einzelnen da ist. Allein zuletzt darf sie die *Einheit des Zieles* nicht vergessen und muß *auch im Privatrecht*, wo sie zuvörderst für Einzelinteressen sorgt, *das Gemeinwohl*

---

[282] Diese Prinzipien wurden dabei als zeitlos gültig und unabhängig jegwelcher positiven Rechtsordnung „aus der ‚Natur' des Menschen, aus seinem ‚natürlichen' Verhalten, d.h. aus der menschlichen Vernunft", hergeleitet. Kennzeichnend für die Naturrechtslehre ist die „Ablehnung bloß überkommener, aber vernunftmäßig nicht erklärbarer Machteinflüsse und ebensolcher Bindungen im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen und damit auch im rechtlichen Bereich"; BRAUNEDER, S. 103 f. Vgl. auch DERS., S. 105 ff.; EISENHARDT, § 6; MEDER, Kapitel 12.

[283] *Friedrich Carl von Savigny* (vgl. Fn. 180) forderte Korrekturen hingegen nicht auf der Ebene des Privatrechts, sondern auf jener des *öffentlichen Rechts*; vgl. SAVIGNY, System, S. 370 f.

[284] Auf diese bezog sich auch Egger, wenn er etwa darauf hinwies, dass der „Persönlichkeitsgedanke" dahingehend eine „Abwandlung" erfahren habe, dass „[sich] die Freiheit des Einzelnen voll auszuwirken [vermag]", wobei „die Intensität und die Hemmungslosigkeit des seitherigen wirtschaftlichen Kampfes, die Schwierigkeiten und Gefahren des heutigen Lebens im isolierten Individuum die Empfindung der Schutzlosigkeit [auslösen]"; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 27, vgl. auch Rn. 5 Einl. FamR; EGGER I, Vorbem. 1c FamR.

[285] Zit. nach STAMMEN/CLASSEN, S. 84 f.

[286] S. Text zu Fn. 281.

[287] Vgl. nur HOFER, Konzeption, S. 14 f.

[288] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 12.

erstreben, und im öffentlichen Recht, wo sie zunächst auf das Ganze blickt, den Einzelnen gerecht werden."[289]

Wenn Gierke also ein *soziales Privatrecht* gefordert hatte, so lag darin zwar ein Bekenntnis zur individuellen Freiheit – diese musste s.E. aber vor dem *Gemeinschaftsgedanken* Bestand haben; Gierke hatte somit Freiheitsbeschränkungen mit Rücksicht auf Gemeinschaftsinteressen – gerade auch zum Schutz Schwächerer[290] – legitimiert.[291] Konzeptionell war er dabei von einer *immanenten Schranke* der Freiheit (bzw. allgemein: eines Rechts) ausgegangen, wie sein folgender Hinweis zum *Eigentum* zeigt:

„Mit dem Satze ‚kein Recht ohne Pflicht'[292] hängt innig unsere germanische Anschauung zusammen, daß *jedes Recht* eine ihm *immanente Schranke* hat. Das romanistische System an sich schrankenloser Befugnisse, welche nur von außen her[293] durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt werden, widerspricht jedem sozialen Rechtsbegriff. Uns reicht schon an sich keine rechtliche Herrschaft weiter, als das *in ihr geschützte vernünftige Interesse* es fordert und die *Lebensbedingungen der Gesellschaft* es zulassen.
[…] Das Privateigentum ist schon seinem Begriff nach kein absolutes Recht. Alle ihm im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluß der Möglichkeit der Enteignung sind in seinem Begriff angelegt und entstammen seinem innersten Wesen.
Darum ist es auch ein schädlicher Irrthum, daß das Eigentum überall sich selbst gleich und von der Natur seines Gegenstandes vollkommen unabhängig sei. Vor allem ist das Grundeigenthum seinem Inhalt nach von vornherein beschränkter als das Eigentum an Fahrniß. Daß ein *Stück unseres Planeten* einem einzelnen Menschen *in derselben Weise eignen soll, wie ein Regenschirm* oder ein Guldenzettel, ist ein *kulturfeindlicher Widersinn*. In unserem Volksbewußtsein lebt unaustilgbar die von dunkler Erinnerung an den Ursprung des Grundeigenthums getragene und alle künstlichen Dämme immer wieder durchbrechende Anschauung, daß die Erde trotz aller Bodenauftheilung bis zu einem gewissen Grade stets Gemeingut geblieben ist, daß alles Sonderrecht am Boden nur mit einem starken Vorbehalt zugunsten der Allgemeinheit besteht."[294]

Diese Aussage belegt, dass Gierke eine einzelfallbezogene – und dabei von der Bedeutung des *fraglichen Gegenstandes* abhängige – Prüfung propagiert hatte, bei welcher zu klären war, ob das Interesse des Eigentümers an der Ausübung seines Eigentumsrechts überwiege oder aber das Interesse der Allgemeinheit an der Beschränkung des Eigentümers bei der Ausübung von dessen Eigentumsrecht.
Damit zeigt sich zugleich die *Gefahr der Immanenztheorie*, welche darin liegt, dass Rechtsbeschränkungen „unter Berufung auf besondere Interessen *leicht legitimiert*

---

[289] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 6.
[290] Vgl. HOFER, Freiheit, S. 146 ff.
[291] Repgen bemerkt dazu: „Im Vordergrund standen freiheitliche Ideen bei Gierke sicherlich nicht, aber er wollte […] ebensowenig das freie Individuum aus dem Recht verbannen. Es ging ihm um eine Verbindung von Privatrecht und ‚sozial', die die Freiheit relativiert. […] für Gierke stellte die soziale Aufgabe des Privatrechts eine Synthese von Gemeinschaftsgedanken und Freiheit dar. […]"; vgl. REPGEN, S. 101.
[292] Zu diesem Satz schon GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 17.
[293] Vgl. zu *dieser* Konzeption Text zu Fn. 342.
[294] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 20 f.; vgl. auch Fn. 306.

und die Freiheit sogar in Teilbereichen ganz aufgehoben werden" können.[295] Als problematisch erweisen sich demnach die Anforderungen an die *Begründungsdichte* von Rechtsbeschränkungen, die bei der Immanenztheorie so gering sind, dass sie die Privatautonomie als fundamentales Prinzip des Privatrechts gefährden können.[296] Kritisch ist dies nicht zuletzt deshalb, weil dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, *Einschränkungen* von Rechten vorzunehmen, die *über das legitime Ziel hinausgehen*, eine Ausgangslage zu schaffen, die allen Personen den *gleichen Gebrauch*[297] dieser Rechte erlaubt.[298]

Dass Egger diese Gefahr zumindest spürte, zeigt seine Methode zur Klärung der (Un-)Sittlichkeit i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB: Eggers Ausführungen zu dieser Bestimmung lassen zwar erkennen, dass Egger der *Immanenztheorie* folgte – doch machte Egger im Zusammenhang mit der von ihm propagierten, austarierten Zweck-Mittel-Formel deutlich, dass er durchaus hohe Anforderungen an die Begründungsdichte stellte, um eine Freiheitsbeschränkung tatsächlich als *un*sittlich zu qualifizieren; was im Umkehrschluss bedeutet, dass Egger der Privatautonomie grosses Gewicht zumass.[299]

2.2.1.2.2 Zweitauflage

Zur Feststellung der objektiven Unsittlichkeit i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB argumentierte Egger in der Zweitauflage mit dem *Zweck von Rechtsbeschränkungen* im Bereich des *ungeschriebenen Rechts*. Im Gegensatz zu Art. 27 Abs. 1 ZGB, den Egger dem zwingenden, gesetzten Recht zuordnete[300], ordnete er den Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgrund des offenen Begriffs der „Sittlichkeit" dem ungeschriebenen Recht zu.[301] Der Zweck von Rechtsbeschränkungen in diesem Bereich lag für Egger – wie der Zweck *zwingenden, gesetzten Rechts*[302] – in der *„Wahrung höherer Interessen"*, nämlich von *Einzel-* oder *Gemeinschaftsinteressen*:[303]

> „Dieses [sc. das ‚ungesetzte Recht'] hat […] zwei Interessenssphären zu schützen, diejenigen der *Gemeinschaft* und diejenigen des *Einzelnen*, somit die *öffentliche Ordnung* und das *Recht der Persönlichkeit*. Diese beiden Gesichtspunkte sind wegleitend für die privatrechtlichen *Beschränkungen der Vertragsfreiheit* […]. Zwischen den beiden Sphären bestehen die engsten Beziehungen. Der Einzelne ist nicht nur freie Persönlichkeit, er ist auch Glied der Gemeinschaft. Die Gemeinschaftsinteressen fordern auch die

---

[295] Vgl. HOFER, Konzeption, S. 30, 32 f.; vgl. auch Fn. 296.
[296] Vgl. HOFER, Freiheit, S. 143, 148; Fn. 295.
[297] Vgl. diesen Gedanken auch bei Egger im Text zu Fn. 364.
[298] Vgl. HOFER, Konzeption, S. 32.
[299] Vgl. diesen Grundgedanken auch bei HOFER, Lücke, S. 59.
[300] Vgl. EGGER II, Rn. 12 ff. i.V.m. Rn. 9 f. zu Art. 27.
[301] Vgl. nur die Überschrift zu EGGER II, Rn. 15 ff. zu Art. 27. Dabei ging Egger davon aus, dass *alles* ungeschriebene Recht – so auch der in Art. 19 Abs. 2 OR (zit. in Fn. 327) erwähnte Begriff der „öffentlichen Ordnung" – unter dem Oberbegriff der „Sittlichkeit" stehe; EGGER II, Rn. 22 zu Art. 27.
[302] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 27; vgl. auch Fn. 300.
[303] EGGER II, Rn. 11, 22 zu Art. 27.

Freiheit des Einzelnen, die Freiheit des Einzelnen eine gefestigte und angemessene Gemeinschaftsordnung."[304]

Mit dieser Argumentation verwendete Egger zwar einen im Vergleich zur Erstauflage eingängigeren Ansatz[305] – jedoch blieb die im Hintergrund stehende Überlegung mit den beiden Interessenssphären dieselbe. Dies zeigt auch Eggers folgender Hinweis:

„Die Vertragsfreiheit kann mißbraucht werden. Sie kann der *öffentlichen Ordnung*, sie kann der *persönlichen Freiheit* der Kontrahenten und ihren (übrigen) persönlichen Gütern gefährlich werden. Vertragsfreiheit kann zu Vertragsknechtung führen (Gierke[306], […]). Sie muß nach wie vor anerkannt werden als Grundlage unserer Privatrechtsordnung […], aber sie muß in die Schranken gewiesen werden, welche die *öffentliche Ordnung* und der *Schutz der Persönlichkeit* erfordern. […]"[307]

Wenn Egger daher bemerkte, der Richter müsse „aus der Rechtsethik erst die Entscheidungsnorm zur Lösung des Einzelfalles gewinnen", so lag darin eine Anweisung an den Richter, beim Treffen von Entscheiden dem *Persönlichkeits-* und dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung zu tragen.[308] Zu diesem Zweck hatte der Richter nach Eggers Ansicht das in Frage stehende Rechtsverhältnis als Ganzes zu betrachten.[309] Für den Fall, dass sich dabei „eine Entäußerung oder Beschränkung[310] in den persönlichen Gütern" ergab, musste geprüft werden, ob diese Entäusserung „mit der Idee einer vernünftigen Ordnung vereinbar sei":[311]

---

[304] EGGER II, Rn. 22 zu Art. 27; vgl. auch bei Fn. 302 und EGGER II, Rn. 38 Allg. Einl. PersR-Komm.: „Die politische Erfahrung des Volkes, die immer wieder auf die Mäßigung in der Verfolgung der eigenen Interessen, auf die Achtung vor den Andern und die Kräfte des Gemeinschaftswillens verwies, hat das ihrige beigetragen. […] In voller Grundsätzlichkeit und kraftvoll wie in keiner andern Gesetzgebung kommt der *Persönlichkeitsgedanke* im Gesetz zum Ausdruck. Nicht weniger lebendig aber in der Ausgestaltung der Ehe, des Eltern und Kindesverhältnisses, der Familie, aber auch in der Wahrung der öffentlichen Interessen, der *Gemeinschaftsgedanke* […]."

[305] Dieser Umstand passte zu Eggers Ziel als Kommentator, „die leitenden Gedanken des ZGB. zu neuer und *möglichst eindringlicher* Darstellung zu bringen"; vgl. dazu schon bei Fn. 20.

[306] GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 28 f., hatte ausgeführt: „Wenn das moderne Recht hier den Grundsatz der Vertragsfreiheit durchführt, so kann doch auch hier *nicht willkürliche*, sondern nur *vernünftige Freiheit* gemeint sein: Freiheit, die kraft ihrer sittlichen Zweckbestimmung ihr Maß in sich trägt, – Freiheit, die zugleich Gebundenheit ist. Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirthschaftlicher Uebermacht. Das Gesetz, welches mit rücksichtslosem Formalismus aus der freien rechtsgeschäftlichen Bewegung die gewollten oder als gewollt anzunehmenden Folgen entspringen läßt, bringt unter dem Schein einer Friedensordnung das bellum omnium contra omnes in legale Formen. Mehr als je hat heute auch das Privatrecht den Beruf, den Schwachen gegen den Starken, das Wohl der Gesammtheit gegen die Selbstsucht der Einzelnen zu schützen."

[307] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 27, vgl. auch Rn. 1 f., 27 zu Art. 27.

[308] EGGER II, Rn. 16 ff., 27 zu Art. 27.

[309] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 27.

[310] Egger bemerkte, dass in bestimmten Beschränkungen in den persönlichen Gütern „bereits eine *Entäußerung* liegen [kann]", was sich jeweils „nach der Natur des betroffenen persönlichen Gutes [bestimmt]"; EGGER II, Rn. 27 zu Art. 27.

[311] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 27.

„Er [sc. der Richter] kann die Frage dahin stellen, ob ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit vorliege oder ob der Vertrag nach seinem *Zweck* und ihren *Mitteln* haltbar sei […] – stets bedarf es einer kritischen Würdigung und Bewertung der *beidseitigen Interessen*, einer Erfassung ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die *Allgemeinheit* und für die *Persönlichkeit*."[312]

Diese Aussage macht deutlich, dass sich Egger in der Zweitauflage an die Erstauflage anlehnte: Einen „Mißbrauch der Vertragsfreiheit" – und damit eine *Unsittlichkeit* i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB – nahm Egger dann an, wenn eine Verpflichtung aufgrund ihres Zwecks und / oder ihrer Mittel als unrichtig zu qualifizieren war. Dies seinerseits wollte Egger (in beiden Kommentarauflagen) anhand einer Abwägung der Einzel- und Gemeinschaftsinteressen klären:

Gegen das *„Persönlichkeitsrecht"* verstiessen nach Eggers Ansicht Rechtsgeschäfte, welche für den Einzelnen eine „übermäßig[e] Beschränkung im Gebrauch" der Freiheit bzw. der sonstigen persönlichen Güter bedeuteten.[313] Zur Veranschaulichung dieser Ansicht bildete Egger verschiedene Fallgruppen, welche sich an Eggers (hier nicht weiter interessierende) Gruppierung[314] der persönlichen Güter orientierten: Beispielsweise hielt Egger mit Blick auf die „körperlichen Güter" fest, „absolut ausgeschlossen ist jede Verfügung über das Lebensgut" – so sei etwa die „Einwilligung zur Tötung" [315] unzulässig, wohingegen die „Einwilligung und Verpflichtung zur Duldung" von Eingriffen in die körperlichen Güter dann zulässig sei, „wenn sie um höherer Zwecke willen erfolgen", wie namentlich bei der „Vornahme von Operationen zu Heilzwecken" u. dgl.[316] Als unsittlich im Bereich der „seelischen Güter" qualifizierte Egger sodann Verträge, welche sich gegen „die eigene Überzeugung" richteten – wie „die Verpflichtung […] einem Verein, der sich zu einer Überzeugung politischer […] Art bekennt, beizutreten oder nicht beizutreten".[317] Gleiches galt nach Eggers Ansicht für Verträge betreffend „das eigene Empfindungsleben" – weshalb „die Zustimmungen zu Verlobung, Eheschließung, Ehescheidung, Kindesannahme spontan im entscheidenden Zeitpunkt selbst erfolgen [müssen] und nicht aus vorangegangener Bindung".[318] Generell im Bereich des „Anspruch[s] auf Achtung und Geltung" hielt Egger solche Verträge für unzulässig, die „jenes Mindestmaß" dieses Anspruchs „verletzen, welche die Rechtsordnung zum Schutze der Persönlichkeit (und um der öffentlichen Ordnung willen) von jedermann verlangen muß" – so etwa „Vereinbarungen zur Beeinträchtigung der

---

[312] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 27; betreffend die zu würdigenden Umstände des Vertrags vgl. EGGER II, Rn. 19-21. Zur Zulässigkeit von weitergehenden Selbtbeschränkungen bei juristischen als bei natürlichen Personen vgl. EGGER II, Rn. 17 zu Art. 53.

[313] EGGER II, Rn. 27 zu Art. 27.

[314] Vgl. dazu bei Fn. 193.

[315] Beachte dazu insbesondere auch Text zu Fn. 802.

[316] EGGER II, Rn. 28 zu Art. 27.

[317] EGGER II, Rn. 29 f. zu Art. 27.

[318] EGGER II, Rn. 31 zu Art. 27.

Kündigungsfreiheit des Personals".[319] Und im Zusammenhang mit Beschränkungen „der wirtschaftlichen Persönlichkeit" stellte Egger klar, hier sei eine übermässige Beschränkung (erst) dann anzunehmen, „wenn sie ihrer Art nach den Verpflichteten der Willkür des andern ausliefert […] oder durch ihren Umfang dessen wirtschaftliche Existenz gefährdet" – dafür „[muß] seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit […] aufgehoben oder doch in einem Maße eingeengt sein, daß die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind […]".[320] Diverse dieser Beispiele sind bereits aus der Erstauflage bekannt – nur ordnete sie Egger vorliegend systematisch anders ein.

Unter den Begriff „Allgemeinheit" – oder eben: der *„öffentlichen Ordnung"*[321] – subsumierte Egger demgegenüber „alle Interessen von Staat und Gesellschaft, vor denen die Vertragsfreiheit haltmachen muss".[322] Auch hier bildete Egger Fallgruppen: S.E. waren insbesondere solche Verträge unsittlich, welche gerichtet waren *gegen* die „staatlichen Interessen" (z.B. „Beamtenbestechung"), „die Rechtspflege" (z.B. Verträge „auf Beeinflussung der Zeugen"), „die Rechtsordnung als solche" (z.B. „Verträge auf Begehung unerlaubter Handlungen"), die „allgemeine Ordnung des Verkehrs" (z.B. „Schmiergeldversprechen"), oder solche, die gerichtet waren *auf* die „Schädigung des Staates, um ihm vorzuenthalten, was ihm von Rechtswegen zukommt" (z.B. „Verträge zur Täuschung des Steuerfiskus"), die „Täuschung des Publikums" („Versprechen der Beschaffung von Titeln, Diplomen"), oder etwa die „Verfälschung der Preisbildung überall da, wo ein besonderes Interesse an freier Preisbildung besteht" (z.B. bei „Submissionskartelle[n]"[323]).[324] Auch in diesem Zusammenhang finden sich bereits aus der Erstauflage bekannte Beispiele.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass wenn Egger jede Verpflichtung als *unsittlich* i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB qualifizierte, die mit dem *Persönlichkeitsrecht* und / oder der *öffentlichen Ordnung* unvereinbar war, er damit die aus der Erstauflage bekannte Zweck-Mittel-Formel verdeutlichte. Im konzeptionellen Kern liegen die Zweitauflage und die Erstauflage gleichauf – auch vorliegend nahm Egger somit eine *immanente Beschränkung* des Persönlichkeitsrechts an.[325]

---

[319] EGGER II, Rn. 32 zu Art. 27.

[320] EGGER II, Rn. 35 zu Art. 27.

[321] Vgl. bei Fn. 304.

[322] EGGER II, Rn. 23 zu Art. 27.

[323] Auch in der Zweitauflage bemerkte EGGER II, Rn. 36 zu Art. 27, Kartellvereinbarungen seien „unzulässig, wenn sie *unrichtige Zwecke* verfolgen oder *unrichtige Mittel* vorsehen, insbesondere wenn sie gerichtet sind auf wucherische Ausbeutung der Monopolstellung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Außenseiter"; vgl. insofern schon bei Fn. 258.

[324] Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 24-26, 35 f. zu Art. 27.

[325] Vgl. bei Fn. 312. Für die Anwendung der Zweck-Mittel-Formel auf *juristische Personen* s. EGGER II, Rn. 8 zu Art. 52: „Die Zwecke dürfen nicht widerrechtlich oder unsittlich sein. […] Erforderlich ist, daß der *Zweck* – der statutarische und der wirklich verfolgte – nicht gegen die Rechtsordnung verstößt. Sind lediglich die *Mittel* zu verpönen, dann bleibt es bei der Haftung des Verbandes und der Handelnden nach den allgemeinen Grundsätzen […]." Konkret zur *Unsittlichkeit* bemerkte EGGER II, Rn. 9 zu Art. 52: „Unsittlichkeit, d.i. Verstoß gegen die Normen des ungeschriebenen Rechtes, somit gegen die *öffentliche Ordnung* oder das *Recht*

2.2.1.3 Rechtsfolgen bei Verstössen gegen Art. 27 ZGB

Das Gesetz erwähnte die Rechtsfolgen für Verstösse gegen Art. 27 ZGB nicht. Egger ging jeweils von einer *(Teil-)Nichtigkeit* ex tunc aus.[326] Diese Rechtsfolge stimmte zum einen mit Art. 20 Abs. 1 OR überein, der die Nichtigkeit für einen Vertrag anordnete, der i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR[327] „gegen die guten Sitten [verstiess]" – wobei Egger letzteren Begriff bekanntlich mit der Unsittlichkeit i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB gleichsetzte.[328] Zum andern hatte die Nichtigkeitsfolge auch den Vorstellungen Stammlers – und deshalb[329] vermutungshalber auch denjenigen von Huber – entsprochen.[330]

2.2.2 Schutz vor Verletzungen durch Dritte, Art. 28 Abs. 1 ZGB

Art. 28 Abs. 1 ZGB bestimmte:

> „Wer in seinen *persönlichen Verhältnissen*[331] *unbefugterweise verletzt* wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen."

Egger bemerkte, Art. 28 Abs. 1 ZGB schütze den Einzelnen nicht, wie Art. 27 ZGB, vor bestimmten Selbstbeschränkungen, sondern vor Persönlichkeitsverletzungen[332] *durch Dritte*.[333]

2.2.2.1 Erstauflage

In der Erstauflage vertrat Egger die Ansicht, eine Verletzung in den „persönlichen Verhältnissen" stelle *per se* eine *widerrechtliche*[334] Verletzung von Rechtsgütern dar.[335] Diese Ansicht widerspiegelt sich auch darin, dass Egger bei Art. 28 Abs. 1 ZGB

---

der Persönlichkeit […]" – wobei Egger auf seine Ausführungen „über unsittliche Verträge" verwies, welche „auch für das Verbandsrecht [gelten]". Zu den *Kartellen* s. EGGER II, Rn. 10, 26, 35 f. zu Art. 27: Für Egger verstiessen diese ebenfalls „nur dann gegen das *Recht der Persönlichkeit*, wenn sie die wirtschaftliche Freiheit ihrer Mitglieder völlig unterbinden oder ihre Existenzmöglichkeit ernstlich gefährden oder auf die Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz der Außenseiter abzielen. Mit der *öffentlichen Ordnung* sind sie unverträglich, wenn sie die Monopolstellung anstreben, um sie zu wucherischer Preisbildung und gemeinschädlicher Preistreiberei zu mißbrauchen […]."

[326] EGGER II, Rn. 37 zu Art. 27; in der Erstauflage bemerkte Egger, eine andere Rechtsfolge solle nur gelten, wo das Gesetz eine solche vorsehe – so etwa bei Art. 182 OR (1883), der die Möglichkeit zur *Reduktion* übermässig hoher Konventionalstrafen statuierte; EGGER I, Anm. VII zu Art. 27.

[327] Art. 19 Abs. 2 OR lautete: „Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst."

[328] Vgl. zu diesem Begriff Fn. 220.

[329] Vgl. für die nähere Begründung Kapitel 2.3.2.

[330] Vgl. nur HOFER, Lücke, S. 58, 61 m.w.H.

[331] Zu diesem Begriff vgl. Kapitel 2.1.

[332] Beachte den Hinweis in Fn. 189.

[333] Vgl. EGGER I, Vorbem. zu Art. 27-30; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 28.

[334] Deshalb hatte nach EGGER I, Anm. IV/2d zu Art. 28, denn auch nicht der *Verletzte* die *Widerrechtlichkeit* zu beweisen, sondern der *Verletzer* vielmehr „die *Nichtwiderrechtlichkeit darzutun*".

[335] EGGER I, Anm. IV/1c zu Art. 28.

folgende zweistufige Prüfung propagierte: Im *ersten Schritt* wollte Egger (lediglich) prüfen, „ob ein Rechtsgut verletzt sei" – womit, falls ja, „die Widerrechtlichkeit gegeben [ist]".[336] Dass der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 ZGB den Rechtsschutz nur gewährte, wenn jemand in seinen persönlichen Verhältnissen *„unbefugterweise"* verletzt worden war, bezeichnete Egger vor diesem Hintergrund als „geradezu überflüssig".[337] Die Formulierung dieser Gesetzesbestimmung diene „nur gerade als Hinweis auf den möglichen *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*".[338] Gegenstand des *zweiten Schritts* bildete für Egger demnach die Frage, „ob in concreto Gründe für den Ausschluß der letztern [sc. der Widerrechtlichkeit] vorhanden seien".[339] Egger hielt nämlich fest, der Schutz nach Art. 28 Abs. 1 ZGB sei – um der „Gefahr eines übertriebenen und uferlosen Persönlichkeitsschutzes" entgegenzuwirken – kein schrankenloser.[340]

Eggers eben dargestellte konzeptionelle Vorstellung ist bemerkenswert: Eggers Ansicht, eine Persönlichkeitsverletzung sei *per se* widerrechtlich, deutet eigentlich darauf hin, dass Egger von einem *schrankenlosen* Persönlichkeits*recht* ausging. Da Egger allerdings *keinen schrankenlosen* Persönlichkeits*schutz* befürwortete[341], setzte er *ebendiesem* (und damit *indirekt* dem Persönlichkeits*recht*) Schranken, indem er bei bestimmten persönlichkeitsverletzenden Verhaltensweisen einen Ausschluss der Widerrechtlichkeit konstruierte, wodurch die (an sich widerrechtliche) Persönlichkeitsverletzung zu einer *befugten* (nicht (mehr) widerrechtlichen) wurde. Bemerkenswert ist diese Vorstellung Eggers deshalb, weil sie der von Egger bei Art. 27 Abs. 2 ZGB propagierten *Immanenztheorie entgegensteht*. So wäre bei Letzterer von einem von vornherein begrenzten Persönlichkeits*recht* auszugehen – mit der logischen Folge, dass sich der Umfang dieses Rechts und der Umfang des Schutzes dieses Rechts deckten. Auf den ersten Blick schien Egger diese Vorstellung vorliegend aber gerade abzulehnen – und stattdessen implizit eine Konzeption zu propagieren, die zumindest in die Richtung des (ebenfalls schon im 19. Jahrhundert vertretenen) *Gegenmodells zur Immanenztheorie* weist. Das Charakteristikum dieses Gegenmodells liegt darin, dass zwischen einem Recht und dessen Schranken ein Verhältnis von *Grundsatz* und *Ausnahme* besteht – die Schranken eines Rechts also von aussen her auf dieses Recht einwirken, wodurch die Anforderungen an die *Begründungsdichte* von Rechtsbeschränkungen höher liegen als bei der Immanenztheorie.[342] Eine genauere Betrachtung zeigt allerdings, dass Egger diesem Gegenmodell einerseits *nur formal* folgte, indem er zwar

---

[336] EGGER I, Anm. IV/1c zu Art. 28.

[337] EGGER I, Anm. IV/1c zu Art. 28.

[338] EGGER I, Anm. IV/1c, vgl. auch Anm. IV/1a, IV/2 zu Art. 28, sodann, zum *Namen*, Anm. 5 zu Art. 29: „Die Namensgüter sind grundsätzlich (als persönliche Verhältnisse) geschützt. Deren Verletzung […] ist widerrechtlich. […] Möglich ist aber ein Ausschluß der Widerrechtlichkeit […]."

[339] EGGER I, Anm. IV/1c zu Art. 28, vgl. auch die Anm. IV/2, 3 zu Art. 28, Anm. 5 zu Art. 29 (s. dazu Fn. 338).

[340] EGGER I, Anm. II/3 zu Art. 28, vgl. auch Vorbem. zu Art. 27-30; EGGER II, Rn. 53 zu Art. 28.

[341] Vgl. Text zu Fn. 340.

[342] HOFER, Freiheit, S. 281 ff.; vgl. auch DIES., Konzeption, S. 30, 32 f.

besagtes zweistufige Prüfungssystem propagierte, dabei aber dem zweiten Prüfungsschritt *materiell* die *Immanenztheorie* zugrundelegte; andererseits wandte Egger besagtes Gegenmodell in *eigentümlicher Weise* an: Wie erwähnt, setzte er nämlich *nicht* dem Persönlichkeits*recht* selbst Schranken, sondern er *beschränkte* den *Schutz* dieses Rechts. Dies belegt folgende Aussage, in welcher Egger zwecks Prüfung, ob im konkreten Einzelfall eine *(un)befugte* Persönlichkeitsverletzung vorliege, einen „allgemeinen Leitsat[z]" forderte:

> „Die Lösung kann nur in der Aufstellung eines allgemeinen Leitsatzes bestehen […] Wie der *Schutz* des Eigentums, so ist auch der *Schutz der Persönlichkeit* kein absoluter. Wie jener so ist dieser durch das Interesse […] begrenzt und[343] wie jener, so findet auch dieser seine *immanenten Schranken* in einem ‚gegenseitig beschränkenden Nachbarrecht'."[344]

Dieser Hinweis zeigt, dass Egger bei Art. 28 Abs. 1 ZGB dem *Schutz* der Persönlichkeit – und nicht, was leicht überlesen werden kann, direkt dem Persönlichkeits*recht* selbst – Schranken setzte. Bezeichnenderweise griff Egger aber, s. sogleich, zur *Beschränkung dieses Schutzes* auf die *Immanenztheorie* zurück. Der Grund für diese dogmatisch umständliche Konstruktion – Egger hätte schlicht eine immanente Beschränkung des Persönlichkeits*rechts* propagieren können –, liegt m.E. darin, dass sich Egger der Problematik der Immanenztheorie[345] bewusst war: Wie bei Art. 27 Abs. 2 ZGB, wo Egger letztlich im Rahmen einer strengen Interessenabwägung hohe Anforderungen an die *Unsittlichkeit einer Selbstbeschränkung* stellte, wollte Egger auch bei Art. 28 Abs. 1 ZGB *nicht leichtfertig eine (unbefugte) Persönlichkeitsverletzung* annehmen, sondern er betonte vielmehr:

> „Die Widerrechtlichkeit ist soweit gespannt, wie die Verletzbarkeit der Persönlichkeit. *Dies wäre ein schlechterdings unerträglicher, alle Freiheit der menschlichen Betätigung unterbindender Rechtszustand,* wenn nicht für viele Fälle der Verletzung ein Ausschluß der Widerrechtlichkeit sanktioniert[346] würde. *Obschon das Rechtsgut verletzt ist, sollen die Folgen der Widerrechtlichkeit nicht eintreten*, die Verletzung selbst nicht als rechtswidrige erscheinen. […]. *Nur* der Ausschluß der Widerrechtlichkeit als *gesetzlich eingeräumte Verletzungsbefugnis* steht hier in Betracht. Das Gesetz verleiht in der Tat ausdrücklich solche Verletzungsbefugnisse durch das öffentliche und durch das private Recht, ersteres z.B. in den Befugnissen der Polizei, der Staatsbehörde, des Militärs, letzteres durch die Bestimmungen über Notwehr (OR. 56 [sc. OR 1883]), Notstand, Selbsthilfe […], über das Züchtigungsrecht (ZGB. 278[347]) u.a.m.
> *Aber diese Befugnisse sind nicht erschöpfend geregelt.* Es kann keine Rede davon sein, daß zwar die Verletzung der persönlichen Verhältnisse als widerrechtliches Verhalten ausschließlich in Art. 28 normiert sei, daß aber für den *Ausschluß* der Widerrechtlichkeit auf andere Bestimmungen abgestellt werden müsse. *Wenn Art. 28 sagt, was unbefugt*

---

[343] Dieses „und" ist missverständlich: Bei Fn. 352 wird gezeigt, dass Egger die Prüfung schutzwürdiger Interessen im Rahmen der Absteckung der immanenten Schranken des Persönlichkeitsschutzes abhandelte.
[344] EGGER I, Anm. IV/2b zu Art. 28.
[345] Vgl. Text zu Fn. 342.
[346] Zu verstehen i.S.v. *erlaubt*.
[347] Vgl. dazu Kapitel B.II.a.5.1.1.2, 5.2.2.1.

> *sei,* so muss *er* auch dafür die *Richtlinien* geben, was als *befugtes Handeln* (mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse anderer) anzusprechen sei […]. Und ebenso benötigt die Anwendung des Art. 28 Richtlinien für die Lösung der zahllosen Konflikte zwischen dem die Verletzung verbietenden und dem die Handlung erlaubten Rechtsatz […]."[348]

Für *befugt* – eben im Sinne eines „Ausschluß[es] der Widerrechtlichkeit" – hielt Egger also Verletzungen, die auf einer „*gesetzlich* eingeräumte[n] Verletzungsbefugnis" (nicht auf einer *Einwilligungserklärung*[349]) beruhten, wie beispielsweise Notwehr oder auch die Situation, dass zwei Personen denselben Namen[350] trugen (und somit keine gegenseitige Verletzung des Namensrechts vorlag). Dabei ist zentral, dass Egger diese Verletzungsbefugnisse als im Gesetz *„nicht erschöpfend geregelt"* verstand, sondern er vielmehr davon ausging, Art. 28 Abs. 1 ZGB *selbst* enthalte „*Richtlinien* […], was als befugtes Handeln" gelte. An diesem Punkt manifestieren sich die konzeptionellen Paralleleln zu Eggers Kommentierung des Art. 27 Abs. 2 ZGB: Aus Art. 2 ZGB[351] leitete Egger ab, der *Schutz* der persönlichen Güter greife nur, „soweit ein *schutzwürdiges Interesse* vorliegt":[352]

> „[…] schutzwürdig [sind] alle jene persönlichen Güter, welche der Erhaltung und Steigerung der Persönlichkeit dienen und bei objektiver Betrachtungsweise auch jedem andern Rechtsgenossen als schutzwürdig erscheinen müssen."[353]

Diese Vorstellung konkretisierte Egger, indem er im Rahmen einer *Einzelfallprüfung* die Frage stellte, ob das zur Diskussion stehende verletzende

> „Verhalten mit Rücksicht auf die in Frage stehenden *Rechtsgüter* und deren Bedeutung für das *Gemeinschaftsleben* ein *richtiges* sei".[354]

Egger propagierte also vorliegend – wie schon bei Art. 27 Abs. 2 ZGB – eine „Bewertung der betroffenen Interessen und Rechtsgüter".[355] Erweise sich die verletzende Handlung *„als richtiges Mittel zu richtigem Zwecke"*, so geschehe das verletzende Verhalten in „Wahrnehmung berechtigter Interessen" – mit der Folge, dass ein *Ausschluss der Widerrechtlichkeit* vorliege.[356]
Konkret setzte ein *richtiges Mittel* bei Art. 28 Abs. 1 ZGB s.E. insbesondere voraus, dass es *zweckproportional* und „nicht schon *an sich* unrichtiges, ‚unsittliches' […]"

---

[348] EGGER I, Anm. IV/2a zu Art. 28.
[349] Egger stellte klar, die *Einwilligung* „ist als Frage der *Verfügungsbefugnis über seine eigenen persönlichen Verhältnisse* in Art. 27" zu prüfen – vgl. dazu Fn. 207.
[350] Vgl. insofern EGGER I, Anm. 5a zu Art. 29.
[351] Art. 2 ZGB lautete: „(1) Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. (2) Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz." Wörtlich fast identisch Art. 3 E-ZGB; der VE-ZGB enthielt diese Bestimmung nur im Sachenrecht ausdrücklich: Art. 644 Abs. 2 VE-ZGB.
[352] EGGER I, Anm. II/3c zu Art. 28; vgl. auch den Hinweis in Fn. 343.
[353] EGGER I, Anm. II/3c zu Art. 28.
[354] EGGER I, Anm. IV/2b zu Art. 28.
[355] Wie Fn. 354.
[356] Wie Fn. 354

Mittel war.[357] Als *un*richtige Mittel bezeichnete Egger z.B. „Anschuldigungen", die „schon in ihrer Form sich als Beleidigung, als Ehrverletzung qualifizieren".[358] Ein *objektiv richtiger Zweck* lag für Egger in der Wahrnehmung eines höheren eigenen oder fremden öffentlichen bzw. privaten Interesses.[359] So die „Anhebung von Strafklagen und die sonstigen Formen der Rechtsverfolgung […]", weshalb s.E. „ehrverletzende Äußerungen und Vorbringungen in einem Prozeß nicht widerrechtlich [sind], wenn sie lediglich zur Verteidigung von Rechten erfolgen […]".[360] Ein *subjektiv richtiger Zweck* war für Egger gegeben, wenn das „treibende, entscheidende Motiv" das verletzende Verhalten legitimierte.[361] Subjektiv unrichtige Zwecke lagen für Egger daher etwa vor bei „Haß, Rache" oder überwiegender Schädigungsabsicht.[362]
Zusammenfassend zeigt sich damit, dass Egger bei Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 28 Abs. 1 ZGB zumindest *methodisch* insofern gleich vorging, als er bei beiden Bestimmungen letztlich anhand ein- und derselben *Zweck-Mittel-Formel* objektiv beurteilen wollte, ob eine (un-)sittliche Selbstbeschränkung des Persönlichkeits*rechts* i.S.v. Art. 27 Abs. 1 ZGB bzw. ob eine (un-)befugte Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB vorliege – wobei er im letzteren Fall das Persönlichkeits*recht indirekt*, nämlich anhand der Frage, ob eine Verletzungshandlung zulässig sei, beschränkte. Die Freilegung von Eggers konzeptionellen Vorstellungen ergibt somit, dass Egger letztlich von einem immanent begrenzten Persönlichkeitsrecht ausging – mit seinem eigentümlichen Prüfsystem bei Art. 28 Abs. 1 ZGB betonte Egger – welcher schon bei Art. 27 Abs. 2 ZGB hohe Anforderungen an die Unsittlichkeit einer Selbstbeschränkung stellte – lediglich, dass er hohe Anforderungen an eine *unbefugte* Persönlichkeitsverletzung durch Dritte stellte. *Diese* Übereinstimmung ihrerseits offenbart zugleich, dass Egger den Unterschied zwischen Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 ZGB lediglich in der unterschiedlichen gesetzlichen *Perspektive* verortete, die im ersten Fall auf unbefugte *Selbstbeschränkungen* und im zweiten Fall auf unbefugte *Verletzungen durch Dritte* gerichtet war.[363]

2.2.2.2 Zweitauflage

Eben wurde gezeigt, dass Egger in der *Erstauflage* bei den Ausführungen zu *Art. 28 Abs. 1 ZGB* auf die bei *Art. 27 Abs. 2 ZGB* formulierte Zweck-Mittel-Formel zurückgriff. Diese Vorgehensweise wählte Egger auch in der *Zweitauflage*, wo er bemerkte:

> „Die Rechtsordnung hat nicht nur die Freiheit der Persönlichkeit aufzurichten, um der allgemeinen Freiheit willen muß sie der Persönlichkeit auch ihren Schutz angedeihen lassen. Das ZGB. setzt die Freiheit voraus und proklamiert den Schutz der

[357] EGGER I, Anm. IV/2b (gamma) zu Art. 28.
[358] EGGER I, Anm. IV/3a (gamma) zu Art. 28.
[359] EGGER I, Anm. IV/2b (alpha).
[360] EGGER I, Anm. IV/3a (alpha).
[361] EGGER I, Anm. IV/2b (beta) zu Art. 28.
[362] Wie Fn. 361.
[363] Vgl. auch die gegenseitigen Verweise in EGGER I, Anm. V/5g a.E. zu Art. 27 und Anm. II/3c zu Art. 28.

> Persönlichkeit […]. Die *persönliche Freiheit* wird *dadurch beschränkt.* Sie kann nur bestehen in den Schranken, welche die *öffentliche Ordnung* und der *Persönlichkeitsgedanke* selbst erfordern. Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit gewährleistet die *gleiche Freiheit aller und den Schutz der übrigen persönlichen Güter* – das ist der Sinn des Art. 28."[364]

Wie bei seinen Ausführungen in der *Zweitauflage* zu Art. 27 Abs. 2 ZGB, wo Egger argumentierte, eine unsittliche Selbstbeschränkung liege vor bei einem Verstoss gegen das *„Persönlichkeitsrecht"* und / oder die *„öffentliche Ordnung"*, argumentierte Egger bei Art. 28 Abs. 1 ZGB (materiell identisch) mit dem *„Persönlichkeitsgedanken"* und der *„öffentliche[n] Ordnung"*.
Dabei lässt Eggers Bemerkung im eben abgedruckten Zitat, wonach „die persönliche Freiheit […] beschränkt [wird]", bereits vermuten, dass zwischen den beiden Kommentarauflagen ein feiner *konzeptioneller* Unterschied liegt: Anders als in der Erstauflage, wo Egger dem *Schutz* des Persönlichkeitsrechts (und damit *indirekt* Letzterem) Schranken setzte, verstand er hier *direkt* das Persönlichkeits*recht* selbst als *beschränkt*. Deutlich ergibt sich dies daraus, dass Egger zur Beantwortung der Frage, ob im konkreten Einzelfall eine (un)befugte Persönlichkeitsverletzung vorliege, folgendes *zweistufiges Vorgehen* wählte:[365]

2.2.2.2.1 Bestimmung des Umfangs des Persönlichkeitsrechts

Der *erste Schritt* betraf „die Feststellung der Grenzen des *Persönlichkeitsrechts selbst*".[366] Schon diese Formulierung zeigt, dass Egger nunmehr *direkt* von einem *immanent begrenzten Persönlichkeitsrecht* ausging. Und tatsächlich stellte Egger auch explizit klar, die Feststellung besagter Grenzen betreffe die Feststellung des *„Umfang[s] des Persönlichkeitsrechtes"*:[367]

> „Kein Recht ist schrankenlos. Auch das Eigentum gibt die volle Herrschaft über die Sache nur in den Schranken der Rechtsordnung (Art. 641). Diese Schranken sind ihm *immanent*. Sie dienen der Wahrung der *Interessen der Nachbarn*, der *übrigen Rechtsgenossen*, der *Allgemeinheit*. Dieser inhaltlichen Begrenzung bedarf auch der Schutz der persönlichen Güter […]. Wohl sind sie empfindlich und schutzbedürftig. Aber der Verletzer verletzt sie in Betätigung seiner eigenen Persönlichkeit und beruft sich auf sein Betätigungsrecht. Je weiter der Schutz der einzelnen persönlichen Güter reicht, desto mehr wird die Betätigungsfreiheit eingeschränkt. Unbeschränkter Schutz der persönlichen Güter wäre der Tod der persönlichen Freiheit. Er kehrte sich gegen die Persönlichkeit selbst. Es liegt eine Kollision rechtmässiger Interessen vor […]: zwischen der persönlichen Freiheit und den (übrigen) persönlichen Gütern. *Der Schutz der letzteren kann nur so weit reichen, als mit jener verträglich.* Gewahrt werden muß jenes Maß von Freiheit, welches zur Entfaltung und Betätigung des Menschen, zur Verfolgung der ihm gestellten Aufgaben erforderlich ist […]. *Das Persönlichkeitsrecht ist* – in diesem

---

[364] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 27.
[365] Vgl. EGGER II, Rn. 53 f. – und im Einzelnen Rn. 55-69, 70 f. – zu Art. 28.
[366] EGGER II, Rn. 53 zu Art. 28.
[367] Vgl. die in Fn. 391 zit. Aussage Eggers.

> Sinn – *relativ,* es ist *elastisch,* es ist *bedingt durch das gleiche Recht des Andern.* Sein *Umfang* wird bestimmt durch die *Lage des Einzelfalles.*"[368]

In dieser Aussage bemerkte Egger, ein unbeschränkter Schutz des Persönlichkeitsrechts führe letztlich – für alle Menschen – zu einem Verlust der Betätigungsfreiheit, zumal jede (vermeintliche) Verletzung des Persönlichkeitsrechts ihre Ursache darin finde, dass sich der (vermeintliche) Verletzer auf seine eigene Betätigungsfreiheit berufe. Die Lösung dieser Problematik lag für Egger in einer Beschränkung des Persönlichkeits*rechts*, wobei er die Schranken dieses Rechts im konkreten Fall aus einer *Abwägung* der zur Diskussion stehenden Interessen gewinnen wollte.[369] Als vom Persönlichkeitsrecht gedeckt verstand er dabei nur *schutzwürdige* Interessen, wie sein Hinweis zu den Namen deutlich macht:

> „[…] Auch den Namen[370] wird Rechtsschutz nur gewährt in den Schranken der schutzwürdigen Interessen. Darüber hinaus reicht auch das Namensrecht nicht […]."[371]

Von einem *„mangelnden schutzwürdigen Interesse"* am Schutz des Persönlichkeitsrechts ging Egger stets aus, wenn der Träger des „verletzten Gutes" *einerseits* „kein sachliches Interesse ideeller oder vermögensrechtlicher Art […] oder nur ein zu geringes, unbedeutendes" aufwies.[372] Dies war s.E. namentlich der Fall, wenn eine Person „in der photographischen Aufnahme nur als Staffage erscheint […], oder nur als Einzelfigur in einer Versammlung, oder auf einem Verkehrsfilm […]".[373] Diese Vorstellung hängt damit zusammen, dass Egger die Ausübung eines Rechts jeweils dann als missbräuchlich qualifizierte, wenn der Schutzzweck dieses Rechts entfremdet wurde.[374] Gleich verhielt es sich für Egger demnach *andererseits*, wenn ein Interesse „inhaltlich kein schutzwürdiges" war.[375] Darunter fasste Egger beispielsweise die Verwendung des (zwar eigenen) Namens – dies aber bloss zur „Verwirrung, zur Täuschung und um sich durch diese Täuschung zu bereichern"; ebenso zur „Firmenbildung durch dolose Herbeiführung von Homonymien".[376] Ein schutzwürdiges Interesse des Namensträgers nahm Egger hingegen dann an, wenn eine „Gefahr der Verwechslung mit dem Namensträger oder seiner Familie" bestand.[377]
Der Schutz der Persönlichkeit musste nach Eggers Ansicht ferner versagt bleiben, wenn der *Verletzer* ein *„schutzwürdig[es] Interesse"* an der Verletzung eines

---

[368] EGGER II, Rn. 53 zu Art. 28, vgl. allgemein auch Rn. 9 und 25 zu Art. 28.
[369] Vgl. EGGER II, Rn. 55, 59 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 20 zu Art. 29, wobei Egger seine Vorstellung hier – wie schon in der Erstauflage – aus Art. 2 ZGB (dazu bei Fn. 351) ableitete.
[370] Aus welchem Grund Egger hier den *Plural* verwendete, ergibt sich aus Fn. 173.
[371] EGGER II, Rn. 20 zu Art. 29.
[372] EGGER II, Rn. 55 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 21 f. zu Art. 29.
[373] EGGER II, Rn. 56 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 57 zu Art. 28.
[374] EGGER II, Rn. 33 zu Art. 2, vgl. auch Rn. 22 zu Art. 29.
[375] EGGER II, Rn. 58 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 21 f. zu Art. 29.
[376] EGGER II, Rn. 58 zu Art. 28, Rn. 22 zu Art. 29.
[377] EGGER II, Rn. 21 zu Art. 29.

„persönlichen Gutes“ aufwies.[378] Von einer solchen Situation ging Egger aus, wenn die fragliche Verletzung „in Wahrnehmung berechtigter Interessen“ erfolgte – wenn sie „richtiges Mittel zu richtigem Zwecke“ darstellte.[379] Andernfalls lag nach Eggers Auffassung wiederum Rechtsmissbrauch vor.[380] Im Zusammenhang mit der Klärung der schutzwürdigen Interessen des Verletzers griff Egger also auch in der Zweitauflage auf die in der Erstauflage zu Art. 27 Abs. 2 ZGB entwickelte Zweck-Mittel-Formel zurück. Als *richtigen* – und folglich schutzwürdigen – *Zweck* qualifizierte Egger jeden Zweck, der nicht rechtsmissbräuchlich erschien.[381] Mit Blick auf „die Verletzung der Ehrengüter“ erwähnte Egger dazu namentlich Äusserungen zur „Wahrung der eigenen Interessen“, zur „Verteidigung der eigenen persönlichen Güter“, zur „Verfolgung der wirtschaftlichen Zwecke seines Unternehmens“ sowie auch zur „Wahrnehmung der schutzwürdigen Interessen Anderer […] oder der Öffentlichkeit“ – wie etwa bei „Anzeigen an Polizei- und Aufsichtsbehörden, Beschwerden, Strafklage[n]“.[382] Ein *richtiges Mittel* zeichnete sich für Egger dadurch aus, dass es zum einen nicht schon „als solche[s] durch das positive Recht bereits verboten“ war – wie „verbotene Eigenmacht“ oder „Hausfriedensbruch“ –, und es zum andern die Zweckproportionalität wahrte.[383] Wiederum mit Blick auf die Ehrengüter bemerkte Egger daher etwa, ein richtiges Mittel liege „in der Geltendmachung wahrer Tatsachen“, wohningegen Egger ein unrichtiges – da zweckunproportionales – Mittel in einer Kritik verortete, die „schon in der Form ohne Not verletzt, an sich schon eine Herabsetzung der Persönlichkeit bedeutet“.[384]

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist demnach Eggers folgende Feststellung zu sehen:

> „Die persönlichen Verhältnisse[385] sind […] nicht schlechterdings geschützt. Sie sind es nur gegen *unbefugte* Verletzungen, Abs. 1 […]. Eine solche liegt *im vornherein* nicht vor, wenn das subjektive Recht des Betroffenen nicht verletzt ist, *weil es inhaltlich nicht so weit reicht*. Dann trifft die Verletzung wohl das persönliche Gut, aber nicht das Persönlichkeitsrecht.“[386]

Entsprechend bemerkte er konkret mit Blick auf die Namensgüter[387]:

> „Auch der Schutz der Namensgüter des Einzelnen reicht nicht weiter als mit den allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung verträglich. Auch er ist nicht schrankenlos, sondern besteht nur in seinen *immanenten Schranken*. Das Namensgut kann

[378] EGGER II, Rn. 59 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 23 zu Art. 29.
[379] EGGER II, Rn. 59 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 29.
[380] EGGER II, Rn. 59 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 29.
[381] EGGER II, Rn. 59 zu Art. 28.
[382] EGGER II, Rn. 60 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 61 f., 64 ff. zu Art. 28.
[383] EGGER II, Rn. 59 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 61 f., 64 ff. zu Art. 28.
[384] EGGER II, Rn. 60 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 61 f., 64 ff. zu Art. 28.
[385] Zu dieser Terminologie vgl. den Hinweis im letzten Abschnitt des Kapitels 2.1.2.
[386] EGGER II, Rn. 54 zu Art. 28.
[387] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 173.

verletzt sein, aber der Schutz bleibt versagt; das Persönlichkeits*recht* reicht nicht so weit. Die Verletzung muß, um ihre Sanktion zu finden, eine *unbefugte* sein […].“[388]

Für Egger war eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts also (nur) dann *unbefugt*, wenn im konkreten Einzelfall[389] besagte Interessenabwägung zugunsten des Verletzten ausfiel. Aufgrund dieser einzelfallbezogenen Prüfung ging Egger von einem unterschiedlichen Umfang des Persönlichkeitsrechts aus – immerhin aber mit einer unteren Begrenzung[390] desselben. Insofern begriff Egger in der Zweitauflage, leicht abweichend zur Erstauflage, *direkt* das Persönlichkeits*recht* als *immanent beschränkt*.

2.2.2.2.2 „Ausschluss der Widerrechtlichkeit“

Nachdem in einem ersten Schritt der Umfang des Persönlichkeitsrechts bestimmt worden war, wollte Egger in einem *zweiten Schritt* den *„Ausschluss der Widerrechtlichkeit“* prüfen.[391] Diesem Schritt kam in der Zweitauflage damit eine im Vergleich zur Erstauflage untergeordnete Bedeutung zu: Während Egger in der Erstauflage argumentierte, bei einer befugten Verletzung liege ein *Ausschluss der Widerrechtlichkeit* der Verletzung vor, steckte Egger in der Zweitauflage zunächst, wie gezeigt, einen bestimmten *Umfang* des Persönlichkeitsrechts ab. Ergab dabei die Prüfung des Einzelfalls, dass das Persönlichkeitsrecht aufgrund einer verletzenden Verhaltensweise durch eine Drittperson innerhalb seiner Schranken getroffen wurde, lag für Egger an sich eine unbefugte, eine widerrechtliche, Persönlichkeitsverletzung vor.[392] S.E. galt es nun aber – eben in einem *zweiten Schritt* – zu prüfen, ob allenfalls ein „Ausschluss der Widerrechtlichkeit“ vorliege, wodurch ein an sich „unbefugter Eingriff […] zu einem erlaubten“ werde.[393] Konkret hatte Egger hier die Konstellationen *Notwehr*, *Notstand* sowie gesetzliche, „*besondere privatrechtliche Eingriffsrechte*“ im Blick (nicht aber die *Einwilligung*[394]), wobei er unter die „besondere[n] privatrechtliche[n] Eingriffsrechte“ nicht nur etwa Rechte „der Eltern, des Vormundes“ fasste, sondern auch die Konstellation, dass eine Person denselben Namen trug wie eine andere und diesen entsprechend führte.[395] In all diesen Fällen entfiel nach Eggers Ansicht die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung; das verletzende Verhalten wurde

---

[388] EGGER II, Rn. 20 zu Art. 29.

[389] Vgl. insbes. die beiden letzten Sätze von Eggers Aussage bei Fn. 368.

[390] Vgl. folgende Passage aus der zit. Aussage bei Fn. 368: „Gewahrt werden muß jenes Maß von Freiheit, welches zur Entfaltung und Betätigung des Menschen, zur Verfolgung der ihm gestellten Aufgaben erforderlich ist […].“

[391] Vgl. EGGER II, Rn. 70 zu Art. 28: „In allen bisherigen Ausführungen […] handelt es sich um den *Umfang* des Persönlichkeitsrechtes. Nur in diesen Schranken ist es anerkannt, nur in diesen Schranken ist die Verletzung persönlicher Güter eine *widerrechtliche* […]. Ein darnach unbefugter Eingriff kann außerdem zu einem erlaubten werden, wenn eine besondere *rechtliche Gestattung* vorliegt. […]“; vgl. auch EGGER II, Rn. 53 zu Art. 28.

[392] EGGER II, Rn. 70 zu Art. 28.

[393] EGGER II, Rn. 70 zu Art. 28.

[394] Wie in der Erstauflage (s. Fn. 349) stellte Egger klar, „Zustimmungserklärungen zu Eingriffen in die persönlichen Güter sind nach den Grundsätzen des Art. 27 zu beurteilen […]“; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 27.

[395] EGGER II, Rn. 70 f. zu Art. 28.

daher s.E. „zu einem erlaubten“ Eingriff.[396]

2.2.2.2.3 Konzeptionelle Würdigung

Wie der von Egger propagierte erste Prüfungsschritt deutlich macht, ging Egger von einem *immanent beschränkten Persönlichkeitsrecht* aus. Vor diesem Hintergrund erscheint der von Egger propagierte zweite Prüfungsschritt *konzeptionswidrig* – hätte Egger den genannten Konstellationen (Notwehr, Notstand, besondere Eingriffsrechte) doch bereits im Rahmen des ersten Schrittes, d.h. bei der Bestimmung des *Umfangs des Persönlichkeitsrechts*, Berücksichtigung schenken können. So hatte etwa, wie dargelegt, schon Gierke im Hinblick auf das Eigentumsrecht deutlich gemacht, dass „alle ihm im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluss der Möglichkeit der Enteignung *in seinem Begriff angelegt* [sind] und seinem innersten Wesen [entstammen]“.[397] Wenn Gierke selbst die *Enteignungsmöglichkeit* des *öffentlichen Rechts* als dem *privaten Eigentumsrecht immanent* betrachtete, hätte Egger die erwähnten *privatrechtlichen* Abwehr- resp. Eingriffsrechte nicht gesondert behandeln müssen. Eine Erklärung dafür, dass Egger diesen zweiten Prüfungsschritt explizit vorsah, kann m.E. darin gesehen werden, dass er bestimmte Konstellationen, die (klar) *keine* unbefugte Persönlichkeitsverletzung darstellten, besonders hervorheben wollte. Damit sicherte Egger dem (vermeintlichen) Verletzer wenigstens eine minimale Verletzungsautonomie zu – bzw., umgekehrt ausgedrückt, beschränkte er das Persönlichkeitsrecht des (vermeintlichen) Verletzten nach oben hin.
Der Umstand, dass die Zweitauflage in gezeigtem Sinne aus *konzeptioneller* – und, dadurch bedingt, auch aus *methodischer* – Sicht von der Erstauflage differierte, ist nicht überzubewerten: *Materiell* liegt beiden Kommentarauflagen die Immanenztheorie zugrunde; stets ging es Egger um die „*Synthese des Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedankens*“.[398]

2.2.2.3 Rechtsfolgen bei Verstössen gegen Art. 28 Abs. 1 ZGB

Art. 28 Abs. 1 ZGB[399] gewährte dem in seiner Persönlichkeit unbefugterweise Verletzten das Recht, gegen den Verletzer „auf *Beseitigung der Störung* zu klagen“. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB[400] „[war] eine Klage auf *Schadenersatz* oder auf Leistung

---

[396] EGGER II, Rn. 70 zu Art. 28.
[397] Vgl. bei Fn. 294.
[398] EGGER II, Rn. 38 Allg. Einl. PersR-Komm.
[399] (Diesbezüglich) übereinstimmend Art. 29 E-ZGB und Art. 26 VE-ZGB.
[400] Abw. Art. 29 E-ZGB, wonach „[…] bei Verschulden auf Schadenersatz und, wo die Art der Verletzung es [rechtfertigte], auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung“ geklagt werden konnte. Abw. sodann Art. 26 VE-ZGB, wonach „[…] auf Schadenersatz und unter Umständen auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung“ geklagt werden konnte.

einer *Genugtuung* nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen[401] zulässig".[402]
Egger gestand dem Verletzten zusätzlich die – von Art. 29 ZGB[403] (nur) bezüglich des Namensschutzes vorgesehene – *Unterlassungs-* und *Feststellungsklage*[404] zu. Dass letztere Klagen auch im Rahmen des Art. 28 ZGB Anwendung finden müssten, begründete Egger schon in der *Erstauflage* mit der „Wesenseinheit der Persönlichkeitsrechte", aus welcher folge,

> „daß die Rechtsschutzmittel [sc. bei Art. 28 ZGB] grundsätzlich die gleichen sein müssen [sc. wie bei Art. 29 ZGB]. Dazu kommt die ausgesprochene Aufgabe des Art. 28, einen umfassenden Persönlichkeitsschutz zu gewähren. Art. 28 bedarf deshalb nach der Seite der Rechtsschutzmittel hin der Ergänzung."[405]

Auch in der *Zweitauflage* begründete Egger die Anwendbarkeit der (in Art. 29 ZGB statuierten) Unterlassungsklage auf Art. 28 ZGB mit der „Gleichheit des Grundes" – mit „dem Persönlichkeitsrecht als absolutem Recht".[406] Egger mass dem Art. 29 ZGB m.a.W. den Zweck zu, den Namen als *Ausfluss* bzw. Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu schützen. Da Art. 28 ZGB aber den Schutz des *allgemeinen Persönlichkeits* schlechthin bezweckte, drängte sich für Egger die Zulässigkeit besagter Unterlassungsklage im Bereich des Art. 28 ZGB auf. Die Zulässigkeit der (ebenfalls in Art. 29 ZGB statuierten) Feststellungsklage ergab sich für Egger schon aus dem Umstand, dass sie „in der schweizerischen Rechtspflege ohne gesetzliche Regelung zur Anerkennung gelangt".[407]
Aus diesen Überlegungen zog Egger in beiden Kommentarauflagen denn auch die logische Konsequenz, dass „wie Art. 28 aus 29, so umgekehrt Art. 29 aus 28 zu ergänzen [ist]".[408]

---

[401] Für *Schadensersatz* vgl. z.B. Art. 41 OR; für *Genugtuung* z.B. Art. 47, 49 OR, Art. 29, 93, 151, 318 ZGB. Zu den Gründen dieser Regelung vgl. EGGER I, Anm. I/3 zu Art. 28; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 28; s. auch Fn. 402.
[402] Für Näheres zur Beseitigungs-, Schadensersatz- und Genugtuungsklage vgl. EGGER I, Anm. V/4-6 zu Art. 28; EGGER II, Rn. 78 ff., 84, 85 f. zu Art. 28.
[403] Art. 29 ZGB lautete: „(1) Wird jemandem die Führung seines Namens bestritten, so kann er auf Feststellung seines Rechtes klagen. (2) Wird jemand dadurch beeinträchtigt, dass ein Anderer sich seinen Namen anmasst, so kann er auf Unterlassung dieser Anmassung, sowie bei Verschulden auf Schadenersatz und, wo die Art der Beeinträchtigung es rechtfertigt, auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung klagen." Wörtlich fast identisch Art. 30 E-ZGB; teilweise leicht abw. Art. 27 VE-ZGB.
[404] Für Näheres zur Unterlassungs- bzw. Feststellungsklage bei Art. 28 ZGB vgl. EGGER I, Anm. V/2 f. zu Art. 28; EGGER II, Rn. 81 ff., 76 f. zu Art. 28.
[405] EGGER I, Anm. V/1b (beta) zu Art. 28.
[406] EGGER II, Rn. 72, 81 zu Art. 28, vgl. auch Rn. 51 zu Art. 28.
[407] EGGER II, Rn. 76 zu Art. 28.
[408] EGGER I, Anm. 6a zu Art. 29, vgl. auch Anm. 6d-6f zu Art. 29; EGGER II, Rn. 27, 29 f. zu Art. 29.

2.3 Die Vorstellungen Hubers

2.3.1 Persönliche Güter und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Dass der Begriff „Persönlichkeit" auch für Huber nicht nur die Rechtsfähigkeit[409] umfasste, sondern i.w.S. auch Rechte, lässt folgende Aussage aus seinem Vortrag[410] über „Die Persönlichkeit" erkennen:

> „Es muß ein *Persönlichkeitsrecht* verletzt sein, damit die Klage [sc. aus Art. 28 ZGB] gegeben ist […] und[411] eine Verletzung des *Rechts auf Achtung und Geltung der Person* vorliegen, wie das recht schön dargestellt ist in einem Bundesgerichtsentscheid Bd. 32, II, 367."[412]

Im unmittelbaren Anschluss daran hatte Huber gefragt, „allein, was soll darunter verstanden werden?", und diese Frage durch die Aufzählung der *„Hauptfälle"* von Persönlichkeitsverletzungen beantwortet:

> „Es kann sich handeln um einen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, ferner auf seelische Ruhe, seelisches Gleichgewicht. […] Dann ferner gehört hierher die natürliche Freiheit, die Bewegungsfreiheit. […] Dann ferner die Ehrengüter […]. Weiter die sog. Geheimsphäre […]."[413]

Diese Aussagen deuten darauf hin, dass Huber – wie Gierke und Egger in der *Erstauflage* – zwischen dem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf Achtung und Geltung der Person* sowie *konkreten Persönlichkeitsrechten* differenziert hatte. Der von Huber angeführte Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1906 legte allerdings gerade ein anderes Verständnis nahe: Zwar hatte das Bundesgericht darin festgehalten – und nur dies hatte Huber mit seinem Verweis auf dieses Urteil m.E. betonen wollen –,

> „daß ein *Individualrecht auf Achtung und Geltung* der Persönlichkeit anzuerkennen ist, das jeder Person – der juristischen[414] wie der natürlichen – zukommt und die Grundlage des Nebeneinanderlebens der Menschen in der Rechtsordnung bildet […]",

dann aber bemerkt, „*eine der Seiten* dieser Achtung und Geltung ist die Achtung und Geltung im wirtschaftlichen, im Geschäftsverkehr".[415] Diese Formulierung weist (an sich[416]) auf das von Egger in der *Zweitauflage* propagierte Verständnis hin. Dass Huber aber tatsächlich neben dem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* auch von

---

[409] Respektive auch die in Fn. 114 erwähnte „Fähigkeit, im Rechte Existenz zu haben".
[410] Vgl. Text bei Fn. 110.
[411] Dieses „und" ist missverständlich – wie nachfolgend gezeigt wird, hatte für Huber bereits die Verletzung des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* ein Klagerecht aus Art. 28 ZGB begründet.
[412] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 21, vgl. auch S. 3, wo Huber die Person nicht nur als „Subjekt im Rechtsverhältnis", sondern auch als „Rechtsgebilde" charakterisiert hatte.
[413] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 21 f.
[414] Zu den Persönlichkeitsrechten juristischer Personen vgl. HUBER, Vortrag „Die juristischen Personen", S. 56 ff.; Erl. Bd. I, S. 60 f. (= BeK II, Rn. 139), jeweils i.V.m. Fn. 54.
[415] Vgl. BGE 32 II 360, E. 3, S. 367.
[416] Vgl. aber im gleichen Entscheid auf S. 367 unten, wo dann doch von einer Verletzung des „Individualrecht[s] auf Achtung und Geltung der *wirtschaftlichen Persönlichkeit*" die Rede ist.

besonderen Persönlichkeitsrechten ausgegangen war, zeigt zunächst seine folgende Bemerkung zum Namensschutz:

> „Unbefugte Führung[417] des Namens, d.h. also Anmassung des Namens […] und Verletzung des Berechtigten durch diese Führung. *Verletzung ‚in seinen Rechten'*, sagte der Entwurf ursprünglich. Die jetzige Redaktion hat den Beisatz *als selbstverständlich weggelassen,* denn natürlich kann nur die Verletzung eingeklagt werden, die ein *Recht* des Verletzten betrifft. Das kann sein: Kredit, guter Ruf, Kundschaft, Familienleben, Anspruch auf Stellung irgend welcher Art. […]
> Der Schutz ist der gleiche, wie bei dem Angriff auf die *Persönlichkeit überhaupt*: Klage auf Unterlassung der Störung, Schadenersatz und Leistung einer Geldsumme als Genugtuung[418]."[419]

Huber hatte damit klargestellt, dass der gesetzliche Namensschutz (nur) bei der Verletzung eines *Rechts* greife, wobei der Schutz *derselbe* sei „wie bei dem Angriff auf die *Persönlichkeit überhaupt*".
In die gleiche Richtung weist Hubers folgende Feststellung zu dem (mit Art. 29 ZGB tatbestandsmässig identischen) Art. 27 VE-ZGB, welcher für den Fall einer Namensbestreitung die Feststellungsklage und für jenen einer „Beeinträchtigung" durch Namensanmassung die Unterlassungsklage gewährte:

> „Nun kann es sich aber fragen, ob für den ersten Fall, der richterlichen *Feststellung des Rechts zur Namensführung*, diese Klage genüge, oder ob nicht auch für diesen Fall die gleiche Berechtigung gegeben sein sollte, wie beim zweiten. Es dürfte dies im Sinne der *Ergänzung des Klagerechtes* sehr wohl aufgenommen werden, erscheint aber *nicht notwendig,* da ja der Berechtigte *selbstverständlich* auch im ersten Falle *aus der Verletzung klagen darf,* sei es gemäss den Bestimmungen des OR oder *auf Grund von Art. 26* [sc. VE-ZGB, vgl. Art. 28 ZGB]."[420]

Huber hatte damit einerseits, wie später Egger[421], deutlich gemacht, dass dem in seiner Persönlichkeit Verletzten „selbstverständlich" auch bei einer Namensbestreitung – für die der Art. 29 Abs. 1 ZGB eigentlich nur die Feststellungsklage vorsah – aus Art. 28 ZGB wegen Verletzung in den „persönlichen Verhältnissen" klagen könne.[422] Gerade diese Überlegung zeigt andererseits, dass Huber den *Namen* als

---

[417] Zur Namensbestreitung vgl. Erl. Bd. I, S. 72 (= BeK II, Rn. 169).
[418] Die Rechtsfolgen bei Art. 28 Abs. 2 ZGB wichen von Art. 26 VE-ZGB insofern ab, als Letzterer die Schadensersatz- und Genugtuungsklagen nicht *nur* „in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen" gewährte; vgl. Fn. 401.
[419] Erl. Bd. I, S. 72 (= BeK II, Rn. 170 f.); vgl. insofern auch Botsch.-ZGB, S. 18 (= BeK III, Rn. 11278): „Anerkannt wird zum Schutz der *Persönlichkeit im allgemeinen* und für den *Namensschutz insbesondere* gegenüber der geschehenen Verletzung ein Anspruch auf Schadenersatz und […] Genugtuung." Vgl. sodann Erl. Bd. I, S. 50 (= BeK II, Rn. 105).
[420] Erl. Bd. I, S. 72 f. (= BeK II, Rn. 172). Die Formulierung des Art. 29 Abs. 1 ZGB hatte Huber a.a.O. mit der Überlegung begründet, dass auf diese Weise hervorgehoben werde, dass eine „Feststellungsklage ohne Nachweis einer Verletzung" zulässig sei.
[421] Vgl. Kapitel 2.2.2.3.
[422] Vgl. insofern auch HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 20, wonach unter der Beseitigungsklage „ganz gewiß auch *Unterlassung* fernerer Störungen zu verstehen ist".

konkretes Persönlichkeitsrecht verstanden hatte.
Wie schon angedeutet[423], galt für ihn Gleiches bezüglich der privatrechtlichen, individuellen *Freiheit*:

> „Betrachten wir zunächst die *Unveräußerlichkeit der* Persönlichkeits*rechte*. Sie liegt *einmal darin*, daß niemand auf die *Rechts- und Handlungsfähigkeit* gültig ganz oder zum Teil verzichten kann. […]
> Nun geht aber der Schutz der Persönlichkeit *noch einen Schritt weiter*. Es soll auch im Rechtsverkehr, in bezug auf einzelne Rechtshandlungen, immer darauf Bedacht genommen werden, daß niemand gültig irgend welche Verpflichtungen eingehen oder auf Rechte verzichten kann, die in ihrer Wirkung sich als eine *allzugroße Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit* darstellen würden. Und es soll niemand sich seiner *Freiheit* durch Verpflichtungen, die er eingeht, in einem Grade entäußern können, der gegen Recht und Sittlichkeit verstoßen würde.“[424]

Verbindet man den letzten Satz dieser Aussage mit dem ersten derselben, ergibt sich – gerade auch vor dem Hintergrund, dass Huber übermässige Selbstbeschränkungen i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB als Beschränkungen in der Rechtsfähigkeit qualifiziert hatte[425] –, dass Huber die individuelle Freiheit als *Rechtsgut* verstanden hatte. Zu diesem Schluss führt denn auch Hubers folgende Bemerkung:

> „Die [sc. ‚individualistische‘] Strömung war aber mächtig genug, um neue Institute zu erzeugen, und das Individuum mit *Rechtsgütern* auszustatten, die früher der Rechtsordnung nicht bekannt gewesen waren. Dahin rechnen wir den ausgedehnten Schutz der Persönlichkeit […]. […]
> Haben wir es hier überall mit einer Steigerung der *subjektiven Rechte* des Individuums zu thun, so steht […] mit dieser Entwicklung in enger Verbindung eine Steigerung der Verantwortlichkeit und der Haftpflicht […].
> […] Auf solchen Wegen erzeugt das moderne Privatrecht ein *evolutioniertes Individuum*, das mit grossen Fähigkeiten und grossen Ansprüchen ausgerüstet und allerdings auch unter grosse Anforderungen gestellt im modernen Privatrecht sich bewegt, *befreit* von allen frühern Fesseln, sich freuend einer unbeschränkten Ausnützung der Vorteile des Privatrechts für seine eigene Person.“[426]

Für Huber hatte die individuelle Freiheit also ein dem Einzelnen zustehendes Rechtsgut – ein subjektives Recht – gebildet. Belegt wird dies endlich auch durch Hubers folgenden Hinweis im Zusammenhang mit der „*Unverletzlichkeit* der Persönlichkeit“ betreffend die *Bewegungsfreiheit*:

> „Der Entzug derselben, wenn z.B. jemand einen andern einsperrt, gibt die Möglichkeit, wegen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu klagen.“[427]

Diese Bemerkung zeigt, dass Huber den Entzug der Bewegungsfreiheit durch Dritte als „Eingriff in die Persönlichkeits*rechte*“ begriffen hatte, was eine Klagemöglichkeit

---

[423] Vgl. den Text zu Fn. 413.
[424] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 16 f.
[425] Vgl. dazu Kapitel 2.3.2 und insbesondere den Hinweis in Fn. 435.
[426] HUBER, SPR IV, S. 297 ff., vgl. auch S. 281 ff.; sodann Eggers ähnliche Aussage bei Fn. 2318.
[427] HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit“, S. 22.

aus Art. 28 ZGB eröffnete. Da diese Norm indes nicht von „Persönlichkeitsrechten", sondern von „persönlichen Verhältnissen" sprach, liegt auf der Hand, dass Huber diese Begriffe für austauschbar gehalten hatte. Huber – der im VE-ZGB ursprünglich „wer in *seiner Person* unbefugterweise angegriffen wird […]" vorgesehen hatte – hatte die in Art. 28 Abs. 1 ZGB gewählte Formulierung denn auch bloss damit legitimiert, dass bereits in Art. 55 OR (1883)[428] von „persönlichen Verhältnissen" die Rede gewesen war:[429]

> „Als Objekt der Verletzung [sc. bei Art. 26 VE-ZGB, vgl. Art 28 ZGB] erscheint die *Persönlichkeit*, was in Art. 55 des OR [sc. OR 1883] gemeint, aber nicht gesagt ist."[430]

Mit diesem Hinweis hatte Huber zugleich den Kreis zu seiner Vorstellung geschlossen, dass dem Einzelnen ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zustehe.
Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Huber – wie schon Gierke und ferner Egger in der *Erstauflage* – von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf Achtung und Geltung ausgegangen war, aus welchem sich konkrete Persönlichkeitsrechte – die persönlichen Güter – ergeben konnten. Als solche hatte Huber namentlich die individuelle Freiheit und den Namen verstanden, die letztlich in Art. 27 bzw. 29 ZGB Eingang in das Gesetz fanden; ferner hatte Huber aber auch etwa „Leben", „Gesundheit", „körperliche Unversehrtheit" etc. als solche Rechtsgüter begriffen.[431]

2.3.2 Schutz des Persönlichkeitsrechts

Das Persönlichkeitsrecht – womit im Folgenden, wie bei Eggers *Erstauflage*, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die konkreten Persönlichkeitsrechte, die persönlichen Güter, gemeint sind – hatte auch Huber nicht als schrankenlos verstanden. Dies ergibt sich indirekt aus seiner Bemerkung, wonach das ZGB die „*Unveräusserlichkeit* [sc. der Persönlichkeit] sanktioniert[432] und jede *übermässige* Beschränkung als unverbindlich erklärt".[433] Damit hatte Huber einerseits deutlich gemacht, dass vollständige Entäusserungen der Persönlichkeit unzulässig – und damit vom Schutz der Persönlichkeit erfasst – seien, und andererseits Gleiches zutreffe für teilweise Entäusserungen (also Beschränkungen) derselben, sofern diese „übermässi[g]" waren. Zu Letzterem hatte Huber bemerkt:

---

[428] Für den Wortlaut der Norm s. Fn. 165. Zur Frage, was unter den „persönlichen Verhältnissen" zu verstehen sei, äusserte sich die Botsch.-OR (1883) zwar nicht – immerhin geht aus deren S. 187 aber hervor, dass die in Art. 55 OR (1883) erwähnte „angemessene Geldsumme" letztlich „eine Ausdehnung der Entschädigung für ausgestandene körperliche Schmerzen auf *rein moralische Leiden*" bewirken sollte.
[429] Vgl. Prot., S. 19 (= BeK III, Rn. 182).
[430] Erl. Bd. I, S. 71 (= BeK II, Rn. 167); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 18 (= BeK III, Rn. 11278).
[431] S. bei Fn. 413.
[432] Zu verstehen i.S.v. *statuiert*.
[433] Erl. Bd. I, S. 71 (= BeK II, Rn. 167), vgl. auch S. 50 (= BeK II, Rn. 104); Botsch.-ZGB, S. 18 (= BeK III, Rn. 11278); StenBull NR 1905, S. 462.

„Niemand soll sich *über Gebühr*[434] in seiner Rechtsfähigkeit[435] einschränken dürfen, wobei für die Tragweite der Vorschrift stets dasjenige als Massstab dienen wird, *was allen gerecht ist*, und was ein *jeder für sich selber als gerecht* anerkennen muss. Vgl. Art. 25 *und* 26 [sc. VE-ZGB[436] – vgl. dazu Art. 27 *und* 28 ZGB]."[437]

Dieser Leitsatz bildete das Ergebnis von Hubers (und bekanntlich auch von Eggers) Ziel, den „Grundsatz der Unveräusserlichkeit der Rechtsfähigkeit[438] in einer *allgemeinen Formel*" auszusprechen.[439]

Bemerkenswert ist dabei der Umstand, dass Huber diese Formel, wie der Verweis am Ende des Zitats deutlich macht, nicht nur auf übermässige Selbstbeschränkungen – also auf *Art. 27 ZGB* – angewandt hatte, sondern auch auf den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Persönlichkeit, sprich auf Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte[440] – also auf *Art. 28 ZGB*. Mit seiner Formel hatte Huber demnach auf die Schranken freien Handelns durch den Einzelnen hingewiesen. Durch das Verbot von bestimmten *Selbstbeschränkungen* einerseits und der Idee, dass sich jedermann gegen Verletzungen der Persönlichkeit *durch Dritte* zur Wehr setzen könne andererseits, hatte Huber also jedem Einzelnen ein unverzichtbares und unbeschränkbares *Grundmass an individueller Freiheit* zugestanden – und damit zugleich allen Menschen den Genuss einer möglichst gleichen Freiheit gewährt.[441]

Bei seiner knappen allgemeinen *Formel*[442] hatte es Huber zwar belassen. Aus *methodischer Sicht* konstatierte Egger dazu, diese Formel „geschieht […] unverkennbar in

---

[434] Die Formulierung „über Gebühr" entsprach Art. 25 Abs. 2 VE-ZGB. Im Rahmen der Beratungen der Expertenkommission hatte Huber allerdings, vgl. Prot., S. 19 (= BeK III, Rn. 182), von sich aus vorgeschlagen: „In Art. 25 Abs. 2 könnte statt ‚über Gebühr' gesagt werden: ‚In einem Grade, der sich als widerrechtlich oder unsittlich erweist'."

[435] Wenn Huber hier (und beim Text zu Fn. 439), wo es um Fälle des Art. 27 *Abs. 2* ZGB geht, entgegen dem Gesetzeswortlaut statt von „Freiheit" (als zentralem Gehalt des Persönlichkeitsrechts) von „Rechtsfähigkeit" gesprochen hatte (abw. übrigens Text zu Fn. 433: „Persönlichkeit"), so ist dies darauf zurückzuführen, dass die Rechtsfähigkeit für Huber „in dem Sinne eine allgemeine Eigenschaft der Persönlichkeit [ist], dass sie notwendig mit ihr verknüpft wird", woraus „[sich ergibt], dass sie auch nicht mit freiwilligem Verzicht preisgegeben werden darf"; Erl. Bd. I, S. 50 (= BeK II, Rn. 104). Dazu konstatiert HOFER, Lücke, S. 60, dass Huber „anscheinend davon [ausging], dass eine übermässige Bindung die Person als Rechtssubjekt berühre". Letztlich hatte diese Vorstellung Hubers aber keine Auswirkungen auf die Handhabung des Art. 27 ZGB.

[436] Für die *Entwürfe* vgl. für Art. 27 ZGB: Fn. 211, 215, 218; für Art. 28 ZGB: Fn. 164.

[437] Erl. Bd. I, S. 50 (= BeK II, Rn. 104). In der Botsch.-ZGB hatte Huber bemerkt: „Die allgemeine Anerkennung der Grundlagen wird einer stetigen und ausreichenden Entwicklung die Bahn ebnen"; Botsch.-ZGB, S. 18 (= BeK III, Rn. 11278); vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 28.

[438] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 435.

[439] Erl. Bd. I, S. 50 (= BeK II, Rn. 104). Vgl. insofern auch HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 16, wo Huber bemerkt hatte, das ZGB wolle „ein einheitliches, leitendes Prinzip [aufstellen]", welches sich „in *Art. 27* und *28* in der Richtung [findet], daß die *Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit* aufgestellt ist und ferner Schutzmittel gegen *Verletzung der Persönlichkeit* gegeben werden"; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 71 (= BeK II, Rn. 167); Botsch.-ZGB, S. 18 (= BeK III, Rn. 11278).

[440] Vgl. insofern auch StenBull NR 1905, S. 462, wo Huber auch von „Angriffe[n] von aussen" sprach.

[441] Beachte den Hinweis in Fn. 435.

[442] S. Text zu Fn. 437.

Anlehnung an Stammler".[443] Eine Verbindung zu Stammlers Methode stellt auch Hofer fest, die zudem nachweist, dass Huber Stammler sowohl persönlich gut gekannt hatte als auch mit dessen Werken vertraut gewesen war.[444] Aus *konzeptioneller* Sicht lässt Hubers *Formel* vermuten, dass Huber dem Persönlichkeits*recht* selbst *Schranken* gezogen – dass er das Persönlichkeitsrecht somit als als *immanent beschränkt* – begriffen hatte. Diese Vermutung liegt deshalb nahe, weil Huber bei der Anwendung der Art. 27 f. ZGB für jeden Einzelfall eine Abwägung zwischen den in Frage stehenden *Interessen der Gemeinschaft* („was allen gerecht ist") und den *Interessen des Einzelnen* („was ein jeder für sich selber als gerecht anerkennen muss") propagiert hatte.[445] Huber hatte denn auch betont, der Einzelne dürfe nicht nur isoliert, sondern müsse stets auch als Glied einer engeren oder weiteren Gemeinschaft betrachtet werden.[446] Erhärtet wird besagte Vermutung gerade auch dadurch, dass Huber im Jahr 1893 – also vier Jahre nach Gierkes Forderung eines „Tropfen[s] sozialistischen Oeles" – bemerkt hatte:

> „Die Ideen eines *socialistischen Privatrechs* sind als Tendenz durch die Verhältnisse gegeben und gewiss als förderndes Element berechtigt, *verwerflich aber als System*, *ebenso wie* dasselbe anderseits vom *individualistischen Privatrecht* zu sagen ist. […]"[447]

Diese Überlegung hatte Huber offenkundig von Gierke übernommen.[448] Im direkten Anschluss zu dieser Bemerkung hatte Huber festgehalten:

> „[…] Das Privatrecht soll die *Resultante der verschiedenen Kräfte* sein, welche die Volksgemeinschaft[449] beleben, und falsch wäre es, zu meinen, dass die Wahrheit nur in einer Richtung liege. Ja sie liegt nicht einmal in der Mitte, sondern die Neigung nach links oder rechts ist bedingt durch die wirtschaftlichen Verhältnisse, die bald mehr die Personenvereinigung […] und bald wieder mehr das Individuum […] hervortreten lassen. Glücklich der Staat und die Zeit, wo *diese beiden Grundelemente der Rechtsbildung* sich zu einer *erträglichen Harmonie* verbunden haben!"[450]

---

[443] EGGER I, Anm. V/4 zu Art. 27; vgl. insbes. auch HUBER, soziale Gesinnung, S. 64: „Wir denken, in erster Linie eine eigentlich grundlegende Folge, dass nämlich an die Ordnung der Kollektivität die Anforderung zu stellen ist, sie sei so zu treffen und so zu handhaben, dass ein jeder sich selber angehört, wie die andern, keiner als von der Gemeinschaft mehr beschränkt werde als ein anderer, unter ihnen also die gleiche Freiheit und die gleiche Beteiligung am gemeinen Wesen bestehe. Ferner, von ebensolchem Gewicht, die Folge, dass keiner einem andern gegenüber nur als Mittel zum Zweck in Betracht fallen darf, sondern ein jeder im andern die grundsätzlich gleichberechtigte Persönlichkeit anzuerkennen hat. Auf die Gemeinschaft bezogen will das nichts weniger besagen, als dass ein jeder in ihr seine Stellung haben und ein in seiner Eigenart selbstberechtigtes Glied sein soll, mag er im Verhältnis zu andern ein Herr oder ein Diener sein. […]". Vgl. auch a.a.O. S. 49 ff., 56 ff.

[444] HOFER, Lücke, S. 60 f.

[445] Vgl. nur HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 17 ff.

[446] Vgl. Fn. 443; vgl. auch HUBER, Vortrag „Die Personengemeinschaft", S. 25-50.

[447] HUBER, SPR IV, S. 300.

[448] Vgl. bei Fn. 288, 291. Zum Schutz schwächerer Personen bei Huber vgl. Fn. 1375.

[449] Zu dieser Terminologie beachte den Hinweis in Fn. 1579 m.w.H.

[450] HUBER, SPR IV, S. 300.

Huber hatte folglich auf privatrechtlicher Ebene einen *Ausgleich zwischen Einzel- und Gemeinschaftsinteressen* angestrebt. Dem entspricht es, wenn Huber später bemerkt hatte, der VE-ZGB beruhe u.a.[451] auf den *beiden Grundsätzen* „Freiheit" und „Gemeinschaft": Der VE-ZGB stelle sich „grundsätzlich auf den Boden der *Freiheit* […], weil nur in ihr eine für unsere modernen Verhältnisse[452] befriedigende Grundlage für die Rechtsentwicklung gefunden werden kann".[453] Huber hatte betont:

> „Der politischen Freiheit wird eine bürgerliche des Verkehrs zur Seite treten. Es wird […] der Grundsatz Geltung bekommen, dass, soweit keine öffentlich- oder privatrechtlichen Schranken bestehen, *in allen Zweigen des Zivilrechtes*, im Familien- und Erbrecht, im Sachen- und Obligationenrecht, die *Freiheit in der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse* anerkannt sein soll."[454]

Als Kontrast zu dieser Freiheit hatte Huber den Grundsatz der *„Gemeinschaft"* hervorgehoben:[455]

> „In ihr [sc. der Gemeinschaft] liegt ein Gebilde, das in eigentümlicher Weise zwischen der Einzelperson und der Kollektivpersönlichkeit der Körperschaft steht, ein Verhältnis, in dem das Individuum seine *Interessen mit denen anderer verkettet*, um fortan nicht nur für sich selber, sondern *mit der eigenen Sorge zugleich auch für andere besorgt zu sein*. Der Gegensatz von Egoismus und Altruismus gibt den Gedanken nicht gut, namentlich rechtlich nicht zutreffend wieder. Denn in der Gemeinschaft steckt nicht die Sorge für andere allein, sondern die *Sorge für ein Höheres*, das die eigene Person mit umfasst. Solche Gemeinschaften finden wir auf allen Gebieten des Privatrechtes: Im Familienrecht, im Erbrecht, im Sachenrecht, im Obligationenrecht, und überall zeigt sich der Typus, den Verhältnissen des Falles näher angepasst."[456]

Diese Ausführungen sprechen zwar für die Vermutung, dass Huber das Persönlichkeitsrecht als *immanent begrenzt* verstanden hatte. Entsprechend konstatiert auch Hofer, Huber habe den Persönlichkeits- und den Gemeinschaftsgedanken als *gleich berechtigte Prinzipien* aufgefasst und die Freiheit damit, wie Gierke, als immanent begrenzt verstanden.[457] Doch gibt Hofer – allerdings im Zusammenhang mit ihren Betrachtungen zum Erb- und Grundpfandrecht – zu bedenken, dass Huber „*hohe Anforderungen* an die Rechtfertigung von Einschränkungen stellt, die eher zur Annahme einer *Vorrangstellung der Freiheit* passen würden" – also zum Gegenmodell der Immanenztheorie, dem Modell von *Grundsatz* und *Ausnahme*.[458] Diese Tendenz

---

[451] Neben „Freiheit" und „Gemeinschaft" hatte Huber als weitere Grundsätze des ZGB betrachtet, „dass ein jedes berechtigte Interesse *rechtlichen Schutz* erfahren soll"; „die Anerkennung von *Treu und Glauben* oder die Auslegung der rechtlichen Beziehungen in guten Treuen" sowie die Anerkennung des *richterlichen Ermessens*; vgl. Erl. Bd. I, S. 27 ff. (= BeK II, Rn. 69 ff.).

[452] Dass Huber dabei „an eine gesteigerte Mobilität der Bevölkerung sowie die ‚wirtschaftlichen Verhältnisse'" gedacht hatte, weist HOFER, Konzeption, S. 16 m.w.H., nach.

[453] Erl. Bd. I, S. 25 f. (= BeK II, Rn. 65).

[454] Erl. Bd. I, S. 26 (= BeK II, Rn. 65).

[455] Vgl. auch HOFER, Konzeption, S. 18.

[456] Erl. Bd. I, S. 29 f. (= BeK II, Rn. 72).

[457] Vgl. HOFER, Konzeption, 30.

[458] HOFER, Konzeption, S. 30.

lässt sich bekanntlich auch bei Egger beobachten. Bei der *Rechtsfähigkeit* hatte sich Huber sogar *explizit* zu diesem *Gegenmodell* bekannt:

> „Nach moderner Rechtsauffassung ist jedermann Person und zwar nach dem *Grundsatze* der Gleichheit. Also gehört an die Spitze[459] der Ordnung der Einzelperson der Satz: ‚Rechtsfähig ist jedermann'. Damit verbindet sich die Umschreibung der Rechtsfähigkeit selber: ‚Für alle Menschen besteht die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben', was mit dem Bedürfnis der Unterscheidung nach der Verschiedenheit der tatsächlichen Bedingungen verträglich gemacht wird durch die Einschiebung: ‚… *in den Schranken der Rechtsordnung*'.
> Diese Umschreibung ist nicht unnütz. Sie stellt den allgemeinen Satz fest, der sich keineswegs von selbst versteht, dass *grundsätzlich* alle Menschen in unserer Rechtsordnung als rechtsfähig und zwar als *gleichermassen* rechtsfähig anerkannt sein sollen. […] Die Bedeutung des Satzes liegt in einer viel allgemeineren, negativen Wirkung, nämlich darin, dass damit die überlieferten Unterschiede der Personen grundsätzlich abgelehnt und die beibehaltenen *Verschiedenheiten als Ausnahmen* dargestellt werden."[460]

Dabei hatte Huber an anderer Stelle hervorgehoben, solche Ausnahmen müssten sich im *positiven Recht*, allenfalls im *Gewohnheitsrecht*, finden – der *Richter* aber dürfe keine Ausnahmen aufstellen:

> „Der zweite Absatz [sc. des Art. 6 VE-ZGB (Fn. 71); vgl. Art. 11 ZGB] umschreibt den Inhalt der Rechtsfähigkeit, wobei zwei Dinge zu beachten sind: Die Gleichheit der Rechte als *Grundsatz* und der Vorbehalt der *Ausnahmen*, die durch die *Rechtsordnung* aufgestellt werden. *Rechtsordnung aber ist der Inhalt des objektiven Rechtes.* Der *Gesetzgeber* darf und muss in der Behandlung der verschiedenen Personenklassen Unterschiede machen, oder auch das Gewohnheitsrecht kann solche fixieren. *Dagegen* sind *Gericht und Verwaltung* an die *Rechtsordnung* gebunden, für sie bedeutet der Satz die *Gleichheit in allen Fällen, wo nicht das objektive Recht einen Unterschied macht*."[461]

Huber hatte also angenommen, Art. 11 Abs. 2 ZGB statuiere im Sinne eines *Grundsatzes* die *gleiche* Rechtsfähigkeit, wovon *ausnahmsweise* abgewichen werden dürfe,

---

[459] In diesem Sinne erblickte Egger denn auch ein „Werturteil" des Gesetzgebers darin, dass „an die Spitze [sc. des ZGB] das Recht der Persönlichkeit und der Familie [gestellt wird] – um ihretwegen besteht die ganze Privatrechtsordnung; dann folgen die vermögensrechtlichen Teile"; EGGER II, Rn. 31 Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch EGGER I, S. XX Einführung PersR-Komm., Vorbem. 2 PersR. Dazu auch Huber, der bemerkt hatte: „Wir haben im Personenrecht und im Familienrecht die Ordnungen vor uns, die als Voraussetzung der Existenz aller Vermögensrechte betrachtet werden müssen. […] Rechtfertigen wir damit die Voranstellung der Grundlagen der ganzen privaten Rechtsordnung, Person und Familie, so ergibt sich ungezwungen als zweite Hauptabteilung das gesamte Vermögensrecht, in den beiden Teilen: Sachen- und Obligationenrecht. Das Erbrecht aber fügt sich in seinem engen Anschluss an die Familie dazwischen, als eine Fortsetzung der Ordnung der Grundlagen in bezug auf die Reihenfolge der Generationen. […]"; Erl. Bd. I, S. 21 (= BeK II, Rn. 56).

[460] Erl. Bd. I, S. 47 f. (= BeK II, Rn. 98 f.). Auch Egger sprach vom „Grundsatz" *gleicher Rechtsfähigkeit* sowie von entsprechenden „Ausnahmen"; vgl. EGGER I, Vorbem. 3 f. PersR, Anm. 3 f. zu Art. 11; EGGER II, Rn. 6 ff., 9 ff. zu Art. 11. Es ist daher anzunehmen, dass Egger bei der *gleichen Rechtsfähigkeit* ebenfalls der Konzeption von Grundsatz und Ausnahme folgte. Allerdings sprach EGGER I (a.a.O.) auch vom *Grundsatz* der „Allgemeinheit" der Rechtsfähigkeit – bekanntlich ging Egger *diesbezüglich* aber gerade von einem *unbeschränkbaren Prinzip* des ZGB aus; *hier* ist Eggers Terminologie daher untechnisch zu verstehen.

[461] Erl. Bd. I, S. 65 (= BeK II, Rn. 149).

sofern dies das Gesetz ausdrücklich vorsehe bzw. eine gewohnheitsrechtliche Übung bestehe. Konzeptionell dasselbe Bild ergibt sich auch bei Hubers Ausführungen zu Art. 641 Abs. 1 ZGB, welcher dem Eigentümer das Recht einräumte, über seine Sache „in den Schranken der Rechtsordnung" frei zu verfügen:[462]

> „Die *Schranken der Rechtsordnung* werden dabei in dem *gleichen Sinne angefügt, wie dies bei der Rechtsfähigkeit* […] geschehen ist: Die Bestimmungen des Zivilgesetzes selbst, sowie öffentlich-rechtliche Vorschriften bezeichnen ihren Inhalt. […]
> An die Umschreibung der Rechte des Eigentümers schliesst sich zweitens die Festsetzung der Pflichten des Eigentümers. […] Der Zweck, ‚andern Schaden zu stiften', kann mit blossem Mutwillen oder mit Vorsatz und bösem Willen, Neid u.a. gegeben sein. Auf diese Einzelfälle braucht das Gesetz sich nicht einzulassen. Es genügt der *Ausschluss jedes eigenen Interesses* in *Verbindung* mit dem *Zwecke, Andere zu schädigen*, wie z.B. bei der Errichtung einer turmhohen Mauer mit der einzigen Absicht, dem Nachbar die Sonne abzusperren."[463]

Hier hatte Huber also klar eine andere Auffassung als Gierke[464] und Egger[465] vertreten, die beide von einer immanenten Begrenzung des *Eigentumsrechts* ausgingen.
Ob aber Hubers (implizitem) Bekenntnis zur *Immanenztheorie* beim Persönlichkeitsschutz einerseits und seinem (expliziten) Bekenntnis zum Modell von *Grundsatz und Ausnahme* beim Eigentumsrecht (bzw. bei der Gleichheit der Rechtsfähigkeit) eine praktische Relevanz zukommt, erscheint fraglich: Der letzte Satz von Hubers hiervor[466] abgedrucktem Zitat lässt nämlich vermuten, dass Huber letztlich den Art. 2 ZGB[467] als positiv-rechtliche „Schranke der Rechtsordnung" vor Augen hatte. Gemäss dieser Bestimmung hatte „jedermann in der Ausübung seiner Rechte […] nach Treu und Glauben[468] zu handeln", Abs. 1, wobei „der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz [fand]", Abs. 2. Wenn Huber also beim Eigentumsrecht (bzw. bei der Gleichheit der Rechtsfähigkeit) zwar *formal* das Modell von Grundsatz und Ausnahme propagiert, dabei aber als positiv-rechtliche Grundlage

---

[462] Bei seinen Ausführungen zum *Erbrecht* hatte Huber insofern auf die Konzeption von Grundsatz und Ausnahme Bezug genommen, als er bemerkt hatte, „die Harmonie der Gesetzesvorschriften verlangt, dass die Freiheit des Erblassers, wenn die Verfügungen von Todes wegen gegenüber dem gesetzlichen Erbrecht in einem Verhältnis der Ausnahme zur Regel stehen, auch als Ausnahme dargestellt werde"; Erl. Bd. I, S. 386 (= BeK II, Rn. 978). Gemäss Art. 481 Abs. 1 ZGB konnte der Erblasser „in den Schranken der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen" verfügen. Identisch Art. 500 Abs. 1 E-ZGB; in Art. 500 Abs. 1 VE-ZGB fehlte besagter Passus.
[463] Erl. Bd. II, S. 59 f. (= BeK II, Rn. 1379 f.).
[464] Vgl. bei Fn. 294.
[465] Vgl. bei Fn. 368. Bei Egger zeigt sich dieser Umstand plastisch auch an folgender Aussage, die er im Zusammenhang mit der „Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit" i.S.v. Art. 28 ZGB tätigte: „Das gemeine Recht glaubte auch die Wettbewerbsbefugnis verabsolutieren zu sollen. Ein Wettbewerb müsse geduldet werden, auch wenn er unlautere Formen annehme, solange das *Gesetz* keine Schranken aufstelle. Aber die Schranken sind dem Wettbewerbe *immanent*, weil die Rechtsordnung den Persönlichkeitsgedanken nicht preisgeben kann"; EGGER II, Rn. 63 zu Art. 28.
[466] Bei Fn. 463.
[467] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 351.
[468] „Treu und Glauben" hatte für Huber einen weiteren „Grundsatz" des ZGB gebildet, vgl. Fn. 451.

für Ausnahmen auf Art. 2 ZGB zurückgegriffen hatte – wobei diese Norm offen abgefasst war und damit ihrerseits eine Abwägung der in Frage stehenden Interessen verlangte –, kann angenommen werden, dass Huber im Rahmen *dieser* Interessenabwägung den Persönlichkeits- und den Gemeinschaftsgedanken *der Idee nach* gleich gewichtet hatte. Damit erfolgte *materiell* jeweils lediglich eine Verlagerung der Interessenabwägung weg von beispielsweise Art. 641 ZGB hin zu Art. 2 ZGB.

3. Zusammenfassung

In einem *engen Sinne* verwendeten sowohl Egger als auch Huber den Begriff „Persönlichkeit" als Synonym für „Rechtsfähigkeit". Beide Juristen verstanden unter der „Rechtsfähigkeit" die *abstrakte Fähigkeit*, überhaupt Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, wobei beide von einer *allgemeinen Rechtsfähigkeit* – der Rechtsfähigkeit jedes Menschen – ausgingen. Diese allgemeine Rechtsfähigkeit galt ihres Erachtens ohne jede Einschränkung. Demgegenüber hielten sie es für legitim, *konkrete Einzelfähigkeiten* der Rechtsfähigkeit, bei denen die Rechtsausübung *stellvertretungsfeindlich* war – wie beispielsweise bei der Eingehung einer Ehe – aus „sachlichen Gründen" von bestimmten Eigenschaften, insbesondere einem Mindestalter, abhängig zu machen. Insofern anerkannten Egger und Huber, dass nicht jedem Menschen die *gleiche Rechtsfähigkeit* zukam.

In einem *weiteren Sinne* verstanden Egger und Huber unter „Persönlichkeit" auch (ein) Recht(e): Beide Juristen gingen von einem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* auf Achtung und Geltung aus. In der *Erstauflage* nahm Egger an, der Einzelne besässe neben diesem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch ein subjektives Recht an den – aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht herausgebildeten und damit nunmehr selbständigen – „persönlichen Gütern", wie namentlich am „Leben", an der „Gesundheit", sowie an der im Gesetz explizit erwähnten „Freiheit" (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und dem Namen (Art. 29 f. ZGB). Diese Ansicht hatte derjenigen von Huber entsprochen. Demgegenüber stellte Egger in der *Zweitauflage* klar, es bestehe nur das (eine) allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die persönlichen Güter spielten für Egger in der Zweitauflage zwar nach wie vor eine zentrale Rolle – indes nur als Einzelerscheinungen, welche der besseren Handhabung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienten. Materielle Konsequenzen zeitigte dieser Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen nicht.

Weder Egger noch Huber verstanden das Persönlichkeitsrecht (in der Terminologie von Eggers *Erstauflage* sowie von Huber: das Persönlichkeitsrecht und die persönlichen Güter) als schrankenlos, wie sich jeweils aus den Ausführungen zum Schutze der Persönlichkeit i.S.v. Art. 27 ff. ZGB ergibt: Egger machte in beiden Kommentarauflagen deutlich, dass er den Zweck des (gesamten) *Art. 27 ZGB* im Schutze der individuellen privatrechtlichen Freiheit vor *vollständiger Entäusserung* bzw. vor *übermässiger Selbstbeschränkung* verortete. In letzterer Hinsicht konstruierte Egger in der *Erstauflage* die Schranken des Persönlichkeitsrechts anhand der Formel, dass eine im

konkreten Fall in Frage stehende Selbstbeschränkung nur dann zulässig sei, wenn sie *richtiges Mittel zu richtigem Zweck* darstelle. Diese Richtigkeit wollte Egger anhand einer Interessenabwägung zwischen den betroffenen Interessen des Einzelnen und den Interessen der Gemeinschaft gewinnen. Eine ähnliche Formel hatte auch Huber formuliert. In der Sache gleich argumentierte Egger in der *Zweitauflage*, wo er eine Abwägung zwischen dem *Persönlichkeitsrecht* und der *öffentlichen Ordnung* propagierte.
Konzeptionell folgten Egger (in beiden Kommentarauflagen) und Huber dabei letztlich der *Immanenztheorie* – d.h. der Vorstellung, dass ein Recht *von vornherein begrenzt* sei. Deutlich manifestiert sich dieser Umstand (auch) bei *Art. 28 ZGB*, der den Einzelnen vor Verletzungen seiner Persönlichkeit durch Dritte schützte: In der *Erstauflage* konstruierte Egger die Schranken des Persönlichkeits*rechts indirekt* über die Schranken des Persönlichkeits*schutzes*: Die besagte, aus der Zweck-Mittel-Formel fliessende, Interessenabwägung nahm Egger zwar *formal* unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit eines verletzenden Verhaltens (was an sich nicht zur Immanenztheorie passte) vor – *materiell* verbarg sich dahinter aber die Vorstellung eines immanent beschränkten Persönlichkeits*rechts*. Diesen Umstand hob Egger in der *Zweitauflage* deutlicher hervor, indem er im konkreten Einzelfall – auch hier anhand besagter Interessenabwägung – *direkt* die Grenzen des Persönlichkeits*rechts* absteckte und anschliessend (auch dies an sich konzeptionswidrig) einen allfälligen „Ausschluss der Widerrechtlichkeit" prüfte. Im Ergebnis lagen damit beide Kommentarauflagen auf einer Linie. Die Ausführungen Hubers zeigen, dass dieser seine bei Art. 27 ZGB entwickelte Formel auch auf Art. 28 ZGB angewandt hatte.

B. Familienrecht

„Das Familienrecht", umfassend die Art. 90-456 ZGB, bildete den zweiten Gesetzesteil des ZGB und zerfiel in *drei Abteilungen*: „das Eherecht", Art. 90-251 ZGB; „die Verwandtschaft", Art. 252-359 ZGB; sowie „das Vormundschaftsrecht", Art. 360-456 ZGB.

I. Eherecht, Art. 90-251 ZGB

In der ersten Abteilung des Familienrechts – dem Eherecht – regelten die Art. 90-95 ZGB „das Verlöbnis"; die Art. 96-251 ZGB regelten „die Ehe".

a) Verlöbnis, Art. 90-95 ZGB

1. Begriffe „Verlobung" und „Verlöbnis"

Mittels *Verlobung* wurde das *Verlöbnis* eingegangen, Art. 90 Abs. 1 ZGB[469].[470] Unter der *Verlobung* verstand Egger „das gegenseitige *Versprechen künftiger Eheschließung*", wobei er dieses Rechtsgeschäft als formfreien familienrechtlichen Vertrag qualifizierte.[471] Als *Verlöbnis* bezeichnete er „das der Ehe vorausgehende und sie vorbereitende familienrechtliche *Gemeinschaftsverhältnis* der beiden Personen, die sich die Ehe versprochen haben".[472] Mit diesen Vorstellungen lag Egger auf der Linie Hubers, welcher die Verlobung ebenfalls als formfreien Vertrag qualifiziert hatte, der das Verlöbnis als das der Eheschliessung vorangehende „familienrechtlich[e] Verhältnis eigener Art" begründe.[473]

2. Verlobungsfreiheit und ihre Schranken

Die Freiheit des Einzelnen, sich zu verloben, bildete für Egger ein zentrales, dem *Persönlichkeitsgedanken* Rechnung tragendes Prinzip des ZGB. Dies ergibt sich einerseits aus Eggers Ausführungen zu Art. 90 Abs. 2 ZGB[474], der für die Verlobung einer unmündigen bzw. entmündigten Personen ein Zustimmungserfordernis des gesetzlichen Vertreters statuierte: Egger betonte, die Verlobung stelle ein *vertretungsfeindliches* Geschäft dar – zwar könne der gesetzliche Vertreter einer Verlobung zustimmen

---

[469] Identisch Art. 99 Abs. 1 E-ZGB und Art. 110 Abs. 1 VE-ZGB.

[470] Ein vorgängiges Verlöbnis bildete *keine* Notwendigkeit für die Eheschliessung; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 91.

[471] EGGER I, Anm. 2b, 3, 4b zu Art. 90; EGGER II, Rn. 8 ff. zu Art. 90. Zur Anwendbarkeit des OR AT vgl. EGGER I, Anm. 3c zu Art. 90, und für die *Verjährung* sämtlicher Ansprüche aus dem Verlöbnis (1 Jahr nach Auflösung desselben, Art. 95 ZGB (so schon Art. 104 E-ZGB und Art. 115 VE-ZGB)): EGGER I, Anm. 2 zu Art. 95; EGGER II, Rn. 8 ff., 16 zu Art. 90, Rn. 1 f. zu Art. 95.

[472] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 90; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 90. Aus der Perspektive der Verlobten lag im Verlöbnis der sog. *Brautstand*; vgl. a.a.O.

[473] Erl. Bd. I, S. 105, 129 (= BeK II, Rn. 249, 307 f.); Prot., S. 98, 100 (= BeK III, Rn. 855, 864); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 490.

[474] Identisch Art. 99 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 110 Abs. 2 VE-ZGB.

respektive dieselbe ablehnen, er sei indes nicht befugt, sie selbständig vorzunehmen.[475] Andererseits sprach Egger in der Zweitauflage explizit von „Schranken der Verlobungsfreiheit", was im Umkehrschluss deutlich macht, dass Egger die Verlobungsfreiheit in bestimmtem Masse anerkannte.[476] Ebenso selbstverständlich wie für Egger, war die Verlobungsfreiheit schon für Huber gewesen: Zwar hatte Huber die Verlobungsfreiheit weder in seinen Erläuterungen noch in der Botschaft expilzit erwähnt, doch hatte auch er – wie Egger in der Zweitauflage – auf Konstellationen hingewiesen (s. sogleich), bei denen die Beteiligten „*kein* rechtswirksames Verlöbnis eingehen" konnten.[477]

In der *Erstauflage* führte Egger als (die Verlobungsfreiheit beschränkende) „Verlobungshindernisse" die „dauernde[n] unüberwindliche[n] Ehehindernisse" an – damit meinte er diejenigen Ehehindernisse, welche einen *Ehenichtigkeitsgrund* abgaben, also *dauernde Urteilsunfähigkeit* und *Geisteskrankheit*, Art. 120 Ziff. 2 ZGB, sowie *Verwandtschaft* und *Schwägerschaft*, Art. 120 Ziff. 3 ZGB.[478] Regelmässig[479] erblickte Egger auch im Ehenichtigkeitsgrund der *bereits bestehenden Ehe*, Art. 120 Ziff. 1 ZGB, ein Verlobungshindernis, zumal eine Verlobung durch einen *Ehegatten* s.E. eine „Verletzung der Pflichten gegen die *eheliche Gemeinschaft*" bedeutete.[480] Die von Egger hier gewählte Konstruktion von Schranken der Verlobungsfreiheit anhand der Ehenichtigkeitsgründe ist darauf zurückzuführen, dass sich der „Charakter der Verlobung" für Egger dadurch auszeichnete, dass Letztere „auf die *Eheschließung* gerichte[t]" war.[481] Stand aber, anders ausgedrückt, einer Eheschliessung ein Ehenichtigkeitsgrund entgegen, so machte die Eingehung eines Verlöbnisses für Egger von vornherein keinen Sinn. In diese Richtung weist auch Hubers Überlegung, wonach „Personen, die nicht ehefähig[482] sind oder einander nicht heiraten dürften,

---

[475] EGGER I, Anm. 3c, 5a zu Art. 90; EGGER II, Rn. 9, 17 f. zu Art. 90. Vgl. denn auch auch EGGER I, Anm. 3c zu Art. 19, Anm. 5a zu Art. 90; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 19, Rn. 17, 22 zu Art. 407, Rn. 17 zu Art. 90. Egger bemerkte, die fehlende Zustimmung führe – aus Schutzüberlegungen zugunsten unmündiger Mädchen vor mündigen Männern – zur *einseitigen Unverbindlichkeit* der Verlobung (beachte dazu Fn. 3269); EGGER I, Anm. 5b zu Art. 90; EGGER II, Rn. 18 zu Art. 90. Huber hatte sich dazu nicht näher geäussert – vgl. Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 308).

[476] EGGER II, Rn. 13 ff. zu Art. 90.

[477] Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 308).

[478] EGGER I, Anm. 3d zu Art. 90 m.w.H. zu den *Rechtsfolgen*. Zu den *Ehenichtigkeitsgründen* vgl. Kapitel b.2.1.

[479] Es sei denn, dass bspw. die bestehende „Ehe tief zerrüttet ist, ein Anspruch auf Scheidung vorliegt und in Voraussicht derselben das Eheversprechen abgegeben wird"; EGGER I, Anm. 3d zu Art. 90.

[480] EGGER I, Anm. 3d zu Art. 90. In einer neuen Verlobung bei bereits bestehendem Verlöbnis sah Egger jedoch dann kein Verlobungshindernis, wenn im zweiten Verlöbnis ein Rücktritt vom ersten zu erblicken war; a.a.O.

[481] EGGER I, Anm. 3d zu Art. 90.

[482] Insofern war Hubers Ansicht restriktiver als diejenige von Egger, denn die *Ehefähigkeit* i.S.v. Art. 96 ff. ZGB setzte für die Eheschliessung ein Mindestalter bzw., bei Unmündigen, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters voraus; ebensowenig differenzierte das Gesetz in Art. 97 Abs. 1 ZGB zwischen vorübergehender und dauernder Urteils(un)fähigkeit. Mangelndes Alter, fehlende Zustimmung und vorübergehende Urteilsunfähigkeit bildeten indes bloss einen Eheanfechtungs-, nicht aber einen Ehenichtigkeitgrund; vgl. dazu Kapitel I.b.2.1.1-3.

[…] kein rechtswirksames Verlöbnis eingehen [können]".[483]
In der *Zweitauflage* sprach Egger nicht mehr von „Verlobungshindernissen", sondern von „Schranken der Verlobungsfreiheit" – wodurch er die Verlobungsfreiheit im Vergleich zur Erstauflage deutlicher hervorhob.[484] Dogmatisch konstruierte Egger diese Schranken hier aus Art. 20 Abs. 1 OR, einer Bestimmung des Obligationenrechts, gemäss welcher ein Vertrag – also auch eine Verlobung, s.o. –, „der einen […] *widerrechtlichen Inhalt* hat oder *gegen die guten Sitten* verstösst, nichtig[485] [war]".[486] Stand den Beteiligten ein „dauerndes, unüberwindliches Ehehindernis" – ein Ehenichtigkeitsgrund – entgegen, qualifizierte Egger die Verlobung als *widerrechtlich*.[487] Damit entspricht die Zweitauflage in diesem Punkt hinsichtlich ihres Ergebnisses der Erstauflage. Bezüglich der *Sittenwidrigkeit* stellte Egger im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 ZGB bekanntlich fest, eine Selbstbeschränkung sei dann unsittlich und daher unzulässig, wenn sie mit der „öffentlichen Ordnung" bzw. dem „Recht der Persönlichkeit" unvereinbar sei.[488] Analog argumentierte Egger in vorliegendem Zusammenhang: Er bemerkte, ein Verlöbnis sei unsittlich, wenn es „gegen die öffentliche Ordnung" bzw. gegen „das Recht der Persönlichkeit" verstosse.[489] Nähere Ausführungen zu diesen beiden Konstellationen unterliess er allerdings, wie sich an dem (schon aus der Erstauflage bekannten) Beispiel zeigt, wonach sich eine bereits verheiratete Person verlobte: Egger qualifizierte diese Konstellation vorliegend lediglich *allgemein* als „grundsätzlich"[490] *sittenwidrig*.[491] Ebenfalls sittenwidrig – ohne auch hier näher zu spezifizieren – war s.E. „das Versprechen bloßer Namensheirat".[492] Damit ist zu konstatieren, dass Egger zwar eine Kontinuität zu seiner Kommentierung des Art. 27 Abs. 2 ZGB (Zweitauflage) anstrebte, allerdings erscheint die bloss formale Argumentation mit den beiden Interessenssphären ohne nähere Ausführungen hierzu als halbherzig. Immerhin lässt dieser Umstand aber den Schluss zu, dass die Zweitauflage hinsichtlich ihres Ergebnisses auch in diesem Punkt nicht von der Erstauflage abweicht.

---

[483] Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 308). Zum Ehenichtigkeitsgrund der bereits bestehenden Ehe, vgl. Art. 120 VE-ZGB und Art. 109 E-ZGB, hatte sich Huber nicht näher geäussert.
[484] EGGER II, Rn. 13 ff. zu Art. 90.
[485] Vgl. aber EGGER II, Rn. 15 zu Art. 90 (wie schon bei Fn. 478).
[486] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 90.
[487] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 90.
[488] Vgl. dazu Kapitel A.2.2.1.2.2.
[489] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 90.
[490] Zur ausnahmsweisen Zulässigkeit vgl. Fn. 479 sowie, zurückhaltender, EGGER II, Rn. 14 zu Art. 90. Dezidierter als in der Erstauflage merkte Egger bezüglich des Doppelverlöbnisses an, dass im zweiten Verlöbnis „im Zweifel" ein Rücktritt vom ersten liege – denn dadurch werde verhindert, „daß der ungetreue Brautteil sanktionslos noch eine zweite Untreue begehen kann"; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 90.
[491] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 90.
[492] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 90, vgl. aber betreffend die *Ehe*: EGGER II, Rn. 3 zu Art. 123.

3. Bindungswirkungen von Verlobung bzw. Verlöbnis

In beiden Kommentarauflagen hob Egger – wie schon Huber[493] – die Bindungswirkungen von Verlobung bzw. Verlöbnis hervor.[494] Dieser Umstand erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, zumal Art. 91 Abs. 1 ZGB[495] bestimmte: „Aus dem Verlöbnis entsteht keine Klage auf Eingehung der Ehe." Egger – ebenfalls wie bereits Huber[496] – gestand den Verlobten indes weder eine „Klage auf Eingehung der Ehe" noch eine Klage auf das Erfüllungsinteresse zu, sondern betonte im Gegenteil, dem ZGB liege der Grundsatz *freier Eheschliessung* zugrunde.[497] Eggers – und damit auch Hubers – Hinweise auf die Bindungswirkung des Verlöbnisses betrafen vielmehr (nur) einerseits *Pflichten*, die den Verlobten für die *Dauer des Verlöbnisses* oblagen, und andererseits die *Rechtsfolgen* für den Fall des *Verlöbnisbruches*, d.h. der einseitigen Beendigung[498] des Verlöbnisses ohne wichtigen Grund.

3.1 Gemeinschaftsgedanke

3.1.1 Pflichten der Verlobten während der Dauer des Verlöbnisses

In der *Erstauflage* stellte Egger mit Blick auf seine Differenzierung zwischen der *Verlobung* als familienrechtlichem Vertrag und dem *Verlöbnis* als familienrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis fest:

> „Inhalt und Wirkungen der Verlobung erschöpfen sich in der *Begründung des Verlöbnisses*. Die *Wirkungen des letztern* selbst mit allen Verpflichtungen, die in ihm begründet liegen, sind nicht Wirkungen der Verlobung, sondern *gesetzlicher Inhalt der Verlobtengemeinschaft* […]."[499]

Nach der von Egger hier geäusserten Ansicht erschöpfte sich die Bedeutung der Verlobung im Wesen als Instrument zur Eingehung des Gemeinschaftsverhältnisses „Verlöbnis". Aus diesem *Verlöbnis* seinerseits leitete Egger bestimmte Wirkungen ab – er bemerkte, diese Wirkungen lägen in der „gesetzliche[n] und dem Willen der Brautleute entzogene[n] Ausgestaltung der Gemeinschaft".[500] Diese Vorstellung Eggers ist insofern bemerkenswert, als sich das Gesetz zu den Wirkungen des

---

[493] Vgl. nur Erl. Bd. I, S. 129 f. (= BeK II, Rn. 307, 310).
[494] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 91; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 90, Rn. 2 f., 4 f. 6 ff. zu Art. 91.
[495] Identisch Art. 100 Abs. 1 E-ZGB und Art. 111 Abs. 1 VE-ZGB.
[496] Vgl. Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 309); StenBull NR 1905, S. 490.
[497] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 91; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 90, Rn. 6 ff. zu Art. 91; vgl. auch bei Fn. 526. Art. 91 Abs. 2 ZGB (identisch Art. 100 Abs. 2 E-ZGB und Art. 111 Abs. 2 VE-ZGB) bestimmte denn auch, dass „für den Fall des Verlöbnisbruches" vereinbarte Vertragsstrafen „nicht eingeklagt werden" konnten – gemeint war nach Eggers Ansicht *Nichtigkeit*; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 91; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 91.
[498] Als weitere Beendigungsgründe nannte Egger etwa die Eheschliessung der Verlobten und den Tod eines bzw. beider Verlobten; ferner wies er auf die Möglichkeit zur beidseitigen (vertraglichen) Aufhebung des Verlöbnisses hin; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 92; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 92.
[499] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 90, vgl. dazu auch Anm. 2a zu Art. 90.
[500] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 90.

Verlöbnisses nicht äusserte[501], sondern in den Art. 92-94 ZGB bloss Anordnungen für den Fall von dessen Beendigung traf. Egger vertrat indes die Ansicht, das Verlöbnis auferlege – bereits für dessen Dauer – den Verlobten gewisse Pflichten[502], wobei er zwei Gruppen unterschied: Zum einen handelte es sich s.E. um Pflichten, welche auf die *„Vorbereitung der Eheschließung"* gerichtet waren, und zum andern um Pflichten, die sich direkt *aus dem Gemeinschaftsverhältnis selbst* ergaben.[503] Als zentrale Pflicht der ersten Gruppe nannte Egger die „Pflicht der künftigen Eheschließung".[504] Egger stellte klar,

> „daß ein Verlobter alles unterlassen muß, was dieser Pflicht entgegensteht oder deren Erfüllung verunmöglichen könnte, und umgekehrt, daß er nach Billigkeit alles tun muß, um die Eheschließung zu ermöglichen […]".[505]

Das Verlöbnis als Gemeinschaftsverhältnis sollte nach Eggers Ansicht also der Vorbereitung der Ehe dienen, weshalb er auch die Pflicht zur Eheschliessung als dem Verlöbnis inhärent betrachtete.[506] Bei der zweiten Gruppe stand für Egger die Treuepflicht der Verlobten im Zentrum, welche s.E. neben der Pflicht zur Rücksichtnahme u. dgl. etwa auch die Pflicht enthielt, alles zu unterlassen, „was der bräutlichen Gemeinschaft zuwiderläuft", wie „Verlassung" oder „Verletzung der Geschlechtstreue".[507]

Diese in der Erstauflage geäusserten Vorstellungen Eggers weisen Parallelen zu Huber auf, der im *Verlöbnis* ebenfalls die „Grundlage für die Vorbereitung zum Ehestande mit aller der Gebundenheit, die dieser Zweck den Verlobten auferlegt", erblickt und aus diesem Charakter Bindungswirkungen für die Verlobten abgeleitet hatte.[508] Dabei hatte Huber zwar den Grundsatz freier Eheschliessung betont – und damit auch die Regelung legitimiert, wonach das Verlöbnis keinen Anspruch auf Eingehung der Ehe verlieh –, dennoch hatte er hervorgehoben, dass die „Wirkungen des Verlöbnisses […] sehr eingreifend" seien.[509] Als „Hauptwirkung"[510] hatte Huber dabei

---

[501] In diesem Sinne hatte denn auch Huber in Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 307), bemerkt: „Die Aufnahme des Institutes [sc. Verlobung] in das Familienrecht genügt schon an sich, um dem Verhältnis die Anerkennung zu sichern, auf die es […] Anspruch hat: als Grundlage für die Vorbereitung zum Ehestande mit aller der Gebundenheit, die dieser Zweck den Verlobten auferlegt."

[502] Neben den Pflichten ergaben sich für Egger aus dem Verlöbnis auch *Rechte*, die aber von untergeordneter Bedeutung erscheinen – so etwa das prozessuale Zeugnisverweigerungsrecht; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 91.

[503] Vgl. EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 91.

[504] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 91.

[505] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 91.

[506] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 91; vgl. auch Fn. 472.

[507] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 91. Mit dem Gemeinschaftsverhältnis „Verlöbnis" legitimierte Egger a.a.O. denn auch die sog. *Brautkindschaft* – die Möglichkeit der richterlichen Ehelicherklärung eines ausserehelichen Kindes nach Art. 260 ZGB (dazu Kapitel II.a.2) – sowie die Möglichkeit der Zusprechung eines Kindes an einen ausserehelichen Vater mit Standesfolgen, Art. 323 ZGB (dazu Kapitel II.b.2.4).

[508] Erl. Bd. I, S. 129 (= BeK II, Rn. 307), vgl. auch S. 130 (= BeK II, Rn. 310).

[509] Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 310), vgl. auch S. 129 (= BeK II, Rn. 307).

[510] Als weitere Wirkungen des Verlöbnisses hatte auch schon Huber die Brautkindschaft und die Möglichkeit der Ehelicherklärung (vgl. Fn. 507) erwähnt; Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 310); StenBull NR 1905, S. 490.

„die Verpflichtung, nichts zu tun, was als ein Bruch der gelobten Treue gelten müsste", genannt, wobei er diese Verpflichtung mit dem Hinweis konkretisiert hatte, dass einerseits kein Verlobter das Verlöbnis grundlos brechen, und andererseits kein Verlobter aufgrund seines Verhaltens dem andern einen „Anlass zu einem berechtigten Bruche" des Verlöbnisses liefern dürfe.[511]
In Eggers *Zweitauflage* finden sich die von Egger bereits in der Erstauflage propagierten Pflichten[512] der Verlobten wieder. Allerdings besteht insofern ein Unterschied zur Erstauflage, als dass Egger in der Zweitauflage „die Pflicht zur Eheschliessung" direkt aus dem „Versprechen selbst" – also aus der Verlobung (und nicht erst aus dem Verlöbnis) – ableitete, und er (entsprechend nur noch) „die Pflichten der Treue, der Rücksichtnahme, der Aufrichtigkeit, des persönlichen Beistandes" aus dem Verlöbnis konstruierte.[513] Diese dogmatische Präzisierung zeitigte allerdings im Ergebnis keine Konsequenzen: Egger leitete nämlich aus der „Pflicht zur Eheschliessung" diverse Einzelpflichten ab, die sich ihrerseits – wie in der Erstauflage bezüglich des *Verlöbnisses* – praktisch ausschliesslich an der Gemeinschaft der Verlobten orientierten: So erwähnte Egger insbesondere die Pflichten, „die Eheschließung […] vorzubereiten", „die persönliche Gemeinschaft [zu] pflegen", „die äußeren Bedingungen für die Eingehung der Ehe her[zu]stellen" sowie die Pflicht, alles „zu meiden, was die Gemeinschaft gefährdete, die Eheschließung erschwerte oder verunmöglichte".[514]
Zusammenfassend zeigt sich damit, dass Egger die Bindungswirkungen von Verlobung bzw. Verlöbnis mit dem *Gemeinschaftsgedanken* begründete – der Überlegung, dass die Verlobten nunmehr eine Gemeinschaft bildeten und darum gegenseitige Pflichten zu erfüllen hatten.

3.1.2 Ersatzanspruch beim Verlöbnisbruch, Art. 92 ZGB

Unter der Marginalie „Folgen des *Verlöbnisbruches*" bestimmte Art. 92 ZGB[515], dass wenn ein Verlobter das Verlöbnis *„ohne wichtigen Gründe" aufgehoben* hatte, der andere Verlobte, dessen Eltern sowie Dritte berechtigt waren, von jenem „für die Veranstaltungen[516], die mit Hinsicht auf die Eheschliessung in guten Treuen getroffen worden [waren], einen angemessenen Ersatz" zu fordern.[517]
Als *wichtige Gründe* für die Aufhebung anerkannte Egger in beiden Kommentarauflagen Umstände, die die Fortdauer des Verlöbnisses bzw. die künftige Eheschliessung

---

[511] Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 310); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 490.
[512] Zu den *Rechten* vgl. bei Fn. 502 und analog EGGER II, Rn. 4 zu Art. 91.
[513] EGGER II, Rn. 2 f., 4 f. zu Art. 91. Auch in der Zweitauflage hob EGGER II, Rn. 4 zu Art. 91, die Möglichkeit der Brautkindschaft (dazu bei Fn. 507) hervor.
[514] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 91.
[515] Wörtlich fast identisch Art. 101 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 112 VE-ZGB – allerdings ohne die Anspruchsberechtigten explizit zu nennen (vgl. Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 311); Prot., S. 101 (= BeK III, Rn. 876)).
[516] Zum Begriff der Veranstaltungen vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 92; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 92.
[517] Die gleiche Rechtsfolge ordnete diese Norm für den Fall an, dass das Verlöbnis „aus einem Grunde, an dem er [sc. ein Verlobter] selbst schuld [war], von ihm oder dem andern Verlobten aufgehoben [wurde]".

als unzumutbar erscheinen liessen.[518] Für Egger war dies insbesondere (aber keineswegs nur) dann der Fall, wenn ein Verlobter jene Pflichten verletzte, welche sich s.E. aus der Verlobung bzw. aus dem Verlöbnis ergaben.[519] Führte ein wichtiger Grund zur Aufhebung, so wirkte dieser Umstand für Egger „schlechthin befreiend" – das Unterlassen der Eheschliessung hielt er in diesen Fällen also für gerechtfertigt.[520] Demgegenüber stellte die einseitige Aufhebung des Verlöbnisses ohne wichtigen Grund einen *Verlöbnisbruch* dar.[521] Nur in einem solchen Fall griff die Regelung des Art. 92 ZGB. In beiden Kommentarauflagen qualifizierte Egger (wie schon Huber[522]) die aus dieser Norm fliessenden Ansprüche als auf das negative Interesse gerichtete „Schadensersatzansprüche wegen *Nichterfüllung*" – was deutlich macht, dass Egger den Verlöbnisbruch als Verletzung der (letztlich durch die Verlobung eingegangenen) *Pflicht zur Eheschliessung* begriff.[523] Dies hob Egger in der Zweitauflage besonders hervor, indem er den Verlöbnisbruch explizit als „Vertragsverletzung", als „Vertragsbruch", qualifizierte.[524] Dass diese Position Eggers mit derjenigen von Huber übereinstimmte, zeigt dessen Bemerkung, wonach ein *Verlöbnisbruch* einen auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch nach sich ziehe.[525]
Damit ergibt sich damit auch hier, dass Egger den Ersatzanspruch aus Art. 92 ZGB mit dem *Gemeinschaftsgedanken* legitimierte – mit der Überlegung, eine ungerechtfertigte Zerstörung der Verlobtengemeinschaft müsse sanktioniert werden.

3.2 Persönlichkeitsgedanke

3.2.1 Freiheit zur Aufhebung des Verlöbnisses

Mit der Betonung, dass das ZGB den „Grundsatz der Freiheit der *Eheschließung*" anerkenne und „jeden erzwungenen *Eheschluß* [verpönt]", legitimierte Egger zugleich die in Art. 91 Abs. 1 ZGB statuierte Regelung, dass „aus dem *Verlöbnis* keine Klage auf Eingehung der Ehe [entstand]".[526]
Aus dieser gesetzlichen Gestaltung leitete Egger ab, dass eine Aufhebung des Verlöbnisses jederzeit möglich sein müsse – also auch dann, wenn dadurch ein Verlöbnisbruch begangen werde.[527] *So gesehen* stand nach Eggers Ansicht beiden Verlobten

---

[518] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 92, vgl. auch Anm. 2b, 2c zu Art. 92; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 92.
[519] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 92; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 92.
[520] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 92; EGGER I, Anm. 2c (beta), 2d zu Art. 92.
[521] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 92; EGGER II, Rn. 1, 6 ff. zu Art. 92.
[522] Vgl. Prot., S. 102 (= BeK III, Rn. 891), wo Huber vom „negative[n] Vertragsinteresse" gesprochen hatte.
[523] EGGER I, Anm. 3, 3c zu Art. 92; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 92.
[524] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 92.
[525] Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 311); Prot., S. 102 (= BeK III, Rn. 891); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 490.
[526] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 91; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 90, Rn. 6 ff. zu Art. 91.
[527] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 91, Anm. 3 zu Art. 92; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 92. Vgl. auch EGGER I, Anm. 3c zu Art. 90, wo Egger vom „Charakter des Verlöbnisses als eines im Vergleich zur Ehe weniger festen und lösbaren Gemeinschaftsverhältnisses" sprach.

aufgrund des *Persönlichkeitsgedankens*[528] – im Interesse der individuellen Freiheit – das jederzeitige Recht zu, das Verlöbnis einseitig aufzuheben.[529] Dass diese Position Eggers auch den Vorstellungen Hubers entsprochen hatte, lässt sich aus dessen Ausführungen zum Verlöbnisbruch erschliessen.[530]

3.2.2 Genugtuungsanspruch beim Verlöbnisbruch, Art. 93 Abs. 1 ZGB

Das Recht zur Aufhebung des Verlöbnisses bedeutete keineswegs, dass sich die aus der Aufhebung ergebenden Rechtsfolgen als vom Grund der Aufhebung unabhängig gestaltet hätten: Wie Art. 92 ZGB, stand auch Art. 93 Abs. 1 ZGB[531] unter der Marginalie „Folgen des *Verlöbnisbruchs*". Diese Bestimmung verlieh jenem Verlobten, der „durch den Verlöbnisbruch […] ohne sein Verschulden eine schwere Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen" erlitt, einen Anspruch auf Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern den andern Verlobten ein Verschulden traf.[532]
Aus beiden Kommentarauflagen geht hervor, dass Egger den Verlöbnisbruch grundsätzlich als Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB qualifizierte – und zwar deshalb, weil sich der Verlöbnisbrecher über die Bindungswirkung der Verlobung bzw. des Verlöbnisses hinwegsetzte, indem er sein Versprechen zur Heirat nicht einhielt.[533] In der *Erstauflage* bezeichnete Egger den in Art. 93 Abs. 1 ZGB statuierten Genugtuungsanspruch denn auch als blossen „Spezialfall des in Art. 28 [sc. ZGB] und rev.O.R. 49[534] ausgesprochenen Grundsatzes des Schutzes der Persönlichkeit".[535] Diese Vorstellung vertrat Egger an sich auch in der *Zweitauflage*, präzisierte sie aber insofern, als er den Art. 49 OR – eine Norm aus dem Deliktsrecht – über Art. 99 OR anwandte, welcher die deliktsrechtlichen Grundsätze für das Vertragsrecht anwendbar erklärte.[536] Aus beiden Kommentarauflagen geht damit hervor, dass Egger den Art. 93 Abs. 1 ZGB mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – mit dem Persönlichkeitsschutz – legitimierte. Dass auch Huber auf dieser Linie gelegen hatte, ergibt sich daraus, dass Huber einen Genugtuungsanspruch (in Anlehnung an den

---

[528] Vgl. denn auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19, Anm. 1 zu Art. 92; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 19, Rn. 17 zu Art. 407, Rn. 1 zu Art. 92.
[529] Dies entsprach für Egger übrigens auch dem *Allgemeininteresse*. Ohne diesen Gedanken näher auszuführen, hielt er nämlich fest, es „[ist] dem öffentlichen Interesse förderlicher […], daß das Verlöbnis aufgehoben, als daß eine Ehe geschlossen wird, die keine Gewähr für Dauer und Glück bietet"; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 92.
[530] Vgl. bei Fn. 525 und 538.
[531] Wörtlich fast identisch Art. 102 Abs. 1 E-ZGB. Art. 113 VE-ZGB gewährte den Anspruch, wenn „der Verlöbnisbruch […] in böswilliger oder leichtfertiger Weise herbeigeführt [worden war]".
[532] Dieser Anspruch war gemäss Art. 93 Abs. 2 ZGB „nicht übertragbar, [ging] aber auf die Erben über, wenn er zur Zeit des Erbganges anerkannt oder eingeklagt [war]". Wörtlich fast identisch Art. 102 Abs. 2 E-ZGB. Im VE-ZGB fehlte eine solche Regelung.
[533] Vgl. nur EGGER I, Anm. 2 zu Art. 93; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 93.
[534] Art. 49 Abs. 1 OR lautete: „Wer in seinen *persönlichen Verhältnissen verletzt* wird, hat bei *Verschulden* Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wo die besondere *Schwere der Verletzung* und des *Verschuldens* es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung."
[535] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 93; vgl. für die Voraussetzungen EGGER I, Anm. 2 zu Art. 93.
[536] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 93, s. auch Rn. 19 zu Art. 28; für die Voraussetzungen s. EGGER II, Rn. 2 ff. zu Art. 93.

Wortlaut des Art. 113 VE-ZGB[537]) „im Falle eines böswilligen und leichtfertigen Bruches" des Verlöbnisses befürwortet hatte.[538]

3.2.3 Rückerstattungsanspruch bei (jeder) Aufhebung des Verlöbnisses, Art. 94 Abs. 1 ZGB

An sich[539] unbesehen des Grundes, aus welchem ein Verlöbnis beendet wurde, gewährte Art. 94 Abs. 1 ZGB[540] den Verlobten den Anspruch, Geschenke, die sie einander gemacht hatten, zurückzufordern.[541] Für den Fall, dass „die Geschenke nicht mehr vorhanden [waren], […] [erfolgte] die Auseinandersetzung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung[542]".

Egger stellte, wie auch schon Huber,[543] klar, dass diesem Anspruch – anders als den Ansprüchen aus Art. 92 und 93 ZGB – *kein sanktionierender Charakter* innewohne, sondern auf der Überlegung gründe, dass Geschenke auf einem „Pietätsverhältnis" beruhten und „ihren besonderen Affektionswert und Erinnerungsgehalt [besitzen]", weshalb sie gegenseitig zurückzugeben seien.[544] Diese Aussage in Verbindung mit Eggers geäusserter Ansicht, der Rückforderungsanspruch erstrecke sich insbesondere auch auf Briefe der Verlobten, zumal diese „die körperlichen Substrate persönlicher Güter" darstellten, zeigt plastisch, dass Egger auch den Anspruch aus Art. 94 Abs. 1 ZGB mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – mit dem Persönlichkeitsschutz – legitimierte.[545]

---

537 Vgl. dazu Fn. 531.

538 Erl. Bd. I, S. 130 (= BeK II, Rn. 312); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 490.

539 Ausgeschlossen war die Rückforderung bei der Beendigung durch Tod eines Verlobten, Art. 94 Abs. 3 ZGB. Wörtlich fast identisch Art. 103 Abs. 2 E-ZGB und Art. 114 Abs. 2 VE-ZGB.

540 Materiell stimmten Art. 103 Abs. 1 E-ZGB und Art. 114 Abs. 1 VE-ZGB mit Art. 94 Abs. 1, 2 ZGB überein; vgl. auch Prot., S. 105 (= BeK III, Rn. 917).

541 EGGER I, Anm. 1d zu Art. 94; EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 94.

542 Vgl. zur ungerechtfertigten Bereicherung die Art. 62 ff. OR und dabei insbesondere Art. 64 OR, gemäss welchem „die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden [konnte], als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert [war], es sei denn, dass er sich der Bereicherung [entäussert hatte] und hiebei nicht in gutem Glauben [gewesen war] oder doch mit der Rückerstattung [hatte] rechnen [müssen]".

543 Vgl. Erl. Bd. I, S. 130 f. (= BeK II, Rn. 313); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 490.

544 EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 94; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b, 1d, 2a zu Art. 94.

545 EGGER II, Rn. 2 zu Art. 94; vgl. zu den körperlichen Substraten persönlicher Güter (also, so Egger, Gegenständen, die „mit persönlichem Gehalt imprägniert" seien – wie Briefe, Tagebücher, Bilder etc.) auch schon EGGER II, Rn. 52 zu Art. 28 und implizit EGGER I, Anm. II/4e (beta) zu Art. 28; vgl. implizit auch HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 22. Konzeptionell m.E. gleich, aber undeutlicher: EGGER I, Anm. 1b, 2a zu Art. 94.

b) Ehe, Art. 96-251 ZGB

1. Ehebegriff

Egger qualifizierte die Ehe als gesetzliches *Gemeinschaftsverhältnis*, welches mittels *Vertrags*[546] eingegangen werde.[547] Wie schon beim Verlöbnisrecht, differenzierte[548] Egger also auch vorliegend zwischen dem Gemeinschaftsverhältnis „Ehe" und dem dasselbe begründenden Rechtsgeschäft „Eheschliessung".[549] Konkret verstand Egger die Ehe als „rechtlich anerkannte[550], vollkommene[551], dauernde Lebensgemeinschaft von Mann und Frau", die er wie folgt (allgemein[552]) charakterisierte:[553]

> „Die Ehe ist eine umfassende leiblich-geistige Gemeinschaft, die notwendigerweise auch eine wirtschaftliche Verbundenheit zur Folge hat, eine Gemeinschaft, die eine wechselseitige persönliche Ergänzung bedeutet und die deshalb auf dem gegenseitigen Einsatz der Persönlichkeit beruht […]. Die Ehe ist der Idee nach die auf gegenseitiger Liebe und Achtung beruhende innigste dauernde Lebensgemeinschaft […]. Sie ist die Verbindung von Mann und Frau, um als Ehegatten die Lebensgeschicke miteinander zu teilen […]."[554]

Mit diesen Vorstellungen lag Egger auf einer Linie mit Huber, der ausgeführt hatte, dass „die Ehegatten eine Gemeinschaft bilden, die ihre Person und ihr Vermögen ergreift", wobei Huber in der ehelichen Gemeinschaft[555] sogar „eine gewisse Verwandtschaft mit der Gesellschaft[556]" erblickt hatte.[557]

---

[546] Die Eheschliessung erfolgte durch den *Trauungsakt* – s. dazu Art. 113 ff. ZGB.

[547] EGGER I, Vorbem. 1a EheR; EGGER II, Rn. 17 Einl. FamR, Rn. 8 zu Art. 90, Rn. 1 Vorbem. zu Art. 90 ff., Rn. 1 zu Art. 96.

[548] Zu dieser Differenzierung beachte den Hinweis in Fn. 1410.

[549] Vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 90, Vorbem. 1a EheR; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 90.

[550] Damit meinte Egger den Umstand, dass eine *Ehe* nur dann als solche galt, wenn die gesetzlichen Formerfordernisse für deren Eingehung (vgl. Art. 105 ff. ZGB) beachtet worden waren; EGGER I, Vorbem. 1d EheR; EGGER II, Rn. 4 Vorbem. zu Art. 90 ff.

[551] Vgl. dazu bei Fn. 827.

[552] Für Näheres zur *konkreten* Ausgestaltung der ehelichen Gemeinschaft vgl. Kapitel 3 und 4.

[553] EGGER I, Vorbem. 1 EheR; vgl. EGGER II, Rn. 1 Vorbem. zu Art. 90 ff.

[554] EGGER II, Rn. 1 Vorbem. zu Art. 90 ff., vgl. auch Rn. 9, 10 ff. zu Art. 159; EGGER I, Vorbem. 1 EheR, Vorbem. 3 vor Art. 159 ff. Egger sprach insofern auch von einer „doppelte[n] Bestimmung" der Ehe: „die *persönliche* der eigenen Entfaltung und Ergänzung und die *überpersönliche* des Aufbaues der ehelichen Gemeinschaft"; EGGER II, Rn. 10 Vorbem. zu Art. 137 ff.

[555] Zur *ehelichen Gemeinschaft* hatte Huber auch die (implizit: ehelichen) Kinder gezählt – den Begriff „Familie" hatte er demgegenüber weiter gefasst und darunter auch entferntere Verwandte subsumiert; vgl. Erl. Bd. I, S. 154 (= BeK II, Rn. 371). Für Eggers Position vgl. Fn. 1708.

[556] Gemeint war hier die Gesellschaftsform der *einfachen Gesellschaft* i.S.v. Art. 530 ff. OR.

[557] Erl. Bd. I, S. 109 (= BeK II, Rn. 257), vgl. auch S. 108, 110, 156 (= BeK II, Rn. 256, 257, 378). Im Zusammenhang mit dem Güterrecht hatte Huber allerdings betont: „[…] die Ehe ist keine Handelsgesellschaft, die man eingehen mag oder nicht, je nach den vermögensrechtlichen Chancen, die sie bietet. Sie ist eine Gemeinschaft, die unabhängig von den vermögensrechtlichen Wirkungen eingegangen wird, und deren Wirkungen eben deshalb nicht bloss durch Vertrag, sondern, soweit es die sittliche Grundlage erfordert, auch vermögensrechtlich ohne weiteres durch Gesetz begründet werden sollen"; Erl. Bd. I, S. 120 (= BeK II, Rn. 283).

2. Eheschliessungsfreiheit und ihre Schranken

Die Freiheit des Einzelnen zur Eheschliessung stellte für Egger einen fundamentalen Grundsatz des Eherechts des ZGB dar.[558] Plastisch zeigt sich dies auch an Eggers Charakterisierung der Ehe, wonach diese ihrer „Idee nach […] auf gegenseitiger Liebe und Achtung" der Ehepartner beruhe.[559] Die Erwähnung der Liebe als einem von aussen nicht beeinflussbaren zwischenmenschlichen Faktor verdeutlicht, dass Egger die Eheschliessung als Ausdruck des *Persönlichkeitsgedankens* – der individuellen Freiheit – begriff.[560] Damit lag Egger auf einer Linie mit Huber, der das Eherecht des VE-ZGB unter den „leitenden Grundsatz" des Art. 54 BV[561] gestellt gesehen hatte.[562] Huber hatte dabei hervorgehoben, dass grundsätzlich jeder Person unabhängig insbesondere ihres bisherigen Verhaltens oder ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse ein „höchst persönliches Recht" auf Eheschliessung zustehe.[563]

2.1 Eheungültigkeit als Schranke der Eheschliessungsfreiheit

Trotz der Betonung der Eheschliessungsfreiheit machte Egger bereits in der *Erstauflage* eine aus konzeptioneller Sicht entscheidende Bemerkung:

> „Anderseits galt es gerade hier, im Eheschließungsrecht einer strengern, *sozialern Auffassung* zum Durchbruch zu verhelfen. […] Die Eheschließung ist nicht ein privater Akt, welcher der Willkür des Einzelnen schlechterdings anheimgestellt[564] sein darf. *Er ist von größter gesellschaftlicher, allgemeiner Bedeutung.* Ethische, armenpolizeiliche und kriminalpolitische Erwägungen rufen nach einer Ausgestaltung des Familienrechtes, die eine *größtmögliche Integrität des Ehelebens* gewährleistet […]."[565]

In dieser Aussage sprach sich Egger für eine Beschränkung der Eheschliessungsfreiheit aus, um einer „sozialern Auffassung zum Durchbruch zu verhelfen". Das abgedruckte Zitat macht zunächst deutlich, dass Egger hier mit dem Begriff „sozial" auf Schranken der Eheschliessungsfreiheit hinwies, welche sich s.E. mit Rücksicht auf *Gemeinschaftsinteressen* ergaben – und zwar mit dem Ziel, „eine grösstmögliche Integrität des Ehelebens" zu erreichen. Daneben meinte Egger mit dem Begriff „sozial" in beiden Kommentarauflagen aber auch Beschränkungen der Eheschliessungsfreiheit,

---

558 EGGER I, Vorbem. 2a FamR, Vorbem. 3a zu Art. 96 ff.; EGGER II, Rn. 5 f. Vorbem. zu Art. 90 ff. Vgl. denn auch EGGER I, Anm. 3c zu Art. 19; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 19, Rn. 17, 22 zu Art. 407, Rn. 1 zu Art. 96.

559 Vgl. bei Fn. 554.

560 Vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 6 Vorbem. zu Art. 90 ff.

561 Art. 54 Abs. 1 und 2 BV lauteten: „(1) Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes. (2) Dieses Recht darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen Gründen beschränkt werden."

562 Vgl. Erl. Bd. I, S. 107 f. (= BeK II, Rn. 256); vgl. auch EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 96 ff.; EGGER II, Rn. 6 Vorbem. zu Art. 90 ff.

563 Wie Fn. 562.

564 In diesem Sinne schon SAVIGNY, Reform, S. 6, 10, 11 f., 34 f. (dazu eingehend BUCHHOLZ, STEPHAN: Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht. Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen, in: Ius Commune, Bd. VIII, 1979, S. 148 ff.); beachte auch GIERKE, Soziale Aufgabe, S. 36 f.; DERS., Entwurf, S. 393 ff.; DERS., Deutsches Privatrecht IV, S. 8 f., §§ 230 ff.

565 EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 96 ff.

die sich s.E. mit Rücksicht auf den *Persönlichkeitsgedanken* ergaben, wie aus der *Zweitauflage* deutlich wird:

> „Wie jede andere, kann auch diese Freiheit [sc. zur Eheschliessung] mißbraucht werden. Neben den Gedanken der Freiheit tritt der Gedanke des Schutzes und der Verantwortung. Auch die Eheschließungsfreiheit soll nur bestehen in den Schranken des *Persönlichkeitsgedankens* und der *öffentlichen Ordnung* […].“[566]

In der Zweitauflage führte Egger als Schranken der Eheschliessungsfreiheit also wiederum[567] die „öffentlich[e] Ordnung“ sowie den „Persönlichkeitsgedanken“ an.
Diese in beiden Kommentarauflagen materiell identische *konzeptionelle Grundvorstellung* von Schranken der Eheschliessungsfreiheit konkretisierte Egger anhand der Art. 120-128 ZGB, welche die *Eheungültigkeit* regelten: *Ungültig*[568] war gemäss diesen Bestimmungen eine Ehe, wenn ein *Ehenichtigkeitsgrund*[569] oder ein *Eheanfechtungsgrund* vorlag. Die in den Art. 120, 123, 128 ZGB aufgeführten Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsgründe standen dabei im Zusammenhang mit den Bestimmungen zur *Ehefähigkeit*, Art. 96-99 ZGB, sowie zu den *Ehehindernissen*, Art. 100-104 ZGB:
Als Voraussetzungen für die *„Ehefähigkeit“* nannte das ZGB die „Ehemündigkeit“[570], Art. 96 ZGB; die Urteilsfähigkeit, Art. 97 Abs. 1 ZGB; das Nichtvorliegen einer Geisteskrankheit, Art. 97 Abs. 2 ZGB[571]; sowie die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter bei unmündigen bzw. entmündigten Personen, Art. 98 f. ZGB. Als *„Ehehindernisse“* nannte es die Verwandtschaft, Art. 100 ZGB, und die „frühere Ehe“, Art. 101-104 ZGB. Wurde trotz mangelnder Ehefähigkeit oder trotz Bestehens eines Ehehindernisses eine Ehe eingegangen, bedeutete dies nach Eggers Ansicht eine „Verletzung von zwingenden Vorschriften“ – Egger konstatierte, in solchen Fällen stehe einer gültigen Ehe ein „trennende[s]“ („zerstörend[es]“) Ehehindernis[572] in Form eines Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrundes entgegen – mit der *Rechtsfolge* der Eheungültigkeit.[573] Diese Position entsprach derjenigen von Huber, welcher die Eheschliessungsfreiheit ebenfalls mit dem Hinweis auf die Eheungültigkeitsgründe eingeschränkt hatte.[574]
Zu beachten ist, dass die Eheungültigkeitsgründe von *unterschiedlicher Kraft* waren: Die *Nichtigkeitsklage* war gemäss Art. 121 Abs. 1 ZGB[575] „durch die zuständige

---

[566] EGGER II, Rn. 7 Vorbem. zu Art. 90 ff.
[567] Vgl. diese Argumentation schon in den Kapiteln A.2.2.1.2.2 (Persönlichkeitsschutz) und I.a.2 (Verlöbnis).
[568] Beachte allerdings den Text zu Fn. 581.
[569] Nicht zu verwechseln mit einer (*ex tunc* nichtigen) *Nichtehe* („matrimonium non existens“), dazu EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 120 ff.; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 120.
[570] So die Marginalie zu Art. 96 ZGB.
[571] Da Art. 97 Abs. 2 ZGB ein *Eheverbot* für „Geisteskranke“ aufstellte, lag in ebendieser für Egger eigentlich „ein *Ehehindernis*, das systemgerecht zu Art. 100 gehört“, vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 97.
[572] Der Begriff „Ehehindernis“ ist hier untechnisch – also nicht i.S.v. Art. 100-104 ZGB – zu verstehen.
[573] EGGER I, Vorbem. 3c zu Art. 120 ff.; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 120.
[574] Vgl. zur gesamten Thematik Erl. Bd. I, S. 136 ff. (= BeK II, Rn. 328 ff.); Botsch.-ZGB, S. 22 f. (= BeK III, Rn. 11292); StenBull NR 1905, S. 525 f.
[575] Identisch, aber vom „zuständigen Beamten“ sprechend: Art. 129 Abs. 1 E-ZGB, Art. 143 Abs. 1 VE-ZGB.

Behörde *von Amtes wegen* zu erheben" und konnte gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB[576] auch von jedermann mit einem Interesse erhoben werden; demgegenüber stand das *Anfechtungsklagerecht* grundsätzlich[577] nur den *Ehegatten* selbst zu, vgl. Art. 123 ff. ZGB. Aus dieser, bereits von Huber so vorgesehenen[578], gesetzlichen Gestaltung leitete Egger ab, dass die Eheungültigkeitsgründe des ZGB „überwiegend durch das *öffentliche* oder überwiegend durch das *private Interesse* geboten" waren – wobei sich für ihn die *Nichtigkeitsgründe* (überwiegend) aus *öffentlichen Interessen* und die *Anfechtungsgründe* (überwiegend) aus *privaten Interessen* ergaben.[579] Hervorzuheben ist dabei die in Art. 132 ZGB[580] getroffene Regelung, wonach die Eheungültigkeit als Rechtsfolge einer anfechtbaren bzw. nichtigen Ehe stets – auch bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes – *gerichtlich erklärt* werden musste und nur *ex nunc* wirkte.[581] Entsprechend orientierten sich die persönlichen und vermögensrechtlichen Folgen der Eheungültigkeit – vgl. Art. 133 Abs. 2, Art. 134 ZGB[582] – im Wesentlichen an den Bestimmungen des *Scheidungsrechts*. Zu dieser gesetzlichen Gestaltung bemerkte Egger:

> „In dieser *ungemein liberalen Regelung* liegt nicht nur ein erfreulicher *Schutz der Persönlichkeit* (insbesondere für die Kinder aus ungültiger Ehe), sondern gleichzeitig auch eine Norm von *gemeinschaftsrechtlichem* Gehalt. Wie der Staat auf die Durchsetzung der Nichtigkeit, wo es immer angeht, verzichtet (Art. 122[583]), soll auch da, wo die Ungültigkeit ausgesprochen werden muß, die destruktive Kraft dieser letzteren nicht weiter reichen, als nach dem Zweckgedanken des Ungültigkeitsrechtes erforderlich ist."[584]

---

[576] Identisch Art. 129 Abs. 2 E-ZGB; fast identisch auch Art. 143 Abs. 2 VE-ZGB.

[577] Vgl. aber das Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters gemäss Art. 128 ZGB; dazu Kapitel 2.1.2.

[578] Wie Fn. 574.

[579] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3c, 2 zu Art. 120 ff., Anm. 2, 3 zu Art. 120, Anm. 1a zu Art. 121, Anm. 1 zu Art. 123 (wo Egger u.a. bemerkte, „die Besonderheit der bloßen Anfechtbarkeit liegt in der (nach der Auffassung des Gesetzes) geringeren Bedeutung der Anfechtungsgründe […]"); EGGER II, Rn. 5 zu Art. 120, Rn. 1 ff. zu Art. 121, Rn. 1 f. zu Art. 123. Vgl. auch Erl. Bd. I, S. 136 ff. (= BeK II, Rn. 328 ff.).

[580] Materiell übereinstimmend Art. 140 E-ZGB und Art. 154 VE-ZGB.

[581] EGGER I, Vorbem. 2c, 3c zu Art. 120 ff., Anm. 2, 3a zu Art. 132; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 120, Rn. 1 ff. zu Art. 132; Erl. Bd. I, S. 139 (= BeK II, Rn. 338 f.). Für die *(Un-)Vererblichkeit* des Rechts, die Ungültigkeit zu verlangen, vgl. Art. 135 ZGB; für die *Zuständigkeit bzw. das Verfahren* vgl. Art. 136 ZGB. Für die *Entwürfe* vgl. Art. 143 E-ZGB und 158 VE-ZGB.

[582] Materiell übereinstimmend Art. 141 Abs. 2, Art. 142 E-ZGB und Art. 155 Abs. 2, Art. 156 VE-ZGB. Nach Art. 156 Abs. 2 VE-ZGB nahm die Ehefrau indes „den Namen ihrer *angestammten Familie*" wieder an, während sie nach dem E-ZGB und ZGB jenen Namen annahm, den sie *vor der fraglichen Eheschliessung* getragen hatte.

[583] Art. 122 ZGB bestimmte in *Abs. 1*, dass „nach Auflösung der Ehe die Nichtigkeit nicht mehr von Amtes wegen verfolgt [wurde] […]" – s. dazu auch Art. 130 Abs. 1 E-ZGB und Art. 143 Abs. 3 VE-ZGB –; *Abs. 2* sah vor, dass wenn „die Urteilsunfähigkeit oder die Geisteskrankheit eines Ehegatten gehoben [war], […] die Nichtigerklärung nur noch von dem einen oder andern Ehegatten verlangt werden [konnte]" – s. dazu auch Art. 130 Abs. 2 E-ZGB und (ohne die Geisteskrankheit zu erwähnen) Art. 144 Alt. 1 VE-ZGB –; und gemäss *Abs. 3* war die Nichtigerklärung ausgeschlossen, wenn „im Falle der Eheschliessung einer schon verheirateten Person der andere Ehegatte in gutem Glauben gewesen und die frühere Ehe seither aufgehoben worden [war]" – s. dazu auch Art. 130 Abs. 3 E-ZGB und Art. 144 Alt. 2 VE-ZGB.

[584] EGGER I, Vorbem. 2c zu Art. 120 ff., vgl. auch Vorbem. 1b zu Art. 120 ff.

Wenn Egger hier die Regelung, wonach die Eheungültigkeit jeweils *ex nunc* auszusprechen war, als eine „ungemein liberale" bezeichnete, durch welche die „destruktive Kraft" der Eheungültigkeit abgemildert werde, so zeigt diese Bemerkung, dass die gesetzliche Gestaltung nach Eggers Ansicht dem *Persönlichkeitsgedanken* Rechnung trug: Zum einen beliess das ZGB den Ehegatten damit nämlich die Möglichkeit, die von ihnen eingegangene, bloss *anfechtbare* Ehe weiterbestehen zu lassen – das ZGB mass der Eheschliessungsfreiheit bzw. dem Willen der Ehegatten damit also einen hohen Stellenwert zu.[585] Zum andern entsprach diese Regelung auch, wie Egger in der zitierten Aussage[586] in Klammer bemerkte, den Interessen der aus einer ungültigen Ehe hervorgegangenen Kinder – diese wurden gemäss Art. 133 Abs. 1 ZGB[587] durch die Eheungültigkeit *nicht* zu (vom Gesetz im Vergleich zu ehelichen Kindern schlechtergestellten[588]) ausserehelichen Kindern. Und zum dritten blieben dem berechtigten Ehegatten gegenüber dem verpflichteten Ehegatten die vom Scheidungsrecht gewährten Ansprüche auf Entschädigung, Unterhalt und Genugtuung erhalten.[589]
Vor dem Hintergrund des Gesagten ist zu klären, mit welchen Überlegungen Egger die einzelnen gesetzlichen Regelungen legitimierte, die zu einem *Eheungültigkeitsgrund* führten.

2.1.1 Mangelnde Ehemündigkeit als Anfechtungsgrund, Art. 128 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 ZGB

War eine „nicht ehefähige" Person eine Ehe eingegangen, so konnte diese Ehe gemäss Art. 128 Abs. 1 ZGB[590] (nur[591]) „von Vater oder Mutter oder von dem Vormunde *angefochten* werden" – *sofern* letztere Personen in die Eheschliessung *nicht eingewilligt* hatten.[592] Die Worte „nicht ehefähi[g]" bezogen sich dabei vorliegend[593] auf die in Art. 96 Abs. 1 ZGB[594] statuierte *Ehemündigkeit*:[595] Diese setzte beim Bräutigam (in der Regel[596]) die Zurücklegung des zwanzigsten und bei der Braut des achtzehnten

---

585 Vgl. denn auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19, Anm. 2a zu Art. 121; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 19.
586 Vgl. Text zu Fn. 584.
587 Wörtlich fast identisch Art. 141 Abs. 1 E-ZGB und Art. 155 Abs. 1 VE-ZGB.
588 Vgl. dazu Kapitel II.b.1.1.2.
589 Zu diesen Ansprüchen vgl. Kapitel 5.3.1.1, 5.3.2.1, 5.3.1.2.
590 Materiell übereinstimmend Art. 136 Abs. 1 E-ZGB und Art. 150 Abs. 1 VE-ZGB i.V.m. seiner Marginalie.
591 Die *Ehegatten* waren nicht anfechtungsberechtigt, EGGER I, Anm. 2b zu Art. 128; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 128; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 138 f. (= BeK II, Rn. 335); Prot., S. 151 f. (= BeK III, Rn. 1298 f.).
592 Ausgeschlossen war die Ungültigerklärung gemäss Art. 128 Abs. 2 ZGB, „wenn inzwischen der Ehegatte ehefähig oder mündig oder wenn die Frau schwanger geworden [war]". Materiell übereinstimmend Art. 136 Abs. 2 E-ZGB und Art. 150 Abs. 2 VE-ZGB.
593 Auf die übrigen Voraussetzungen der *Ehefähigkeit* wird in separaten Kapiteln eingegangen: *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters* zur Eheschliessung durch Unmündige bzw. Entmündigte: Kapitel 2.1.2; *Urteilsfähigkeit:* Kapitel 2.1.3; *Nichtvorliegen einer Geisteskrankheit:* Kapitel 2.1.4.
594 Art. 105 E-ZGB verlangte für die Braut nur siebzehn Jahre; Art. 116 VE-ZGB entsprach Art. 96 Abs. 1 ZGB.
595 Vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 128.
596 Die sog. *Ehemündigerklärung* i.S.v. Art. 96 Abs. 2 ZGB ermöglichte unter bestimmten Voraussetzungen einen früheren Eintritt der Ehemündigkeit, vgl. dazu EGGER I, Anm. 1, 3 zu Art. 96; EGGER II, Rn. 7 ff. zu Art. 96. Eine solche Möglichkeit sahen der E-ZGB und VE-ZGB nicht vor.

Altersjahrs voraus. Es fragt sich, weshalb das ZGB nach Eggers Ansicht ein solches Mindestalter für die Eheschliessung – ein „Ehemündigkeitsalte[r]“[597] – vorschrieb.

2.1.1.1 Persönlichkeitsgedanke

2.1.1.1.1 Schutz der individuellen Freiheit

Wie schon erwähnt, betrachtete Egger die Eheschliessungsfreiheit als fundamentalen Grundsatz des ZGB.[598] Auf den ersten Blick erscheint daher widersprüchlich, dass Egger ausgerechnet in der *Erhöhung* des Ehemündigkeitsalters im Vergleich zum bisherigen Recht (vgl. Art. 27 BGZuE) von achtzehn auf zwanzig Jahre für den Bräutigam bzw. von sechzehn auf achtzehn Jahre für die Braut einen Ausdruck des „neuzeitliche[n] Individualismus“ erblickte – würde man eine solche Erhöhung doch eher als *Einschränkung* der Eheschliessungsfreiheit qualifizieren.[599] Eggers Standpunkt beruht indes vor allem auf der Überlegung, dass die Eheschliessung ein „Ak[t] freier persönlicher Entschließung“ sein solle.[600] Für Egger lag in dem vom ZGB festgesetzten Ehemündigkeitslater folglich eine gewisse Sicherstellung, dass die Eheschliessung dem tatsächlichen Willen der Brautleute entsprach. Damit erblickte er in der gesetzlichen Statuierung eines Ehemündigkeitsalters den *Persönlichkeitsgedanken* in Form des *Schutzes der individuellen Freiheit*.

2.1.1.1.2 Gesundheitsschutz

Im Hinblick auf den *Persönlichkeitsgedanken* legitimierte Egger das (erhöhte) Ehemündigkeitsalter noch mit einer weiteren Überlegung: In der *Erstauflage* bemerkte er im Fortgang zu seiner bereits zitierten[601] Aussage, wonach es im „Eheschliessungsrecht [galt], einer strengern, *sozialern Auffassung* zum Durchbruch zu verhelfen“:

> „[…] Vor allem dämmert endlich auch wieder ein Verständnis für die *Notwendigkeit einer zielbewußten Rassenhygiene*[602] auf. Ihren Postulaten kann sich eine zeitgemäße Familiengesetzgebung nicht mehr entziehen und sie darf dabei nicht davor zurückschrecken, auch auf dem personalrechtlichen Gebiet […] die persönliche Verantwortlichkeit zu steigern und die unerläßlichen Einschränkungen der persönlichen Freiheit vorzunehmen. […]
> Einer *solchen sozialen Ausgestaltung* des Eherechtes sprachen denn auch das Wort die Eingaben der schweiz. reformierten Predigergesellschaft (Jahresversammlung 1900), des schweiz. Katholikenvereins, des schweiz. Frauenbundes, der schweiz. Irrenärzte (Jahresversammlung 1897), der zürcher. Ärztinnen. In den Beratungen von National- und Ständerat haben diese Tendenzen breiten Diskussionen gerufen (Sten. Bull. XV

---

[597] Vgl. nur EGGER I, Anm. 1 zu Art. 96.
[598] Vgl. bei Fn. 558.
[599] EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 96 ff.
[600] EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 96 ff., vgl. auch Vorbem. 2 zu Art. 96 ff.; EGGER II, Rn. 6 Vorbem. zu Art. 90 ff., Rn. 2 zu Art. 96.
[601] Vgl. bei Fn. 565.
[602] Zur Klärung dieses Begriffs vgl. Kapitel 2.1.4.2.

496 ff., 953, 1011 ff., XVII 244 ff.). In folgenden *Erschwerungen der Eheschließung*, deren *ethische und rassenpolitische Bedeutung* nicht zu verkennen ist, haben sie ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden: *Erhöhung des Ehemündigkeitsalters (Art. 96)*, Einführung des vormundschaftlichen Ehekonsenses für Entmündigte (Art. 99), besonders scharfe Fassung des Eheverbotes für Geisteskranke (Art. 97), erweitertes Anfechtungsrecht (Art. 123 ff.).“[603]

In der *Zweitauflage* sprach Egger in vorliegendem Zusammenhang zwar nicht mehr explizit von „Rassenhygiene“ – betonte an anderer Stelle jedoch, „die natürliche Aufgabe[604] der Ehe und ihre *Bedeutung für die Beteiligten selbst* macht die Berücksichtigung der Erbanlagen und der *gesundheitlichen Verhältnisse* der Ehegatten zur Pflicht“, weshalb sich „Forderungen der *Eugenik*[605] […] in das Eherecht einbauen lassen“.[606] In materieller Hinsicht stimmen damit beide Kommentarauflagen überein.
Die Begriffe „Rassenhygiene“ bzw. „Eugenik“ lassen aufhorchen: Sie rufen Assoziationen hervor zu den Aktionen der Nationalsozialisten im Dritten Reich zur „Vernichtung lebensunwerten Lebens“, die darauf abzielten, eine reine, arische *Rasse*[607] zu erreichen.[608] Vorbereitet wurden diese Aktionen durch verschiedene Gesetze. Erwähnt seien hier das „Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ vom 14.7.1933, welches bei Vorliegen von Erbkrankheiten die Zwangssterilisation vorsah[609]; ferner die Nürnberger Rassengesetze – hingewiesen sei vor allem auf das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ (sog. Blutschutzgesetz) vom 15.9.1935, welches unter Strafandrohung u.a. „Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ sowie den ausserehelichen Verkehr zwischen diesen Personen untersagte (dennoch geschlossene Ehen verfielen auf Klage der Staatsanwaltschaft hin der Nichtigkeit)[610] – und genannt sei ferner das „Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes“ (sog. Ehegesundheitsgesetz) vom 18.10.1935, welches u.a. Eheverbote für den Fall statuierte, dass „einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit [litt], die eine erhebliche Schädigung der Gesundheit des anderen

---

[603] EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 96 ff.
[604] Als *natürliche Aufgabe* einer Familie begriff Egger „die Verbindung von Mann und Frau und die Erhaltung des menschlichen Geschlechtes“ – wobei Egger klarstellte, dass die Zeugung von Nachkommen *kein zwingender* Zweck einer Ehe sei. Neben der natürlichen Aufgabe erwähnte Egger die *wirtschaftliche Aufgabe* der Familie, nämlich „die Sorge um Nahrung und Obdach, um die Lebensfristung der Angehörigen“, sowie ihre *geistig-sittliche Aufgabe*, nämlich „die Pflege der Lebensgemeinschaft der Ehegatten und die Erziehung der Kinder“. Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 1 Einl. FamR, Rn. 2 Vorbem. zu Art. 90 ff., vgl. auch Rn. 11 zu Art. 159; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 159.
[605] Egger verwendete diesen Begriff i.S.v. *Rassenhygiene*.
[606] EGGER II, Rn. 24 Einl. FamR, vgl. auch Rn. 11 i.V.m. Rn. 10 zu Art. 275.
[607] Vgl. insofern Art. 4 des 25-Punkte-(Partei-)Programms der NSDAP: „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. Kein Jude kann daher deutscher Volksgenosse sein“; zit. nach FEDER, S. 12.
[608] Dazu eingehend KLEE, ERNST: „Euthanasie“ im Dritten Reich. Die „Vernichtung lebensunwerten Lebens“, Frankfurt am Main 2010.
[609] Vgl. § 1 Abs. 1 GzVeN mit einer Auflistung solcher Erbkrankheiten in Abs. 2; beachte auch Abs. 3.
[610] Vgl. § 1, § 2, § 5 Abs. 1, 2 Blutschutzgesetz (Inkrafttr. am 16.9.1935; § 3 am 1.1.1936).

Teiles oder der Nachkommen befürchten [liess]", oder „einer der Verlobten an einer Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses [litt]".[611]

Wie an anderer Stelle noch gezeigt wird, wäre es allerdings verfehlt, Egger – der sich schon während des Ersten Weltkriegs in verschiedenen Schriften[612] energisch *gegen nationalistische Bestrebungen*, insbesondere Deutschlands, und *für die Völkerverständigung* ausgesprochen hatte, und sich auch in den 1930er-Jahren entschieden gegen die *nationalsozialistische Rassenideologie* wandte[613] – als Sympathisant des Nationalsozialismus zu qualifizieren.[614] Wenn Egger in vorliegendem Zusammenhang konstatierte, im (erhöhten) Ehemündigkeitsalter liege eine „*Erschwerun[g] der Eheschließung*, deren *ethische und rassenpolitische Bedeutung* nicht zu verkennen ist"[615], so ist diese Bemerkung vor dem Hintergrund jener Ausführungen Eggers zu sehen, bei denen er die Argumente zusammentrug, welche im Zuge der Gesetzesberatungen zum ZGB *für* die Erhöhung des Ehemündigkeitsalters allgemein vorgebracht worden waren:

> „Es wurden *sozialhygienische Gründe* geltend gemacht: Die Frühehen führen zu einem schwächlichen Geschlecht von hoher Kindersterblichkeit und starker Neigung zu dauerndem Siechtum. Aber nicht nur die *junge Generation*, sondern vor allem die *jugendliche Mutter* selbst ist *gefährdet*. Gerade die 16-18jährigen Mädchen bedürfen, wie besonders die hohe Sterblichkeit an Tuberkulose beweist, des *Schutzes*[616]. Die Verheiratung in diesen Jahren ist geeignet, ihre *Gesundheit dauernd zu schwächen*. Und wie viele *Männer* vor dem 20. Altersjahre *noch nicht ausgewachsen* sind und noch nicht ihre volle *körperliche Reife* erlangt haben, beweisen die Ergebnisse der Rekrutenprüfungen."[617]

Dass Egger diese Bedenken durchaus auch persönlich teilte – die eben zitierte Aussage aus der Erstauflage also nicht als blosse Zusammentragung von Argumenten zu verstehen ist –, zeigt Eggers dezidierter gefasste Bemerkung aus der *Zweitauflage*:

> „Diese [sc. ‚Früh-Ehen'] erscheinen schon vom biologischen Standpunkt aus unerwünscht. Die Anforderungen der Mutterschaft *gefährden* die *Gesundheit der allzu jungen Frau*, die *Kinder* weisen erhöhte Gebrechlichkeit und Sterblichkeit auf. […]"[618]

---

[611] Vgl. zum Ganzen: EISENHARDT, Rn. 857 ff.; MEDER, S. 422 ff.; BRAUNEDER, Kapitel 13.2.2.

[612] EGGER, AUGUST: Die Macht der Rechtsidee, in: Wissen und Leben 1916, S. 833 ff. (gekürzt abgedruckt in HUG, Schriften I, S. 9 ff., insbes. S. 21 ff.); DERS.: Die Freiheitsidee in der Gegenwart, Zürich 1917 (gekürzt abgedruckt in HUG, Schriften I, S. 29 ff.).

[613] Vgl. EGGER, AUGUST: Die deutsche Staatsumwälzung und die schweizerische Demokratie, Bern 1934 (gekürzt abgedruckt in HUG, Schriften I, S. 55 ff.); DERS.: Stellungnahme gegen Rassenverfolgung. Öffentliche Kundgebung veranstaltet von der Bezirksvereinigung Zürich für den Völkerbund, Zürich 1936, S. 3 ff.

[614] Vgl. dazu Kapitel 2.1.4.2.2, 2.1.7.1, II.a., III.a.1.2.1.2.3.1, III.a.4.1.1.

[615] Vgl. bei Fn. 603.

[616] Für eine weitere Schutzüberlegung vgl. auch den Fortgang von EGGER I, Anm. 1 zu Art. 96: „Eine niedere Ansetzung des Ehemündigkeitsalters für die Frau fördert die Anschauung, als ob von diesem Termin an der Geschlechtsverkehr überhaupt angängig sei. Ein hohes Ehemündigkeitsalter bedeutet eine dringend gebotene Schutzfrist […]."

[617] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 96.

[618] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 96, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 96: „Nach abendländischer Auffassung kann die Ehefähigkeit erst mit der *körperlichen Reife* eintreten – sie lehnt die Kinderehen des orientalischen Rechtes ab."

Diese beiden Aussagen machen deutlich, dass Egger bei der vorliegenden Thematik den *Gesundheitsschutz* der jungen Frau sowie der *Nachkommen*, aber auch den Schutz des jungen *Mannes* im Blick hatte. Egger argumentierte also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*. Dies ergibt sich auch aus dem bereits zitierten[619], aber leicht zu überlesenden Passus, wonach die „Bedeutung [sc. der Ehe] *für die Beteiligten selbst*" – und damit gerade nicht zur Erreichung eines rassischen Ideals – es zur Pflicht mache, die „Erbanlagen" und die „gesundheitlichen Verhältnisse der Ehegatten" zu berücksichtigen. Mit diesen Vorstellungen lieferte Egger zugleich ein konkretes Beispiel dafür, dass er den in seiner Aussage, wonach es im ZGB gegolten habe, einer „*sozialern* Auffassung zum Durchbruch zu verhelfen" [620], verwendeten Begriff „sozial" *nicht* (bzw. nicht primär[621]) im Sinne einer im *Gemeinschaftsinteresse* aufgestellten Schranke der Eheschliessungsfreiheit verstand.
Ähnlich wie Egger hatte sich auch Huber geäussert, der mit der Erhöhung des Ehemündigkeitsalters insbesondere die Hoffnung einer „allgemeine[n] Hebung der sittlichen Auffassung […] vom *Schutze der Frau*[622] im allgemeinen" verbunden hatte.[623]

2.1.1.2 Gemeinschaftsgedanke

2.1.1.2.1 Gesundheitsschutz

Wird Eggers eben besprochener Gedanke, wonach die gesetzliche Statuierung eines (erhöhten) Ehemündigkeitsalters nicht nur auf den Schutz der individuellen Freiheit der Beteiligten, sondern auch auf den Schutz von deren Gesundheit abziele, weitergeführt, so ist gewiss, dass letztlich auch Gemeinschaftsinteressen tangiert werden. Dies etwa dergestalt, dass die *Allgemeinheit* in geringerem Umfange mit der Tragung von Gesundheitskosten belastet wird, welche durch die geschilderten Probleme eines zu tiefen bzw. fehlenden Ehemündigkeitsalters hervorgerufen würden; oder dergestalt, dass das *menschliche Geschlecht* durch die Statuierung des Ehemündigkeitsalters – und der damit erhofften Verhinderung von „schwächlichen", zu „dauerndem Siechtum"[624] neigenden Kindern – insgesamt „gesund" erhalten bleibe. Mit solchen Überlegungen legitimierte Egger nämlich, wenngleich bloss *sekundär*, das in Art. 97 Abs. 2 ZGB statuierte Eheverbot für „Geisteskranke".[625] Dass Egger in vorliegendem Zusammenhang auf derartige Äusserungen verzichtete, ist als Indiz dafür zu werten, dass Egger solche Überlegungen hier als von untergeordneter Bedetutung betrachtete. Diese Vermutung wird gerade auch durch die Tatsache gestützt, dass sich Egger in

[619] Vgl. Text zu Fn. 606.
[620] Vgl. bei Fn. 565.
[621] Vgl. dazu sogleich Kapitel 2.1.1.2.1.
[622] Vgl. insofern auch den Hinweis in Fn. 616.
[623] Erl. Bd. I, S. 132 (= BeK II, Rn. 315); Botsch.-ZGB, S. 21 f. (= BeK III, Rn. 11290); Prot., S. 108 (= BeK III, Rn. 937); StenBull NR 1905, S. 496 f.
[624] Vgl. Text zu Fn. 617.
[625] Zu dieser Thematik vgl. Kapitel 2.1.4.

keinerlei Weise kritisch zum Umstand äusserte, dass Art. 128 ZGB hier lediglich ein *Anfechtungsklagerecht* gewährte – und gerade nicht einen Nichtigkeitsgrund statuierte.

2.1.1.2.2 Pflichten gegenüber der ehelichen Gemeinschaft

Eine wesentliche Rolle im Hinblick auf den Gemeinschaftsgedanken spielte das (erhöhte) Ehemündigkeitsalter für Egger aber in einem andern Zusammenhang. Bereits in der *Erstauflage* hielt Egger, wiederum im Sinne einer Zusammentragung der Argumente, die allgemein im Rahmen der Gesetzesberatungen *für* die Erhöhung des Ehemündigkeitsalters angeführt wurden, fest:

> „Den jugendlichen Personen fehlt die Festigkeit des Charakters und die Reife des Urteils, wie sie nötig ist, um die Ehe fest und sicher zu begründen. Und die Anforderungen, die besonders mit Rücksicht auf den heutigen Erwerbskampf an denjenigen gestellt werden, der einen eigenen Hausstand gründet, sind so hohe, daß ihnen nur reifere und erstarkte Personen gewachsen sind. Der jugendliche Mann bietet noch keine Gewähr dafür, daß er die *Familie zu unterhalten* in der Lage ist, das Mädchen ist noch nicht den *Aufgaben des Haushaltes und der Kindererziehung* gewachsen."[626]

Dass auch diese Überlegungen zugleich Eggers persönliche Ansicht widerspiegelten, zeigt seine folgende, knappe Bemerkung aus der *Zweitauflage*:

> „[…] Vor allem bedarf die Ehe, soll sie eine gedeihliche werden, von Anfang an auch der *geistigen* und *moralischen Reife* der Ehegatten." [627]

Dieser letztere Hinweis entsprach auch den Vorstellungen Hubers, welcher für eine Eheschliessung ebenfalls eine „geistig[e] Reife" der Brautleute verlangt hatte – diese müssten über ein „Bewusstsein der Pflichten" verfügen, welche eine Eheschliessung mit sich bringe.[628] Eggers diesbezüglich gemachte Bemerkung, wonach der Mann in der Lage sein müsse, „die Familie zu unterhalten", und die Frau, die „Aufgaben des Haushaltes und der Kindererziehung" wahrzunehmen,[629] stellte dabei nicht etwa eine von Egger willkürlich propagierte Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten dar. Vielmehr war dieselbe im Wesentlichen vom Gesetz so vorgesehen.[630] Waren die Ehegatten also nicht in der Lage, diese dem Gemeinschaftsverhältnis „Ehe" entspringenden Pflichten zu erfüllen, so beeinträchtigte dieser Umstand nach Eggers Ansicht das Funktionieren der ehelichen Gemeinschaft. Insofern trug das (erhöhte) Ehemündigkeitsalter für Egger auch dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung.
Dieser Aspekt hatte für Egger zugleich eine gesellschaftliche Dimension: Egger bemerkte nämlich (allerdings ohne nähere Erläuterungen hierzu), die Ehe sei „eine Institution von emminentem öffentlichen Interesse".[631] Diese Bemerkung lässt

---

[626] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 96, vgl. auch Vorbem. 1 zu Art. 96 ff.
[627] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 96.
[628] Erl. Bd. I, S. 108 (= BeK II, Rn. 256); vgl. auch Text zu Fn. 664; StenBull NR 1905, S. 496.
[629] Vgl. Text zu Fn. 626.
[630] Vgl. dazu Kapitel 3.
[631] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 120 ff., vgl. auch Vorbem. 2b EheR.

sich mit einer Aussage Eggers verbinden, in welcher er Gierke zitierte, der „das Haus" – womit er „die engere Einheit des Hauses" als „ein aus Haupt und Gliedern bestehender Verband" gemeint hatte – als „organische[n] Grundbestandteil des socialen Körpers", als „starke[n] Träger der sittlichen und wirtschaftlichen Ordnung", bezeichnet hatte.[632] Dies zeigt – und wird im Zusammenhang mit Eggers Ausführungen zum ehelichen Kindesverhältnis besonders deutlich[633] –, dass auch Egger die eheliche Gemeinschaft als Fundament der Gesellschaft insgesamt begriff[634] und daher auch von einem *Allgemeininteresse* an einer intern funktionsfähigen ehelichen Gemeinschaft ausging. Dieser Gedanke hatte auch für Huber eine Rolle gespielt, hatte sich Huber durch die Erhöhung des Ehemündigkeitsalters doch gerade eine „grössere Vorsicht des weiblichen Geschlechts in der Eingehung von Verhältnissen und dementsprechend eine allgemeine Hebung der sittlichen Auffassung von der Bedeutung der Geschlechtsverbindungen […]", eine „moralisch[e] Kräftigung der Ehe" und eine „Steigerung der Verantwortlichkeit der Männer im Geschlechtsverkehr" erhofft – dies nicht zuletzt auch mit Blick auf das Ziel, die Scheidungsziffer zu reduzieren.[635]

2.1.2 Mangelnde Einwilligung der gesetzlichen Vertreter als Anfechtungsgrund, Art. 128 Abs. 1 i.V.m. Art. 98 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 1 ZGB

War eine „unmündige oder entmündigte Person *ohne* die *Einwilligung* der Eltern oder des Vormundes getraut worden, so [konnte] die Ehe von Vater oder Mutter oder von dem Vormunde *angefochten* werden", Art. 128 Abs. 1 ZGB.[636] Diese Regelung ist vor dem Hintergrund der Voraussetzungen der *Ehefähigkeit*[637] zu sehen: Für den Fall der Eheschliessung einer *unmündigen*[638] Person verlangte Art. 98 Abs. 1 ZGB[639] die Einwilligung beider[640] Eltern bzw. des Vormundes; und für den Fall der Eheschliessung

---

[632] EGGER II, Rn. 21 Einl. FamR, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 331; GIERKE, Entwurf, S. 394.

[633] Vgl. nur Eggers Aussagen im Text zu Fn. 1578, 1580.

[634] Vgl. insofern auch EGGER I, Vorbem. 2b EheR.

[635] Erl. Bd. I, S. 131 f. (= BeK II, Rn. 315); Botsch.-ZGB, S. 22 (= BeK III, Rn. 11290); Prot., S. 108 (= BeK III, Rn. 937).

[636] Zu beachten sind die Fn. 591 und 592.

[637] Vgl. Kapitel 2.1.

[638] Da Mädchen bereits mit 18 Jahren ehemündig wurden, Knaben dagegen erst mit 20 Jahren (vgl. Kapitel 2.1.1), das Mündigkeitsalter gemäss Art. 14 Abs. 1 ZGB indes für *beide Geschlechter* bei 20 Jahren lag, betraf die in Art. 98 ZGB geregelte Situation i.d.R. bloss Mädchen – Knaben nur, wenn sie für *ehemündig* erklärt worden waren (dazu Fn. 596). *Mündigerklärung* i.S.v. Art. 15 ZGB machte zwar *nicht ehemündig* nach Art. 96 Abs. 1 ZGB (so übrigens auch schon Erl. Bd. I, S. 132 (= BeK II, Rn. 315)), doch entfiel diesfalls die Einwilligungspflicht i.S.v. Art. 98 Abs. 1 ZGB; vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 96, Anm. 1 zu Art. 98, Anm. 5 zu Art. 15; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 96, Rn. 9 zu Art. 15.

[639] Materiell übereinstimmend Art. 107 Abs. 1, Art. 288 Abs. 1 E-ZGB sowie Art. 118 Abs. 1, Art. 304 Abs. 1 VE-ZGB.

[640] Sofern nicht nur *ein* Elternteil Inhaber der elterlichen Gewalt war, vgl. Art. 98 Abs. 2 ZGB (so schon Art. 288 Abs. 2 E-ZGB und Art. 304 Abs. 2 VE-ZGB). Im Übrigen betonte Egger, das Entscheidungsrecht des Vaters i.S.v. Art. 274 Abs. 2 ZGB (vgl. dazu Kapitel II.a.5.1.1.1.2) finde vorliegend *keine* Anwendung; EGGER I,

einer *entmündigten* Person verlangte Art. 99 Abs. 1 ZGB die Einwilligung des Vormundes. Nachfolgend soll geklärt werden, wie Egger diese Einwilligungserfordernisse legitimierte.

2.1.2.1 Persönlichkeitsgedanke

2.1.2.1.1 Schutz Unmündiger

Unmündige Personen wiesen nach Eggers Ansicht aufgrund ihres *Kindesalters* ein *Schutzbedürfnis* auf, weshalb sie s.E. denn auch gemäss Art. 273 i.V.m. Art. 274 Abs. 1 ZGB bis zum Eintritt der Mündigkeit der *elterlichen Gewalt* beider Eltern unterstanden.[641] Als grundlegenden Inhalt der elterlichen Gewalt verstand Egger das elterliche Fürsorge- und Erziehungsrecht i.S.v. Art. 275 Abs. 2 ZGB.[642] Als Ausfluss desselben begriff Egger die Einwilligungbefugnis der Eltern zur Eheschliessung ihrer Kinder i.S.v. Art. 98 Abs. 1 ZGB: Egger bezeichnete eine derartige Einwilligung als *„Akt der Fürsorge"* – und stellte damit auch explizit klar, dass es sich beim Einwilligungsrecht nicht um ein selbstherrliches Elternrecht handle.[643] Diese Qualifikation hatte zur Folge, dass Egger die Frage, ob die Eltern im konkreten Fall ihre Einwilligung erteilen oder verweigern sollten, von den *Interessen des unmündigen Kindes* an der Eingehung oder Nicht-Eingehung der zur Diskussion stehenden Ehe abhängig machte. Welche Überlegungen Egger hier *konkret* Beachtung geschenkt wissen wollte, führte er zwar nicht näher aus – allerdings lassen sie sich aus seinen sogleich zu untersuchenden Bemerkungen zu Art. 99 Abs. 1 ZGB erschliessen, welchem dieselbe ratio legis zugrundelag wie dem Art. 98 Abs. 1 ZGB.[644] In *vorliegendem* Zusammenhang wird aber immerhin ersichtlich, dass sich für Egger eine „pflichtgemäß[e] Ausübung" der elterlichen Entscheidung am *Kindeswohl* zu orientieren hatte – Egger betonte nämlich (wie schon Huber[645]), eine *pflichtwidrige* Entscheidung der Eltern erlaube jedermann mit einem Interesse, die Vormundschaftsbehörde i.S.v. Art. 283 ZGB[646] anzurufen.[647] Zusammenfassend wird deutlich, dass Egger das Zustimmungserfordernis des Art. 98 Abs. 1 ZGB letztlich mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – dem Schutz unmündiger Personen – legitimierte.

Anm. 2 zu Art. 98; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 98; so auch Erl. Bd. I, S. 132 (= BeK II, Rn. 317); Botsch.-ZGB, S. 22 (= BeK III, Rn. 11290); Prot., S. 118 (= BeK III, Rn. 997); StenBull NR 1905, S. 497, 746.

[641] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 12, Rn. 3 zu Art. 19, Rn. 1 zu Art. 405; Kapitel III.a.1.1.

[642] Vgl. nur Fn. 1731 und das gesamte Kapitel II.a.5.1.1.

[643] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 98, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 98; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 98.

[644] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 2a zu Art. 407; EGGER II, Rn. 22 zu Art. 407; für Huber vgl. nur Text zu Fn. 664.

[645] Vgl. Prot., S. 119 (= BeK III, Rn. 1005).

[646] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.2.2.4.

[647] EGGER I, Anm. 3c, 3d zu Art. 98; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 98.

2.1.2.1.2 Schutz Entmündigter

Nicht nur unmündigen, sondern auch entmündigten Personen attestierte Egger ein *Fürsorgebedürfnis* – hatte ebendieses doch gerade zur Entmündigung der entmündigten Personen geführt.[648] Dieses Fürsorgebedürfnis im *Interesse der entmündigten Person* zu befriedigen, war gesetzliche Aufgabe des Vormundes.[649] Aus dieser Aufgabe ergab sich für Egger u.a. die Regelung des Art. 99 Abs. 1 ZGB[650], wonach dem Vormund die Einwilligungsbefugnis zur Eheschliessung zustand – und am Zweck dieser Aufgabe hatte sich s.E. auch die Ausübung der Einwilligungsbefugnis zu orientieren.[651]
Bei seinen Ausführungen zu Art. 99 Abs. 1 ZGB beschäftigte sich Egger eingehender als als bei Art. 98 Abs. 1 ZGB mit der Frage, in welchen Konstellationen die Zustimmung zur Eheschliessung zu erteilen bzw. zu verweigern sei. Damit wollte Egger m.E. klare Verhältnisse schaffen – er wies nämlich darauf hin, dass der Vormund „vor eine schwierige Aufgabe" gestellt werde „und die Befürchtung unsachlicher Behandlung (Interessen von Erben, Armengemeinden u.a.) nicht von der Hand zu weisen [ist]".[652]
Konkret betonte Egger daher in beiden Kommentarauflagen das in der Bundesverfassung garantierte Recht zur Eheschliessung, welches gemäss Art. 54 Abs. 2 BV „weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen Gründen beschränkt werden [durfte]".[653]
Mit Art. 54 BV hatte bekanntlich auch schon Huber argumentiert.[654] Bei dieser Argumentation beliess es Egger allerdings nicht: In der *Erstauflage* führte er aus, der Vormund habe bei seiner Entscheidfindung *„das Wesen und die Zwecke der Ehe"* zu berücksichtigen.[655] Damit wählte Egger hier eine an der ehelichen Gemeinschaft orientierte Perspektive, welche, wie Egger selbst einräumte, in einer zukunftsgerichteten Prognose lag.[656] Er führte nämlich aus, es

> „[…] kann sich ergeben, daß nach den persönlichen Eigenschaften des Entmündigten eine *dauernde eheliche Gemeinschaft* als ausgeschlossen oder aller Voraussicht nach doch als *höchst unwahrscheinlich* erscheint oder aber, daß die Ehe mit Rücksicht auf die

---

[648] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 99; EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 99; vgl. insofern auch Huber im Text zu Fn. 664.
[649] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.
[650] Identisch Art. 107 Abs. 2 E-ZGB und Art. 118 Abs. 2 VE-ZGB.
[651] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 99; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 99.
[652] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 99.
[653] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 99; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 99, wobei er in Rn. 5 zudem klarstellte: „Es ist nicht Aufgabe der Vormundschaftsbehörden, die fiskalischen oder andere Interessen von Gemeinde oder Staat zu wahren. Auch die allgemeinen öffentlichen Interessen sind ihnen in Anbetracht des Art. 54 BV. in diesem Zusammenhang nicht anvertraut. Sie dürfen eine Ehe nicht verhindern, weil diese den allgemeinen Interessen zuwiderlaufe […]. Auch die Eugenik gehört nicht in ihren Aufgabenbereich." Aus dem Kontext ergibt sich dabei, dass Egger den Begriff „Eugenik" hier im Sinne des Kapitels 2.1.1.2.1 verwendete – also mit Blick auf *Gemeinschaftsinteressen.*
[654] Vgl. bei Fn. 562.
[655] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 99, vgl. auch Anm. 1 zu Art. 99.
[656] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 99.

künftige Generation[657] unterbleiben müsse. Deshalb wird die Weigerung nicht allein, aber ganz hauptsächlich bei Entmündigung wegen Trunksucht und wegen lasterhaften Lebenswandels (Art. 370[658]) praktisch werden. Gerade in diesen Fällen ist Ehehinderung oft dringend geboten: chronischer schwerer Alkoholismus, Arbeitsscheu, verbrecherischer Lebenswandel, andauernde Betätigung antisozialer verbrecherischer Triebe etc."[659]

Egger schilderte hier Konstellationen, bei denen er annahm, eine „dauernde eheliche Gemeinschaft" sei ausgeschlossen oder zumindest unwahrscheinlich. Diese Annahme ist vor dem Hintergrund von Eggers Vorstellung zu sehen, wonach eine Ehe für die Ehegatten „groß[e] Verpflichtungen […] mit sich bringt".[660] Eine Person, die (zumindest aus den von Egger im Zitat erwähnten Gründen) entmündigt worden war, begriff Egger folglich als regelmässig[661] nicht in der Lage, die aus der Ehe fliessenden Pflichten zu erfüllen – mit der Konsequenz, dass sich hier s.E. die Verweigerung der Einwilligung des Vormundes zur Eheschliessung aufdrängte. Aufgrund der von Egger gewählten gemeinschaftsorientierten Perspektive ist dabei leicht zu übersehen, dass Egger mit seinen Überlegungen gerade (auch[662]) den *Persönlichkeitsgedanken* im Blick hatte – nämlich den Schutz der entmündigten Person vor der Eingehung von Pflichten, denen diese Person nicht gewachsen war. Deutlicher ergibt sich diese Überlegung, wie noch gezeigt wird, aus der Zweitauflage – aber auch bei Huber, der bemerkt hatte:

„Die Eingehung einer Ehe erfordert das Bewusstsein der Pflichten, die damit begründet werden, und wie man die natürliche Handlungsfähigkeit[663] verlangt, so darf man daher auch noch diejenige Reife verlangen, die zum Bewusstsein dieser Pflichten erforderlich ist. Zwar nicht in dem Sinne, dass unter allen Umständen ohne dieses selbständige Urteil auch die Fähigkeit zur Eheschliessung mangeln müsse, aber doch insofern, als der Mangel an dieser Einsicht ergänzt werden soll durch das Mitwirken des Vertreters der Person, der sie mangelt. […] Man mag sich die Personen, die neben den unmündigen unter diese Regel fallen werden, näher vergegenwärtigen: […] diejenigen, die wegen Verschwendungssucht, Trunksucht und lasterhaftem Lebenswandel […] bevormundet sind, oder die eine Freiheitsstrafe verbüssen, oder die sich mit eigenem Begehren unter Vormundschaft gestellt haben? In ihrem Zustande darf ein *Defekt* gefunden werden, der ihnen die *freie* Eheschliessung ebenso sehr zu entziehen vermag, wie den Unmündigen. *Nicht die Bevormundung ist es*, die ihnen die Freiheit schmälert, sondern der *objektive Grund*, aus dem sie bevormundet worden sind, nicht ihr Verhalten *bei voller Fähigkeit,* sondern der Mangel an einer richtigen, einer normalen Fähigkeit. Wenn der Verschwender bevormundet wird, so geschieht dies nicht wegen seiner erfolgten

[657] Egger hatte hier – wie in Kapitel 2.1.1.1.2 – den *Persönlichkeitsgedanken*, nämlich den *Gesundheitsschutz* potentieller Nachkommen, im Blick.
[658] Vgl. dazu Kapitel III.a.1.2.2.1.4.
[659] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 99.
[660] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 99. Zu diesen Pflichten vgl. Kapitel 3.
[661] Aufgrund „der Bedeutung des Entscheides" des Vormundes hielt Egger eine „ärztliche Begutachtung, insbesonders durch Irrenärzte" für i.d.R. geboten; EGGER I, Anm. 3c zu Art. 99.
[662] Zum *Gemeinschaftsgedanken* vgl. Kapitel 2.1.2.2.
[663] D.h. *Urteilsfähigkeit*, vgl. Fn. 121.

> verschwenderischen Handlungen, sondern weil diese Handlungen einen *Mangel in seiner Persönlichkeit* darlegen, dessen Wirkung für die Zukunft man vorbeugen will. Hat man Grund genug, solche Personen zu entmündigen, so bedürfen sie des *Schutzes* und der *Aufsicht* auch *mit Hinsicht auf die Eheschliessung*, die ihrer Bedeutung nach ja auch in wirtschaftlicher Hinsicht alle andern Rechtshandlungen des bürgerlichen Lebens hoch überragt. […]"[664]

Im Umkehrschluss bedeuten diese Überlegungen Hubers – und auch Eggers –, dass sich dem Vormund die Einwilligungserteilung aufdrängen musste, wenn sich die angeführten generellen Bedenken im konkreten Einzelfall als unbegründet erwiesen. Diesen Umstand hob Egger in der *Zweitauflage* hervor, wo er den Fokus nicht mehr, wie in der Erstauflage, auf die eheliche Gemeinschaft richtete, sondern auf die entmündigte Person selbst: Er betonte, der Vormund habe *„die Interessen des Mündels zu wahren"*.[665] Dabei konstatierte Egger, diese Interessen könnten im Einzelfall entweder nach einer Einwilligung zur Eheschliessung verlangen oder aber nach einer Verweigerung derselben. Letzteres kam s.E. aufgrund der Überlegung, dass „das Recht der Eheschließung dem Mündel um seiner selbst willen [zusteht]", jedoch

> „nur dann in Frage, wenn der Mündel selbst gerade in dieser Angelegenheit des Schutzes und des Beistandes bedarf, gerade in dieser Hinsicht seine Angelegenheiten nicht selbst zu besorgen vermag (Art. 369 Abs. 1, 370). Diese Unfähigkeit kann insbesondere bei geistig Gebrechlichen vorliegen […], ebenso bei Trunksüchtigen und Personen von lasterhaftem Lebenswandel. Art. 99 ergänzt Art. 97 Abs. 2 […]. Er verpflichtet den Vormund, zum Rechten zu sehen. Aber dieser muß sich dabei vom Wohle des Mündels leiten lassen. Er muß die Entscheidung treffen, die dieser selbst treffen würde, wenn er befähigt wäre, seine Interessen in angemessener Weise zu wahren […]."[666]

An anderer Stelle ergänzte Egger, zu verweigern sei die Einwilligung auch dann, wenn

> „er [sc. der Entmündigte] im Begriffe [ist], sich Pflichten aufzuerlegen, denen er wegen seiner geistigen Gebrechen in keiner Weise gewachsen wäre. Insb. auch: er ist eheungeeignet wegen ansteckender oder vererblicher Krankheiten[667], z.B. geschlechtlich krank in den übertragbaren Stadien, vgl. Art. 124, 125. Oder seine Verschwendungssucht will ihn verleiten, eine doppelt so alte Person zu heiraten, von der er etwas Geld erhofft."[668]

All diese Beispiele machen deutlich, dass Egger den beiden Kommentarauflagen zwar eine andere Perspektive zugrundelegte – sie materiell aber übereinstimmen.[669] Daran ändert auch nichts, dass sich Egger in der Zweitauflage, anders als in der Erstauflage, nähere Gedanken zur Frage machte, wann eine Verweigerung der Einwilligung aufgrund des gewünschten *Ehepartners* angezeigt sei:

---

[664] Erl. Bd. I, S. 108 f. (= BeK III, Rn. 256).
[665] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 99.
[666] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 99.
[667] Vgl. den Hinweis in Fn. 657 sowie insbesondere auch die Bemerkung in Fn. 653.
[668] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 99.
[669] Vgl. Text zu Fn. 659. Zur ärztlichen Begutachtung, die Egger auch in der Zweitauflage erwähnte, vgl. EGGER II, Rn. 7 zu Art. 99.

„Aus dem *Fürsorgegedanken* ergibt sich: der Ehekonsens ist zu verweigern, wenn der Partner des Mündels als völlig ungeeignet für die Ehe überhaupt oder für diese Ehe erscheint. Er ist ein Greis, der den Aufgaben dieser Ehe (mit einem gebrechlichen Mündel) in keiner Weise gewachsen wäre […], er ist eine dem Trunk ergebene, völlig haltlose, vorbestrafte, zeitweise anstaltsversorgte Person […]. Die Ehe ist somit zu untersagen, wenn die Person des Partners keinerlei Gewähr für das *Wohlergehen des Mündels* bietet, wenn im Gegenteil *dessen Interessen als ernstlich gefährdet erscheinen* müssen. Auch seine ökonomischen Interessen sind dabei zu berücksichtigen: Verweigerung des Konsenses bei begründeter Annahme, daß diese Ehe den völligen ökonomischen Ruin des Mündels herbeiführen müßte […].“[670]

Wie schon der einleitende Hinweis dieses Zitats belegt, betrachtete Egger diese Überlegungen als Äusserung des „Fürsorgegedanken[s]“; sie hatten damit in die Entscheidfindung des Vormundes einzufliessen. In der Zweitauflage hob Egger also lediglich den bereits der Erstauflage zugrundeliegenden Grundgedanken explizit hervor. Gestützt wird dieser Befund auch durch Eggers in beiden Kommentarauflagen angebrachte Hinweise auf Art. 99 Abs. 2 ZGB[671].[672] Diese Bestimmung verwies den Entmündigten für den Fall einer *Verweigerung* der Einwilligung durch den Vormund auf die vormundschaftliche Beschwerdemöglichkeit i.S.v. Art. 420 ZGB[673]. Verweigerte der Vormund die Einwilligung *zu Unrecht*, so lag darin nach Eggers Ansicht eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes.[674] Aus dem Zweckgedanken dieser Bestimmung leitete Egger übrigens ab, dass im Falle einer unangebrachten *Einwilligung* in die Eheschliessung auch jeder mit einem Interesse zur Beschwerde berechtigt sei.[675]

2.1.2.2 Gemeinschaftsgedanke

Wie schon erwähnt, wählte Egger in der *Erstauflage* bei der Kommentierung des Art. 99 ZGB eine auf die eheliche Gemeinschaft gerichtete Perspektive: Er hob den „sozialen Charakter der Ehe“ und die „großen Verpflichtungen, die sie mit sich bringt“, hervor, wobei er davon ausging, dass entmündigte Personen, zumindest in bestimmten Konstellationen, eine dauerhafte eheliche Gemeinschaft kaum erwarten liessen.[676] Egger befürchtete folglich, Entmündigte seien regelmässig nicht in der Lage, die der ehelichen Gemeinschaft entspringenden Pflichten[677] zu erfüllen – mit der Konsequenz, dass diese *Gemeinschaft* der Funktionsunfähigkeit verfiele.

---

[670] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 99.
[671] Art. 107 Abs. 3 E-ZGB stimmte materiell mit Art. 99 Abs. 2 und 3 (dazu Fn. 672) überein; Art. 118 Abs. 3 VE-ZGB stimmte materiell mit Art. 99 Abs. 2 ZGB überein, enthielt aber keine Vorschrift i.S.d. Art. 99 Abs. 3 ZGB.
[672] Art. 99 Abs. 3 ZGB behielt dabei die Weiterziehung ans Bundesgericht vor. Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 671.
[673] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.4.
[674] Vgl. EGGER I, Anm. 3d zu Art. 99 i.V.m. Anm. 3c, 3d zu Art. 98; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 99, Rn. 5 zu Art. 98. In diesem Sinne auch Huber – vgl. Botsch.-ZGB, S. 22 (= BeK III, Rn. 11290); StenBull NR 1905, S. 497 f.
[675] Wie Fn. 674.
[676] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 99.
[677] Vgl. dazu schon Kapitel 2.1.1.2.2.

Ähnlich hatte schon Huber argumentiert:

> „Man darf bei der Beurteilung dieses Vorschlages [sc. des Zustimmungserfordernisses für Entmündigte] nicht ausser Acht lassen, dass die *Ehe* eben doch *nicht eine rein individualistische Institution* ist, sondern wesentlich auch *sozialen Charakter* hat und dem einzelnen *grosse Verpflichtungen auferlegt*, die mit der Gebundenheit des Willens unter der Vormundschaft schwer zu vereinigen sind. Es soll daher dem gesetzlichen Vertreter eine Möglichkeit darüber zugestanden werden, bei Heiratsplänen des Entmündigten ein Wort mitzusprechen, selbstverständlich unter Wahrung des Rechts zur Beschwerde oder zur Anfechtung der Bevormundung überhaupt."[678]

Damit hoben sowohl Egger als auch Huber den sich in Art. 99 Abs. 1 ZGB widerspiegelnden Gemeinschaftsgedanken hervor. Dass Egger in der *Zweitauflage* diesen Gedanken nicht mehr explizit erwähnte, ist auf die geänderte Perspektive seiner Kommentierung zurückzuführen: Durch die Betonung des Persönlichkeitsgedankens nahm er hier die Problematik, welche sich im Hinblick auf die eheliche Gemeinschaft stellte, vorweg – und konnte deshalb auf entsprechende Ausführungen verzichten.

2.1.3 Vorübergehende bzw. dauernde Urteilsunfähigkeit als Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrund, Art. 123 bzw. Art. 120 Ziff. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 ZGB

Gemäss Art. 123 ZGB[679] „[konnte] ein Ehegatte die Ehe *anfechten*, wenn er bei der Trauung aus einem *vorübergehenden Grunde* nicht urteilsfähig[680] gewesen [war]"; und nach Art. 120 Ziff. 2 ZGB[681] „[war] eine Ehe *nichtig*[682]", „wenn zur Zeit der Eheschliessung einer der Ehegatten […] aus einem *dauernden Grunde* nicht urteilsfähig [war]". Diese Regelungen sind vor dem Hintergrund der Voraussetzungen der *Ehefähigkeit*[683] zu sehen. Art. 97 Abs. 1 ZGB[684] bestimmte nämlich: „Um eine Ehe eingehen zu können, müssen die Verlobten[685] urteilsfähig sein."

2.1.3.1 Persönlichkeitsgedanke

Dass Art. 97 Abs. 1 ZGB für eine Eheschliessung die Urteilsfähigkeit verlangte, begriffen Egger und auch Huber als „selbstverständlich", handelte es sich für beide Juristen bei diesem Akt doch um einen *Vertragsschluss*, der das Gemeinschaftsverhältnis *Ehe* begründete.[686] Inhaltlich hielt Egger fest:

---

[678] Erl. Bd. I, S. 132 f. (= BeK II, Rn. 318).
[679] Identisch Art. 131 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 145 VE-ZGB.
[680] Zur *Urteilsfähigkeit* im Allgemeinen vgl. Kapitel A.1.2. Zur Feststellung der Urteils*un*fähigkeit setzte Egger eine *ärztliche Begutachtung* voraus, dazu EGGER I, Anm. 3 zu Art. 97; EGGER II, Rn. 9 f. zu Art. 97.
[681] Materiell übereinstimmend Art. 128 Ziff. 2 E-ZGB und Art. 142 Alt. 2 VE-ZGB.
[682] Vgl. allerdings Art. 122 Abs. 2 ZGB, dazu Fn. 583.
[683] Vgl. Kapitel 2.1.
[684] Materiell übereinstimmend Art. 106 E-ZGB und Art. 117 Abs. 1 VE-ZGB.
[685] Beachte dazu den Hinweis in Fn. 470.
[686] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 97; Erl. Bd. I, S. 132, 108 (= BeK II, Rn. 316, 256 (zit. bei Fn. 664)); Kapitel 1. Zur Nichtanwendbarkeit des Art. 18 ZGB (dazu Fn. 131) im Bereich der Eheschliessung vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 120, Rn. 4 zu Art. 123, Rn. 2 zu Art. 97.

„Mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung der Eheschließung muß hier von den Beteiligten ein erhebliches Maß in der Fähigkeit vernunftgemäßen Handelns verlangt werden. Urteilsfähigkeit mit Rücksicht auf die Eheschließung liegt nur vor, wenn der Nupturient fähig ist, die Bedeutung der Ehe als Lebensgemeinschaft, die Pflichten und Aufgaben, die sie mit sich bringt, zu erkennen und einer solchen Erkenntnis gemäß zu handeln."[687]

Diese Aussage bildet *einerseits* ein konkretes Beispiel dafür, dass Egger – ebenfalls wie schon Huber – die Urteilsfähigkeit als *relativen Begriff* verstand.[688] Die Urteilsfähigkeit hatte demnach stets im Hinblick auf das konkret in Frage stehende Geschäft, hier: die Eheschliessung, zu bestehen. Dies setzte – siehe sogleich das nächste Kapitel – nach Ansicht der beiden Juristen die Fähigkeiten voraus, die Bedeutung der Ehe mit den ihr entspringenden Pflichten zu erfassen und denselben nachzukommen.
Andererseits zeigt die zitierte Aussage, dass es Egger und damit auch Huber als unzulässig betrachteten, eine im Zeitpunkt der Eheschliessung urteils*un*fähige Person in das Gemeinschaftsverhältnis *Ehe* hineinzustellen. Die Rechtsfolge der *Eheungültigkeit* entsprach für sie folglich dem *Persönlichkeitsgedanken* – einerseits bedeutete sie einen *Schutz der Persönlichkeit*, andererseits einen Schutz der *individuellen (Eheschliessungs-)Freiheit*.[689]
Zum Umstand, das Gesetz diesem Schutz in unterschiedlicher Schärfe Nachdruck verlieh, indem es die vorübergehende Urteilsunfähigkeit als *Anfechtungsgrund* ausgestaltete, die dauernde [690] Urteilsunfähigkeit dagegen als *Nichtigkeitsgrund*, nahm Egger[691] nicht näher Stellung. Bekanntlich verstand er die Anfechtungsgründe aber überwiegend als im privaten, die Nichtigkeitsgründe als überwiegend im öffentlichen Interesse aufgestellt.[692] Daraus lässt sich folgern, dass Egger die gesetzliche Gestaltung mit der Überlegung legitimierte, dass der bloss vorübergehend Urteilsunfähige, sofern er dies wünschte, umgehend nach Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit die Ehe anfechten konnte – wohingegen eine solche Anfechtung beim dauernd Urteilsunfähigen auf unbestimmte Zeit bzw. gar dauernd ausgeschlossen war. Wie sogleich gezeigt wird, empfand Egger Letzteres gerade auch mit Blick auf den Gemeinschaftsgedanken als problematisch.

---

[687] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 97; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 97.
[688] Vgl. bei Fn. 136.
[689] Vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 97.
[690] In der *Erstauflage* hatte Egger hier die *„Geistesschwäche"* (zu diesem Begriff generell Fn. 2562) im Blick, „die nicht als Geisteskrankheit zu diagnostizieren ist". Eine Geistesschwäche nahm Egger vorliegend (schon dann) an, wenn die Urteilsfähigkeit betreffend die Eheschliessung (dazu bei Fn. 687) nicht vorhanden war; vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 97. In der *Zweitauflage* wollte Egger die „Geistesschwäche" nicht automatisch als Anknüpfungskriterium verwendet wissen, sondern er stellte direkt auf die Urteilsfähigkeit im besagten Sinne ab, vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 97. *Materiell* entsprachen sich damit beide Kommentarauflagen.
[691] Auch Huber hatte sich dazu nicht näher geäussert, vgl. Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 330).
[692] Vgl. Text zu Fn. 579.

2.1.3.2 Gemeinschaftsgedanke

Die zitierte[693] Bemerkung Eggers lässt erkennen, dass Letzterer das Erfordernis der Urteilsfähigkeit auch mit dem *Gemeinschaftsgedanken* legitimierte, hatte das Fehlen derselben bei der eheschliessenden Person doch zur Konsequenz, dass Letztere von vornherein nicht, wie von Egger (und Huber) gefordert, in der Lage war, die Bedeutung der Ehe und die ihr entspringenden Rechte und Pflichten gegenüber der *ehelichen Gemeinschaft* zu erkennen und wahrzunehmen.[694] Besonders gravierend erscheint dieser Aspekt bei der *dauernden* Urteilsunfähigkeit, da hier ein eigentliches *Eheleben* der Ehegatten auf unbestimmte Zeit bzw. gar dauernd ausgeschlossen war. Eine solche Ehe konnte folglich auch die Funktionen nicht erfüllen, die Egger der Ehe als *Institution von öffentlichem Interesse*[695] attestierte. Auch wenn Egger dies nicht explizit sagte, liegt nahe, dass er mit genau dieser Vorstellung die Ausgestaltung der dauernden Urteilsunfähigkeit als *Nichtigkeitsgrund* legitimierte.[696]

2.1.4 Geisteskrankheit als Nichtigkeitsgrund, Art. 120 Ziff. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 2 ZGB

Gemäss Art. 120 Ziff. 2 ZGB[697] „[war] eine Ehe *nichtig*[698]", „wenn zur Zeit[699] der Eheschliessung einer der Ehegatten geisteskrank[700] […] [war]". Diese Regelung ist vor dem Hintergrund der Voraussetzungen der *Ehefähigkeit*[701] zu sehen. Art. 97 Abs. 2 ZGB[702] bestimmte nämlich: „Geisteskranke sind in keinem Falle ehefähig." – Und zwar selbst dann nicht, wenn sie an sich urteilsfähig waren, wie Egger (und auch schon Huber) klarstellte.[703]

Unter *Geisteskrankheiten*[704] verstand Egger „Erkrankungen vornehmlich des Gehirns, die zu funktionellen Störungen der psychischen Tätigkeiten führen" – namentlich „Schwachsin[n]", „Idiotie, auch die leichteren Formen der Imbezillität", desweitern „psychopathische Grenzzustände, schizoide, paranoische, event. auch epileptoide Psychopathien, pathologische Trunksucht, Morphinismus, schwere

---

[693] Vgl. Text zu Fn. 687.

[694] Vgl. schon Kapitel 2.1.1.2.2.

[695] Vgl. Text und Fortgang zu Fn. 631.

[696] Vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 120; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 120, wo Egger von einem „*öffentliche[n]* Ehehindernis[s]" sprach.

[697] Materiell übereinstimmend Art. 128 Ziff. 2 E-ZGB und Art. 142 Alt. 2 VE-ZGB.

[698] Vgl. allerdings Art. 122 Abs. 1, 2 ZGB – dazu Fn. 583.

[699] Kein Eheverbot bestand folglich, wenn die „Geisteskrankheit" in diesem Zeitpunkt *geheilt* war, vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 97; implizit auch EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 97.

[700] Zur Feststellung der „Geisteskrankheit" setzte Egger eine *ärztliche Begutachtung* voraus; dazu EGGER I, Anm. 3 zu Art. 97; EGGER II, Rn. 9 f., vgl. auch Rn. 6, 8 zu Art. 97. Beachte den Hinweis in Fn. 719.

[701] Vgl. Kapitel 2.1 und beachte den Hinweis in Fn. 571.

[702] Identisch Art. 106 Abs. 2 E-ZGB; materiell ebenso Art. 117 Abs. 2 VE-ZGB.

[703] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 97, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 16; Erl. Bd. I, S. 132 (= BeK II, Rn. 316).

[704] Anders als bei Art. 16 ZGB und Art. 365 ZGB war die *Geistesschwäche* (dazu bei Fn. 2562) weder von Art. 97 Abs. 2 ZGB noch vom Scheidungsgrund des Art. 141 ZGB (dazu Kapitel 5.2.3) erfasst. Für die Abgrenzug derselben zur *Geisteskrankheit* vgl. Kapitel III.a.1.2.1.1.

Hysterie, geschlechtliche Perversität auf psychopathischer Grundlage, moralisches Irresein […], ferner schwere Epilepsie".[705] Aber nicht der *Begriff* der „Geisteskrankheit" interessiert im Folgenden näher, sondern die Frage, worin Egger das *Motiv* hinter dem Eheverbot für „Geisteskranke" erblickte.

2.1.4.1 Schutz der ehelichen Gemeinschaft

Bereits in der *Erstauflage* bemerkte Egger, das Eheverbot für „Geisteskranke" sei aus „Rücksichten auf die eheliche Gemeinschaft" statuiert worden.[706] Auch in der *Zweitauflage* hielt er fest, der „Zweck des Verbotes" liege „zunächst im Schutze der ehelichen Gemeinschaft selbst".[707] Hinter dieser Argumentation stehen Überlegungen zum *Gemeinschafts-* sowie auch zum *Persönlichkeitsgedanken*:

2.1.4.1.1 Gemeinschaftsgedanke

In Anlehnung an Huber[708] konstatierte Egger in der *Erstauflage*, „daß der Geisteskranke an einem schweren Defekt leidet, der für die Ehe von ganz verhängnisvollen Folgen sein könnte […]".[709] An anderer Stelle sprach Egger auch von „Gefahren für die eheliche Gemeinschaft".[710] Beide Überlegungen führte er nicht näher aus. Sie stehen allerdings im Zusammenhang mit Eggers bereits bekannten Vorstellung, wonach es beim Erlass der Gesetzesbestimmungen zum Eheschliessungsrecht gegolten habe, „einer strengern, sozialern Auffassung zum Durchbruch zu verhelfen", da „ethische, armenpolizeiliche und kriminalpolitische Erwägungen nach einer Ausgestaltung des Familienrechtes [rufen], die eine *größtmögliche Integrität des Ehelebens* gewährleistet […]".[711] Offenbar ging Egger also davon aus, dass eine eheliche Gemeinschaft – dieser Begriff erfasste s.E. auch die (ehelichen) Kinder[712] –, bei der einer der Ehegatten „geisteskrank" war, aufgrund dieses *Zustands* bzw. des dadurch bedingten *Verhaltens dieses Ehegatten* insbesondere einer erhöhten Armutsgefahr sowie der Gefahr von Gewalttätikeiten ausgesetzt sei. Dieser Eindruck bestätigt sich in der *Zweitauflage*, aus welcher sich ebenfalls ergibt, dass Egger die eheliche Gemeinschaft im Falle der „Geisteskrankheit" eines Ehegatten als „erheblich gefährdet" betrachtete.[713] Dabei wird deutlich, dass Egger von der Überlegung ausging, dass sich eine „geisteskranke" Person durch eine Eheschliessung Pflichten[714] auferlegen würde, denen sie „nicht gewachsen ist".[715] Die von Egger in der Erstauflage erwähnte

[705] EGGER I, Anm. 2b, vgl. auch 2c zu Art. 97; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 97.
[706] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[707] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97.
[708] Vgl. Text zu Fn. 774 und StenBull NR 1905, S. 497.
[709] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[710] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[711] Vgl. bei Fn. 565.
[712] Vgl. Fn. 1708.
[713] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97.
[714] Vgl. dazu schon Kapitel 2.1.1.2.2.
[715] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97.

Armutsgefahr würde sich folglich bei „Geisteskrankheit“ des Ehemannes etwa durch dessen Unfähigkeit zur Erfüllung der Unterhaltspflicht[716] verwirklichen. Und (u.a.) mit Blick auf die in der Erstauflage genannte Gefahr von Gewalttätigkeiten erwähnte Egger in der Zweitauflage einen Fall aus der Praxis, bei welchem aufgrund „degenerativen Irreseins“ ein Eheverbot mit der Begründung ausgesprochen worden war, dass die

> „Krankheit in hohem Maß die soziale Anpassungsfähigkeit des Kranken [schädige], ihn häufig *für seine Umgebung gefährlich* [mache] und die Willensenergie und das Gemütsleben derart [reduziere], daß der Kranke als eheunfähig erklärt werden müsse […]“.[717]

Insofern wird deutlich, dass Egger das Eheverbot für „Geisteskranke“ mit dem Gemeinschaftsgedanken in Form der Interessen der ehelichen Gemeinschaft legitimierte.
An diesem[718] Zweck hatte das Eheverbot nach Eggers Ansicht aber auch seine *Schranke* zu finden. So betonte Egger unter dem Titel „Begrenzung des Eheverbotes“ nämlich schon in der *Erstauflage*:

> „Das Verbot gilt nicht für alle von der ärztlichen Wissenschaft als Geisteskrankheiten qualifizierten Erkrankungszustände. Aber es gilt für alle jene geistigen Erkrankungen, welche *Gefahren für die eheliche Gemeinschaft* […] bieten.“[719]

Egger konstatierte dazu, zwar zählten „unzweifelhaft auch akut entstehende und vorübergehende Zustandsbilder, die aus ganz besonderen, voraussichtlich nicht wiederkehrenden traumatischen Anlässen (z.B. großer Schrecken) hervorgegangen sind“, unter die „Geisteskrankheiten“ – doch komme hier „nur die Anwendung des [sc. Art. 97] Abs. 1[720], nicht des Abs. 2 in Frage“.[721] Egger sprach sich hier folglich für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Geisteskrankheit“ aus. Genau diesen Umstand hob Egger in der *Zweitauflage* mit folgendem Hinweis besonders hervor:

> „Das Verbot ist von außerordentlicher Tragweite für die Betroffenen. Es darf deshalb einschränkend ausgelegt werden. Es lautet zu allgemein.“[722]

Egger stellte daher ausdrücklich – allerdings ohne konkrete Beispiele zu nennen – klar, das Eheverbot finde keine Anwendung[723], „wenn die Krankheit ihrer ganzen Art nach eine geringfügige […] ist“.[724]

---

[716] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.1.
[717] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97, vgl. auch Rn. 8 zu Art. 97.
[718] Vorbehalten bleiben aber die in Kapitel 2.1.4.2 angeführten Überlegungen.
[719] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97. Dieser Hinweis impliziert, dass Egger den (an sich medizinischen, vgl. Fn. 700) Begriff der „Geisteskrankheit“ als *Rechtsbegriff* auffasste – so explizit sogar EGGER II, Rn. 10 zu Art. 97.
[720] Dazu Kapitel 2.1.3.
[721] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[722] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 97.
[723] Vorbehalten bleiben auch hier (vgl. schon Fn. 718) die in Kapitel 2.1.4.2 angeführten Überlegungen.
[724] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 97.

Zusammenfassend ergibt sich also, dass Egger in einer „geisteskranken" Person direkte Gefahren für die eheliche Gemeinschaft erblickte, sodass sich für ihn ein Eheverbot dieser Personen aufdrängte. Dieses Eheverbot lag für Egger zugleich insofern im *Allgemeininteresse*, als es der Idee nach indirekt für eine geringere Belastung der von der Allgemeinheit gespeisten Fürsorgekassen sorgte.

2.1.4.1.2 Persönlichkeitsgedanke

In der *Zweitauflage* verdeutlichte Egger die bereits der *Erstauflage* implizit[725] zugrundeliegende Vorstellung, dass er das Eheverbot für „Geisteskranke" auch mit dem *Persönlichkeitsgedanken* legitimierte. Egger stellte nämlich fest:

> „Immer wieder erweisen sich Ehen Geisteskranker als verhängnisvoll *für beide Teile*. […] Die Ehe soll unterbleiben, wenn sie selbst[726] oder die *Interessen der beiden Partner* durch die Geisteskrankheit des einen erheblich gefährdet erscheinen."[727]

Egger hatte also einerseits die Interessen der *„geisteskranken" Personen* am Eheverbot vor Augen:

> „Es [sc. das Eheverbot] ist […] geeignet, den Kranken zu schützen, der leicht das Opfer von Zumutungen oder Spekulationen wird und *Bindungen eingeht*, deren Anforderungen er *nicht gewachsen ist*."[728]

Wie den urteilsunfähigen Ehegatten[729], begriff Egger somit auch einen „geisteskranken" Ehegatten als nicht in der Lage, die der ehelichen Gemeinschaft entspringenden Pflichten zu erfüllen. Nach Eggers Ansicht sollte einem solchen Ehegatten folglich die Ehe *zu seinem Schutz* verwehrt bleiben.[730]
Andererseits entsprach das Eheverbot für Egger insbesondere auch den „Interessen des *Gesunden*", ohne diese Interessen allerdings näher zu erläutern.[731] Anzunehmen ist, dass Egger etwa den Schutz des gesunden Ehegatten vor Gewalttätigkeiten des „geisteskranken" Ehegatten darunter subsumierte. Insofern lag für Egger in diesem Eheverbot auch ein *Schutz der Persönlichkeit* des „Gesunden".

2.1.4.2 Rassenhygiene (Eugenik)

Neben dem Schutz der ehelichen Gemeinschaft legitimierte Egger das Eheverbot für „Geisteskranke" noch mit einer weiteren Überlegung: In der *Erstauflage* hielt er fest, entscheidend für dessen Erlass seien auch „rassehygienische Erwägungen"

---

[725] Die von Egger in der Erstauflage erwähnten Gefahren für die eheliche Gemeinschaft (Kapitel 2.1.4.1.1) stellten ja nur eine eine *Folge* der „Geisteskrankheit" dar. Die Unmöglichkeit zur ehelichen Pflichtenerfüllung fand ihre *Ursache* m.a.W. in der Geisteskrankheit – also in der von dieser Krankheit betroffenen *Person*.
[726] Dazu hiervor Kapitel 2.1.4.1.1.
[727] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97, vgl. auch Rn. 8 zu Art. 97.
[728] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97.
[729] Vgl. Kapitel 2.1.3.1.
[730] Vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 10, 11 f. zu Art. 275.
[731] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 97.

gewesen.[732] In der *Zweitauflage* bemerkte er übereinstimmend, mit diesem Eheverbot „hat sich [das Gesetz] ein Postulat der Eugenik zu eigen gemacht […].“[733]
Im Rahmen der Ausführungen zum Eheanfechtungsgrund der mangelnden Ehemündigkeit[734] wurde erwähnt, dass die Begriffe *Rassenhygiene* bzw. *Eugenik* seit den Ereignissen im nationalsozialistischen Deutschland negativ besetzt sind. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass rassenhygienische Konzepte bereits Jahrzehnte früher diskutiert worden waren – etwa vom deutschen Arzt *Alfred Ploetz* (1860-1940) sowie seinem Landsmann und Medizinprofessor *Hugo Ribbert* (1855-1920). Sowohl Ploetz‘ Vortrag „Ziele und Aufgaben der Rassenhygiene“ (1911) als auch Ribberts Publikation „Rassenhygiene – eine gemeinverständliche Darstellung“ (1910) bezeichnete Egger in der Erstauflage als „sehr instruktiv und beachtenswert“.[735] Um Eggers Position zu ergründen, bedürfen diese Werke der Betrachtung: *Ploetz* hatte die Rassenhygiene als die „Lehre von den wirksamsten Bedingungen einer optimalen Erhaltung und Entwickelung unserer Rasse“ qualifiziert und dabei bemerkt:[736]

> „Wir können nur erwarten, daß bei Durchführung aller rassenhygienischen Maßnahmen das *durchschnittliche Niveau der Rasse* durch die Vermehrung der tüchtigen Individuen sich so *heben* wird, daß auf dieser gesunden und erhöhten Basis auch leichter progressive, wirklich weiterbauende Variationen sich erheben werden. […]“[737]

Die Rassenhygiene bezweckt nach Ploetz‘ Auffassung also die Verbesserung einer Rasse zwecks Herstellung einer Ausgangslage, von welcher aus sich diese Rasse selbständig weiterverbessern kann. Dabei hatte Ploetz in seinem Vortrag „der Einfachheit halber […] die *ganze Menschheit als eine Vitalrasse* […] und demgemäß ihre verschiedenen Varietäten als Unterrassen“ aufgefasst, wobei er die „weiße […] Unterrasse“ aus verschiedenen Gründen als „höchstentwickelt[e]“ betrachtet hatte – innerhalb derselben aber „die nordische, die alpine, die mittelländische, *jüdische* usw.“ Unterabteilungen vorderhand als *gleichwertig* begriff.[738] Bei seien Untersuchungen hatte Ploetz u.a. festgestellt, dass die Individuen innerhalb einer Rasse oft durch „selektorische“[739] Prozesse aussterben – Ploetz hatte diesbezüglich gleichbedeutend von „Ausschaltung“, „Vernichtung“, „Ausmerzung“ und „Ausjätung“ gesprochen –, weil sie „zu schwach“ (i.S.v. „nicht angepaßt“) seien, um sich gegen die „äußeren Schädlichkeiten“ zu wehren.[740] Ploetz war daher zum Schluss gelangt, durch rassenhygienische Massnahmen liessen sich einerseits das Aussterben einer Rasse

---

[732] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97; vgl. auch schon Text zu Fn. 603.
[733] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 97; vgl. auch schon Text zu Fn. 606.
[734] Vgl. Kapitel 2.1.1.1.2.
[735] EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 96 ff.
[736] PLOETZ, S. 22.
[737] PLOETZ, S. 27.
[738] PLOETZ, S. 13, 21, 27 f.
[739] Bei der *nonselektorischen* Ausschaltung dagegen, so Ploetz, bewirkten so starke „äußer[e] Faktoren“, dass kein Lebewesen der entsprechenden Rasse diese Schädigungen überlebe; PLOETZ, S. 9.
[740] PLOETZ, S. 9 f., S. 8.

verhindern und andererseits die „Hebung der Rasse“ erreichen.[741] In *quantitativer* Hinsicht erschien Ploetz ein eigentliches Aussterben der Menschheit zwar als unwahrscheinlich – er hatte aber aufgrund seiner Vorstellung, dass „die einzelnen großen Varietäten des Menschen einen verschiedenen Wert für den Fortschritt der Menschheit und damit für ihre optimale Erhaltung“ hätten, eine im Verhältnis zu anderen Unterrassen *stärkere Vermehrung* der *weissen Unterrasse* gefordert, was s.E. insbesondere durch *„Hochhaltung der Geburtenziffer, Verringerung der Sterblichkeit“* zu erreichen war.[742] Zum Umstand, dass eine steigende Geburtenziffer (zumindest potentiell) zu einer steigenden Zahl „Schwacher“ führen könnte bzw. die Herabsetzung der Sterblichkeitsziffer potentiell den „Schwachen“ die Fortpflanzung ermöglichte, hatte Ploetz bemerkt, der Schutz Schwacher, z.B. durch Pflege derselben, dürfe nicht aufgegeben werden:[743]

> „Denn wir haben von einem anderen rassenhygienischen Gesichtspunkte aus ein starkes Interesse an der Vermehrung der *sozialen Akte innerhalb unserer Rasse*, weil das die *innere Reibung* in ihr *vermindert* und die Summe ihrer nach außen im *Kampf gegen andere Rassen*[744] verfügbaren Kräfte vermehrt. Die sozialen Akte können nur vermehrt werden durch die Pflege sozialer, hilfsbereiter Gesinnung unter den Individuen. Einer der Ausflüsse dieser Gesinnung ist die Pflege der Schwachen und Kranken. Würden wir sie aufheben wollen, ließe sich das nur denken unter allgemeiner Schwächung der sozialen Organe unserer Seele, was das Zusammenhalten der Gesellschaftsbildungen in der weißen Rasse auf äußerste gefährden würde. Wir müssen also Fortdauer und sogar Ausbau der sozialen Hilfstätigkeit fordern.“[745]

Gerade weil Ploetz im Schutz schwacher Personen aber eine *kontraselektorische*[746] Massnahme erblickte, hatte er auch Überlegungen angestellt, wie in *qualitativer* Hinsicht eine Verbesserung der Rasse erreicht werden könnte.[747] Gestützt auf seine Beobachtung, wonach die Qualität der Keimzellen durch verschiedene Faktoren beeinflusst werde – etwa durch die „Ernährung und des beruflichen Lebens, der Intensivität der körperlichen und geistigen Beschäftigung usw.“ – hatte Ploetz namentlich propagiert, Männer ab 55 Jahren bzw. Frauen ab 40 Jahren sollen sich nicht mehr fortpflanzen.[748] Als „außerordentlich wichtige Maßregeln zur Vermeidung des absteigenden Variierens durch Keimverderbnis“ hatte er die „Bekämpfung

---

741 PLOETZ, 22 f.
742 PLOETZ, S. 23.
743 PLOETZ, 23 f.
744 An anderer Stelle seines Vortrags hatte Ploetz übrigens bemerkt, „der Krieg wird immer das letzte Mittel bleiben, die weißen Völker vor dem Überflutenwerden durch andere Rassen zu schützen und sich selbst weit genug auszudehnen, um die eigene Erhaltung für alle Zeiten sicher zu stellen“; PLOETZ, S. 26.
745 PLOETZ, 23 f.
746 Ploetz hatte ausgeführt, die „Kontraselektion“ unterlaufe die Selektion, da (etwa im Falle eines Krieges) „Tüchtige ausgeschaltet werden, gerade weil sie tüchtig sind, und Schwache bewahrt werden, gerade weil sie schwach sind“ – ohnehin würden die „Kranken mit ganz besonderem Aufgebot von Mühen gepflegt und erhalten, wie man sie bei Gesunden nie anwenden würde“; PLOETZ, S. 20 f., vgl. auch S. 3.
747 Dazu PLOETZ, S. 24 ff.
748 PLOETZ, S. 25.

der Trinksitten, der Syphilis und der Tuberkulose“ qualifiziert; zudem seien Mischungen mit „minderwertigen Rassen“ zu vermeiden.[749] Auch radikalen Massnahmen war Ploetz aber nicht abgeneigt gewesen:

> „Bleibt noch das *Optimum der Ausmerzung* zu betrachten. Alle Ausmerzung bedeutet vorzeitigen Tod oder Unfruchtbarkeit. Das beste gegenseitige Verhältnis dieser beiden Arten wäre der möglichst weitgehende *Ersatz des* vorzeitigen *Todes* und der *Krankheiten*, die ihn einleiten, *durch die Unfruchtbarkeit*, sei es durch *Ehelosigkeit* oder in der *Ehe durch Kinderlosigkeit*. Denn Krankheiten und Tod bringen unendlich viel mehr Leid mit sich als Ehe und Kinderlosigkeit und die gewollte Beibehaltung der Ausmerzung durch Krankheiten und Tod würde nur durch ein Niederschrauben der sozialen Gesinnung möglich sein, die wir ja als inneren Kitt der Rasse brauchen. […]“[750]

In dieser Aussage hatte Ploetz die „Unfruchtbarkeit“ ausdrücklich als mögliche Massnahme zur qualitativen Hebung der Rasse genannt. Ploetz hatte zwar festgestellt, dass „das Abschließen der Minderwertigen von Ehe und Nachkommenschaft immer noch ein Akt [ist], der hart in das Leben der Einzelnen eingreifen kann […]“, doch hatte er diese Massnahme zumindest solange als *unentbehrlich* bezeichnet, bis in der Zukunft eine künstliche „Beeinflussung der Variabilität“ möglich sei.[751]
Zu ähnlichen Schlüssen wie Ploetz war auch *Ribbert* gelangt. Dieser hatte in seiner Publikation den Fokus auf „Rassekrankheiten“, verstanden als (erbliche) „Keimkrankheiten“, gelegt und bemerkt:[752]

> „Überblicken wir nun noch einmal die Wege, auf denen die Natur zur Selbsthilfe schreitet, so stellten wir fest, daß wir uns weder auf das Aussterben kranker Familien noch auf den allmählichen Gesundungsprozeß verlassen dürfen. Und wenn wir ferner sahen, daß auch eine absichtliche von uns angestrebte Heilung der Keimkrankheiten ausgeschlossen ist, so stehen wir jetzt vor der Frage, ob es denn noch andere Möglichkeiten zur Beseitigung der Rassekrankheiten gibt. Diese Frage kann bejaht werden. Aber wir müssen gleich hinzufügen, daß auch diese anderen Wege noch nicht alles leisten.
> Denn mit der Beseitigung der vorhandenen Rassekrankheiten ist noch nicht allen Wünschen entsprochen. Es wäre nur dann der Fall, wenn nicht auch die Gefahr eines Auftretens neuer Keimkrankheiten bestände. Aber sie ist tatsächlich gegeben, und so erwächst uns neben der Beseitigung der alten auch noch die Aufgabe der Verhütung neuer Keimkrankheiten.“[753]

Wie Ploetz, hatte daher auch Ribbert Massnahmen zur „Beseitigung“ bestehender und zur „Verhütung neuer Keimkrankheiten“ vorgeschlagen – so die Bekämpfung des Alkoholismus und „alle[r] anderen schädlichen Einwirkungen […], allen sonstigen Intoxikationen und allen Infektionskrankheiten, deren Toxine giftig auf die Keime wirken können“.[754] Insbesondere war es s.E. erstrebenswert, „die Geburt neuer

---

[749] PLOETZ, S. 25.
[750] PLOETZ, S. 26.
[751] PLOETZ, S. 26 f.
[752] RIBBERT, S. 16 i.V.m. S. 1 ff.
[753] RIBBERT, S. 54 f.
[754] RIBBERT, S. 55 ff., 58 f.

Minderwertiger nach Möglichkeit zu verhindern" – durch ein *Eheverbot*[755] sowie dadurch, „daß wir die schon kranken Individuen *verhindern, sich fortzupflanzen*" – Ribbert hatte die „dauernde Internierung" oder Verschickung der Kranken in Kolonien empfohlen, aber auch deren Kastration bzw., bei Frauen, die Einleitung der „künstliche[n] Frühgeburt oder de[s] künstlichen Abort[s]".[756] Ribbert hatte indes bemerkt, die Erkenntnisse über die „Regeln, nach denen sich Rassekrankheiten vererben" seien noch zu ungesichert, als dass sie erlaubten, das fragliche Eheverbot auch für „Säufer, Gewohnheitsverbrecher, Idioten, Geisteskranke usw." genügend scharf zu umschreiben und es „ohne Härte" durchzuführen.[757]
Vor dem Hintergrund des eben beschriebenen, grossen Spektrums rassenhygienischer Massnahmen fragt sich, inwieweit Egger solche wirklich billigte. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus den *Motiven*, die Egger hinter den gesetzlichen Bestimmungen erblickte, denen s.E. „rassehygienische Erwägungen"[758] zugrundelagen – insbesondere[759] also dem Eheverbot für „Geisteskranke".

2.1.4.2.1 Persönlichkeitsgedanke

So machte Egger bereits in der *Erstauflage* deutlich, dass das in Art. 97 Abs. 2 ZGB statuierte Eheverbot für „Geisteskranke" s.E. nicht bloss „Gefahren für die eheliche Gemeinschaft", sondern auch Gefahren „für die *Nachkommen*" entgegenwirkte.[760] Dasselbe Bild ergibt sich aus der *Zweitauflage*, wo Egger zum Zweck des Eheverbots bemerkte, „noch wichtiger" als der „Schutze der ehelichen Gemeinschaft" sei es, „die Übertragung der Geisteskrankheit auf die *Kinder*" zu unterbinden.[761] Dabei stellte er klar:

> „Für zahlreiche Geisteskrankheiten erscheint die Vererbung als die wichtigste, ja alleinige Ursache und ihr Auftreten in der jungen Generation *trifft* die Familie, insb. im spätern Leben *die Kinder selbst aufs schwerste*. Sie läuft auch den öffentlichen Interessen zuwider."[762]

Diese Aussage ist zentral – in ihr liegt eine *Rangordnung* der Argumente, die nach Eggers Ansicht unter dem Gesichtspunkt „Rassenhygiene" für das Eheverbot i.S.v. Art. 97 Abs. 2 ZGB sprachen:

---

[755] Solange ein solches nicht bestehe, „müssen wir es uns angelegen sein lassen, das Volk über die Gefahren der Ehe erblich Belasteter aufzuklären und den Kranken, soweit sie noch selbst urteilsfähig sind, von der Heirat abzuraten oder, falls sie nicht die nötige Einsicht besitzen, die Angehörigen zum Einspruch zu veranlassen. Es muß den Menschen in Fleisch und Blut übergehen, daß es ein Unrecht, ja vielfach geradezu ein Verbrechen ist, Kinder in die Welt zu setzen, die von Hause aus krank sind. […]"; RIBBERT, S. 63.
[756] RIBBERT, S. 61 ff.
[757] RIBBERT, S. 61 f.
[758] Vgl. Text zu Fn. 732.
[759] Zum *Eheanfechtungsgrund* wegen mangelnder Ehemündigkeit vgl. Kapitel 2.1.1.1.2, 2.1.1.2.1; zum *Scheidungsgrund* wegen „Geisteskrankheit" vgl. Kapitel 5.2.3.
[760] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[761] EGGER II, Rn. 4 f. zu Art. 97, vgl. im Übrigen auch Rn. 11 i.V.m. Rn. 10 zu Art. 275 und Kapitel II.a.5.2.2.1.
[762] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 97.

In erster Linie legitimierte Egger dieses Eheverbot mit den *Interessen der Nachkommen*, da Letztere durch die ererbte Krankheit „im spätern Leben […] aufs schwerste" getroffen würden. Das Verbot zielte für Egger also primär auf den Schutz der Persönlichkeit – der Gesundheit – der (potentiellen[763]) Nachkommen ab. Von fundamentaler Bedeutung war für Egger also der *Persönlichkeitsgedanke*.
Selbstredend eng damit verbunden waren für Egger auch die Interessen der *betroffenen Familie* – insofern argumentierte Egger hier mit dem eng verstandenen *Gemeinschaftsgedanken*.
Diese beiden Argumentationsstränge stehen im Einklang nicht nur mit der bereits bekannten Anmerkung Eggers aus der Zweitauflage, wonach die Ehe „und ihre Bedeutung *für die Beteiligten selbst* die Berücksichtigung der Erbanlagen und der gesundheitlichen Verhältnisse der Ehegatten zur Pflicht [macht]", sondern auch mit Eggers Feststellung in der Erstauflage, wonach die Ausgestaltung des Familienrechts darauf abzielen müsse, die „größtmögliche *Integrität des Ehelebens*" zu gewährleisten.[764] Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich Egger mit Blick auf den (hier thematisierten[765]) Normzweck, Gefahren für die Nachkommen abzuwenden, in *beiden Kommentarauflagen* für eine *Beschränkung des Eheverbots* aussprach.[766] In der Zweitauflage führte er diese bereits der Erstauflage zugrundeliegende Überlegung näher aus, indem er klarstellte, das Verbot sei „von außerordentlicher Tragweite für die davon Betroffenen", weshalb es „einschränkend ausgelegt werden [darf]" – es greife „nicht Platz, wenn keine solchen [sc. „Nachkommen"] mehr zu erwarten sind, ferner nicht, […] wenn die Gefahr[767] der Vererbung gering ist".[768]
Erst als letztes Argument, welches für das Eheverbot i.S.v. Art. 97 Abs. 2 ZGB sprach, nannte Egger oben[769] – fast nebenbei und ohne nähere Ausführungen –, „geisteskranke" Nachkommen würden „auch *öffentlichen Interessen*", also dem weit verstandenen *Gemeinschaftsgedanken*[770], zuwiderlaufen.
An dieser Rangordnung der Argumente ändert auch der Umstand nichts, dass Egger in beiden Kommentarauflagen eine *ausdehnende Auslegung* des Art. 97 Abs. 2 ZGB thematisierte: In der *Erstauflage* merkte er an, dass das in dieser Bestimmung statuierte Eheverbot „nicht weit genug geht", zumal es

> „wohl logisch gewesen [wäre], den Geisteskrankheiten *andere* ebenso gefährliche, verhängnisvolle und verbreitete *Krankheiten gleichzustellen* […] und ebenso hätte die

[763] Paradox erscheint, dass das Verbot auf die *Nichtentstehung des Schutzobjekts* – der Nachkommen – abzielte.
[764] Vgl. Text zu Fn. 565, 606.
[765] Zur Beschränkung beim Aspekt der *Gefahren für die eheliche Gemeinschaft* vgl. Kapitel 2.1.4.1.1.
[766] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97; EGGER II, Rn. 5, 8 zu Art. 97.
[767] Egger bemerkte dazu: „Eine bloße Möglichkeit der Vererbung dürfte nicht genügen. Wohl aber begründet jede ernste Gefahr der Übertragung schwererer geistiger Defekte auf die Nachkommen das Verbot"; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 97.
[768] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 97.
[769] Im Text zu Fn. 762.
[770] Vgl. dazu Kapitel 2.1.4.2.2.

> Konsequenz wohl dahingeführt, auch ein Eheverbot für Personen aufzustellen, die von Geisteskranken abstammen […]".[771]

Egger machte deutlich, dass diese Überlegungen in der grossen Expertenkommission, die den VE-ZGB beraten hatte, durchaus diskutiert worden waren – namentlich aufgrund der „Kühnheit der Neuerung" sowie der „wissenschaftliche[n] Unabgeklärtheit des Vererbungsproblems" hätten sie aber keinen Eingang ins ZGB gefunden.[772] In der Tat zeugen die Protokolle besagter Beratungen von lebhaften Diskussionen: Einige Exponenten hatten für jene Personen ein Eheverbot gefordert, die im Hinblick auf Geisteskrankheiten schon nur „erblich belaste[t]" waren, respektive überhaupt für Personen, die an Krankheiten litten, die den *andern Ehegatten* bzw. die *Nachkommen* hochgradig gefährdeten.[773] Huber selbst hatte zwar bereits in seinen Erläuterungen einerseits bemerkt:

> „Es geschieht dies [sc. das Eheverbot i.S.v. Art. 97 Abs. 2 ZGB], um die *Ehe gesund zu erhalten* und darauf bedacht zu sein, dass die Ehe bei einmal gestörtem Geiste *nicht das Übel vermehre und fortpflanze*."[774]

Andererseits hatte er aber an anderer Stelle betont:

> „Allein körperliche Gebrechen […] sollen diesen Hindernissen [sc. mangelndes Ehefähigkeitsalter und mangelnde Urteilsfähigkeit] nicht gleichgehalten werden. Denn niemand hat, an Stelle des Menschen, den es angeht, darüber ein Urteil, ob nicht gerade die Eingehung der Ehe in ihrer hohen persönlichen Bedeutung das Leben einer Person künftig anders gestalten, oder ob nicht das Opfer, das von der andern Seite gebracht wird, zum Heile der gegründeten Gemeinschaft ausschlagen werde."[775]

Eindrücklich geht diese Position auch aus den erwähnten Protokollen hervor – sie zeigen, dass sich (der im Folgenden als „Referent" zitierte) Huber Forderungen nach erweiterten Eheverboten entgegengestellt hatte:

> „Vom medizinischen Standpunkte aus müsste ja allerdings begrüsst werden, wenn solche Ehen nicht vorkämen, aber durch ein derartiges Verbot würde das *Individuum* in seinem durch die B.V. garantierten Rechte zur Ehe *allzu schwer beeinträchtigt* werden. Eine bezgl. Bestimmung [sc. dass schon eine blosse *erbliche Belastung* für ein Eheverbot genügte] würde eine *ungeheure, fast nicht absehabre Tragweite* haben.
> Die erbliche Belastung sei übrigens im Entwurfe nicht unbeachtet geblieben und habe eine gewisse Berücksichtigung erfahren, freilich nur als *Anfechtungsgrund*, und nur für den Fall, dass die Krankheit *verheimlicht* worden sei.[776] […] Auch nach einer neuen Untersuchung würde zwischen den beiden Lösungen gewählt werden müssen, entweder die *persönliche Freiheit in einer dem Referenten unzulässig erscheinenden Weise zu*

---

[771] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[772] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[773] Vgl. Prot., S. 109 ff. (= BeK III, Rn. 943 ff.). Mit einem solchen Verbot, so die Argumentation (vgl. Rn. 949 a.a.O), würde „man auch durch Verbesserung der Rasse dem Gemeinwesen einen grossen Dienst [leisten]". – Zu diesem Gedanken vgl. Kapitel 2.1.4.2.2.
[774] Erl. Bd. I, S. 132 (= BeK II, Rn. 316).
[775] Erl. Bd. I, S. 108 (= BeK II, Rn. 256).
[776] Dazu Kapitel 2.1.7.

beschränken, oder um eine *gewisse Gefährdung* der künftigen Generationen die *Freiheit der Eheschliessung zu erkaufen*."[777]

Huber hatte sich hier dezidiert für grosse Zurückhaltung bei Eingriffen in die Eheschliessungsfreiheit ausgesprochen – gerade „körperliche Gebrechen" hatten für ihn nicht als Legitimation für solche Eingriffe[778] genügt. Insofern liegt die Annahme nahe, dass Huber eine restritkivere Auffassung vertreten hatte als Egger, dessen zitierte Aussage aus der Erstauflage erkennen lässt, dass er eine ausdehnende Auslegung des Art. 97 Abs. 2 ZGB innerlich befürwortete – wenngleich Egger zu erkennen gab, dass er eine solche Auslegung für unzulässig hielt. Wie Huber, wies aber auch Egger im Fortgang auf die u.U. mögliche Anfechtung i.S.v. Art. 124 ff. ZGB[779] hin.[780]
Der aus der Erstauflage gewonnene Eindruck relativiert sich bezeichnenderweise in der *Zweitauflage*: Hier thematisierte Egger die erste in der Erstauflage aufgeworfene Frage, ob Art. 97 Abs. 2 ZGB auch auf andere Krankheiten anzuwenden sei, nicht mehr. Er griff lediglich die in der Erstauflage gestellte zweite Frage auf, ob Personen, die im Hinblick auf eine „Geisteskrankheit" als „erblich belastet" seien, unter Art. 97 Abs. 2 ZGB fielen.[781] Dies lehnte nach wie vor ab – und bemerkte sogar, ob „bei weiterer Vertiefung und Verbreitung der Einsichten in die Erbgesetze das gesetzliche Verbot in dieser Frage ausdehnend ausgelegt und auf diese Personen erstreckt werden kann, *muß dahingestellt bleiben*".[782] Diese deutlich zurückhaltendere Position Eggers in der Zweitauflage ist m.E. als implizite Ablehnung der Geschehnisse im Dritten Reich zu sehen.[783] Ohnehin ist festzuhalten, dass Egger weder in der Erst- noch in der Zweitauflage Forderungen nach radikaleren Massnahmen – wie sie von Ploetz oder Ribbert propagiert worden waren – stellte.[784]

2.1.4.2.2 Gemeinschaftsgedanke

Der Gemeinschaftsgedanke spielte für Egger bei der Thematik „Rassenhygiene" *primär* insofern eine Rolle, als dass Egger eine *Familie* vom Schicksal der Geburt eines Kindes, welches eine „Geisteskrankheit" von einem „geisteskranken" Ehegatten ererbt hatte, als „aufs schwerste getroffen" betrachtete.[785] Egger argumentierte hier

---

[777] Prot., S. 111 (= BeK III, Rn. 960 f.) – beachte in diesem Sinne auch die Voten anderer Exponenten auf S. 114 f. (= BeK III, Rn. 973 ff.), teils auch auf S. 111 f. (= BeK III, Rn. 962 ff.). Für die ähnliche Diskussion beim Scheidungsgrund „Geisteskrankheit" vgl. Prot., S. 161 ff. (= BeK III, Rn. 1385 ff.).
[778] Eine Anfechtung hielt er dagegen u.U. für möglich, vgl. bei Fn. 776.
[779] Dazu Kapitel 2.1.7. In Frage kam eine Anfechtung nach Art. 124 Ziff. 2 ZGB für Egger letztlich nur im Falle einer „erbliche[n] Belastung" – dies setzte nach Eggers Ansicht allerdings „wohl nicht nur schwere Psychosen bei mehreren nahen Angehörigen, sondern auch psychische oder physische Entartungserscheinungen beim Ehegatten selbst" voraus; EGGER I, Anm. 5c zu Art. 124.
[780] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 97.
[781] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 97.
[782] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 97.
[783] Vgl. dazu Kapitel 2.1.1.1.2 und sogleich 2.1.4.2.2.
[784] Beachte diesbezüglich auch Eggers Standpunkt zur Unfruchtbarmachung – dazu s. Fn. 3075.
[785] Vgl. Text zu Fn. 762.

also mit dem *eng verstandenen* Gemeinschaftsgedanken.
Lediglich *sekundär* spielte für ihn auch der *weiter verstandene* Gemeinschaftsgedanke in Form von *Allgemeininteressen* eine Rolle: Bereits in der *Erstauflage* bemerkte Egger, das Eheverbot i.S.v. Art. 97 Abs. 2 ZGB diene auch der „Gesunderhaltung des Volkes und der Bekämpfung der Volksseuchen".[786] Dazu passt auch Eggers folgender Hinweis an anderer Stelle seiner Erstauflage:

> „Das Familienrecht des Z.G.B. ist ein *soziales*[787] […] *auch*, weil es eine objektive Ordnung der familienrechtlichen Verhältnisse bietet, deren Inhalt […] durch das *öffentliche Interesse* bestimmt wird. Erwägungen des *allgemeinen Wohles* veranlassen den Gesetzgeber, ein umfassendes bürgerliches Eherecht aufzustellen […]. Und wie das Eherecht überhaupt, so sind insbesondere auch die vom neuen Recht vorgenommenen *Erschwerungen der Eheschließung* […] von einer sozialrechtlichen Betrachtungsweise der familienrechtlichen Institute getragen."[788]

Auch in der *Zweitauflage* bemerkte Egger bekanntlich, die Vererbung von „Geisteskrankheiten" laufe „auch den *öffentlichen Interessen* zuwider".[789] Diese Aussagen Eggers dürfen nicht missverstanden werden: Egger hatte das gesellschaftliche Wohlergehen – den Gedanken des Gemeinwohls – im Blick, wobei für ihn nicht nur gesundheitliche Aspekte, sondern daraus folgend auch „armenpolizeiliche und kriminalpolitische Erwägungen" eine Rolle spielten.[790] Keineswegs ging es Egger aber um rassische Überlegungen in nationalsozialistischem Sinne.[791] Von der Ideologie des Nationalsozialismus war Egger selbsterklärter Gegner. Dies zeigen nicht nur Eggers einschlägige Schriften[792], sondern dies ergibt sich auch direkt aus der Zweitauflage seines Kommentarwerks: Hinweise darauf liefern jeweils Bemerkungen, in welchen sich Egger mit dem „Kollektivismus" beschäftigte – worunter er ein Wertesystem verstand, welches „der *Kollektivität die absolute Superiorität* zuerkennen und den *Einzelnen* […] politisch oder wirtschaftlich in die *Gliedstellung* im *Staate* zurückversetzen" wolle.[793] Diese Vorstellung hatte Egger mit Blick auf das Familienrecht wie folgt konkretisiert:

> „Wie Privateigentum und Vertragsfreiheit, so muss auch die Familie eine rechtliche Ausgestaltung erfahren, die den Interessen des Einzelnen und denjenigen der Allgemeinheit gleichermassen gerecht wird. Auch die Familienordnung ringt um die Gleichgewichtslage der Individual- und der Kollektivrechte. […] Aber *mächtige Strömungen* wollen diese [sc. ‚Interessen der Allgemeinheit'] in ganz anderem Ausmasse in den Vordergrund rücken. Der *moderne Kollektivismus* will die Ehe den

---

[786] EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.
[787] In vorliegendem Zusammenhang ist der Begriff „sozial" (anders als bei Fn. 620) als Hinweis auf eine Schranke der Eheschliessungsfreiheit zu verstehen, die Egger mit dem *Gemeinschaftsgedanken* legitimierte.
[788] EGGER I, Vorbem. 2c FamR.
[789] Vgl. Text zu Fn. 762.
[790] Vgl. Text zu Fn. 565.
[791] Vgl. dazu Kapitel 2.1.1.1.2.
[792] Vgl. bei Fn. 613.
[793] EGGER II, Rn. 1 Vorbem. jur. Pers.

> höheren Verbänden opfern […], er will sich ihrer aber auch als Mittel für seine Zwecke bewältigen. So wird die Ehe dem modernen Etatismus zu einem Instrument seiner Populationspolitik. Der merkantilistische[794] Staat des 18., der *nationalistische des 20. Jahrhunderts* will die Fruchtbarkeit der Ehe in den Dienst seiner Staatspolitik stellen. Vollends will die *nationale Eugenik*, sofern sie positive Rassenhygiene treibt, das Individuum nach seinen Keimanlagen bewerten und es darnach in den Fortpflanzungs- und *Züchtungsprozess* eingliedern und damit auf ihre Weise die Familie ebenfalls in den Dienst *überpersönlicher allgemeiner Interessen* stellen. Eine neue Ethik, eine neue Familienordnung postuliert sie."[795]

Der Gehalt dieser Aussage erschliesst sich anhand der Betrachtung der Grundkonzeption nationalsozialistischen Privatrechts. Letzteres zeichnet sich dadurch aus, dass der „Volksgemeinschaft" als gesellschaftliches Ideal – wobei lediglich „Arier", also Nichtjuden[796], die sich mit der nationalsozialistischen Ideologie identifizierten, als Angehörige dieser Gemeinschaft in Frage kamen – ein Wert zugemessen wurde, welchem sich Individualinteressen unterzuordnen hatten.[797] Die Bedeutung des Individuums beschränkte sich folglich auf dessen Gliedstellung innerhalb der „Volksgemeinschaft" – ein Umstand, welcher zur faktischen Nichtexistenz der Privatautonomie in sämtlichen Bereichen führte.[798] Im Bereich des Eherechts manifestierte sich dieser Umstand schon im *Ehebegriff*. So propagierte der Vorsitzende des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, *Ferdinand Mössmer (1893-1954)*, im Rahmen einer Revision des Ehescheidungsrechts folgende Begriffsdefinition:

> „Ehe ist die von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft *zweier rassegleicher, erbgesunder Personen* verschiedenen Geschlechts zum *Zweck* der Wahrung und Förderung des *Gemeinwohls* durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zweck der *Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder* und ihrer *Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen*."[799]

---

[794] Vgl. dazu FUHRMANN, MARTIN: Volksvermehrung als Staatsaufgabe? Bevölkerungs- und Ehepolitik in der deutschen politischen und ökonomischen Theorie des 18. und 19. Jahrhunderts, Diss., Paderborn u.a. 2002; allgemein zur Wirtschaftstheorie des Merkantilismus vgl. SOKOLL, THOMAS: Merkantilismus, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 8, Stuttgart 2008, Sp. 380 ff.

[795] EGGER II, Rn. 23 Einl. FamR.

[796] Vgl. dazu schon Art. 4 des 25-Punkte-(Partei-)Programms der NSDAP (abgedruckt in Fn. 607).

[797] Vgl. Art. 24 des 25-Punkte-(Partei-)Programms der NSDAP: „[…] Sie [sc. die NSDAP] bekämpft den jüdisch-materialistischen Geist *in* und *außer* uns und ist überzeugt, daß eine dauernde Genesung unseres Volkes nur erfolgen kann von *innen* heraus auf der Grundlage: *Gemeinnutz vor Eigennutz*"; zit. nach FEDER, S. 14. Vgl. zum Ganzen auch: MEDER, Kapitel 19, insbes. S. 411 f., 412 ff., 414 ff. BRAUNEDER, Kapitel 13.2; EISENHARDT, § 24.

[798] Vgl. dazu folgende Forderung, die der damalige Staatssekretär des Reichsjustizministeriums, *Franz Schlegelberger (1876-1970)*, im Jahr 1937 in einem Vortrag formulierte: „[…] Dem Dritten Reich ist die Aufgabe zugefallen, hier grundsätzlichen Wandel [sc. vom ‚übersteigerten Individualismus' des dBGB] zu schaffen und den Grundsatz des BGB.: Freiheit *von* der Gemeinschaft durch den Grundsatz: Freiheit *in* der Gemeinschaft abzulösen"; SCHLEGELBERGER, S. 8. Vgl. hierzu MEDER, S. 422 ff.; EISENHARDT, Rn. 873.

[799] MÖSSMER, S. 65; beachte zur *Erziehung der Kinder* auch Fn. 2600.

Diese Definition zeigt plastisch, wie die Institution *Ehe* der „Volksgemeinschaft" dienstbar gemacht wurde. Dem entsprach es, wenn verschiedene Gesetze[800] bestimmten Personen ein *Eheverbot* auferlegten. Von einer echten Freiheit bei der Wahl des Ehepartners konnte damit keine Rede sein. Derartige Ansichten lehnte Egger zweifellos ab. Besonders eindrücklich erscheinen in diesem Zusammenhang einerseits folgende Aussage Eggers aus der Zweitauflage des Personenrechtskommentars:

> „Man kann nicht auf die Ehefähigkeit verzichten und ebensowenig sich verpflichten, keine Ehe einzugehen, *auch nicht aus rassehygienischen Gründen*. Eine solche Verpflichtung würde […] gegen das Prinzip des Art. 27 Abs. 1 verstoßen."[801]

Andererseits stellte Egger (in ebendiesem Kommentarband) mit Blick auf Art. 28 ZGB klar:

> „Absolut ausgeschlossen ist jede Verfügung über das Lebensgut. Es gibt keine rechtswirksame Zustimmung zur ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens' […]."[802]

Mit diesen Aussagen grenzte sich Egger also auch direkt in seinem Kommentarwerk von nationalsozialistischem Gedankengut ab.

2.1.5 Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft als Nichtigkeitsgründe, Art. 120 Ziff. 3 i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 und 2 ZGB

Gemäss Art. 120 Ziff. 3 ZGB[803] „[war] eine Ehe *nichtig*[804]", „wenn die Eheschliessung wegen *Blutsverwandtschaft* oder *Schwägerschaft*[805] unter den Ehegatten verboten [war]". Diese Regelung ist vor dem Hintergrund der Art. 100 Ziff. 1 bzw. Ziff. 2 ZGB[806] zu sehen, welche unter der Marginalie *„Ehehindernisse"*[807] Eheverbote für Blutsverwandte[808] bzw. Verschwägerte[809] statuierten.

2.1.5.1 Gemeinschaftsgedanke

Für die Eheverbote zwischen Blutsverwandten bzw. Verschwägerten zeichnete Egger[810] vorab „sittliche Gründe" verantwortlich – geschlechtliche Verbindungen (und erst recht die Ehe) innerhalb des engsten, gerade in gemeinsamem Haushalt

---

[800] Vgl. dazu Kapitel 2.1.1.1.2.
[801] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 27.
[802] EGGER II, Rn. 28 zu Art. 27.
[803] Materiell übereinstimmend Art. 128 Ziff. 3 E-ZGB und Art. 142 Alt. 3 VE-ZGB.
[804] Vgl. allerdings Art. 122 Abs. 1 ZGB, dazu Fn. 583.
[805] Für die Begriffe *Blutsverwandtschaft* bzw. *Schwägerschaft* vgl. Fn. 1570.
[806] Im Wesentlichen übereinstimmend Art. 108 Ziff. 1 bzw. 2 E-ZGB und Art. 119 Alt. 1 bzw. 2 VE-ZGB.
[807] Vgl. auch Kapitel 2.1.
[808] Konkret „zwischen Blutsverwandten in gerader Linie, zwischen voll- oder halbbürtigen Geschwistern, und zwischen Oheim und Nichte, Neffe und Tante, seien sie einander ehelich oder ausserehelich verwandt" (Ziff. 1).
[809] Konkret „zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern und zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, auch wenn die Ehe, die das Verhältnis begründet hat, für ungültig erklärt oder durch Tod oder Scheidung aufgelöst worden [war]" (Ziff. 2).
[810] Für die knappen Ausführungen Hubers zur Sache vgl. Erl. Bd. I, S. 133 (= BeK II, Rn. 320).

lebenden, Familienkreises waren s.E. zu verhüten:[811]

> „Das Eheverbot ermöglicht unter seinen Angehörigen unbefangene Herzlichkeit und natürliche Freiheit und auferlegt ihnen zugleich die gebotene Zurückhaltung. Es fördert die *Integrität des Gemeinschaftslebens* in der *Familie* […]."[812]

Entscheidend für diese beiden Eheverbote waren nach Eggers Ansicht folglich Interessen des familiären Zusammenlebens – also der *eng verstandene Gemeinschaftsgedanke*.

Das Eheverbot für *Blutsverwandte* legitimierte Egger zudem mit den „rassepolitischen sanitarischen Erwägungen, die auch dem Verbot des Art. 97 Abs. 2 zugrunde liegen".[813] Das Eheverbot für Blutsverwandte empfahl sich für Egger also – wie bereits das Eheverbot für „Geisteskranke" – „schon aus eugenischen Gründen (erbliche Belastung wirkt sich in der Verwandtenehe doppelt aus […])".[814] Für die Frage, inwiefern dieses Eheverbot damit *Allgemeininteressen* als *weit verstandenem Gemeinschaftsgedanken* entsprach, wird auf das zum Eheverbot für „Geisteskranke" Gesagte verwiesen.[815]

2.1.5.2 Persönlichkeitsgedanke

Eggers im Zusammenhang mit dem Eheverbot für *Blutsverwandte* angebrachter Hinweis auf Art. 97 Abs. 2 ZGB – dem Eheverbot für „Geisteskranke" – impliziert, dass er das Eheverbot für Blutsverwandte auch mit dem Gesundheitsschutz (potentieller) Nachkommen, also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*, legitimierte. Auch hier sei auf das beim Eheverbot für „Geisteskranke" Gesagte verwiesen.[816]

Abgesehen davon lassen Eggers Ausführungen erkennen, dass die im ZGB statuierten Eheverbote für Blutsverwandte bzw. Verschwägerte s.E. insofern dem Persönlichkeitsgedanken Rechnung trugen, als sie im Vergleich zu früheren und auch ausländischen Rechten „in engsten Schranken" gehalten wurden.[817] Diesen Umstand begründete Egger mit „den individualistischen Tendenzen des neuzeitlichen Familienrechtes".[818] Anders ausgedrückt, mass das ZGB mit der vorliegend getroffenen Regelung der *Eheschliessungsfreiheit* nach Eggers Ansicht grosses Gewicht zu.

---

[811] EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 100; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 100.
[812] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 100.
[813] EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 100.
[814] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 100.
[815] Vgl. Kapitel 2.1.4.2.2.
[816] Vgl. Kapitel 2.1.4.2.1.
[817] EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 100, vgl. auch Anm. 1a, 2d zu Art. 100; EGGER II, Rn. 1, 3, 6 zu Art. 100.
[818] EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 100.

2.1.6 Bestehende Ehe als Nichtigkeitsgrund, Art. 120 Ziff. 1 i.V.m. Art. 101 ZGB

Gemäss Art. 120 Ziff. 1 ZGB[819] „[war] eine Ehe *nichtig*[820]", „wenn zur Zeit der Eheschliessung einer der Ehegatten schon verheiratet [war]". Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des Art. 101 ZGB[821] zu sehen, welcher unter der Marginalie *„Ehehindernisse"*[822] bestimmte, dass „wer eine neue Ehe eingehen [wollte], den Nachweis zu erbringen [hatte], dass seine frühere Ehe für ungültig erklärt oder durch Tod oder Scheidung aufgelöst worden [war]".

2.1.6.1 Gemeinschaftsgedanke

Egger[823] konstatierte in beiden Kommentarauflagen, das ZGB folge dem „Prinzip der Einehe".[824] Diesen Umstand seinerseits leitete er „aus dem Wesen der Ehe" ab:[825]

> „[…] Die Ehe ist aber in dem (relativen) Sinne eine *vollkommene Lebensgemeinschaft*, als sie jedenfalls die *vollständigste* aller vom Rechte anerkannten *Gemeinschaftsverhältnisse* ist und als sie begrifflich doch die *Persönlichkeit in ihrem gesamten Dasein umfaßt*. Die Ehe ist nicht nur eine Geschlechtsgemeinschaft (Kant) und dient nicht nur[826] der Kindererzeugung und Kindererziehung (preuss. A.L.R.). Sie ist eine sittlich-geistige und leibliche Gemeinschaft.
> Deshalb ist die Ehe notwendigerweise Einehe."[827]

Egger begründete das monogame System also mit dem Charakter der Ehe als umfassendes Gemeinschaftsverhältnis, welches den ungeschmälerten Einsatz beider Ehegatten zur notwendigen Grundlage hatte. Dieser Charakter schloss s.E. ein polygames System von vornherein aus. Egger nahm also offenbar an, ein polygames System gefährde die Interessen der ehelichen Gemeinschaft – was zeigt, dass er das monogame System mit dem *eng verstandenen Gemeinschaftsgedanken* legitimierte.
Wenn Egger bemerkte, „das Verbot der Doppelehe ist im öffentlichen Intersse aufgestellt"[828], so liegt darin ein Hinweis auf Eggers Vorstellung, wonach die Ehe eine „Institution von emminentem öffentlichen Interesse" – nämlich das Fundament der Gesellschaft – darstelle.[829] Im Schutz der Ehe als Institution erblickte Egger folglich auch ein *Allgemeininteresse*. Insofern trug das monogame System des ZGB für Egger auch dem *weit gefassten Gemeinschaftsgedanken* Rechnung.

---

[819] Materiell übereinstimmend Art. 128 Ziff. 1 E-ZGB und Art. 142 Alt. 1 VE-ZGB.
[820] Vgl. allerdings Art. 122 Abs. 1, 3 ZGB – dazu Fn. 583.
[821] Materiell übereinstimmend Art. 109 E-ZGB und Art. 120 VE-ZGB. Für den Fall der *Verschollenheit* eines Ehegatten beachte Art. 102 ZGB und dazu schon die Art. 110 E-ZGB bzw. 121 VE-ZGB.
[822] Vgl. auch Kapitel 2.1.
[823] Für die knappen Ausführungen Hubers zur Sache vgl. Erl. Bd. I, S. 133 ff. (= BeK II, Rn. 322 f.).
[824] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 101; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 101; vgl. auch bei Fn. 827.
[825] EGGER II, Rn. 3 Vorbem. zu Art. 90 ff.
[826] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 604.
[827] EGGER I, Vorbem. 1b EheR, vgl. auch Anm. 1 zu Art. 101; EGGER II, Rn. 3 Vorbem. zu Art. 90 ff., Rn. 1 zu Art. 101.
[828] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 120; vgl. implizit auch EGGER II, Rn. 6 i.V.m. Rn. 5 zu Art. 120.
[829] Vgl. schon bei Fn. 632.

2.1.6.2 Persönlichkeitsgedanke

Zum Persönlichkeitsgedanken äusserte sich Egger vorliegend zwar nicht. Aus seiner zitierten[830] Aussage ergibt sich aber, dass er in einem polygamen System die inhärente Gefahr der *Vernachlässigung* eines Ehegatten erblickte. Folglich lehnte Egger ein solches System auch zum *Schutze* des potentiell vernachlässigten Ehegatten ab. Zu bedenken ist nämlich, dass das ZGB mit seinen Bestimmungen zum Eheschutz[831] ein Mittel für den Fall bereitstellte, dass einer der Ehegatten die Pflichten, welche ihm aus der ehelichen Gemeinschaft erwuchsen, verletzte. Zumindest *juristisch* liess sich mit einem monogamen System somit Vernachlässigungen des Ehepartners leicht entgegentreten.

2.1.7 Willensmängel als Anfechtungsgründe, Art. 124 ff. ZGB

Die Art. 124 ff. ZGB gewährten jeweils demjenigen Ehegatten ein *Anfechtungsrecht*[832], der die Ehe unter dem Einfluss eines Willensmangels – eines *Irrtums*, Art. 124 ZGB; eines *Betrugs*, Art. 125 ZGB; oder einer *Drohung*, Art. 126 ZGB – eingegangen war.[833] Verstand Egger die Eheanfechtungsmöglichkeit allgemein als „durchaus individualistisch gedacht", so galt dies für die Anfechtung wegen Willensmängeln ganz besonders.[834] Denn im Umstand, dass das ZGB eine solche Anfechtungsmöglichkeit zuliess, lag für Egger ein *Schutz der Eheschliessungsfreiheit des Einzelnen*.[835] Die Art. 124 ff. ZGB waren für Egger folglich Ausdruck des *Persönlichkeitsgedankens*. Allerdings hob Egger auch den *Gemeinschaftsgedanken* hervor. Er betonte nämlich, eine Eheanfechtung dürfe keineswegs „nach subjektiver Willkür erfolgen" – dies verbot s.E. der Charakter der Ehe als dauernde Lebensgemeinschaft.[836] Damit wies Egger auf die strengen, im Folgenden zu untersuchenden *Voraussetzungen* hin, welche die Art. 124 ff. ZGB an eine Anfechtung wegen Willensmängeln stellten.[837]

---

[830] Vgl. Text zu Fn. 827.

[831] Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.1.

[832] Die Anfechtungsklage verwirkte „mit Ablauf von sechs Monaten, nachdem der Anfechtungsgrund entdeckt worden [war] oder der Einfluss der Drohung aufgehört [hatte], und in jedem Falle mit Ablauf von fünf Jahren seit der Eheschliessung", vgl. Art. 127 ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 135 E-ZGB und 149 VE-ZGB.

[833] Anders als den übrigen Eheungültigkeitsgründen (vgl. Kapitel 2.1), kamen jenen der Art. 124 ff. ZGB eine von der Ehefähigkeit (Art. 96 ff. ZGB) bzw. den Ehehindernissen (Art. 100 ff. ZGB) unabhängige Bedeutung zu.

[834] EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.

[835] Vgl. implizit EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 126 i.V.m. Rn. 1 zu Art. 124.

[836] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 124; vgl. auch EGGER II, Rn. 2, 5, 10 f. zu Art. 124. Vgl. analog für die *Scheidung* bei Fn. 1399.

[837] Insofern zeigt sich hier eine Parallele zum *Ehescheidungsrecht* des ZGB, welches eine Ehescheidung nur aus den vom Gesetz erwähnten *Scheidungsgründen* (dazu insbes. Kapitel 5.1) zuliess; vgl. EGGER I, Anm. 4c zu Art. 124; EGGER II, Rn. 11 zu Art. 124.

Art. 124 Ziff. 1 ZGB[838] gewährte ein Anfechtungsrecht, wenn der irrende Ehegatte „die *Trauhandlung selbst*" oder „die Trauung *mit der angetrauten Person* nicht gewollt [hatte]". Diese wohl wenig praxisrelevante Regelung ist im Wesentlichen selbsterklärend und interessiert vorliegend nicht näher.[839]

Art. 124 Ziff. 2 ZGB[840] gewährte einem Ehegatten ein Anfechtungsrecht, „wenn er zur Eheschliessung bestimmt worden [war] durch einen *Irrtum über Eigenschaften* des *andern Ehegatten*, die von solcher Bedeutung [waren], dass ihm ohne ihr Vorhandensein die eheliche Gemeinschaft nicht zugemutet werden [durfte]". Aus diesem Wortlaut folgt zunächst, dass der Irrtum über Eigenschaften des andern Ehegatten bereits *zur Zeit der Eheschliessung* bestanden haben und für Letztere *kausal* – subjektiv wesentlich – gewesen sein musste.[841] Vor allem aber wird deutlich – und *dies* interessiert näher –, dass der Irrtum auch *objektiv wesentlich* sein und im *Anfechtungszeitpunkt* so fortwirken musste, dass das Weiterbestehen der ehelichen Gemeinschaft für den anfechtenden Ehegatten *unzumutbar*[842] war.[843]

Mit Blick auf die *objektive Wesentlichkeit* des Eigenschaftsirrtums betonte Egger in beiden Kommentarauflagen, erfasst seien nur *persönliche Eigenschaften* des *andern Ehegatten* – also weder dessen Vermögensverhältnisse noch Eigenschaften von dessen Angehörigen. [844] Darauf hatte auch schon Huber nachdrücklich hingewiesen. [845] Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung bemerkte Egger in der *Erstauflage* abstrakt, Art. 124 Ziff. 2 ZGB verlange Gründe, welche

> „mit Rücksicht auf die Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit und das Wesen der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung der eingegangenen Ehe rechtfertigen"[846],

wobei er an anderer Stelle näher ausführte, der Irrtum müsse

> „Eigenschaften betreffen, die so erheblich sind, daß ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein den Bestand und das Gedeihen einer ehelichen Gemeinschaft ernstlich zu

---

[838] Materiell übereinstimmend Art. 132 Ziff. 1, 2 E-ZGB. Art. 146 VE-ZGB nannte nur den Personenirrtum.

[839] Vgl. dazu direkt EGGER I, Anm. 2, 3 zu Art. 124; EGGER II, Rn. 3, 4 zu Art. 124; Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331).

[840] Art. 132 Ziff. 3 E-ZGB und Art. 146 VE-ZGB stimmten materiell mit Art. 124 Ziff. 2 ZGB überein, sprachen aber explizit von einem Irrtum über „*persönlich[e]* Eigenschaften".

[841] EGGER I, Anm. 4b-4d zu Art. 124; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 124; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331).

[842] Das Unzumutbarkeitserfordernis begründete Egger in der Zweitauflage näher mit der Überlegung, dass „zwischen Eheschließung und Anfechtung die Tatsache der aufgenommenen Lebensgemeinschaft [liegt]. […] Es bedarf [sc. deshalb] […] noch der Prüfung, ob sich heute noch die Anfechtung rechtfertigt […]. Das ist nur dann der Fall, wenn dem Irrenden nach Aufdeckung des Irrtums die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf"; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 124.

[843] Vgl. auch EGGER I, Anm. 4b, 4c zu Art. 124; EGGER II, Rn. 7 ff., 10 f. zu Art. 124; Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331).

[844] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 124; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 124.

[845] Vgl. Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 526, 532.

[846] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 124.

gefährden geeignet ist“[847].

Diese Grundvorstellung entspricht, wie noch gezeigt wird, der *Zweitauflage*, wo Egger die objektive Wesentlichkeit anhand von „ehewesentliche[n] Eigenschaften“ begründete – also Eigenschaften, die „nach der allgemeinen Auffassung als eine notwendige Grundlage der Eheschließung betrachtet werden […]“.[848] Konkret berechtigten nach Eggers Ansicht etwa die Staats- und Religionsangehörigkeit zur Eheanfechtung.[849] In der *Erstauflage* führte Egger ferner den *Charakter* des Ehepartners an:

> „Trunksucht […], Morphiumsucht, Verschwendungssucht, Arbeitsscheu, lasterhafte Neigungen oder andere dauernde geistige Anomalien, gemeine, niedrige oder verbrecherische Gesinnung. Weil sich diese letztere in Handlungen äußert, ist das Vorleben zu berücksichtigen: Leben als Hochstapler, Bestrafungen als Dieb, Betrüger. […]“[850]

Diesbezüglich vertrat Egger in der *Zweitauflage* eine restriktivere Ansicht:

> „Er [sc. der Irrtum] muß sich wie in OR. Art. 24 Ziff. 3 (Grundlagenirrtum) auf einen bestimmten Sachverhalt beziehen und nicht bloß auf Meinungen, Erwartungen, Werturteile. Es gibt […] im vorneherein *keine* Berufung auf Irrtum über *Charaktereigenschaften*. Denn […] jeder muß mit der Möglichkeit rechnen, daß sich das Bild, das er sich vom Partner und dessen Charakter macht, mit der Wirklichkeit nicht deckt. Es gehört geradezu zu den Aufgaben der Ehegatten, daß sie auch bei schwierigen persönlichen Eigenschaften um die Begründung wahrer Gemeinschaft ringen. – Dagegen kann ein Irrtum auch dann vorliegen, wenn zwar die einzelnen Erscheinungen bekannt sind (die Absonderlichkeiten, der Husten, das Fieber, die Trunkfälligkeit), nicht aber ihre *Bedeutung als Symptome einer Krankheit* oder die *Art und Schwere der Krankheit*, insb. ihre Unheilbarkeit […].“[851]

In der Zweitauflage schränkte Egger also mit Blick auf das Wesen der Ehe als vollständige, dauernde Lebensgemeinschaft, bei welcher beide Ehegatten „um die Begründung wahrer Gemeinschaft ringen“ müssten – d.h. mit Blick auf den *Gemeinschaftsgedanken* – die *Irrtums*anfechtung[852] wegen Charaktereigenschaften des andern Ehegatten ein.[853] Diese Einschränkung sollte s.E. allerdings dann nicht gelten, wenn die fraglichen Chraktereigenschaften im Zusammenhang mit einer Krankheit standen.
An diesem zentralen Punkt treffen beide Kommentarauflagen wieder aufeinander: Zur Eheanfechtung berechtigende *persönliche Eigenschaften* stellten nämlich für Egger

---

[847] EGGER I, Anm. 4c zu Art. 124.
[848] EGGER II, Rn. 2, 7 zu Art. 124.
[849] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 124; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 124.
[850] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 124.
[851] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 124.
[852] Möglich war, vgl. EGGER II, Rn. 5 zu Art. 124, u.U. aber die *Betrugs*anfechtung i.S.v. Art. 125 Ziff. 1 ZGB (s. Kapitel 2.1.7.2) S. dazu EGGER II, Rn. 2 zu Art. 125: „Die Täuschung kann unmittelbar die Ehrenhaftigkeit selbst betreffen. Vorgetäuscht werden ein guter Ruf, Unbescholtenheit, tadelloses Vorleben, während der Lebenswandel ein unehrenhafter, unzüchtiger (315), lasterhafter (370), verbrecherischer gewesen ist. Die Täuschung kann aber auch irgendwelche andere Umstände betreffen, wenn alsdann die Täuschung selbst eine unehrenahfte Gesinnung verrät.“
[853] Diese Ansicht hatte offenbar auch Huber vertreten, vgl. Prot., S. 149 f. (= BeK III, Rn. 1280).

– wie schon für Huber[854] – auch *„körperliche Eigenschaften"* dar.[855] Darunter subsumierte Egger insbesondere[856] gewisse – freilich im Zeitpunkt der Eheschliessung bereits vorhandene sowie im Zeitpunkt der Eheanfechtung fortwirkende, also nicht behobene – *körperliche Gebrechen* bzw. *Krankheiten*.[857]
In der *Erstauflage* machte Egger dazu folgenden Hinweis, aus welchem sich nicht nur die Konstellationen ergeben, bei denen Egger von einer objektiven Wesentlichkeit des Irrtums ausging, sondern implizit auch, dass Egger in diesen Konstellationen i.d.R. *zugleich* eine *Unzumutbarkeit der Fortsetzung* der ehelichen Gemeinschaft – eine Unzumutbarkeit des „Verharren[s] in der Ehe" – annahm:[858]

> „Zur Anfechtung berechtigen nur *ernste, schwere,* zumeist wohl auch nur *langdauernde Krankheiten*. Die *Wesentlichkeit […] des Irrtums* wird insbesondere vorliegen […]:
> wenn das Leiden ein *schweres und unheilbares*[859] ist,
> wenn die Krankheit eine *Ehe im biologischen Sinne unmöglich macht*: Impotenz und Vaginismus. […] Besonders muß aber auch die *Unfähigkeit zur Fortpflanzung* bei erhaltener Kohabitationsfähigkeit als Anfechtungsgrund anerkannt werden […]. Insbesondere bei einer durch Gonorrhoe erworbenen Azoospermie des Mannes […] die Anfechtung auszuschließen, läßt sich doch schlechterdings nicht rechtfertigen.
> wenn die Krankheit eine *ernste Ansteckungs- und Vererbungsgefahr* bietet (Art. 125, Ziff. 2),
> wenn die Krankheit eine ekelerregende ist oder sich sonst in einer Weise äußert, welche den andern Ehegatten mit Widerwillen und Abscheu erfüllt und dadurch die *eheliche Gemeinschaft erschwert oder verunmöglicht* […].
> […] Besondere Bedeutung erhält die Frage der Anfechtbarkeit mit Rücksicht auf *verbreitete Volksseuchen*. Der gesetzgebungspolitische Grund, der zum absoluten Verbot der Eheschliessung Geisteskranker[860] geführt hat, liegt auch den Bestimmungen der Art. 124 und 125 zu Grunde.
> Das gilt besonders für die *Tuberkulose*. […]"[861]

Im Fortgang erwähnte Egger auch spezifisch *Geschlechtskrankheiten* und bemerkte, dass nicht nur Syphilis „die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft" unzumutbar mache, sondern

---

[854] Vgl. Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331); Prot., S. 143, 149 (= BeK III, Rn. 1229, 1280).
[855] EGGER I, Anm. 4a, 5 zu Art. 124; EGGER II, Rn. 6, 7 ff., 10 f. zu Art. 124.
[856] Als Anfechtungsgründe nannte Egger auch „Schwangerschaft der Ehefrau infolge Geschlechtsverkehrs mit einem andern Mann, mangelnde Virginität der Frau", wohingegen „unbestritten [ist], daß ein vorehelicher Umgang des Mannes anders […] zu beurteilen und Anfechtbarkeit wegen Irrtums nicht gegeben (wohl aber unter Umständen wegen Betruges möglich) sei"; EGGER I, Anm. 5a zu Art. 124; vgl. auch EGGER II, Rn. 9 zu Art. 124.
[857] Vgl. bei Fn. 855.
[858] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 124.
[859] Entgegen dem Wortlaut dieser Aussage ist m.E. zu vermuten, dass Egger den *blossen Umstand* der Schwere bzw. der Unheilbarkeit einer Krankheit als Anfechtungsgrund nicht genügen liess, sondern vielmehr zusätzlich verlangte, dass die fragliche Krankheit (vgl. den Fortgang der Aussage) „die eheliche Gemeinschaft erschwert oder verunmöglicht". Diese Vermutung drängt sich nicht nur aufgrund des Kontexts der Aussage, sondern auch aufgrund des von Egger betonten Charakters der Ehe als dauernder Lebensgemeinschaft auf.
[860] Vgl. dazu auch den Hinweis in Fn. 779.
[861] EGGER I, Anm. 5b zu Art. 124.

„daß auch die Gonorrhoe (Tripper) die *eheliche Gemeinschaft*, die *Gesundheit des andern Ehegatten* (also zumeist der Frau) und die *Fortpflanzung* (durch Verursachung der Unfruchtbarkeit) in hohem Maße *gefährden*, so daß auch sie zur Anfechtbarkeit führt […]".[862]

All diese Aussagen aus der *Erstauflage* machen deutlich, dass Egger körperliche Eigenschaften einerseits dann als Anfechtungsgrund begriff, wenn diese Eigenschaften mit Blick *„auf das Wesen und die Zwecke der Ehe"*[863] – also mit Blick den *eng verstandenen Gemeinschaftsgedanken* – von Bedeutung waren: War die Krankheit eines Ehegatten eine „ekelerregende" bzw. erfüllte sie den Ehepartner mit „Widerwillen und Abscheu", und wurde *deshalb* die „eheliche Gemeinschaft erschwert oder verunmöglicht", sprach sich Egger für die Anfechtbarkeit aus. Diese Ansicht hatte auch schon Huber vertreten, der etwa „geschlechtliche Missbildung, andauernde ekelerregende Krankheit" als (i.d.R.) legitime Anfechtungsgründe bezeichnet hatte, bei deren Vorhandensein „das *eheliche Leben* dem Irrenden nicht zugemutet werden kann".[864] Als Eigenschaften, die ein Ehegatte aufzuweisen hatte, verstand Egger offenkundig auch die Fähigkeiten, den Geschlechtsverkehr auszuüben und sich fortzupflanzen. Fehlte eine dieser Eigenschaften, begründete dies s.E. folglich ein Anfechtungsrecht. Auch schon Huber hatte die „Impotenz" als Anfechtungsgrund erwähnt.[865]

Andererseits zeigen die zitierten[866] Aussagen aus der *Erstauflage*, dass nach Eggers Ansicht Krankheiten dann ein Anfechtungsrecht begründeten, wenn sie eine Ansteckungs- bzw. Vererbungsgefahr aufwiesen – wenn sie also Gefahren für die Gesundheit des andern Ehegatten bzw. der Nachkommen bedeuteten. Insofern legitimierte Egger das Anfechtungsrecht auch mit dem *Schutz der Persönlichkeit* der gefährdeten Personen; er argumentierte also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.[867] Da dieser Aspekt aber zugleich, wie beim Eheverbot für „Geisteskranke" – auf welches Egger denn auch explizit verwies – schon dargestellt wurde, indirekt auf die „Gesunderhaltung des Volkes" abzielte, spielten für Egger auch Allgemeininteressen als *weit verstandenem Gemeinschaftsgedanken* eine Rolle.[868] An anderer Stelle bemerkte er sogar:

„Mit den Anfechtungen aus Art. 124 Ziff. 2 und 125 Ziff. 2 wird die Geltendmachung von Mängeln dem Individuum überwiegend nur darum überlassen, weil der Gesetzgeber es noch nicht wagen durfte, weitergehende präventive Zwangsvorschriften aufzustellen. Es muß dahingestellt bleiben, ob nicht in einer künftigen Entwicklung das Eherecht noch stärker von publizistischen Gesichtspunkten erfüllt und der Staat im Interesse der *Gesunderhaltung des Volkes* und der *Bekämpfung der Volksseuchen* weitere

[862] EGGER I, Anm. 5d zu Art. 124.
[863] Vgl. so bei EGGER I, Anm. 5a zu Art. 124, vgl. auch Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.
[864] Erl. Bd. I, S. 137 (= BeK II, Rn. 331); vgl. auch Prot., S. 149 (= BeK III, Rn. 1280).
[865] Vgl. Prot., S. 143 (= BeK III, Rn. 1229), vgl. auch S. 149 f. (= BeK III, Rn. 1280 ff.).
[866] Bei Fn. 861 und 862.
[867] Vgl. Kapitel 2.1.4.1.2, 2.1.4.2.1.
[868] Vgl. Kapitel 2.1.4.1.1, 2.1.4.2.2; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.

zwingende Eheerfordernisse und Eheverbote aufstellen werde […].“[869]

Wie schon im Zusammenhang mit dem Eheverbot für „Geisteskranke“[870], zeigt sich also auch vorliegend, dass Egger in der Erstauflage mit Rücksicht auf *Allgemeininteressen* der Statuierung weiterer Nichtigkeitsgründe nicht abgeneigt war. Deutlich zeigt sich hier[871] wiederum die abweichende Haltung Hubers, der (im Zusammenhang mit der Betrugsanfechtung i.S.v. Art. 125 Ziff. 2 ZGB) bemerkt hatte:

> „Man wird hier namentlich an syphilitische Erkrankungen denken. Medizinische Sachverständige befürworten diese Ausdehnung unter Berufung auf das *grosse Elend*, das die Fortführung der Ehe unter solchen Umständen den *Ehegatten und den Kindern* bereiten kann. Sie *verlangen* sogar, dass hieraus ein *Nichtigkeitsgrund* gemacht werde, was der Entwurf [sc. VE-ZGB] aber aus der Erwägung ablehnt, dass auch solche unglückliche Kranke der Ehe sollen teilhaftig werden können, sobald der andere Ehegatte dieses Elend *bewusst auf sich nimmt* und nicht unter arglistiger Täuschung zu der Ehe verleitet worden ist, die er bei Kenntnis der Verhältnisse niemals eingegangen hätte.“[872]

In dieser Aussage hatte Huber also klargestellt, dass körperliche Krankheiten zwar einen Eheanfechtungsgrund sollen abgeben können, grundsätzlich aber nicht einen Ehenichtigkeitsgrund. Dies zeigt, dass Huber die Individualinteressen der Ehegatten an der Aufrechterhaltung ihrer Ehe höher gewichtet hatte als die Allgemeininteressen. In der *Zweitauflage* hielt Egger eine Anfechtung wegen „ehewesentliche[r] Eigenschaften“ für möglich.[873] Dabei betonte er mit Blick auf die objektive Wesentlichkeit zunächst, dass „Krankheiten grundsätzlich so wenig ein Anfechtungs- wie ein Scheidungsrecht [begründen]“ – doch gelte das Gegenteil, wenn die „schweren unheilbaren Krankheiten“ (wobei er gerade Geschlechtskrankheiten[874] im Blick hatte) „ansteckend oder vererblich sind und somit eine ernste *Gefahr* für den *Ehegatten* oder die *Kinder* bedeuten“.[875] Diesfalls war die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft für Egger zugleich *unzumutbar*.[876] Diese Ansicht entsprach somit der Erstauflage.[877] Ebenfalls zur Anfechtung berechtigten nach Eggers in der Zweitauflage geäusserten Ansicht „körperlich[e] Gebrechen, welche die Ehe im biologischen Sinne unmöglich machen“, wie „Impotenz“ und „Vaginismus“.[878] Diese Fälle erwähnte Egger schon in der Erstauflage.[879] Doch weicht die Zweitauflage insofern von der Erstauflage ab,

---

[869] EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 120 ff.
[870] Vgl. nur Eggers Aussage im Text zu Fn. 771.
[871] Vgl. schon Hubers Aussagen in den Texten zu Fn. 775 und 777.
[872] Erl. Bd. I, S. 138 (= BeK II, Rn. 332).
[873] Vgl. bei Fn. 848.
[874] Anders als in der Erstauflage (vgl. Text zu Fn. 861 a.E.) zählte er die Tuberkulose hier „grundsätzlich“ nicht mehr darunter, „da man sich gegen deren Übertragung schützen kann […]“; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 124.
[875] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 124, vgl. auch Rn. 7 f. zu Art. 124.
[876] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 124.
[877] Vgl. Text zu Fn. 867.
[878] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 124.
[879] Vgl. Text zu Fn. 861. Da Egger hier in der Zweitauflage das Anfechtungsrecht also nach wie vor auch mit Rücksicht auf die eheliche Gemeinschaft – dem *eng verstandenen Gemeinschaftsgedanken* – legitimierte, erscheint naheliegend, dass er die (hier nicht mehr erwähnten) „ekelerrgende[n]“ Krankheiten, welche die

als Egger in jener die „Unfähigkeit der Fortpflanzung“ nicht mehr als Anfechtungsgrund anerkannte:[880]

> „Diese Lösung [sc. *keine* Anfechtbarkeit] wird gerade heute von einer mächtigen Strömung bekämpft, unter Berufung auf die *kollektive Bedeutung der Ehe* und die Pflichten der Ehegatten gegen die Gemeinschaft (Einl. N. 23[881]). Ein Wandel scheint wohl für den Fall geboten, daß die Ehefrau unter der durch Azoospermie des Mannes bedingten Kinderlosigkeit schwer leidet.“[882]

Eggers Hinweis in dieser Aussage auf die „kollektive Bedeutung der Ehe“ ist zunächst vor dem Hintergrund zu sehen, dass Egger der Ehe die Aufgabe zur „Erhaltung des menschlichen Geschlechtes“ zusprach.[883] Diese Aufgabe konnte eine Ehe, in welcher mindestens einer der Ehegatten unfruchtbar war, selbstredend nicht erfüllen. Dadurch, dass sich Egger in der Zweitauflage für diesen Fall aber dezidiert *gegen* die Anfechtungsmöglichkeit aussprach, machte er nicht nur deutlich, dass er das Allgemeininteresse an der „Erhaltung des menschlichen Geschlechtes“ einer – gerade auch zwischen unfruchtbaren Ehegatten – geschlossenen Ehe unterordnete, sondern insbesondere auch, dass er das nationalsozialistische Eheverständnis[884] ablehnte. Wie Eggers Zitat belegt, konnte sich Egger in bestimmten Fällen ein Anfechtungsrecht bei Unfähigkeit zur Fortpflanzung zwar durchaus vorstellen; dies begründete Egger aber mit der – dem *Persönlichkeitsgedanken* Rechnung tragenden – Überlegung, dass die *Ehefrau* an „der durch Azoospermie des Mannes bedingten Kinderlosigkeit schwer *leidet*“.

2.1.7.2 Betrug, Art. 125 ZGB

Art. 125 Ziff. 1 ZGB[885] gewährte einem Ehegatten ein Anfechtungsrecht, wenn er „durch den andern oder mit dessen Vorwissen durch einen Dritten arglistig über die *Ehrenhaftigkeit*[886] des andern Ehegatten getäuscht und dadurch zur Eheschliessung bestimmt worden [war]“.
Art. 125 Ziff. 2 ZGB[887] gewährte zudem ein Anfechtungsrecht, „wenn ihm eine *Krankheit* verheimlicht worden [war], die die *Gesundheit des Klägers* oder der

---

„eheliche Gemeinschaft erschwert[en] oder verunmöglicht[en]“, immer noch als Anfechtungsgründe anerkannte.

[880] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 124.

[881] Diese Stelle wird zit. bei Fn. 795.

[882] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 124.

[883] Vgl. Fn. 604.

[884] Vgl. bei Fn. 799.

[885] Art. 133 Ziff. 1 E-ZGB und Art. 147 VE-ZGB nannten zudem die Täuschung „über die Familie […] des andern Ehegatten“. Ansonsten stimmten diese Regelungen materiell mit Art. 125 Ziff. 1 ZGB überein.

[886] Egger fasste diesen Begriff weit: „Sie [sc. die arglistige Täuschung] kann irgendwelche Umstände betreffen: Die Zustimmung der Eltern zur Verehelichung, das Vorhandensein vorehelicher Kinder (des Mannes) […] unter Umständen selbst Vermögensverhältnisse […]. Erforderlich ist nur […], daß die Täuschung eine *unehrenhafte Gesinnung* beweist: Skrupellosigkeit, betrügerischen Sinn, Mangel des Verantwortlichkeitsgefühles“; EGGER I, Anm. 3 zu Art. 125; ebenso EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 125 – vgl. insofern auch Fn. 852.

[887] Identisch Art. 133 Ziff. 2 E-ZGB und Art. 147 VE-ZGB a.E.

Nachkommen in *hohem Mass [gefährdete]*".
Bei beiden in Art. 125 ZGB genannten Konstellationen verlangte Egger sowohl in der Erst- als auch in der Zweitauflage zunächst eine *vorsätzliche Täuschung*, die beim Getäuschten einen für die Eheschliessung *kausalen* – subjektiv wesentlichen – *Irrtum* erzeugte.[888] Diese Ansicht entsprach derjenigen von Huber, welcher die Betrugsanfechtung als Irrtumsanfechtung qualifiziert hatte, bei welcher der Irrtum „betrügerlicherweise hervorgerufen worden ist".[889] Im Hinblick auf Krankheiten i.S.v. Art. 125 Ziff. 2 ZGB[890] mass Egger der Täuschung durch Unterlassen besondere Relevanz zu: Einem Ehegatten, der schon im Eheschliessungszeitpunkt und noch im Anfechtungszeitpunkt an einer solchen Krankheit litt und über diesen Umstand in Kenntnis war bzw. sein musste, auferlegte Egger nämlich eine *Aufklärungspflicht*.[891] Diese Pflicht leitete Egger in der *Erstauflage* einerseits aus dem „Wesen der Ehe als einer vollständigen Lebensgemeinschaft" sowie der „Bedeutung, die ihr nach der Auffassung des Gesetzes zukommt", und andererseits aus dem „Schutz der Persönlichkeit (Art. 28)" ab.[892] In der *Zweitauflage* ergab sich die Aufklärungspflicht s.E. dagegen schon „aus Ziff. 2 selbst", zumal dieser Bestimmung „eine Redepflicht zu Grunde [liegt]".[893]
Abweichungen zwischen den beiden Kommentarauflagen ergeben sich insofern, als dass Egger in der *Erstauflage* einen – i.S.v. Art. *124* Ziff. 2 ZGB – *objektiv* wesentlichen Irrtum voraussetzte sowie auch die *Unzumutbarkeit der Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses* verlangte.[894] Demgegenüber stellte Egger in der *Zweitauflage* klar, wenn „in einer Täuschung an sich schon eine Mißachtung des Getäuschten" liege, so treffe dies erst recht zu, „wenn es sich um die Eingehung einer Ehe handelt", verlange doch „die Eheschließung Loyalität und Aufrichtigkeit der beiden Partner".[895] Daraus zog Egger hier den Schluss, ein *objektiv* wesentlicher Irrtum sei nicht nötig.[896] Damit lag die Zweitauflage auf der Linie Hubers, welcher die Ansicht vertreten hatte, dass die Betrugsanfechtung im Vergleich zur Irrtumsanfechtung geringere Anforderungen an den Irrtum stellte, zumal „der Irrtum sich nur auf minder wichtige Momente zu

---

[888] Egger bemerkte, Art. 125 ZGB gehe „im Grunde genommen nicht über das in Art. 124 liegende Prinzip hinaus". Dass das ZGB den Betrug dennoch als eigenen Anfechtungsgrund nannte, begründete Egger letztlich mit der Überlegung, dass den betrügenden Ehegatten ein *Verschulden* i.S.d. (auf die Eheungültigkeit anwendbaren) Scheidungsrechts traf, was u.a. *Genugtuungsfolgen* auslösen konnte, Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 151 Abs. 2 ZGB; vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 125; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 125.
[889] Erl. Bd. I, S. 138 (= BeK II, Rn. 332).
[890] Da diesem Anfechtungsgrund dieselben Überlegungen wie jenem des Art. 124 Ziff. 2 ZGB zugrundelagen, wird auf das in Kapitel 2.1.7.1 Gesagte verwiesen.
[891] EGGER I, Anm. 4 i.V.m. Anm. 2b zu Art. 125; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 125.
[892] EGGER I, Anm. 4c zu Art. 125.
[893] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 125.
[894] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 125, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 125.
[895] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 125.
[896] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 125.

beziehen brauche".[897] Sodann konstatierte Egger in der Zweitauflage, mit der Täuschung selbst sei eine Unzumutbarkeit[898] der Fortsetzung der Ehe bereits gegeben.[899]

2.1.7.3 Drohung, Art. 126 ZGB

Art. 126 ZGB[900] gewährte einem Ehegatten ein Anfechtungsrecht, „wenn er zur Eheschliessung nur eingewilligt [hatte] infolge der Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm naheverbundenen Person".[901]
Diese Anfechtungsmöglichkeit legitimierte Egger[902] explizit mit dem „Schutz der Eheschließungsfreiheit" – also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*. S.E. lag nämlich „die gefährlichste Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit […] im Zwang":[903]

> „Die Anfechtung wegen Drohung wird wegen der besondern Gefährlichkeit dieser Art der *Willensbeeinflussung* […] in besonders weitem Umfange zugelassen […]".[904]

Einen Ehegatten, der die Ehe unter dem Einfluss einer Drohung eingegangen war, betrachtete Egger folglich als in seiner Willensbildung beeinträchtigt – ein Umstand, welcher sich mit der Eheanfechtung nach vorliegender Norm korrigieren liess.

2.2 Ausschluss der Eheungültigkeit

Unter der Marginalie „Ausschluss der Ungültigkeit" nannte das Gesetz in den Art. 129-131 ZGB Situationen, bei denen eine *trotz Bestehens bestimmter Ehehindernisse* i.S.v. Art. 100 ff. ZGB geschlossene Ehe weder nichtig erklärt noch angefochten werden konnte – die *Eheungültigkeit* eben *ausgeschlossen* war. Egger konstatierte, durch die Schliessung solcher Ehen würden lediglich „nichtzwingende Vorschriften" verletzt – bloss „aufschiebende" (und nicht „trennende"[905]) Ehehindernisse missachtet.[906] Zwar seien solche Ehen „fehlerhaf[t]"; ihre Gültigkeit werde dadurch indes

---

[897] Prot., S. 149 f. (= BeK III, Rn. 1281 f.); vgl. auch Erl. Bd. I, S. 138 (= BeK II, Rn. 332). Anders als bei der Irrtumsanfechtung (vgl. bei Fn. 844), durften nach Hubers Ansicht daher bei der Betrugsanfechtung auch Irrtümer über *„Familienverbindungen"* u. dgl. berücksichtigt werden; vgl. a.a.O.
[898] Ohnehin besteht im Ergebnis kein Unterschied zur Erstauflage: Im Zusammenhang mit *Art. 124 Ziff. 2 ZGB* nahm Egger (nur dann) eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe an, wenn eine Krankheit den andern Ehegatten bzw. die Nachkommen gefährdete – und bei Art. 125 Ziff. 2 ZGB schloss Egger eine Betrugsanfechtung aus, wenn die fragliche Krankheit „jetzt" (d.h. im Anfechtungszeitpunkt) „geheilt ist oder doch für Ehegatten und Kinder keine Gefahren mehr bietet"; EGGER II, Rn. 10 f. zu Art. 124, Rn. 3 zu Art. 125.
[899] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 125.
[900] Wörtlich fast identisch Art. 134 E-ZGB und Art. 148 VE-ZGB.
[901] Für die Voraussetzungen im Einzelnen vgl. direkt EGGER I, Anm. 2 zu Art. 126; EGGER II, Komm. zu Art. 126.
[902] Für Hubers knappe Ausführungen zur Sache vgl. Erl. Bd. I, S. 138 (= BeK II, Rn. 333).
[903] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 126; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 124.
[904] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 126; vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 126.
[905] Diese führten aufgrund der Verletzung „*zwingender* Vorschriften" zur *Eheungültigkeit* – dazu Kapitel 2.1.
[906] EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 120 ff., Anm. 1 zu Art. 129, Anm. zu Art. 130, vgl. auch Anm. 3 zu Art. 131; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 120, Rn. 1 zu Art. 129/130, Rn. 1 zu Art. 131.

nicht tangiert.[907]
Die konzeptionelle Parallele bei all diesen Konstellationen lag für Egger darin, dass den fraglichen

> „Ehehindernissen *nicht eine solche Bedeutung* [zukommt], daß sich die *Ungültigerklärung der Ehe rechtfertigen* ließe".[908]

Egger argumentierte folglich mit dem Grundsatz *favor matrimonii* – der Respektierung einer bereits geschlossenen Ehe durch das Recht.[909] Damit zeigt sich, dass Egger die Legitimation der Art. 129-131 ZGB einerseits im *Persönlichkeitsgedanken* – nämlich in der Anerkennung des von den Ehegatten seinerzeit frei getroffenen Entschlusses, eine Ehe einzugehen – sowie andererseits im *Gemeinschaftsgedanken* – dem Erhalt des Bestandes der ehelichen Gemeinschaft – erblickte. Nach Eggers Ansicht gewichtete das ZGB diese *beiden Interessenssphären* also *höher* als die *Motive*, welche hinter den fraglichen und im Folgenden darzustellenden Ehehindernissen standen.[910]
Huber hatte sich zu dieser Thematik zwar nicht näher geäussert – aus seinen Ausführungen ergibt sich aber, dass er den Ausschluss der Eheungültigkeit konzeptionell als *Ausnahme vom Grundsatz* betrachtete, dass das Vorliegen von Ehehindernissen zur Eheungültigkeit führte.[911]

2.2.1 Bestehen eines Adoptivverhältnisses, Art. 129 Abs. 1 i.V.m. Art. 100 Ziff. 3 ZGB

Art. 129 Abs. 1[912] ZGB[913] schloss die Ungültigerklärung der trotz Bestehens eines Adoptivverhältnisses geschlossenen Ehe aus. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des Art. 100 Ziff. 3 ZGB[914] zu sehen, welcher die Eheschliessung „zwischen dem angenommenen Kinde und dem Annehmenden oder zwischen einem von diesen und dem Ehegatten des andern" untersagte.
Das Motiv für das in Art. 100 Ziff. 3 ZGB statuierte Eheverbot erblickte Egger darin, dass „die Adoption ein Pietätsverhältnis wie die Schwägerschaft und Stiefkinderschaft[915] [bewirkt]".[916] Die bei dieser Argumentation offen bleibende Frage, weshalb das Adoptivverhältnis ein aufschiebendes Ehehindernis, die Schwäger- bzw. Stiefkindschaft dagegen ein trennendes Ehehindernis (gar einen Nichtigkeitsgrund) darstellte, beantwortete Egger mit dem Hinweis auf die jederzeitige Möglichkeit zur

---

[907] Vgl. bei Fn. 906.
[908] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 129/130; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 120 ff.
[909] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 131, Rn. 1 zu Art. 129/130; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 131. Egger bezeichnete die Art. 129 ff. ZGB denn auch als *liberale* Regelungen; EGGER I, Vorbem. 1b zu Art. 120 ff.
[910] Vgl. schon bei Fn. 908.
[911] Vgl. Erl. Bd. I, S. 139 i.V.m. S. 136 ff. (= BeK II, Rn. 337 i.V.m. Rn. 328 ff.).
[912] Gemäss Art. 129 Abs. 2 ZGB „[wurde] die Kindesannahme durch die Trauung aufgehoben". Identisch Art. 137 Abs. 2 E-ZGB und Art. 151 Abs. 2 VE-ZGB.
[913] Materiell übereinstimmend Art. 137 E-ZGB und Art. 151 VE-ZGB.
[914] Materiell übereinstimmend Art. 108 Ziff. 3 E-ZGB und Art. 119 Alt. 3 VE-ZGB.
[915] Vgl. bei Fn. 809.
[916] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 100; vgl. auch EGGER II, Rn. 8 zu Art. 100.

Aufhebung des Adoptivverhältnisses, Art. 269 ZGB[917], – während die Schwägerschaft unaufhebbar war, Art. 21 Abs. 2 ZGB.[918] Diese Argumentation findet sich auch schon bei Huber.[919]

2.2.2 Nichteinhaltung von Wartefristen, Art. 130 ZGB

Art. 130 ZGB [920] schloss die Ungültigerklärung einer Ehe aus, wenn Letztere „vor Ablauf der gesetzlichen oder vom Richter auferlegten Wartefrist eingegangen worden [war]". Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das ZGB für *Frauen* und *Geschiedene* bestimmte Wartefristen statuierte:

2.2.2.1 Wartefrist für Frauen, Art. 103 Abs. 1 ZGB

Art. 103 Abs. 1 ZGB[921] untersagte es „Witwen und Frauen, deren Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt worden [war], […] vor Ablauf von *dreihundert Tagen* nach der Auflösung oder Ungültigerklärung der früheren Ehe eine neue Ehe" einzugehen.
Egger stellte fest, diese Wartefrist bezwecke, „*Ungewißheiten über die Vaterschaft* zu verhüten und *zweifelhafte Familienstandsverhältnisse* zu verunmöglichen".[922] Diesen Standpunkt folgerte Egger letztlich aus Art. 252 ZGB, wonach ein Kind, das „während der Ehe oder innerhalb einer Frist von *dreihundert Tagen* nach Auflösung der Ehe geboren [war], […] *für ehelich [galt]*".[923] Aus der *ratio legis* der Wartefrist leitete Egger (und implizit schon Huber) die gesetzlichen Ausnahmen derselben ab:[924] Gemäss Art. 103 Abs. 2 ZGB[925] endigte die Frist mit dem *Eintritt einer Geburt*, und gemäss Art. 103 Abs. 3 ZGB[926] „[konnte] der Richter die Frist abkürzen, wenn eine *Schwangerschaft* der Frau aus der früheren Ehe *ausgeschlossen* [war], sowie wenn *geschiedene Ehegatten* sich wieder *miteinander* [verheirateten]".

---

[917] Dazu Kapitel II.a.3.2.2; beachte ferner Fn. 912.
[918] Vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 129/130.
[919] Vgl. Erl. Bd. I, S. 133 (= BeK II, Rn. 321).
[920] Identisch Art. 138 E-ZGB; wörtlich fast identisch Art. 152 VE-ZGB.
[921] Identisch Art. 111 Abs. 1 E-ZGB und Art. 122 Abs. 1 VE-ZGB.
[922] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 103, vgl. auch Anm. 2b zu Art. 103; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 103.
[923] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 103; implizit bereits EGGER I, Anm. 1b zu Art. 103.
[924] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 103; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 103; Erl. Bd. I, S. 315 (= BeK II, Rn. 324); StenBull NR 1905, S. 498.
[925] Identisch Art. 111 Abs. 2 E-ZGB und Art. 122 Abs. 2 VE-ZGB (Letzterer erwähnte auch die „Fehlgeburt").
[926] Identisch Art. 111 Abs. 3 E-ZGB. Art. 122 Abs. 3 VE-ZGB erwähnte zwar die Wiederverheiratung nicht explizit – dafür aber (lediglich dem *Wortlaute* nach weitgehender – s. nämlich Prot., S. 126 f. (= BeK III, Rn. 1089 f.)) den Fall, dass „aus andern Gründen die Abkürzung geboten erscheint".

2.2.2.2 Wartefrist für Geschiedene, Art. 150 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 ZGB

Gemäss Art. 104 Abs. 1 ZGB[927] „[durfte] ein geschiedener Ehegatte während der ihm auferlegten Wartefrist[928] eine neue Ehe nicht eingehen". Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Art. 150 Abs. 1 ZGB[929] zu sehen, wonach der Richter im Falle einer Scheidung „dem *schuldigen*[930] Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs auf ein bis drei Jahre zu untersagen" hatte.[931]

Zu diesen *„Strafwartefristen"*[932] äusserte sich Egger in der *Erstauflage* dergestalt, dass er die gemeinhin angeführten Argumente zusammentrug, die *für*[933] und *gegen*[934] solche Wartefristen sprachen. Seine persönliche Position machte er indes nicht deutlich. Dasselbe Bild ergibt sich aus der *Zweitauflage* – bei welcher aber immerhin vermutet werden kann, dass Egger die Wartefristen letztlich als eine „im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Maßnahme" verstand.[935] Damit ist anzunehmen, dass Egger überwiegend den Argumenten folgte, die er als *für*[936] die Wartefristen sprechend aufzählte.

Damit entsprach Eggers Position derjenigen von Huber: Art. 173 VE-ZGB hatte ursprünglich nur beim *Ehebruch* eine Wartefrist des *schuldigen Ehegatten* vorgesehen – was einen Unterschied zu einigen früheren kantonalen Rechten bedeutete, die ein

---

927 Materiell übereinstimmend Art. 112 E-ZGB und Art. 123 VE-ZGB.

928 Zur Abkürzung der Frist bei Wiederverheiratung der Ehegatten miteinander vgl. Art. 104 Abs. 2 ZGB. Eine solche Abkürzungsmöglichkeit sahen der E-ZGB und VE-ZGB nicht vor.

929 Materiell übereinstimmend Art. 157 E-ZGB. Abw. aber Art. 173 VE-ZGB, der eine solche Wartefrist lediglich für den Fall des *Ehebruchs* vorsah (1-3 Jahre).

930 Damit gemeint sei, so Egger, der an jener Scheidung „allein" bzw. „überwiegend schuldig[e] Ehegatte" – bei gleicher Schuld beider Ehegatten sei beiden eine Wartefrist aufzuerlegen. Deren Dauer machte Egger von der „Größe des Verschuldens" abhängig; EGGER I, Anm. 2c, 2d zu Art. 150; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 150. Zum *Verschulden* im Scheidungsrecht vgl. auch Kapitel 5.1, 5.3.1.1.

931 „Die Dauer einer vorausgegangenen gerichtlichen Trennung [wurde] in diese Frist eingerechnet", Art. 150 Abs. 2 ZGB; vgl. dazu EGGER I, Anm. 2e zu Art. 150; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 150. Der E-ZGB und VE-ZGB sagten dies nicht.

932 So EGGER I, Anm. 1 zu Art. 104, Anm. 1 zu Art. 150; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 104, Rn. 1 zu Art. 150.

933 *Für* die Wartefristen spräche etwa, dass sie „das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehen zum Ausdruck [bringen] und zum Bewußtsein [führen], daß es sich keineswegs nur um eine Privatsache der Eheleute handelt". Auch seien die Fristen eine „Erschwerung der Eheschließung für Personen, die bewiesen haben, daß sie für die Ehe noch nicht reif sind". Ferner „ermöglichen sie die Verhinderung ärgerniserregender neuer Ehen […]" und „sollen auch die Versuchung herabmindern, eine Ehe scheiden zu lassen, um eine bestimmte andere Ehe eingehen zu können […]"; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 150, vgl. auch Vorbem. 3a zu Art. 96 ff.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 150.

934 *Gegen* die Wartefristen spräche etwa, dass diese den „außerehelichen Geschlechtsverkehr und Konkubinatsverhältnisse [fördern]"; zudem hätten sie „Strafcharakter und gehören deshalb nicht in ein privatrechtliches Gesetzbuch […]"; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 150, vgl. auch Vorbem. 3a zu Art. 96 ff.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 150. Zum *Konkubinat* vgl. übrigens EGGER I, Vorbem. 1d EheR, Anm. 2c zu Art. 315; EGGER II, Rn. 4 Vorbem. zu Art. 90 ff.

935 EGGER II, Rn. 2 zu Art. 150.

936 Vgl. bei Fn. 933.

Eheschliessungsverbot zwischen dem am Ehebruch schuldigen *Ehegatten* und dem *Mitschuldigen (Dritten)* statuiert hatten. Ein *solches* Verbot hatte nach Hubers Ansicht zwar „einen guten Sinn, wenn dadurch die Gefahr einer Verletzung der Ehe durch Ehebruch vermindert werden will" – doch hatte Huber klargestellt, die Eheschliessung dürfe wegen Art. 54 BV nicht „aus Gründen des bisherigen Verhaltens oder zur Strafe beschränkt" werden, und daher bemerkt:[937]

> „Der Gesetzgeber darf sich nicht ein Urteil über eine Frage herausnehmen, die ihrer Natur nach zu den intimsten der menschlichen Persönlichkeit gehört. Er weiss nicht und kann nicht wissen, ob nicht mit dem Verbot in einem gegebenen Falle der einzige Weg verschlossen würde, der einem schuldig Gewordenen aufzuhelfen vermöchte. Das Verbot ist zweischneidig. Der Entwurf hat es für angemessen erachtet, […] beim geltenden Rechte zu verbleiben. Darnach aber erscheint eine Ehebeschränkung nur als gerechtfertigt *zur Vermeidung öffentlichen Skandals* […]. Der Entwurf folgt diesem Rechte in betreff der bestimmten Zeit, glaubt aber aus dem angeführten Grunde, dass nicht zur Strafe, sondern zur *Vermeidung des öffentlichen Ärgernisses* das Verbot erlassen werden soll, die Folge ableiten zu müssen, dass *nicht in allen Scheidungsfällen*, sondern nur bei *Scheidung wegen Ehebruchs* die Beschränkung verfügt werden dürfe. Man kann nicht übersehen, dass bei den andern Scheidungsgründen die öffentliche Meinung den schuldigen Ehegatten doch mit anderen Augen verfolgt. Der rohe, gewalttätige Mensch oder der Trunkenbold, dessen Ehe aufgehoben wird, ist nicht in der Richtung im allgemeinen Urteil herabgesetzt, die mit dem Verbot der Wiederverehelichung getroffen werden will. Findet er einen zweiten Ehegatten, so mag er sich wieder verehelichen. Niemand verübelt es ihm, man bedauert höchstens den gewagten Schritt des andern Teiles. […]"[938]

Aus dieser Aussage Hubers ergibt sich, dass schon Huber – wenngleich das ZGB in der Endfassung eine Wartefrist nicht *nur* für den Fall des Ehebruchs statuierte – die Wartefrist für Geschiedene als im öffentlichen Interesse; „zur Vermeidung öffentlichen Skandals" bzw. „Ärgernisses" legitimiert hatte.

2.2.3 Nichteinhaltung von Formvorschriften, Art. 131 i.V.m. Art. 105 ff. ZGB

Gemäss Art. 131 ZGB[939] „[konnte] wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen *Formvorschriften* eine vor dem Zivilstandsbeamten[940] geschlossene[941] Ehe nicht für ungültig erklärt werden". Die in Art. 131 ZGB erwähnten Formvorschriften sind im Zusammenhang mit den – hier nicht interessierenden – Art. 105-119 ZGB[942] zu sehen, welche unter der Überschrift „Verkündung und Trauung" standen.[943]

---

[937] Zum Ganzen: Erl. Bd. I, S. 149 f. (= BeK II, Rn. 364); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 25 (= BeK III, Rn. 11296).
[938] Erl. Bd. I, S. 150 f. (= BeK II, Rn. 364); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 498 f.
[939] Materiell übereinstimmend Art. 139 E-ZGB und Art. 153 VE-ZGB.
[940] Gebrach es an *dieser* Voraussetzung, lag eine *Nichtehe* (dazu Fn. 569) vor, vgl. EGGER I, Anm. 1, 2b zu Art. 131; EGGER II, Rn. 1, 4 ff. zu Art. 131. Zu Ausnahmen etwa bei Gutgläubigkeit der Eheschliessenden ebd.
[941] Vorausgesetzt wurden dafür die *„Ehewillenserklärungen der Parteien"* i.S.v. Art. 117 ZGB – fehlten diese, lag wiederum (vgl. Fn. 940) eine *Nichtehe* vor; vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 131; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 131.
[942] Für die *Entwürfe* vgl. Art. 113-127 E-ZGB und Art. 124-141 VE-ZGB.
[943] Zum Hintergrund dieser Formvorschriften vgl. direkt Eggers Kommentierungen.

3. Allgemeine Ehewirkungen, Art. 159-177 ZGB

Die Art. 159-177 ZGB regelten „die Wirkungen der Ehe im allgemeinen“[944]; die Art. 178-251 ZGB regelten „das Güterrecht der Ehegatten“[945] (dazu das Kapitel 4).[946]

3.1 Persönlichkeitsgedanke: Gleichstellung der Ehegatten

Mit Blick auf die – sämtlichen – Ehewirkungen befundete Egger, dem ZGB liege eine „liberale Regelung“ zugrunde, da es die Ehefrau „zum gleichberechtigten Genossen des Mannes“[947] erhebe:[948]

> „[…] das Eherecht des ZGB. [beruht] auf einem neuen Doppelgedanken: Die *privatrechtliche Selbständigkeit der Frau* und damit ihre *grundsätzliche Gleichstellung mit dem Manne* wird anerkannt – aber damit soll gerade die Grundlage geschaffen werden für ein *wahres Genossenverhältnis*, für die eheliche Gemeinschaft. Gewiß birgt die Verselbständigung der Frau Gefahren für die Gemeinschaft in sich, welche die (auf Kosten der Frau) konfliktlosere patriarchalische Familie nicht in diesem Maße gekannt hat. Aber sie ist auch allein geeignet, die *Gemeinschaft zu vertiefen* und durch die Einspannung der freier entfalteten Frauenkräfte zu stärken: die eheliche Gemeinschaft muß von der *gegenseitigen Achtung und Geltung beider Ehegatten getragen sein* […]. Denn nur so kann sich das Überpersönliche der Gemeinschaft selbst, die eheliche Genossenschaft, die lebendige Einheit der Ehegatten verwirklichen […].“[949]

Nach dieser Ansicht Eggers entsprachen die „Selbständigkeit der Frau“ – damit meinte Egger den Umstand, dass das ZGB der *Ehefrau*[950] die volle Handlungsfähigkeit beliess; sie folglich *nicht*, wie einige frühere kantonale Rechte, der Vormundschaft des Ehemannes unterstellte[951] – und deren „grundsätzliche Gleichstellung mit dem Manne“ zunächst dem *Persönlichkeitsgedanken*; dem „moderne[n] Individualismus“[952], wobei s.E. gerade dadurch die Basis „für ein wahres Genossenverhältnis“[953] geschaffen wurde. Mit diesem Hinweis auf ein „Genossenverhältnis“ hob Egger den

---

[944] So die Überschrift zum fünften (Gesetzes-)Titel des ZGB.

[945] So die Überschrift zum sechsten (Gesetzes-)Titel des ZGB.

[946] Grob gesagt (insbes. unter Ausblendung der *erbrechtlichen* Wirkungen, die ebenfalls vermögensrechtliche Ehewirkungen darstellten), sprach Egger insofern und angelehnt an Huber von den *persönlichen* und den *vermögensrechtlichen* Ehewirkungen; vgl. EGGER I, Vorbem. 2a, 2b zu Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 159, Rn. 1 zu Art. 178; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 106, 111, 114, 116 ff., 151 ff. (= BeK II, Rn. 252, 262, 270, 275 ff., 365 ff.).

[947] Für den weiteren Aspekt der *Freiheit* der Ehegatten vgl. insbes. Kapitel 3.2.1.1.1 (Freiheit zur internen Abänderung der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenverteilung) und Kapitel 4.2.2 (Freiheit des Ehevertrags).

[948] EGGER I, Vorbem. 2c EheR, Vorbem. 2c zu Art. 159 ff., vgl. auch Anm. 1a zu Art. 160, Anm. 5 zu Art. 161; EGGER II, Rn. 5, 10 zu Art. 159.

[949] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 159.

[950] Gemäss Art. 7 HFG „[wurde] die Handlungsfähigkeit der *Ehefrauen* für die Dauer der Ehe durch das kantonale Recht bestimmt […]“.

[951] Vgl. EGGER I, Vorbem. 4a, 4b zu Art. 159 ff., Anm. 1 zu Art. 161, Anm. 1 zu Art. 168; EGGER II, Rn. 10, 4 zu Art. 159, Rn. 10 f. zu Art. 161, Rn. 10 zu Art. 168; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 110 (= BeK II, Rn. 260 f.) m.w.H.

[952] EGGER I, Vorbem. 2a, 1d FamR, Vorbem. 3b zu Art. 159 ff., S. XII PersR; vgl. auch EGGER II, Rn. 19 Einl. FamR, Rn. 4 f. zu Art. 159. Vgl. insofern auch Fn. 1265.

[953] Vgl. schon Eggers Bemerkung in der Erstauflage, wonach „die Ehgatten einander als freie Genossen gleichen Rechts [gegenüberstehen]“; EGGER I, Vorbem. 2c zu Art. 159 ff.

Gegensatz zu einem Herrschaftsverhältnis hervor, bei welchem „dem einen Ehegatten um seiner Person willen eine bevorzugte Stellung auf Kosten des andern eingeräumt wird".[954] Neben dem Persönlichkeitsgedanken dienten die Selbständigkeit der Ehefrau und ihre Gleichstellung mit dem Ehemann für Egger aber auch „der Verwirklichung des sittlichen Ideals der Ehe"[955], also dem *Gemeinschaftsgedanken*.[956]
Auch schon Huber hatte zunächst *allgemein* auf die grundsätzliche „Gleichstellung der Geschlechter" hingewiesen und daraus gefolgert, dass „um des Geschlechtes willen keine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung von Mann und Frau mehr" zulässig sei.[957] Sodann hatte er *konkret* einerseits mit Blick auf die *Rechtsfähigkeit der Frau* konstatiert, dass „in der Hauptsache […] im Familienrecht, im Erbrecht, die Frau dem Manne gleichgestellt [wird]", und andererseits die schon im VE-ZGB vorgesehene Regelung betont, wonach nicht nur, wie im bisherigen Bundesrecht[958], der *unverheirateten* Frau, sondern auch der *Ehefrau* volle *Handlungsfähigkeit*[959] zukomme:[960]

> „Der Grundsatz der persönlichen Handlungsfähigkeit der Ehefrau ist unseres Erachtens nicht mehr abzulehnen, sobald die unverheiratete Frau diese Stellung erhalten hat. Man sieht nicht ein, aus welchem Grunde eine Frau durch die Trauung persönlich unter Vormundschaft gelangen soll, während sie vordem sich der Handlungsfähigkeit erfreute. Sie wird durch ihre Verheiratung weder an persönlicher Fähigkeit, noch an Geschäftskenntnis eine Einbusse erfahren, umgekehrt kann ein aufmerksamer Beobachter häufig genug das Gegenteil konstatieren. […]"[961]

Dass Egger und Huber von einer Gleichstellung der beiden Ehegatten ausgingen, überrascht auf den ersten Blick: Diverse (im Einzelnen freilich noch zu besprechende) Gesetzesbestimmungen[962] betreffend die allgemeinen Ehewirkungen muten aus heutiger Sicht nämlich befremdlich an, zumal sie eine *superiore Stellung des Ehemannes* und demzufolge eine *inferiore Stellung der Ehefrau* implizieren. So bildete der *Ehemann* „das *Haupt der Gemeinschaft*", Art. 160 Abs. 1 ZGB; *er* „[bestimmte] die eheliche Wohnung und [hatte] für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise

---

[954] EGGER I, Vorbm. 3b, 2c vor Art. 159 ff., vgl. auch Vorbem. 1b, 1c zu Art. 159 ff., Vorbem. 2c EheR; EGGER II, Rn. 1 ff., 4 ff. zu Art. 159.
[955] Vgl. dazu bei Fn. 554.
[956] EGGER I, Vorbm. 2c vor Art. 159 ff. Vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 20 Einl. FamR: „Aber gerade die Emanzipation der Ehefrau erfolgt keineswegs nur unter dem individualistischen Gesichtspunkt des Frauenrechts. Sie erfolgt auch um der ehelichen Gemeinschaft willen. Der Ehefrau kommen auch vermehrte Pflichten zu, eine erhöhte Verantwortung in der Fürsorge für die eheliche Gemeinschaft (161, 163, 184, 192) und für die Kinder […]. Gerade in der selbständigen und selbstverantwortlichen Ehefrau erblickt der Gesetzgeber die berufenste Trägerin des familienrechtlichen Gemeinschaftsgedankens."
[957] Erl. Bd. I, S. 101 (= BeK II, Rn. 241).
[958] Vgl. Fn. 950.
[959] Damit war die Ehefrau auch *prozessfähig* – beachte dazu aber Art. 168 ZGB (vgl. bei Fn. 1241).
[960] Erl. Bd. I, S. 101, 110 ff., 158 (= BeK II, Rn. 242, 259 ff., 384); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 26 f. (= BeK III, Rn. 11300).
[961] Erl. Bd. I, S. 111 (= BeK II, Rn. 263); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 656.
[962] Für die Regelung der nachfolgend genannten Bestimmungen in den *Entwürfen* vgl. die einschlägigen Kapitel.

Sorge zu tragen", Art. 160 Abs. 2 ZGB. Die *Ehefrau* hingegen „[erhielt] den Familiennamen und das Bürgerrecht des *Ehemannes*", Art. 161 Abs. 1 ZGB; „*[stand] dem Manne mit Rat und Tat zur Seite und* [hatte] *ihn* in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften *zu unterstützen*", Art. 161 Abs. 2 ZGB; zudem „[führte] *sie* den *Haushalt*", Art. 161 Abs. 3 ZGB. Während der *Ehemann* „*Vertreter* der [sc. ehelichen] Gemeinschaft [war]", Art. 162 Abs. 1 ZGB, kam der *Ehefrau* eine entsprechende Vertretungsbefugnis[963] *bloss* „in der Fürsorge für die *laufenden Bedürfnisse des Haushaltes*" zu, Art. 163 Abs. 1 ZGB. Selbst diese enge Vertretungsbefugnis konnte der *Ehemann* seiner Ehefrau aber „ganz oder zum Teil *[entziehen]*", wenn die Ehefrau dieselbe *„[missbrauchte]" oder* „sich als *unfähig* zu deren Ausübung [erwies]", Art. 164 Abs. 1 ZGB. „Eine weitere Vertretungsbefugnis [hatte] die Ehefrau nur insofern, als ihr *vom Ehemanne* eine solche ausdrücklich oder stillschweigend *erteilt* [wurde]", Art. 166 ZGB. Ferner war es der Ehefrau nur „mit ausdrücklicher oder stillschweigender *Bewilligung des Ehemannes*" erlaubt, „einen *Beruf oder ein Gewerbe* auszuüben", Art. 167 Abs. 1 ZGB[964]. Für den Fall, dass der Ehemann diese Bewilligung verweigerte[965], konnte die Ehefrau zwar „vom Richter zur Ausübung ermächtigt werden", musste dafür aber beweisen, dass die Berufsausübung bzw. Gewerbebetreibung „im Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie *geboten* [war]", Art. 167 Abs. 2 ZGB[966]. Ferner war die Ehefrau zwar „unter jedem Güterstande prozessfähig", Art. 168 Abs. 1 ZGB, musste sich aber „im *Rechtsstreite* mit Dritten um das eingebrachte Gut" *vom Ehemann vertreten* lassen, Art. 168 Abs. 2 ZGB.

Bei dieser gesetzlichen Ausgangslage fragt sich, wie Egger und Huber eine Gleichstellung der Ehegatten propagieren konnten. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der konzeptionellen Vorstellung der beiden Juristen von der Ehe als *Gemeinschaftsverhältnis*.

---

[963] Das Gesetz sprach hier jeweils von Vertretungs*befugnis*, vgl. Art. 164 Abs. 1, Art. 166, Art. 208 Ziff. 3, Art. 243 Abs. 1 ZGB – meinte damit aber selbstredend zugleich die (aussenwirksame) Vertretungs*macht*.

[964] Zur Regelung des Art. 167 Abs. 1, 2 ZGB in den *weniger strengen Entwürfen*: Diese erklärten die Ehefrau als „unter jedem ehelichen Güterstand befugt, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben", Art. 174 Abs. 1 E-ZGB und Art. 190 Abs. 1 VE-ZGB – wobei Letzterer voraussetzte, dass die Ehefrau „dadurch die *eheliche Gemeinschaft nicht [schädigte] oder [gefährdete]*". Dasselbe Erfordernis findet sich im E-ZGB dergestalt, dass gemäss Art. 174 Abs. 2 E-ZGB der Ehemann solchenfalls berechtigt war, der Ehefrau die Betätigung zu verbieten. Ein Recht, die Betätigung zu verbieten, statuierte auch schon Art. 190 Abs. 2 VE-ZGB – der dem Richter zugleich die Möglichkeit gewährte, auf *Begehren der Ehefrau* das Verbot *aufzuheben*, „wenn dieses sich als *offenbar unbegründet* [erwies]". Eine solche Möglichkeit sah Art. 175 Abs. 1 E-ZGB – für *beide* Ehegatten – vor, sobald sich das Verbot „als *ungerechtfertigt* [erwies]".

[965] Die Wirksamkeit eines solchen *Verbots* gegenüber gutgläubigen Dritten setzte voraus, dass „es von der zuständigen Behörde veröffentlicht worden [war]", Art. 167 Abs. 3 ZGB. Ebenso, aber mit Zuständigkeit des *Richters*: Art. 174 Abs. 3 E-ZGB und Art. 190 Abs. 3 VE-ZGB. Nur Art. 175 Abs. 2 E-ZGB bestimmte explizit, dass „die Aufhebung [sc. des Verbots] in gleicher Weise wie das Verbot zu veröffentlichen [war]".

[966] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 964.

3.2 Gemeinschaftsgedanke

Bekanntlich war das ZGB nach Eggers Ansicht (auch) vom „Gedanken der Gemeinschaft" durchdrungen.[967] Im Bereich des Eherechts manifestierte sich dieser Umstand für Egger zum einen *formal* darin, dass die Ehegatten gemäss Art. 159 Abs. 1 ZGB[968] „durch die Trauung […] zur *ehelichen Gemeinschaft* verbunden [wurden]" – das Gesetz die Ehe folglich als *Gemeinschaftsverhältnis*[969] ausgestaltete.[970] Zum andern hob Egger hervor, diese Gemeinschaft sei auch hinsichtlich ihrer *materiellen Wirkungen* auf Befestigung und Erhaltung[971] ausgelegt sowie besonderem Schutz[972] unterstellt.[973] Egger erblickte im Gemeinschaftsverhältnis *Ehe* nämlich eine bestimmt geartete *Gebundenheit der Ehegatten* – so insbesondere deren Pflicht i.S.v. Art. 159 Abs. 2 ZGB[974], „das Wohl der ehelichen Gemeinschaft in einträglichem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen", sowie deren Pflicht i.S.v. Art. 159 Abs. 3 ZGB[975] zu gegenseitiger „Treue und Beistand".[976] Diese Vorstellung entsprach derjenigen von Huber, welcher konstatiert hatte, in persönlicher Hinsicht – sowie, dadurch begründet, hinsichtlich des Vermögens – ergebe sich aus der Ehe als Gemeinschaftsverhältnis, dass „Mann und Frau gemeinsame Rechte und Pflichten [haben] und zwar sowohl unter sich, als gegenüber den Kindern", wie insbesondere die gegenseitige *Beistands- und Treuepflicht*.[977] Während Huber letztere beiden Pflichten nicht näher spezifiziert hatte, führte Egger zur *Treuepflicht* aus, diese „verlangt ein Verhalten, das einer treuen Gesinnung entspricht" – für treuwidrig hielt Egger insbesondere einen Ehebruch –, und die *Beistandspflicht* verlangte s.E., dass die Ehegatten gegenseitigen „Beistand durch Rat und Tat auch in den persönlichen Angelegenheiten" zu leisten hatten und grundsätzlich „Krankheit, wirtschaftliche Not, Unheil und Sorgen miteinander tragen [müssen]".[978]

3.2.1 Stellung der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft

Gerade die eben erwähnte Pflicht beider Ehegatten i.S.v. Art. 159 Abs. 2 ZGB, „das Wohl der ehelichen Gemeinschaft in einträglichem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen", spielte für Egger und Huber eine aus

---

967 Vgl. bei Fn. 248.
968 Identisch Art. 166 Abs. 1 E-ZGB und Art. 182 Abs. 1 VE-ZGB.
969 Mit diesem Hinweis auf das *Gemeinschaftsverhältnis* betonte Egger (so auch bei Fn. 1410), dass er die Ehe *nicht* als blossen *Vertrag* begriff, vgl. EGGER I, Vorbem. 3, 1b zu Art. 159 ff.
970 Vgl. EGGER I, Vorbem. 2c, 3 zu Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 17 Einl. FamR. Für die *Gemeinschaft der Eltern und Kinder* vgl. sodann Kapitel II.a.4 und für die *Familiengemeinschaft* vgl. Kapitel II.c.
971 Diesem Zweck diente für Egger, wie schon bei Fn. 956 gesagt, gerade auch die *Gleichstellung* der Ehegatten.
972 Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.
973 Vgl. EGGER I, Vorbem. 2b FamR, Vorbem. 2c, 3 zu Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 17 Einl. FamR, Rn. 5, 7 f., 10 zu Art. 159; vgl. sodann bei Fn. 552, 557.
974 Identisch Art. 166 Abs. 2 E-ZGB und Art. 182 Abs. 2 VE-ZGB.
975 Identisch Art. 166 Abs. 3 E-ZGB und Art. 182 Abs. 3 VE-ZGB.
976 Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 159; EGGER II, Rn. 9, 10 ff. zu Art. 159.
977 Erl. Bd. I, S. 109, 153 (= BeK II, Rn. 257, 370), vgl. auch S. 107 (= BeK II, Rn. 255).
978 EGGER I, Anm. 2c, 2d zu Art. 159; vgl. auch EGGER II, Rn. 9 zu Art. 159.

konzeptioneller Sicht zentrale Rolle: Beide Juristen legitimierten damit die *Stellung der Ehgatten innerhalb der ehelichen Gemeinschaft*. So hatte bereits Huber bemerkt, dass sich „ein jeder der Ehegatten gegenüber dem Wohle der Gemeinschaft" in bestimmtem Rahmen unterzuordnen habe:[979] Zwecks „Begründung eines kräftigen Familienlebens" anerkenne der VE-ZGB zwar „einerseits die grundsätzliche Handlungsfähigkeit[980] beider Ehegatten […], andererseits [werden] aber Beschränkungen zugestanden, die sich aus den persönlichen Wirkungen der Ehe oder aus dem ehelichen Güterrecht ergeben".[981] Über die Stellung der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft hatte Huber also bestimmte Beschränkungen von Handlungsmöglichkeiten konstruiert:

> „Die Ehe stellt *beide Ehegatten* unter eine Reihe von persönlichen Wirkungen, die von vornherein die Stellung der Ehefrau von derjenigen des Mannes verschieden gestalten. […] Die *Pflichten der beiden Ehegatten sind verschiedener Art*, und demgemäss ist auch ihre *Gebundenheit* in der Ehe eine *verschiedene*."[982]

Diese allgemeine Vorstellung Hubers hatte Egger in seinem Kommentarwerk, wie die nachfolgenden Kapitel zeigen, konkretisiert.

3.2.1.1 Stellung des Ehemannes

Ausgangspunkt dafür bildete Art. 160 Abs. 1 ZGB[983], gemäss welchem „der Ehemann das *Haupt der Gemeinschaft* [war]". Bereits in der Erstauflage stellte Egger klar, diese Bestimmung enthalte „eine lediglich organisatorische Maßregel" – dem Ehemann als „gleichberechtigte[m] Genossen" der Ehefrau werde nicht eine „Mundialgewalt über die Frau eingeräumt", sondern „nur seine Stellung im Hinblick auf die Gemeinschaft zugewiesen".[984] Ähnlich führte Egger in der Zweitauflage aus, das ZGB sei bestrebt, „die eheliche Gemeinschaft zu gliedern und jedem Teil[985] seine Stellung zuzuweisen", wobei er im Fortgang die „Idee der Gemeinschaft zweier gleichgestellter Lebensgefährten" betonte.[986] Dass das ZGB einen der Ehegatten zum Haupt der ehelichen Gemeinschaft erhob, legitimierte Egger folglich mit organisatorischen – und nicht etwa mit patriarchalischen – Gründen.[987] Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Egger den Umstand, dass das ZGB den Ehemann (und nicht die Ehefrau) zum Gemeinschaftshaupt ernannte, mit „den tatsächlichen Verhältnissen"

---

[979] Erl. Bd. I, S. 110 (= BeK II, Rn. 257), vgl. auch S. 110 ff., 154 ff. (= BeK II, Rn. 258 ff., 373 ff.); Botsch.-ZGB, S. 25 ff. (= BeK III, Rn. 11299 f.).

[980] Hier untechnisch i.S.v. *Handlungsmöglichkeiten* zu verstehen – vgl. insofern nämlich auch Eggers Hinweis, wonach nicht nur die Ehefrau, sondern *beide* Ehegatten „Einschränkungen der *persönlichen Freiheit* [sc. erfahren], die in den Zwecken der ehelichen Gemeinschaft begründet liegen"; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 161.

[981] Erl. Bd. I, S. 111 (= BeK II, Rn. 262), vgl. auch S. 113 (= BeK II, Rn. 268).

[982] Erl. Bd. I, S. 111 f. (= BeK II, Rn. 264), vgl. auch S. 154 ff. (= BeK II, Rn. 373 ff.).

[983] Identisch Art. 167 Abs. 1 E-ZGB und Art. 183 Abs. 1 VE-ZGB.

[984] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 160.

[985] Für die den Haushalt führende Ehefrau (Art. 161 Abs. 3 ZGB) vgl. Kapitel 3.2.1.2.

[986] EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 160.

[987] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 160, Vorbem. 3b zu Art. 159 ff..

respektive der „geschichtlichen Entwicklung“ begründete – dabei aber zu bedenken gab, bei einer solchen Begründung „unterläuft […] der Fehlschluß von der einmal bestehenden Rechtsordnung auf das Bestehensollende“.[988] Zwar führte Egger diesen Gedanken nicht näher aus, doch offenbart er das Anliegen Eggers, einer patriarchalischen Legitimation der Rechtsstellung des Ehemannes keinen Raum zu lassen. Huber, der bekanntlich ebenfalls die Gleichstellung der Ehegatten verfocht, hatte bemerkt, die im VE-ZGB vorgesehene Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten entspreche derjenigen von früheren kantonalen Rechten – wobei Huber konstatiert hatte, „in der ehelichen Gemeinschaft kommt nach der Natur der Sache und nach den allgemeinen Anschauungen jedem Ehegatten eine besondere persönliche Stellung zu“, weshalb „wir darnach den Ehemann als Haupt der Gemeinschaft [bezeichnen] und den Haushalt der Ehefrau [überweisen]“.[989]
Mit der Stellung des Ehemannes als Gemeinschaftshaupt legitimierte Egger verschiedene Rechte und Pflichten, welche das Gesetz ebendiesem gewährte bzw. auferlegte:

3.2.1.1.1 Unterhaltspflicht (Art. 160 Abs. 2 ZGB) und ihre Folgen

Erfasst von „den tatsächlichen Verhältnissen“[990], mit denen Egger die Stellung des Ehemannes als Gemeinschaftshaupt begründete, waren die wirtschaftlichen Realitäten, wonach bei Ehegatten regelmässig der Ehemann einer bezahlten Arbeit nachging und die Ehefrau den Haushalt besorgte.[991] Daraus und in Verbindung mit dem in Art. 159 Abs. 2 ZGB normierten Gedanken, dass *beide* Ehegatten „das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen“ hatten, ergab sich für Egger die vom ZGB vorgenommene Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten.[992] Deshalb bestand für Egger also die Regelung, dass primär[993] der Ehemann „für den *Unterhalt von Weib und Kind* in

[988] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 160; vgl. denn auch Fn. 1011.
[989] Erl. Bd. I, S. 154 (= BeK II, Rn. 373), vgl. auch S. 155, 110 ff. (= BeK II, Rn. 375 f., 259 ff.); Prot., S. 205 f. (= BeK III, Rn. 1733 ff.), wo Huber bemerkt hatte: „Der Entwurf [sc. VE-ZGB] lehnt sich in seiner Ausdrucksweise an die Mehrzahl der kantonalen Rechte an. Eine Präponderanz des Mannes ist *durch die Verhältnisse* gegeben und betrifft nicht nur die Beziehungen der Ehegatten unter sich, sondern auch, und zwar grundsätzlich, die Stellung zu Dritten. Auf dem Manne ruht die *Last der Ehe*, es entspricht seiner *Verantwortlichkeit*, wenn er als *Haupt* bezeichnet wird.“
[990] Vgl. bei Fn. 988.
[991] Vgl. EGGER I, Anm. 5a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 160.
[992] Vgl. EGGER I, Anm. 5a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 2 f., 8 zu Art. 160.
[993] Vgl. EGGER I, Anm. 5a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 160. Zur subsidiären Unterhaltspflicht der Ehefrau und ihrer Pflicht zur Haushaltsführung vgl. Kapitel 3.2.1.2.2.

gebührender Weise[994] Sorge zu tragen" hatte, Art. 160 Abs. 2 ZGB[995]. Als Folge dieser primären Unterhaltspflicht des Ehemannes begriff Egger einerseits die Regelung, dass *der Ehemann der Vertreter der ehelichen Gemeinschaft* war, Art. 162 Abs. 1 ZGB[996], und „seine Handlungen *ihn* unter jedem Güterstande persönlich [verpflichteten]", Art. 162 Abs. 2 ZGB[997], und entsprechend (primär) *er* aus denjenigen Rechtshandlungen der Ehefrau verpflichtet wurde, welche diese als Vertreterin[998] der ehelichen Gemeinschaft tätigte, Art. 163 Abs. 2 ZGB[999].[1000] Andererseits folgerte Egger aus der primären Unterhaltspflicht des Ehemannes auch dessen Recht i.S.v. Art. 160 Abs. 2 ZGB[1001], die *eheliche Wohnung*[1002] zu bestimmen: Da der Ehemann (i.d.R.) seinem Beruf ausser Haus nachgehe, müsse ihm auch gestattet sein, die eheliche Wohnung zu bestimmen – mit der Konsequenz, dass die Ehefrau eine *Folgepflicht* treffe.[1003] Egger hob dabei hervor, dass das Wohnungsbestimmungs*recht* des Ehemannes zugleich dessen *Pflicht* darstelle.[1004] Dieser Hinweis ist aus konzeptioneller Sicht zentral, denn er ist ein konkretes Beispiel für Eggers Ansicht, dass „die *Befugnisse*, die das Familienrecht gewährt, in eigentümlicher Weise mit *Pflichten* durchsetzt" und „die Ausübung der Rechte auch Pflichterfüllung […] [sind]."[1005] Egger hielt fest:

> „Daß sie [sc. die im Familienrecht gewährten Rechte] nach Treu und Glaube ausgeübt werden müssen, daß sie ihre Schranke in ihrem Zwecke finden und daß sie deshalb nicht

---

[994] Egger bemerkte, der Unterhalt habe den „gesamten Lebensbedarf" der Unterhaltsberechtigten in einer der im Einzelfall „der Lebensstellung des Ehemannes" entsprechenden Weise zu decken, wobei Egger die Unterhaltsverpflichtung – zumindest dogmatisch – als von der Leistungsfähigkeit des Ehemannes bzw. der Bedürftigkeit der Ehefrau unabhängig qualifizierte; vgl. EGGER I. Anm. 5b-5d zu Art. 160, Anm. 4 zu Art. 160; EGGER II, Rn. 9 f., 11 f., 13 f., 15 zu Art. 160, jeweils m.w.H. namentlich zur Reduktion des Unterhaltsanspruchs bei pflichtwidrigem Verhalten der Ehefrau. Zum Anspruch der Ehefrau auf ein *Taschengeld*, das Egger aus der Unterhaltspflicht des Ehemannes ableitete, vgl. EGGER II, Rn. 12 zu Art. 160, Rn. 3 zu Art. 191.

[995] Identisch Art. 167 Abs. 2 E-ZGB und Art. 183 Abs. 2 VE-ZGB.

[996] Identisch („der *ehelichen* Gemeinschaft") Art. 169 Abs. 1 E-ZGB und Art. 185 Abs. 1 VE-ZGB.

[997] Identisch Art. 169 Abs. 2 E-ZGB und Art. 185 Abs. 2 VE-ZGB.

[998] Dazu Kapitel 3.2.1.2.3.

[999] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 1072.

[1000] EGGER I, Anm. 1a, 2, 3a zu Art. 162, Anm. 5 zu Art. 163; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 160, Rn. 1 ff., 5 ff. zu Art. 162, Rn. 10 zu Art. 163; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 155 ff. (= BeK II, Rn. 375, 378 ff.); Kapitel 4.1.1.1, 4.1.1.2.1, 4.1.2, 3.2.1.2.2.

[1001] Wie Fn. 995.

[1002] Aus der Idee der Ehe als *umfassende Lebensgemeinschaft* folgerte Egger eine grundsätzliche Pflicht der Ehegatten zur Herstellung der *Hausgemeinschaft*; vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 4, 6 zu Art. 160. Für die Folgen betreffend den Wohnsitz vgl. Art. 23 ff. ZGB.

[1003] EGGER I, Anm. 4a, 4b zu Art. 160; EGGER II, Rn. 4, 6 zu Art. 160. Diese Folgepflicht hielt Egger nicht für zwangsweise durchsetzbar – vielmehr verwies er den Ehemann für den Fall der Weigerung der Ehefrau auf die Möglichkeiten des Eheschutzes (dazu Kapitel 3.2.2.1) bzw. der Scheidung (konkret dazu bei Fn. 1390); a.a.O. und EGGER I, Anm. 5c zu Art. 169; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 170.

[1003] EGGER I, Anm. 4a, 4b zu Art. 160; EGGER II, Rn. 4, 6 zu Art. 160. Diese Folgepflicht hielt Egger nicht für zwangsweise durchsetzbar – vielmehr verwies er den Ehemann für den Fall der Weigerung der Ehefrau auf die Möglichkeiten des Eheschutzes (dazu Kapitel 3.2.2.1) bzw. der Scheidung (konkret dazu bei Fn. 1390); a.a.O. und EGGER I, Anm. 5c zu Art. 169; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 170.

[1004] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 160; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 160.

[1005] EGGER I, Vorbem. 3a FamR.

> mißbraucht werden dürfen, teilen sie allerdings nach dem Z.G.B. mit allen subjektiven Rechten (Art. 2). Aber diese inhaltliche Schranke der Befugnisse findet hier ihre besondere Umschreibung durch die *Rücksichtnahme* auf den Bestand der *(familienrechtlichen) Gemeinschaft*. Der Berechtigte muß das Recht so ausüben, daß die *Gemeinschaft dabei bestehen kann* [...]."[1006]

Eine *pflichtgemässe* Ausübung eines familienrechtlichen subjektiven Rechts – hier des Wohnungsbestimmungsrechts – nahm Egger also nur an, wenn diese Rechtsausübung mit den Interessen der ehelichen Gemeinschaft und, wie er an anderer Stelle[1007] bemerkte, mit dem Persönlichkeitsrecht des andern Ehegatten vereinbar war. Egger begriff diese Rechte somit als von vornherein – als *immanent* – vom Gemeinschaftsgedanken und vom Persönlichkeitsgedanken begrenzt. Konkret mit Blick auf das Wohnungsbestimmungsrecht bedeutete dies für Egger, dass der Ehemann eine den Verhältnissen der Ehegatten entsprechende Wohnung zu wählen hatte – für den Fall einer *pflichtwidrigen Rechtsausübung* liess Egger daher die Folgepflicht der Ehefrau entfallen und sprach Letzterer das Recht zu, getrennt zu leben bzw. aus Art. 169 ff. ZGB[1008] den *Richter anzurufen*.[1009]

Im Zusammenhang mit dem Wohnungsbestimmungsrecht machte Egger sodann eine weitere bemerkenswerte Aussage: In der Zweitauflage gestand er der *Ehefrau* das Wohnungsbestimmungsrecht zu, falls *primär sie* den Familienunterhalt bestritt.[1010] Dies verdeutlicht nicht nur, dass Egger das Wohnungsbestimmungsrecht als mit der primären Unterhaltstragung verknüpft verstand, sondern impliziert auch, dass Egger von einer *Abänderbarkeit* der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten ausging. Und in der Tat hatte Egger bereits in der Erstauflage festgehalten, die Aufgabenverteilung des ZGB entspreche zwar regelmässig „den Bedürfnissen des Lebens" – „den tatsächlichen Verhältnissen" – am besten, sei allerdings „nicht unabänderlich".[1011] An diesen Gedanken knüpfte er in der Zweitauflage an und ergänzte, die in Art. 159-161 ZGB vorgesehenen Regelungen seien mit *interner Wirkung* abänderbar, sofern diese Abänderung mit der „öffentlichen Ordnung" und dem „Recht der Persönlichkeit" vereinbar sei sowie „der Erhaltung und dem Schutze der ehelichen Gemeinschaft" diene.[1012] Dass auch schon Huber eine intern wirkende Abänderbarkeit der Aufgabenverteilung zumindest nicht ausgeschlossen hatte, zeigt dessen Bemerkung, wonach die Frage, ob den allgemeinen Ehewirkungen des VE-ZGB zwingender oder dispositiver Charakter zukomme, „der Auffassung der Zeit

---

[1006] EGGER I, Vorbem. 3a FamR.
[1007] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.3.
[1008] Dazu Kapitel 3.2.2.1.
[1009] EGGER I, Anm. 4d, 4c zu Art. 160, Anm. 2a zu Art. 169, Anm. 2c zu Art. 170; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 160.
[1010] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 160.
[1011] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 161, Anm. 1b zu Art. 160, vgl. auch Anm. 2b zu Art. 160, Anm. 2a zu Art. 176; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 161, wo Egger die Konstellation der „Ehefrau als der Ernährerin" bzw. „Versorgerin" ansprach; vgl. sodann EGGER I, Anm. 3c (alpha, beta) zu Art. 170.
[1012] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 159, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 171.

und der Würdigung des einzelnen Falles zu überlassen“ sei.[1013]

3.2.1.1.2 Recht, der Ehefrau die Berufsausübung zu gestatten, Art. 167 ZGB

Aus der Stellung des Ehemannes als Gemeinschaftshaupt leitete Egger dessen Recht i.S.v. Art. 167 ZGB[1014] ab, der Ehefrau die Ausübung eines *Berufs bzw. Gewerbes* zu gestatten.[1015] Dieses Zustimmungsrecht[1016] legitimierte Egger mit der Überlegung, dass eine „starke […] Inanspruchnahme der Kräfte der Frau“ aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit sich potentiell schädlich auf die eheliche Gemeinschaft auswirkte, da die Ehefrau ihre – von Egger aus der *Beistandspflicht* i.S.v. Art. 161 Abs. 2 ZGB abgeleiteten[1017] – ehelichen Pflichten vernachlässigen könnte.[1018] Egger argumentierte folglich mit dem Schutz der ehelichen Gemeinschaft.[1019] Damit lag er auf einer Linie mit Huber, der bemerkt hatte:

> „Sie [sc. die Ehefrau] ist gebunden an die Gemeinschaft und hat dieser ihre Kräfte und Mittel zu widmen. Der Ehemann trägt nach der bei uns allgemein verbreiteten Rechtsauffassung allerdings die Lasten der Ehe. Er kann aber von der Ehefrau verlangen, daß sie ihm *Beistand leiste*, daß sie den Interessen der Gemeinschaft nicht zuwider handle. Dies führt zur Einschränkung der Berufsbetreibung durch die Ehefrau […]. Die handlungsfähige Ehefrau ist also gebunden durch die *Interessen der Gemeinschaft* […].“[1020]

Entsprechend war Huber zu folgendem Schluss gelangt:

> „Aus ihrer Handlungsfähigkeit erwächst der Ehefrau sodann namentlich die Befugnis, einen Beruf oder ein Gewerbe zu betreiben. Ihre Stellung in der ehelichen Gemeinschaft erheischt jedoch eine Berücksichtigung in der Gestalt, dass der *Ehemann es nicht zu dulden braucht*, wenn die Ehefrau durch ihre Berufsbetreibung die *Gemeinschaft schädigt oder gefährdet*, wie beispielsweise durch Vernachlässigung des Hauswesens, der Kinder, der Berufsstellung des Ehemannes u. dgl. […]“[1021]

Diese Aussagen Hubers machen einerseits deutlich, dass Egger und Huber das Zustimmungsrecht des Ehemannes mit der gleichen Überlegung legitimierten. Andererseits zeigen sie, dass Huber eine Verweigerung der Zustimmung nur dann für gerechtfertigt hielt, wenn die Interessen der ehelichen Gemeinschaft eine solche

---

[1013] Erl. Bd. I, S. 165 (= BeK II, Rn. 403), vgl. auch S. 16 f. (= BeK II, Rn. 49).
[1014] Für den genauen Wortlaut der Norm vgl. bei Fn. 964, 965.
[1015] Vgl. EGGER I, Anm. 3b, 1b, 1c zu Art. 167; implizit EGGER II, Rn. 2, 5 zu Art. 167.
[1016] Für die *Wirkungen* von Zustimmung bzw. Verweigerung betreffend die Haftung der Ehefrau für Verpflichtungen, welche Letztere im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit eingegangen war, vgl. EGGER I, Anm. 4b, 5c zu Art. 167; EGGER II, Rn. 5, 8 zu Art. 167.
[1017] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.2.2.
[1018] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 167; EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 167.
[1019] Deshalb entfiel das Zustimmungsrecht nach Eggers Auffassung insbesondere bei aufgehobener Lebensgemeinschaft infolge von *Ehetrennung* (s. Kapitel 5) bzw. *Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes* (s. Kapitel 3.2.2.1), vgl. EGGER I, Anm. 1c, 5d zu Art. 167; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 167.
[1020] Botsch.-ZGB, S. 27 (= BeK III, Rn. 11300), vgl. auch S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299).
[1021] Erl. Bd. I, S. 158 f. (= BeK II, Rn. 385), vgl. auch S. 111 (= BeK II, Rn. 263); StenBull NR 1905, S. 656 f.

Verweigerung auch tatsächlich erheischten.[1022] Darauf wies auch Egger hin, wobei er an der Endfassung des ZGB Kritik übte: Egger hielt fest, Art. 167 Abs. 2 ZGB erlaube der Ehefrau im Falle der Zustimmungsverweigerung zwar, den Richter anzurufen, verlange dabei aber den Beweis, dass die Berufsausübung „im Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie *geboten* [war]" – wobei Egger klarstellte, für die Gebotenheit *genüge nicht*, dass die Berufsausübung mit den Interessen der ehelichen Gemeinschaft bzw. der Familie bloss *nicht unvereinbar* sei.[1023] Egger konstatierte, „diese Regelung wird den wirklichen Verhältnissen nicht gerecht", da gerade in unteren Bevölkerungsschichten die Ehefrau faktisch zum Arbeiten gezwungen sei und sich auch in höheren Schichten „eine intensivere Ausnützung der Arbeitskraft und Berufskenntnisse der Ehefrau im Interesse der Familie [rechtfertigt]".[1024] Dass das ZGB dem Ehemann die Zustimmungsverweigerung somit eher leicht machte, bezeichnete Egger als „Überrest der patriarchalischen Eheherrlichkeit".[1025]

3.2.1.1.3 Entscheidungsrecht

Als Ausfluss aus der Stellung des Ehemannes als Gemeinschaftshaupt begriff Egger in der *Erstauflage* ein – vom Gesetzeswortlaut nicht vorgesehenes[1026] – allgemeines *Entscheidungsrecht*[1027] des Ehemannes betreffend Angelegenheiten der ehelichen Gemeinschaft:[1028]

> „Dieses [sc. Entscheidungsrecht] wird aber überwiegend als organisatorische Notwendigkeit betrachtet. Die eheliche Gemeinschaft darf gerade in den tausend Kleinigkeiten des täglichen Lebens nicht versagen. Deshalb ist eine Entscheidungsinstanz vonnöten. Diese muß aber innerhalb der Gemeinschaft liegen. Deshalb muß einem der Ehegatten das Entscheidungsrecht zustehen, und diese Sonderstellung soll gemäss der geschichtlichen Entwicklung dem Ehemann zukommen. […] Die Ehegatten müssen es sich angelegen sein lassen, die Lösung der Einzelfragen durch Verständigung und Interessenkompromisse zu gewinnen (Art. 159). Eine Berufung auf das ehemännliche Entscheidungsrecht wird dabei regelmäßig nicht zweckmäßig und gemeinschaftsförderlich sein. Das unvermeidliche Ringen der Persönlichkeiten wird damit nicht aufgehoben und nicht gemildert, der eheliche Friede nicht gewährleistet."[1029]

Diese Aussage zeigt, dass Egger ein allgemeines Entscheidungsrecht des Ehemannes zwar anerkannte, diesem aber enge Grenzen setzte. So wies er im Fortgang nachdrücklich darauf hin, dieses Recht greife nur für Angelegenheiten, welche mindestens

---

[1022] Beachte für die Regelung in den *Entwürfen* Fn. 964.
[1023] EGGER I, Anm. 1c, 5d zu Art. 167; EGGER II, Rn. 2, 9 zu Art. 167.
[1024] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 167, vgl. auch Vorbem. 1a zu Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 167.
[1025] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 167.
[1026] Vgl. aber die konzeptionelle Verwandtschaft zu Art. 274 Abs. 2 ZGB (dazu Kapitel II.a.5.1.1.1.2), welcher betreffend die elterliche Gewalt bestimmte: „Sind die Eltern nicht einig, so entscheidet der Wille des Vaters."
[1027] Dessen Wirkung bestand nach Eggers Ansicht darin, dass der Ehemann „gegenüber der renitenten Frau den Richter anrufen [kann]" – und zwar im Hinblick auf den *Eheschutz* (Kapitel 3.2.2.1) oder die *Scheidung* (Kapitel 5); vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 160.
[1028] Vgl. EGGER I, Anm. 1 f. zu Art. 160.
[1029] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 160.

überwiegend die eheliche Gemeinschaft[1030] betreffen – beispielsweise für Fragen der Kindererziehung[1031] und der „Gestaltung des alltäglichen gemeinschaftlichen Lebens im Hause, de[s] gemeinschaftliche[n] gastliche[n] Verkehr[s] mit Dritten" –, nicht aber für „persönliche Angelegenheiten der Frau" – wie namentlich ihre „Gesundheitspflege", ihre „Korrespondenz", oder die Fragen, „wie sie sich kleiden will, welchen persönlichen Umgang sie wählt", „ob und in welchem Maße sie sich wohltätigen, künstlerischen, wissenschaftlichen Betätigungen widmen will".[1032] Sodann hob Egger hervor, das Entscheidungsrecht des Ehemannes habe als „äußerster Notbehelf" nur subsidiären Charakter – denn bei Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten verlange der aus Art. 159 ZGB hervortretende „Gemeinschaftsgedank[e]" primär die Konsensfindung.[1033] Ferner betonte Egger, der Ehemann dürfe sein Entscheidungsrecht nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB[1034] ausüben, sondern müsse dies im Einklang mit „den Interessen der Gemeinschaft" und „unter Wahrung der Persönlichkeitssphäre der Ehegatten" tun.[1035] Mit Blick auf die Wirkungen des Entscheidungsrechts stellte er zudem klar, „einen Rechtszwang zur Durchsetzung der ehemännlichen Entscheidung" bzw. ein „Züchtigungsrecht" bestehe nicht – der Ehemann könne bloss „gegenüber der renitenten Frau den Richter anrufen, sei es nach Art. 169 ff.[1036], sei es nach Art. 142[1037]".[1038] Damit ergibt sich, dass Egger aufgrund seiner Vorstellung gleichberechtigter Ehegatten ein autoritatives allgemeines Entscheidungsrecht des Ehemannes nur in engen Grenzen anerkannte.

In der *Zweitauflage* vertrat Egger gar eine noch restriktivere Ansicht: Ein Entscheidungsrecht liess er hier lediglich gelten, wenn und soweit dem Ehemann in seiner Stellung als Gemeinschaftshaupt eine Verantwortlichkeit „für die gute Ordnung im Hause" zukam.[1039] Für alle über diese Konstellationen hinausgehenden Bereiche lehnte er ein Entscheidungsrecht demgegenüber ab:

[1030] Für „Fragen der Haushaltsführung" griff das Entscheidungsrecht nach Eggers Ansicht insbesondere nur dann, wenn die Ehefrau, der das Recht zur Haushaltsführung alleine zustand, vgl. Art. 161 Abs. 3 ZGB, dasselbe missbräuchlich ausübte, EGGER I, Anm. 2b zu Art. 160.

[1031] Vgl. dazu Fn. 1026.

[1032] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 160.

[1033] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 160.

[1034] Für den Wortlaut dieser Bestimmung vgl. Fn. 351.

[1035] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 160. Traf der Ehemann eine Entscheidung, die nach Eggers Ansicht allein der Ehefrau zustand, bzw. traf er eine die Gemeinschaft betreffende Entscheidung in rechtsmissbräuchlicher Weise, verwies Egger die Ehefrau auf den Eheschutz i.S.v. Art. 169 ff. ZGB; EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 160.

[1036] Dazu Kapitel 3.2.2.1.

[1037] Dazu Kapitel 5.2.

[1038] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 160.

[1039] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 160. Egger nannte etwa die *strafrechtliche* Verantwortlichkeit (der Ehemann müsse seine Frau „von der gewerbsmäßigen Unzucht abhalten"), die *polizeiliche* Verantwortlichkeit (der Ehemann müsse für die „Beachtung der feuer-, wasser-, baupoliz. Anordnungen" sorgen) und die *privatrechtliche* Verantwortlichkeit aus Art. 333 ZGB (zur Letzteren vgl. Kapitel II.c.2.2); a.a.O. Der Ehefrau gewährte Egger selbst in diesen Fällen aber noch ein *Mitspracherecht*; vgl. EGGER II, Rn. 13 zu Art. 161.

„Die herrschaftliche Stellung des Mannes begründete im alten Recht seine umfassende Unterhaltspflicht und damit auch seine Entscheidungs- und Befehlsgewalt. Heute entfällt beides. Die Ehefrau ist mit unterhaltspflichtig und ein autoritatives Entscheidungsrecht verträgt sich nicht mehr mit der Idee der Gemeinschaft zweier gleichgestellter Lebensgefährten. Freiwillige Unterwerfung ist immer wieder unerläßlich; *eine Ordnung, die dem einen Ehegatten im vornherein das letzte Wort gibt, unbeachtlich seines Wertes oder Unwertes, läßt sich heute durch keine Rechtsgedanken mehr begründen* […]. Die Abgrenzung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten müßte auch zu unüberwindlichen Schwierigkeiten[1040] führen, da in der Ehe auch persönliche Angelegenheiten wie Gesundheitspflege, Verkehr, Korrespondenz zu gemeinschaftlichen werden können."[1041]

Damit vertrat Egger den Gedanken gleichgestellter Ehegatten hier noch schärfer als in der Erstauflage, was, wie Egger erkennen lässt, nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen ist, dass die Abgrenzung von Angelegenheiten der Gemeinschaft zu solchen der Ehefrau nicht einfach ist.

3.2.1.2 Stellung der Ehefrau

Wie beim Ehemann, leitete Egger auch die Rechte und Pflichten der Ehefrau aus deren Stellung in der ehelichen Gemeinschaft ab.[1042] Dabei war die Stellung der Ehefrau aufgrund der Stellung des Ehemannes als Gemeinschaftshaupt in verschiedener Hinsicht bereits vorgegeben:

3.2.1.2.1 „Einheit des Hauses", Art. 161 Abs. 1 ZGB

Deutlich manifestierte sich dieser Umstand in Art. 161 Abs. 1 ZGB[1043], gemäss welchem „die Ehefrau den Familiennamen und das Bürgerrecht des Ehemannes [erhielt]". Dazu bemerkte Egger:

„*Mann, Frau und Kinder* (270[1044]) sollen *einen Namen, einen Wohnsitz, ein Bürgerrecht* haben. Daß es Name, Wohnsitz, Bürgerrecht[1045] des Mannes sein soll, ist geschichtlich Ausfluß seiner herrschaftlichen Stellung. Im modernen Recht soll die Einheit des *Namens* die *Lebensgemeinschaft zum Ausdruck bringen*, die Einheit des *Wohnsitzes* die örtliche *Konzentration des Rechtsverkehrs* ermöglichen (vgl. Art. 168), die Einheit des *Bürgerrechts* die *Schicksalsgemeinschaft besiegeln* und den *Zusammenhalt der Familie* besonders in Zeiten von Not (Armengenössigkeit) und Krieg wahren."[1046]

[1040] Auf diese Problematik wies Egger schon in der Erstauflage hin; vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 160.
[1041] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 160.
[1042] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 5, 6 zu Art. 161; EGGER II, Rn. 1, 10 f., 13-16 zu Art. 161; für Huber vgl. Text zu Fn. 982.
[1043] Identisch Art. 168 Abs. 1 E-ZGB und Art. 184 Abs. 1 VE-ZGB.
[1044] Nach Art. 270 ZGB „[erhielten] die ehelichen Kinder den Familiennamen und das Bürgerrecht ihres Vaters".
[1045] Zu *Heimat und Wohnsitz* i.A. vgl. die Art. 22 ff. ZGB (bzw. Art. 23 ff. E-ZGB, Art. 18 ff. VE-ZGB).
[1046] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 161 – in Rn. 9 zu Art. 161 erwähnte Egger sodann die „steuerrechtliche Einheit".

Die „Einheit des Hauses“[1047] legitimierte Egger also mit der Überlegung, dass die eheliche Gemeinschaft – eben *weil* als *Gemeinschaft* ausgestaltet – auf die *„Einheit im Innern und nach außen“* ausgerichtet sei.[1048] Dies entsprach für Egger den im Zitat erwähnten Interessen der Familie. Allerdings konstatierte er in der Zweitauflage, „nach allen drei Richtungen ist heute diese Einheit problematisch geworden“.[1049] Diesen Gedanken griff er im Fortgang (nur) mit Blick auf das *Bürgerrecht* wieder auf:

> „Die Einheit des Bürgerrechts der beiden Ehegatten, im 19. Jahrh. ein allgemein anerkannter Grundsatz, wird im 20., besonders seit dem Weltkrieg, mehr und mehr abgelehnt. Er verstößt vor allem gegen das staatspolitische Bedürfnis nach Zusammenfassung der *eigenen* Kräfte. Die *Frauenbewegung* bekämpft ihn um der *Selbständigkeit der Frau willen*. Daß die *Inländerin* durch *Heirat mit dem Ausländer* von Gesetzes wegen ihr *heimatliches Bürgerrecht verlieren soll*[1050], erscheint sowohl *nationalpolitisch* als auch vom *Standpunkt der Frauenrechte* aus als *unberechtigt*, und daß die *Ausländerin durch Heirat* mit dem *Inländer* das inländische Bürgerrecht erwirbt, in vielen Fällen als *unerwünscht*. […]“[1051]

Die Problematik bei der Einheit des Bürgerrechts erblickte Egger also in *staatspolitischen* und *emanzipatorischen* Überlegungen. Auf die von ihm angesprochene Problematik der Einheit des Wohnsitzes sowie des Namens ging Egger dagegen nicht ein. Naheliegend erscheint, dass er auch hier emanzipatorische Erwägungen im Blick hatte. Eggers diesbezügliches Schweigen ist m.E. so zu deuten, dass Egger die Selbständigkeit der Ehefrau dem Gedanken der Einheit des Hauses unterordnete.

3.2.1.2.2 Beistandspflicht (Art. 161 Abs. 2 ZGB) und ihre Folgen

Aus der Pflicht *beider* Ehegatten, „das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen“, Art. 159 Abs. 2 ZGB, leitete Egger einerseits die Stellung des *Ehemannes* als *Gemeinschaftshaupt* – und insbesondere die daraus fliessende primäre *Unterhaltspflicht* – ab[1052], sowie andererseits die *„Beistandspflicht“*[1053] der *Ehefrau* – aus welcher sich für Egger gerade die in Art. 161 Abs. 3 ZGB[1054] normierte Pflicht zur *Haushaltsführung* ergab.[1055] Statuiert wurde diese Beistandspflicht in Art. 161 Abs. 2 ZGB[1056]: „Sie [sc. die Ehefrau] steht dem Manne mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen“. Die Stellung der

---

[1047] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 159 ff., Anm. 2 zu Art. 270; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 159, Rn. 1, 2 ff. zu Art. 270, Überschrift vor Rn. 1 zu Art. 161, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 25.
[1048] EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 159 ff., Anm. 1, 2a zu Art. 161; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 161.
[1049] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 161.
[1050] Für Näheres dazu vgl. EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 161.
[1051] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 161.
[1052] Vgl. Kapitel 3.2.1.1.
[1053] Vgl. nur EGGER II, Rn. 13 zu Art. 161.
[1054] Identisch Art. 168 Abs. 3 E-ZGB und Art. 184 Abs. 3 VE-ZGB.
[1055] EGGER I, Anm. 5-5b zu Art. 161, Anm. 5a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 161.
[1056] Fast identisch Art. 168 Abs. 2 E-ZGB, Art. 184 Abs. 2 VE-ZGB: „nach ihren Verhältnissen und Kräften“.

Ehegatten innerhalb der ehelichen Gemeinschaft ergab sich für Egger also explizit nicht „aus Gründen der Über- und Unterordnung", sondern aus einer „zweckmäßigen Arbeitsteilung" – die Egger bekanntlich für intern abänderbar hielt[1057] – zwischen einander Gleichgestellten.[1058] Aus der Beistandspflicht der Ehefrau leitete Egger zunächst deren Pflicht i.S.v. Art. 161 Abs. 3 ZGB zur *Haushaltsführung* ab – wobei Egger betonte, hierbei handle es sich zugleich um ein „nicht ohne hinreichenden Grund" verkürz- oder entziehbares *Recht* der Ehefrau.[1059] Sodann ergab sich für Egger aus der Beistandspflicht der Ehefrau eine Pflicht der Letzteren zur *Mitarbeit im Geschäft bzw. Beruf* des Ehemannes, sofern diese Mitarbeit unter Berücksichtigung aller Verhältnisse des Einzelfalls als angängig erschien.[1060] Ferner folgerte Egger aus der Beistandpsflicht der Ehefrau weitere *Leistungspflichten* derselben: Egger legitimierte damit einerseits gewisse Pflichten, die das *Güterrecht* der Ehefrau auferlegte[1061], und andererseits ihre (vom Gesetz nicht explizit vorgesehene) *subsidiäre Unterhaltspflicht*.[1062] Ebendiese folgerte Egger „aus dem Gemeinschaftsgedanken und der in ihm verwurzelten Beistandspflicht" für den Fall, dass der Ehemann nicht (hinreichend) in der Lage war, sich selbst zu unterhalten bzw. seiner primären Unterhaltspflicht für die Familie nachzukommen.[1063] Eine subsidiäre Unterhaltspflicht der Eheferau hatte auch schon Huber aus deren Beistandspflicht konstruiert.[1064]

3.2.1.2.3 Recht, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten, Art. 163 ff. ZGB

Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB[1065] „[hatte] die Ehefrau in der Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes die Vertretung der Gemeinschaft neben dem Ehemann". Dieses *ordentliche* Vertretungsrecht ergab sich nach Eggers Ansicht aus dem Umstand, dass der Ehefrau nach Art. 161 Abs. 3 ZGB organisatorisch die Rolle zukam, den Haushalt zu führen – *in diesem Umfang*[1066] musste ihr s.E. auch die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft, die sog. *Schlüsselgewalt*, zustehen.[1067] Egger hielt, angelehnt an Huber[1068], fest, der Ehefrau komme im Bereich der Schlüsselgewalt, „nicht anders

---

[1057] Vgl. bei Fn. 1011, 1012.

[1058] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 160, Anm. 5, 5a zu Art. 161; vgl. auch EGGER II, Rn. 5, 7 zu Art. 159, Rn. 14 zu Art. 161.

[1059] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 161, Anm. 2c zu Art. 169; vgl. auch EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 161.

[1060] Vgl. EGGER I, Anm. 5b zu Art. 161; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 161, jeweils m.w.H. zu den Einzelheiten.

[1061] Dazu Kapitel 4.1.1.2.1.

[1062] EGGER I, Anm. 6 zu Art. 161, Anm. 5a zu Art. 160; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 161.

[1063] EGGER II, Rn. 15 zu Art. 161. Für die güterrechtliche Behandlung dieses Unterhaltsbeitrags vgl. Fn. 1246.

[1064] Vgl. Erl. Bd. I, S. 155 f. (= BeK II, Rn. 376 f.).

[1065] Abgesehen von der Wortfolge identisch Art. 170 Abs. 1 E-ZGB und Art. 186 Abs. 1 VE-ZGB, wobei Letzterer den (selbstverständlichen) Passus „neben dem Ehemann" nicht enthielt.

[1066] Zu dem von Egger in diesem Zusammenhang erwähnten Anspruch der Ehefrau auf *Haushaltungsgeld* vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 163, Anm. 2c zu Art. 169; EGGER II, Rn. 1, 10 zu Art. 163, Rn. 14 zu Art. 161.

[1067] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 162, Anm. 1, 2c zu Art. 163; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 163.

[1068] Vgl. Erl. Bd. I, S. 156 f. (= BeK II, Rn. 378 f., 381 ff.). Nicht missverstanden werden darf Hubers Aussage an anderer Stelle, wonach die Ehefrau „den Ehemann vertritt und verpflichtet" – „sie also tatsächlich die

als dem Ehemann, die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters zu".[1069] Unter die von Art. 163 Abs. 1 ZGB erwähnten „laufenden Bedürfnisse des Haushaltes" fiel für Egger insbesondere der tägliche Bedarf an Lebensmitteln, Kleidern usw., namentlich aber nicht „die Wohnungsmiete, die Anstellung von Kutschern, Gärtnern, die Anschaffung einer neuen Wohnungseinrichtung".[1070] Sofern die Vertretungshandlungen der Ehefrau „nicht in einer für Dritte erkennbaren Weise" die Schlüsselgewalt überstiegen[1071], wurde daraus der Ehemann verpflichtet, Art. 163 Abs. 2 ZGB[1072],[1073] – andernfalls (nur) die Ehefrau[1074].

Der Ehemann konnte zum einen seiner Ehefrau für Geschäfte betreffend die eheliche Gemeinschaft, welche die ordentliche Vertretungsbefugnis [1075] überstiegen, ein *ausserordentliches* Vertretungsrecht einräumen, Art. 166 ZGB[1076], – was, wie Egger bemerkte, dieselben Rechtsfolgen zeitigte wie die Vertretung im Rahmen der Schlüsselgewalt.[1077] Zum andern konnte er der Ehefrau umgekehrt aber auch die Schlüsselgewalt ganz oder teilweise *entziehen*[1078], wenn die Ehefrau „die ihr vom Gesetz im Haushalt eingeräumte Vertretungsbefugnis [missbrauchte[1079]] oder sie sich als unfähig zu deren Ausübung [erwies]", Art. 164 Abs. 1 ZGB[1080]. Diese Entziehung

---

Vertretung im Namen und auf Rechnung des Ehemannes [ausübt]"; Erl. Bd. I, S. 198 (= BeK II, Rn. 499). Hier hatte Huber den Fall im Blick, dass der Ehemann oder der Richter der Ehefrau ein *allgemeines* Vertretungsrecht – wie es dem Ehemann zusteht – einräumte. Darin liegt übrigens insofern eine (rein dogmatische) Abweichung zu Egger, als dass dieser annham, die Ehefrau vertrete hier *nicht* den *Ehemann*, sondern direkt die *eheliche Gemeinschaft* – vgl. Text zu Fn. 1077.

[1069] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 163.

[1070] EGGER I, Anm. 4a, 4b zu Art. 163, vgl. auch Anm. 4c zu Art. 163; EGGER II, Rn. 4 ff. zu Art. 163. Vgl. auch Erl. Bd. I, S. 157, 198 (= BeK II, Rn. 381, 498).

[1071] D.h. für Egger weder *inhaltlich* noch hinsichtlich des *Umfangs*, vgl. EGGER I, Anm. 4c, 6 zu Art. 163; EGGER II, Rn. 4 ff., 11 f. zu Art. 163.

[1072] Wörtlich fast identisch Art. 170 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 186 Abs. 3 VE-ZGB. Abw. zum E-ZGB und ZGB bestimmte Art. 186 Abs. 2 VE-ZGB explizit: „Anordnungen des Ehemannes, die die Frau in ihrer Vertretungsbefugnis beschränken, sind gegenüber gutgläubigen Dritten nicht rechtswirksam."

[1073] Vgl. dazu bei Fn. 1000; EGGER I, Anm. 5 f. zu Art. 163; EGGER II, Rn. 1, 11 f. Zur subsidiären Haftung der Ehefrau für Haushaltsschulden vgl. Kapitel 4.1.1.2.2, 4.1.2.

[1074] Vgl. nur EGGER I, Anm. 6b zu Art. 164; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 163 und Kapitel 4.1.1.2.2, 4.1.2.

[1075] Beachte den Hinweis in Fn. 963.

[1076] Wörtlich fast identisch Art. 173 E-ZGB und Art. 189 VE-ZGB.

[1077] EGGER I, Anm. 2a, 3a zu Art. 166; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 166; dogmatisch abw. Huber, vgl. Fn. 1068.

[1078] Gemäss Art. 164 Abs. 2 ZGB war diese Entziehung „gutgläubigen Dritten gegenüber nur dann rechtswirksam, wenn sie von der zuständigen Behörde veröffentlicht worden [war]". Übereinstimmend, jedoch mit Zuständigkeit des *Richters:* Art. 171 Abs. 2 E-ZGB und Art. 187 Abs. 2 VE-ZGB.

[1079] Egger stellte klar, die Ehefrau dürfe das Vertretungsrecht *nicht zweckwidrig* ausüben – Egger verband das Vertretungsrecht mit einer Pflicht zur „getreue[n] und sorgfältige[n] Ausführung" im Dienste der ehelichen Gemeinschaft, vgl. EGGER I, Anm. 3b, 6a zu Art. 163, Anm. 1b zu Art. 164; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 164.

[1080] Bis auf eine abw. Wortstellung fast identisch Art. 171 Abs. 1 E-ZGB und Art. 187 Abs. 1 VE-ZGB, wobei *Letzterer* aber eine Entziehung der Vertretung „durch den Richter auf Ansuchen des Ehemannes" vorsah.

[1080] Bis auf eine abw. Wortstellung fast identisch Art. 171 Abs. 1 E-ZGB und Art. 187 Abs. 1 VE-ZGB, wobei *Letzterer* aber eine Entziehung der Vertretung „durch den Richter auf Ansuchen des Ehemannes" vorsah.

bzw. Beschränkung konnte die Ehefrau gemäss Art. 165 Abs. 1 ZGB[1081] vom Richter aufheben lassen, „sobald nachgewiesen [wurde], dass sie ungerechtfertigt [war]“.[1082] Egger äusserte sich zum Recht des Ehemannes zur Entziehung bzw. Beschränkung der Schlüsselgewalt in beiden Kommentarauflagen insofern kritisch, als er eine – wie im VE-ZGB vorgesehene[1083] – *gerichtliche* Entziehungsmöglichkeit präferiert hätte.[1084] Der Sache nach hielt er dieses Recht allerdings für legitim, weil es s.E. einen Schutz der Interssen der ehelichen Gemeinschaft bedeutete; namentlich für die Fälle, dass die Ehefrau „erheblich über den Bedarf hinaus [einkauft]“ respektive ihren gesetzlichen Aufgaben „nicht gewachsen“ war.[1085] Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Zweitauflage, wo Egger – wiederum angelehnt an Huber[1086] – die aus Gleichstellungsüberlegungen hervorzuhebende (sich aus dem Gesetz nicht explizit ergebende) Ansicht vertrat, die *Ehefrau* könne im Rahmen eines Eheschutzverfahrens die Entziehung der Vertretungsbefugnis des *Ehemannes* erwirken – und zwar aus denselben Gründen wie dem Ehemann dieses Recht ihr gegenüber zustehe.[1087]

3.2.2 Schutz der ehelichen Gemeinschaft

Die Art. 169-177 ZGB standen unter der Marginalie „Schutz der Gemeinschaft“. Darin enthalten waren einerseits Bestimmungen zu Massnahmen, die das *Gericht* auf Ansuchen eines Ehegatten zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft anordnen konnte, und andererseits *gesetzliche Regelungen*, die direkt – also ohne Anrufung des Gerichts – auf den Schutz der ehelichen Gemeinschaft abzielten.

3.2.2.1 (Indirekter) Eheschutz durch das Gericht, Art. 169 ff. ZGB

Nach Art. 169 Abs. 1 ZGB[1088] konnte ein Ehegatte „den Richter um Hülfe angehen“, wenn der andere Ehegatte „gegenüber der Gemeinschaft pflichtvergessen [war] oder seine Handlungsweise den andern in Gefahr, Schande oder Schaden [brachte]“. In solchen Fällen hatte der Richter, Art. 169 Abs. 2 ZGB[1089], „den pflichtvergessenen Ehegatten an seine Pflicht zu mahnen[1090] und nach fruchtloser Mahnung die zum

---

[1081] Davon wichen die Art. 172 Abs. 1 E-ZGB und Art. 188 Abs. 1 VE-ZGB materiell insofern ab, als sie das Recht, die Aufhebung zu verlangen, *beiden* Ehegatten gewährten. Beachte ferner die abw. Formulierung im E-ZGB: „sobald sie sich als ungerechtfertigt erweist“; bzw. im VE-ZGB: „sobald die Umstände es erlauben“.
[1082] Nach Art. 165 Abs. 2 ZGB „[war] die Aufhebung zu veröffentlichen, wenn die Entziehung veröffentlicht worden war“, s. Fn. 1078. Ebenso (im entsprechenden Sinn) Art. 172 Abs. 2 E-ZGB, Art. 188 Abs. 2 VE-ZGB.
[1083] Vgl. Fn. 1080; Erl. Bd. I, S. 157 (= BeK II, Rn. 383); Prot., S. 208 f. (= BeK III, Rn. 1757).
[1084] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 164; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 164.
[1085] EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 164; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 164.
[1086] Vgl. Erl. Bd. I, S. 156 (= BeK II, Rn. 380).
[1087] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 164.
[1088] Wörtlich fast identisch Art. 177 Abs. 1 E-ZGB und Art. 192 Abs. 1 VE-ZGB.
[1089] Der Passus „vom Gesetz vorgesehenen“ fehlte in Art. 177 Abs. 2 E-ZGB und Art. 192 Abs. 2 VE-ZGB.
[1090] Egger hielt fest, bei *Gefahr im Verzuge* könne die Mahnung ausbleiben; EGGER I, Anm. 3 zu Art. 169; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 169. Insbesondere konnte ein Ehegatte nach Eggers Ansicht den gemeinsamen Haushalt auch *eigenmächtig* aufheben. Diesfalls habe der angerufene Richter nachträglich zu entscheiden,

Schutze der Gemeinschaft erforderlichen[1091], vom Gesetz vorgesehenen Massregeln" zu treffen. Als eine solche Massregel nannte Art. 170 Abs. 1[1092] ZGB[1093] die vorübergehende *Aufhebung des gemeinsamen Haushalts*, wenn und solange „die Gesundheit, der gute Ruf oder das wirtschaftliche Auskommen eines Ehegatten durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet [wurde]". Diesfalls hatte der Richter „auf das Begehren eines Ehegatten [...] die Beiträge des einen Ehegatten an den Unterhalt[1094] des andern festzusetzen", Art. 170 Abs. 3 ZGB[1095]. Als weitere Massregel bestimmte Art. 171 ZGB[1096], dass „der Richter, wenn der Ehemann[1097] die Sorge für Weib und Kind [vernachlässigte], die *Schuldner der Ehegatten* [...] anweisen [konnte], ihre Zahlungen ganz oder zum Teil der Ehefrau zu leisten". All diese vom Richter unter Berücksichtigung der Lage des Einzelfalls anzuordnenden Massnahmen sollten nach Eggers Ansicht auf „eine Beseitigung der Störung, eine Verhütung weiterer Schädigung und Gefährdung, eine Heilung der erfolgten Verletzungen" abzielen und dadurch „vor der Auflösung der Ehe bewahren" – sie mussten für Egger einerseits eben *„Schutz und Erhaltunng der ehelichen Gemeinschaft"* und andererseits auch, vgl. Art. 169 Abs. 1, Art. 170 Abs. 1, Art. 171 ZGB, *„Schutz der Persönlichkeit"* von Ehegatten und ihren Kindern[1098] bezwecken:[1099]

---

ob die Aufhebung gerechtfertigt gewesen sei, EGGER I, Anm. 3a zu Art. 170; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 170. Bei *nicht* gerechtfertigtem Getrenntleben entfiel nach Eggers Ansicht der in Art. 170 Abs. 3 ZGB genannte Unterhaltsanspruch; EGGER I, Anm. 3c, 4 zu Art. 170; EGGER II, Rn. 7, 4 zu Art. 170; s. auch Erl. Bd. I, S. 160 (= BeK II, Rn. 390). Allgemein zur Frage der *Zulässigkeit zwangsweiser Durchsetzung* der Eheschutzmassnahmen: EGGER I, Anm. 5c zu Art. 169; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 169; Erl. Bd. I, S. 112 f., 159 ff. (= BeK II, Rn. 266, 387 ff.).

[1091] Gemäss Art. 172 ZGB „[waren] die richterlichen Verfügungen, sobald ihr Grund weggefallen [war], auf Begehren eines Ehegatten wieder aufzuheben". Vgl. dazu auch Art. 180 E-ZGB und Art. 195 VE-ZGB.

[1092] Art. 170 Abs. 2 ZGB gewährte jedem Ehegatten das Recht, „nach Einreichung einer Klage auf Scheidung oder Trennung [...] für die Dauer des Rechtsstreites" den gemeinsamen Haushalt aufzuheben. Übereinstimmend Art. 178 Abs. 2 E-ZGB, der die Trennungsklage nicht explizit erwähnte. Im VE-ZGB fehlte diese Regelung.

[1093] Art. 178 Abs. 1 E-ZGB war bis auf die Wortfolge identisch formuliert, sprach aber vom Recht, „getrennt zu wohnen". Art. 193 Abs. 1 VE-ZGB entsprach in diesem Punkt zwar dem ZGB, wich von diesem aber insofern ab, als er schlicht eine ernstliche Gefährdung des *„Wohl[es]"* des entsprechenden Ehegatten voraussetzte.

[1094] Beachte Fn. 1090.

[1095] Materiell übereinstimmend Art. 178 Abs. 3 E-ZGB und Art. 193 Abs. 2 VE-ZGB.

[1096] Wörtlich fast identisch Art. 179 E-ZGB und Art. 194 VE-ZGB.

[1097] Respektive, wie Egger betonte, gegebenenfalls die *Ehefrau* – vgl. dazu bei Fn. 1011, 1012.

[1098] Zur ehelichen Gemeinschaft zählte Egger auch die Kinder; vgl. Fn. 1708 und schon nur Art. 171 ZGB.

[1099] EGGER I, Anm. 2a, 4a zu Art. 169, Anm. 1 zu Art. 171, Vorbem. 2a, 2b FamR, Vorbem. 4 PersR, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 170, wo Egger betonte, bei der Regelung des Getrenntlebens müsse „die geringstmögliche Schädigung der ehelichen Gemeinschaft" entscheidend sein (so auch EGGER II, Rn. 1, 5 zu Art. 170). Für EGGER II vgl. sogleich Text zu Fn. 1107. Für die *gesetzlichen Voraussetzungen* des Eheschutzes im Einzelnen s. EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 169, Anm. 2a, 2c zu Art. 170, Anm. 2 zu Art. 171; EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 169, Rn. 2 ff. zu Art. 170, Rn. 2 zu Art. 171.

„Die Ehe ist als *Gemeinschaft* ausgestaltet […]. Ihr soll die Rechtsordnung auch ihren besonderen *Schutz* gewähren. Schon die einläßliche Regelung der persönlichen Gemeinschaft selbst (159-161)[1100], der Stellvertretungsverhältnisse (162-164)[1101], der Berufs- und Gewerbeausübung durch die Frau (167 […])[1102], das Verbot der Betreibung unter Ehegatten (173-176)[1103], das Interzessionsverbot (177 […])[1104] und ebenso die Regeln über die richterliche Gütertrennung (183 Ziff. 1)[1105] und den Arbeitserwerb der Frau (191, 192)[1106] betreuen die eheliche Gemeinschaft. Den gleichen Zweck verfolgt der hier vorgesehene besondere richterliche Schutz, der freilich nicht mehr von Amtes wegen, sondern nur noch auf Begehren einsetzt und der einerseits unmittelbar die *Ehegatten selbst schützen* soll (Art. 169, 171 […]), anderseits aber auch die *eheliche Gemeinschaft vor dem Zerfall* retten will, vor allem mittelbar dadurch, daß das zeitweilige Getrenntleben eine angemessene Regelung erfährt […].“[1107]

Diese beiden Zwecke – Schutz der ehelichen Gemeinschaft einerseits und Schutz der Persönlichkeit der Ehegatten andererseits – hatte auch schon Huber vor Augen, welcher zum einen bemerkt hatte:

„[…] Und doch läßt es sich auch kaum bezweifeln, daß in gar vielen Fällen durch ein milderes Einschreiten [sc. als der Scheidung] dem gröbsten Unfug noch bei Zeiten gesteuert werden kann, und daß einem erfahrenen und wohlwollenden Richter damit in häufigen Fällen Gelegenheit gegeben sein wird, eine *erträgliche Gemeinschaft* unter den Ehegatten *wieder herzustellen*.“[1108]

Zum andern hatte Huber konstatiert, die Eheschutzmassnahmen böten einen „*Schutze* des einen Ehegatten gegen den andern“.[1109] Bemerkenswert erscheinen in diesem Zusammenhang auch jene Überlegungen Hubers, die diesen überhaupt zur Aufnahme der Bestimmungen zum Eheschutz bewogen hatten. Angesichts der unterschiedlichen Pflichten, die dem Ehemann und der Ehefrau zukamen, hatte sich Huber nämlich gefragt, wie bei Pflichtverletzungen zu verfahren sei.[1110] Unter dem Gesichtspunkt der „Ausbildung einer Aufsicht über die familienrechtlichen Verhältnisse, die im modernen Rechte zur Anerkennung gebracht werden muss“, hatte Huber dazu zwar zunächst bemerkt:[1111]

[1100] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1, 3.2.1.2.
[1101] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.1, 3.2.1.2.3.
[1102] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.2.
[1103] Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.2.1.
[1104] Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.2.2.
[1105] Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.
[1106] Vgl. dazu Kapitel 4.2.1.2.
[1107] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 169, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 171, Rn. 17 f. Einl. FamR.
[1108] Botsch.-ZGB, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299); Prot., S. 217 (= BeK III, Rn. 1823); StenBull NR 1905, S. 658; vgl. aber auch Erl. Bd. I, S. 159 f. (= BeK II, Rn. 387), wo Huber eingeräumt hatte, dass „in einigen der allerwichtigsten Fälle nur das Hilfsmittel der Ehescheidung ausreichenden Schutz gewähren kann“.
[1109] Erl. Bd. I, S. 159 (= BeK II, Rn. 387); StenBull NR 1905, S. 658.
[1110] Vgl. Erl. Bd. I, S. 111 f. (= BeK II, Rn. 264 ff.).
[1111] Erl. Bd. I, S. 102 f. (= BeK II, Rn. 244).

„Wo die moderne Gesetzgebung einsetzen muss, handelt es sich *nicht* um die moralischen Beziehungen unter *Gleichgestellten*, wie unter den *Ehegatten*, sondern um den *Schutz der Schwachen und Unmündigen*. […]"[1112]

Im Fortgang hatte Huber dann allerdings festgehalten:

„[…] Die Ausgestaltung des Aufsichtsrechtes, der öffentlichen Gewalt, die über der Familie steht und zu ihrem Schutze einzugreifen hat, gehört wesentlich dem Vormundschaftsrechte an, vermag aber auch im Eltern- und Kindesrecht ihre Anerkennung zu erstreiten *und muss namentlich im Eherecht zu einer Anerkennung gelangen,* die ihr mit Unrecht hier meist vorenthalten wird."[1113]

Huber war deshalb zum Schluss gelangt, es empfehle sich, in einem raschen Verfahren „jedem Ehegatten die Befugnis einzuräumen, den andern bei Pflichtvergessenheit *gerichtlich belangen* und gegen diesen die erforderlichen Massregeln veranlassen zu können […]".[1114] Dies hatte sich für Huber umso mehr aufgedrängt, als sich dadurch die Stellung der Ehefrau im Vergleich zum bisherigen Recht verbesserte – konnte sich Erstere bis anhin doch „gegenüber einem pflichtvergessenen Ehemann nur dadurch helfen, dass sie ihn bei den Vormundschafts- oder Polizeibehörden verklagt oder die Scheidung anbegehrt".[1115] Insofern hatte Huber zu bedenken gegeben:

„Man sagt nun allerdings, diese Verhältnisse [sc. die gegenseitigen Pflichten der Ehegatten] gehören der guten Sitte und nicht dem Recht an, und wohl der Ehe, bei der es so ist. Aber wenn Verletzungen eintreten, so bedeutet die Verweisung auf die gute Sitte für die *misshandelte Ehefrau eben doch nichts anderes als Rechtslosigkeit*. […]"[1116]

Er hatte daher konkludiert:

„Gewiss ist es eine der besten *Emanzipationen*, wenn der Ehefrau die angeführten *kleinern Mittel zu ihrem Schutze* zur Verfügung gestellt werden, damit die *Ehescheidung* für *schwerere Fälle* vorbehalten und *seltener* werden kann."[1117]

Bezüglich dieser von Huber hier als „kleinern Mittel" bezeichneten richterlichen Massnahmen sprach sich Egger in beiden Kommentarauflagen für eine weitgehende Handlungsfreiheit des Richters aus: Egger bezeichnete es, da s.E. zu eng gefasst, als „leidige[n] Beschluß des Nationalrates", dass der Richter gemäss Art. 169 Abs. 2 ZGB lediglich „die vom Gesetz vorgesehenen" – also die in Art. 170 und 171

[1112] Erl. Bd. I, S. 102 f. (= BeK II, Rn. 244) – vgl. aber Hubers insofern *widersprüchliche Ausführungen* in den Kapiteln 3.2.2.2, 4.2.2. Hier ergibt sich auch ein Unterschied zu Egger, der im gesetzlichen Schutz von Ehefrau und Kindern – die er, eigentlich konzeptionswidrig, an einer Stelle *beide* als *schwache Personen* bezeichnete (konkret merkte er zu den Kindern an, diese seien „schwach und hilfsbedürftig, auf Pflege und Erziehung angewiesen – erst werdende Persönlichkeit", vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 273) – den „wesentlichsten Teil des ‚sozialen Privatrechts'" erblickte; EGGER II, Rn. 18 Einl. FamR.

[1113] Erl. Bd. I, S. 103 (= BeK II, Rn. 245).

[1114] Erl. Bd. I, S. 112, 161 f. (= BeK II, Rn. 266, 393).

[1115] Erl. Bd. I, S. 113 (= BeK II, Rn. 268).

[1116] Erl. Bd. I, S. 113 f. (= BeK II, Rn. 269).

[1117] Erl. Bd. I, S. 113 (= BeK II, Rn. 268).

ZGB[1118] erwähnten – Massnahmen treffen konnte.[1119] Mit Blick auf die Zwecke des gerichtlichen Eheschutzes betonte Egger, dem Eheschutzrichter müsse es offenstehen, sämtliche im Gesetz vorgesehene Anordnungen auszusprechen, die nach kantonalem Recht in dessen Zuständigkeitsbereich fielen – so regelmässig „die Aufhebung des Entzuges der Schlüsselgewalt (Art. 165), die Gestattung der Berufsausübung (Art. 167 Abs. 2), die Anordnung der Gütertrennung (Art. 183 ff.[1120])" –; ebenso sollte s.E. der Eheschutzrichter all jene Anordnungen treffen können, die sich *indirekt* aus den Art. 170 f. ZGB ergeben konnten, wie insbesondere die Vornahme der Kindeszuteilung analog Art. 156 ZGB[1121] sowie die Zuteilung des Hausrats.[1122] Endlich gewährte Egger dem Eheschutzrichter das Recht, solche Anordnungen zu treffen, die in andern Gesetzesabteilungen vorgesehen waren – wie etwa die Erstattung einer „Anzeige an die Vormundschaftsbehörde zum Zwecke des Kinderschutzes, Art. 283 ff., 297 ff.[1123], zur Einleitung des Entmündigungsverfahrens, Art. 369 Abs. 2[1124]".[1125]

Auch hier zeigt sich eine Parallele zu Huber: Bei der näheren Vorstellung der richterlichen Massnahmen hatte Huber Formulierungen wie „namentlich" oder „u.a.m." verwendet, sodass der Schluss nahe liegt, dass auch Huber die im Gesetz erwähnten Eheschutzmassnahmen als nicht abschliessend verstanden hatte.[1126] Huber hatte sogar bemerkt, dass „*einige besonders wichtige Fälle* dieser Schutzmassregeln durch einlässlichere Vorschriften speziell hervorzuheben sind", und dazu klargestellt:[1127]

> „Die Massregeln werden von dem Richter auf Ansuchen des einen Ehegatten gegen den andern nach *freiem Ermessen* getroffen. Sie sollen dem verletzten Ehegatten *soweit möglich* rechtlichen Schutz gewähren. […]"[1128]

Diese Aussage erhärtet nicht nur die Vermutung, dass Huber dem Richter bei der Anordnung von Massnahmen einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt hatte, sondern zeigt auch, dass das Einschreiten nach seiner Ansicht – die Egger teilte[1129] – nicht von Amtes wegen geschehen durfte:

[1118] Zu diesen Bestimmungen vgl. den Anfang dieses Kapitels.
[1119] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 169; vgl. auch EGGER II, Rn. 7 zu Art. 169.
[1120] Vgl. zur *Gütertrennung* Kapitel 4.1.2.
[1121] Vgl. dazu Kapitel 5.3.1.3.1.
[1122] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 169, Anm. 3d zu Art. 170; vgl. auch EGGER II, Rn. 7 zu Art. 169, Rn. 5 f. zu Art. 170.
[1123] Zu Art. 283 ff. bzw. Art. 297 ff. ZGB vgl. Kapitel II.a.5.2.2.4.
[1124] Vgl. dazu Kapitel III.a.2.1.
[1125] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 169; vgl. auch EGGER II, Rn. 7 zu Art. 169.
[1126] Erl. Bd. I, S. 112 (= BeK II, Rn. 266); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299) – und dabei insbesondere Hubers Bemerkung, „*andere Maßregeln* werden in das *Ermessen des Richters* gestellt (Art. 192)" (gemeint war Art. 192 VE-ZGB – s. dazu bei Fn. 1088).
[1127] Erl. Bd. I, S. 159 f. (= BeK II, Rn. 387), vgl. im Einzelnen S. 160 ff. (= BeK II, Rn. 389 ff.); Botschaft, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299).
[1128] Erl. Bd. I, S. 160 (= BeK II, Rn. 389); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299).
[1129] Vgl. nur Text zu Fn. 1107.

„Wer richterliche Mißgriffe befürchtet, darf nicht übersehen, daß ein Eingreifen von Amtes wegen nicht vorgeschrieben wird. Es bedarf eines *Begehrens des verletzten Ehegatten*, namentlich der Ehefrau, um den Richter in Tätigkeit zu versetzen, und liegt ein solches vor, so geht es nicht an, eine amtliche Hülfe zu verweigern."[1130]

Damit ist festzuhalten, dass Egger und Huber beim Eheschutz auf einer Linie lagen.

3.2.2.2 (Direkter) Eheschutz durch das Gesetz

3.2.2.2.1 Ausschluss der Zwangsvollstreckung, Art. 173 ff. ZGB

Gemäss Art. 173 Abs. 1 ZGB[1131] „[war] während der Ehe unter den Ehegatten die Zwangsvollstreckung bezüglich ihrer Ansprüche nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen zulässig". Diese Fälle wurden in den Art. 174-176 ZGB geregelt. Festgehalten sei an dieser Stelle lediglich, dass Egger den in Art. 173 Abs. 1 ZGB statuierten grundsätzlichen Ausschluss der Zwangsvollstreckung als gesetzliche Massnahme zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft begriff:

„Die Ehegatten sollen einander nicht als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, einander auspfänden oder in Konkurs treiben können. […] Insbesondere erklärte dieses letztere [sc. das Bundesrecht] deshalb Forderungen der Ehegatten gegen einander während der Dauer der Ehe für unverjährbar (O.R. 153 [sc. OR 1883], rev. 134 Ziff. 3 [sc. OR 1912])."[1132]

In diesem Sinne – mit der *Gebundenheit* der Ehegatten in der Gemeinschaft – hatte auch Huber implizit argumentiert.[1133] Die in den Art. 174-176 ZGB von dem in Art. 173 Abs. 1 ZGB statuierten Grundsatz abweichenden Ausnahmen begriff Egger – angelehnt an Huber[1134] – aufgestellt „im Interesse der Ehegatten selbst" (Art. 174 ZGB[1135]); „zum Schutz des einen Ehegatten gegen den andern" (Art. 176 ZGB[1136]) oder aber „zum Schutze der Gläubiger" (Art. 175 ZGB[1137]).[1138]

[1130] Botsch.-ZGB, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299).

[1131] Materiell übereinstimmend Art. 181 Abs. 1 E-ZGB und Art. 196 VE-ZGB.

[1132] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 173; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 173, Rn. 7 zu Art. 159.

[1133] Vgl. Erl. Bd. I, S. 113, 162 ff. (= BeK II, Rn. 267, 395 ff.); Botsch.-ZGB, S. 25 f. (= BeK III, Rn. 11299); StenBull NR 1905, S. 658.

[1134] Vgl. wie Fn. 1133.

[1135] Art. 174 ZGB lautete: „Wird gegen einen Ehegatten von dritter Seite die Schuldbetreibung angehoben, so ist der andere Ehegatte befugt, sich für seinen Anspruch der Pfändung anzuschliessen oder sich am Konkurse zu beteiligen." Für die *Entwürfe* vgl. Art. 182 E-ZGB und Art. 197 VE-ZGB.

[1136] Art. 176 ZGB lautete: „(1) Zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung ist die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig. (2) Das gleiche gilt für Beiträge, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern durch den Richter auferlegt worden sind." Für die *Entwürfe* vgl. Art. 184 E-ZGB und Art. 199 VE-ZGB.

[1137] Art. 175 ZGB lautete: „(1) Kommen die Gläubiger des einen Ehegatten bei der Betreibung auf Pfändung zu Verlust, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten fällig und können gepfändet werden. (2) Wird über einen Ehegatten der Konkurs eröffnet, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten zur Masse gezogen." Für die *Entwürfe* vgl. Art. 183 E-ZGB und Art. 198 VE-ZGB.

[1138] Vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 173, vgl. auch Anm. vor Anm. 1 zu Art. 174, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 175, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 176; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 173, Rn. 1 zu Art. 174, Rn. 2 zu Art. 175, Rn. 1 zu Art. 176.

3.2.2.2.2 Behördliche Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften, Art. 177 ZGB

Gemäss Art. 177 Abs. 1 ZGB[1139] „[waren] die Ehegatten befugt, Rechtsgeschäfte miteinander einzugehen", doch bedurften dabei nach Art. 177 Abs. 2 ZGB[1140] jene „Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, die das *eingebrachte Gut der Ehefrau*[1141] oder das *Gemeinschaftsgut*[1142] [betrafen], zu ihrer Gültigkeit[1143] der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde". Nötig war diese Zustimmung gemäss Art. 177 Abs. 3 ZGB[1144] ferner dann, wenn die Ehefrau gegenüber Dritten Verpflichtungen „zu gunsten des Ehemannes" einging.

Die in Art. 177 Abs. 2 und 3 ZGB getroffenen Regelungen begriff Egger als Überrest früherer, von „Bevormundungs- und Schutztendenzen beherrschte[r]" Rechte – sie kontrastierten s.E. zum „moderne[n] Individualismus", dem es entsprochen hätte, „wenn […] die handlungsfähige Ehefrau mit dem Ehemann *alle* Rechtsgeschäfte […] abschließen, auch Dritten gegenüber *alle* Arten von Verpflichtungen zugunsten des Mannes übernehmen kann […]".[1145] Während Egger aber in der Erstauflage die besagten Gesetzesbestimmungen m.E. tendenziell als eine Nachwirkung der „Zurücksetzung der Frau"[1146] begriff, hielt er sie in der Zweitauflage für durchaus begründet.[1147] So stellte er hier mit Blick auf Art. 177 Abs. 2 ZGB fest, dieser schütze *beide* Ehegatten vor „Machenschaften des Partners"[1148], und Art. 177 Abs. 3 ZGB bezeichnete er gar als „vollauf berechtigt"[1149]:

> „Die Ehefrau kann sich den Ansinnen, die ihr Mann und seine Gläubiger an sie stellen, sehr oft nicht erwehren; ein schönster Grundzug ihres Wesens, ihre Hülfsbereitschaft, wird ihr alsdann zum Verhängnis. Den traditionellen Interzessions-Erschwerungen liegt somit eine psychologische Einsicht zu Grunde, die heute noch zutrifft. Vor allem aber liegt in diesem *Schutz der Ehefrau* immer auch ein *Schutz der Familie*. Wird jene in ihrer

---

[1139] Identisch Art. 185 Abs. 1 E-ZGB und Art. 200 Abs. 1 VE-ZGB.

[1140] Abw. zum ZGB beschränkte sich Art. 185 Abs. 2 E-ZGB zum einen nicht auf Rechtsgeschäfte *zwischen Ehegatten* und setzte zum andern für die Wirksamkeit dieser Geschäfte gegenüber Dritten eine *Eintragung im Ehegutsregister* voraus. Demgegenüber verlangte Art. 200 Abs. 2 VE-ZGB nur die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde – dies aber für *alle* „Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme mit Dritten die Ehefrau die Einwilligung des Ehemannes nötig hätte".

[1141] Für Näheres dazu vgl. Kapitel 4.1.

[1142] Für Näheres dazu vgl. bei Fn. 1167.

[1143] Technisch nahm Egger eine *Beschränkung der Handlungsfähigkeit* an, vgl. EGGER II, Rn. 7, 18 und Rn. 15 f., 28 zu Art. 177.

[1144] Diese Regelung war in Art. 185 Abs. 2 E-ZGB und Art. 200 Abs. 2 VE-ZGB (s. jeweils Fn. 1140) implizit (und nur) für die dort genannten Fälle enthalten.

[1145] EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 177; vgl. auch EGGER II, Rn. 1, 17 f. zu Art. 177.

[1146] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 11.

[1147] Damit einher geht m.E. eine restriktivere Handhabung der Art. 177 Abs. 2 und 3 ZGB in der Erst- im Vergleich zur Zweitauflage – vgl. etwa EGGER I, Anm. 4b a.E. zu Art. 177 und EGGER II, Rn. 10 a.E. zu Art. 177.

[1148] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 177. Für die Durchführung im Einzelnen vgl. EGGER II, Rn. 10 ff. zu Art. 177.

[1149] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 177.

ökonomischen Existenz gefährdet oder vom wirtschaftlichen Zusammenbruch des Mannes mitgerissen, dann ist auch diese dem Ruin preisgegeben. […]"[1150]

Mit diesen Vorstellungen lag Egger insofern auf einer Linie mit Huber, als dieser die Genehmigungspflichten der Vormundschaftsbehörde[1151] als „Maßregel" bezeichnet hatte, „die namentlich zum Schutze der Ehefrau aufgestellt ist".[1152]

4. Güterrecht der Ehegatten, Art. 178-251 ZGB

Das ZGB enthielt nicht nur Bestimmungen zu den allgemeinen („persönlichen"[1153]) Ehewirkungen[1154], sondern in den Art. 178-251 ZGB – unter der Überschrift „das Güterrecht der Ehegatten"[1155] – auch solche, die das Vermögen der Ehegatten betrafen. Egger konstatierte, eine Ehe als umfassende Lebensgemeinschaft „äußert notwendigerweise vermögensrechtliche Wirkungen", wobei diese Wirkungen s.E. einer gesetzlichen Regelung bedurften – und zwar vor allem[1156] einer solchen, die den Interessen der ehelichen Gemeinschaft sowie jenen der Ehegatten entsprach.[1157] Diese Gedanken finden sich auch bei Huber.[1158] Es kann damit festgehalten werden, dass Egger und Huber im Ehegüterrecht letztlich das vermögensrechtliche Korrelat zu den allgemeinen Ehewirkungen erblickten.[1159]

4.1 Gemeinschaftsgedanke

Im Sinne eines *numerus clausus*[1160] sah das ZGB drei Güterstände vor: Die *Güterverbindung* i.S.v. Art. 194 ff. ZGB bildete den ordentlichen Güterstand – sie galt gemäss Art. 178 ZGB[1161] (subsidiär) stets dann, wenn einerseits die Ehegatten nicht ehevertraglich[1162] die *Gütergemeinschaft* i.S.v. Art. 215 ff. ZGB oder die *Gütertrennung* i.S.v. Art. 241 ff. ZGB vereinbart hatten, und wenn andererseits nicht von Gesetzes wegen oder auf richterliche Anordnung hin die eben erwähnte Gütertrennung, hier aber als *ausserordentlicher Güterstand*, eingetreten war.

[1150] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 177. Für die Durchführung im Einzelnen vgl. EGGER II, Rn. 19 ff. zu Art. 177.
[1151] S. dazu Fn. 1140.
[1152] Botsch.-ZGB, S. 30 (= BeK III, Rn. 11308), vgl. auch S. 26 f. (= BeK III, Rn. 11300); StenBull NR 1905, S. 657.
[1153] Vgl. Fn. 946.
[1154] Zu diesen *allgemeinen Ehewirkungen* vgl. Kapitel 3.
[1155] So die Überschrift zum sechsten (Gesetzes-)Titel des ZGB.
[1156] Zur gesetzlichen Berücksichtigung der *Gläubigerinteressen* vgl. insbesondere Art. 185 ZGB (dazu Kapitel 4.1.2), Art. 179 Abs. 3 bzw. Art. 188 ZGB, Art. 181 Abs. 3 i.V.m. Art. 248 ff. ZGB (dazu jeweils Fn. 1367), Art. 202 Abs. 2 ZGB (dazu Fn. 1227).
[1157] Vgl. EGGER I, Vorbem. 1a, 1c GüterR, Vorbem. 2 f. zu Art. 178 ff.; EGGER II, Rn. 1, 10 ff. zu Art. 178, Rn. 1 zu Art. 183.
[1158] Vgl. Botsch.-ZGB, S. 25 ff., 29 ff. (= BeK III, Rn. 11298, 11301 ff., 11305 ff.); Erl. Bd. I, S. 106 f., 109 f., 114 ff., 118 (= BeK II, Rn. 252 ff., 257, 270 ff., 281 ff.); vgl. im Übrigen wie Fn. 1163.
[1159] Vgl. etwa auch EGGER I, Vorbem. 5b GüterR; EGGER II, Rn. 1, 7 zu Art. 178.
[1160] Vgl. nur Art. 179 Abs. 2 ZGB und dazu den Text zu Fn. 1367.
[1161] Materiell übereinstimmend Art. 187 E-ZGB und Art. 202 VE-ZGB.
[1162] Zum *Ehevertrag* vgl. Kapitel 4.2.2.

Der eheliche Gemeinschaftsgedanke äusserte sich für Egger je nach Güterstand in mehr oder weniger ausgeprägter Form:[1163] Die *Gütertrennung*, bei welcher beide Ehegatten Eigentümer, Nutzer und Verwalter ihres Vermögens[1164] blieben, Art. 242 Abs. 1 ZGB, bezeichnete Egger (deshalb) als „das System der geringstmöglichen Auswirkungen der persönlichen Gemeinschaft auf die Vermögen der Ehegatten"; demgegenüber widerspiegelte sich für ihn (gerade) in der (allgemeinen[1165]) *Gütergemeinschaft*[1166] „die Idee der Lebensgemeinschaft" schlechthin, weil hier „das Vermögen und die Einkünfte von Mann und Frau zu einem Gesamtgute [vereinigt]" – die Ehegatten also zu Gesamteigentümern – wurden, Art. 215 Abs. 1 ZGB, wobei das Gesamtgut auch weitgehend für die Schulden der Ehegatten haftete, vgl. Art. 219 ff. ZGB.[1167] Einen Mittelweg stellte die *Güterverbindung* dar: Bei dieser stand zwar beiden[1168] Ehegatten ein – den Regeln der Gütertrennung unterliegendes, vgl. Art. 192 Abs. 1 ZGB – *Sondergut* zu, zu welchem gemäss Art. 190 Abs. 1 i.V.m. Art. 191 ZGB von Gesetzes wegen[1169] diejenigen Gegenstände[1170] gehörten, welche „einem Ehegatten ausschliesslich zu persönlichem Gebrauche [dienten]", Art. 191 Ziff. 1 ZGB[1171]; ferner „die Vermögenswerte des Frauengutes, mit denen die Ehefrau einen Beruf oder ein Gewerbe [betrieb]", Art. 191 Ziff. 2 ZGB[1172]; und schliesslich „der Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit", Art. 191 Ziff. 3 ZGB[1173]. Abgesehen von diesem Sondergut *vereinigte* die Güterverbindung aber sämtliches Vermögen der Ehegatten, welches diesen „zur Zeit der Eheschliessung [gehörte] oder während der Ehe auf sie [überging], zum *ehelichen Vermögen*", Art. 194 ZGB[1174]. Dieses eheliche Vermögen stellte eine *wirtschaftliche Einheit* dar, an welcher der Ehemann zwar besondere Rechte genoss[1175] – auf die Eigentums- und Haftungsverhältnisse zeitigte diese Einheit

---

[1163] Vgl. EGGER II, Rn. 1 ff., 10 f. zu Art. 178, Rn. 1 zu Art. 241; EGGER I, Vorbem. 2 GüterR, Vorbem. 2 f. zu Art. 178 ff., Anm. 2 zu Art. 178, Vorbem. 2a zu Art. 241 ff.; vgl. ferner bei Fn. 1286. Vgl. implizit auch Erl. Bd. I, S. 124 ff., 173 (= BeK II, Rn. 295 ff., 433); StenBull NR 1905, S. 720 f.

[1164] Zur entsprechend (weitgehend) getrennten *Haftung* der Ehegatten vgl. Kapitel 4.1.2.

[1165] Mittels eines Ehevertrages konnten die Ehegatten die in Art. 237 ff. ZGB vorgesehenen Abweichungen von den Regeln der allgemeinen Gütergemeinschaft (vgl. zur Gütergemeinschaft Fn. 1166) vereinbaren.

[1166] Auf die Darstellung der *Gütergemeinschaft* wird vorliegend aufgrund ihrer geringen praktischen Bedeutung verzichtet: Das Stat. Jb. d. Schweiz der Jahre *1924* (S. 368; mit Hinweisen auch auf das Jahr *1920*), *1930* (S. 330), *1940* (S. 434), *1950* (S. 482) zeigt zwar, dass Eheverträge im Laufe der Zeit an Bedeutung gewannen. So lebten 1920 ca. 11% aller Ehegatten unter einem vertraglichen Güterstand; 1950 waren es ca. 34% – vereinbart wurde in ca. 85-95% aller Fälle indes die *Gütertrennung*; s. dazu auch EGGER II, Rn. 14 zu Art. 178.

[1167] EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 178 und Fn. 1163.

[1168] Vgl. dazu den Hinweis bei Fn. 1316.

[1169] Sondergut war auch durch *Ehevertrag* und durch *Zuwendung Dritter* begründbar, Art. 190 Abs. 1 ZGB – vgl. aber die Einschränkung betreffend Pflichtteile in Art. 190 Abs. 2 ZGB. Art. 197 Abs. 1, 2 E-ZGB stimmten fast wörtlich mit Art. 190 ZGB überein; ebenso Art. 212 Abs. 1 VE-ZGB mit Art. 190 Abs. 1 ZGB. Eine Bestimmung i.S.v. Art. 190 Abs. 2 ZGB enthielt der VE-ZGB nicht.

[1170] Zur *Surrogation* vgl. nur EGGER I, Anm. 1d zu Art. 190; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 190, Rn. 2 zu Art. 192.

[1171] Identisch Art. 198 Ziff. 1 E-ZGB und Art. 213 Alt. 1 VE-ZGB.

[1172] Wörtlich fast identisch Art. 198 Ziff. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend auch Art. 213 Alt. 3 VE-ZGB.

[1173] Art. 198 Ziff. 3 E-ZGB und Art. 213 Alt. 3 VE-ZGB sprachen schlicht vom „Arbeitserwerb der Ehefrau".

[1174] Materiell übereinstimmend Art. 209 Abs. 1 E-ZGB und Art. 223 Abs. 1 VE-ZGB.

[1175] Dazu Kapitel 4.1.1.1.

allerdings nur beschränkt Auswirkungen.[1176] So bildete derjenige Teil des ehelichen Vermögens, welcher „zur Zeit der Eheschliessung der Ehefrau [gehörte], oder ihr während der Ehe infolge von Erbgang oder auf andere Weise unentgeltlich [zufiel], […] *ihr eingebrachtes*[1177] *Gut* und [blieb] *ihr Eigentum*“[1178], Art. 195 Abs. 1 ZGB[1179]; dem *Ehemann* kam das *Eigentum* nicht nur an seinem eingebrachten Gut zu, sondern auch *„an allem*[1180] *ehelichen Vermögen, das nicht Frauengut [war]“*, Art. 195 Abs. 2 ZGB[1181] – insbesondere erlangte er Eigentum an den natürlichen Früchten des eingebrachten Frauenguts und den Einkünften[1182] der Ehefrau, Art. 195 Abs. 3 ZGB[1183], sowie, unter Gewährung einer Ersatzforderung[1184], an ihrem Bargeld und ihren „andere[n] vertretbare[n] Sachen und Inhaberpapiere[n], die nur der Gattung nach bestimmt worden [waren]“, Art. 201 Abs. 3 ZGB.

Diese Vermögensvereinigung zu einer wirtschaftlichen Einheit widerspiegelte für Egger – zumindest im Vergleich zur Gütertrennung – die Idee der Ehe als Lebensgemeinschaft:[1185]

> „[…] Denn ordentlicher Güterstand ist nicht die (den Individualismus im ehelichen Güterrecht zum Ausdruck bringende) Gütertrennung, sondern die Güterverbindung: der personellen Gemeinschaft entspricht eine Vereinigung der Vermögen beider Ehegatten. […]“[1186]

Auf dieser Linie liegt auch eine Aussage Hubers, welcher mit Blick auf den *Zweck* des besagten ehelichen Vermögens im Allgemeinen bemerkt hatte:

> „Unter jedem Güterrecht dient ein gewisses Vermögen den Zwecken der Ehe, und wäre es auch nur der Arbeitserwerb des Mannes. Dieser Zweck, die Lasten der Ehe zu

---

[1176] S. nur EGGER I, Anm. 2 zu Art. 194/195; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 194, Rn. 1 zu Art. 206; Erl. Bd. I, S. 173, 189 ff., 200 ff. (= BeK II, Rn. 433, 476 ff., 504 ff.); Fn. 1199; StenBull NR 1905, S. 701 f.

[1177] Diese Einbringung erfolgte *ipso iure*, vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 194/195; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 195; Erl. Bd. I, S. 190 (= BeK II, Rn. 478 f.). Zur *Surrogation* vgl. Art. 196 Abs. 2 ZGB (bzw. Art. 211 E-ZGB, Art. 225 VE-ZGB) und EGGER I, Anm. 2 zu Art. 196; EGGER II, Rn. 7 ff. zu Art. 196; Erl. Bd. I, S. 176 f. (= BeK II, Rn. 441).

[1178] Zur Beweislastverteilung s. Art. 196 Abs. 1 ZGB (bzw. Art. 209 Abs. 1 E-ZGB, Art. 223 Abs. 2 VE-ZGB).

[1179] Materiell übereinstimmend Art. 210 Abs. 1 E-ZGB, Art. 224 Abs. 1 VE-ZGB – vgl. Erl. Bd. I, S. 189 f. (= BeK II, Rn. 478).

[1180] Der Ehemann erwarb somit Eigentum an der ganzen *Errungenschaft* – an sämtlichen Einkünften und an jedem Gegenstand, den einer der Ehegatten *neu* (und nicht als Ersatz, vgl. Fn. 1177) anschaffte, sofern genannte Posten nicht ins *Sondergut* der Ehefrau fielen, vgl. EGGER I, Anm. 4b zu Art. 194/195; EGGER II, Rn. 17 ff. zu Art. 195; Erl. Bd. I, S. 174 f., 177 f., 189 ff. (= BeK II, Rn. 435 ff., 442 f., 476 ff.); Prot., S. 262 f. (= BeK III, Rn. 2204, 2212).

[1181] Materiell übereinstimmend Art. 210 Abs. 2 E-ZGB und Art. 224 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VE-ZGB, wobei Abs. 2 von „Errungenschaft“ sprach (s. dazu Fn. 1180).

[1182] Nicht aber an *Erwerbseinkünften*, die Sondergut darstellten (s.o. Art. 191 Ziff. 3 ZGB und Kapitel 4.2.1.2).

[1183] Wörtlich fast identisch Art. 210 Abs. 3 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 224 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 VE-ZGB.

[1184] Vgl. zu dieser EGGER I, Anm. 3d zu Art. 201; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 201.

[1185] Vgl. Fn. 1163 und 1186.

[1186] EGGER I, Vorbem. 2b FamR.

tragen[1187], verleiht dem ehelichen Vermögen einen besondern Charakter und macht es dem Gesellschaftsvermögen vergleichbar. […] Der Zweck dieses Vermögens ist überall derselbe, seine innere Konsistenz aber wechselt mit dem Güterstand."[1188]

Diese Aussage Hubers impliziert einen Konnex zwischen der Ehe als persönlicher Lebensgemeinschaft und dem Ehegüterrecht – und zwar dergestalt, dass Letzteres im Dienste der Ersteren stand. Damit fragt sich, welche Konsequenzen diese konzeptionelle Vorstellung, welche sich mit derjenigen von Egger deckte[1189], für die *güterrechtliche Stellung der Ehegatten* zeitigte.

4.1.1 Ordentlicher Güterstand: Güterverbindung, Art. 194 ff. ZGB

Das nachfolgend Gesagte betrifft den ordentlichen Güterstand, also die Güterverbindung[1190].

4.1.1.1 Stellung des Ehemannes

Bei der Güterverbindung war der Ehemann einerseits berechtigt, das *eheliche Vermögen* – damit also auch das eingebrachte Frauengut – zu *verwalten* sowie das eingebrachte *Frauengut* zu *nutzen*. Andererseits war er berechtigt, über das eheliche Vermögen zu *verfügen*.[1191] Diese güterrechtliche Stellung des Ehemannes im Hinblick auf das eheliche Vermögen bildete für Egger die Konsequenz der *Organisation der ehelichen Gemeinschaft*:[1192] Der Ehemann war das *Haupt* derselben, Art. 160 Abs. 1 ZGB, woraus Egger die (primäre) Unterhaltsverpflichtung des Ehemannes ableitete, Art. 160 Abs. 2 ZGB, und daraus ihrerseits das Recht des Ehemannes, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten, Art. 160 Abs. 2 ZGB.[1193] Bereits in der *Erstauflage* hob Egger indes hervor:

„Die Güterverbindung verleiht dem Ehemann die Verwaltung und Nutzung des Frauenvermögens. Dieser Grundgedanke des Systems findet seine Rechtfertigung *keineswegs in der Vormundschaft des Ehemannes*. Diese besteht für das neue Recht nicht mehr. Die *Ehefrau* ist handlungsfähig und somit wäre sie nach der Auffassung des Gesetzes *unzweifelhaft auch fähig, ihr Vermögen selbst zu verwalten* […]. *Ebensowenig* vermöchte die *eheherrliche Gewalt* eine hinreichende Begründung der ehemännlichen Rechte abzugeben. Insbesondere genügt zur Rechtfertigung auch der Gedanke nicht, daß die Ehefrau einen Beitrag an die ehelichen Kosten zu leisten habe. Denn diese Beitragspflicht läßt sich ohne weiteres auch unter der Herrschaft der Gütertrennung durchführen (Art. 246[1194]). Vielmehr ist die *modern-wirtschaftliche Überlegung* entscheidend, *daß die*

[1187] An anderer Stelle hatte Huber in diesem Sinne bemerkt, das eheliche Vermögen diene, „in erster Linie dem Unterhalte der Familienangehörigen"; Erl. Bd. I, S. 109 (= BeK II, Rn. 257).
[1188] Erl. Bd. I, S. 173 (= BeK II, Rn. 433), vgl. auch S. 114 (= BeK II, Rn. 270); Text zu Fn. 1202.
[1189] Vgl. nur bei Fn. 1196, 1197.
[1190] Zur *Gütertrennung* vgl. Kapitel 4.1.2; zur *Gütergemeinschaft* vgl. den Hinweis in Fn. 1166.
[1191] Zum *Verwaltungsrecht* vgl. Kapitel 4.1.1.1.1; zum *Nutzungsrecht* vgl. Kapitel 4.1.1.1.2; zum *Verfügungsrecht* vgl. Kapitel 4.1.1.1.3.
[1192] EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 200, Rn. 11 zu Art. 178, Rn. 3 zu Art. 160; für EGGER I vgl. Fn. 1196.
[1193] Zur Stellung des Ehemannes im Allgemeinen vgl. Kapitel 3.2.1.1.
[1194] Vgl. dazu Kapitel 4.1.1.2.1, 4.1.2.

beiden Vermögen ihre Aufgabe, der Gemeinschaft zu dienen, nur durch eine *wirtschaftliche Vereinigung* vollwirksam erfüllen können. Es handelt sich nicht bloß darum, daß die Ehefrau einen Beitrag an die ehelichen Lasten leistet, sondern darum, auch aus ihrem Vermögen die größtmöglichen Einkünfte zu gewinnen. Das subsidiäre, gesetzliche Güterrecht muß den Bedürfnissen der mittleren, erwerbenden Bevölkerungsklasse dienen. Diese aber verlangen, daß das *Frauengut nicht brach liege*, sondern mit eingesetzt werde, daß es, wie das Mannesvermögen und mit ihm, *bestmöglich fruktifiziert* werde. […] Deshalb die Güterverbindung. Diese geht nicht so weit, das Frauenvermögen dem Manne zu übereignen und somit eine juristische Einheit zu schaffen (Gütereinheit[1195]), sondern sie will nur eine *wirtschaftliche Einheit* in der Hand des Mannes herstellen, weil dies *für die Zwecke der ehelichen Gemeinschaft hinreicht*."[1196]

Entsprechend äusserte sich Egger auch in der *Zweitauflage*.[1197] Die vom Gesetz angeordnete Zusammenfassung der eingebrachten Vermögen der Ehegatten zum ehelichen Vermögen legitimierte Egger also mit der Idee, dass das eheliche Vermögen unter *einheitlicher Leitung* – aufgrund der allgemeinen Ehewirkungen: *des Ehemannes* – den Zwecken der Ehe am besten dienstbar gemacht werden könne.

Diese Vorstellung hatte bereits Huber vertreten: Auch für ihn hatte sich die güterrechtliche Stellung des Ehemannes letztlich aus dessen Stellung als Haupt der ehelichen Gemeinschaft ergeben.[1198] Dabei hatte Huber auch eine Begründung dafür geliefert, aus welchem Grund er als ordentlichen Güterstand die Güterverbindung[1199] – und nicht etwa die Gütergemeinschaft[1200] – gewählt hatte: Neben dem Umstand, dass die Güterverbindung im bisherigen Recht „den weitaus grössten Teil des Landes beherrscht" habe, hatte Huber insbesondere betont:[1201]

„Abgesehen von dieser Anlehnung an die Überlieferung empfiehlt sich die Güterverbindung als ordentlicher Güterstand auch aus dem Grunde, weil sie die *wirtschaftliche Einheit der Ehe unter der Leitung des Ehemannes*, d.h. dasjenige, was für die große Mehrzahl unsres Volkes *unumgängliches Bedürfnis* ist, wahrt, *ohne weiter als notwendig in die Rechte der Ehefrau einzugreifen*. Überdies wird dieser Güterstand dadurch noch *für die Ehefrau erträglicher* gemacht, daß sie […] zu ihrer Sicherheit jederzeit eine Trennung herbeiführen kann, und daß ihr beim Tode des Ehemannes ein erheblicher Teil des Vorschlages zugewiesen ist […]."[1202]

[1195] Vgl. zur *Gütereinheit* Art. 199 ZGB (materiell übereinstimmend Art. 214 E-ZGB; im VE-ZGB fehlte eine entsprechende Regelung). Beachte dabei die Bestimmungen zum *Inventar* – dazu Fn. 1339.

[1196] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 178, vgl. auch Anm. 2, 5 zu Art. 194/195.

[1197] Vgl. EGGER II, Rn. 1, 4, 10 f. zu Art. 178, Rn. 2 zu Art. 194, Rn. 1 zu Art. 200.

[1198] Vgl. Erl. Bd. I, S. 193, 197 f. (= BeK II, Rn. 487, 496 f.); Botsch.-ZGB, S. 28 (= BeK III, Rn. 11301).

[1199] Für einen Überblick über die wichtigsten Wirkungen derselben vgl. Erl. Bd. I, S. 126 ff. (= BeK II, Rn. 298 ff.); Botsch.-ZGB, S. 28 ff. (= BeK III, Rn. 11301, 11303, 11306).

[1200] Bezüglich der (allgemeinen) Gütergemeinschaft hatte Huber zwar auf den Vorteil der systemimmanenten Betonung der Ehe als *Gemeinschaft* aufmerksam gemacht – dabei aber auch hingewiesen auf „die grosse Gefahr, die der Ehefrau aus diesem System erwächst": „Aus *praktischen Gründen* ist für die Verhältnisse während der Ehe die wichtigste Konsequenz aus der Gemeinschaft, die gemeinsame Verfügung beider Ehegatten, die Gesamthand, nur zu *geringem Teil durchführbar*, so dass der *Ehemann als der eigentliche Inhaber der Gemeinschaft erscheint*. […]"; Erl. Bd. I, S. 124 f. (= BeK II, Rn. 295).

[1201] Erl. Bd. I, S. 124 (= BeK II, Rn. 294); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 673.

[1202] Botsch.-ZGB, S. 28 (= BeK III, Rn. 11301); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 673.

Die Güterverbindung brachte für Huber also den Vorteil mit sich, ein zwar wirtschaftlich einheitliches eheliches Vermögen zu erreichen, welches der ehelichen Gemeinschaft dienstbar gemacht werden konnte, dabei aber auch – da dieses eheliche Vermögen, wie Huber konstatiert hatte, „keine einheitliche Eigentumsmasse" bildete – die Interessen der Ehefrau zu wahren.[1203]

4.1.1.1.1 Verwaltungsrecht, Art. 200 ZGB

Gemäss Art. 200 Abs. 1 ZGB[1204] „[verwaltete] der Ehemann das eheliche Vermögen". Unter diese Verwaltung fielen, so Egger, einerseits die *„tatsächliche Bewirtschaftung"* dieses Vermögens, wie z.B. die „Bebauung der landwirtschaftlichen Grundstücke, Umbauten, Neubauten, Umwandlung von Gartenland in ein Fabrikgrundstück", sowie andererseits der *„rechtsgeschäftlich[e] Verkehr"*.[1205] Egger stellte klar, dieses Verwaltungsrecht finde seine „Schranke in der *Idee der ehelichen Gemeinschaft* und im allgemeinen Mißbrauchsverbot, somit in den Art. 2[1206] und 169[1207]", – und er hob hervor, die Verwaltung habe der „Erhaltung und Vermehrung" des Vermögens zu dienen.[1208] Entsprechend auferlegte Egger dem Ehemann eine Pflicht zur „ordnungsmäßige[n]", zur „getreue[n] Verwaltung".[1209] Folglich verstand Egger das Verwaltungsrecht des Ehemannes als *zweckgebunden*.
Huber hatte zum Verwaltungsrecht – welches auch s.E. zugleich eine Pflicht darstellte[1210] – bemerkt, dieses „ist *so sehr unsern heutigen Zuständen und Anschauungen* entsprechend, dass man mit Recht sogar bei Gütertrennung eine freiwillige Übertragung der Verwaltung des Frauenvermögens an den Mann voraussieht"[1211] – eine solche „freiwillige Übertragung" bei der Gütertrennung, vgl. dazu Art. 271 f. VE-ZGB[1212] – wurde allerdings nicht ins ZGB aufgenommen[1213].

[1203] Erl. Bd. I, S. 189 (= BeK II, Rn. 476); Fn. 1199.
[1204] Materiell übereinstimmend Art. 215 Abs. 1 E-ZGB und 228 Abs. 1 VE-ZGB.
[1205] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 200; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 200.
[1206] Vgl. dazu Fn. 351.
[1207] Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.1.
[1208] EGGER I, Anm. 3c, 3b zu Art. 200; vgl. auch EGGER II, Rn. 1, 5, 7 ff. zu Art. 200.
[1209] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 200; vgl. auch bei Fn. 1311. Zur *Verantwortlichkeit* des Ehemannes s. Kapitel 4.2.1.3.
[1210] Vgl. Text zu Fn. 1312.
[1211] Erl. Bd. I, S. 193 (= BeK II, Rn. 487).
[1212] Vgl. dazu auch Fn. 1279.
[1213] Vgl. aber Art. 242 Abs. 2 ZGB, der zeigt, dass die Ehefrau *berechtigt* war, die Verwaltung ihres Vermögens dem Ehemann zu übertragen. Für die Rechtsstellung der Ehefrau in diesem Fall s. auch Fn. 1283.

4.1.1.1.2 Nutzungsrecht, Art. 201 ZGB

Gemäss Art. 201 Abs. 1 ZGB[1214] „[hatte] der Ehemann die Nutzung[1215] am *eingebrachten Frauengut* und [war] hieraus gleich einem Nutzniesser verantwortlich[1216]". Dieses Nutzungsrecht verschuf dem Ehemann nach Eggers Ansicht einerseits „einen *Beitrag* zur Bestreitung der ehelichen Lasten[1217]" bzw. zur Bestreitung der Kosten der Verwaltung des ehelichen Vermögens, die er zu tragen gesetzlich verpflichtet war, Art. 200 Abs. 2 ZGB[1218]; andererseits ermöglichte es ihm s.E., das eheliche Vermögen „durch *intensivere Bewirtschaftung* der *ehelichen Gemeinschaft dienstbar*" zu machen.[1219] Auch das Nutzungsrecht begriff Egger folglich als *zweckgebunden*. Gesetzlich konkretisierte Ausflüsse, *Konsequenzen*, dieses Nutzungsrechts stellten für Egger zum einen die in Art. 195 Abs. 3 ZGB getroffene Regelung dar, wonach „die natürlichen Früchte des Frauengutes" sowie die „Einkünfte der Ehefrau" – unter Letztere fielen die *zivilen Früchte*, nicht aber der (Sondergut darstellende) Arbeitserwerb[1220] – ins Eigentum des Ehemannes übergingen, sowie zum andern die Regelung gemäss Art. 201 Abs. 3 ZGB[1221], wonach das Bargeld der Ehefrau sowie ihre vertretbaren und nur der Gattung nach bestimmten Sachen bzw. Inhaberpapiere unter Gewährung einer Ersatzforderung ins Eigentum des Ehemannes fielen.[1222]

Huber hatte zum Nutzungsrecht des Ehemannes zunächst klargestellt, „gegenüber der handlungsfähig gewordenen Ehefrau [kann] selbstverständlich nicht mehr von einem vormundschaftlichen Niessbrauch die Rede sein" – die Legitimation des Nutzungsrechts hatte für Huber vielmehr in der auch von Egger erwähnten Überlegung gelegen, dass einerseits „die Nutzung am Frauengut für die eheliche Gemeinschaft so sehr im Wesen der Ehe begründet [liegt], sie so sehr das *Seitenstück zur Tragung der Lasten der Ehe durch den Ehemann* [bildet], dass wir sie für den Fall, wo keine andere Abrede getroffen ist, als selbstverständlich betrachten";

[1214] Wörtlich fast identisch Art. 216 Abs. 1 E-ZGB und Art. 229 Abs. 1 VE-ZGB.

[1215] Das Nutzungsrecht umfasste für Egger auch das Recht zur *Umgestaltung der Substanz* des *eingebrachten Frauenguts*, sofern dieselbe im Interesse der ehelichen Gemeinschaft lag und mit einer ordentlichen Bewirtschaftung vereinbar war; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 201; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 201 m.w.H.

[1216] Für die Verantwortlichkeit des *Nutzniessers* vgl. Art. 752 ZGB: „(1) Der Nutzniesser haftet für den Untergang und den Minderwert der Sache, insofern er nicht nachweist, dass dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist. (2) Aufgebrauchte Gegenstände, deren Verbrauch nicht zur Nutzung gehört, hat er zu ersetzen. (3) Den Minderwert der Gegenstände, der durch den ordnungsgemässen Gebrauch der Sache eingetreten ist, hat er nicht zu ersetzen." Für die Verantwortlichkeit des *Ehemannes* vgl. sodann Kapitel 4.2.1.3.

[1217] Unter „ehelichen Lasten" verstand Egger sämtliche für die Zwecke der ehelichen Gemeinschaft getätigten Aufwendungen; vgl. EGGER I, Anm. 5c zu Art. 160; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 246 i.V.m. Rn. 8, 11 zu Art. 160.

[1218] Identisch Art. 215 Abs. 2 E-ZGB. Art. 228 Abs. 2 VE-ZGB sprach von den „laufenden Kosten und Lasten der Verwaltung". Zu dieser weitreichenden Pflicht vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 200; EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 200; Erl. Bd. I, S. 193 (= BeK II, Rn. 487).

[1219] EGGER I, Anm. 1a, 1e zu Art. 201; EGGER II, Rn. 1, 6 zu Art. 201; vgl. auch den Hinweis bei Fn. 1311.

[1220] Vgl. dazu Kapitel 4.2.1.2.

[1221] Wörtlich fast identisch Art. 216 Abs. 3 E-ZGB. Art. 229 Abs. 3 VE-ZGB sprach nur von „bare[m] Geld und andere[n] vertretbare[n] Sachen des Frauengutes".

[1222] EGGER I, Anm. 1a, 1e, 3 zu Art. 201, Anm. 6 zu Art. 194/195; EGGER II, Rn. 1 f., 10 ff. zu Art. 201, Rn. 19, 20 f. zu Art. 195.

und andererseits der Ehemann die Kosten der Verwaltung zu tragen hatte.[1223] Dabei hatte es auch Huber als Folge des Nutzungsrechts begriffen, dass die Einkünfte der Ehefrau sowie ihre vertretbaren Sachen in das Eigentum des Mannes übergingen – „selbstverständlich […] unter Vorbehalt der Ersatzansprüche der Ehefrau".[1224]

4.1.1.1.3 Verfügungsrecht, Art. 202 ZGB

Das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemannes betreffend das eheliche Vermögen erforderte auch ein Verfügungsrecht desselben über dieses Vermögen – also das Recht, wie Egger bemerkte, Rechtsgeschäfte zu tätigen, „welche unmittelbare Rechtswirkungen auf eine Sache oder ein Recht" zeitigten, wie namentlich Eigentumsübertragungen und Kündigungen.[1225] *Kraft seiner Eigentumsposition* stand dem Ehemann dieses Verfügungsrecht zu betreffend sein *eingebrachtes Gut* sowie derjenigen Vermögenswerte der Ehefrau, die nach Art. 195 Abs. 3 bzw. Art. 201 Abs. 3 ZGB *in sein Eigentum übergingen*. Demgegenüber musste das Gesetz dem Ehemann betreffend das *eingebrachte Frauengut* eine Verfügungsbefugnis eigens einräumen, was Art. 202 Abs. 1 ZGB[1226] tat: Diese Bestimmung gewährte dem Ehemann (implizit) ein Verfügungsrecht – *beschränkte* dasselbe aber im Interesse der Ehefrau insofern, als dass Ersterer die Zustimmung der Letzteren einzuholen hatte,[1227] wenn die von ihm beabsichtigte Verfügung den Rahmen der *gewöhnlichen Verwaltung*[1228] überstieg.[1229] Zum Hintergrund dieser Beschränkung hatte Huber näher Stellung bezogen, und auf diese Ausführungen verwies auch Egger: Huber hatte aus den Rechten des Ehemannes zur Verwaltung und Nutzung des ehelichen Vermögens zwar die Konsequenz des Verfügungsrechts abgeleitet, dabei aber konstatiert, dass eine „volle Dispositionsbefugnis" des Ehemannes „für die Ehefrau allzugrosse Gefahren mit sich zu bringen [scheint]". Huber hatte bemerkt, eine volle Dispositionsbefugnis sei „wohl noch haltbar, wo es sich um eine vorwiegend grundbesitzende Bevölkerung handelt und das Verhalten des Einzelnen bei einfachen Verhältnissen unter der Kontrolle der öffentlichen Meinung" stehe – „sobald man aber mit den komplizierten Verhältnissen des Handelsverkehrs und der Spekulation zu rechnen hat, steigt diese Gefahr für die Frau auf eine unerträgliche Höhe". Da ohnehin „Liegenschaften nicht mehr, wie früher, ordentlicherweise den Hauptbestandteil eines Vermögens [bilden]" und „Kapitaltitel und Pfandbriefe für unsere modernen Verhältnisse eine Bedeutung [besitzen], welche derjenigen der Liegenschaften im Verkehr mindestens gleichkommt", hatte Huber

---

[1223] Erl. Bd. I, S. 196 (= BeK II, Rn. 493), S. 193 (= BeK II, Rn. 487).
[1224] Erl. Bd. I, S. 196 f. (= BeK II, Rn. 494).
[1225] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 202; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 202.
[1226] Materiell übereinstimmend Art. 217 Abs. 1 E-ZGB und Art. 230 Abs. 1 VE-ZGB.
[1227] Gutgläubige Dritte durften diese Zustimmung voraussetzen, Art. 202 Abs. 2 ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 217 Abs. 2 E-ZGB und (ohne aber das Wissensollen zu nennen) Art. 230 Abs. 2 VE-ZGB.
[1228] Zur Abgrenzung von der gewöhnlichen zur aussergewöhnlichen Verwaltung sowie zur Zustimmung der Ehefrau vgl. EGGER I, Anm. 3 f. zu Art. 202; EGGER II, Rn. 5 ff., 8 f., 14 zu Art. 202.
[1229] Vgl. nur Egger I, Anm. 1 zu Art. 202; Egger II, Rn. 1 f. zu Art. 202.

den „modernen Verhältnissen“ dadurch Rechnung tragen wollen, dass der Ehemann, „sobald er die *ordentliche Verwaltung überschreitet*, nur unter Zustimmung der Ehefrau zu verfügen berechtigt“ sein solle.[1230]

4.1.1.1.4 Haftung für Schulden, Art. 206 ZGB

Gemäss Art. 206 ZGB[1231] haftete der Ehemann mit seinem *gesamten Vermögen* „für seine vorehelichen Schulden“, Ziff. 1; „für die Schulden, die er während der Ehe [begründete]“, Ziff. 2; sowie „für die Schulden, die sich aus der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau [ergaben]“, Ziff. 3. Diese Haftungsregelung bildete die logische Konsequenz der Güterverbindung – es sei hier daher nur angemerkt, dass Egger und Huber die Haftung des Ehemannes i.S.v. Art. 206 Ziff. 3 ZGB mit dem Hinweis auf dessen Pflicht i.S.v. Art. 160 Abs. 2 ZGB legitimierten, für den *Unterhalt* der Ehefrau sowie der Kinder zu sorgen.[1232] Vertrat also die Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (respektive ihrer allfällig vom Ehemann oder vom Eheschutzrichter eingeräumten ausserordentlichen Vertretungsbefugnis) die *eheliche Gemeinschaft*, so war für diese Schulden der *Ehemann* haftbar.

4.1.1.2 Stellung der Ehefrau

Wie die güterrechtliche Stellung des Ehemannes, begriffen Egger und Huber auch die güterrechtliche Stellung der Ehefrau als Abbild von deren allgemeinen Stellung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft.[1233] Von entsprechend[1234] grundlegender Bedeutung war für beide Juristen die Pflicht der Ehefrau i.S.v. Art. 161 Abs. 2 ZGB, „dem Manne mit Rat und Tat zur Seite [sc. zu stehen] und ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen“ – also ihre *Beistandspflicht*.

4.1.1.2.1 Folgen der Beistandspflicht i.S.v. Art. 161 Abs. 2 ZGB

Als *Ausfluss* besagter *Beistandspflicht* der Ehefrau betrachteten Egger und Huber die sich aus Art. 201 Abs. 1 ZGB ergebende Pflicht der Letzteren, ihr *eingebrachtes Gut* der Verwaltung und Nutzung des Ehemannes zu unterstellen.[1235] Diese Pflicht stellte für Egger und Huber somit das *Gegenstück* zu den entsprechenden Rechten des Ehemannes dar. Als Konsequenz der Beistandspflicht begriffen sie folglich auch die in

---

[1230] Zum Ganzen: Erl. Bd. I, S. 194 ff. (= BeK II, Rn. 489 ff.), vgl. auch S. 126 (= BeK II, Rn. 299); Botsch.-ZGB, S. 30 (= BeK III, Rn. 11306); Prot., S. 273 (= BeK III, Rn. 2299 f.); StenBull NR 1905, S. 702.

[1231] Materiell übereinstimmend (aber in abw. Systematik) Art. 221 Abs. 1, Art. 222 E-ZGB und Art. 234 Abs. 1 VE-ZGB. Doch bestimmte Art. 235 VE-ZGB (abw. E-ZGB und ZGB), dass für die von der Ehefrau in Vertretung der ehelichen Gemeinschaft eingegangenen Schulden „*nur* der Ehemann haftbar [war]“.

[1232] EGGER I, Anm. 1b, 3c m.w.H. zu Art. 206; EGGER II, Rn. 1, 8 m.w.H. zu Art. 206; Erl. Bd. I, S. 200 f., 114 f., 156 (= BeK II, Rn. 504 f., 271 f., 378); Botsch.-ZGB, S. 31 (= BeK III, Rn. 11310).

[1233] Vgl. wie Fn. 1192.

[1234] Vgl. Kapitel 3.2.1.2.2.

[1235] Vgl. nur EGGER I, Anm. 1a zu Art. 246; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 246; implizit auch Erl. Bd. I, S. 193, 196 (= BeK II, 487, 493); Botsch.-ZGB, S. 26 f. (= BeK III, Rn. 11300); vgl. auch Fn. 1247.

Art. 200 Abs. 3 ZGB[1236] getroffene Regelung, wonach der Ehefrau das Recht zur *Verwaltung* des ehelichen Vermögens – und entsprechend zur *Verfügung* darüber, Art. 203 ZGB[1237] – (nur) „insoweit [zustand], als sie zur *Vertretung der ehelichen Gemeinschaft* berechtigt [war]", d.h. im Hinblick einerseits auf die laufenden Bedürfnisse des Haushalts (Schlüsselgewalt), Art. 163 ZGB, sowie andererseits auf die allfällig vom Ehemann bzw. Richter eingeräumte ausserordentliche Vertretungsbefugnis.[1238] Diese Regelung bezeichnete Egger ausdrücklich als „im Interesse und zur *Sicherung der ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte*" aufgestellt; die güterrechtliche Stellung des Ehemannes „[soll] nicht durch Verfügungen der Ehefrau geschmälert oder zu nichte gemacht werden".[1239] Insofern traf die (an sich handlungsfähige) Ehefrau, wie Egger konstatierte, eine weitgehende *Dispositionsunfähigkeit*.[1240] Vor diesem Hintergrund ist auch Art. 168 ZGB[1241] zu sehen, welcher der Ehefrau in Abs. 1 zwar die Prozessfähigkeit zugestand, – Abs. 2 dann allerdings bestimmte, dass sich die Ehefrau bei Rechtsstreitigkeiten mit Dritten, die ihr *eingebrachtes* (sprich vom Ehemann verwaltetes) *Gut* betrafen, von ihrem Ehemann vertreten zu lassen hatte.[1242] Aus der Beistandspflicht der Ehefrau leitete Egger sodann deren Pflichten ab, aus ihrem *Sondergut im Allgemeinen* „zur Tragung der Lasten der Ehe einen Beitrag" zu leisten, Art. 192 Abs. 1 ZGB[1243], sowie, falls vorhanden, ihren (Sondergut darstellenden) *Arbeitserwerb im Besonderen*, „soweit erforderlich, für die Bedürfnisse des Haushaltes zu verwenden", Art. 192 Abs. 2 ZGB[1244]: Dass die Ehefrau zunächst allgemein aus ihrem *Sondergut* einen Beitrag zu leisten hatte, ergab sich für Egger aus dem Umstand, dass das Gesetz das Sondergut in Art. 192 Abs. 1 ZGB den *Regeln der Gütertrennung* unterstellte – und eine unter der Gütertrennung lebende Ehefrau war gemäss Art. 246 Abs. 1 ZGB[1245] verpflichtet, „zur Tragung der ehelichen

---

[1236] Identisch Art. 215 Abs. 3 E-ZGB und Art. 228 VE-ZGB.

[1237] Materiell übereinstimmend Art. 218 Abs. 1 E-ZGB und Art. 232 Abs. 1 VE-ZGB – vgl. dabei jeweils auch die (selbstverständlichen) Abs. 2, die in dieser Form nicht ins ZGB aufgenommen wurden.

[1238] Vgl. auch EGGER I, Anm. 5 zu Art. 200; EGGER II, Rn. 1, 15 ff. zu Art. 200; Erl. Bd. I, S. 197 f. (= BeK II, Rn. 496 ff.). Mit der Überlegung, dass die *Ausschlagung einer Erbschaft* eine die Schlüsselgewalt übersteigende Verfügung der Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut darstelle (EGGER I, Anm. 1a zu Art. 204 – dogmatisch abw., im Ergebnis aber übereinstimmend: EGGER II, Rn. 1 zu Art. 204), begründete Egger das in Art. 204 Abs. 1 ZGB diesbezüglich statuierte Zustimmungserfordernis des Ehemannes. Vgl. dazu auch Art. 219 E-ZGB, Art. 232 Abs. 3 VE-ZGB und Erl. Bd. I, S. 115, 203 (= BeK II, Rn. 273, 509 f.).

[1239] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 203; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 203; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 198 (= BeK II, Rn. 497 ff.); StenBull NR 1905, S. 656.

[1240] Vgl. EGGER I, Vorbem. 4b, 4c zu Art. 159 ff., Anm. 1c zu Art. 12, Anm. 5 zu Art. 13; EGGER II, Rn. 10 f. zu Art. 161, Rn. 6, 8 zu Art. 12.

[1241] Abw. Art. 176 E-ZGB, Art. 191 VE-ZGB (nur) insofern, als sie dem Ehemann *Parteistellung* einräumten.

[1242] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 168; EGGER II, Rn. 7, 8 ff. zu Art. 168; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 158 (= BeK II, Rn. 384); Prot., S. 215 (= BeK III, Rn. 1811).

[1243] Identisch Art. 199 E-ZGB; wörtlich fast identisch Art. 214 VE-ZGB.

[1244] Eine solche Bestimmung enthielten die *Entwürfe* zwar nicht – vgl. aber Art. 199 i.V.m. Art. 260 Abs. 1 E-ZGB; Art. 214 i.V.m. Art. 275 Abs. 1 VE-ZGB.

[1245] Gemäss Art. 260 Abs. 1 E-ZGB und Art. 275 Abs. 1 VE-ZGB hatte der Ehemann das Recht, von seiner Frau zu verlangen, dass sie ihm „aus ihren *Einkünften* und ihrem *Erwerb*" einen Beitrag leiste.

Lasten einen *angemessenen Beitrag*[1246]" zu leisten.[1247] Da bei der Güterverbindung – im Unterschied zur Gütertrennung – ein *eheliches Vermögen* bestand, bei dem der Ehemann berechtigt war, das eingebrachte Frauengut zu *nutzen*, konnte nach Eggers Ansicht in dieser Nutzung schon ein genügender Beitrag i.S.v. Art. 192 Abs. 1 i.V.m. Art. 246 Abs. 1 ZGB liegen, mit der Folge, dass sich eine weitergehende Beitragspflicht der Ehefrau erübrigte.[1248] Zur Beitragsleistung aus dem *Arbeitserwerb* im Besonderen hielt Egger fest:

> „Die Ehefrau ist in bezug auf ihren Arbeitserwerb die nächste, die *Interessen der Gemeinschaft* zu wahren. Dieser leitende Gedanke muß auch die Lückenausfüllung durch das richterliche Recht bestimmen. Der Arbeitserwerb der Frau wird zu einem Sondergut, das nicht nur für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes seine Beiträge leistet, sondern auch in seinen Rücklagen, seiner Äufnung eine Reserve für die Familie, einen Rückhalt für Zeiten der Not bilden soll […]."[1249]

Dass die Ehefrau dabei gemäss dem Gesetzeswortlaut nur „soweit erforderlich" zur Beitragsleistung aus dem Arbeitserwerb verpflichtet war, führte Egger auf dieselbe Grundüberlegung wie bei Art. 192 Abs. 1 i.V.m. Art. 246 Abs. 1 ZGB zurück: Die Beitragspflicht aus dem Arbeitserwerb entfiel s.E. dann, wenn der Arbeitserwerb des Ehemannes in Verbindung mit den – dem Nutzungsrecht desselben unterliegenden – *Einkünften* aus dem eingebrachten Frauengut einen solchen Beitrag erübrigte.[1250] Auf Eggers Linie lag schon Huber, welcher bezüglich der Pflicht der Ehefrau zur Beitragsleistung als Ausfluss ihrer (den allgemeinen Ehewirkungen entspringenden) Beistandspflicht bemerkt hatte:

[1246] Die *Höhe* dieses Beitrags wurde nötigenfalls behördlich festgesetzt, Art. 246 Abs. 2 ZGB (vgl. auch Art. 260 Abs. 2 E-ZGB und Art. 275 Abs. 2 VE-ZGB); im Übrigen konnte bei der Gütertrennung ehevertraglich auch eine *Ehesteuer* vereinbart werden (vgl. Art. 247 ZGB und schon Art. 261 E-ZGB, Art. 276 VE-ZGB).
Der fragliche Beitrag durfte nach Eggers Ansicht *nicht* aus der *Vermögenssubstanz* der Ehefrau stammen, vgl. EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 192, Rn. 2 zu Art. 246, zumal sonst s.E. ein *Unterhaltsbeitrag* der Ehefrau vorlag – wozu Egger klarstellte, die Ehefrau sei zwar wegen ihrer Beistandspflicht subsidiär unterhaltspflichtig, doch wolle die Beistandspflicht nicht „eine ökonomische Belastung, die über das eheliche Güterrecht hinausgeht", aussprechen; für solche Leistungen stehe der Ehefrau daher eine *Ersatzforderung* zu; vgl. EGGER II, Rn. 15 zu Art. 161, vgl. insofern auch EGGER I, Anm. 1f zu Art. 272 und EGGER II, Rn. 7 zu Art. 272. Anderer Ansicht war offenbar Huber gewesen, der ebenfalls auf die subsidiäre Unterhaltspflicht der Ehefrau hingewiesen hatte, die sich auch s.E. letztlich aus der Beistandspflicht ergab, vgl. Erl. Bd. I, S. 232 (= BeK II, Rn. 567). Doch hatte Huber bemerkt: „Es ist ja möglich, dass gerade diese Verhältnisse der Ehefrau, wie beispielsweise deren Krankheit, den Mann derart belasten, dass er mit seinem kümmerlichen Arbeitsverdienst nicht für die ganze Last der Gemeinschaft aufzukommen vermag. Dann soll er das Vermögen der Frau anzugreifen befugt sein, *ohne dafür ersatzpflichtig zu werden* […]"; Erl. Bd. I, S. 155 f. (= BeK II, Rn. 377).
[1247] EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 192, Vorbem. 2a zu Art. 241 ff., Anm. 1a zu Art. 246, Anm. 6 zu Art. 161; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 192; Rn. 1 zu Art. 241, Rn. 1 zu Art. 246.
[1248] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 192; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 192.
[1249] EGGER II, Rn. 15 zu Art. 191, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 190. Ferner diente das Sondergut der Ehefrau nach Eggers Ansicht der *ehelichen Gemeinschaft* insofern, als den Gläubigern des Ehemannes nur die Einkünfte i.S.v. Art. 195 Abs. 3 ZGB hafteten – nicht aber der Erwerb der Ehefrau; a.a.O. Vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 192.
[1250] EGGER I, Anm. 2b Art. 192; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 192.

„Der Ehemann kann unter *jedem Güterstand* verlangen, dass die Ehefrau zur Tragung der ehelichen Lasten mitwirke, sei es auch nur durch ihre persönlichen Dienstleistungen oder dann mit ihrem Erwerb, ihren Einkünften und ihrem Vermögen nach den Regeln des jeweiligen Güterstandes. Die Mitwirkung der Ehefrau nach dem Rechte der Gütertrennung besteht in einem *Beitrag*, der aus dem *Erwerb* oder den *Einkünften der Ehefrau* in das *Vermögen des Mannes übergeht* und vom Ehemann als Haupt der Ehe frei verwendet wird."[1251]

Ebenfalls wie Egger hatte dabei auch Huber klargestellt, dass „unter Umständen, und wohl in den meisten Fällen, dieser Beitrag von der Ehefrau bereits aus dem eingebrachten Frauengut geleistet wird, so dass aus dem Sondergut keine Beiträge mehr geschuldet werden".[1252]

4.1.1.2.2 Haftung für Schulden, Art. 207 f. ZGB

Die gesetzliche Regelung zur Haftung der Ehefrau bildete, wie beim Ehemann, die logische Folge der Güterverbindung:[1253] Mit ihrem *gesamten Vermögen* haftete die Ehefrau gemäss Art. 207 Abs. 1 ZGB[1254] „für ihre vorehelichen Schulden", Ziff. 1; „für die Schulden, die sie mit Einwilligung des Ehemannes oder bei Verpflichtungen zu seinen Gunsten mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde[1255] [begründete]", Ziff. 2[1256]; „für die Schulden, die aus dem regelmässigen Betriebe ihres Berufes oder Gewerbes [entstanden]", Ziff. 3; „für die Schulden aus Erbschaften, die auf sie [übergingen]", Ziff. 4[1257]; sowie „für die Schulden aus unerlaubten Handlungen", Ziff. 5. All diese Fälle rechtfertigten nach Eggers (und Hubers) Ansicht, die Gläubigerrechte den Rechten des Ehemannes am ehelichen Vermögen vorgehen zu lassen – so drängte sich diese Regelung für Egger insbesondere bei den Ziff. 2 bzw. 3 auf, weil hier der Ehemann den *Verpflichtungen* der Ehefrau bzw. ihrer *Berufs- oder Gewerbeausübung zugestimmt* hatte; die Ziff. 5 ergab sich für Egger mit Blick auf die *Deliktsfähigkeit* der Ehefrau sowie mit Rücksicht auf die Interessen der von der Ehefrau *geschädigten Person*.[1258]

Für Schulden, welche die *Ehegatten* für den gemeinsamen Haushalt eingingen, haftete (primär) der – gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB (primär) für die Unterhaltstragung der Familie besorgte – Ehemann, Art. 206 Abs. 3 ZGB. Für den Fall von dessen

---

[1251] Erl. Bd. I, S. 231 (= BeK II, Rn. 564), vgl. auch S. 228, 230 (= BeK II, Rn. 558, 563); StenBull NR 1905, S. 687.

[1252] Erl. Bd. I, S. 178 f. (= BeK II, Rn. 445).

[1253] Vgl. Kapitel 4.1.1.1.4 und insbesondere Fn. 1232.

[1254] Materiell übereinstimmend, aber in abw. Systematik: Art. 221 Abs. 2, Art. 223 E-ZGB; Art. 234 Abs. 2 VE-ZGB, Art. 236 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VE-ZGB (dazu Erl. Bd. I, S. 201 ff. (= BeK II, Rn. 506 f., 509 f.)). Beachte jeweils auch den Umkehrschluss aus Fn. 1264.

[1255] Vgl. zu dieser Konstellation Kapitel 3.2.2.2.2.

[1256] Für die *Eigentumsverhältnisse* beachte aber Fn. 1180.

[1257] Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fn. 1238.

[1258] EGGER I, Anm. 1a, 1b, 2b, 2c, 2e zu Art. 207; EGGER II, Rn. 1, 4 f., 8 ff., 12 zu Art. 207; Erl. Bd. I, S. 114 f., 201 f. (= BeK II, Rn. 272, 506 f.) – beachte aber S. 115 (= BeK II, Rn. 273); Botsch.-ZGB, S. 31 (= BeK III, Rn. 11310).

Zahlungsunfähigkeit statuierte Art. 207 Abs. 2 ZGB[1259] betreffs solcher Schulden indes auch eine *(subsidiäre) Haftung* der – beistands- und damit (subsidiär) unterhaltspflichtigen – *Ehefrau*, und zwar ebenfalls eine Haftung mit ihrem gesamten Vermögen.[1260]

Dagegen haftete die Ehefrau gemäss Art. 208 Abs. 1 ZGB[1261] (unter Vorbehalt der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 208 Abs. 2 ZGB[1262]) „während und nach der Ehe" – Huber hatte daher betont: „ein- für allemal"[1263] – „nur mit dem Werte ihres *Sonderguts*": „für die Schulden, die sie als Sondergutsschulden [begründete]", Ziff. 1; „für die Schulden, die sie ohne Einwilligung des Ehemannes[1264] [begründete]", Ziff. 2; und „für die Schulden, die sie in Überschreitung ihrer Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft [begründete]", Ziff. 3. In dieser Haftungsregelung erblickte Egger – und auch Huber – nicht nur eine gesetzliche Anerkennung der Handlungsfähigkeit[1265] der Ehefrau, sondern auch eine Anerkennung der güterrechtlichen Stellung des Ehemannes – *seine* Rechte am ehelichen Vermögen sollten hier den Gläubigerrechten vorgehen, mit der Folge, dass die Gläubiger nur auf das Sondergut der Ehefrau greifen konnten.[1266]

[1259] Art. 223 Ziff. 3 E-ZGB sah eine solche subsidiäre Haftung der *Ehefrau* ebenfalls vor – mit dem missverständlichen Wortlaut: „für die *von ihr* eingegangenen Haushaltungsschulden"; vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 31 (= BeK III, Rn. 11310 i.V.m. Rn. 11312). Der VE-ZGB enthielt keine solche Regelung (beachte Fn. 1231) – immerhin hatte Huber darauf hingewiesen, dass die Ehefrau (stets) „*indirekt* und insoweit [haftet], als ihre *Einkünfte* in das *Eigentum des Mannes* übergehen und ihr *Erwerb* nötigenfalls zur Tragung dieser Lasten *herangezogen* werden soll" – „doch besteht auch hier eine Verpflichtung der Ehefrau *nicht den Gläubigern gegenüber*, sondern nur im Verhältnis zum Ehemann […]"; Erl. Bd. I, S. 201 (= BeK II, Rn. 505). Eine Ausnahme sah allerdings Art. 214 i.V.m. Art. 273 Abs. 3 VE-ZGB (vgl. Fn. 1284) vor, welcher für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes betreffend das *Sondergut* der Ehefrau eine direkte Haftung für solche Schulden statuierte, welche die Ehegatten „zum Unterhalt der Ehegatten und ihrer Kinder" begründeten. S. dazu Erl. Bd. I, S. 230 (= BeK II, Rn. 562).

[1260] EGGER I, Anm. 1b, 3 zu Art. 207, Anm. 3 zu Art. 162; EGGER II, Rn. 14 ff. zu Art. 207, Rn. 3 zu Art. 162. Für die Regelung im VE-ZGB vgl. aber Fn. 1231. Vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 703.

[1261] Wörtlich fast identisch (s. aber Fn. 1264) Art. 224 E-ZGB. Art. 236 Abs. 1 VE-ZGB erwähnte die Variante i.S.v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht explizit; die Variante i.S.v. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB fehlte ganz – aus dem bei Fn. 1254 Gesagten ergibt sich aber, dass auch der VE-ZGB mit dem ZGB übereinstimmte.

[1262] Identisch Art. 224 Abs. 2 E-ZGB. Im VE-ZGB fehlte dieser Vorbehalt.

[1263] Erl. Bd. I, S. 202 f. (= BeK II, Rn. 508). Huber hatte daher auf die *praktische* Konsequenz hingeweisen, dass die Ehefrau hier „ihre Handlungsfähigkeit tatsächlich nur insoweit betätigen [kann], als sie daraufhin Kredit findet"; Erl. Bd. I, S. 115 (= BeK II, Rn. 272).

[1264] Die *Entwürfe* fügten hier auch die fehlende Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für zwischen den Ehegatten abgeschlossene Rechtsgeschäfte bei, vgl. Art. 224 Ziff. 2 E-ZGB und Art. 236 Abs. 1 VE-ZGB.

[1265] Vgl. zu derselben übrigens folgende Bemerkung Eggers: „Auch das eheliche Güterrecht muß dem modernen Individualismus, der frauenemanzipatorischen Bewegung in billiger Weise Rechnung tragen. Das Zivilgesetz hat es deshalb abgelehnt, aus Gründen des ehelichen Güterrechtes der Ehefrau die Handlungsfähigkeit zu entziehen […]. […]"; EGGER I, Vorbem. 5a GüterR; vgl. auch Fn. 952.

[1266] Vgl. EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 207, Anm. 2 zu Art. 208; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 207, Rn. 1, 2 f., 4, 5 zu Art. 208; Erl. Bd. I, S. 114 f., 157, 201 ff. (= BeK II, Rn. 272, 382, 506, 508); Botsch.-ZGB, S. 31 (= BeK III, Rn. 11310).

Die *Gütertrennung* konnte von den Ehegatten ehevertraglich[1267] vereinbart werden. Eintreten[1268] konnte sie aber auch als *ausserordentlicher Güterstand* – und zwar einerseits *von Gesetzes wegen*, wenn die Gläubiger eines Ehegatten im Falle von dessen Konkurs zu Verlust gekommen waren, Art. 182 Abs. 1 ZGB[1269],[1270] sowie andererseits auf *richterliche Anordnung* hin aufgrund eines Begehrens der Ehefrau, Art. 183 ZGB; des Ehemannes, Art. 184 ZGB; oder desjenigen Gläubigers, welcher „bei der gegen einen Ehegatten durchgeführten Betreibung auf Pfändung zu Verlust gekommen [war]", Art. 185 ZGB[1271]. Konkret war die *Ehefrau* gemäss Art. 183 ZGB[1272] berechtigt, die Gütertrennung zu verlangen, „wenn der Ehemann für den Unterhalt von Weib und Kind nicht pflichtgemäss Sorge [trug]", Ziff. 1; „wenn er die für das eingebrachte Frauengut verlangte Sicherheit[1273] nicht [leistete]", Ziff. 2; oder „wenn der Ehemann oder das Gesamtgut[1274] überschuldet [war]", Ziff. 3. Der *Ehemann* konnte gemäss Art. 184 ZGB[1275] die Gütertrennung verlangen, „wenn die Ehefrau überschuldet [war]", Ziff. 1; wenn sie „in ungerechtfertigter Weise die nach Gesetz oder Güterstand erforderliche Zustimmung[1276] zu den Verfügungen des Ehemannes über das eheliche Vermögen [verweigerte]", Ziff. 2; oder wenn sie „die Sicherstellung[1277] des eingebrachten Frauengutes verlangt [hatte]", Ziff. 3.

Der Eintritt der Gütertrennung hatte letztlich[1278] zur *Folge*, dass „jeder Ehegatte das Eigentum an seinem Vermögen, sowie die Verwaltung[1279] und Nutzung [behielt]", Art. 242 Abs. 1 ZGB[1280]. Sämtliche Einkünfte und sämtlicher Erwerb

---

[1267] Zum *Ehevertrag* vgl. Kapitel 4.2.2.

[1268] Zu *Beginn* und *Aufhebung* der Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand vgl. Art. 186 f. ZGB (vgl. auch Art. 192 f. E-ZGB und Art. 207 f. VE-ZGB); zum *Umfang* der Gütertrennung s. Art. 241 ZGB (vgl. auch Art. 256 E-ZGB und Art. 269 VE-ZGB).

[1269] Wörtlich fast identisch Art. 188 Abs. 1 E-ZGB; *diesbezüglich* ebenso Art. 203 VE-ZGB.

[1270] Gemäss Art. 182 Abs. 2 ZGB konnte auch jedes der Brautleute vor der Trauung die Gütertrennung ins Güterrechtsregister (vgl. zu diesem bei Fn. 1367) eintragen lassen, wenn „zur Zeit der Eheschliessung Gläubiger vorhanden [waren], die Verlustscheine [besassen]". Materiell übereinstimmend Art. 188 Abs. 2 E-ZGB. Abw. Art. 203 VE-ZGB, welcher für diesen Fall den Eintritt der Gütertrennung von Gesetzes wegen vorsah.

[1271] Materiell übereinstimmend Art. 191 E-ZGB und Art. 206 VE-ZGB.

[1272] Weitgehend wörtlich übereinstimmend Art. 189 E-ZGB; ebenso Art. 204 VE-ZGB, der überdies die fruchtlose Pfändung des Ehemannes anfügte.

[1273] Vgl. Art. 205 Abs. 1 ZGB, wonach „der Ehemann der Ehefrau auf Verlangen jederzeit über den Stand ihres eingebrachten Gutes *Auskunft* zu geben [hatte]", wobei die Ehefrau gemäss Art. 205 Abs. 2 ZGB berechtigt war, betreffend ihr eingebrachtes Gut jederzeit *Sicherstellung* zu verlangen. Vgl. auch Text zu Fn. 1315. Wörtlich fast identisch Art. 220 E-ZGB. Art. 233 VE-ZGB erwähnte den Auskunftsanspruch nicht.

[1274] Das Gesamtgut betraf die *Gütergemeinschaft* – vgl. zu dieser den Hinweis in Fn. 1166.

[1275] Weitgehend wörtlich übereinstimmend Art. 190 E-ZGB; ebenso Art. 205 VE-ZGB, der überdies die fruchtlose Pfändung der Ehefrau anfügte.

[1276] Vgl. Art. 202 Abs. 1 ZGB und dazu Kapitel 4.1.1.1.3.

[1277] Zum Sicherstellungsanspruch der Ehefrau vgl. Fn. 1273.

[1278] Zur güterrechtlichen Auseinandersetzung vgl. Kapitel 4.2.1.3.

[1279] Zur Möglichkeit der Ehefrau, die Verwaltung dem Ehemann zu übertragen, vgl. Art. 242 Abs. 2, 3 ZGB (vgl. auch Art. 257 Abs. 2, 3 E-ZGB und Art. 271 f. VE-ZGB).

[1280] Materiell übereinstimmend Art. 257 Abs. 1 E-ZGB und Art. 270 VE-ZGB.

fielen demjenigen Ehegatten zu, aus dessen Vermögen bzw. aus dessen Arbeit sie stammten, Art. 245 ZGB[1281]. Beide Ehegatten hafteten sodann persönlich für ihre eigenen Schulden, Art. 243 Abs. 1, 2 ZGB[1282]; zudem haftete der Ehemann[1283] – aufgrund seiner (primären) Unterhaltspflicht i.S.v. Art. 160 Abs. 2 ZGB – für jene Schulden, welche die Ehefrau im Rahmen der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft eingegangen war, Art. 243 Abs. 1 ZGB; die Ehefrau haftete – wegen ihrer Beistands- und damit subsidiären Unterhaltspflicht – für Schulden des gemeinsamen Haushalts bei Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes, Art. 243 Abs. 3 ZGB[1284].[1285] Gerade der eben erwähnte Art. 243 ZGB belegt, dass die *allgemeinen Ehewirkungen trotz Gütertrennung fortbestanden*. Diesen Umstand hob Egger denn auch explizit mit dem Hinweis hervor, die allgemeinen Ehewirkungen – neben der Unterhaltspflicht des Ehemannes erwähnte er namentlich auch die Beistandspflicht der Ehefrau sowie die Bestimmungen über die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft – bestünden *unabhängig des Güterstandes*, weshalb auch bei der Gütertrennung „der Gedanke der Lebensgemeinschaft gewahrt" bleibe.[1286] Entsprechende Hinweise hatte auch Huber gemacht, der einerseits festgehalten hatte, dass der Ehemann ungeachtet des Güterstandes zur Tragung der ehelichen Lasten verpflichtet sei; und andererseits insbesondere bemerkt hatte, dass das „eigentliche eheliche Vermögen" bei der Gütertrennung vom Vermögen des Ehemannes gebildet werde, allerdings „vermehrt um die Beiträge der Frau" – was zugleich deutlich macht, dass die Beitragspflicht der Ehefrau i.S.v. Art. 246 Abs. 1 ZGB als Ausfluss ihrer allgemeinen Beistandspflicht auch bei der Gütertrennung bestand.[1287] Diese Hinweise Eggers und Hubers betreffend das Fortbestehen der allgemeinen Ehewirkungen lassen vermuten, dass beide Juristen die *richterliche Anordnung der Gütertrennung* auf Begehren eines Ehegatten hin *konzeptionell* als Massnahme zum *Schutz der ehelichen Gemeinschaft i.S.v. Art. 169 ff. ZGB* begriffen. Diese Vermutung bestätigte Egger bereits im Zusammenhang mit den Eheschutzmassnahmen, die er als nicht abschliessend bezeichnete, und den Richter (bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen) insbesondere auch für berechtigt hielt, im Rahmen des *Eheschutzverfahrens* die Gütertrennung anzuordnen.[1288] Gleiches gilt für Huber.[1289] Desweitern stellte Egger fest, die Gütertrennung sei dann anzuordnen, wenn die Fortsetzung des aktuellen Güterstandes „einem Ehegatten nicht mehr zugemutet

---

[1281] Identisch Art. 259 E-ZGB und Art. 274 VE-ZGB.
[1282] Materiell übereinstimmend Art. 258 Abs. 1, 2 E-ZGB und Art. 273 Abs. 1, 2 VE-ZGB.
[1283] Für die Rechtsstellung der Ehefrau im Falle des Konkurses des Ehemannes bzw. bei Pfändung von Vermögenswerten desselben vgl. Art. 244 ZGB. Der E-ZGB und VE-ZGB enthielten dazu keine Regelungen.
[1284] Materiell übereinstimmend Art. 258 Abs. 3 E-ZGB und Art. 273 Abs. 3 VE-ZGB; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 230 (= BeK II, Rn. 562).
[1285] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2 zu Art. 243; EGGER II, Rn. 2, 3 f. zu Art. 243.
[1286] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 178, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 190, Rn. 3 f. zu Art. 192, Rn. 1 zu Art. 241; EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 241 ff., Anm. 2 zu Art. 192; Kapitel 4.1.
[1287] Erl. Bd. I, S. 173, 228, 230 ff. (= BeK II, Rn. 433, 558, 562, 564 ff.).
[1288] Vgl. dazu Kapitel 3.2.2.1.
[1289] Wie Fn. 1288.

werden darf".[1290] Daraus erhellt, dass Egger die *Eheschutzmassnahmen im Allgemeinen* (i.S.v. Art. 169 ff. ZGB) als Möglichkeit begriff, einer für einen Ehegatten aus *persönlicher Sicht* untragbaren Situation Abhilfe zu schaffen, während er die Anordnung der *Gütertrennung im Besonderen* (i.S.v. Art. 183 und 184 ZGB) als Möglichkeit verstand, eine für einen Ehegatten *untragbare Vermögenssituation* zu beenden.[1291] Es überrascht daher nicht, dass Egger die Anordnung der Gütertrennung – wie schon die Eheschutzmassnahmen im Allgemeinen – einerseits mit dem *Persönlichkeitsgedanken* legitimierte, indem er festhielt, dass das ZGB mit der Anerkennung dieses ausserordentlichen Güterstandes (sowie des denselben Regeln unterliegenden Sonderguts[1292]) „in aller Schärfe […] den Individualismus zum Ausdruck [bringt]":[1293] So begründete Egger gerade das Recht der Ehefrau, die Gütertrennung in den Fällen der Art. 183 Ziff. 2 bzw. 3 ZGB zu verlangen – also bei unterbliebener Sicherheitsleistung des Ehemannes für ihr eingebrachtes Gut bzw. bei Überschuldung des Ehemannes – mit Sicherungsinteressen der Ehefrau.[1294] Ebenfalls wies Egger darauf hin, dass wenn die Ehefrau die Sicherstellung ihres eingebrachten Guts verlange, der Ehemann gemäss Art. 184 Ziff. 3 ZGB ein Recht auf Anordnung der Gütertrennung habe, weil der von der Ehefrau geltend gemachte Anspruch für den Ehemann „bedrückend"[1295] sein könne und dieser es deshalb „vorziehen [kann], auf die Verwaltung und Nutzung des Frauenvermögens zu verzichten".[1296] Andererseits wies Egger aber auch auf den *Gemeinschaftsgedanken* hin:

> „Die [sc. zur Gütertrennung führenden] Gründe sind weitgespannt, der Gesetzgeber wollte alle Fälle erfassen, in welchen der Fortbestand des ehelichen Vermögens innerlich nicht mehr begründet ist. Doch ließen sie sich nicht in eine Generalklausel zusammenfassen. Die Gütertrennung kann der Sicherung des Frauengutes dienen, sie kann aber auch durch die Interessen des Mannes und der Familie geboten sein. *Auch der außerordentliche Güterstand steht im Dienste der ehelichen Gemeinschaft* […]."[1297]

Nach Eggers Ansicht wurde der *ehelichen Gemeinschaft* also „unter Umständen […] durch die Gütertrennung *besser gedient*" als durch den ordentlichen Güterstand.[1298] Deshalb rechtfertigte sich für ihn die Gütertrennung gerade in der von Art. 183 Ziff. 1 ZGB genannten Situation, dass „der Ehemann für den Unterhalt von Weib und Kind

---

[1290] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 182.
[1291] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 182, Anm. 1b, 3b zu Art. 183, Anm. 1 zu Art. 184; EGGER II, Rn. 1, 7 f., 9 f. zu Art. 183, Rn. 1 zu Art. 184.
[1292] Vgl. dazu Kapitel 4.2.1.2.
[1293] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 178 ff.
[1294] EGGER I, Anm. 2, 3b, 3c zu Art. 183, vgl. auch Vorbem. 1b, 1c, 5a GüterR; EGGER II, Rn. 7 f., 9 f. zu Art. 183; vgl. in diesem Sinne auch Erl. Bd. I, S. 169 (= BeK II, Rn. 419).
[1295] Mit diesem Begriff meinte Egger m.E. in erster Linie eine übermässige *finanzielle* Belastung, allenfalls sekundär (auch) eine *persönliche*.
[1296] EGGER I, Anm. 1, 2c zu Art. 184; EGGER II, Rn. 1, 4 zu Art. 184; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 200 (= BeK II, Rn. 503).
[1297] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 182.
[1298] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 183, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 183; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 183.

nicht pflichtgemäss Sorge [trug]".[1299] Hier ging Egger offensichtlich von der Überlegung aus, die selbständige Verwaltung und Nutzung des Vermögens durch die beiden Ehegatten liege nicht nur im Individualinteresse der Ehefrau bzw. des Kindes, sondern sei insbesondere auch für die eheliche Gemeinschaft nutzbringend. In diese Richtung weist auch Eggers Ansicht betreffend die in Art. 184 Ziff. 1 bzw. 2 ZGB genannte Überschuldung der Ehefrau bzw. deren *un*gerechtfertigte[1300] Verweigerung der Zustimmung zu Verfügungen des Ehemannes über das eheliche Vermögen: Hierzu bemerkte Egger, dass sich der Ehemann durch die Gütertrennung eine „Befreiung von Rechten, die zugleich Pflichten sind" – also die Rechte zur Verwaltung und Nutzung des ehelichen Vermögens –, „und die *nicht mehr ersprießlich ausgeübt* werden können", verschaffen könne.[1301] Auch in diesen Fällen ging Egger folglich davon aus, dass die Gütertrennung für die eheliche Gemeinschaft geeigneter war als die Fortdauer des bisherigen Güterstandes.

4.2 Persönlichkeitsgedanke

4.2.1 Gleichstellung der Ehegatten bei der Güterverbindung

4.2.1.1 Rechte des Ehemannes am ehelichen Vermögen

Bekanntlich machte Egger – Gleiches gilt für Huber – im Zusammenhang mit den *allgemeinen* Ehewirkungen deutlich, dass er die Stellung des Ehemannes nicht mit patriarchalischen, sondern mit organisatorischen Überlegungen legitimierte.[1302] Mit Blick auf die *güterrechtliche* Stellung des Ehemannes betreffend das eheliche Vermögen räumte Egger zwar zunächst ein:

> „Da die Güterverbindung eine (wirtschaftliche) Vereinigung beider Vermögen in der *Hand des Mannes* bedeutet und dem *Manne* Verwaltung und Nutzung des Frauengutes einräumt, liegt allerdings in der Grundlage dieses Systems selbst ein *herrschaftlicher Zug* (‚System des ehemännlichen Egoismus') […]."[1303]

Im unmittelbaren Anschluss hielt Egger dann allerdings fest:

> „[…] Aber die nähere Regelung gestattet […] doch einen durchaus *genossenschaftlichen Ausbau*. Dieser liegt denn auch für das Z.G.B. in den der Frau gewährleisteten eigenen Verfügungsbefugnissen (Art. 203[1304]) und in der starken Heranziehung der Frau zu Verfügungen des Mannes (Art. 202[1305]), so daß man *geradezu von einer*

[1299] EGGER I, Anm. 2, 3a zu Art. 183; EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 183.

[1300] Ungerechtfertigt war eine solche Verweigerung nach Eggers Ansicht „dann, wenn die Verfügung, die der Ehemann vornehmen will, eine zweckmäßige Verwaltungsmaßnahme ist und berücksichtigungswürdige Interssen der Ehefrau (Sicherheit ihrer Rechte, Pietät gegen den elterlichen Nachlaß etc.) durch dieselbe nicht verletzt werden"; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 184; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 184.

[1301] EGGER I, Anm. 1, 2a, 2b zu Art. 184; vgl. auch EGGER II, Rn. 1, 2 f. zu Art. 184.

[1302] Vgl. dazu Kapitel 3.2.1.1.

[1303] EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 178 ff.

[1304] Vgl. dazu Text zu Fn. 1238.

[1305] Vgl. dazu Kapitel 4.1.1.1.3.

> *Verfügungsgemeinschaft* sprechen kann. Er findet ferner darin seinen Ausdruck, daß für die Haushaltungsschulden eine Schuldengemeinschaft eingeführt wird (Art. 207 Abs. 2[1306]), vor allem aber in der Ergänzung der Güterverbindung durch die Vorschlagsgemeinschaft (Art. 214[1307]).“[1308]

Auch an anderer Stelle betonte er:

> „[…] für die dogmatische Betrachtung des Güterverbindungsrechtes [darf] die Verwaltung nicht in den Vordergrund gerückt werden. Die Güterverbindung will nicht dem Frauenvermögen einen Verwalter geben, sondern sie bezweckt die *Fruktifizierung* desselben im ‚ehelichen Vermögen‘. Verwaltung und Nutzung sind darnach Folgeerscheinungen des einen Gesamtrechtsverhältnisses […].“[1309]

In diesen Aussagen relativierte Egger den „herrschaftliche[n] Zug“ des Güterverbindungsrechts, indem er (unter Verweisung auf die gesetzliche Ausgestaltung des Verfügungsrechts der Ehegatten, ihrer Schuldenhaftung sowie dem Zweck des ehelichen Vermögens) dessen „genossenschaftlichen“ Charakter – den Gedanken der Gleichstellung der Ehegatten, den *Persönlichkeitsgedanken* – hervorhob. Auf diese Hervorhebung zielte sodann Eggers weitere Bemerkung ab, wonach das Verwaltungs- und das Nutzungsrecht des Ehemannes einerseits miteinander untrennbar verknüpft seien und diese Rechte andererseits grundsätzlich[1310] auch unverzichtbare Pflichten darstellten; eine Aussage, in welcher zugleich ein Bekenntnis Eggers zur *Immanenztheorie* liegt.[1311] Auch schon Huber hatte hervorgehoben, das Verwaltungsrecht des Ehemannes stelle zugleich seine Pflicht dar, weshalb „die Ehefrau von ihm die Vornahme der nötigen Verwaltungshandlungen zu verlangen befugt ist“.[1312]
Mit Blick auf die vermögensrechtlichen Interessen der Ehefrau wies Egger endlich auf den Art. 205 Abs. 2 ZGB[1313] hin, welcher der Letzteren das Recht gewährte, von ihrem Ehemann *„jederzeit Sicherstellung“* betreffend ihr eingebrachtes Gut zu verlangen[1314] – und zwar, wie Egger und Huber klarstellten, (auch) *ohne*, dass sie bezüglich ihres Guts „eine besondere Gefahr nachweisen“ müsste.[1315]

[1306] Vgl. dazu Kapitel 4.1.1.2.2.
[1307] Vgl. dazu Kapitel 4.2.1.3.
[1308] EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 178 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 11, 13 zu Art. 178, Rn. 2 zu Art. 200.
[1309] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 194/195; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 f., 5 zu Art. 200.
[1310] Sofern der Ehemann nicht berechtigt war, *Gütertrennung* zu verlangen, vgl. Art. 184 ZGB und Kapitel 4.1.2.
[1311] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 194/195, Anm. 3a zu Art. 200, Anm. 1a zu Art. 201; EGGER II, Rn. 3, 7 ff. zu Art. 200, Rn. 6 zu Art. 201; vgl. insbes. auch Kapitel 3.2.1.1.
[1312] Erl. Bd. I, S. 193 (= BeK II, Rn. 487).
[1313] Vgl. dazu Fn. 1273.
[1314] Leistete der Ehemann diese Sicherheit nicht, war die Ehefrau gemäss Art. 183 Ziff. 2 ZGB berechtigt, *Gütertrennung* zu verlangen, vgl. Kapitel 4.1.2.
[1315] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 205; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 205; Erl. Bd. I, S. 169 f., 199 f. (= BeK II, Rn. 418 f., 500, 503).

4.2.1.2 Sondergut der Ehefrau, Art. 191 ZGB

Nach Art. 191 Ziff. 1 ZGB stand *beiden*[1316] *Ehegatten* ein Sondergut zu, welches den *Regeln der Gütertrennung*[1317] unterworfen war, vgl. Art. 192 Abs. 1 ZGB. Da der Ehemann im ordentlichen Güterstand Eigentümer, Verwalter und Nutzer seines Sonderguts blieb, beschränkte sich die Bedeutung seines Sonderguts auf dessen Nichtberücksichtigung bei der Vorschlagsberechnung.[1318] Von praktischer Relevanz war demgegenüber das *Sondergut der Ehefrau*, zumal Letztere die Gegenstände[1319] ihres Sonderguts selbständig verwaltete, nutzte und darüber verfügte – das Verwaltungs-, Nutzungs und Verfügungsrecht des Ehemannes war im Bereich ihres Sonderguts m.a.W. ausgeschlossen. Entsprechend wies Egger darauf hin, dass de facto sämtliche der Güterverbindung unterstehenden Ehegatten zugleich *„partielle[r] Gütertrennung"* unterstünden.[1320] Den Begriff der „partielle[n] Gütertrennung" hatte auch schon Huber verwendet, der dabei den (auch von Egger erwähnten) konzeptionellen Hinweis angebracht hatte, dass „das eheliche Vermögen die *Regel* [bildet]", und der Beweis von Sondergut als „*Ausnahme* vom ordentlichen Güterstand" dem behauptenden Ehegatten obliege[1321].[1322] Für Huber bedeutete die Gütertrennung aufgrund des Umstands, dass jeder Ehegatte sein Vermögen, seine Einkünfte und seinen Erwerb selbst verwaltete, nutzte und darüber verfügte sowie „kein Ehegatte für die Schulden des andern zu haften [hatte]", eigentlich „kein organisiertes Güterrechtssystem, sondern bloss die Negation der *güterrechtlichen* Verbindung von Mann und Frau" – *nicht* aber, wie auch Egger bemerkte[1323], der *persönlichen Verbindung*, denn auch die unter Gütertrennung lebende Ehefrau war bekanntlich[1324] verpflichtet, einen *Beitrag* zur Tragung der ehelichen Lasten zu leisten.[1325]

[1316] Vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 191; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 194; Erl. Bd. I, S. 178 (= BeK II, Rn. 444); Botsch.-ZGB S. 28 f. (= BeK III, Rn. 11303). Unpräzise daher Art. 194 Abs. 2 ZGB, welcher nur das „Sondergut der Ehefrau" vom ehelichen Vermögen ausschloss.

[1317] Zur Gütertrennung vgl. Kapitel 4.1.2.

[1318] Vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 190, Anm. 4a zu Art. 194/195; Anm. 2b zu Art. 214; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 190, Rn. 17 zu Art. 195, Rn. 6 zu Art. 214; Erl. Bd. I, S. 178 f. (= BeK II, Rn. 444 ff.).

[1319] Zu diesen Gegenständen vgl. den Text bei Fn. 1170.

[1320] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 190, Anm. 1 zu Art. 192, vgl. auch Vorbem. 3c zu Art. 178 ff.; Vorbem. 1b zu Art. 241 ff.; EGGER II, Rn. 2, 6 zu Art. 190, Rn. 1 zu Art. 192.

[1321] Zu dieser Beweislastverteilung s. Art. 193 ZGB (identisch Art. 200 E-ZGB und Art. 212 Abs. 3 VE-ZGB).

[1322] Erl. Bd. I, S. 178 f. (= BeK II, Rn. 445 f.); Botsch.-ZGB, S. 28 f. (= BeK III, Rn. 11303); vgl. auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 190; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 190. Vgl. auch Hubers Hinweis an anderer Stelle, wonach das eheliche Vermögen einen „dominierende[n] Charakter der Einheit" aufweise – als Beweisregel hatte Huber daher propagiert, alle Vermögenswerte seien als eheliches Vermögen zu qualifizieren, solange nicht *ausnahmsweise* das Gegenteil bewiesen werde; Erl. Bd. I, S. 174 (= BeK II, Rn. 434). Zur Möglichkeit der *Inventarabfassung* vgl. Fn. 1339.

[1323] Vgl. Kapitel 4.1.1.2.1.

[1324] Wie Fn. 1323.

[1325] Erl. Bd. I, S. 125, 178 f., 228 ff. (= BeK II, Rn. 296, 444 f., 558 f., 562); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 28 f. (= BeK III, Rn. 11303); StenBull NR 1905, S. 687.

Das Sondergut der Ehefrau bezweckte nach Eggers Auffassung, der Ehefrau gewisse *Handlungsfreiheiten* in Bezug auf die Sondergutsgegenstände zu gewähren.[1326] Im Hinweis auf die „partielle Gütertrennung" lag also nichts Geringeres als ein Hinweis auf die Schranken des Anwendungsbereichs des ordentlichen Güterstandes – damit relativierte Egger die Bedeutung desselben und hob damit eine gewisse Selbständigkeit der Ehefrau hervor.[1327] Denn Letztlich ging es Egger beim Sondergut „im wesentlichen doch um die Sicherung einer freieren und würdigeren Stellung der Ehefrau".[1328] Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang Eggers Aussage betreffend Art. 191 Ziff. 3 ZGB, gemäss welchem das Einkommen der Ehefrau „aus selbständiger Arbeit" *Sondergut* bildete – wobei Egger (angelehnt an Huber) klarstellte, dass damit auch der Erwerb aus *unselbständiger* Tätigkeit gemeint sei.[1329] Egger bezeichnete es als eine „nicht zu rechtfertigende Ungunst des Gesetzes", wenn das ZGB den Erwerb der Ehefrau ins Eigentum des Ehemannes hätte fallen lassen.[1330] Seiner Ansicht verlieh Egger Nachdruck, indem er auch auf den *Gemeinschaftsgedanken* hinwies: Würde der Erwerb der Ehefrau ins Eigentum des Mannes fallen, so läge nach Eggers Auffassung nämlich

> „darin […] aber nicht nur eine *Verletzung der Interessen der Ehefrau*, sondern oft genug auch derjenigen der *ehelichen Gemeinschaft*. Diese wird ebenfalls geschützt und gestärkt, wenn die erwerbende Ehefrau als gleichberechtigte Genossin neben dem Ehemann anerkannt, wenn der Erwerb aus ihrer Arbeit ihr zugestanden und sie dann zu angemessener Beitragsleistung, selbständiger Mitverwaltung und eigener Verantwortlichkeit verpflichtet wird. Die Erhebung des Arbeitserwerbes der Ehefrau zu Sondergut ist deshalb eine sehr wichtige Ergänzung der Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 169 ff.) und über die richterliche Gütertrennung (Art. 183 Ziff. 1)."[1331]

Dieselbe Argumentationslinie hatte bereits Huber gewählt:

> „Endlich regelt sich aus dem Güterrecht auch noch eine andere Seite der *Selbständigkeit der Ehefrau*, das Recht auf ihren Arbeitserwerb […]. Wir hatten anfänglich ein gewichtiges Bedenken, das uns verhinderte, uneingeschränkt diesem Postulate zu folgen: Wir fanden, dass damit die Ehefrau, der die Sorge für den Haushalt es nicht gestatte,

---

[1326] Vgl. nur bei Fn. 1328.

[1327] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 190; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 190.

[1328] Diese Aussage machte Egger zwar mit Blick auf Art. 191 Ziff. 1 ZGB – sie traf aus konzeptioneller Sicht aber auch auf die Ziff. 2 und 3 zu. Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1b zu Art. 191, s. auch Vorbem. 5a GüterR, Vorbem. 3a zu Art. 178 ff., Anm. 2b, 3b zu Art. 191, Anm. 2b zu Art. 192; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 190, Rn. 7 f., 14 zu Art. 191, Rn. 19 Einl. FamR. Ähnlich hatte Huber bezüglich des Sonderguts von einer vermögensrechtlich „individuellen Sphäre" der Ehegatten gesprochen; vgl. Erl. Bd. I, S. 106 (= BeK II, Rn. 252).

[1329] Der missverständliche Passus „aus *selbständiger* Arbeit" sei lediglich „auf Wünsche aus bäuerlichen Kreisen" aufgenommen worden und hätte inbesondere verdeutlichen sollen, dass der Ehefrau „nicht ein Anspruch auf Entgelt der in Haus und Hof geleisteten Arbeit" zustehe; EGGER I, Anm. 3c zu Art. 191; vgl. auch EGGER II, Rn. 8, 16 f. zu Art. 191; Botsch.-ZGB, S. 29 (= BeK II, Rn. 11303); Erl. Bd. I, S. 181 (= BeK II, Rn. 454); Prot., S. 246 (= BeK III, Rn. 2036).

[1330] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 191.

[1331] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 191; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 190, Rn. 7, 14 f. zu Art. 191, Rn. 20 Einl. FamR.

> einen eigenen Beruf zu betreiben, oder die dem Manne in seinem Berufe hilfreich an die Hand gehe, hinter die Berufsfrau zurückgesetzt werde. Allein es empfiehlt sich hier jedenfalls ein möglichst einfacher Grundsatz, und man wird auch im allgemeinen voraussetzen dürfen, dass der Berufserwerb von der Frau doch nur da angestrebt werde, wo dies mit dem Wohl der Gemeinschaft verträglich ist. Eine Verweigerung des Rechts auf den eigenen Erwerb würde für die *Frauen des Arbeiterstandes*, um die es sich hier hauptsächlich handelt, eine *Einschränkung bedeuten*, die durch das *Wohl der Ehe weit eher verboten als gefordert wird*. Aus solchen Gründen hat der Entwurf [sc. VE-ZGB] schliesslich den Arbeitserwerb der Ehefrau einfach von Gesetzes wegen für ihr Sondergut erklärt, Art. 213, Schluss [sc. vgl. Art. 191 Ziff. 3 ZGB]."[1332]

Damit wird deutlich, dass sowohl Egger als auch Huber das Sondergut der Ehefrau sowohl mit dem Persönlichkeitsgedanken als auch mit dem Gemeinschaftsgedanken legitimierten.

4.2.1.3 Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau, Art. 189 Abs. 2 i.V.m. Art. 214 Abs. 1 ZGB

Trat während der Ehe die *Gütertrennung* ein, Art. 189 ZGB[1333]; liessen sich die Ehegatten *scheiden*, Art. 154 ZGB[1334]; oder verstarb die *Ehefrau*, Art. 212 ZGB[1335], bzw. der *Ehemann*, Art. 213 ZGB[1336], so war eine güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen. Im Wesentlichen blieb der Mechanismus dabei stets derselbe: Das eheliche Vermögen fiel auseinander, d.h. die *Ehefrau*[1337] erhielt ihr eingebrachtes Gut (dessen Eigentümerin sie bei der Güterverbindung geblieben war) respektive die für dasselbe während der Ehe getätigten Ersatzanschaffungen, vgl. Art. 196 Abs. 2 ZGB, „unbeschwert von dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrecht", zurück, wobei der Ehemann[1338] „für das Fehlende"[1339] Ersatz zu leisten hatte, sofern ihn eine Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 201 Abs. 1 ZGB traf.[1340] Dem *Ehemann* stand dagegen

---

[1332] Erl. Bd. I, S. 115 f. (= BeK II, Rn. 274); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 686 f.

[1333] Wörtlich fast identisch Art. 195 E-ZGB und Art. 210 VE-ZGB.

[1334] Art. 154 ZGB fand auch bei der *Eheungültigerklärung* Anwendung, s. Kapitel 2.1. Beachte Kapitel 5.3.2.2.

[1335] Identisch Art. 228 E-ZGB und Art. 240 VE-ZGB.

[1336] Wörtlich fast identisch Art. 229 E-ZGB und Art. 241 VE-ZGB.

[1337] Bzw. im Falle ihres Todes: ihre *Erben*, vgl. Art. 212 Abs. 1 ZGB.

[1338] Bzw. im Falle seines Todes: seine *Erben*, vgl. Art. 213 ZGB.

[1339] So explizit Art. 212 Abs. 2, Art. 213 ZGB für die Auflösung des Güterstandes im Falle des Todes der Ehefrau bzw. des Ehemannes; die Ersatzpflicht galt aber über Art. 201 Abs. 1 ZGB für alle Auflösungsgründe, vgl. die Nachweise in Fn. 1340. Betreffend die Bestimmung des *„Fehlende[n]"* vgl. Art. 197 ZGB, der beiden Ehegatten das jederzeitige Recht einräumte, über das eingebrachte Gut mittels öffentlicher Urkunde ein *Inventar* errichten zu lassen (vgl. dazu auch Art. 212 E-ZGB und Art. 226 VE-ZGB). Letzteres konnte gemäss Art. 198 ZGB mit einer Schätzung verbunden werden, was zur Folge hatte, dass sich die Ersatzansprüche zwischen den Ehegatten für allfällig fehlende Vermögenswerte grundsätzlich nach dieser Schätzung richteten (vgl. dazu auch Art. 213 E-ZGB und Art. 227 VE-ZGB). Explizit *keinen* Ersatz schuldete der Ehemann gemäss Art. 246 Abs. 3 ZGB für die von der Ehefrau i.S.v. Art. 246 Abs. 1 ZGB (vgl. auch Art. 260 Abs. 3 E-ZGB und Art. 275 Abs. 3 VE-ZGB) geleisteten Beiträge zur Tragung der ehelichen Lasten.

[1340] Vgl. EGGER I, Anm. 2h zu Art. 196, Anm. 3b, 3c zu Art. 200, Anm. 2 zu Art. 201, Anm. 2, 3 zu Art. 212/213; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 196, Rn. 9 zu Art. 200, Rn. 6 ff. zu Art. 201, Rn. 3 zu Art. 202, Rn. 2,

sein eingebrachtes Gut zu sowie alles übrige – nicht eingebrachtes Frauengut darstellende – eheliche Vermögen, vgl. Art. 195 Abs. 2 ZGB. Hatte eine Gütermasse eine Schuld beglichen, die von einer anderen Gütermasse zu tragen gewesen wäre, statuierte Art. 209 ZGB[1341] eine entsprechende *Ersatzforderung*.[1342]
Sodann ordnete Art. 189 Abs. 2 i.V.m. Art. 214 Abs. 1 ZGB[1343] eine *Teilung des Vorschlags*[1344] an, wobei ohne andere ehevertragliche Abmachungen, vgl. Art. 214 Abs. 3 ZGB, der *Ehefrau*[1345] *ein Drittel* und dem *Ehemann*[1346] *zwei Drittel* des Vorschlags zustanden. Egger (und ebenso Huber[1347]) definierte den „Vorschlag" als dasjenige,

> „was nach Abrechnung der ehelichen Schulden und nach Restitution des Mannes- und Frauenvermögens (und zwar Restitution in natura oder in Geld) über das Eingebrachte hinaus noch vorhanden ist, also der Aktivsaldo nach Rückerstattung der beiden eingebrachten Güter und nach Bezahlung sämtlicher Forderungen Dritter".[1348]

Dass das ZGB die Ehefrau am Vorschlag beteiligte, stellte für Egger ein „Postulat der Gerechtigkeit" dar, da die Ehefrau „am Gedeihen der Familie nach Kräften mitgearbeitet" habe – insofern erblickte Egger in dieser Beteiligung einerseits den *Persönlichkeitsgedanken*.[1349] Da Egger den Ursprung des Vorschlags aber, wie gezeigt, gerade auch in der Mitarbeit der Ehefrau „am Gedeihen der Familie" verortete, entsprach die Beteiligung s.E. auch dem Charakter der ehelichen Gemeinschaft und damit dem *Gemeinschaftsgedanken*. Im Zusammenhang mit der scheidungrechtlichen Bestimmung des Art. 154 Abs. 2 ZGB, gemäss welcher sich die Vorschlagsteilung nach dem jeweiligen Güterstand der Ehegatten richtete, bezeichnete Egger die Vorschlagsteilung denn auch explizit als *Nachwirkung der ehelichen Gemeinschaft*[1350].[1351]

---

5 f. zu Art. 212/213; Erl. Bd. I, S. 175 ff., 192 f., 197, 206 (= BeK II, Rn. 437 ff., 486, 495, 517); Botsch.-ZGB, S. 31 f. (= BeK III, Rn. 11314); StenBull NR 1905, S. 701 f.

[1341] Vgl. dazu auch Art. 225 E-ZGB und Art. 237 VE-ZGB.

[1342] Zur Behandlung der Ersatzforderung der Ehefrau für ihr eingebrachtes und nicht mehr vorhandenes Gut im Falle des *Konkurses* des Ehemannes bzw. bei *Pfändung* von dessen Vermögenswerten vgl. Art. 210 f. ZGB (s. dazu auch Art. 226 f. E-ZGB und 238 f. VE-ZGB).

[1343] Identisch Art. 195 Abs. 2 i.V.m. Art. 230 Abs. 1 E-ZGB. Abw. Art. 210 Abs. 2 i.V.m. Art. 242 Abs. 1 VE-ZGB, der den Vorschlag dem *Ehemann* bzw. seinen Erben zuwies – für Näheres dazu a.E. dieses Kapitels.

[1344] Art. 214 Abs. 1 ZGB war über Art. 154 Abs. 2 ZGB auch bei der *Scheidung* anwendbar.

[1345] Bzw. ihren *Nachkommen*, Art. 214 Abs. 1 ZGB.

[1346] Bzw. seinen *Erben*, Art. 214 Abs. 1 ZGB.

[1347] Vgl. Erl. Bd. I, S. 127 f., 174 ff. (= BeK II, Rn. 306, 435 ff.); beachte zur terminologischen Abgrenzung des *Vorschlags* zur *Errungenschaft* auch Fn. 1180 samt Nachweisen.

[1348] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 214, s. auch Anm. 3a zu Art. 154; EGGER II, Rn. 5 ff. zu Art. 214, Rn. 9 zu Art. 154.

[1349] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 214, s. auch Vorbem. 2b FamR; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 214, Rn. 14 zu Art. 178.

[1350] Zur konzeptionellen Bedeutung dieses Hinweises vgl. Kapitel 5.3, 5.3.2.1.

[1351] Vgl. nur Text zu Fn. 1493.

Einen *Rückschlag* hatte der *Ehemann* (bzw. seine Erben) alleine zu tragen, sofern „nicht nachgewiesen [wurde], dass ihn die Ehefrau verursacht [hatte]“[1352], Art. 214 Abs. 2[1353] bzw. Art. 154 Abs. 2[1354] bzw. Art. 189 Abs. 2 ZGB[1355] – eine Regelung, die Egger damit begründete, dass dem Ehemann während der Ehe die Verwaltung des ehelichen Vermögens zugestanden hatte und es „somit seine Aufgabe [war], diese Vermögensverwaltung so zu führen, daß ein Ausfall verhütet wird“.[1356]
Huber hatte in vorliegendem Zusammenhang konstatiert, im bisherigen Recht habe „der Frauen Gut weder wachsen noch schwinden“ dürfen – von diesem Grundsatz sei der VE-ZGB letztlich abgewichen, um der Ehefrau *„einigermassen entgegenzukommen“*.[1357] Zum Verständnis dieser Bemerkung Hubers sei erwähnt, dass der Vorentwurf den Vorschlag in Art. 242 Abs. 1 VE-ZGB – im Unterschied zu einem früheren Entwurf, der eine hälftige Vorschlagsteilung zwischen den Ehegatten vorsah[1358] –, mangels anderer Abrede (Art. 244 VE-ZGB) *gänzlich* dem Ehemann bzw. seinen Erben zuwies,

> „[…] weil bei den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen in der weitaus grössern Zahl der Fälle eben doch der Ehemann als der erwerbende und die Ehe erhaltende Teil erscheint und überdies das enge Familienverhältnis zwischen den Ehegatten im Erbrecht des überlebenden Teiles seine Anerkennung findet“.[1359]

Doch konnten die Ehefrau bzw. ihre Nachkommen gemäss Art. 242 Abs. 2 VE-ZGB, „insoweit der Vorschlag aus den Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau gemacht worden [war], einen *verhältnismässigen Anteil* am Vorschlag herausverlangen“.[1360] Zur Legitimation der schliesslich im E-ZGB und endlich im ZGB getroffenen Regelung[1361] hatte Huber festgehalten, „allein man wird sich der Erwägung kaum verschließen, daß die Ehefrau mit ihrer persönlichen Arbeit oder mit dem Ertrage des Frauengutes eben doch wesentlich mitgeholfen haben kann an der Bildung dieses Vorschlages und sucht deshalb nach einem billigen Ausgleiche“.[1362]

[1352] Und wenn auch ehevertraglich keine Beteiligung der Ehefrau am Rückschlag vereinbart worden war, vgl. Art. 214 Abs. 3 ZGB (diese Möglichkeit sah der E-ZGB bei der Güterverbindung nicht vor, Art. 244 VE-ZGB dagegen schon). Für Näheres vgl. EGGER I, Anm. 4b, 5 zu Art. 214; EGGER II, Rn. 14 ff., 17 ff. zu Art. 214.
[1353] Materiell übereinstimmend Art. 230 Abs. 2 E-ZGB und Art. 243 VE-ZGB.
[1354] Wörtlich fast identisch Art. 161 Abs. 2 E-ZGB und Art. 177 Abs. 2 VE-ZGB.
[1355] Wörtlich fast identisch Art. 195 Abs. 2 E-ZGB und Art. 210 Abs. 2 VE-ZGB.
[1356] EGGER I, Anm. 4a, 2c zu Art. 214; EGGER II, Rn. 11, 13 zu Art. 214; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 171, 206 ff. (= BeK II, Rn. 425, 517, 519); Botsch.-ZGB, S. 31 f. (= BeK III, Rn. 11314); StenBull NR 1905, S. 703.
[1357] Erl. Bd. I, S. 127 (= BeK II, Rn. 305).
[1358] Vgl. Erl. Bd. I, S. 127 f. (= BeK II, Rn. 306).
[1359] Erl. Bd. I, S. 206 f. (= BeK II, Rn. 518); vgl. auch EGGER I, Anm. 2c zu Art. 214; EGGER II, Rn. 11 zu Art. 214.
[1360] Dazu Erl. Bd. I, S. 127 f., 206 f. (= BeK II, Rn. 306, 518); Prot., S. 284 f., 310 (= BeK III, Rn. 2418 ff., 2684 f.).
[1361] Vgl. bei Fn. 1343.
[1362] Botsch.-ZGB, S. 32 (= BeK III, Rn. 11314); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 702 f.

4.2.2 Freiheit des Ehevertrages, Art. 179 ff. ZGB

Denjenigen Ehegatten, die dem ordentlichen Güterstand der Güterverbindung *nicht* unterstellt sein wollten, gewährte das ZGB die Möglichkeit, „sowohl vor als nach Eingehung der Ehe", Art. 179 Abs. 1 ZGB[1363], mittels eines *Ehevertrages*[1364] die *Gütertrennung* oder die *Gütergemeinschaft* (bei beiden vertraglichen Güterständen bestanden jeweils Kombinations- und Modifikationsmöglichkeiten[1365]) zu vereinbaren, vgl. Art. 179 Abs. 2 ZGB[1366].[1367] Dieses System erlaubte es den Ehegatten, so Egger, die güterrechtlichen Verhältnisse weitgehend an ihre *individuellen Bedürfnisse* anzupassen – in der Freiheit des Ehevertrags erblickte Egger folglich den *Persönlichkeitsgedanken*.[1368] Huber hatte diese Freiheit sogar als „den obersten Grundsatz des vorgeschlagenen Güterrechtes" bezeichnet.[1369] Zwar war Huber (wie sich zeigte: nicht ganz zu Unrecht[1370]) *nicht* davon ausgegangen, „daß sehr häufig solche Eheverträge vorkommen werden" – was auch der Grund für die Statuierung eines subsidiären, ordentlichen Güterstandes darstellte –, doch hatte er zu bedenken gegeben:[1371]

> „Man mag aber das gesetzliche Recht so oder anders ordnen, so wird stetsfort eine grössere Zahl von Ehen dieser Norm nicht entsprechen. Ihnen gerecht zu werden, vermag nur die Freiheit des Ehevertrages."[1372]

Dabei hatte sich Huber auch näher auseinandergesetzt mit den allgemeinen Vorbehalten gegen den Umstand, dass der Abschluss von Eheverträgen nicht nur *vor* der Eingehung der Ehe, sondern auch *während* derselben möglich sein solle:

> „Eine Besorgnis vor dem Einfluss des einen Ehegatten auf den andern *während* der Ehe, die bald in bezug auf die Autorität des Ehemanns und bald auf die Überredungsgabe

---

[1363] Materiell übereinstimmend Art. 186 Abs. 1 (beachte aber Art. 186 Abs. 3) E-ZGB, Art. 201 Abs. 1 VE-ZGB.

[1364] Für die *Ehevertragsfähigkeit* der Ehegatten vgl. Art. 180 ZGB (vgl. auch Art. 201 E-ZGB und 215 VE-ZGB); für die *Form* vgl. Art. 181 ZGB (vgl. auch Art. 202 f. E-ZGB und Art. 216 f. VE-ZGB).

[1365] Vgl. EGGER I, Anm. 6 zu Art. 179, Anm. 3 zu Art. 199; EGGER II, Rn. 10 f. zu Art. 179, Rn. 5 ff. zu Art. 199.

[1366] Materiell übereinstimmend Art. 186 Abs. 2 E-ZGB und Art. 201 Abs. 2 VE-ZGB, wonach die Ehegatten einem Ehevertrag einen der drei gesetzlich geregelten Güterstände „zugrunde zu legen" hatten.

[1367] Beachte die gesetzlichen Bestimmungen zum *Gläubigerschutz*: Art. 179 Abs. 3 ZGB (bzw. Art. 186 Abs. 3, Art. 197 Abs. 3 E-ZGB; Art. 212 Abs. 2 VE-ZGB) betreffend *Eheverträge im Besonderen*; Art. 188 Abs. 1, 2 ZGB (bzw. Art. 194 Abs. 1, 2 E-ZGB und Art. 209 VE-ZGB) betreffend *Änderungen des Güterstandes im Allgemeinen*. Eheverträge, welche Wirkung gegenüber *Dritten* (und nicht nur zwischen den Ehegatten) entfalten sollten, waren ins *Güterrechtsregister* einzutragen, vgl. Art. 181 Abs. 3 i.V.m. Art. 248 ff. ZGB (bzw. Art. 205 Abs. 1 i.V.m. Art. 205 ff. E-ZGB; Art. 219 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ff. VE-ZGB). Zum Ganzen: EGGER I, Vorbem. 1c zu Art. 178 ff., Anm. 8, 9 zu Art. 179, Anm. 3 zu Art. 181, Komm. zu Art. 188; EGGER II, Rn. 15 ff. zu Art. 179, Rn. 8 zu Art. 181, Komm. zu Art. 188; Erl. Bd. I, S. 121, 171 f., 185 ff. (= BeK II, Rn. 286 f., 428 ff., 465 ff.); Botsch.-ZGB, S. 27 ff., 33 f. (= BeK III, Rn. 11301, 11304 f., 11317); StenBull NR 1905, S. 672.

[1368] Vgl. EGGER I, Vorbem. 5a GüterR, Vorbem. 1b, 3 zu Art. 178 ff., Vorbem. 2a FamR; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 179.

[1369] Erl. Bd. I, S. 165 (= BeK II, Rn. 406) i.V.m. S. 165 ff. (= BeK II, Rn. 407 ff.), vgl. auch S. 122 f., 5, 9, 25 f. (= BeK II, Rn. 289 f., 27, 34, 65); StenBull NR 1905, S. 671, 683 f.

[1370] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 1166.

[1371] Botsch.-ZGB, S. 28 (= BeK III, Rn. 11301).

[1372] Erl. Bd. I, S. 120 (= BeK II, Rn. 284); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 27, 34 (= BeK III, Rn. 11301, 11317); StenBull NR 1905, S. 671.

der Ehefrau gegründet wird, darf der Gesetzgeber kaum für seine Vorschläge als massgebend erachten. Handelt es sich doch um den Einfluss der Persönlichkeit, wie er in allen Beziehungen auch sonst vorhanden und anerkannt ist. *Die stärkere Individualität darf von Rechts wegen auf die schwächere einen Einfluss ausüben, und es geht nicht an, diesen Einfluss als einen schlimmen verhindern zu wollen*, während er in der grossen Mehrzahl von Fällen durchaus nur das Angemessene im Auge hat. *Der Gesetzgeber trifft seine Ordnungen mit Rücksicht auf die durchschnittliche Einsicht der am Rechtsleben Beteiligten und hat nicht darauf auszugehen, die Einsichtlosen vor dem Einfluss der Einsichtigen zu bewahren*, oder bei der stärkern Persönlichkeit nur unerlaubte Motive und bei der schwächern die edleren Zwecke vorauszusetzen. Überdies kann auch der Einfluss der einen Partei resp. ihrer Vertreter vor der Ehe ebenso leicht zum schlimmen ausschlagen, wie der Einfluss während der Ehe, und darf daher hier wie dort ein solches Bedenken die Vertragsfreiheit nicht wohl anfechten. In Wirklichkeit ist es denn auch wesentlich die Verwandtschaft des einen Ehegatten, die ihre Interessen durch die Vertragsfreiheit während der Ehe gefährdet sieht, und dieses Bedenken tritt für uns deshalb zurück, weil die Zusammengehörigkeit der Ehegatten in der engern, geschlossenen Familie den Ausgangspunkt der ganzen Ordnung von den Wirkungen der Ehe zu bilden hat."[1373]

In dieser Aussage hatte sich Huber dezidiert gegen den Schutz eines Ehegatten vor dem Einfluss insbesondere des andern, „stärkern" Ehegatten gewandt. Immerhin hatte Huber aber „zur Verhütung von Missbrauch" gewisse Vorkehrungen treffen wollen und daher, insbesondere, (generell) für Eheverträge die schliesslich in Art. 181 ZGB statuierte Form der öffentlichen Beurkundung propagiert.[1374] Dennoch ist Hubers Aussage bemerkenswert, weil sie im Widerspruch zu jenen Aussagen steht, bei denen Huber den Schutz eines Ehegatten explizit als Legitimation für bestimmte Regelungen anführte – so etwa beim Zustimmungserfordernis der Vormundschaftsbehörde für Geschäfte, bei denen sich die Ehefrau zugunsten ihres Ehemannes verpflichtete.[1375] Vor diesem Hintergrund ist die Regelung i.S.v. Art. 181 Abs. 2 ZGB[1376] – die im VE-ZGB noch nicht vorgesehen war, Huber selbst sich aber im Rahmen der Beratungen in der Expertenkommission mit der Aufnahme einer solchen Bestimmung einverstanden erklärt hatte[1377] – zu sehen, welche die Zustimmung

[1373] Erl. Bd. I, S. 121 f. (= BeK II, Rn. 287).

[1374] Erl. Bd. I, S. 122 (= BeK II, Rn. 288), vgl. auch S. 182 f. (= BeK II, Rn. 458 ff.).

[1375] Vgl. dazu bei Fn. 1152. Auch HOFER, Konzpetion, S. 31 f., konstatiert bei Huber im Hinblick auf die Frage, ob der Staat zum Schutze „schwacher" Personen in die Vertragsfreiheit eingreifen solle, ein „Schwanken", wobei sie auf eine – an das von Gierke propagierte „soziale Privatrecht" erinnernde – Aussage Hubers in HUBER, SPR IV, S. 263, verweist, wonach „die staatliche Ordnung […] nicht jeden genossenschaftlichen Charakter abgestreift [hat]" und daher „auch das heutige Privatrecht kein rein individualistisches zu sein [vermag]", sondern es auch „der Aufgabe [gehorcht], wie sie früher den Genossenschaften zugefallen, die Schwachen zu schützen, und die Starken in die Schranken einer allgemein zuträglichen Ordnung zurückzuweisen, die einen zu begünstigen, die andern zu belasten. Dazu mag sich die privatrechtliche Ordnung wohl des Instituts der Genossenschaften als eines Mittels zum Zweck bedienen, das Ziel aber, welchem die Rechtsordnung hiemit nachstrebt, ist nicht die Romantik der mittelalterlichen Ständegenossenschaften, sondern die *sociale Aufgabe* des modernen Privatrechts". Zu Hofers Schlussfolgerung vgl. HOFER, Konzeption, S. 32 f.

[1376] Ein solches Zustimmungserfordernis sah Art. 202 E-ZGB nur dann vor, wenn „sich die Ehegatten unter dem Güterstand der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft [befanden]". Im VE-ZGB fehlte eine solche Regelung.

[1377] Vgl. Prot., S. 235 ff. (= BeK III, Rn. 1949 ff.).

der Vormundschaftsbehörde verlangte, falls die Ehegatten *während* der Ehe einen Ehevertrag abschlossen. Egger konstatierte zu dieser Regelung, sie sei „zum Schutze der Ehefrau gegen Überredung und Übervorteilung" aufgestellt – wobei er in der *Erstauflage* bemerkte:[1378]

> „Man glaubte damit eine Garantie gegen unlautere Beeinflussung des einen Ehegatten durch den andern, insbesondere einen Schutz der Frau gegen Eheverträge, in denen ihre Interessen nicht genügend gewahrt wären, zu errichten. Damit wird freilich ein Gesichtspunkt in das eheliche Güterrecht hineingetragen, der schlecht zu den Grundauffassungen des Gesetzes passen will. Nach diesen hätte man die Wahrung ihrer Interessen durchaus der Frau überlassen sollen, und es lag nach den Erfahrungen, die man in den Kantonen, welche sich dieser Freiheit bereits erfreuten, und anderswo (unter dem Recht des d. B.G.B.) machte, kein Grund vor, davon abzugehen. Die sehr erhebliche Erschwerung ist um so weniger gerechtfertigt, als die Ehegatten doch nur einen der im Gesetze selbst geregelten Güterstände wählen dürfen, diese gesetzliche Regelung aber durchwegs auf die Wahrung der Frauenintersen hinreichend Bedacht nimmt. Es entbehrt auch der inneren Begründung, die verheiratete Frau besonders zu schützen, die Eheverträge unter Brautleuten aber freizugeben […]."[1379]

Darauf machte Egger auch in der *Zweitauflage* aufmerksam – wo er allerdings einräumte:

> „Trotzdem soll nicht verkannt werden, daß der Ehevertrag, auch wenn er sich an die im Gesetz geregelten Güterstände zu halten hat (179 Abs. 2), einen Ehegatten doch aufs schwerste benachteiligen kann und daß die Besonderheit der persönlichen Verbundenheit oft die Abwehr – sei es dem Manne, sei es der Frau – erschwert oder verunmöglicht […]."[1380]

Diese Aussage impliziert, dass Egger die im ZGB getroffene Regelung letztlich doch für legitim hielt.

5. Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB

Die *Scheidung* als „völlige Auflösung der Ehe" mit der Folge, dass die Ehegatten „nicht mehr verheiratet [sind]", wurde in den Art. 137-158 ZGB geregelt.[1381] Diese Normen enthielten auch einige Bestimmungen zur *Trennung*, die von den Ehegatten unter den selben Voraussetzungen wie die Scheidung verlangt werden konnte – bei der aber jene Ehewirkungen trotz aufgehobener Lebensgemeinschaft erhalten blieben, die nicht „die eheliche Gemeinschaft zur unerläßlichen Voraussetzung" hatten.[1382]

[1378] EGGER I, Vorbem. 1c zu Art. 178 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 181.
[1379] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 181; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 181.
[1380] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 181. Vgl. denn auch Kapitel 3.2.2.2.2 a.E.
[1381] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 146, vgl. auch Anm. 4 zu Art. 149; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 149. Auch Huber hatte die Scheidung als „Aufhebung des Ehebandes" bezeichnet; Erl. Bd. I, S. 135 (= BeK II, Rn. 323), vgl. auch S. 109 f., 144 f. (= BeK II, Rn. 257, 350 f.); StenBull NR 1905, S. 631.
[1382] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 149; vgl. auch EGGER II, Rn. 12 ff. zu Art. 149; Erl. Bd. I, S. 145 f. (= BeK II, Rn. 353 f.); Fn. 1492. Das Institut der Trennung legitimierte Egger zunächst mit Rücksicht auf Personen,

5.1 Vorliegen eines Scheidungsgrundes als Scheidungsvoraussetzung

Eingeleitet wurde das Scheidungsverfahren durch *Klage*[1383] eines *Ehegatten* gegen den andern.[1384] Dabei stand dem Kläger (nur) dann ein Scheidungsanspruch zu, wenn ein im ZGB aufgeführter *Scheidungsgrund*[1385] vorlag. Scheidungsgründe, die ein *Verschulden*[1386] des Beklagten voraussetzten, bildeten der *Ehebruch*, Art. 137 Abs. 1 ZGB[1387]; die *Nachstellung* nach dem Leben, die schwere *Misshandlung* und die schwere *Ehrenkränkung*, Art. 138 Abs. 1 ZGB[1388]; das entehrende *Verbrechen*, Art. 139 Alt. 1 ZGB[1389];

---

die sich aufgrund ihrer *religiösen Anschauungen* oder ihrer *Kinder* nicht scheiden lassen wollten. Besonders hob er aber hervor, die Trennung solle eine „Beruhigung und Aussöhnung" der Ehegatten bewirken und gerade „dazu dienen, die Scheidung zu verhüten"; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 143, Anm. 2d zu Art. 146, Vorbem. 4 zu Art. 137 ff.; EGGER II, Rn. 12 ff. zu Art. 149, Rn. 1, 8, 12 Vorbem. zu Art. 137 ff., Rn. 1 f., 3 zu Art. 143. In diesem Sinne hatte auch Huber argumentiert und dabei bemerkt, „wo kein öffentlichrechtliches Interesse die volle Aufhebung des Ehebundes erheischt, hat der Gesetzgeber alle Veranlassung, über die Begehren der Beteiligten selber nicht hinauszugehen"; Erl. Bd. I, S. 105 f. (= BeK II, Rn. 251), vgl. auch S. 146 (= BeK II, Rn. 353 f.); Botsch.-ZGB, S. 23 f. (= BeK III, Rn. 11295); StenBull NR 1905, S. 631.

[1383] Die Ehegatten konnten auf *Scheidung* oder *Trennung* klagen, Art. 143 ZGB (materiell übereinstimmend Art. 150 E-ZGB und Art. 165 VE-ZGB). Selbst wenn mind. einer von ihnen auf Scheidung klagte, konnte der Richter die Trennung aussprechen – auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, Art. 147 Abs. 1 ZGB (vgl. dazu auch Art. 154 Abs. 1 E-ZGB und Art. 171 Abs. 1 VE-ZGB) –, falls „Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden war", Art. 146 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 ZGB (Art. 153 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 E-ZGB und Art. 169 i.V.m. Art. 170 Abs. 2 VE-ZGB sprachen von „einige[r]" Aussicht). Umgekehrt durfte er *nur* auf Trennung erkennen, wenn *beide* Ehegatten auf diese klagten, Art. 146 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB (materiell übereinstimmend Art. 153 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 E-ZGB; Art. 169 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 VE-ZGB). Für den Anspruch eines Ehegatten auf Scheidung, sollte eine Wiedervereinigung letztlich nicht erfolgt sein, s. Art. 147 Abs. 2, 3, Art. 148 ZGB (vgl. auch Art. 154 Abs. 2, 3 und (teils abw.) Art. 155 E-ZGB; Art. 171 Abs. 2, 3 VE-ZGB – wobei im VE-ZGB eine Regelung i.S.v. Art. 148 ZGB fehlte). Für die *Verfahrensvorschriften* s. Art. 158 ZGB (vgl. dazu auch Art. 165 E-ZGB und Botsch.-ZGB, S. 25 (= BeK III, Rn. 11297); im VE-ZGB fehlte eine entsprechende Bestimmung; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 147 (= BeK II, Rn. 355); Prot., S. 201 f. (= BeK III, Rn. 1697 ff.)).

[1384] Vgl. Art. 143 ZGB und dazu Fn. 1383. Die Klagen auf *Scheidung* und *Eheungültigkeit* schlossen sich nicht gegenseitig aus. Doch waren zur Scheidungsklage nur die Ehegatten selbst berechtigt – im Gegensatz zur Eheungültigkeitsklage v.A.w. im Falle der Ehenichtigkeit. Zum Ganzen: EGGER I, Vorbem. 4d zu Art. 137 ff.; EGGER II, Rn. 18 f. Vorbem. zu Art. 137 ff.; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 19, Rn. 17 zu Art. 407.

[1385] Diese Scheidungsgründe entsprachen weitgehend dem bisherigen Recht, vgl. Art. 45 ff. BGZuE.

[1386] Beachte dazu Kapitel 5.3.1.1. Stets vorausgesetzt war *Vorsatz*. Vgl. im Einzelnen *zu Art. 137 ZGB:* EGGER I, Anm. 3b zu Art. 137; EGGER II, Rn. 20 zu Art. 137; *zu Art. 138 ZGB:* EGGER I, Anm. 1b, 2b, 3b zu Art. 138; EGGER II, Rn. 2, 3 f., 6 zu Art. 138; *zu Art. 139 ZGB:* EGGER I, Anm. 1b, 2b zu Art. 139; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 139; *zu Art. 140 ZGB:* EGGER I, Anm. 2b zu Art. 140; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 140. Zum Ganzen auch Erl. Bd. I, S. 140 f. (= BeK II, Rn. 341 ff.).

[1387] Wörtlich fast identisch Art. 144 Abs. 1 E-ZGB und Art. 159 Abs. 1 VE-ZGB.

[1388] Identisch Art. 145 Abs. 1 E-ZGB; wörtlich fast identisch Art. 160 Abs. 1 VE-ZGB.

[1389] Identisch Art. 146 E-ZGB. Abw. Art. 161 VE-ZGB, der nicht von einem „entehrenden" Verbrechen, sondern nur von einem „Verbrechen" sprach (zu den Ehrenfolgen einer strafrechtlichen Verurteilung nach *StGB* (beachte dazu Fn. 2695) vgl. dessen Art. 52, 76) und insbesondere die *Unzumutbarkeit* der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verlangte. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 141 (= BeK II, Rn. 342); Prot., S. 156 f. (= BeK III, Rn. 1345 f., sodann 1342 ff. i.V.m. Rn. 1352, 1354 und 1360).

die *Verlassung*[1390], Art. 140 Abs. 1 ZGB[1391]; sowie die Führung eines „so *unehrenhaften Lebenswandel[s]*, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem andern Ehegatten *nicht zugemutet* werden [durfte]", Art. 139 Alt. 2 ZGB[1392]. Einen Scheidungsanspruch, der *kein Verschluden*[1393] voraussetzte, gewährte das ZGB einerseits demjenigen Ehegatten, dessen Ehepartner „in einen solchen Zustand von *Geisteskrankheit* verfallen [war]", dass Ersterem „die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft *nicht zugemutet* werden [durfte]", Art. 141 ZGB[1394]. Andererseits stand jedem Ehegatten ein Scheidungsanspruch zu bei einer „so tiefe[n] *Zerrüttung* des ehelichen Verhältnisses, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft *nicht zugemutet* werden [durfte]", Art. 142 Abs. 1 ZGB[1395].

Bei diesen Scheidungsgründen differenzierte Egger – wie auch schon Huber[1396] – zwischen den *speziellen* Scheidungsgründen, Art. 137-141 ZGB, und dem *generellen* Scheidungsgrund, Art. 142 ZGB.[1397] Diese Differenzierung beruht auf dem Umstand, dass das ZGB bei den speziellen Scheidungsgründen konkrete, den Scheidungsanspruch begründende Situationen nannte, wohingegen es den generellen Scheidungsgrund als Generalklausel abfasste.

Ausgeschlossen war die Scheidung, wenn *keiner der genannten Scheidungsgründe* vorlag. Insbesondere reichte der *blosse Scheidungswille* der Ehegatten für eine Scheidung nicht aus, wie Egger betonte:

> „Der Wille der Ehegatten kann als Scheidungsgrund nicht anerkannt werden. Das widerspricht dem *Wesen der Ehe* […]. […] Die Ehe wird wohl durch den Willen[1398] der Ehegatten geschlossen, nachher aber ist sie *eine Pflicht, eine Aufgabe, eine Notwendigkeit*. Sie beruht auf dem *Persönlichkeitsgedanken*: beide Ehegatten gehören einander, beide haben ihre Persönlichkeit eingesetzt und dieser Einsatz fordert die ihm gebührende Achtung. Neben Art. 27 ZGB. steht *Art. 28*. Der Ehegatte darf nicht seine Freiheit wieder zurücknehmen, wenn er damit eine Verletzung des andern in seinen persönlichen Verhältnissen begeht. […] Und sie beruht auf dem *Gemeinschaftsgedanken*: Die Ehe kann ihre *Bestimmung* […] [sc. als ‚dauernd[e] Verbindung der Ehegatten'

1390 Darunter fiel gemäss Art. 140 Abs. 1 ZGB die *böswillige Verlassung* sowie die Situation, dass ein Ehegatte „ohne wichtigen Grund *nicht zum ehelichen Wohnsitz zurückgekehrt* [war]". Zu den weiteren Voraussetzungen des Scheidungsanspruchs vgl. Art. 140 Abs. 2 und 3 ZGB. Für die *im Kern* ähnlichen *Entwürfe* vgl. direkt Art. 147 E-ZGB und Art. 162 VE-ZGB.

1391 Für die *Entwürfe* s. Fn. 1390.

1392 Identisch Art. 146 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 161 VE-ZGB.

1393 Vgl. EGGER I, Anm. 5a, 5b, 6d zu Art. 142; EGGER II, Rn. 12 f. zu Art. 142.

1394 Vgl. dazu Kapitel 5.2.3.

1395 Vgl. Kapitel 5.2.1.

1396 Vgl. Erl. Bd. I, S. 140 ff. (= BeK II, Rn. 341, 346); Botsch.-ZGB, S. 23 (= BeK III, Rn. 11294); StenBull NR 1905, S. 538.

1397 Vgl. nur EGGER I, Anm. 1 zu Art. 137. *Zur Terminologie:* Egger sprach in der Zweitauflage (auch) von „besonderen" Scheidungsgründen bzw. vom „allgemeinen" Scheidungsgrund; vgl. nur EGGER II, Rn. 1, 4 zu Art. 137. Da die Terminologie aus der Erstauflage auch derjenigen von Huber entsprochen hatte, wird hier auf sie abgestellt.

1398 Vgl. dazu den Hinweis bei Fn. 1410.

zur ‚Lebensgemeinschaft'[1399]] *nicht erfüllen*, wenn die Ehegatten sich ihrer Aufgabe als Eheleute willkürlich entziehen könnten. Deshalb kann auch der übereinstimmende Wille beider Ehegatten nicht genügen. – Außerdem sind die *Interessen der Allgemeinheit an einer gefestigten geschlechtlichen Ordnung*, die Interessen der *Kinder* an der Aufrechterhaltung der Ehe und der gemeinsamen Mitwirkung beider Ehegatten an deren Auferziehung und auch die besonderen Interessen der *Ehefrau* an einer gefestigten rechtlichen Stellung zu bedenken."[1400]

In dieser Aussage hob Egger hervor, dass das ZGB der Freiheit zur Eheschliessung kein Korrelat im Sinne einer Freiheit zur Ehescheidung gegenüberstellte. Diesen Umstand begründete Egger zunächst mit dem *Persönlichkeitsgedanken*: Könnte ein Ehegatte die Scheidung aus völlig willkürlichen Gründen erwirken, bedeutete dies nach Eggers Ansicht für den andern Ehegatten eine Persönlichkeitsverletzung. Namentlich erwähnte Egger auch die Interessen der *Ehefrau* an einer „gefestigten rechtlichen Stellung", womit er m.E. in erster Linie deren gesicherten Lebensunterhalt (vgl. Art. 160 Abs. 2 ZGB[1401]) meinte. Diese Begründungen erscheinen im Falle der Scheidungswilligkeit *beider* Ehegatten als nicht stichhaltig. Doch betonte Egger, selbst ein gemeinsames Scheidungsbegehren der Ehegatten bewirke „keinerlei Erleichterung der Scheidung".[1402] Dieser Umstand hängt damit zusammen, dass Egger unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsgedankens noch weiteren Aspekten Berücksichtigung schenkte. So erwähnte er die Interessen allfälliger *Nachkommen*, die s.E. einen Nachteil beim Gedeihen erlitten, falls sich ein Elternteil ohne Weiteres seiner Verpflichtungen entledigen könnte.[1403] Ferner verwies er in der Erstauflage auf die Gefahr, „ein leichtes Ehescheidungsrecht" könne bei den Ehegatten „statt zu Beharrlichkeit und zur Überwindung aller Schwierigkeiten ein laxes Anrufen des Scheidungsrichters" herbeiführen, was die Ehe als „Quell reicher moralischer Werte für den Einzelnen" untergrübe.[1404]

Einer freien Scheidungsmöglichkeit stand nach Eggers Ansicht aber auch der *Gemeinschaftsgedanke* entgegen. Dies zeigt die von Egger im obigen Zitat[1405] angeführte Überlegung, dass die *eheliche Gemeinschaft* der Funktionsunfähigkeit verfiele, falls sich die Ehegatten „ihrer Aufgabe als Eheleute willkürlich entziehen" könnten. Egger erwähnte dort zudem – knapp – die „*Interessen der Allgemeinheit* an einer gefestigten geschlechtlichen Ordnung", wobei er an anderer Stelle bemerkte, „Staat und Öffentlichkeit haben ein lebhaftes Interesse an der Aufrechterhaltung noch lebensfähiger

[1399] Vgl. EGGER II, Rn. 10 Vorbem. zu Art. 137 ff. Vgl. schon betreffend die *Eheanfechtung* Fn. 836.
[1400] EGGER II, Rn. 14 Vorbem. zu Art. 137 ff.; s. auch EGGER I, Anm. 4a zu Art. 142, Vorbem. 4a zu Art. 137 ff.
[1401] Dazu Kapitel 3.2.1.1.1.
[1402] EGGER I, Anm. 5c zu Art. 142, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 142; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 142.
[1403] Diesen *Schutzgedanken* erwähnte Egger auch in der Erstauflage, wo er auf *„soziale Erwägungen"* wie „die Rücksicht auf die Kinder" verwies, die gegen eine freie Scheidungsmöglichkeit sprächen; EGGER I, Vorbem. 4a zu Art. 137 ff.
[1404] EGGER I, Vorbem. 4a zu Art. 137 ff. Dieser Umstand verunmöglichte m.a.W. die „persönliche [sc. Bestimmung der Ehe] der eigenen Entfaltung und Ergänzung", vgl. Fn. 554.
[1405] Text zu Fn. 1400.

Ehen".[1406] Damit wies er auf die gesellschaftliche, institutionelle Bedeutung der Ehe hin.[1407]

Dass diese Vorstellungen Eggers denjenigen von Huber entsprochen hatten, zeigt eine Aussage Hubers betreffend Art. 164 Abs. 1 VE-ZGB. Diese Bestimmung hatte vorgesehen, dass beide Ehegatten die Scheidung (nur[1408]) *gemeinsam* verlangen konnten, wenn eine „so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten [war], dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden [durfte]". Zu dieser Regelung hatte Huber klargestellt:

> „Es liegt in dieser Formulierung gegenüber dem geltenden Rechte *nicht eine Erleichterung der Klage*, sondern es wird nur deutlicher gesagt, dass das beidseitige Begehren gerade so begründet werden müsse, wie das einseitige […]. Des weitern will der Entwurf es deutlich aussprechen, dass das *zweiseitige Begehren* an sich *durchaus nicht zur Begründung der Scheidungsklage genüge*, dass auch die beidseitige Versicherung, der Scheidungsgrund sei vorhanden, nicht hinreiche, um die Scheidung zu rechtfertigen, dass vielmehr die *objektive Herstellung des Scheidungsgrundes erwiesen* sein müsse […]."[1409]

Dieser Hinweis belegt, dass schon Huber den blossen Scheidungswillen beider Ehegatten keineswegs als für eine Scheidung hinreichend betrachtet hatte.

5.2 Bedeutung des generellen Scheidungsgrundes nach Art. 142 ZGB

Nach dem eben Gesagten fragt sich, ob Egger die *Legitimation der Scheidungsmöglichkeit* wenn zwar nicht im Willen eines bzw. beider Ehegatten, dann allenfalls in einem andern Grund verortete – und falls ja, in welchem. Diesbezüglich machte Egger bereits in der *Erstauflage* eine zentrale Bemerkung:

> „Seine Ausgestaltung [sc. des Scheidungsrechts des ZGB] richtet sich […] nach der Auffassung des Gesetzgebers über das *Wesen der Ehe* und über das *Recht der Persönlichkeit*. Darnach ist die Ehe *keineswegs ein Vertrag*[1410], sondern sie ist eine soziale, dem

---

[1406] EGGER I, Vorbem. zu Art. 158, vgl. auch Vorbem. 4a zu Art. 137 ff., wo Egger auf die „soziale Erwägun[g]" – hier (anders als in Fn. 1403) i.S.d. *Gemeinschaftsgedankens* – verwies, wonach „die Ehe als soziales Institut […] geschützt und gesetzlich gefestigt sein [müsse]". Vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 158.

[1407] Vgl. aber schon bei Fn. 631.

[1408] Für die Ausnahme vgl. bei Fn. 1422.

[1409] Erl. Bd. I, S. 142 (= BeK II, Rn. 347), vgl. für Näheres auch S. 143 f. (= BeK II, Rn. 349); Prot., S. 163 f., 169 (= BeK III, Rn. 1410 f., 1444).

[1410] Darin liegt eine Ablehnung des naturrechtlich-freiheitlich (vgl. dazu Fn. 282) geprägten Eheverständnisses, welches sich nach Eggers Ansicht dadurch auszeichnete, dass die Auflösung der Ehe „der Willkür der Ehegatten anheimgegeben [wird]"; vgl. EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 137 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 f., 10 Vorbem. zu Art. 137 ff. und schon Fn. 548; sodann EGGER I, Vorbem. 3, 1b zu Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 1 ff., 4 ff. zu Art. 159. Eggers Ansicht kontrastiert deshalb mit folgendem Grundsatz, den der einflussreiche Naturrechtswissenschaftler *Christian Wolff (1679-1754)* propagiert hatte: „[…] Da aber keine Ursache vorhanden, warum die Ehe nicht könte aufgehoben werden, wenn noch keine Kinder da sind, oder die, welche gebohren waren, wieder gestorben sind (§. 856); so kan in dem Falle die Ehe getrennet werden. […] Im natürlichen Stande muß vermöge der natürlichen Freyheit einem jeden erlaubt werden, daß er die Ehe nach seinem Gefallen trennen kan (§. 78)"; WOLFF, § 871 (S. 627 f.). Diese Vorstellung Wolffs hat sich namentlich im

individuellen Willen der Ehegatten entrückte, vorwiegend *sittliche Ordnung* […]. Deshalb erfolgt, wie die Eingehung, so auch die Auflösung nicht durch Privatakt. Die Scheidung ist stets eine richterliche und sie erfolgt *nur aus den im Gesetz anerkannten Gründen*. Aber weil die Ehe eine vorwiegend sittliche Lebensgemeinschaft ist, soll sie aufgelöst werden können, wenn sie *so tief zerrüttet ist*, daß den Ehegatten die *Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet* werden darf […]. Aus den darin liegenden individuellen und sozialen Gesichtspunkten gelangt der Gesetzgeber im wesentlichen zur Aufnahme der bisherigen Ehescheidungsgründe und somit […] zu einem *verhältnismässig freien, individualistischen*[1411] *Ehescheidungsrecht*.
Aber der *soziale Charakter* des Familienrechtes erfüllt auch das Scheidungsrecht. Die hohe Auffassung des Gesetzgebers von der Ehe […] bewogen ihn, sich ausgesprochenermaßen in den Dienst der Bestrebungen nach *Herabminderung der Ehescheidungen* zu stellen […]. Deshalb schon die *Erschwerungen der Eheschließung* (Art. 96, 98 ff.), durch welche die Eingehung innerlich schwacher und von Anfang an gefährdeter Ehen so weit möglich verhindert werden soll. Und deshalb die Bestimmungen zum *Schutz der ehelichen Gemeinschaft* (Art. 169 ff.). Deshalb erfährt aber auch die Ausgestaltung des *Ehescheidungsrechtes* selbst eine Reihe von *Erschwerungen*."[1412]

Zum einen liegt in dieser Aussage eine Wiederholung der Gründe, weshalb das ZGB nach Eggers Ansicht keine freie Ehescheidungsmöglichkeit zuliess[1413]. Zum andern liegt in ihr aber auch ein entscheidender Hinweis darauf, dass Egger im *generellen Scheidungsgrund* nach Art. 142 Abs. 1 ZGB die Legitimation der Scheidungsmöglichkeit *überhaupt* erblickte. Dasselbe Bild ergibt sich implizit auch aus der *Zweitauflage*, wo Egger bemerkte:

„Die Ehe verliert ihren Sinn, wenn die Lebensgemeinschaft sich in Tat und Wahrheit doch nicht verwirklicht oder zerstört wird, wenn sie nicht mehr der Selbstergänzung und Vervollkommnung der Ehegatten dient, wenn der Einsatz nicht mehr auf Gegenseitigkeit beruht, wenn er unmöglich oder unzumutbar wird. Dann muß auch die rechtliche Verbundenheit gelöst werden können. *Das fordert so das Recht der Persönlichkeit, Art. 27*. Gerade weil die Ehe die Gatten in ihrer Persönlichkeit bindet und verstrickt, muß sie an der Wahrung der persönlichen Werte auch ihre Grenze finden und sie muß aus den allgemeinen Grundgedanken des neuzeitlichen bürgerlichen Rechtes heraus lösbar sein, wo die Wahrung des Eigenrechtes der Persönlichkeit dies erheischt."[1414]

Auch diese Aussage macht deutlich, dass Egger den generellen Scheidungsgrund als *Prototyp* fast[1415] aller im ZGB aufgeführten Scheidungsgründe begriff. Egger bemerkte an anderer Stelle denn auch explizit, der „Aufbau des Scheidungsrechtes" des ZGB folge dem „leitenden Gedanke[n]" des „Zerrüttungsprinzip[s]" – wobei er

französischen Code civil von 1804 niedergeschlagen: Die Urfassung dieses (noch heute geltenden) Gesetzes stellte mit Art. 233 eine Bestimmung auf, die die Scheidung auf gemeinsames Begehren der Ehegatten zuliess.

[1411] Vgl. dazu auch EGGER I, Vorbem. 2a FamR.

[1412] EGGER I, Vorbem. 4b zu Art. 137 ff., vgl. auch Vorbem. 1 zu Art. 137 ff., Anm. 4a zu Art. 142.

[1413] S. dazu Kapitel 5.1.

[1414] EGGER II, Rn. 11 Vorbem. zu Art. 137 ff., vgl. auch Rn. 17 Vorbem. zu Art. 137 ff.; EGGER I, Vorbem. 4a zu Art. 137 ff.

[1415] Zum Sonderfall „Geisteskrankheit" (Art. 141 ZGB) s. Kapitel 5.2.3.

im Rahmen eines historischen Abrisses konstatierte:[1416]

> „Das schweiz. Scheidungsrecht hat vom kanonischen Trennungsrecht die allgemeine Klausel übernommen und stets beibehalten, *Art. 142* […]. Aber von Haus aus als Ergänzung gedacht, wird sie, bei zutreffender grundsätzlicher Fassung, in der Folge *mehr und mehr zum Grund der Gründe* und die besonders geregelten Fälle werden zu *Anwendungsfällen* des in ihr ausgesprochenen Grundsatzes […].“[1417]

Ähnlich hatte bereits Huber bemerkt, der generelle Scheidungsgrund sei „schon im frühern evangelischen Eherecht ausgebildet und in einigen Rechten sogar als ausschliesslicher *Grund* angenommen worden […] dem gegenüber die *speziellen Gründe nur als Beispiele aufgezählt erscheinen*“.[1418] Entsprechend hatte Huber die Aufnahme dieses Scheidungsgrundes in den VE-ZGB damit begründet, dass es

> „Fälle [gibt], die in ihrem verderblichen Einfluss auf das Eheleben weit über den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes hinausreichen und doch nicht einen solchen besondern Tatbestand darstellen, und für diese Möglichkeit muss ein die Scheidung zulassendes Recht eine Hilfe bereit halten“.[1419]

Damit zeigt sich, dass sowohl für Egger als auch schon für Huber die speziellen Scheidungsgründe des ZGB letztlich blosse *Konkretisierungen* des generellen Scheidungsgrundes darstellten. Darauf ist im Anschluss an die Darstellung des generellen Scheidungsgrundes zurückzukommen.[1420]

5.2.1 Voraussetzungen dieses Scheidungsanspruchs, Art. 142 Abs. 1 ZGB

Art. 142 Abs. 1 ZGB[1421] gewährte jedem Ehegatten einen Scheidungsanspruch, wenn „eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten [war], dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden [durfte]“. War indes „die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so [konnte] nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen“, Art. 142 Abs. 2 ZGB[1422].[1423]

[1416] EGGER II, Rn. 13, 17 Vorbem. zu Art. 137 ff.
[1417] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 137; vgl. auch EGGER I, Anm. 1 f. zu Art. 142.
[1418] Erl. Bd. I, S. 141 (= BeK II, Rn. 346).
[1419] Erl. Bd. I, S. 141 f. (= BeK II, Rn. 346), vgl. dazu auch S. 142 f. (= BeK II, Rn. 347 ff.).
[1420] Vgl. Kapitel 5.2.2.
[1421] Art. 149 Abs. 1 E-ZGB, ansonsten mit Art. 142 Abs. 1 ZGB identisch, sprach, sinngleich mit dem ZGB, davon, dass „*beide* Ehegatten die Scheidung begehren [konnten]“. Grundlegend abw. hingegen Art. 164 Abs. 1 VE-ZGB, wonach – für die Ausnahme s. Fn. 1422 – nur „*beide* Ehegatten *gemeinsam* die Scheidung begehren [konnten]“ (dazu Erl. Bd. I, S. 142 (= BeK II, Rn. 347); Prot., S. 163, 169 (= BeK III, Rn. 1411, 1444)).
[1422] Wörtlich fast identisch Art. 149 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 164 Abs. 2 VE-ZGB.
[1423] Diese Einschränkung legitimierte Egger mit „dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß niemand sich unter Berufung auf sein eigenes Unrecht Rechtsvorteile soll verschaffen dürfen […]“ – er stellte allerdings klar, „nötig ist ein schweres Verschulden und dieses muß die wesentliche Ursache der Zerrüttung bilden“; EGGER II, Rn. 13 ff. zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 5a, 5b zu Art. 142.

5.2.1.1 „Tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses"

Die von Art. 142 Abs. 1 ZGB für den konkreten Einzelfall vorausgesetzte „tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses" umschrieb Egger folgendermassen:

> „Diese [sc. die Ehe] ist eine Lebensgemeinschaft. Die Zerrüttung bedeutet tatsächliche Aufhebung, Zerstörung dieser Lebensgemeinschaft. Der eine oder beide Ehegatten betätigen durch ihr Tun oder ihr Unterlassen eine *gemeinschaftswidrige Gesinnung*. Sie *wahren nicht mehr das Wohl der Gemeinschaft* in einträchtigem Zusammenwirken (Art. 159). Sie *dienen nicht mehr der Gemeinschaft* und wollen ihr nicht mehr dienen. Sie sind auf Lebensgebieten, die der Gemeinschaft angehören sollten, von andern, selbstsüchtigen oder sonst außerhalb der Gemeinschaft liegenden Interessen beherrscht. – Dem umfassenden Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft […] entspricht es, daß die tiefe Zerrüttung ihre verschiedensten Gründe haben kann."[1424]

Egger argumentierte hier also mit dem *Gemeinschaftsgedanken* – allerdings im umgekehrten Sinn als üblich: Er begriff die „tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses" als „*Zerstörung* der ehelichen Gesinnung", als *Erlöschen* des „Wille[ns] zur Gemeinschaft" – des „Zusammengehörigkeitsbewußtsein[s]".[1425] Da Egger die Ehe als „leibliche[1426], geistige[1427], wirtschaftliche Gemeinschaft" auffasste, konstatierte er, die Zerrüttung könne sich „nach allen diesen drei Richtungen […] auswirken":[1428]
Konkret mit Blick auf die *„leibliche" Gemeinschaft* hielt er fest, die Zerrüttung könne u.a. eintreten durch „andauernde Verweigerung des Geschlechtsverkehrs wie umgekehrt durch mißbräuchliche, exzessive Ausübung", aber auch durch „Konzeptionsverhütung gegen den Willen des andern Ehegatten".[1429] Bezüglich Krankheiten hob er hervor, diese begründeten nach dem Recht des ZGB *an sich*[1430] keinen Scheidungsanspruch – „der gesunde [sc. Ehegatte] hat dem kranken beizustehen und darf ihn nicht im Stiche lassen".[1431] Doch räumte Egger ein, Krankheiten könnten *zur Zerrüttung* und infolgedessen zu einem Scheidungsanspruch aus Art. 142 Abs. 1 ZGB führen.[1432] Dies etwa, wenn Krankheiten „die Lebensgemeinschaft zerstören, wie vor allem psychopathische Grenzzustände […], Alkoholismus […]", auch „dauernde Unfähigkeit zur geschlechtlichen Gemeinschaft".[1433] Ferner konnten Krankheiten s.E. „einen Scheidungsgrund[1434] abgeben, wenn sie die Gesundheit der Ehegatten

---

[1424] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 142; vgl. auch EGGER II, Rn. 17 Vorbem. zu Art. 137 ff. und Fn. 1425.
[1425] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 142, vgl. auch Rn. 4 ff. zu Art. 142.
[1426] Egger sprach insofern auch von der „natürliche[n] Gemeinschaft"; vgl. EGGER II, Rn. 5 zu Art. 142; und in der Erstauflage vom „physisch-natürlichen Gehalt" der Ehe; vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 142.
[1427] In der Erstauflage sprach Egger von der „sittlich-geistige[n] Gemeinschaft"; EGGER I, Anm. 3c zu Art. 142.
[1428] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 142; s. sodann Kapitel 1.
[1429] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 142.
[1430] Zum Sonderfall „Geisteskrankheit" (Art. 141 ZGB) s. Kapitel 5.2.3.
[1431] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 142; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 141, Anm. 3b zu Art. 142.
[1432] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 142.
[1433] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 142.
[1434] Dieser Begriff ist missverständlich: Einen *Scheidungsgrund* bildete nur die „Geisteskrankheit" i.S.v. Art. 141 ZGB, was Egger u.a. mit ihren „*unmittelbaren* zerstörenden Wirkungen […] für die eheliche

und der Kinder nach ärztlichem Gutachten schweren Gefahren aussetzen, insbesondere die Geschlechtskrankheiten, für welche dies zutrifft und die auch wegen des Verdachtes der Untreue die Gemeinschaft zu stark belasten".[1435]

Mit Blick auf die *„geistige" Gemeinschaft* hielt Egger fest, die Zerrüttung könne eintreten, wenn ein Ehegatte „die eheliche Gesinnung [...] vermissen läßt", aber auch durch „andauernd liebloses Verhalten, Trunksucht, Feindseligkeit, unbegründetes Getrenntleben", durch „Verletzung in den persönlichen Gütern und im Empfindungsleben" – unter Letzteres subsumierte Egger auch die „lieblose und brutale Behandlung der Kinder" oder das „feindselig[e] Verhalten gegen die Angehörigen des Ehegatten".[1436]

Endlich stellte Egger mit Blick auf die *„wirtschaftliche Gemeinschaft"* fest, die Zerrüttung könne beispielsweise eintreten, wenn der Ehemann seine Unterhaltspflichten vernachlässige oder durch eine „liederliche Lebensweise, die die Angehörigen der Gefahr des Notstandes aussetzt"; auch bei Unfähigkeit der Ehefrau zu „ordentlicher Führung des Haushalts" bzw. bei „Verwahrlosung" desselben.[1437]

5.2.1.2 Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft

Für den Scheidungsanspruch aus Art. 142 Abs. 1 ZGB genügte die „Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses" allein nicht. Diese musste im konkreten Fall vielmehr „eine *so tiefe*" sein, dass – und hier stimmte Art. 142 Abs. 1 ZGB inhaltlich mit Art. 139 Alt. 2 ZGB und Art. 141 ZGB überein[1438] – „den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft *nicht zugemutet* werden [durfte]".

5.2.1.2.1 Erstauflage

Für die im Einzelfall durchzuführende *Prüfung der Unzumutbarkeit* stellte Egger in der Erstauflage sowohl auf subjektive als auch auf objektive Momente ab. In *subjektiver* Hinsicht hielt er fest:

> „Erst die persönlichen Verhältnisse, Charakter und Persönlichkeit der Ehegatten, ihr Bildungsgrad, die Stärke ihres sittlichen Empfindens, die Lebhaftigkeit der Reaktion auf das gemeinschaftswidrige Verhalten des anderen Ehegatten ergeben, ob die Ehe so tief zerrüttet sei, daß ihm eine Fortsetzung nicht mehr zugemutet werden darf [...]."[1439]

Gemeinschaft" begründete; vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141 i.V.m. Rn. 17 Vorbem. zu Art. 137 ff. und Kapitel 5.2.3. Übrige Krankheiten *konnten* aber nach Eggers Ansicht zur *Zerrüttung* i.S.v. Art. 142 ZGB führen – *Scheidungsgrund* bildete dann die Letztere. Diese Position entsprach auch derjenigen von Huber, der sich in der Expertenkommission explizit der Ansicht, wonach neben der Geisteskrankheit auch gewisse andere Krankheiten einen (direkten) Scheidungsgrund sollen abgeben können, entgegengestellt hatte; vgl. Prot., S. 161 ff. (= BeK III, Rn. 1385 ff., 1393 f.).

[1435] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 142.

[1436] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3c zu Art. 142.

[1437] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 142; vgl. auch EGGER I, Anm. 3d zu Art. 142.

[1438] Vgl. dazu Kapitel 5.1 und 5.2.3.

[1439] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 142.

In dieser Aussage zählte Egger verschiedene Aspekte auf, die er bei der subjektiven Unzumutbarkeitsprüfung berücksichtigt wissen wollte. Daraus ergeben sich allerdings nicht nur Schwierigkeiten im Hinblick auf die Abgrenzung der Unzmutbarkeit von der *tiefen Zerrüttung*. Vielmehr fehlt es auch an der Klärung der Frage, anhand welcher konkreter Kriterien nach Eggers Ansicht die *Unzumutbarkeit* zu beurteilen war. Für die Beantwortung dieser Frage sind Eggers Ausführungen zu den *objektiven* Momenten der Unzumutbarkeitsprüfung heranzuziehen. Dazu hielt Egger fest, es seien abzuwägen

> „[…] einerseits das *Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung* der Ehe und an einer solchen praktischen Handhabung des Ehescheidungsrechtes, daß willkürliche, leichtfertige, innerlich unbegründete Scheidungen ausgeschlossen sind – anderseits der *Mangel jeglichen staatlichen Interesses an der Aufrechterhaltung einer wirklich tief zerrütteten Ehe*, die soziale Notwendigkeit der Scheidung *im Interesse des Ansehens der familienrechtlichen Ordnung*[1440], wenn das eheliche Verhältnis nur noch leere Form ist, das Rechtsschutzinteresse der Ehegatten selbst, daß eine Gemeinschaft gelöst werde, die nur noch als Fessel empfunden wird […]".[1441]

Diese Aussage überrascht insofern, als dass bei einer Unzumutbarkeitsprüfung doch nur Aspekte zu erwarten gewesen wären, die unter das von Egger erwähnte „Rechtsschutzinteresse der Ehegatten selbst" fallen. Eggers Aussage zeigt hingegen, dass Egger *diesem Interesse der Ehegatten* – also dem *Persönlichkeitsgedanken* in Form der Freiheit zur Scheidung, wobei Egger nicht zuletzt „ein Stück Schutz des Schwachen […], ein Stück Frauenschutz" erblickte, wenn „der Staat durch die Ehescheidung einen Ausweg aus zerrütteter Ehe weist", und davon abgesehen s.E. „auch das Wohl der Kinder nach Auflösung solcher Ehen [verlangt]"[1442] – das der Ehe inhärente *Prinzip der Gebundenheit der Ehegatten* gegenüberstellte; dies mit all den dahinterstehenden Überlegungen, die Egger in der zitierten Aussage mit dem *Gemeinschaftsgedanken* legitimierte. Damit klärte Egger zwar letztlich nicht die Frage, aus welchen Kriterien sich die Unzumutbarkeit konkret ergebe – vielmehr legitimierte Egger in seiner Aussage lediglich in anderer Form nochmals die Scheidungsmöglichkeit überhaupt –, doch zeigt Eggers Aussage, dass Egger von *„einer wirklich tief zerrütteten Ehe"* auf die *Unzumutbarkeit* ihrer Fortsetzung schloss.

Diese Vorstellungen Eggers weisen Parallelen zu Huber auf: Huber hatte bemerkt, der Richter müsse sich bei der Konkretisierung des generellen Scheidungsgrundes am „sittliche[n] Geist des Volkes" orientieren – wobei sich s.E. in Letzterem das Prinzip

---

[1440] Dazu passt Eggers Hinweis auf die „sozial[e] Erwägun[g]", dass „die öffentliche Sittlichkeit durch vermehrte ehebrecherische und Konkubinatsverhältnisse bedroht und das Ansehen der Ehe in der Rechtsgemeinschaft herabgemindert [wird], wenn das Recht die Ehescheidung versagt oder allzu sehr erschwert. Demgegenüber bildet ein freieres Ehescheidungsrecht eine Gewähr für die innere Gesundheit der bestehenden Ehen"; EGGER I, Anm. 4a vor Art. 137 ff.

[1441] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 142, vgl. auch Vorbem. 4a zu Art. 137 ff.

[1442] EGGER I, Vorbem. 4a zu Art. 137 ff.

der „*Gebundenheit in der bürgerlichen Ehe*“ widerspiegelte.[1443] Huber hatte den Richter also angewiesen, bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe dem Prinzip der *Gebundenheit der Ehegatten* besonderes Gewicht beizulegen:

> „Natürlich wird dabei [sc. bei der Unzumutbarkeitsprüfung] die Rücksicht auf die Gesundheit des Leibes und Geistes in erster Linie Erwägung verdienen. Allein es muss grundsätzlich darauf ankommen, ob dem Ehegatten nach der Natur des Falles gemäss der allgemeinen sittlichen Auffassung ein solches Opfer zugemutet werden dürfe oder nicht. Vergegenwärtige man sich z.B. den Fall, dass die *Frau* eines *Trunkenboldes* unter der ihr allein obliegenden Last der Familie *zusammenzubrechen* droht, zwei Ärzte sprechen sich dahin aus, dass bei Fortsetzung dieses Lebens die *Frau schwer erkranken müsste*, der Richter aber findet, dass nach den vorliegenden Verhältnissen eine Scheidung der Frau die *Mittel* rauben würde, *für die Kinder zu sorgen*, oder dass die *Frau für den Mann noch die einzige moralische Stütze* bilde, mit deren Hilfe auf eine künftige Besserung zu hoffen sei, *weshalb* soll da *nicht der Frau* die *Fortsetzung der Ehe zugemutet* werden dürfen? Warum soll die Besserung dieser Verhältnisse anstatt von der Scheidung nicht von den andern Hilfen erwartet werden, auf die wir bei der Betrachtung der persönlichen Wirkungen der Ehe hinweisen werden? […] In allen Beziehungen ist damit der Scheidungsgrund der allgemeinen Klausel, gegenüber dem geltenden Rechte, wesentlich verdeutlicht, vertieft und damit auch erschwert, und zwar unter Berufung auf den *Grundgedanken der Ehe*, dem alle religiösen Bekenntnisse zustimmen: der *Gebundenheit* aus dem sittlichen Bewusstsein, dessen Schutz und Hüter der Richter zu sein hat.“[1444]

Damit wird ersichtlich, dass Huber (wie auch Egger) an die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft *strenge Voraussetzungen* geknüpft hatte. Zugleich zeigt die zitierte Aussage Hubers, dass Huber die Prüfung der Unzumutbarkeit auch im Hinblick auf den beklagten Ehegatten – und damit auf *beide* Ehegatten – durchgeführt wissen wollte.

5.2.1.2.2 Zweitauflage

In der Zweitauflage hob Egger, anders als in der Erstauflage, deutlich hervor, Art. 142 Abs. 1 ZGB verlange bei *beiden* Ehegatten die Durchführung einer (Un-)Zumutbarkeitsprüfung:[1445]

Auf Seiten des *Klägers* sei zu prüfen, ob diesem die Fortsetzung der Ehe unzumutbar sei, wobei Egger eine Unzumutbarkeit dann annahm, wenn eine *objektiv tiefe Zerrüttung* vorlag, welche vom Kläger *subjektiv* auch tatsächlich *als eine solche empfunden* wurde.[1446] Egger nannte etwa das Beispiel der „völlige[n] Entfremdung“ der Ehegatten bei bereits längerem Getrenntleben derselben.[1447]

[1443] Erl. Bd. I, S. 142 ff. (= BeK II, Rn. 348 f.), vgl. auch S. 107, 153 ff. (= BeK II, Rn. 255, 370).
[1444] Erl. Bd. I, S. 144 (= BeK II, Rn. 349); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 539.
[1445] EGGER II, Rn. 9 ff. zu Art. 142.
[1446] EGGER II, Rn. 9 f. zu Art. 142. Als Beurteilungskriterium führte Egger dabei insbesondere auch die Dauer der Ehe an; vgl. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 142, beachte sodann Rn. 34 zu Art. 406.
[1447] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 142.

Auf Seiten des *Beklagten* sei zu prüfen, ob ihm *die Scheidung zumutbar* sei.[1448] Dafür wollte Egger Aspekte berücksichtigen wie etwa die „Tiefe der Zerrüttung"; den „Anteil des Beklagten an Schuld oder Verursachung"; die „Dauer der Zerrüttung, des Getrenntlebens"; das Fortbestehen seiner „Sympathiegefühle"; seine religiösen Bedenken; die „Rücksicht auf die Kinder" oder die „berechtigten Sorgen um die eigene wirtschaftliche Existenz" u. dgl.[1449]

5.2.2 Absolute Scheidungsgründe als Konkretisierungen des Art. 142 ZGB

Es wurde dargelegt[1450], dass Egger letztlich fast[1451] alle speziellen Scheidungsgründe (Art. 137-141 ZGB) als *Konkretisierungen* des generellen Scheidungsgrundes, Art. 142 ZGB, verstand.[1452] Eindrücklich zeigt sich diese Vorstellung bei Eggers Ausführungen zu den „absoluten" Scheidungsgründen. Neben der Unterscheidung von speziellen Scheidungsgründen und dem generellen Scheidungsgrund differenzierte Egger – wie auch schon Huber – zwischen *relativen*[1453] und *absoluten*[1454] Scheidungsgründen.[1455] Diese Differenzierung basierte darauf, dass das ZGB bei den *relativen Scheidungsgründen* für den Scheidungsanspruch nebst dem Vorliegen des eigentlichen *Scheidungsgrundes* jeweils auch die *Unzumutbarkeit* der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft voraussetzte.[1456] Demgegenüber verlangte das ZGB bei den *absoluten Scheidungsgründen* keinerlei weitere Voraussetzungen als die Erfüllung des einschlägigen Scheidungsgrundes selbst.[1457] Dem Partner des den Scheidungsgrund setztenden Ehegatten stand in solchen Fällen also, wie Egger bemerkte, *„schlechterdings"* – namentlich ungeachtet davon, ob den Ersteren am Verhalten des Letzteren „ein eigenes Verschulden trifft", oder ob er gar „selbst einen Ehebruch begangen hat" – ein Scheidungsanspruch zu.[1458] Absolute Scheidungsgründe bildeten der *Ehebruch*, Art. 137 ZGB; die *Nachstellung* bzw. *Misshandlung* bzw. *Ehrenkränkung*, Art. 138 ZGB; das *Verbrechen*, Art. 139 Alt. 1 ZGB; die *Verlassung*, Art. 140 ZGB.
Eggers Ansicht, die speziellen Scheidungsgründe – und jeder absolute Scheidungsgrund *war* spezieller Scheidungsgrund – bildeten Konkretisierungen des generellen

---

[1448] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 142.
[1449] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 142.
[1450] Vgl. Kapitel 5.2.
[1451] Zum Sonderfall „Geisteskrankheit" (Art. 141 ZGB) s. Kapitel 5.2.3.
[1452] Vgl. dazu bei Kapitel 5.1.
[1453] Egger sprach in der Zweitauflage von „Ermessensgründen". Vgl. zur Terminologie Fn. 1454.
[1454] *Zur Terminologie:* In der Zweitauflage sprach Egger teils auch von „zwingenden", von „unbedingten" Scheidungsgründen, vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 137. Da die Terminologie aus der Erstauflage auch derjenigen von Huber entsprochen hatte, wird hier auf sie abgestellt.
[1455] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 137.
[1456] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 137; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 137. Relative Scheidungsgründe bildeten demnach der *unehrenhafte Lebenswandel*, Art. 139 Alt. 2 ZGB; die *Geisteskrankheit*, Art. 141 ZGB; die *tiefe Zerrüttung*, Art. 142 ZGB.
[1457] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 137; EGGER II, Rn. 3, 21 zu Art. 137.
[1458] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 3c, 5a zu Art. 137, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 138; EGGER II, Rn. 3, 17, 21 zu Art. 137.

Scheidungsgrundes, gründete auf seiner Vorstellung, dass das Vorliegen eines *speziellen Scheidungsgrundes* in aller Regel mit einer *tiefen Zerrüttung* des ehelichen Verhältnisses sowie der *Unzumutbarkeit der Fortsetzung desselben* einhergehe.[1459] Diese Vorstellung findet sich auch bei Huber, der bemerkt hatte, dass „das Vorhandensein eines speziellen Grundes meistens auch die *Existenz des generellen in sich schliesst*".[1460] Bei den *absoluten Scheidungsgründe* nahm Egger gar eine entsprechende *Fiktion* an:

> „Vor allem aber erhebt sich die Frage, ob nicht auch bei den absoluten Scheidungsgründen die *Zumutbarkeit der Fortsetzung der Gemeinschaft nachgeprüft* werden dürfe. *Die Vermutung der tiefen Zerrüttung, von welcher der Gesetzgeber doch wohl auch für diese Fälle ausgeht, würde damit zur widerleglichen.* Die absoluten Gründe würden relativiert. […] In der Lehre wird die Relativierung aller Gründe vertreten […]. Aber das Gesetz hat diese Frage nicht offen gelassen […], sondern selbst entschieden. […]."[1461]

Allerdings griff diese Fiktion für Egger – und implizit auch für Huber[1462] – dann nicht, wenn ein *Klageausschliessungsgrund* i.S.v. Art. 137 Abs. 2, 3 ZGB[1463] respektive Art. 138 Abs. 2, 3 ZGB[1464] vorlag. Die genannten Bestimmungen sahen für die Fälle des *Ehebruchs* sowie der *Nachstellung*, *Misshandlung* und *Ehrenkränkung* einerseits bestimmte *„Verjährungsfristen"*[1465] vor, binnen welcher die Scheidungsklage anhängig zu machen war, ansonsten das Klagerecht verwirkte. Andererseits schlossen sie das Klagerecht aus, wenn der klagende Ehegatte seinem Partner die einschlägige Verfehlung *verziehen*[1466] oder ihr – sofern ein Ehebruch zur Diskussion stand – gar *zugestimmt*[1467] hatte.[1468] Diese Klageausschliessungsgründe begründete Egger in der *Erstauflage* konzeptionell schwankend mit der Überlegung, dass ihr Vorliegen die *tiefe Zerrüttung* oder die *Unzumutbarkeit der Fortsetzung* der ehelichen Gemeinschaft ausschliesse – in der *Zweitauflage* argumentierte Egger dagegen nur noch mit dem

---

[1459] Vgl. insofern Kapitel 5.2 und die folgenden Ausführungen.

[1460] Botsch.-ZGB, S. 24 (= BeK III, Rn. 11295).

[1461] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 137.

[1462] Aufgrund des Wortlauts des Art. 159 f. VE-ZGB, wonach bei Ehebruch bzw. Nachstellung etc. nur der „*verletzte* Ehegatte auf Scheidung klagen [konnte]", hatte es Huber für „entbehrlich" gehalten, Bestimmungen zur *Verzeihung bzw. Zustimmung* aufzunehmen; vgl. Erl. Bd. I, S. 140 (= BeK II, Rn. 341); Prot., S. 154 f. (= BeK III, Rn. 1323). Dass bei den Scheidungsgründen i.S.v. Art. 139-141 ZGB *keine Verjährungsfrist* vorgesehen war, hatte Huber mit der Überlegung legitimiert, dass diese Gründe „einen fortgesetzten Zustand darstellen, der das Klagerecht immer neu entstehen lässt"; Erl. Bd. I, S. 141 (= BeK II, Rn. 345).

[1463] Wörtlich fast identisch Art. 144 Abs. 2, 3 E-ZGB; materiell übereinstimmend (vgl. Fn. 1462) Art. 159 VE-ZGB.

[1464] Materiell übereinstimmend Art. 145 Abs. 2, 3 E-ZGB und (vgl. Fn. 1462) Art. 160 VE-ZGB.

[1465] Es handelte sich um *Verwirkungsfristen*; vgl. EGGER I, Anm. 5b zu Art. 137, Anm. 4b zu Art. 138; EGGER II, Rn. 11 ff. zu Art. 137. Relative Frist: 6 Monate ab Kenntnisnahme; absolute Frist: 5 Jahre ab Verfehlung.

[1466] Zur analogen Anwendung auf Art. 139 ZGB s. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 137; EGGER I, Anm. 3a zu Art. 139.

[1467] Zur analogen Anwendung auf die Art. 138, 139 und 140 ZGB s. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 137, Rn. 3 zu Art. 138, Rn. 3 zu Art. 140; vgl. teils auch schon EGGER I, Anm. 3a zu Art. 139.

[1468] Zur Abgrenzung von Zustimmung und Verzeihung vgl. EGGER I, Anm. 6b, 7a zu Art. 137; wohl ebenso EGGER II, Rn. 14 f., 16 zu Art. 137.

Ausschluss der Unzumutbarkeit[1469], was im Ergebnis freilich keinen Unterschied macht: Konkret führte Egger etwa zur *Zustimmung* des einen Ehegatten *zum Ehebruch* des andern aus, die Zustimmung beweise, „daß ihm die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft *zugemutet* werden darf".[1470] Betreffend die *Verzeihung des Ehebruchs* hielt er fest, diese zeige, dass der verzeihende Ehegatte „die Ehe *nicht* mehr wegen der begangenen Untreue als eine *tief zerrüttete* betrachten [will]".[1471] Und zu der für den Ehebruch statuierten absoluten *Verwirkungsfrist* bemerkte er:

> „Es ist eine Anforderung der Menschlichkeit, daß die Verfehlung, die erst nach langen Jahren zur Kenntnis des andern Ehegatten kommt, nachgesehen wird. Die eheliche *Gemeinschaft hat seither bestanden und sich ausgewirkt*, ihre Fortsetzung ist wieder *zumutbar* geworden […]."[1472]

Ähnlich argumentierte Egger sodann bei der *Verlassung*, indem er bemerkte, selbst wenn der Beklagte nach anhängig gemachter Scheidungsklage in den gemeinsamen Haushalt zurückkehren sollte, sei bereits „*die Zerrüttung* der Ehe *genugsam dokumentiert*, und es rechtfertigt sich *nicht*, dem Ehegatten nach Einreichung der Klage *die Fortsetzung der Ehe zuzumuten* […]".[1473]

All diese Aussagen zu den Klageausschliessungsgründen illustrieren, inwiefern für Egger ein Konnex zwischen den absoluten Scheidungsgründen und dem generellen Scheidungsgrund bestand. Doch zeigt sich dieser Konnex noch auf andere Weise, nämlich bei der Auslegung des Art. 138 ZGB: Diese Norm setzte jeweils eine „schwere" Misshandlung bzw. Ehrenkränkung voraus. Als Beurteilungskriterium für die geforderte Schwere führte Egger insbesondere die Frage an, „ob die Fortsetzung der Gemeinschaft noch *zumutbar* sei".[1474]

[1469] Vgl. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 137: „Obwohl der Scheidungsgrund vorliegt, soll die Scheidung doch nicht mehr verlangt werden können, weil die Fortsetzung der Ehe wiederum zumutbar erscheint."

[1470] EGGER I, Anm. 6a zu Art. 137; in diesem Sinne auch EGGER II, Rn. 10, 16 zu Art. 137.

[1471] EGGER I, Anm. 7a zu Art. 137, vgl. auch Anm. 5 zu Art. 138; EGGER II, Rn. 10, 14 f. zu Art. 137 – wo Egger aber nicht die Zerrüttung, sondern die Unzumutbarkeit ausschloss. Vgl. sodann EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19, Anm. 7b zu Art. 137; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 19, Rn. 15 zu Art. 137.

[1472] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 137; vgl. auch EGGER I, Anm. 5b zu Art. 137 (indes ohne nähere Ausführungen). Für eine ähnliche Begründung bei längerem Unterlassen der Klage aus *Art. 139 ZGB* vgl. EGGER II, Rn. 5 zu Art. 139, Rn. 10 zu Art. 137 (Ausschluss der Unzumutbarkeit); EGGER I, Anm. 3b zu Art. 139 (Ausschluss der Zerrüttung).

[1473] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 140.

[1474] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 138; vgl. auch schon EGGER I, Anm. 3b zu Art. 138.

5.2.3 Sonderfall „Geisteskrankheit", Art. 141 ZGB

Art. 141 ZGB[1475] gewährte einem Ehegatten einen Scheidungsanspruch, wenn der andere Ehepartner „in einen solchen Zustand von Geisteskrankheit[1476] verfallen [war]", dass dem Ersteren „die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden [durfte]" – sofern „die Krankheit nach dreijähriger Dauer[1477] von Sachverständigen für unheilbar erklärt [wurde]".

Diesem Scheidungsgrund attestierte Egger eine „Sonderstellung", weil er einerseits als einziger spezieller Scheidungsgrund *kein Verschulden* voraussetzte, und andererseits – insbesondere – eine Durchbrechung des „Zerrüttungssystems" bedeutete.[1478] Denn bekanntlich erblickte Egger im Charakter der Ehe an sich eine Pflicht des gesunden Ehegatten, im Falle von Krankheiten des andern Ehegatten ebendiesem beizustehen.[1479] Art. 141 ZGB wandte sich aber, wie Egger konstatierte, gerade „gegen den kranken Ehegatten selbst".[1480] Diesen Umstand hielt Egger allerdings für durchaus geboten, zumal die Prüfung des Einzelfalls ergeben könne, dass dem gesunden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe aufgrund der *Schwere* der „Geisteskrankheit" seines Ehepartners *nicht zumutbar* sei.[1481]

Für die Begründung einer solchen Unzmutbarkeit stellte Egger zunächst implizit auf den *Gemeinschaftsgedanken* ab: Eine Geisteskrankheit konnte s.E. dazu führen, dass „die eheliche Gemeinschaft schwer beeinträchtigt[1482], das eheliche Verhältnis in diesem Sinne ‚tief zerrüttet' (vergl. Art. 142)" werde.[1483] Dabei hatte Egger insbesondere die Situation im Blick, dass dem kranken Ehegatten infolge seiner Krankheit die intellektuale oder emotionale „Fähigkeit zur Fortsetzung eines gedeihlichen und den wahren sittlichen Zwecken der Ehe entsprechenden Gemeinlebens" abhandengekommen und er auch nicht mehr in der Lage war, die der Ehe entspringenden Aufgaben zu erfüllen.[1484] Gerade bei der Unfähigkeit des Ehemannes zur Ernährung der Familie

---

[1475] Wörtlich fast identisch Art. 148 E-ZGB. Abw. dagegen Art. 163 VE-ZGB, der zwar ebenfalls verlangte, dass die Geisteskrankheit seit mindestens drei Jahren bestanden hatte – die Abklärung der Unheilbarkeit aber schon *während* dieser Frist zuliess. Zudem verlangte der VE-ZGB *nicht* eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft. Letztere Voraussetzung hätte Huber bereits im VE-ZGB „gerne" aufgenommen gehabt – „allein schliesslich überwog in der Kommission doch der Gedanke, die Geisteskrankheit, deren Eindruck auf den andern Ehegatten so sehr individuell verschieden sein kann, überhaupt wie im geltenden Rechte, als speziellen Scheidungsgrund anzuerkennen"; Erl. Bd. I, S. 141 (= BeK II, Rn. 344); vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 538 f.

[1476] Zum *Begriff* vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 141; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 141; vgl. auch Kapitel 2.1.4 m.w.H.

[1477] Egger betonte, diese Voraussetzung bezwecke keineswegs, „den gesunden Ehegatten […] an den Kranken zu fesseln", sondern bloss die „sichere Feststellung von Art, Schwere und Unheilbarkeit der Erkrankung"; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 141; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 141.

[1478] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141.

[1479] Vgl. nur Text zu Fn. 1431.

[1480] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141.

[1481] Vgl. EGGER I, Anm. 2d, 1c zu Art. 141; EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 141.

[1482] Oder die „geistige Gemeinschaft" gar „gänzlich aufgehoben ist"; EGGER I, Anm. 2d zu Art. 141.

[1483] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 141; vgl. auch EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 141.

[1484] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 141.

befürchtete Egger deren „wirtschaftlichen Ruin".[1485] Dass das ZGB in solchen Konstellationen dem gesunden Ehegatten einen Scheidungsanspruch zugestand, legitimierte Egger also mit den „unmittelbaren zerstörenden Wirkungen der Geisteskrankheit für die Gemeinschaft".[1486] Er betonte, weil Letztere entsprechend „nur noch der Form nach besteht", dürfe „der gesunde Ehegatte […] nicht vom Gesetz zum Ausharren" gezwungen werden – „dies um so weniger […] als der Kranke die Auflösung der Ehe in vielen Fällen nicht mehr als Kränkung zu empfinden in der Lage ist".[1487] Neben dem Gemeinschaftsgedanken führte Egger aber auch den *Persönlichkeitsgedanken* als Legitimation für Art. 141 ZGB an. So bot dieser Scheidungsgrund s.E. einen Schutz des *gesunden Ehegatten* vor dem kranken, welcher allenfalls durch die Krankheit „roh, gewalttätig, bösartig, gemein, obszön" geworden war.[1488] Damit ging für Egger nicht nur der Schutz bereits *bestehender Kinder* einher, sondern er hob zudem seine Vorstellung hervor, dass einer solchen Ehe keine weitere „Nachkommenschaft mehr entspringen [soll] […] wegen der *gesundheitlichen Gefahren für die Nachkommenschaft*".[1489] Insofern stellte Art. 141 ZGB nach Eggers Ansicht ein Mittel dar zum Schutz des gesunden Ehegatten sowie der bestehenden und potentiellen weiteren Nachkommen vor „schwersten physischen und psychischen Gefahren".[1490]

5.3 Nebenfolgen der Scheidung, Art. 149 ff. ZGB

Die Art. 149-157 ZGB regelten die Nebenfolgen[1491] der Scheidung[1492] in persönlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht. Dazu machte Egger in der *Erstauflage* einen konzeptionell zentralen Hinweis:

> „Diese Regelung [sc. der Nebenfolgen] wird von folgenden *Grundgedanken* getragen: Die Bedeutung der *ehelichen Gemeinschaft* für die Gesamtheit und für die Ehegatten

---

[1485] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 141; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 141.

[1486] Vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141.

[1487] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 141; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 141.

[1488] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 141, vgl. auch Anm. 1c zu Art. 141; EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 141.

[1489] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 141, vgl. auch Anm. 1c zu Art. 141; EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 141.

[1490] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 141; vgl. auch EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 141.

[1491] Betreffend die *vorsorglichen Massregeln* i.S.v. Art. 145 ZGB (identisch Art. 152 E-ZGB; abw., da die Aufzählung hier als abschliessend erscheint: Art. 168 VE-ZGB), welche der Richter *für die Dauer des Scheidungsprozesses* auszusprechen hatte und die, wie Egger bemerkte, „*die Ehe selbst* nach Möglichkeit vor drohendem weiteren Schaden zu bewahren und einen geordneten Zustand zu sichern, aber auch die *Beteiligten* in ihren berechtigten Interessen zu schützen und sicherzustellen [hatten]" (EGGER II, Rn. 1 zu Art. 145; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 145), wird direkt auf Eggers Kommentierung zu Art. 145 ZGB verwiesen.

[1492] Betreffend die *Nebenfolgen der Trennung* bestimmte das ZGB lediglich in Art. 155 Abs. 1 ZGB, dass der Richter „über die Aufhebung oder Fortdauer des bisherigen Güterstandes" zu entscheiden hatte (s. aber Art. 155 Abs. 2 ZGB). Identisch mit dem ganzen Art. 155 ZGB war Art. 162 E-ZGB; fast identisch war Art. 178 VE-ZGB. Die *Gestaltung der Elternrechte* entsprach jener des Scheidungsrechts (dazu Kapitel 5.3.1.3) – Art. 156 Abs. 1 ZGB (ebenso Art. 163 Abs. 1 E-ZGB, Art. 179 Abs. 1 VE-ZGB). Für diese und alle übrigen Nebenfolgen wies Egger den Richter an, darauf bedacht zu sein, „daß eine Wiedervereinigung durch sie nicht erschwert, sondern gefördert wird"; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 149 und im Einzelnen Anm. 5 zu Art. 149, Anm. 5 zu Art. 151, Komm. zu Art. 155; EGGER II, Rn. 12 ff. zu Art. 149. Vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 149 i.V.m. S. 148, 149 ff. (= BeK II, Rn. 360 i.V.m. Rn. 356 ff., 362 ff.).

> rechtfertigt es, daß ihr auch noch nach ihrer Auflösung erhebliche *Nachwirkungen* zugestanden werden. […] (Teilung des Vorschlages, Art. 154, besonders aber Unterhaltspflicht eines Ehegatten, der an der Scheidung nicht schuld ist, Art. 152). Anderseits liegt in einer Scheidung ein Eingriff in die persönlichen Verhältnisse, der es geboten erscheinen läßt, auf den *Schutz der Persönlichkeit* bedacht zu sein. Das gilt nicht nur in bezug auf die Ehegatten (Genugtuungsanspruch Art. 151, 153), sondern in besonderer Weise auch für die Kinder (Art. 156).“[1493]

In dieser Ausage zählte Egger nicht nur zentrale Nebenfolgen der Scheidung auf, sondern vor allem qualifizierte er diese auch als Ausflüsse des *Persönlichkeits-* bzw. *Gemeinschaftsgedankens*. Entsprechend dieser Vorstellung ist das vorliegende Kapitel gegliedert.

Hubers Ausführungen betreffend die Nebenfolgen der Scheidung beschränkten sich zwar weitgehend auf eine Wiederholung des Wortlauts der in den Entwürfen vorgesehenen Regelungen.[1494] Doch hatte Huber, wenngleich in anderm Zusammenhang, folgende grundlegende Bemerkung gemacht:

> „Sowohl die Eheschliessung als die *Ehescheidung* sind mit Wirkungen nach der persönlichen wie der güterrechtlichen Seite hin ausgerüstet, und *unter die Wirkungen der Ehe* gehören demnach *Wirkungen*, die sich mit dem Eheabschluss verbinden, während der Ehe äussern und *bei ihrer Auflösung durch* den Tod oder die *Scheidung* zu Tage treten. […]“[1495]

Diese Aussage lässt erkennen, dass nicht nur Egger, sondern auch schon Huber gewisse Nebenfolgen der Scheidung als *Nachwirkungen der ehelichen Gemeinschaft* betrachtet hatte.

5.3.1 Persönlichkeitsgedanke

5.3.1.1 Entschädigungsanspruch, Art. 151 Abs. 1 ZGB

Art. 151 Abs. 1 ZGB[1496] sprach dem an der Scheidung „schuldlosen Ehegatten“ zulasten des „schuldige[n] Ehegatte[n]“ einen Anspruch auf „angemessene Entschädigung[1497]“ zu, wenn „durch Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften“ des Ersteren „beeinträchtigt [wurden]“.

Egger qualifizierte diesen Anspruch in beiden Kommentarauflagen als „deliktische[n] Schadensersatzanspruch“ – in der Zweitauflage führte er gar näher aus, „Art. 151 ist ein Anwendungsfall der Art. 28, OR. Art. 41 […]“ und bringe folglich

---

[1493] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 149; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 f., 3 zu Art. 151.

[1494] Vgl. Erl. Bd. I, S. 147 ff. (= BeK II, Rn. 356 ff.); Botsch.-ZGB, S. 24 f. (= BeK III, Rn. 11296 f.).

[1495] Erl. Bd. I, S. 107 (= BeK II, Rn. 254).

[1496] Identisch Art. 158 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 174 VE-ZGB.

[1497] Wurde die Entschädigung als *Rente* festgesetzt, endigte der Rentenanspruch bei Wiederverheiratung des Anspruchsberechtigten, Art. 153 Abs. 1 ZGB. Übereinstimmend, falls die „Rente auf *Lebenszeit* festgesetzt [wurde]“, Art. 160 Abs. 1 E-ZGB und Art. 176 VE-ZGB (s. aber Prot., S. 189 (= BeK III, Rn. 1617 f.)).

„den *Persönlichkeitsschutz* […] zum Ausdruck".[1498] Der in Art. 41 Abs. 1 OR[1499] geregelte deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch setzte als Anspruchsvoraussetzungen einen *Schaden*, die *Widerrechtlichkeit*, die *Kausalität* und ein *Verschulden* voraus: Den *Schaden*[1500] erblickte Egger in vorliegendem Zusammenhang in dem durch die Scheidung bedingten Verlust der Vermögensrechte und Anwartschaften des anspruchsberechtigten Ehegatten.[1501] Konkret betraf der *Verlust der Vermögensrechte* s.E. insbesondere einerseits das dem *Ehemann* im ordentlichen Güterstand zustehende Nutzungsrecht am eingebrachten Frauenvermögen sowie andererseits der Anspruch der *Ehefrau* gegenüber ihrem Ehemann auf *ehelichen Unterhalt*.[1502] Der *Verlust der Anwartschaften* betraf s.E. insbesondere die erbrechtlichen Ansprüche zwischen den Ehegatten, welche gemäss Art. 154 Abs. 3 ZGB[1503] aufgrund der Scheidung dahinfielen.[1504] Zur *Widerrechtlichkeit* nahm Egger in der Erstauflage nur indirekt Stellung, indem er die Entschädigungspflicht des schuldigen Ehegatten aus dessen die Ehescheidung herbeiführenden Verhalten konstruierte.[1505] Präziser argumentierte Egger in der Zweitauflage, wo er das Verhalten des schuldigen Ehegatten explizit als Persönlichkeitsverletzung durch „Zerstörung der Ehe" qualifizierte:[1506]

> „Der schuldlose Ehegatte hat sich in die Gemeinschaft hineingestellt und seine Persönlichkeit eingesetzt […]. Nunmehr ist die Gemeinschaft zerstört und sein Einsatz vertan."[1507]

Damit betrachtete Egger das Verhalten des schuldigen Ehegatten zugleich als für den Schaden *kausal*. Zum Erfordernis des *Verschuldens* an der Scheidung[1508] auf Seiten des aus Art. 151 Abs. 1 ZGB *Verpflichteten* – wobei Egger das Verschulden an der Verletzung ehewesentlicher Pflichten, an der „Betätigung ehewidriger Gesinnung", meinte[1509] – sowie der entsprechenden *Schuldlosigkeit* des aus dieser Bestimmung

---

[1498] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 f., 3 zu Art. 151.

[1499] Art. 41 Abs. 1 OR lautete: „Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet."

[1500] Art. 151 Abs. 1 ZGB gewährte nicht *vollen* Schadensersatz, sondern eine „angemessene Entschädigung". Für deren Bemessung stellte Egger auf die Verhältnisse des Einzelfalls ab – insb. auch auf das Verschulden des Verpflichteten an der Scheidung; vgl. EGGER I, Anm. 2d, 3d zu Art. 151; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 151.

[1501] EGGER I, Anm. 1a, 3a, 3b zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 f., 7 zu Art. 151.

[1502] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 f., 7 zu Art. 151.

[1503] Materiell übereinstimmend Art. 161 Abs. 3 E-ZGB; sinngleich (vgl. nämlich Prot., S. 189 (= BeK III, Rn. 1621 ff.)) Art. 177 Abs. 3 VE-ZGB, der aber von „*gemeinsame[r]* letztwilliger Verfügung" sprach – was im Zusammenhang mit Art. 513 VE-ZGB zu sehen ist, nach welchem „mehrere Erblasser, wie namentlich Ehegatten, ihre letztwilligen Zuwendungen zu einer gemeinsamen Verfügung vereinigen [konnten]".

[1504] EGGER I, Anm. 1a, 3b zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 f., 7 zu Art. 151.

[1505] Vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 151.

[1506] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 151.

[1507] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 151.

[1508] Zum Umstand, dass faktisch gerade der auf Scheidung *klagende Ehegatte* die Scheidung herbeiführte – so gesehen also *ihn* ein Verschulden an der Scheidung traf –, betonte Egger, dass die Erhebung der Scheidungsklage und der damit eingetretene Schaden seine *Kausalität* im Verhalten des *andern* Ehegatten finde; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 151.

[1509] Vgl. EGGER II, Rn. 3 zu Art. 150, Rn. 6 zu Art. 151; EGGER I, Anm. 2c, 2d zu Art. 150.

Berechtigten stellte Egger klar – und dies galt für alle gleichgelagerten Nebenfolgen der Scheidung –, dass beim *Verschulden* des Verpflichteten jeweils mindestens ein „überwiegendes", idealerweise ein „gar ausschliessliches Verschulden", vorliegen müsse, und bei der *Schuldlosigkeit* des Berechtigten jeweils nicht der „absolut schuldlose" Ehegatte gemeint sei, sondern bloss „derjenige, gegenüber welchem kein Scheidungsgrund vorliegt".[1510] Ein Mitverschulden des Anspruchsberechtigten an der Scheidung bildete für Egger zwar einen Grund für eine Reduktion des Anspruchs, nicht aber für dessen Ausschluss.[1511]

5.3.1.2 Genugtuungsanspruch, Art. 151 Abs. 2 ZGB

Art. 151 Abs. 2 ZGB[1512] bestimmte, dass wenn „in den Umständen, die zur Scheidung geführt [hatten], für den schuldlosen[1513] Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse [lag], […] ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen [konnte]".[1514]
Auch den Anspruch aus Art. 151 Abs. 2 ZGB legitimierte Egger selbstredend mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – er begriff ihn ausdrücklich als Anwendungsfall des Persönlichkeitsschutzes i.S.v. Art. 28 ZGB und Art. 49 OR[1515].[1516] Dabei hob Egger hervor, dass in den für die *Ehescheidung kausalen Umständen* eine schwere Persönlichkeitsverletzung liegen müsse (wovon er gerade bei den absoluten Scheidungsgründen regelmässig ausging).[1517] Damit brachte Egger seine Vorstellung zum Ausdruck, dass wenn die fragliche Ehe bereits eine tief zerrüttete war, und einer der Ehegatten in der Folge einen absoluten Scheidungsgrund setzte, der andere Ehegatte diesen letztern Scheidungsgrund *nicht* zur Begründung des Genugtuungsanspruchs vorschieben durfte.[1518]

5.3.1.3 Elternrechte, Art. 156 f. ZGB

Die Art. 156 f. ZGB enthielten Regelungen betreffend die „Elternrechte"[1519].

5.3.1.3.1 Zuteilung der Kinder, Art. 156 Abs. 1 ZGB

Art. 156 Abs. 1 ZGB[1520] bestimmte: „Über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern trifft der Richter bei Scheidung

---

[1510] Vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 151 i.V.m. Rn. 3 zu Art. 150; EGGER I, Anm. 3c zu Art. 151 i.V.m. Anm. 2c zu Art. 150.
[1511] Vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 151 mit dem dort angeführten Sonderfall a.E.; EGGER I, Anm. 3c zu Art. 151.
[1512] Wörtlich fast identisch Art. 158 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend auch Art. 174 VE-ZGB, der eine „besondere persönliche Unbill" voraussetzte.
[1513] Vgl. hierzu den Text zu Fn. 1510.
[1514] Wurde die Genugtuung als *Rente* festgesetzt, griff Art. 153 Abs. 1 ZGB (vgl. zu diesem Fn. 1497).
[1515] Für den Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 OR s. Fn. 534.
[1516] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 151, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 f., 3, 10 zu Art. 151.
[1517] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 151; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 151.
[1518] Wie Fn. 1517.
[1519] So die Marginalie zu Art. 156 f. ZGB.
[1520] Materiell übereinstimmend Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 E-ZGB, Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VE-ZGB.

oder Trennung die nötigen Verfügungen nach Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde."[1521]

Diese Bestimmung auferlegte dem Richter also die Pflicht, im Scheidungs- bzw. Trennungsfall die Kinder – samt der elterlichen Gewalt, vgl. Art. 274 Abs. 3 ZGB[1522] – *einem*[1523] *Elternteil*, respektive, wenn sich Letzteres aufgrund der Verhältnisse verbot, *Dritten*[1524] zuzuteilen.[1525] Für diese Zuteilung verwies Egger auf das richterliche Ermessen, dessen Ausübung sich s.E. im konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung aller Umstände am *„persönlichen Wohl der Kinder"* auszurichten hatte.[1526] Wegleitend bei Art. 156 Abs. 1 ZGB war für Egger also der *Persönlichkeitsgedanke* – der Schutz der Persönlichkeit des Kindes:[1527]

> „Der Richter muß sich somit darüber vergewissern, *welcher Elternteil die meiste Gewähr für die gesunde leibliche, intellektuelle und sittliche Entwicklung der Kinder* bietet. Erst in zweiter Linie zieht er auch die ökonomischen Interessen der Kinder zur Entscheidung heran. […] Vor allem aber bleibt die Frage der persönlichen Entwicklung die wichtigste. Deshalb darf denn auch das Verschulden der Eltern an der Scheidung zunächst nicht eine selbstständige und ausschlaggebende Beachtung finden. Dies ist nur insoweit angängig, als der Art des Scheidungsgrundes und des Verschuldens auch für die Zuteilung der Kinder unmittelbar Bedeutung zukommt: Scheidung wegen Geisteskrankheit (141), wegen entehrenden Verbrechens oder lasterhaften Lebenswandels, insbesondere wegen Trunksucht."[1528]

Auch Huber hatte für die Zuteilung des Kindes auf das richterliche Ermessen verwiesen und betont:

> „Eine weitere Anweisung, dass die Kinder dem Teile zugewiesen werden sollen, der an der *Scheidung schuldlos* sei, *falls* er für die *Erziehung hinreichende Gewähr* biete, wurde, als selbstverständlich im richterlichen Ermessen mitenthalten, abgelehnt."[1529]

Damit ergibt sich, dass Egger und Huber vorliegend auf einer Linie lagen.

[1521] Bei Veränderung der Verhältnisse „[hatte] der Richter auf Begehren der Vormundschaftsbehörde oder von Vater oder Mutter die erforderlichen Anordnungen zu treffen", Art. 157 ZGB (übereinstimmend Art. 164 E-ZGB, Art. 180 VE-ZGB). Dazu Eggers Kommentierungen zu Art. 157 ZGB; EGGER II, Rn. 13, 15 zu Art. 368.

[1522] Zur *elterlichen Gewalt i.w.S.* vgl. Kapitel II.a.5. Zur *Inventaraufnahme* betreffend das Kindesvermögen vgl. Fn. 1828; für das allfällige Weiterbestehen des *Nutzungsrechts* an diesem Vermögen vgl. Fn. 2045.

[1523] Existierten *mehrere* Kinder und stand dies ihrem Wohl nicht entgegen, hielt Egger in beiden Kommentarauflagen eine *Aufteilung* derselben und entsprechend eine *Zuteilung* (freilich samt Einräumung der elterlichen Gewalt) an beide Elternteile für zulässig – dadurch sah Egger den Interessen den Eltern Rechnung getragen; vgl. EGGER I, Anm. 1c, 2b zu Art. 156; EGGER II, Rn. 5, 8 zu Art. 156.

[1524] Diesfalls wurde das Kind also *bevormundet*; vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 156; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 156, Rn. 12 zu Art. 368.

[1525] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2b, 3a zu Art. 156; EGGER II, Rn. 2, 3, 4 ff., 8 ff. zu Art. 156, Rn. 8 zu Art. 274.

[1526] EGGER I, Anm. 1a, 1b, 7 zu Art. 156; EGGER II, Rn. 2, 3, 4 ff., 14 ff. zu Art. 156, Rn. 12 zu Art. 368.

[1527] Vgl. auch Text zu Fn. 1493.

[1528] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 156; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 ff. zu Art. 156.

[1529] Erl. Bd. I, S. 149 (= BeK II, Rn. 362); vgl. auch Prot., S. 192 (= BeK III, Rn. 1649 f.); StenBull NR 1905, S. 633 f.; und betreffend die vorsorglichen Massregeln (Art. 145 ZGB – dazu Fn. 1491) auch S. 172 (= BeK III, Rn. 1463).

5.3.1.3.2 Beitragspflicht, Art. 156 Abs. 2 ZGB

Art. 156 Abs. 2 ZGB[1530] hing mit Art. 156 Abs. 1 ZGB zusammen: Er auferlegte demjenigen Ehegatten, „dem die Kinder entzogen" – dem sie also nicht i.S.v. Abs. 1 zugeteilt – wurden, die Pflicht „zur Entrichtung eines seines Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung" des Kindes.[1531]
Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Eltern, Art. 289 Abs. 1 ZGB, auch wenn ihnen die elterliche Gewalt entzogen worden war, i.S.v. Art. 272 Abs. 1 ZGB zur Tragung der „Kosten des Unterhaltes und der Erziehung ihrer Kinder" verpflichtet blieben[1532] – und zwar „nach ihrem ehelichen Güterstande". Da eine Scheidung die Auflösung des ehelichen Güterstands bewirkte, vgl. Art. 154 ZGB[1533], und die Zuteilung der elterlichen Gewalt i.d.R. an einen (einzigen) Elternteil erfolgte[1534], der dann *allein unterhaltspflichtig* war, statuierte Art. 156 Abs. 2 ZGB eine Pflicht des andern Elternteils zur *Beitragsleistung*, um die Deckung des gesamten Kindesunterhalts sicherzustellen.[1535]

5.3.1.3.3 Persönlicher Verkehr, Art. 156 Abs. 3 ZGB

Ebenfalls mit Art. 156 Abs. 1 ZGB hing *Art. 156 Abs. 3 ZGB*[1536] zusammen, der dem beitragspflichtigen Elternteil „ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit den Kindern" gewährte.[1537]
Zur Legitimation dieses Rechts führte Egger in der *Zweitauflage* aus:

> „Es [sc. das Recht auf persönlichen Verkehr] ist nicht Ausfluß der elterlichen Gewalt, sondern der innern Verbundenheit der Eltern und Kinder. Es entspricht einem Gebot der Menschlichkeit – dieser *Elternteil* soll nach wie vor Anteil an den Geschicken der Kinder nehmen dürfen und ebenso dürfen die *Kinder* durch die Zuteilung nicht ihres Vaters oder ihrer Mutter beraubt werden. Es ist ein Recht, das überall, wo eine solche Entziehung der Kinder eintritt, dem betroffenen Elternteil eingeräumt bleiben muß: bei Scheidung, Trennung, Aufhebung der häusl. Gemeinschaft (170), insb. im Scheidungsprozeß […], Wegnahme des Kindes (284), Entziehung der elterlichen Gewalt (285) […]."[1538]

[1530] Wörtlich fast identisch Art. 163 Abs. 2 E-ZGB und Art. 179 Abs. 2 VE-ZGB.
[1531] Auch hier fand Art. 157 ZGB Anwendung, vgl. dazu Fn. 1521. Wurden die Kinder *beiden* Ehegatten entzogen, waren *beide* beitragspflichtig; vgl. dazu EGGER I, Anm. 4a zu Art. 156; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 156, Rn. 14 zu Art. 368.
[1532] Zu Eggers Legitimation dieser Unterhaltspflicht vgl. Kapitel II.a.4.
[1533] Dazu Kapitel 4.2.1.3 und 5.3.2.2.
[1534] Vgl. Kapitel 5.3.1.3.1 und Fn. 1523.
[1535] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 4 zu Art. 156; EGGER II, Rn. 17 ff. zu Art. 156.
[1536] Wörtlich fast identisch Art. 163 Abs. 3 VE-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 179 Abs. 3 VE-ZGB.
[1537] Auch hier fand Art. 157 ZGB Anwendung, vgl. dazu Fn. 1521.
[1538] EGGER II, Rn. 21 zu Art. 156, vgl. auch Rn. 47 zu Art. 405; analog die *Erstauflage*, wo Egger dieses Recht – allerdings im Zusammenhang mit der behördlichen Wegnahme des Kindes i.S.v. Art. 284 Abs. 1 ZGB (dazu Kapitel II.a.5.2.2.4.2) – als „auf der Verwandtschaft und dem Gemeinschaftsverhältnis" beruhend bezeichnete; EGGER I, Anm. 2c zu Art. 284.

Die innere Verbundenheit der Eltern und Kinder – der *Persönlichkeits-* wie auch der *Gemeinschaftsgedanke* – legitimierte nach Eggers Ansicht also das in Art. 156 Abs. 3 ZGB statuierte Recht. In der *Erstauflage* führte Egger aus, dieses Recht sei dem andern Elternteil *„auf alle Fälle"* gewahrt; selbst „wenn dieser Elternteil einen lasterhaften Lebenswandel führt".[1539] Diese Aussage relativierte Egger faktisch indes umgehend mit dem Hinweis auf das Kriterium der *Angemessenheit* des Verkehrs:

> „Der persönliche Verkehr ist nach Maß und Ort *einzuschränken* und mit den erforderlichen Kautelen zu umgeben, wenn z.B. wegen des lasterhaften Lebenswandels des betreffenden Elternteils ein ungünstiger Einfluß auf die Kinder zu befürchten ist oder wenn die ernstliche Gefahr besteht, daß er dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Erziehungspflicht wesentlich erschwert. […] Nur wenn sich eine solche Einschränkung, die geboten erscheint, nicht durchführen läßt, *entfällt das Recht gänzlich* […]."[1540]

Diese dogmatisch wenig überzeugende Konstruktion verwarf Egger in der *Zweitauflage*, wo er nunmehr festhielt, „in äußersten Fällen" sei eine *Verwirkung* dieses Rechts möglich – namentlich dann, wenn der berechtigte Elternteil „jahrelang jeden Verkehr unterlassen hat und den Kindern nunmehr jedes Bewußtsein einer Zusammeneghörigkeit fehlt".[1541]

5.3.1.4 Name der geschiedenen Ehefrau, Art. 149 ZGB

Gemäss Art. 149 Abs. 1[1542] ZGB[1543] behielt die geschiedene Ehefrau zwar „ihren Personenstand[1544], [nahm] aber den *Namen* wieder an, den sie vor dem Abschluss dieser Ehe getragen [hatte]".

Diese Regelung betreffend den Namen der Ehefrau hielt Egger für „innerlich berechtigt", da eine Scheidung stets die eheliche Gemeinschaft – und folglich auch die Zugehörigkeit der Ehefrau zur Familie des Ehemannes – auflöste[1545].[1546] Entsprechend rechtfertigten sich für Egger diesbezüglich (an sich[1547]) denn auch keinerlei

---

[1539] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 156.

[1540] EGGER I, Anm. 5b zu Art. 156; vgl. materiell auch EGGER II, Rn. 23 zu Art. 156.

[1541] EGGER II, Rn. 21 zu Art. 156, vgl. auch Rn. 47 zu Art. 405 betreffend eine „völlige zeitweilige Sistierung".

[1542] Für den Fall, dass die Frau *vor* Abschluss der nun geschiedenen Ehe Witwe war, konnte ihr „gestattet werden, ihren *angestammten* Familiennamen wieder anzunehmen", vgl. Art. 149 Abs. 2 ZGB (so auch Art. 156 Abs. 2 E-ZGB – wonach der Richter der Ehefrau übrigens auch *sonst* erlauben konnte, „den Namen des Mannes weiterzuführen"; dem VE-ZGB fehlten beide dieser Regelungen).

[1543] Fast identisch Art. 156 Abs. 1 E-ZGB – vgl. dazu StenBull NR 1905, S. 535, 633. Abw. Art. 172 VE-ZGB, wonach die geschiedene Ehefrau zwar „ihren Stand [behielt], aber den Namen ihrer *angestammten* Familie wieder [annahm]".

[1544] Durch eine Scheidung wurde die Ehefrau somit nicht wieder *ledig*, sondern eben *geschieden*. Ferner behielt sie das *Bürgerrecht* des Ehemannes; vgl. EGGER I, Anm. 4b zu Art. 149; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 149.

[1545] Zur Legitimation dafür vgl. nur Fn. 1412, 1414.

[1546] EGGER I, Anm. 4c zu Art. 149, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 149, Anm. 2b zu Art. 29; EGGER II, Rn. 4, 7 zu Art. 149, Rn. 5 zu Art. 39.

[1547] In der Zweitauflage wies Egger indes auf die Möglichkeit der Ehefrau hin, bei wichtigen Gründen durch Namensänderung i.S.v. Art. 30 ZGB den angeheirateten Namen beizubehalten; vgl. EGGER II, Rn. 8, 10 zu Art. 149. Konkret bestimmte Art. 30 Abs. 1 ZGB: „Die Änderung des Namens kann einer Person von der

Nachwirkungen der ehelichen Gemeinschaft.

5.3.2 Gemeinschaftsgedanke

5.3.2.1 Unterhaltsanspruch, Art. 152 ZGB

Art. 152 ZGB[1548] bestimmte: „Gerät ein schuldloser[1549] Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden."[1550]

Begriffsnotwendig endeten mit der Scheidung die aus der ehelichen Gemeinschaft entspringenden Rechte und Pflichten der Ehegatten – folglich gerade auch die primäre Unterhaltspflicht des Ehemannes und die subsidiäre Unterhaltspflicht der Ehefrau.[1551] Doch ging Egger beim Anspruch aus Art. 152 ZGB von einer *„Nachwirkung der ehelichen Gemeinschaft"* – somit von einer Nachwirkung des *Gemeinschaftsgedankens* – aus.[1552] Er mass also dem ehelichen Unterhalt eine solch fundamentale Bedeutung zu, dass sich dessen Äusserung in abgewandelter Form auch noch nach Auflösung der Ehe rechtfertigte. In diesem Sinne hatte auch schon Huber bemerkt:

> „Der Entwurf schliesst sich hier [sc. bei Art. 175 VE-ZGB; vgl. Art. 152 ZGB] einer Reihe von kantonalen Rechten an; man kann sich fragen, auf welchen Rechtsgrund sich der Anspruch auf Unterhalt stütze; es ist dies nicht bloss die Billigkeit sondern auch *die eheliche Gemeinschaft*, die hier noch *diese letzte Pflicht* mit sich bringt."[1553]

Die Legitimation dieser Nachwirkung der ehelichen Gemeinschaft, dieser „letzte[n] Pflicht", lag für beide Juristen in der „Billigkeit"; Egger sprach insofern auch von „Pietätsgründen":[1554] Ein Ehegatte solle bei ungenügender eigener Vermögens- oder Einkommenslage „nicht infolge[1555] der Scheidung in Not kommen" – er solle „nicht darben müssen".[1556] Im Blick hatte Egger dabei insbesondere einerseits die

---

Regierung ihres Heimatkantons bewilligt werden, wenn wichtige Gründe vorliegen." Doch konnte gemäss Art. 30 Abs. 3 ZGB, „wer durch die Namensänderung verletzt [wurde], sie binnen Jahresfrist, nachdem er von ihr Kenntnis erlangt [hatte], gerichtlich anfechten". Materiell übereinstimmend Art. 31 Abs. 1, 3 E-ZGB und Art. 28 Abs. 1 VE-ZGB, wobei der VE-ZGB keine Bestimmung i.S.d. Art. 30 Abs. 3 ZGB enthielt.

[1548] Wörtlich fast identisch Art. 159 E-ZGB und Art. 175 VE-ZGB.

[1549] Vgl. hierzu den Text zu Fn. 1510 und EGGER I, Anm. 2c zu Art. 152; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 152.

[1550] Wurde der Unterhaltsbeitrag als *Rente* festgesetzt, griff Art. 153 Abs. 1 ZGB (vgl. zu diesem Fn. 1497). Zur *Aufhebungs- bzw. Herabsetzungsmöglichkeit* der Rente auf Verlangen des Pflichtigen vgl. Art. 153 Abs. 2 ZGB. Für die teils abw. *Entwürfe* vgl. Art. 160 Abs. 2 E-ZGB und Art. 176 VE-ZGB.

[1551] Vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 152.

[1552] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 149, Anm. 2c zu Art. 151; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 152, Rn. 1 f. zu Art. 151.

[1553] Prot., S. 187 (= BeK III, Rn. 1604), s. dazu auch S. 188 (= BeK III, Rn. 1608); StenBull NR 1905, S. 633.

[1554] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 152; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 152, Rn. 1 zu Art. 151.

[1555] Zur Frage, ob der Eintritt der Bedürftigkeit *nach* erfolgter Scheidung genüge, etwa wegen späterer Erwerbsunfähigkeit des Anspruchsberechtigten, s. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 152 (bejahend, wenn Bedürftigkeit ohne Scheidung nicht eingetreten wäre); EGGER II, Rn. 2 zu Art. 152 (verneinend ohne Begründung).

[1556] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 152; EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 152. Nicht zuletzt stand dahinter auch der weit verstandene Gemeinschaftsgedanke i.S.v. *Allgemeininteressen*, denn der betreffende Ehegatte solle durch die Bedürftigkeit nicht „der Armenpflege anheimfallen"; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 152.

Ehefrau, die sich u.U. nicht selbständig zu unterhalten in der Lage war, andererseits aber auch den „geisteskranken" Ehegatten, den Egger als schuldlos i.S.v. Art. 152 ZGB betrachtete.[1557]

Implizit entsprach Art. 152 ZGB für Egger zugleich dem *Persönlichkeitsgedanken*: Diese Norm bot einerseits dem anspruchsberechtigten Ehegatten einen Schutz vor finanzieller Not. Andererseits berücksichtigte sie aber auch die Interessen des verpflichteten Ehegatten, denn sie sah explizit nur einen *Beitrag*[1558] an den Unterhalt vor und stellte für die Höhe desselben zudem auf die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten ab.[1559] Dahinter stand, wie Egger in der Erstauflage hervorhob, die Überlegung, der Letztere solle „in seinem eigenen angemessenen Unterhalt nicht gefährdet" werden.[1560]

5.3.2.2 Vorschlagsteilung zwischen den Ehegatten, Art. 154 Abs. 2 ZGB

Bezüglich Art. 154 Abs. 1 ZGB[1561], der für den Fall der Scheidung die güterrechtliche Auseinandersetzung anordnete, wobei Art. 154 Abs. 2 ZGB[1562] die Aufteilung des Vorschlags zwischen den Ehegatten nach den Regeln desjenigen Güterstandes vorsah, dem die Ehegatten unterstanden, wird auf das beim Güterrecht Gesagte verwiesen.[1563] Vorliegend sei nur erwähnt, dass diese Regelung nach Eggers Ansicht die „Gewähr für einen billigen Ausgleich" der vermögensrechtlichen Interessen der Ehegatten bot, weil sie *unabhängig* von einem allfälligen *Verschulden* eines Ehegatten an der Scheidung erfolgte.[1564] Dabei ist bemerkenswert, dass Egger – obschon vom Gesetz nicht explizit vorgesehen – den Art. 154 Abs. 2 ZGB durch die Heranziehung der Art. 151 ff. ZGB ergänzte: „Unbillige Ergebnisse" bei der Vorschlagsteilung seien dadurch zu korrigieren, dass die Entschädigungs- oder Genugtuungsleistungen nach Art. 151 ZGB[1565] „entsprechend groß bemessen werden [müßen], wenn dem *schuldigen* Ehegatten ein ansehnlicher Vorschlag zufällt, während dieser auf die Tätigkeit des andern und in keiner Weise auf die Mitwirkung des schuldigen Teils zurückzuführen ist".[1566] Mit dieser Konstruktion lehnte sich Egger m.E. zumindest an den *Grundgedanken* des Art. 242 Abs. 2 VE-ZGB an, gemäss welchem die Ehefrau berechtigt war, „einen verhältnismässigen Anteil am Vorschlag" – der an sich dem Ehemann alleine zugefallen wäre, vgl. Art. 242 Abs. 1 VE-ZGB – herauszuverlangen, wenn er „aus den

---

[1557] EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 152; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 152.

[1558] Deshalb qualifizierte Egger den Anspruch aus Art. 152 ZGB in der Zweitauflage nicht als eigtl. *Unterhalts-*, sondern (wie Art. 328 ZGB, vgl. Kapitel II.c.1) als *Unterstützungsanspruch*; EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 152.

[1559] EGGER I, Anm. 2a, 3 zu Art. 152; EGGER II, Rn. 1, 4 f. zu Art. 152.

[1560] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 152; implizit wohl auch EGGER II, Rn. 1, 4 f. zu Art. 152.

[1561] Identisch Art. 161 Abs. 1 E-ZGB und wörtlich fast identisch Art. 177 Abs. 1 VE-ZGB.

[1562] Wörtlich fast identisch Art. 161 Abs. 2 E-ZGB und Art. 177 Abs. 2 VE-ZGB.

[1563] S. Kapitel 4.2.1.3.

[1564] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 154, vgl. auch Anm. 3 zu Art. 154; EGGER II, Rn. 3, 9 zu Art. 154.

[1565] Vgl. dazu Kapitel 5.3.1.1/2.

[1566] Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 3d zu Art. 154; in diesem Sinne auch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 154.

Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau gemacht worden [war]".[1567]

5.3.2.3 Wartefrist, Art. 150 ZGB

Bezüglich Art. 150 Abs. 1 ZGB, der den Richter verpflichtete, dem an der Scheidung schuldigen[1568] Ehegatten eine Wartefrist für die Eingehung einer neuen Ehe aufzuerlegen, wird auf das zum *Ausschluss der Eheungültigkeit* bei Verletzung der Wartefrist für Geschiedene Gesagte verwiesen.[1569]

c) Zusammenfassung

Im *Verlöbnis* erblickte Egger das – durch *Verlobung* als gegenseitiges Eheversprechen eingegangene – die Ehe vorbereitende Gemeinschaftsverhältnis. Schranken vom Grundsatz der Verlobungsfreiheit konstruierte Egger aus den *Ehenichtigkeitsgründen*. Egger betonte, die Verlobung gewähre keinen klagbaren Anspruch auf Eingehung der Ehe. Dennoch ergab sich s.E. aus der Verlobung bzw. dem Verlöbnis eine *Gebundenheit der Verlobten*. So ging Egger während der Dauer des Verlöbnisses u.a. von einer gegenseitigen Treuepflicht der Verlobten aus. Für den Fall des Verlöbnisbruchs durch den einen Verlobten widerspiegelte sich die Gebundenheit für Egger in den Ansprüchen, welche die Art. 92 f. ZGB dem andern Verlobten gewährten. Diese Grundvorstellungen Eggers finden sich schon bei Huber.
Auch in der *Ehe* erblickte Egger, wie ebenfalls bereits Huber, ein – durch *Eheschliessung* eingegangenes – Gemeinschaftsverhältnis. Schranken der Eheschliessungsfreiheit ergaben sich für beide Juristen aus den ex nunc wirkenden *Eheungültigkeitsgründen*. Ungültig war eine Ehe, wenn sie an einem *Nichtigkeits-* oder einem *Anfechtungsgrund* litt. Herausgegriffen sei hier nur der Nichtigkeitsgrund der „Geisteskrankheit": Wenn Egger ebendiesen – nota bene schon in der Erstauflage von 1914 – insbesondere mit rassenhygienischen Überlegungen legitimierte, so hatte Egger dabei zur Hauptsache die Interessen der direkt Betroffenen, insbesondere des potentiellen Nachwuchses, im Blick. Keineswegs sympathisierte Egger als selbsterklärter Gegner des Nationalsozialismus etwa mit dessen Ziel, durch rassenhygienische Massnahmen eine „arische" Gesellschaft zu erreichen.
Eggers Ausführungen zu den *allgemeinen Ehewirkungen* zeugen von einem – schon bei Huber offenkundigen – Bestreben, beide Ehegatten innerhalb der ehelichen Gemeinschaft als *gleichberechtigte Partner* darzustellen, deren unterschiedliche Rechtspositionen sich (lediglich) aus ihrer Gliedstellung innerhalb dieser Gemeinschaft ergaben. Eine patriarchalische Legitimation von gesetzlich dem Ehemann als „Haupt der Gemeinschaft" (Art. 160 Abs. 1 ZGB) eingeräumten Rechten findet sich bei Egger daher nicht – genausowenig wie bei Huber. Dieser Umstand manifestiert sich

[1567] Vgl. dazu Text *nach* Fn. 1356.
[1568] Vgl. dazu den Hinweis in Kapitel 5.3.1.1.
[1569] S. Kapitel 2.2.2.2.

namentlich in Eggers Ansicht, das dem Ehemann gesetzlich zustehende Recht, die eheliche Wohnung zu bestimmen, ergebe sich aus seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht: Aufgrund der von Egger gemachten Beobachtung, dass der Ehemann regelmässig einer Erwerbsarbeit ausser Haus nachgehe, musste ihm, so Egger, auch das Recht zustehen, den Wohnort bzw. die Wohnung der Ehegatten zu bestimmen. Dieser Standpunkt ist zunächst deshalb bemerkenswert, weil die von Egger vorgenommene Verknüpfung von Unterhaltspflicht und Wohnungsbestimmungsrecht aus dem ZGB nicht direkt hervorgeht. Als eindrücklich erweist sich aber vor allem auch die mit dieser Verknüpfung zusammenhängende Konsequenz: Aufgrund seiner Vorstellung, die Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten sei intern abänderbar – auch dies sah das ZGB übrigens nicht explizit vor –, konkludierte Egger, wenn die *Ehefrau* für den Unterhalt der Familie sorge, stehe *ihr* das Wohnungsbestimmungsrecht zu.

Die *güterrechtliche Stellung der Ehegatten* im ordentlichen Güterstand korrelierte nach Eggers und Hubers Ansicht mit der allgemeinen gesetzlichen Stellung der Ehegatten. Wenn das ZGB dabei dem Ehemann als dem Gemeinschaftshaupt ein Nutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht am eingebrachten Frauengut (als Bestandteil des *wirtschaftlich* einheitlichen *ehelichen Vermögens*) einräumte, so handelte es sich hier also weder für Egger noch für Huber um eigennützige Rechte des Ehemannes, sondern um Rechte, die dem Letzteren zur bestmöglichen *Fruktifizierung des ehelichen Vermögens* im Interesse der ehelichen Gemeinschaft zustanden. Vom ehelichen Vermögen nicht erfasst war das *Sondergut* der Ehegatten. Dadurch, dass das ZGB (auch) der Ehefrau ein Sondergut zugestand, welches von dieser selbständig verwaltet, genutzt und darüber verfügt wurde, wurde ihr nach Eggers und Hubers Ansicht eine gewisse vermögensrechtliche Unabhängigkeit vom Ehemann eingeräumt.

Für den Fall von Pflichtverletzungen eines Ehegatten in persönlicher bzw. güterrechtlicher Hinsicht – bezüglich Letzterem sei an die Möglichkeit zur Anordnung der Gütertrennung hingewiesen, die bewirkte, dass der Ehemann die Rechte am eingebrachten Frauengut verlor – hoben Egger und Huber das Recht des andern Ehegatten hervor, ein gerichtliches *Eheschutzverfahren* einzuleiten.

Betreffend die *Ehescheidung* stellte Egger, in Anlehnung an Huber, mit Blick auf das Prinzip der Gebundenheit der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft klar, die Scheidungsmöglichkeit setze einen gesetzlichen *Scheidungsgrund* voraus. Da das Gesetz den *blossen übereinstimmenden Willen* beider Ehegatten zur Scheidung *nicht* als Scheidungsgrund anerkannte, war eine Scheidung solchenfalls somit nicht möglich – eine Regelung, die Egger namentlich mit den Interessen allfälliger Kinder der Ehegatten sowie dem Charakter der Ehe legitimierte. Sowohl Egger als auch Huber begriffen den in Art. 142 ZGB normierten generellen Scheidungsgrund – die *tiefe Zerrüttung* des ehelichen Verhältnisses mit der Folge der *Unzumutbarkeit der Fortsetzung* der ehelichen Gemeinschaft – als denjenigen Scheidungsgrund, aus welchem sich im ZGB letztlich (fast) alle weiteren Scheidungsgründe ableiteten. In den gesetzlich statuierten *Nebenfolgen* der Scheidung erblickte Egger teils einen Schutz der

Persönlichkeit der Ehegatten, so namentlich hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs i.S.v. Art. 151 Abs. 1 ZGB des an der Scheidung schuldlosen Ehegatten, oder aber einen Schutz der Kinder der Ehegatten, so hinsichtlich ihrer Zuteilung an einen Elternteil i.S.v. Art. 156 Abs. 1 ZGB. Teils ging Egger bei den Nebenfolgen der Scheidung jedoch auch – und in diesem Sinne hatte sich schon Huber geäussert – von einer *Nachwirkung* der ehelichen Gemeinschaft aus, so etwa betreffend den Unterhaltsanspruch i.S.v. Art. 152 ZGB des bedürftigen Ehegatten oder aber betreffend die Vorschlagsteilung i.S.v. Art. 154 Abs. 2 ZGB zwischen den Ehegatten.

II. Verwandtschaft, Art. 252-359 ZGB

In der zweiten Abteilung des Familienrechts – der Verwandtschaft – regelte das ZGB in drei Titeln insbesondere die Rechtsbeziehungen zwischen nahen verwandten[1570] Personen.[1571] Besagte drei Titel lauteten: „Das eheliche Kindesverhältnis", Art. 252-301 ZGB; „Das ausereheliche Kindesverhältnis", Art. 302-327 ZGB; und „Die Familiengemeinschaft", Art. 328-359 ZGB.

a) Eheliches Kindesverhältnis, Art. 252-301 ZGB

Unter dem Titel „das eheliche Kindesverhältnis" erfuhren in den Art. 252-301 ZGB verschiedene Institute ihre Regelung: die *eheliche Abstammung*[1572], die *Ehelicherklärung (Legitimation)*[1573], die *Kindesannahme (Adoption)*[1574], die *Gemeinschaft der Eltern und Kinder*[1575], die *elterliche Gewalt* und die *elterlichen Vermögensrechte*[1576]. Im *ehelichen Kindesverhältnis* insgesamt widerspiegelte sich für Egger der *Gemeinschaftsgedanke* besonders deutlich – so hielt er bereits in der Erstauflage fest:

> „Staat und Gesellschaft sind nach ihrer rechtlichen Struktur heute nicht mehr auf der Familie aufgebaut[1577], sondern sie suchen ihre Grundlage schon im Individuum. Trotzdem kommt dem Eltern- und Kindesverhältnis auch heute eine schlechthin fundamentale Bedeutung zu. Nächst der ehelichen Gemeinschaft bildet jenes die *engste und stärkste Gemeinschaftsform des menschlichen Gemeinlebens*. Von dem dort ausgebildeten, dort gehegten und betätigten *Gemeinschaftssinn* lebt zu einem größten Teil auch die *Gesellschaftsordnung*. […]"[1578]

Und auch in der Zweitauflage bemerkte Egger:

> „Die Ehe erweitert sich durch das Kind zur Familie. […] Wohl bildet die Familie die *Grundlage aller weitern Gemeinschaftsbildung*; sie ist der *Born der Gemeinschaftskräfte*,

---

[1570] Unter der Marginalie *„Verwandtschaft"* bestimmten die Art. 20 f. ZGB: *Art. 20 ZGB* (Marginalie: „1. *Blutsverwandtschaft*"): „(1) Der Grad der Blutsverwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten. (2) In gerader Linie sind zwei Personen miteinander verwandt, wenn die eine von der andern abstammt, und in der Seitenlinie, wenn sie von einer dritten Person abstammen und unter sich nicht in gerader Linie verwandt sind." *Art. 21 ZGB* (Marginalie: „2. *Schwägerschaft*"): „(1) Wer mit einer Person blutsverwandt ist, ist mit deren Ehegatten in der gleichen Linie und in dem gleichen Grade verschwägert. (2) Die Schwägerschaft wird durch die Auflösung der Ehe, die sie begründet hat, nicht aufgehoben." Materiell stimmten die Art. 21 f. E-ZGB und Art. 16 f. VE-ZGB mit Art. 20 f. ZGB überein.

[1571] Vgl. nur EGGER I, Vorbem. 2b VerwR.

[1572] Dazu Kapitel 1.

[1573] Dazu Kapitel 2.

[1574] Dazu Kapitel 3.

[1575] Dazu Kapitel 4.

[1576] Aufgrund ihres engen Zusammenhangs werden die *elterliche Gewalt* und die *elterlichen Vermögensrechte* in Kapitel 5 gemeinsam besprochen.

[1577] Vgl. diesen Gedanken bei Fn. 2316.

[1578] EGGER I, Vorbem. 1 eKiVh.

auf welche *alles menschliche Zusammenleben angewiesen* ist, in ihr vollzieht sich die Generationenfolge, sie bedeutet die *Urzelle der Volksgemeinschaft*[1579]. […]"[1580]

Egger begriff das eheliche Kindesverhältnis also als die „engste und stärkste Gemeinschaftsform" menschlichen Zusammenlebens nebst der Ehe. Dabei mass er dieser Gemeinschaft nicht nur für die daran Beteiligten – deren gesamtes *(Familien-)Leben* sich fortan innerhalb dieser Gemeinschaft abspielte – eine überragende Bedeutung zu. Vielmehr wies Egger auch auf die *gesellschaftliche Dimension* dieses Gemeinschaftsverhältnisses hin: Der in der Familie gelebte „Gemeinschaftssinn" bildete s.E. die Basis „aller weitern Gemeinschaftsbildung" – bis hin zur Gesellschaft.[1581]
Diese „besondere Bedeutung" des ehelichen Kindesverhältnisses war nach Eggers Ansicht „für den Gesetzgeber Wegleiter bei der Regelung sowohl der *Begründung* […] als der *Wirkungen*" desselben gewesen.[1582] So bemerkte Egger bezüglich der *Begründung* des Verhältnisses, „wie das Eherecht vom favor matrimonii[1583] getragen ist, so ist auch die Regelung des Eltern- und Kindesverhältnisses von der Tendenz erfüllt, die Legitimität [sc. d.h. die Ehelichkeit des Kindes] zu erleichtern und zu fördern".[1584] Bei dieser Aussage hatte Egger, wie noch zu zeigen ist, die Bestimmungen zur ehelichen Abstammung, zur Ehelicherklärung sowie zur Adoption im Blick.[1585] Sodann zielten nach Eggers Ansicht die *Wirkungen* des ehelichen Kindesverhältnisses auf die „Förderung und Stärkung dieser Gemeinschaft" ab.[1586] Dies dadurch, dass das Kindesverhältnis „zunächst überhaupt als ein Gemeinschaftsverhältnis rechtlich anerkannt und ausgestaltet" war; ferner dadurch, dass das ZGB – wie beim Eheschutz – Möglichkeiten staatlichen Einschreitens statuierte.[1587] Und letztlich insbesondere dadurch, dass „die Regelung der persönlichen und der vermögensrechtlichen Wirkungen […] unter dem Gesichtspunkt der *elterlichen* Autorität [erfolgt]: Elterliche Gewalt und elterliche Vermögensrechte".[1588] In diesem Zusammenhang betonte Egger:

„[…] Aber diese Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit[1589] kann sie [sc. die Familie] nur erfüllen, wenn sie ihr *Eigenleben* zu leben vermag und ihren Gliedern vergönnt ist,

---

[1579] Egger (vgl. etwa EGGER II, Rn. 21 Allg. Einl. PersR-Komm.) und auch Huber (vgl. nur Text zu Fn. 450) verwendeten diesen Begriff i.S.v. *Gesellschaft* – und nicht etwa im rassenideologischen Sinn (vgl. dazu Text zu Fn. 797).
[1580] EGGER II, Rn. 1 Vorbem. VerwR; vgl. sodann insbesondere den Text zu Fn. 632 sowie Eggers Aussage in EGGER II, Rn. 1 zu Art. 271, dass „die leibliche und geistige Verbundenheit der Eltern und Kinder […] auch ein Urphänomen aller menschlichen Ordnung [ist]".
[1581] Vgl. bei Fn. 1578, 1580.
[1582] EGGER I, Vorbem. 1 eKiVh; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 Vorbem. VerwR.
[1583] Vgl. dazu Kapitel I.b.2.2.
[1584] EGGER I, Vorbem. 2 eKiVh; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 Vorbem. VerwR, Rn. 2, 5 zu Art. 252, Rn. 1 zu Art. 254, Rn. 1 zu Art. 258, Rn. 3 zu Art. 264.
[1585] Wie Fn. 1584. Für die erwähnten Institute vgl. bei Fn. 1572, 1573, 1574.
[1586] EGGER I, Vorbem. 3 eKiVh; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 ff. Vorbem. VerwR.
[1587] Wie Fn. 1586.
[1588] Wie Fn. 1586.
[1589] Vgl. zu diesen Aufgaben den Text zu Fn. 1578.

> den persönlichen Gehalt der familiären Beziehungen auszuschöpfen […]. Zu dieser *personalistischen Auffassung* bekennt sich das ZGB auch im Eltern- und Kindesrecht: es betont die *Selbständigkeit der Eltern*, Art. 279 Abs. 2; es erweitert die *Rechte der Mutter* – und stellt damit ihre Kräfte um so voller in den *Dienst der Gemeinschaft* […]; es baut das *Recht des Kindes* aus, Art. 275/6, 280, 283/5, 294/6. – Wie im Ehe-, so kommt auch im Eltern- und Kindesverhältnis dem Personenrecht die überragende Bedeutung zu, und das Familien-Vermögensrecht steht in seinem Dienst […]. – Wie dort so ist auch hier das subjektive Recht mit der Pflicht untrennbar verbunden […], wobei auch das Kind in den Pflichtnexus einbezogen wird, Art. 271, 272 Abs. 2, 275. […]"[1590]

In dieser aus der Zweitauflage stammenden Aussage hob Egger die Bedeutung der „personalistischen Auffassung" des ZGB – des *Persönlichkeitsgedankens*, welcher sich für Egger vorliegend im Prinzip der elterlichen Autonomie[1591] sowie in der im Vergleich zum bisherigen Recht verbesserten Stellung sowohl der Mutter als auch des Kindes manifestierte – für die „Förderung und Stärkung"[1592] der *Gemeinschaft* hervor. Zwar hatte Egger ähnlich auch schon in der Erstauflage bemerkt, es sei

> „nicht zu verkennen, daß der *Rechtsstellung des Vaters* im Vergleich zum bisherigen Recht nicht unerheblich Abbruch getan worden ist. Drei für die Wandlungen der Anschauungen charakteristische Vorstellungskreise wirkten in dieser Richtung: Die *Persönlichkeit des Kindes* und der *Schutz derselben*, die *Persönlichkeit der Ehefrau und Mutter* und das Bedürfnis, ihr, wie im Eherecht, so auch im Elternrecht, eine *gefestigtere Stellung* einzuräumen, endlich der *Staat und das Interesse der Gesellschaft* an der Auferziehung ihrer jungen Glieder."[1593]

Doch ist in Eggers besonderer Hervorhebung der „personalistischen Auffassung" in der Zweitauflage durchaus (auch) eine versteckte Ablehnung des nationalsozialistischen Familienverständnisses[1594] zu sehen. Wie Egger seine allgemeinen Vorstellungen zum ehelichen Kindesverhältnis *konkretisierte*, ist nachfolgend anhand der einzelnen Institute zu klären.

1. Eheliche Abstammung, Art. 252-257 ZGB

1.1 Ehelichkeitsvermutung, Art. 252 ZGB

Art. 252 Abs. 1 ZGB[1595] statuierte folgende Vermutung[1596]: „Ist ein Kind während der Ehe oder innerhalb einer Frist von dreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe

---

[1590] EGGER II, Rn. 1 Vorbem. VerwR.
[1591] Vgl. dazu Kapitel 5.1.1.2.1.
[1592] Vgl bei Fn. 1586.
[1593] EGGER I, Vorbem. 3 eKiVh.
[1594] Vgl. dazu Fn. 799.
[1595] Fast identisch mit Art. 252 ZGB insgesamt waren Art. 262 E-ZGB und Art. 277 VE-ZGB.
[1596] Egger erblickte in Art. 252 Abs. 1 ZGB „genauer besehen" *drei* Vermutungen: die Vermutung des erfolgten *ehelichen Geschlechtsverkehrs*, jene der *ehelichen Treue der Ehefrau*, sowie – damit die Ehelichkeitsvermutung nicht durch den Gegenbeweis gegen die Vermutungen des ehelichen Geschlechtsverkehrs bzw. der Treue der Ehefrau umgestossen werden konnte – die Vermutung der *Kausalität* zwischen dem (vermuteten) ehelichen Geschlechtsverkehr und der Befruchtung; vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 252; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 252.

geboren, so gilt es für ehelich." Umgekehrt „[wurde] bei späterer Geburt die Ehelichkeit nicht vermutet", Art. 252 Abs. 2 ZGB, – das Kind galt[1597] diesfalls m.a.W. als ein *ausserehelichesi*[1598].

1.1.1 Gemeinschaftsgedanke

Die in Art. 252 Abs. 1 ZGB statuierte Ehelichkeitsvermutung bildet ein Beispiel für Eggers bereits erwähnte Feststellung, dass das ZGB bestrebt sei, „die Legitimität zu erleichtern und zu fördern".[1599] Egger begründete die Ehelichkeitsvermutung – und ihre damit verbundenen Wirkungen[1600] – mit der Überlegung, es „widerspräche der tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung und der Würde der *Ehe*", wenn das Gesetz einen „*Beweis* der Abstammung vom Ehemann" verlangt hätte.[1601] Daraus erhellt, dass Egger die Ehelichkeitsvermutung als direkte Auswirkung der *ehelichen Gemeinschaft* betrachtete. Diese Ansicht entsprach auch derjenigen von Huber, welcher bemerkt hatte:

> „Das engste Band wird durch das direkte Abstammungsverhältnis in legitimer Ehe hergestellt. Die *Bande des Blutes in rein natürlicher Hinsicht* werden hier von der Rechtsordnung in vollstem Umfange *anerkannt*. Das Interesse des von Natur gegebenen individuellen Bewusstseins stimmt hier mit den gesellschaftlichen Interessen und mit den Grundlagen der staatlichen Ordnung zusammen."[1602]

Wie diese Aussage zeigt, hatte sich die Ehelichkeitsvermutung für Huber nicht nur aus natürlich-sittlichen Überlegungen aufgedrängt, sondern sie hatte s.E. auch mit „gesellschaftlichen Interessen" bzw. den „Grundlagen der staatlichen Ordnung" im Einklang gestanden. Was Huber damit genau meinte, hatte er zwar nicht gesagt. Seine Bemerkung lässt sich indes mit Eggers Vorstellung verbinden, wonach „der Staat denn auch kein Interesse [hat]", zeitlich *vor* der Eheschliessung *gezeugten* Kindern, die aber *während* der Dauer der Ehe *geboren* werden, „die Ehelichkeit abzusprechen".[1603] Wenngleich auch Egger diesen Gedanken nicht näher ausführte, liegt nahe, dass Eggers Überlegung dahin ging, dass sich der Staat dank der Ehelichkeitsvermutung nicht um die Herstellung des Kindesverhältnisses zwischen Vater und Kind zu kümmern brauchte. Dies war gerade mit Blick auf die öffentliche Fürsorge von entscheidender Bedeutung, führte die Ehelichkeit eines Kindes doch zu einer Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Letzteren, Art. 160 Abs. 2 ZGB, was die

---

[1597] Nach Eggers Ansicht hatte die in Abs. 1 fixierte Frist von 300 Tagen „keinen absoluten Charakter", weshalb s.E. der Gegenbeweis, dass die *Empfängnis* noch während der Ehe erfolgt sei, zulässig sein musste; EGGER I, Anm. 3b zu Art. 252; ebenso EGGER II, Rn. 5 zu Art. 252.

[1598] Zum *ausserehelichen Kindesverhältnis* vgl. Kapitel b.

[1599] Vgl. bei Fn. 1584.

[1600] Zu diesen Wirkungen vgl. Kapitel 4 und 5.

[1601] EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 252 ff., vgl. auch Vorbem. 2b VerwR, Anm. 2c zu Art. 252; EGGER II, Rn. 2, 6 zu Art. 252.

[1602] Erl. Bd. I, S. 237 (= BeK II, Rn. 581), vgl. auch S. 253 (= BeK II, Rn. 614); Botsch.-ZGB, S. 34 (= BeK III, Rn. 11318).

[1603] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 252; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 252, Rn. 1 zu Art. 254.

Allgemeinheit vor finanziellen Belastungen verschonte.

1.1.2 Persönlichkeitsgedanke

Egger machte deutlich, dass die Ehelichkeitsvermutung s.E. nicht nur dem Gemeinschaftsgedanken, sondern auch dem Persönlichkeitsgedanken – den *Interessen des Kindes* – entsprach:

> „Die Ehelichkeit verleiht dem *Kinde* (aber auch den Eltern) eine *familienrechtliche Stellung*, die der unehelichen Kindschaft grundsätzlich versagt bleibt – die Wirkungen der ehelichen und der unehelichen Kindschaft im Familienrecht, Art. 270/317, und im Erbrecht, Art. 457/461, gehen weit auseinander. Deshalb liegt es im *Interesse des Einzelnen* […], die Ehelichkeit rechtlich zu begünstigen. Das geschieht auf zweifache Weise. Einerseits zieht der Gesetzgeber den Kreis der Kinder, welche der ehelichen Stellung teilhaftig sein sollen, möglichst weit: eheliche Abstammung (252), Ehelicherklärung durch nachfolgende Eheschließung (258) oder durch den Richter (260), Begründung eines ehelichen Kindesverhältnisses durch Kindesannahme (264). Anderseits wird diese Stellung so gefestigt, daß sie nur schwer erschüttert werden kann, die Anfechtung wird persönlich, sachlich, zeitlich eng begrenzt (253/7, 262/3).“[1604]

In dieser Aussage hob Egger die Interessen des Kindes an der *ehelichen* Stellung hervor, welche im Vergleich zu jener eines *ausserehelichen* Kindes eine deutlich *bessere*[1605] war. Auch Hubers Aussagen belegen, dass es ebendiesem – aus den gleichen Überlegungen, die Egger anführte – ein Anliegen gewesen war, einem Kind, wo möglich, die eheliche Stellung zu verschaffen.[1606]

1.2 Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung, Art. 253 ZGB

1.2.1 Persönlichkeitsgedanke

Art. 253 Abs. 1 ZGB[1607] gewährte dem *Ehemann*[1608] die Möglichkeit, die Ehelichkeit des Kindes „binnen drei Monaten, nachdem er von der Geburt Kenntnis erhalten [hatte]“, mittels gerichtlicher Klage „gegen das Kind und die Mutter“, Art. 253 Abs. 2 ZGB, anzufechten – mit der Folge der *rückwirkenden Beseitigung der*

[1604] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 252, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 254; EGGER I, Anm. 4b zu Art. 260.

[1605] Vgl. dazu Kapitel b.

[1606] Vgl. dazu Kapitel 2, 3.

[1607] Mit Art. 253 ZGB insgesamt fast wörtlich identisch war Art. 263 E-ZGB. Art. 278 VE-ZGB wich insofern ab, als sich gemäss dessen Abs. 1 die Kenntnis nicht nur auf die Geburt selbst, sondern auch auf den „Grad der Reife des Kindes zurzeit der Geburt“ beziehen musste.

[1608] Falls „der Ehemann vor Ablauf der Anfechtungsfrist *gestorben* oder *urteilsunfähig* geworden [war], oder er *unbekannten Aufenthaltes* [war], oder es aus anderem Grunde *nicht möglich* [war], ihm die *Geburt mitzuteilen*“, konnte gemäss Art. 256 Abs. 1 ZGB auch „*jedermann*, der neben oder hinter dem Kinde *erbberechtigt* [war], binnen drei Monaten, nachdem er von der Geburt Kenntnis erhalten [hatte]“, die Anfechtungsklage erheben. Vgl. auch Art. 266 E-ZGB und Art. 281 VE-ZGB. Zum *Anfechtungsrecht des Kindes*: verneinend EGGER I, Anm. 1b zu Art. 253; mit Rücksicht auf die Kindesinteressen nunmehr bejahend EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 253.

Ehelichkeitsvermutung[1609].[1610] Dass Egger dieses Anfechtungsklagerecht mit den Interessen des Ehemannes – und damit dem Persönlichkeitsgedanken – begründete, zeigt Eggers Vorstellung, dass dem Ehemann dieses Recht „höchstpersönli[ch]" i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB zustehe.[1611] Dahinter stand offenbar die Überlegung, dass einem Ehemann, der *nicht* der Vater eines in die Ehe hineingeborenen Kindes war, die Möglichkeit zustehen müsse, sich dem Kindesverhältnis zu entledigen.[1612] Eine Verwirkung des Anfechtungsklagerechts trat gemäss Art. 257 Abs. 1 ZGB[1613] nicht nur durch einen unbenutzten Fristablauf ein, sondern auch dann, wenn „der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt[1614] [hatte]".[1615] Diese Anerkennung qualifizierte Egger als „höchstpersönliche[n] Akt" des Ehemannes.[1616] Dies zeigt, dass Egger auch die Verwirkung infolge Anerkennung mit dem Persönlichkeitsgedanken legitimierte.

1.2.2 Gemeinschaftsgedanke

Gemäss Art. 256 Abs. 2 ZGB[1617] stand das Anfechtungsklagerecht stets und nach Eggers Ansicht unbefristet[1618] auch der „zuständige[n] Behörde des Heimatkantons" des Ehemannes zu, falls die Zeugung des Kindes vor der Eheschliessung erfolgt war (diese Voraussetzung ist auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zurückzuführen[1619])

[1609] Die Ehelichkeitsvermutung war aus Wahrscheinlichkeitsüberlegungen von *unterschiedlicher Kraft*: Trat die Geburt des Kindes *mindestens* 180 Tage *nach* der Eheschliessung ein, so hatte der Ehemann nachzuweisen, „dass er *unmöglich der Vater*" sein konnte, Art. 254 ZGB (fast identisch Art. 264 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 279 VE-ZGB); trat die Geburt hingegen *vor* dem 180. Tage seit der Eheschliessung ein „oder waren die Ehegatten zur Zeit der Empfängnis durch gerichtliches Urteil getrennt, so [hatte] der Ehemann seine Anfechtung *nicht weiter zu begründen*", Art. 255 Abs. 1 ZGB (statt auf die 180 Tage stellten Art. 265 Abs. 1 E-ZGB und Art. 280 Abs. 1 VE-ZGB auf den *Reifegrad* des Kindes ab). Wurde daraufhin allerdings „glaubhaft gemacht, dass der Ehemann um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt habe", Art. 255 Abs. 2 ZGB (materiell übereinstimmend Art. 265 Abs. 2 E-ZGB und Art. 279 VE-ZGB), griff Art. 254 ZGB. Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 2c zu Art. 252, Anm. 1a zu Art. 254, Anm. 2 zu Art. 255; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 252, Rn. 1 zu Art. 254, Rn. 1 f. zu Art. 255; Erl. Bd. I, S. 253 f. (= BeK II, Rn. 614, 616 f.); Botsch.-ZGB, S. 34 f. (= BeK III, Rn. 11318); StenBull NR 1905, S. 732.

[1610] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 252; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 253. Zur „anderweitige[n] Bestreitung der Ehelichkeit" sowie der Feststellung derselben ausserhalb eines Anfechtungsprozesses s. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 253; vgl. auch EGGER II, Rn. 8 zu Art. 252.

[1611] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 253, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 19; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 253, Rn. 10 zu Art. 19, Rn. 18 zu Art. 407.

[1612] Vgl. implizit EGGER I, Anm. 1b zu Art. 253; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 253.

[1613] Mit Art. 257 ZGB insgesamt stimmten Art. 267 E-ZGB und Art. 282 VE-ZGB materiell überein.

[1614] Nicht zu verwechseln ist diese Anerkennung der *Ehelichkeit* mit der Anerkennung des *Kindes* i.S.v. Art. 303 ff. ZGB (dazu Kapitel b.1).

[1615] Im Falle der Anerkennung der Ehelichkeit bzw. bei unbenutztem Ablauf der Anfechtungsfrist konnte gemäss Art. 257 Abs. 1 ZGB „eine Anfechtung nur noch erfolgen, wenn dargetan [wurde], dass der Klageberechtigte arglistig zur Anerkennung oder zur Unterlassung der Anfechtung bewogen worden [war]". Nach Art. 257 Abs. 3 ZGB wurde zudem stets „nach Ablauf der drei Monate eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt [wurde]", Art. 257 Abs. 3 ZGB.

[1616] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 253, vgl. auch schon Anm. 2c zu Art. 253; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 253.

[1617] Eine solche Regelung enthielten weder der E-ZGB noch der VE-ZGB.

[1618] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 256; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 256.

[1619] Vgl. dazu schon Fn. 1609; vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 256; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 256.

und der Ehemann nachweislich „unmöglich der Vater des Kindes sein [konnte]". In diesem Anfechtungsklagerecht erblickte Egger in der *Erstauflage*[1620] implizit den *Gemeinschaftsgedanken*: Das behördliche Anfechtungsrecht zielte s.E. darauf ab, „die Interessen der Heimatgemeinde zu wahren, wie die Anfechtung der Legitimation nach Art. 262".[1621] Besagter Art. 262 ZGB[1622] regelte die Anfechtung der *Ehelicherklärung*[1623] und sah dabei ebenfalls ein Anfechtungsrecht der Behörde des Heimatkantons des (nunmehrigen, zumindest rechtlichen) Kindsvaters vor. Dieses Anfechtungsrecht begründete Egger – wie eben jenes nach Art. 256 Abs. 2 ZGB – mit Interessen der Armenpflege; der Heimatkanton des (rechtlichen) Vaters solle bei Mittellosigkeit des Letzteren bzw. seiner Familie nicht für „in Wirklichkeit illegitim[e] Sprößlinge" aufkommen müssen.[1624]

2. Ehelicherklärung (Legitimation), Art. 258-263 ZGB

In bestimmten Konstellationen konnte ein *ausserehelich*[1625] geborenes Kind zu einem *ehelichen* Kind werden – stets[1626] mit der Wirkung, dass sowohl das Kind selbst als auch „seine ehelichen Nachkommen im Verhältnis zu Vater und Mutter und deren Verwandtschaft ehelichen Verwandten gleichgestellt[1627] [wurden]", Art. 263 Abs. 1 ZGB[1628]: *Von Gesetzes* wegen trat Ehelichkeit ein, wenn sich die Eltern des ausserehelichen Kindes heirateten, Art. 258 ZGB[1629].[1630] Auf *richterliche Erklärung* hin wurde das aussereheliche Kind zu einem ehelichen, wenn sich dessen Eltern „die Ehe versprochen [hatten] und die Trauung durch den Tod oder den Eintritt der Eheunfähigkeit des einen Verlobten unmöglich geworden [war]" sowie ein entsprechendes „Begehren des anderen Verlobten[1631] oder des Kindes[1632]" vorlag, Art. 260 Abs. 1 ZGB[1633].

[1620] In der *Zweitauflage* wies Egger indes darauf hin, dass bei einer Anfechtung der Ehelichkeit das Kind das Bürgerrecht des Ehemannes – welches Anknüpfungspunkt für die Armenpflege bildete – nicht verliere, zumal es, vgl. Art. 324 Abs. 1 ZGB, das Bürgerrecht der Mutter erhielt, welches aber seinerseits dasjenige des Ehemannes war. Insofern verfing der Zweck des behördlichen Anfechtungsrechts i.S.v. Art. 256 Abs. 2 ZGB nach Eggers Ansicht letztlich nicht; vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 256.

[1621] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 256; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 256.

[1622] Art. 272 E-ZGB und Art. 286 VE-ZGB sahen ein *Einspracherecht* u.a. für die *Heimatgemeinde* vor; vgl. im Übrigen Fn. 1639.

[1623] Vgl. dazu Kapitel 2; zur behördlichen Anfechtung der Legitimation insbesondere s. bei Fn. 1643.

[1624] Vgl. dazu bei Fn. 1643.

[1625] Zum *ausserehelichen Kindesverhältnis* vgl. Kapitel b.

[1626] Vgl. EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 258 ff., Anm. 1a zu Art. 263; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 258, Rn. 1 zu Art. 263.

[1627] Vgl. daher konkret Kapitel 4 und 5.

[1628] Materiell übereinstimmend Art. 273 Abs. 1 E-ZGB und Art. 287 Abs. 1 VE-ZGB.

[1629] Materiell übereinstimmend Art. 268 E-ZGB und Art. 283 VE-ZGB.

[1630] Für die Pflicht der Eltern zur *Anmeldung* von gemeinsamen ausserehelichen Kindern vgl. Art. 259 ZGB. Identisch Art. 269 E-ZGB und Art. 284 VE-ZGB.

[1631] Bei *Mündigkeit des Kindes* war hier dessen Zustimmung notwendig, Art. 260 Abs. 2 ZGB. Wörtlich fast identisch Art. 270 Abs. 2 E-ZGB und Art. 285 Abs. 2 VE-ZGB.

[1632] Bzw. von dessen Nachkommen, vgl. Art. 260 Abs. 3 ZGB (was im E-ZGB, VE-ZGB nicht vorgesehen war).

[1633] Materiell übereinstimmend Art. 270 Abs. 1 E-ZGB und Art. 285 Abs. 1 VE-ZGB.

Beide Möglichkeiten der Ehelicherklärung, der sog. *Legitimation*, führten also, wie Huber (zu Egger s.u.) prägnant konstatiert hatte, zur „Anerkennung einer Rechtskraft des natürlichen Verhältnisses ohne das Moment der ehelichen Verbindung".[1634] Dass nach Hubers Ansicht eine richterliche Ehelicherklärung ohne nachfolgende Ehe möglich sein musste, sofern sich die Eltern die Heirat versprochen hatten, der eine Elternteil aber inzwischen verstorben bzw. eheunfähig geworden war, hatte sich s.E. aus Billigkeitsgründen aufgedrängt.[1635]

2.1 Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedanke

Vor dem Hintergrund des Gesagten wird deutlich, dass auch die Ehelicherklärung ein Beispiel bildete für die von Egger festgestellte Tendenz des ZGB, „die Legitimität zu erleichtern und zu fördern".[1636] Wie bei der Ehelichkeitsvermutung, erblickte Egger in der Möglichkeit der Ehelicherklärung einerseits den *Gemeinschaftsgedanken*, andererseits den *Persönlichkeitsgedanken* – insbesondere die Interessen des Kindes an seiner Legitimität sowie die Interessen des das Begehren um Ehelicherklärung stellenden Verlobten.[1637] Es sei hier analog auf das bei der Ehelichkeitsvermutung Gesagte verwiesen.[1638]

2.2 Anfechtung der Ehelicherklärung, Art. 262 ZGB: Persönlichkeits- und Gemeinschaftsgedanke

Gemäss Art. 262 Abs. 1 ZGB[1639] konnte die Ehelicherklärung mittels gerichtlicher Klage[1640] „von den erbberechtigten Verwandten der Eltern sowie von der zuständigen Behörde des Heimatkantons des Vaters binnen drei Monaten, nachdem sie ihnen bekannt geworden [war], mit dem Nachweise angefochten werden, dass das Kind nicht von den angeblichen Eltern [abstammte]".[1641] Das Anfechtungsrecht der erbberechtigten Verwandten der Eltern begründete Egger mit dem Schutz von deren *erbrechtlichen Interessen* – also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.[1642] Das behördliche

---

[1634] Erl. Bd. I, S. 237 f. (= BeK II, Rn. 582), vgl. auch S. 238 (= BeK II, Rn. 584); StenBull NR 1905, S. 734 f.

[1635] Vgl. zum Ganzen: Erl. Bd. I, S. 238 f., 255 (= BeK II, Rn. 584 ff., 618 ff.); Botsch.-ZGB, S. 35 (= BeK III, Rn. 11319); StenBull NR 1905, S. 734.

[1636] Vgl. bei Fn. 1584.

[1637] Vgl. EGGER I, Anm. 4a, 4b zu Art. 260; EGGER II, Rn. 4 f. zu Art. 260. Im Übrigen bemerkte Egger a.a.O., das Recht, die Ehelicherklärung zu verlangen, stelle einen *höchstpersönlichen Anspruch* i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB dar; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19.

[1638] Vgl. Kapitel 1.1 und insbes. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 258, Anm. 1, 3 zu Art. 260; EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 258, Rn. 1, 3 zu Art. 260.

[1639] In diesem Sinne auch Art. 272 E-ZGB und Art. 286 VE-ZGB, die ein *Einspracherecht* vorsahen. Die Frist betrug im VE-ZGB *einen Monat*. Beachte schon Fn. 1622.

[1640] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 4, 5, 6 zu Art. 262; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 262.

[1641] In Analogie zu Art. 257 ZGB gestand Egger bei der richterlichen Ehelicherklärung auch dem *Ehemann*, der sich bei der Stellung des Begehrens um Ehelicherklärung in einem Willensmangel befunden hatte, sowie dem *Kind* und auch dem *ausserehelichen Vater*, der sein Kind anerkannt hatte, ein Anfechtungsrecht zu; vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 262; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 262.

[1642] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 262; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 262.

Anfechtungsrecht legitimierte er dagegen, wie schon bei der Anfechtung der Ehelichkeit[1643] erwähnt, mit dem *Gemeinschaftsgedanken* – insbesondere mit dem *„Interesse der (heimatlichen) Armenpflege"*; das Anfechtungsrecht solle „Schutz vor dem Eindringen in Wirklichkeit illegitimer Sprößlinge" bieten.[1644]

3. Kindesannahme (Adoption), Art. 264-269 ZGB

Unter gewissen Voraussetzungen gestattete das ZGB bestimmten Personen die Kindesannahme, die sog. *Adoption*, welche – im Verhältnis zwischen der (bzw. den) annehmenden Person(en) sowie der angenommenen Person – ein eheliches Eltern- und Kindesverhältnis begründete.[1645] Auch dieses Institut bildete für Egger daher zunächst Ausdruck des Bestrebens des ZGB, „die Legitimität zu erleichtern und zu fördern".[1646] Insofern erblickte Egger darin den *Gemeinschaftsgedanken*[1647].
Unter Zitierung Johann Caspar Bluntschlis[1648] führte Egger in beiden Kommentarauflagen aber auch den *Persönlichkeitsgedanken* an: Nach Bluntschlis Auffassung sollte *kinderlosen Personen*, die sich

> „*völlig unglücklich fühlen*, wenn sie nicht die Liebe und Sorge eines Vaters oder einer Mutter betätigen und die Freuden der Eltern an dem Wachstum und an der Wohlfahrt eines Kindes genießen können",

die Herstellung eines Kindesverhältnisses ermöglicht werden.[1649] Bluntschli – und damit Egger – erblickten in der Adoption also eine Möglichkeit für die *annehmende Person* zur *Persönlichkeitsentfaltung*. In diese Richtung hatte auch Huber argumentiert, welcher bei der Adoption von einer „Nachbildung des ehelichen Verhältnisses ohne die natürliche Grundlage" ausgegangen war:[1650]

> „Das Institut [sc. der Adoption] ist weitern Kreisen unseres Volkes zurzeit fremd. Nur fünf Kantone kennen es im geltenden Recht […]. Dennoch darf es in einem schweizerischen Zivilgesetzbuch nicht fehlen. Seine Aufnahme in die Rechtsordnung verletzt keine Interessen. Bedienen mag sich desselben, wer es mit seinen familienrechtlichen Anschauungen für verträglich erachtet. Es gehört zur *Freiheit der Rechtsordnung*, dass sie Hilfen nicht versagt, die annehmbar sind, wäre auch vorauszusehen, dass verhältnismässig nur selten im Rechtsleben davon Gebrauch gemacht würde."[1651]

In der Zweitauflage wies Egger zudem auf die „allgemein-menschliche Aufgabe", den *„fürsorgerischen Gedanken"*, der Adoption (und damit wiederum auf den

---

[1643] Vgl. bei Fn. 1621.
[1644] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 262, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 261; EGGER II, Rn. 2, 6 zu Art. 262.
[1645] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 268; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 268; Kapitel 3.2.
[1646] Vgl. bei Fn. 1584.
[1647] Vgl. Kapitel 1.1.1.
[1648] *Johann Caspar Bluntschli (1808-1881)* verfasste das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGZ), welches gestaffelt von 1854-1856 in Kraft gesetzt wurde. Zur Adoption vgl. die §§ 235 ff. PGZ.
[1649] Zit. nach EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 264 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 264.
[1650] Erl. Bd. I, S. 237 (= BeK II, Rn. 582); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 738.
[1651] Erl. Bd. I, S. 238 (= BeK II, Rn. 583); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 737 f.

Persönlichkeitsgedanken) hin, nämlich

> „Kindern, die der elterlichen Pflege und Erziehung entbehren, ein Elternhaus zu verschaffen und auf diese Weise mannigfachen Gefahren, die ihre Entwicklung bedrohen, zu begegnen".[1652]

Dass Egger diese *Interessen des Kindes* in der Erstauflage unerwähnt liess, bedeutet indes keineswegs, dass er solche dort negiert hätte. In der Zweitauflage hielt er nämlich explizit fest: „Schon damals [sc. ‚um 1900'] spielte der fürsorgerische Gedanke hinein, doch wirkt er sich erst seither stärker aus" – dieses Bedürfnis habe „sich in der Nachkriegszeit besonders stark geltend gemacht".[1653]

3.1 Voraussetzungen der Adoption

3.1.1 Gemeinschaftsgedanke

3.1.1.1 Altersdifferenz und Mindestalter, Art. 264 ZGB; Ehe, Art. 266 Abs. 2 ZGB

Nach Art. 264 Abs. 1 ZGB[1654] „[war] die Kindesannahme nur solchen Personen gestattet, die wenigstens *vierzig Jahre* alt [waren] und *keine ehelichen Nachkommen* [hatten]", wobei „der Annehmende um wenigstens *achtzehn Jahre älter* sein [musste] als das anzunehmende Kind", Art. 264 Abs. 2 ZGB. Die *gemeinschaftliche* Adoption war ausschliesslich Ehepaaren erlaubt, Art. 266 Abs. 2 ZGB[1655].[1656]
Fast[1657] alle diese Adoptionsvoraussetzungen begründete Egger mit der Überlegung,

> „daß die Adoption die *Nachbildung eines natürlichen Eltern- und Kindesverhältnisses* bedeute und ihm deshalb auch in den einzelnen Bedingungen entsprechen müsse […]".[1658]

Diese Vorstellung findet sich auch schon bei Huber.[1659] Vor diesem Hintergrund fragt sich indes, aus welchem Grund das ZGB das Mindestalter des Annehmenden auf doch immerhin *vierzig* Jahre festsetzte. Mit Blick auf besagten Charakter des Adoptivverhältnisses hielt nämlich schon Egger in der Erstauflage fest, ein Mindestalter „von fünfundzwanzig Jahren […]" hätte ausgereicht.[1660] Egger bemerkte an anderer

---

[1652] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 264, vgl. auch Rn. 13 zu Art. 407.
[1653] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 264.
[1654] Mit dem gesamten Art. 264 ZGB materiell übereinstimmend Art. 274 E-ZGB, Art. 289 VE-ZGB – wobei der VE-ZGB im Unterschied zum E-ZGB und ZGB das Nichtvorhandensein *jeglicher* Nachkommen voraussetzte.
[1655] Materiell übereinstimmend Art. 291 Abs. 2 VE-ZGB und Art. 276 Abs. 2 E-ZGB.
[1656] Diesfalls erlangte das angenommene Kind gegenüber *beiden* Ehegatten die Stellung eines ehelichen Kindes; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 266; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 266.
[1657] Zur Voraussetzung fehlender *ehelicher* Nachkommen s. Kapitel 3.1.2.1.
[1658] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff., Anm. 1, 3 zu Art. 264, Anm. 2 zu Art. 266; vgl. auch EGGER II, Rn. 3, 5, 7, 8 zu Art. 264, Rn. 2 zu Art. 266.
[1659] Erl. Bd. I, S. 237 f. (= BeK II, Rn. 582 f.),
[1660] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 264.

Stelle allerdings, das ZGB erschwere die Adoption mit Blick auf deren „Bedeutung und weitgehenden Wirkung" – was vermuten liesse, dass Egger die vierzig Jahre namentlich mit Überlegungen der geistigen Reife oder der ökonomischen Leistungsfähigkeit des Annehmenden legitimierte.[1661] Das entscheidende Argument für das im ZGB festgesetzte – und wie Egger in der *Erstauflage* klarstellte: zwingende – Mindestalter verortete Egger jedoch darin, dass frühere Rechte vom Gedanken getragen gewesen seien, Adoptionen nur dann zu gestatten, wenn „die Zeugung leiblicher Kinder *unwahrscheinlich* geworden ist".[1662] Dies ergibt sich auch aus der *Zweitauflage*, wo Egger allerdings kritisch bemerkte:

> „Das Bedürfnis nach Kindesannahme kann sich schon in jüngeren Jahren einstellen und eine frühere Annahme ist in der Regel dem Verhältnis nur förderlich. Es sollte deshalb, entgegen den bisherigen Auffassungen, auch im schweiz. R. eine frühere Annahme für zulässig erklärt werden, wenn *eigene Kindschaft nicht zu erwarten ist* (vgl. Art. 103 Abs. 3[1663]) und wohl auch dann, wenn ein Ehegatte das Kind des andern Gatten adoptieren will […]."[1664]

Diesen *Meinungswechsel*[1665] im Vergleich zur Erstauflage begründete Egger zum einen mit § 1745 dBGB, welcher eine Dispensmöglichkeit vom Mindestalter vorsah, und zum andern damit, dass (ausländische) „jüngere Rechte die Altersgrenze viel tiefer [ansetzen]".[1666]

3.1.1.2 Zustimmungserfordernis des Ehegatten, Art. 266 Abs. 1 ZGB

Der Gemeinschaftsgedanke bei den Adoptionsvoraussetzungen äusserte sich für Egger sodann bei Art. 266 Abs. 1 ZGB[1667]. Gemäss dieser Bestimmung „[konnte] eine verheiratete Person ohne die Zustimmung ihres Ehegatten" *nicht* adoptiert werden. Den Grund für diese Regelung verortete Egger „in der Rücksichtnahme auf die *eheliche Gemeinschaft* und den *ehelichen Frieden*".[1668]

[1661] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff.

[1662] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 264; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 264. Huber hatte schlicht bemerkt, die Festsetzung auf vierzig Jahre sei „im Anschluss an das geltende Recht geschehen"; Prot., S. 335 (= BeK III, Rn. 2903).

[1663] Vgl. dazu Kapitel I.b.2.2.2.1.

[1664] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 264.

[1665] Zu einem weiteren *Meinungswechsel*, hier betreffend die gesetzlich geforderte *Altersdifferenz* von 18 Jahren, vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 264, welcher diese Altersdifferenz für zwingend hielt; wohingegen EGGER II, Rn. 8 zu Art. 264, mit Blick auf eine bereits bewilligte Adoption, die nachträglich wegen eines um 18 Tage zu geringen Altersunterschieds widerrufen wurde, klarstellte, ein solcher Widerruf sei „auf keinen Fall […] zu billigen"; „der Gesetzgeber selbst lehrt uns […] einen solchen Verstoß nachzusehen, wenn höhere Interessen die Nachsicht fordern (vgl. die Art. 129-131 [sc. vgl. hierzu Kapitel I.b.2.2])".

[1666] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 264.

[1667] Materiell übereinstimmend Art. 276 Abs. 1 E-ZGB und Art. 291 Abs. 1 VE-ZGB.

[1668] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 266. Da dem Annehmenden gegenüber dem Angenommenen kein Erbrecht zustand (vgl. Fn. 1689), sah Egger die *Vermögensinteressen* des zustimmungsberechtigten Ehegatten (nur) im Rahmen der Unterstützungspflicht des Angenommenen gegenüber dem Annehmenden tangiert, a.a.O. und Kapitel c.1. Vgl. sodann EGGER II, Rn. 1 zu Art. 266.

Gleiches galt für Egger bezüglich der ebenfalls in Art. 266 Abs. 1 ZGB enthaltenen Regelung, wonach eine *verheiratete Person zur Adoption eines Kindes* der Zustimmung ihres Ehegatten bedurfte: Dieses Zustimmungsrecht des Ehegatten des Annehmenden qualifizierte Egger als ein i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB höchstpersönliches Recht, das „in erster Linie *nicht* zum Schutz der Vermögensinteressen des Ehegatten […], sondern mit Rücksicht auf die *persönliche eheliche Gemeinschaft*" existiere.[1669]

3.1.2 Persönlichkeitsgedanke

3.1.2.1 Fehlen ehelicher Nachkommen beim Annehmenden, Art. 264 Abs. 1 ZGB

Art. 264 Abs. 1 ZGB[1670] verlangte, dass auf Seiten der annehmenden Person „keine ehelichen Nachkommen" vorhanden waren. Diese Voraussetzung legitimierte Egger mit „schutzwürdigen Interessen der Familie des Annehmenden".[1671] Auch wenn Egger dies nicht explizit sagte, liegt nahe, dass er damit die erbrechtlichen Interessen bestehender ehelicher Kinder des ausserehelichen Vaters meinte. Darüber hinaus hatte Egger aber offenbar auch die ungeschmälerte Erfüllung der Elternpflichten gegenüber bestehenden ehelichen Nachkommen im Blick.[1672]

3.1.2.2 Zustimmungserfordernisse des Anzunehmenden / seiner Eltern bzw. der Aufsichtsbehörde, Art. 265 ZGB

Für eine Adoption statuierte Art. 265 Abs. 1 ZGB[1673] ein Zustimmungserfordernis der *anzunehmenden, urteilsfähigen Person*. War die anzunehmende Person „unmündig oder entmündigt, so [konnte], auch wenn sie urteilsfähig [war], die Annahme nur mit Zustimmung ihrer *Eltern* oder der *vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde* erfolgen", Art. 265 Abs. 2 ZGB. Selbstredend legitimierte Egger diese Regelungen mit den Interessen „des *Anzunehmenden* und seiner *Familienangehörigen*".[1674]

[1669] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 266; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 266; implizit auch Erl. Bd. I, S. 238 (= BeK II, Rn. 583).

[1670] Materiell übereinstimmend Art. 289 Abs. 1 E-ZGB. Abw. hingegen Art. 289 VE-ZGB, wonach der Annehmende überhaupt keine Nachkommen haben durfte. Huber hatte sich hierzu nicht näher geäussert.

[1671] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 264, vgl. auch Rn. 6 zu Art. 264; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 264.

[1672] Vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 264.

[1673] Mit dem gesamten Art. 265 ZGB materiell weitestgehend übereinstimmend Art. 275 E-ZGB und Art. 290 VE-ZGB (jeweils i.V.m. Text zu Fn. 3179).

[1674] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 265, vgl. auch Anm. 2, 3 zu Art. 265, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff., Anm. 2a zu Art. 407; EGGER II, Rn. 1, 2 zu Art. 265. Vgl. sodann EGGER I, Anm. 3c zu Art. 19; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 19.

3.1.2.3 Formvorschrift und behördliches Zustimmungserfordernis, Art. 267 ZGB

Art. 267 Abs. 1 ZGB[1675] statuierte mit der *öffentlichen Beurkundung* des Adoptionsvertrags[1676] nicht nur eine Formvorschrift für die „Begründung des Adoptivverhältnisses“ [1677], sondern verlangte für Letzteres stets auch eine *behördliche Ermächtigung*[1678].[1679] Beide Erfordernisse legitimierte Egger mit „der Bedeutung und weitgehenden Wirkung“ der Adoption.[1680] Besagte Ermächtigung „[durfte] die Behörde, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden [waren], […] nur dann erteilen, wenn der Annehmende dem Kinde *Fürsorge und Pflege erwiesen* [hatte] oder *andere wichtige Gründe* [vorlagen] und dem Kinde aus der Annahme *kein Nachteil* [entstand]“, Art. 267 Abs. 2 ZGB. Diese Regelung begründete Egger mit dem Misstrauen der „eidgenössischen Rät[e] […] gegen das Institut“ der Adoption, und er bemerkte hierzu:[1681]

> „Die Adoption darf *nicht mißbraucht* werden. Sie ist als ein Abbild des Eltern- und Kindesverhältnisses nur gerechtfertigt, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden bereits ein Verhältnis des Interesses, des Wohlwollens, der Pietät besteht. Deshalb ist erforderlich, daß der Annehmende dem Kinde bereits Fürsorge und Pflege erwiesen hat. Von einer Zeitbemessung sieht das Gesetz mit Fug ab. Ja es kann auch von dem Erfordernis gänzlich abgesehen werden, wenn nur andere wichtige Gründe vorliegen: Das Adoptivkind hat dem Annehmenden das Leben gerettet […], kleine Kinder sind bei einem schweren Unglücksfall um ihre Eltern gekommen, Verwandte und Nachbarn empfinden das Bedürfnis, ihnen Elternstelle zu vertreten und ihre Verhältnisse rechtlich zu ordnen. – In allen diesen Fällen hat die Behörde darauf zu achten, daß dem Kind durch die Annahme kein Nachteil erwachse […].“[1682]

Egger argumentierte hier folglich mit *Schutzinteressen* der anzunehmenden Person. Wenngleich der VE-ZGB (anders als Art. 277 Abs. 3 E-ZGB[1683]) eine Regelung i.S.v. Art. 267 Abs. 2 ZGB nicht enthielt, hatte Huber in knapper Weise immerhin bemerkt, bei der Adoption dürfe insofern „der Gedanke an das natürliche Verhältnis nicht ganz ausser acht bleiben, als die äusseren Bedingungen, wie […] *engere persönliche Verbindung unter den Beteiligten*, dem natürlichen Verhältnis einigermassen nachgebildet

---

[1675] Für die leicht abw. *Entwürfe* vgl. direkt Art. 277 Abs. 1 E-ZGB und Art. 292 Abs. 1 VE-ZGB.

[1676] Diesen Vertrag qualifizierte Egger als „familienrechtliche[n] Vertrag […] auf Begründung eines ehelichen Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen Personen, zwischen denen dieses Verhältnis nicht von Gesetzes wegen besteht“; vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 267, vgl. auch Anm. 1b zu Art. 267; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 267.

[1677] Vgl. EGGER II, vor Rn. 1 zu Art. 267.

[1678] Egger betonte, die *Wirkungen der Adoption* träten nicht schon bei Vertragsschluss ein, sondern erst bei Vorliegen der behördlichen Ermächtigung; vgl. EGGER I, Anm. 1f, 1d zu Art. 267; EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 267.

[1679] Die Adoption war endlich auch ins Geburtsregister einzutragen, Art. 267 Abs. 1 ZGB.

[1680] Vgl. EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff.

[1681] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff.

[1682] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 267; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 267.

[1683] Dieser lautete: „Die Behörde darf die Ermächtigung nur dann verweigern, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen oder die Kindesannahme dem anzunehmenden Kinde offenbar nachteilig wäre.“ Vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 35 (= BeK III, Rn. 11320).

sein, wenigstens einem solchen nicht direkt widersprechen sollen".[1684]

3.2 Wirkungen und Aufhebung der Adoption, Art. 268 f. ZGB

3.2.1 Gemeinschaftsgedanke

Die Adoption führte – (stets nur[1685]) im Verhältnis zwischen der (bzw. den) annehmenden Person(en) und der angenommenen Person – ein eheliches Eltern- und Kindesverhältnis herbei.[1686] Entsprechend hielt Egger in der Erstauflage[1687] fest:

> „Das Adoptivkind erhält gegenüber der adoptierenden Person die *Stellung eines ehelichen Kindes*. Davon gelten *Abweichungen nur*, soweit das *Gesetz selbst solche aufstellt*. Dagegen beschränkt sich das Verhältnis auf die an der Adoption beteiligten Personen und erstreckt sich nicht auf die Familie des Annehmenden, wohl aber auf die Kinder des Angenommenen (Art. 268 Abs. 3[1688], Art. 465[1689])."[1690]

Wie schon gewisse *Voraussetzungen* der Adoption, legitimierte Egger folglich auch die *Wirkungen* derselben mit dem *Gemeinschaftsgedanken*. Zu diesen Wirkungen äusserte sich Art. 268 ZGB[1691] näher, welcher in Abs. 1 bestimmte, dass „das angenommene Kind den Familiennamen des Annehmenden [erhielt] und diesem gegenüber erbberechtigt [wurde], ohne die bisherige Erbberechtigung zu verlieren"; und in Abs. 2, dass „die elterlichen Rechte und Pflichten[1692] auf den Annehmenden [übergingen]". Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger, Art. 268 ZGB sei *nicht abschliessend* abgefasst, sondern führe lediglich „die *wichtigsten Einzelwirkungen*" der Adoption auf – im Sinne eines *Grundsatzes* verwies Egger daher auf die Anwendbarkeit der gesetzlichen Wirkungen des ehelichen Kindesverhältnisses.[1693] Als *abschliessend* verstand Egger hingegen die *Ausnahmen* dieses Grundsatzes.[1694] Diese Ausnahmen betrafen *vermögensrechtliche Aspekte*: Art. 268 Abs. 1 ZGB zeigt, dass die Adoption für die annehmende Person *kein Erbrecht* gegenüber der angenommenen Person begründete

---

[1684] Erl. Bd. I, S. 238 (= BeK II, Rn. 583); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 738, wo Huber bemerkt hatte: „Es darf die Kindesannahme in den Fällen nicht zugelassen werden, wo deutlich erkennbar daraus unter Umständen der Ruin des Kindes herbeigeführt werden könnte. Denken Sie nur an den Fall, wo ein notorischer Wüstling ein Kind annehmen will, wo denn die Behörden eben die Adoption versagen sollen"; beachte sodann StenBull NR 1905, S. 740 f.

[1685] Dies stellte einen Unterschied zur Ehelicherklärung dar, vgl. bei Fn. 1628.

[1686] Vgl. schon bei Fn. 1645 und sogleich Text zu Fn. 1690.

[1687] Implizit ergeben sich die im vorliegenden Kapitel gemachten Ausführungen auch aus der *Zweitauflage*; vgl. EGGER II, Komm. zu Art. 268, wo Egger allerdings weitgehend auf konzeptionelle Ausführungen verzichtete.

[1688] S. Text *nach* Fn. 1696.

[1689] Gemäss Art. 465 Abs. 1 ZGB „[hatten] das angenommene Kind und seine Nachkommen zum Annehmenden das gleiche Erbrecht, wie die ehelichen Nachkommen"; hingegen „[hatten] der Annehmende und seine Blutsverwandten kein Erbrecht gegenüber dem angenommenen Kinde", Art. 465 Abs. 2 ZGB.

[1690] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 264 ff., vgl. auch Komm. zu Art. 268; EGGER II, Komm. zu Art. 268.

[1691] Materiell übereinstimmend Art. 278 E-ZGB und Art. 293 VE-ZGB; beachte allerdings Fn. 1697. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 256 (= BeK II, Rn. 622); StenBull NR 1905, S. 738.

[1692] Zu diesen Rechten und Pflichten vgl. Kapitel 4 und 5.

[1693] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 268; für EGGER II vgl. den Hinweis in Fn. 1687.

[1694] Vgl. den Text zu Fn. 1690.

(wohl aber umgekehrt), sowie dass der Letzteren kein Erbrecht gegenüber den Verwandten bzw. dem Ehegatten der Ersteren zustand. Dazu hielt Egger fest:

> „Nach manchen Richtungen ergeben sich doch für die Beteiligten Abweichungen vom gesetzlichen Eltern- und Kindesrecht. Sie erklären sich teils daraus, daß dem Annehmenden aus der Adoption grundsätzlich *keine Vermögensvorteile* erwachen sollen und sind insoweit ein Schutz gegen spekulative Ausbeutung des Institutes.[1695] Teils erklären sie sich daraus, daß die Adoption das natürliche Eltern- und Kindesverhältnis doch nur *nachbildet* und nicht ein solches zu schaffen vermag. Ferner müssen die Wirkungen ihre Schranken in der Berücksichtigung der *Interessen der beiderseitigen Familien* finden. […]"[1696]

Allerdings „[konnten] über die *elterlichen Vermögensrechte* und das *Erbrecht* vor der Annahme mit öffentlicher Urkunde beliebige Abweichungen von den Bestimmungen über die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes vereinbart werden", Art. 268 Abs. 3 ZGB[1697], – wozu Egger bemerkte:

> „[…] die *Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse* [erheischt] die Einräumung einer *Vertragsfreiheit*, welche die Änderung oder Aufhebung sonst zwingender Gesetzesvorschriften ermöglicht."[1698]

So gesehen legitimierte Egger den Art. 268 Abs. 3 ZGB mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – der Vertragsfreiheit. Implizit mit Blick auf die Situation, dass diese Bestimmung gestattete, ein Erbrecht der annehmenden gegenüber der angenommenen Person mittels Verfügungen von Todes wegen herzustellen, bemerkte Egger aber, dass Erstere „dem Angenommenen regelmäßig näher [steht] als die leiblichen Eltern desselben" und der Angenommene auch „sein Vermögen schon oft mit den Mitteln oder der Hilfe des Adoptierenden erworben [hat]".[1699] Insofern trug Art. 263 Abs. 3 ZGB für Egger gerade auch dem (im Vergleich zu den leiblichen Eltern) engeren Gemeinschaftsverhältnis zwischen der annehmenden und der angenommenen Person – dem *Gemeinschaftsgedanken* – Rechnung.

Mit dem *Gemeinschaftsgedanken* legitimierte Egger sodann seinen folgenden Standpunkt: In der Erstauflage bemerkte er ohne nähere Ausführungen, ein Vertrag, „der den leiblichen Eltern den *Umgang* mit ihrem *Kinde* gänzlich *untersagen* wollte", sei nichtig.[1700] Demgegenüber konstatierte er in der Zweitauflage, der Wunsch der Adoptiveltern, wonach das Adoptivkind sämtliche Kontakte zu seinen leiblichen Eltern abbrechen solle, sei zu respektieren:

[1695] Auf diese Überlegung führte EGGER I, Anm. 2a zu Art. 268, die Regelung i.S.v. Art. 268 Abs. 1 ZGB zurück, wonach der annehmenden Person kein Erbrecht gegenüber der angenommenen Person zustand – vgl. dazu dann aber Text zu Fn. 1699.

[1696] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 268. Für Näheres s. EGGER I, Anm. 2a-2e zu Art. 268; EGGER II, Komm. zu Art. 268.

[1697] Art. 278 Abs. 3 E-ZGB statuierte dafür *Schriftlichkeit*; Art. 293 Abs. 3 VE-ZGB: *keine Formvorschrift*.

[1698] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 268; vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 256 (= BeK II, Rn. 622); StenBull NR 1905, S. 738.

[1699] EGGER I, Anm. 2a i.V.m. Anm. 2c zu Art. 268.

[1700] EGGER I, Anm. 1e zu Art. 267.

„Die Adoption wird *erleichtert oder gar erst ermöglicht*, wenn die natürlichen Eltern auf jeden weitern Verkehr mit dem Kinde verzichten. Eine Gewähr, daß diese Zusage auch respektiert wird, besteht jedoch nur, wenn jene die Annehmenden gar nicht kennen. Oft wird deshalb von ihnen eine allgemeine Zustimmung, ‚blanco', verlangt. Dieses Vorgehen […] muß als zulässig anerkannt werden."[1701]

Eggers Meinungswechsel in der Zweit- im Vergleich zur Erstauflage ist folglich auf Überlegungen der Integrität bzw. der Festigung des *Gemeinschaftsverhältnisses* zwischen der annehmenden und der angenommenen Person zurückzuführen.

3.2.2 Persönlichkeitsgedanke

Gemäss Art. 269 Abs. 1 ZGB[1702] „[konnte] die Kindesannahme mit beidseitiger Zustimmung und unter Beobachtung der bei ihrer Begründung zu befolgenden Vorschriften jederzeit aufgehoben werden". Sodann wurde die Adoption „durch den Richter aufgehoben auf Begehren des angenommenen Kindes, wenn es wichtige Gründe geltend [machte], und auf Begehren des Annehmenden, wenn er gegenüber dem Kinde einen Enterbungsgrund [hatte]", Art. 269 Abs. 2 ZGB.[1703] Nach Art. 269 Abs. 3 ZGB „[beseitigte] die Aufhebung jede künftige Wirkung der Kindesannahme und [war] unwiderruflich".

Die Aufhebungsmöglichkeit i.S.v. Art. 269 Abs. 1 ZGB legitimierte Egger mit der Überlegung, „daß die Adoption auf Grund eines Vertrages zustande kommt und unlösliche vertragliche Gemeinschaftsverhältnisse sich verbieten (Art. 27, 137 ff.)".[1704] Bezüglich der Aufhebungsmöglichkeit i.S.v. Art. 269 Abs. 2 ZGB betonte Egger, nötig seien „schwerwiegende Gründe", wobei er darunter u.U. namentlich auch „Willensmängel bei Eingehung des Adoptivvertrages" subsumierte.[1705]

Ähnlich hatte schon Huber argumentiert, der gerade einseitige Aufhebungen aus wichtigen Gründen für legitim gehalten hatte – dabei hatte er „namentlich an schweren Undank oder unehrenhaften Lebenswandel des angenommenen Kindes" gedacht.[1706]

4. Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-272 ZGB

Egger bezeichnete die „Gemeinschaft der Eltern und Kinder"[1707] wegen der natürlichen und emotionalen Verbundenheit ihrer Glieder als „die engste und stärkste Gemeinschaftsform des menschlichen Gemeinlebens" nebst der Ehe.[1708] Er stellte fest:

[1701] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 265.

[1702] Dem Art. 269 ZGB weitgehend ähnliche Regelungen enthielten Art. 279 E-ZGB und Art. 294 VE-ZGB.

[1703] Für die Aufhebung aufgrund *Eheschliessung* vgl. Art. 129 ZGB und dazu Kapitel I.b.2.2.1.

[1704] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 269; EGGER II äusserte sich zum Hintergrund der Regelung nicht.

[1705] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 269, vgl. auch Anm. 2b zu Art. 269; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 269.

[1706] Erl. Bd. I, S. 256 (= BeK II, Rn. 624); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 738 f.

[1707] So die Überschrift zu diesem Gesetzesabschnitt.

[1708] Vgl. schon bei Fn. 1578; EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 270 ff.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 270, Rn. 1 zu Art. 271. Mit diesem besonderen Charakter der *Gemeinschaft der Eltern und Kinder* rechtfertigte Egger denn auch den Umstand, dass das ZGB dieses Gemeinschaftsverhältnis separat – und nicht nur im Rahmen der *ehelichen*

„Durch die Anerkennung dieser Gemeinschaft wird die natürliche Verbindung zu einer gesetzlich-rechtlichen erhoben."[1709]

Seine Regelung erfuhr dieses gesetzliche Gemeinschaftsverhältnis in den Art. 270-272 ZGB: *Art. 270 ZGB*[1710] bestimmte, dass „die ehelichen Kinder den Familiennamen und das Bürgerrecht ihres Vaters [erhielten]". Für Egger verband diese Norm die Gemeinschaftsglieder „zu einer *Einheit nach außen*", trugen doch nunmehr Ehemann, Ehefrau und ihre ehelichen Kinder allesamt den Familiennamen des Ehemannes; ihnen allen kam auch das Bürgerrecht des Letzteren zu.[1711] Sodann verband s.E. die Gemeinschaft der Eltern und Kinder deren Glieder[1712] auch „zu den familienrechtlichen *Pflichten und Befugnissen*, die das Gesetz in Art. 271 und 272 aufstellt".[1713] Konkret bestimmte *Art. 271 ZGB*[1714], dass die „Eltern und Kinder einander *allen Beistand und alle Rücksicht* schuldig [waren], die das Wohl der Gemeinschaft [erforderte]".[1715] Die offene Formulierung dieser Bestimmung begründete Egger mit der Überlegung, dass sie „die erforderliche Entscheidungsnorm für die Einzelfälle, die das Leben bieten mag", bringe.[1716] Aus inhaltlicher Sicht merkte er an:

„Eltern und Kinder bilden eine Gemeinschaft. Sie haben die Pflicht, einerseits den Gliedern derselben und ihren *Bedürfnissen* und *persönlichen Verhältnissen* angemessen Rechnung zu tragen, der Persönlichkeit des Einzelnen *Schutz und Förderung* angedeihen zu lassen, anderseits sich so *ein- und unterzuordnen, daß der Gemeinschaftsverband* dabei zu bestehen vermag und somit auf den *Schutz und die Erhaltung der Gemeinschaft* bedacht zu sein [...]."[1717]

In dieser Aussage wies Egger zwar einerseits auf einen gewissen Handlungsspielraum der Gemeinschaftsglieder – und damit den *Persönlichkeitsgedanken* – hin, setzte diesem andererseits aber mit dem Hinweis auf die Ein- und Unterordnung in den *„Gemeinschaftsverband"* Schranken. Mit diesem Gedanken konstruierte Egger namentlich die gesetzlich nicht vorgesehene – von Egger aber aus Art. 271 ZGB abgeleitete – *Pflicht* des Kindes, „solange es von den Eltern erzogen oder erhalten wird, in einer seinen

---

Gemeinschaft, zu welcher, wie Egger betonte, auch die Kinder gehörten – ordnete. Übrigens nahm Egger in der Erstauflage ohne nähere Begründung an, Stiefkinder gehörten nicht zur ehelichen Gemeinschaft; in der Zweitauflage war er gegenteiliger Meinung, da „die eheliche Gemeinschaft den Ehegatten [verpflichtet], dem andern auch in der Erfüllung seiner Elternpflichten beizustehen". Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1c zu Art. 159, Anm. 5c zu Art. 160, Anm. 2b zu Art. 169, Anm. 1e zu Art. 191, Vorbem. 2 zu Art. 270 ff.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 270, Rn. 11 zu Art. 159, Rn. 11 zu Art. 160, Rn. 3 f. zu Art. 169, Rn. 3 f. zu Art. 170, Rn. 23 zu Art. 328. Für Hubers Position vgl. Fn. 555.

[1709] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 270 ff.

[1710] Materiell übereinstimmend Art. 280 E-ZGB und Art. 296 VE-ZGB.

[1711] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 270 ff. Zu dieser *„Einheit des Hauses"* vgl. auch Kapitel I.b.3.2.1.2.1.

[1712] Zur Bedeutung des Art. 271 ZGB für das Verhältnis *zwischen Geschwistern* vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 271; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 272.

[1713] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 270 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 270, Rn. 1 zu Art. 271.

[1714] Wörtlich fast identisch Art. 281 E-ZGB und Art. 297 VE-ZGB.

[1715] Vgl. damit die Parallele zur ehelichen Gemeinschaft: Art. 159 Abs. 2, 3 ZGB (dazu Kapitel I.b.3.2).

[1716] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 271.

[1717] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 271; sinngemäss auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 271.

Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen oder Geschäft Dienste zu leisten".[1718] Umgekehrt ergab sich nach Eggers Ansicht aus Art. 271 ZGB ein *Recht* des Kindes gegenüber den Eltern, in die *Hausgemeinschaft* aufgenommen zu werden.[1719] Aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder folgerte Egger sodann die Regelung des *Art. 272 Abs. 1 ZGB*[1720], wonach „die *Eltern*[1721] *die Kosten des Unterhaltes*[1722] *und der Erziehung ihrer Kinder* nach ihrem ehelichen Güterstande[1723] [trugen]": Egger qualifizierte diese Pflicht als „eine durch das Gesetz den Eltern auferlegte Verpflichtung (obligatio ex lege), *welche ihren Grund in der Gemeinschaft* der Eltern und Kinder hat".[1724] Dieser Pflicht kam daher s.E. (im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern) „der gleiche familienrechtliche Charakter zu wie dem Unterhaltsanspruch der Ehegatten (Art. 160, 161)" sowie (im Verhältnis aller Glieder untereinander) „dem Unterstützungsanspruch der Angehörigen nach Art. 328[1725]".[1726]

Doch beschränkte sich Eggers Vorstellung, wonach sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder gewisse Rechte und Pflichten der Gemeinschaftsglieder ergaben, ausdrücklich nicht auf die Art. 271 f. bzw. Art. 328 ZGB. Dies belegt Eggers folgende Aussage aus der Zweitauflage:

> „Die Ehegatten sind verpflichtet, sich für das Wohl der Kinder einzusetzen, Art. 159, der Ehemann hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen, Art. 160, 171, 183 Ziff. 1 […]. Doch bedarf das Verhältnis einer eigenen Regelung: Eltern und Kinder bilden, wie die Ehegatten, eine *eigene Gemeinschaft*. […] Sie sind Glieder eines größeren Ganzen. Wie die Ehegatten werden *deshalb* auch die Kinder in die *rechtliche Einheit des Hauses* einbezogen (270); wie Mann und Frau (159), so wird auch Eltern und Kindern die *Pflicht gegenseitigen Beistandes* auferlegt (271), aber auch die *Sorge um den Unterhalt als Unterhaltspflicht* der Eltern (272),

---

[1718] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 271; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 271.

[1719] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 271; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 271. So auch Erl. Bd. I, S. 257 (= BeK II, Rn. 626).

[1720] Identisch Art. 282 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 298 Abs. 1 VE-ZGB.

[1721] Diese konnten gemäss Art. 272 Abs. 2 ZGB, wenn sie „in Not geraten [waren], oder die Kosten eine ausserordentliche Höhe [erreichten], oder andere aussergewöhnliche Umstände [vorlagen]" unter Gestattung der Vormundschaftsbehörde „das Vermögen der unmündigen Kinder zu *deren* Unterhalt und Erziehung in bestimmten Beträgen [angreifen]". Materiell übereinstimmend Art. 282 E-ZGB und Art. 298 Abs. 2 VE-ZGB.

[1722] Inhaltlich ging der Unterhaltsanspruch des Kindes, so Egger, „auf den *ganzen Unterhalt und die Erziehung*, soweit die Erziehungspflicht reicht"; er umschloss demnach auch die elterliche Pflicht zur „Ermöglichung einer beruflichen Ausbildung" des Kindes – alles unter Berücksichtigung der konkreten Lebensverhältnisse und der Leistungsfähigkeit der Eltern und „der persönlichen Verhältnisse der Kinder (Begabung und Neigung)". Mit Blick auf Letzteres betonte Egger, die Unterhaltspflicht könne die Mündigkeit des Kindes überdauern, z.B. wenn das Kind ein Studium absolviere. Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1b, 1d zu Art. 272; EGGER II, Rn. 2, 3 ff. zu Art. 272. Nach Eggers in der Erstauflage vertretenen, in der Zweitauflage indes nicht wiederholten Ansicht liessen „Trägheit, Arbeitsscheu, auch ein sonstiges pflichtwidriges, gemeinschaftswidriges Verhalten [sc. des Kindes] den Unterhaltsanspruch [aufheben]"; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 272.

[1723] Für Näheres dazu vgl. Kapitel I.b.3.2.1.1.1, I.b.3.2.1.2.2, I.b.3.2.2.1.

[1724] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 272; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 272; jeweils m.w.H.

[1725] Zu dieser Unterstützungspflicht vgl. Kapitel c.1.

[1726] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 272.

> als *Unterstützungspflicht* der Kinder (328). […] Noch mehr als die eheliche bedarf naturgemäß die Eltern- und Kindesgemeinschaft der Differenzierung; den beidseitigen Gliedern dieser Gemeinschaft kommen ganz verschiedene Aufgaben zu, sowohl auf personen- als auf vermögensrechtlichem Gebiet. Darnach […] gliedert das ZGB: *die elterliche Gewalt* (273) mit Einschluß der *Vertretung* (279) und die *elterlichen Vermögensrechte* (290).“[1727]

Aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder flossen für Egger also gerade auch die im nachfolgenden Kapitel zu besprechenden *Bestimmungen zur elterlichen Gewalt*, zur *elterlichen Vertretung* und zu den *elterlichen Vermögensrechten*.
Auch für Huber zeitigte das vorliegende Gemeinschaftsverhältnis bestimmte Wirkungen, wobei Huber zwischen solchen Wirkungen differenziert hatte, die vom *Alter des Kindes abhängig* waren – wie die elterliche Gewalt und die elterlichen Vermögensrechte – sowie solchen, die davon *unabhängig* waren – wie die Regelung, dass die Kinder den Familiennamen des Vaters und sein Bürgerrecht erhielten, ebenso die gegenseitige Beistands- bzw. Rücksichtnahmepflicht von Eltern und Kindern sowie schliesslich die vom jeweiligen Güterstand der Eltern abhängige Pflicht derselben, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen.[1728] Damit lagen Egger und Huber konzeptionell auf einer Linie.

5. Elterliche Gewalt i.w.S., Art. 273-301 ZGB

Eben wurde dargestellt, dass Egger aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder verschiedene Rechte und Pflichten für die Gemeinschaftsglieder ableitete. Zentrale Bedeutung erlangten in diesem Zusammenhang die Gesetzesabschnitte betreffend die *„elterliche Gewalt“*, Art. 273-289 ZGB (davon umfasst waren auch Regelungen zur *Vertretung* des Kindes durch die Eltern, vgl. Art. 279-282 ZGB), sowie betreffend die *„elterlichen Vermögensrechte“*, Art. 290-301 ZGB.[1729] Beide Gesetzesabschnitte fasste Egger in der Zweitauflage unter der *„elterlichen Gewalt i.w.S.“*[1730] zusammen:

> „Die *elterliche Gewalt i.w.S.* umfaßt die *Fürsorge für die Person* und für das *Vermögen* des Kindes und damit auch seine *Vertretung* sowohl in den persönlichen als den vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Als *elterliche Gewalt i.e.S.* faßt das ZGB die Fürsorge für die Person, Art. 275/8, und die Vertretung, Art. 279/82, zusammen und stellt ihnen die (materiell jedoch mit ihnen verbundenen) *elterlichen Vermögensrechte* gegenüber, Art. 290.“[1731]

[1727] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 270, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 271.
[1728] Vgl. Botsch.-ZGB, S. 35 (= BeK III, Rn. 11321); Erl. Bd. I, S. 256 f. (= BeK II, Rn. 625).
[1729] Zu dieser gesetzlichen Reihenfolge bemerkte Egger übrigens: „Das Z.G.B. läßt […] keinen Zweifel darüber, daß es die ersteren als die wichtigeren betrachtet. Es stellt sie voran“; EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff.
[1730] Diese Terminologie wird vorliegend übernommen – vgl. den Titel dieses Kapitels.
[1731] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 273, vgl. auch Rn. 1, 3 zu Art. 290; EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff., Anm. 1 zu Art. 274.

Für Egger hingen also die elterlichen Vermögensrechte „aufs engste" mit der elterlichen Gewalt i.e.S. zusammen – in der Erstauflage bezeichnete er Erstere gar als „Nebenrecht zur elterlichen Gewalt" (i.e.S.).[1732] Ähnlich hatte sich auch schon Huber geäussert, welcher die elterlichen Vermögensrechte als eine „vermögensrechtlich[e] Wirkung" der *elterlichen Gewalt* (i.e.S.) qualifiziert hatte.[1733]

5.1 Stellung der Eltern

5.1.1 Elterliche Gewalt i.e.S.

Art. 273 Abs. 1[1734] ZGB[1735] bestimmte: „Die Kinder stehen, solange sie unmündig[1736] sind, unter der elterlichen Gewalt und dürfen den Eltern nicht widerrechtlich entzogen werden."

5.1.1.1 Gemeinsame Ausübung durch beide Elternteile, Art. 274 ZGB

Gemäss Art. 274 Abs. 1 ZGB[1737] „[übten] *während der Ehe* die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus"; „im Falle des *Todes* eines Ehegatten [stand] die elterliche Gewalt dem überlebenden Ehegatten und im Falle der *Scheidung* demjenigen zu, dem die Kinder zugewiesen[1738] [wurden]", Art. 274 Abs. 3 ZGB[1739].

5.1.1.1.1 Persönlichkeitsgedanke

Mit Blick auf Art. 274 Abs. 1 ZGB hob Egger hervor, während der Ehe stehe „die *ganze* elterliche Gewalt" *beiden* Elternteilen gemeinsam zu.[1740] Wenngleich Egger diese Regelung mit dem Hinweis relativierte, *de facto* greife sie „nur für die wichtigeren Angelegenheiten" – s.E. „[hatte] jeder Elternteil das Recht, bei diesen mitzuwirken" –, während sie im Alltag „durch jeden selbständig" ausgeübt werde, lag in Eggers Hinweis – wie schon beim Eherecht betreffend die Stellung der *Ehegatten* – eine Betonung der grundsätzlichen *Gleichstellung beider Elternteile*, also des *Persönlichkeitsgedankens*:[1741]

[1732] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 290 ff., Anm. 1a zu Art. 292, Anm. 1 zu Art. 298; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 290.
[1733] Erl. Bd. I, S. 262 (= BeK II, Rn. 641); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 760.
[1734] Für Art. 273 *Abs. 2* ZGB vgl. Kapitel III.a.6.2.
[1735] Wörtlich fast identisch Art. 283 Abs. 1 E-ZGB und Art. 299 Abs. 1 VE-ZGB.
[1736] Zur *Mündigkeit* vgl. Text *nach* Fn. 124.
[1737] Der gesamte Art. 284 E-ZGB stimmte fast wörtlich mit Art. 274 ZGB überein. Ebenso – materiell, vgl. bei Fn. 1755 – Art. 300 Abs. 1 VE-ZGB: „Während der Ehe steht den Eltern die elterliche Gewalt in dem Sinne gemeinsam zu, dass sie vom Vater als Haupt der Gemeinschaft, von der Mutter in der Sorge für den Haushalt und in Vertretung der Gemeinschaft ausgeübt wird." Materiell übereinstimmend auch Art. 300 Abs. 2 VE-ZGB.
[1738] Vgl. dazu Kapitel I.b.5.3.1.3.1.
[1739] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1737.
[1740] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 274, vgl. auch Vorbem. 3b zu Art. 273 ff.; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 273, Rn. 1 f., 3 f., 7 zu Art. 274. Für die Konsequenzen hinsichtlich der *elterlichen Vertretung* vgl. Kapitel 5.1.1.3.1.
[1741] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 274; sodann wie Fn. 1740.

„Der Gesetzgeber hat nicht jenem Mißtrauen gegen die Ehefrau und Mutter nachgegeben, von dem gerade jene am meisten erfüllt zu sein scheinen, die am lautesten den Mutterberuf der Frau künden. Das neue Recht hat die Mutter zu ihrem vollen Rechte erhoben. Es hat eine *Gleichstellung von Vater und Mutter* gewagt, wie nie zuvor ein Gesetzbuch. Der moderne *Individualismus* hat sich wie im Ehe- so auch im Elternrecht durchgerungen […].“[1742]

Auf dieser Linie hatte auch schon Huber gelegen, welcher bezüglich der im VE-ZGB getroffenen Regelungen zur *ehelichen Abstammung* zwar festgestellt hatte, sie orientierten sich am bisherigen Recht – dann aber bemerkt hatte:

„Bedenken und Zweifel von grösserer Bedeutung werden hier nur in wenigen Fragen bestehen. […] Ferner kann das Verhältnis von Vater und Mutter einer näheren Bestimmung bedürfen, indem das *kräftigere Hervortreten der Persönlichkeit der Ehefrau* im Eherecht auch nach einer *stärkeren Anerkennung der Stellung als Mutter* verlangt.“[1743]

Darauf war Huber an anderer Stelle zurückgekommen, wo er betont hatte, dass die elterliche Gewalt „*beiden Eltern* zugewiesen [wird], und sie auch in der Ausübung eine *elterliche* [ist] […]“.[1744]
Doch nicht nur in Art. 274 Abs. 1 ZGB erblickte Egger die grundsätzliche Gleichstellung der Elternteile verwirklicht, sondern auch in der Regelung des Art. 274 Abs. 3 ZGB betreffend den Todes- bzw. Scheidungsfall – eine Regelung, zu welcher schon Huber bemerkt hatte, es stelle „eine Äusserung der ehelichen Gemeinschaft“ dar, „dass beim Tode eines Ehegatten […] dem andern Ehegatten die Stellung als Haupt und Vertreter der fortgesetzten ehelichen Gemeinschaft gesichert bleiben soll“.[1745]

5.1.1.1.2 Gemeinschaftsgedanke

Die eben beschriebene Gleichstellung der Elternteile entsprach für Egger nicht nur dem Persönlichkeits-, sondern gerade auch dem *Gemeinschaftsgedanken*. Egger bemerkte nämlich, „die Fürsorge beider bedeutet Mitarbeit und zugleich gegenseitige Kontrolle“.[1746] Insbesondere hob er aber hervor:

„Vater und Mutter sind dabei [sc. bei der elterlichen Gewalt] gleich gestellt. Wie das eheliche, so hat sich auch das elterliche Verhältnis von einem herrschaftlichen in ein *genossenschaftliches* verwandelt. Das ist die Folge der veränderten Stellung der Frau; die wirtschaftliche, soziale, geistige Selbständigkeit, die sie errungen, fordert die rechtliche Gleichstellung mit dem Manne. Aber die Selbständigkeit der Frau ist, *wie im Eherecht* […], so auch im Elternrecht mehr die Voraussetzung ihrer neuen Stellung als ihr eigentlicher Grund. *Dieser liegt in der Unentbehrlichkeit der vollen Mitarbeit der Mutter*, nicht nur nach Auflösung der Ehe – die elterliche Gewalt der überlebenden

---

[1742] EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 273 ff., vgl. auch Anm. 1 zu Art. 274.
[1743] Erl. Bd. I, S. 237 (= BeK II, Rn. 581).
[1744] Erl. Bd. I, S. 257 f. (= BeK II, Rn. 628) – zu verstehen im Lichte des Art. 300 Abs. 1 VE-ZGB (zit. in Fn. 1737); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322); StenBull NR 1905, S. 746.
[1745] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3b zu Art. 273 ff., Anm. 1, 3 zu Art. 274; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 274, Rn. 1 f. zu Art. 273; Erl. Bd. I, S. 164 (= BeK II, Rn. 402), vgl. auch S. 109 (= BeK II, Rn. 257).
[1746] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 274.

> Mutter bedeutet eine große *Entlastung der Oeffentlichkeit* und zugleich eine *Stärkung der Familie* –, sondern *auch schon während der Ehe*: Die Stellung der häuslichen Gemeinschaft ist eine so heikle, die Aufgaben der Eltern sind so schwierig und verantwortungsvoll geworden, daß sie den *vollen Einsatz der mütterlichen Kräfte* fordern. Dieser Wandel findet in Art. 274 seinen rechtlichen Ausdruck."[1747]

In dieser Aussage wies Egger auf die Interessen der Familie sowie auch der Allgemeinheit an der Gleichstellung der Mutter mit dem Vater hin. Dabei zog Egger Parallelen zur Gleichstellung der *Ehegatten*[1748]: Bekanntlich gestand Egger dem Ehemann aufgrund seiner Stellung als *Haupt der ehelichen Gemeinschaft* – in engen Grenzen – ein *Entscheidungsrecht*[1749] zu. Mit dieser Stellung des Ehemannes legitimierte Egger auch den Art. 274 Abs. 2 ZGB[1750], welcher bestimmte: „Sind die Eltern nicht einig, so entscheidet der Wille des Vaters."[1751] Bezüglich der Ausübung[1752] des Entscheidungsrechts betonte Egger, der Entscheidung des Vaters müsse eine *Beratung zwischen den Eltern* vorausgehen – dies „verlangt der Gemeinschaftsgedanke".[1753] Auch schon Huber hatte bemerkt:

> „Der Antrag[1754] wäre so zu interpretieren, dass in der Regel die Ehegatten *zusammen entscheiden*, dass aber bei *Meinungsverschiedenheiten* zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht. […] Der Entwurf [sc. VE-ZGB] gibt materiell die gleiche Lösung, indem er den *Mann zum Haupt der Gemeinschaft* macht. […]"[1755]

Egger hob dabei insbesondere[1756] das Recht der Ehefrau hervor, im Rahmen eines *Eheschutzverfahrens*[1757] wegen „Verletzung der Gemeinschaftspflicht" durch den Ehemann den Richter anzurufen, falls eine solche Beratung bei „Fragen, die von irgendwie erheblicher Tragweite sind", unterbleibe.[1758]

5.1.1.2 Erziehungspflicht (Art. 275 Abs. 2 ZGB) und daraus folgende Rechte

Gemäss Art. 275 Abs. 2 (1. Teilsatz[1759]) ZGB „[hatten] die Eltern ihre Kinder ihren Verhältnissen entsprechend[1760] zu erziehen […]". Gerade diese *Erziehungspflicht* der

---

[1747] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 274.
[1748] Vgl. dazu Kapitel I.b.3.1, I.b.3.2.1.
[1749] Vgl. dazu Kapitel I.b.3.2.1.1.3.
[1750] Wörtlich fast identisch Art. 284 Abs. 2 E-ZGB; implizit enthalten auch in Art. 300 VE-ZGB – vgl. Fn. 1737.
[1751] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 274; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 274.
[1752] Zur *pflichtgemässen* Ausübung des Entscheidungsrechts vgl. Text *nach* Fn. 1890.
[1753] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 274, Anm. 1b zu Art. 277; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 274, Rn. 4 zu Art. 277.
[1754] Zu diesem (hier nicht interessierenden) Antrag vgl. direkt Prot., S. 344 (= BeK III, Rn. 2993 ff.).
[1755] Prot., S. 345 (= BeK III, Rn. 3000); vgl. implizit auch Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322); StenBull NR 1905, S. 746.
[1756] Daneben erwähnte Egger auch das Recht zur Anzeige an die *Vormundschaftsbehörde* bei Entscheidungen, welche die Kindesinteressen gefährdeten – vgl. auch dazu Text *nach* Fn. 1890 m.w.H.
[1757] Vgl. dazu Kapitel I.b.3.2.2.1.
[1758] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 274; vgl. auch EGGER II, Rn. 6, 3 f. zu Art. 274.
[1759] Identisch Art. 275 Abs. 2 E-ZGB und Art. 301 Abs. 1 VE-ZGB.
[1760] Zur Bedeutung dieses Wortes vgl. Fn. 1872.

Eltern führte nach Eggers Ansicht „zu einer Reihe von unter Umständen schweren, drückenden *Einzelpflichten*".[1761] Als solche Einzelpflichten begriff Egger namentlich die in Art. 276 Abs. 1 ZGB[1762] statuierte Pflicht, Anordnungen betreffend die Ausbildung der Kinder in einem Beruf zu treffen, oder die Pflicht i.S.v. Art. 275 Abs. 2 (2. Teilsatz[1763]) ZGB, „[…] auch den körperlich oder geistig gebrechlichen [sc. Kindern] eine angemessene Ausbildung zu verschaffen".[1764] Zwecks *Durchsetzung* der Erziehungspflicht stand den Eltern nach Eggers Ansicht im Gegenzug ein *Erziehungsrecht* zu.[1765] Dieses Erziehungsrecht bildete für Egger das „hauptsächlichst[e] Recht" der elterlichen Gewalt i.e.S.[1766] Aus ihm leitete Egger verschiedene konkrete, gesetzlich aber nicht abschliessend geregelte Einzelrechte ab, die er als *Instrumente* – als „erforderlich[e] rechtlich[e] Mittel" – zur *Durchsetzung der Erziehungspflicht* begriff.[1767] Als *ein* solches Mittel verstand Egger etwa den Art. 278 ZGB[1768], welcher den Eltern erlaubte, „die zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel anzuwenden".[1769] Aus dem Erziehungsrecht leitete Egger sodann die Rechte der Eltern ab, den *Vornamen des Kindes* zu bestimmen, Art. 275 Abs. 3 ZGB[1770], sowie bis zur Vollendung des 16. Altersjahrs des Kindes über dessen *religiöse Erziehung* zu verfügen[1771], Art. 277 Abs. 1, 3 ZGB[1772].[1773] Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang auch Eggers Vorstellungen betreffend die in Art. 273 Abs. 1 ZGB statuierten Regelung, wonach die Kinder ihren Eltern *„nicht widerrechtlich entzogen werden"* durften: Diese Regelung *verband* Egger mit dem *Erziehungsrecht* und konstruierte aus dieser Verbindung konkrete Rechte der Eltern – etwa das Recht, den *Aufenthaltsort des Kindes* zu bestimmen; das Kind von Dritten *herauszuverlangen*; oder „von Drittpersonen die *Unterlassung* des persönlichen oder brieflichen *Verkehrs mit dem Kind* zu

---

[1761] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 zu Art. 273, Rn. 4, 6 f., 8 f. zu Art. 275, Rn. 1 zu Art. 276.

[1762] Identisch Art. 286 Abs. 1 E-ZGB und Art. 302 Abs. 1 VE-ZGB.

[1763] Der E-ZGB und VE-ZGB enthielten eine solche Regelung nicht.

[1764] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 275, Anm. 1a zu Art. 276; für EGGER II vgl. Fn. 1761; zur *pflichtgemässen* Ausübung dieser Rechte vgl. die Texte *nach* Fn. 1875.

[1765] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff.; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 275.

[1766] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 273; EGGER II vgl. Fn. 1761.

[1767] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 275, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 273.

[1768] Wörtlich fast identisch Art. 289 E-ZGB und Art. 306 VE-ZGB.

[1769] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 278; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 278. Zur *pflichtgemässen* Ausübung dieses Rechts vgl. Text *nach* Fn. 1895.

[1770] Wörtlich fast identisch Art. 285 Abs. 3 E-ZGB und Art. 305 Abs. 1 VE-ZGB. Zur *pflichtgemässen* Ausübung dieses Rechts vgl. Text zu Fn. 1885.

[1771] Art. 277 Abs. 2 ZGB bestimmte, dass „ein Vertrag, der diese Befugnis beschränkt, ungültig [war]". Wörtlich fast identisch Art. 387 Abs. 2 E-ZGB und Art. 303 Abs. 2 VE-ZGB. Im Übrigen stellte Egger klar, Kinder dürften auch „irreligiös" erzogen werden; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 277; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 zu Art. 277.

[1772] Wörtlich fast identisch Art. 287 Abs. 1, 3 E-ZGB und Art. 303 Abs. 1, 3 VE-ZGB.

[1773] Vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 275, Anm. 1a zu Art. 277; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 275, Rn. 7 zu Art. 29, Rn. 2, 4 f. zu Art. 277.

verlangen".[1774] Gerade aus letzterem Recht seinerseits ergab sich für Egger ein Recht der Eltern, z.B. durch das Öffnen von Briefen, *„in die Geheimsphäre"* des Kindes einzudringen.[1775]

Auch schon Huber hatte in allgemeiner Weise bemerkt, die *elterliche Gewalt* beinhalte „eine Reihe von Rechten und Pflichten, die in den *wichtigeren und typischen Erscheinungen* der gesetzlichen Ordnung bedürfen".[1776] Als solche hatte Huber etwa das Recht und die Pflicht der Eltern erwähnt, das Kind zu *unterhalten*[1777] sowie (allenfalls auch religiös) zu *erziehen*, worunter er auch die Sorge um die berufliche Ausbildung subsumiert hatte; ebenso hatte Huber bezüglich der Durchsetzung der Erziehungspflicht auf die Züchtigungsmittel hingewiesen.[1778]

5.1.1.2.1 Persönlichkeitsgedanke

Egger (und implizit schon Huber[1779]) hob hervor, dass das ZGB den Eltern bei der Ausübung der elterlichen Gewalt i.e.S. und damit des Erziehungsrechts weitgehende *Selbständigkeit* – i.S.v. Unabhängigkeit von einer vormundschaftsbehördlichen Mitwirkung – und damit eine weitgehende *Freiheit*[1780] beliess.[1781] Dieser Umstand gestattete den Eltern nach Eggers Ansicht eine Entfaltung ihrer Persönlichkeit.[1782] Egger qualifizierte das Erziehungsrecht denn auch ausdrücklich als höchstpersönliches, absolut wirkendes Recht; als „Persönlichkeitsrecht".[1783] Damit hob Egger den Persönlichkeitsgedanken hervor.[1784]

5.1.1.2.2 Gemeinschaftsgedanke

Zum einen entsprachen die Erziehungspflicht bzw. das Erziehungsrecht für Egger schon aus rein dogmatischen Überlegungen dem Gemeinschaftsgedanken, bildeten diese Pflicht bzw. dieses Recht s.E. doch den zentralen Bestandteil der *elterlichen Gewalt i.e.S.* – welche Egger ihrerseits aus dem *Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und*

[1774] EGGER II, Rn. 11 ff. zu Art. 273; EGGER I, Anm. 2, 3 zu Art. 273, Anm. 2c zu Art. 275, vgl. auch Anm. 3 zu Art. 277.

[1775] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 275; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 zu Art. 275.

[1776] Erl. Bd. I, S. 258 (= BeK II, Rn. 629).

[1777] Für die Unterhaltspflicht vgl. schon Kapitel 4.

[1778] Wie Fn. 1776.

[1779] Vgl. Erl. Bd. I, S. 262 (= BeK II, Rn. 641); Botsch.-ZGB, S. 35 f. (= BeK III, Rn. 11322); StenBull NR 1905, S. 746.

[1780] Zu den *Schranken dieser Freiheit* im *Interesse des Kindeswohls* vgl. Kapitel 5.2.2.1 und zu jenen im *Interesse der Allgemeinheit* vgl. sogleich Kapitel 5.1.1.2.2.

[1781] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff., Anm. 3 zu Art. 279; EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 273, Rn. 11 zu Art. 279; vgl. auch Text zu Fn. 1833.

[1782] Vgl. EGGER II, Rn. 7 zu Art. 273.

[1783] EGGER I, Anm. 3, 3c zu Art. 273, Anm. 2c zu Art. 275; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 273.

[1784] Vgl. aber auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 290, wo Egger bemerkte, nach der „Auffassung des schweizerischen Zivilgesetzgebers" sei die Selbständigkeit der Eltern „in dem *natürlich-sittlichen Eltern- und Kindesverhältnis* begründet" – also (auch) im *Gemeinschaftsgedanken*.

Kinder[1785] ableitete.

Zum andern mass Egger dem Gemeinschaftsgedanken aber noch in anderer Hinsicht eine fundamentale Bedeutung zu. Er erblickte darin nämlich eine *Schranke des Erziehungsrechts* der Eltern. Grund dafür bildete Eggers Vorstellung, dass die Erziehung bestimmte *Zwecke* verfolgen müsse. Schon in der Erstauflage nannte er als *einen*[1786] Zweck, das Kind müsse „zu einem brauchbaren Glied in der Rechtsgemeinschaft erzogen werden" – die Eltern müssten ihren Kindern

> „eine so gute Erziehung und Schulung angedeihen lassen, als ihnen nach ihren Verhältnissen möglich ist und ihnen billigerweise zugemutet werden darf. […] Dabei besteht auf alle Fälle die Pflicht zu einer Erziehung, welche den *Mindestanforderungen* entspricht, die der *Staat und das Gemeinschaftsleben* verlangen müssen. […]"[1787]

Egger auferlegte den Eltern also die Pflicht, ihr Kind so zu erziehen, dass es bestimmte „Mindestanforderungen" für das Gemeinschaftsleben zu erfüllen vermochte. Was Egger damit genau meinte, zeigt die Zweitauflage. Dort bemerkte er bezüglich Art. 275 Abs. 1 ZGB[1788], welcher bestimmte, dass „die Kinder den Eltern *Gehorsam und Ehrerbietung*[1789] schuldig [waren]":

> „[…] der Gesetzgeber verweist damit [sc. mit der Ehrerbietungs- und Gehorsamspflicht] auf *Grundkräfte des menschlichen Zusammenlebens*, die gerade das Elternhaus in der jugendlichen Seele wecken und fördern muß. Die Kinder sollen den Eltern mit Achtung begegnen, um *späterhin allgemein den Mitmenschen* jenes Maß von *Achtung und Geltenlassen* entgegenbringen zu können, *auf das alles Gemeinschaftsleben angewiesen* ist […]. Und sie schulden ihnen Gehorsam – Autorität, Disziplin, Zucht, Einordnung sind nicht nur unentbehrlich für die Erziehung selber, sondern bleiben dauernd *unentbehrliche Aufbaukräfte der sozialen Ordnung*, wenn auch unter reifen Menschen in sublimierter Gestaltung. Deshalb wandelt sich auch der Inhalt der Gehorsamspflicht. Die äußere Autorität muß den ältern Kindern gegenüber durch innere Ueberlegenheit ersetzt werden, der Zwang durch Appell an Einsicht und Freiwilligkeit. Die Eltern dürfen auch die natürliche Loslösung der Kinder vom Elternhaus nicht unterbinden, sondern müssen sie verständnisvoll fördern. […]"[1790]

Diese Aussage macht zunächst deutlich, dass Egger die Gehorsamspflicht des Kindes als Gegenstück zum Erziehungsrecht der Eltern begriff. Insbesondere zeigt sie aber, dass die Erziehung nach Eggers Auffassung (unter anderem[1791]) bezweckte, das Kind auf das gesellschaftliche Zusammenleben vorzubereiten. Insofern hatte die Erziehung s.E. *Allgemeininteressen* zu dienen.

[1785] Vgl. dazu Kapitel 4.

[1786] Zum andern – im *Interesse des Kindes* liegenden – Zweck vgl. Kapitel 5.2.2.1.

[1787] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 275; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 275 und sogleich Text zu Fn. 1790.

[1788] Identisch Art. 285 Abs. 1 E-ZGB und Art. 301 Abs. 2 VE-ZGB.

[1789] Zur *Gehorsams- und Ehrerbietungspflicht des Kindes* vgl. Kapitel 5.2.1.1.

[1790] EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 275, vgl. auch Rn. 9 zu Art. 273.

[1791] Vgl. den Hinweis in Fn. 1786.

Diese Vorstellung ergibt sich sodann aus einer Bemerkung Eggers zu Art. 276 Abs. 1 ZGB[1792], der die Eltern verpflichtete, im Hinblick auf die berufliche Ausbildung des Kindes Anordnungen zu treffen:

> „Erst durch diese wird das Kind zu einem *tüchtigen Glied der menschlichen Gesellschaft* – aber auch das persönliche Leben empfängt in der heutigen Welt zumeist erst durch sie Gehalt und Gefüge. Die berufliche Tüchtigkeit ist *individual- und sozialethisch von gleicher Bedeutung*; sie liegt im Interesse des Kindes[1793] selber wie der *Oeffentlichkeit*. Deshalb müssen die Eltern schon in der allgemeinen Erziehung darauf bedacht sein, dem Kinde Arbeitswilligkeit und -freudigkeit beizubringen, deshalb anerkennt das ZGB […] einen Anspruch des Kindes auf berufliche Ausbildung."[1794]

Die eben zitierten Aussagen Eggers zeigen plastisch, dass Egger, wenn er den Eltern im *Allgemeininteresse* die Pflicht auferlegte, ihre Kinder zu *brauchbaren* bzw. *tüchtigen Gemeinschaftsgliedern* zu erziehen, bloss sicherstellen wollte, dass den Kindern (unspezifische) Grundlagen menschlichen Zusammenlebens beigebracht werden – mitnichten hatte Egger (spezifische) staatlich verordnete Erziehungszwecke im Blick, wie dies etwa im nationalsozialistischen Deutschland angestrebt[1795] wurde.

5.1.1.3 Gesetzliche Vertretung durch die Eltern, Art. 279 ZGB

Gemäss Art. 279 Abs. 1 ZGB[1796] „[hatten] die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber dritten Personen im Umfang[1797] der ihnen zustehenden Gewalt", wobei „eine Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden nicht [stattfand]", Art. 279 Abs. 2 ZGB[1798].

5.1.1.3.1 Vertretungsrecht beider Elternteile

Dass den Eltern damit die (selbständige) gesetzliche Vertretung ihres Kindes zukam, betrachtete Egger als Ausfluss der *elterlichen Gewalt i.e.S.* sowie der *elterlichen Vermögensrechte*[1799].[1800] Entsprechend zog Egger daraus den Schluss, mit der Entziehung der elterlichen Gewalt[1801] – und damit zugleich der elterlichen Vermögensrechte[1802] –

[1792] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1762.
[1793] Vgl. den Hinweis in Fn. 1786.
[1794] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 276, vgl. auch Rn. 66 zu Art. 405.
[1795] Beachte dazu Fn. 3037.
[1796] Identisch Art. 290 E-ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 307 VE-ZGB, der den *Eltern* die Vertretung „[…] im Umfang der *einem jeden von ihnen* zustehenden elterlichen Gewalt" gewährte.
[1797] Ausgeschlossen war die elterliche Vertretung folglich im Bereich der *höchstpersönlichen Rechtsausübung* durch das Kind, dazu Kapitel 5.2.2.3.1, sodann im Bereich *eigener Handlungsfähigkeit* des Kindes, dazu Kapitel 5.2.2.3.2. Für die Frage, ob dem in Art. 279 Abs. 1 ZGB erwähnten „*Umfang*" der elterlichen Gewalt *Innen-* oder *Aussenwirksamkeit* zukomme, vgl. Kapitel 5.2.2.1.
[1798] Dies sagten der E-ZGB und VE-ZGB nicht explizit.
[1799] Das ZGB regelte die elterliche Vertretung in den Art. 279-282 ZGB – bei der *elterlichen Gewalt i.e.S.* Doch bezogen sich diese Bestimmungen auch auf die *elterlichen Vermögensrechte*; vgl. wie Fn. 1800.
[1800] EGGER I, Anm. 1a, 2a, 3 zu Art. 279; EGGER II, Rn. 7, 11 zu Art. 279, Rn. 1 zu Art. 282; Kapitel 5.
[1801] Zu dieser Thematik vgl. Kapitel 5.2.2.4.2.
[1802] Vgl. aber Fn. 2045.

gehe der Verlust des Vertretungsrechts einher.[1803]
Egger hob hervor, dass *beiden* Elternteilen die Vertretung ihres Kindes zustehe.[1804] Allerdings hatte der von Egger festgestellte Umstand, dass sich die Stellung der beiden Elternteile aus ihrer Stellung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft ergebe[1805], beim Vertretungsrecht folgende Differenzierung zur Konsequenz: Da der *Ehefrau* die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB grundsätzlich nur im Rahmen der laufenden Bedürfnisse – der *Schlüsselgewalt* – zustand[1806], konnte ihr nach Eggers Auffassung auch als Mutter die *Vertretung des Kindes nur in diesem Umfang* zustehen.[1807] Daraus folgerte Egger, dass jene Geschäfte der Mutter, welche über die laufenden Bedürfnisse hinausgehen, bis zur Genehmigung des Vaters „einstweilen in der Schwebe [sind] und gänzlich [entfallen], wenn die Genehmigung ausbleibt (anal. Art. 410 Abs. 2, 424[1808])".[1809] Aus der Stellung des *Ehemannes* als *Haupt der ehelichen Gemeinschaft* ergab sich für Egger demgegenüber, dass ihm als Vater die *volle Vertretung* des Kindes zustehe. [1810] Ohnehin stellte Egger mit Blick auf das (s.E. ebenfalls der Stellung als Gemeinschaftshaupt entspringende[1811]) erwähnte *Entscheidungsrecht des Vaters* i.S.v. Art. 274 Abs. 2 ZGB fest, für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts sei letztlich die *Willenserklärung des Vaters* entscheidend bzw. hinreichend.[1812] In der Zweitauflage bemerkte Egger daher ausdrücklich, die Vertretungsbefugnis der Mutter könne sich nur dann „voll auswirken", wenn sie *alleinige Inhaberin* der elterlichen Gewalt sei.[1813] Diese Vorstellungen hatte auch Huber vertreten.[1814]

5.1.1.3.2 Vermutung der mittelbaren Stellvertretung

In beiden Kommentarauflagen konstatierte Egger, die Eltern könnten rechtsgeschäftlich entweder *im Namen des Kindes* handeln oder *in eigenem Namen* unter interner Zurechnung des rechtsgeschäftlichen Erfolgs an das Kind.[1815] Dabei propagierte Egger in der Zweitauflage[1816] (im Regelfall[1817]) eine *Vermutung* für Letzteres:

[1803] Vgl. nur EGGER I, Anm. 2b zu Art. 285, Anm. 1 zu Art. 274; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 285.
[1804] Wie Fn. 1800.
[1805] Vgl. Kapitel 5.1.1.1.2.
[1806] Vgl. dazu Kapitel I.b.3.2.1.2.3.
[1807] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 279; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 279; vgl. dazu auch Fn. 1743.
[1808] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.2.3 bzw. III.a.4.3.2.
[1809] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 279, vgl. auch Rn. 7 zu Art. 279; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 279.
[1810] Wie Fn. 1809; Kapitel 5.1.1.1.2.
[1811] Vgl. dazu Kapitel 5.1.1.1.2.
[1812] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 279; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 279.
[1813] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 279; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 279.
[1814] Vgl. Fn. 1796.
[1815] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 279; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 279.
[1816] Ohne nähere Ausführungen dazu scheint Egger in der Erstauflage vom Regelfall der *unmittelbaren Stellvertretung* ausgegangen zu sein – doch hielt er fest, „eine *Verpflichtung* der Eltern zum Handeln als unmittelbare Stellvertreter besteht nicht"; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 279.
[1817] Die unmittelbare Stellvertretung war nach Eggers Ansicht aber insbesondere „bei Mitwirkung [sc. der Eltern] zu *Verfügungsgeschäften Dritter*, insb. Uebereignungsgeschäften auf Grund obligatorischer Ansprüche des Kindes […]", zu vermuten; vgl. EGGER II, Rn. 4 zu Art. 279, vgl. auch Text zu Fn. 1819.

„Die Eltern können als Vertreter des Kindes handeln und berechtigen und verpflichten damit dieses, Art. 279. Aber für sie gilt vollends, daß sie die Rechtsgeschäfte, die sie in Erfüllung ihrer *Unterhalts- und Fürsorgepflicht eingehen*, nicht zu Lasten des Kindes, sondern *in eigenem Namen schließen* sollen, soweit nicht die Natur des betreffenden Geschäftes (als ein Akt der Verwaltung des Kindesvermögens) den Abschluß im Namen des Kindes erfordert. […] Wenn somit die Eltern die Kinder in Anstalten oder Pensionen unterbringen, Zimmer für sie besorgen, Kleider und Schulmaterialien kaufen, den Arzt rufen, das Kind in das Spital bringen, dann besorgen sie damit überall im Sinne von Art. 281[1818] *Angelegenheiten der Gemeinschaft*. Sie verpflichten damit sich selber und nicht das Kind. […]"[1819]

Egger nahm hier also an, die aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder abgeleitete *Unterhalts- und Fürsorgepflicht* der Eltern lege eine *mittelbare Stellvertretung*[1820] nahe – diesfalls mit der Folge der ausschliesslichen Haftung der *Eltern* für die eingegangenen Verpflichtungen.[1821]

5.1.2 Elterliche Vermögensrechte

Aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder flossen nach Eggers und Hubers Ansicht nicht nur die elterliche Gewalt i.e.S., sondern auch die (mit Letzterer eng zusammenhängenden) „elterlichen Vermögensrechte"[1822]: das *Verwaltungs-* und das *Nutzungsrecht* der Eltern am Kindesvermögen.[1823]

5.1.2.1 Verwaltungsrecht, Art. 290 f. ZGB

Gemäss Art. 290 Abs. 1 ZGB[1824] „[hatten] die Eltern, solange ihnen die elterliche Gewalt [zustand], das Recht und die Pflicht[1825], das *Kindesvermögen*[1826] *zu verwalten*". Dabei waren die Eltern – vorbehältlich des behördlichen Einschreitens „bei pflichtwidrigem Verhalten", vgl. Art. 290 Abs. 3 ZGB – „weder zur Rechnungsstellung noch zur Sicherheitsleistung verpflichtet", Art. 290 Abs. 2 ZGB[1827].[1828]

[1818] Dazu Kapitel 5.2.1.2.

[1819] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 281, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 279.

[1820] Für weitere mögliche Konstellationen vgl. aber Fn. 1899.

[1821] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 281.

[1822] So die Überschrift zum Gesetzesabschnitt betreffend die Art. 290-301 ZGB.

[1823] Vgl. Kapitel 5.

[1824] Wörtlich fast identisch Art. 301 Abs. 1 E-ZGB und Art. 318 Abs. 1 VE-ZGB. Vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 36 f. (= BeK III, Rn. 11323 f.).

[1825] Für *Verletzungen dieser Pflicht* vgl. Kapitel 5.2.2.2 (Schadensersatzanspruch des Kindes) sowie Kapitel 5.2.2.4 (behördliches Einschreiten).

[1826] Das Verwaltungsrecht umfasste damit auch das *freie Kindesvermögen – falls* an diesem *nur* die *elterliche Nutzung* ausgeschlossen worden war; vgl. dazu Kapitel 5.2.2.3.2.

[1827] Wörtlich fast identisch Art. 301 Abs. 2 E-ZGB und Art. 318 Abs. 2 VE-ZGB. Eine dem Art. 290 Abs. 3 ZGB entsprechende Bestimmung enthielten der E-ZGB und VE-ZGB nicht explizit.

[1828] Art. 291 ZGB bestimmte allerdings, dass „*nach Auflösung der Ehe* der Ehegatte, dem die elterliche Gewalt über das Kind [zustand], der Vormundschaftsbehörde ein *Inventar über das Kindesvermögen* einzureichen und ihr von jeder erheblichen Änderung im Stande und in der Anlage des Vermögens *Mitteilung zu machen* [hatte]". Diese Regelung legitimierte Egger mit den *Gefahren für das Kindesvermögen* bei Auflösung der Ehe, zumal hier die gegenseitige Kontrolle der Eltern entfalle – an ihre Stelle trat vorliegend also eine *behördliche Kontrolle*;

Konzeptionell erblickte Egger in diesem Verwaltungsrecht der (beiden) *Eltern* eine Verwandtschaft zum Recht des unter der Güterverbindung lebenden *Ehemannes*, das *eheliche Vermögen* – und damit auch das eingebrachte Frauengut – zu verwalten.[1829] In diesem Sinne konstatierte Egger insbesondere, dass auch das *elterliche* Verwaltungsrecht die tatsächliche und rechtsgeschäftliche Verwaltung des Kindesvermögens (unter Einschluss des Vertretungs- und Verfügungsrechts) umfasse, wobei diese Verwaltung s.E. die „Erhaltung, Verwertung und Vermehrung[1830]" des Kindesvermögens bezweckte.[1831] Bezüglich der eigentlichen Verwaltungstätigkeit – also gerade hinsichtlich der Wahl der Vermögensanlage bzw. deren Umwandlung – betonte Egger die *Selbständigkeit* der Eltern, statuierte das ZGB in diesem Bereich doch weder eine Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden bzw. eine elterliche Sicherstellungspflicht, vgl. nur Art. 290 Abs. 2 ZGB, noch eine Mitwirkung des Kindes, vgl. Art. 280 Abs. 2 ZGB[1832].[1833] Ferner hob Egger mit Blick auf Art. 274 Abs. 3 ZGB[1834] den Gedanken der *Gleichstellung* beider Elternteile hervor.[1835]

5.1.2.2 Nutzungsrecht, Art. 292 f. ZGB

Gemäss Art. 292 ZGB[1836] „[hatten] die Eltern die *Nutzung* an dem Vermögen[1837] des Kindes, solange dieses unmündig [war] und ihnen die elterliche Gewalt nicht wegen ihres *Verschuldens*[1838] entzogen [wurde]." Aus dieser Nutzung folgte, dass „der *Ertrag des Kindesvermögens* in *erster Linie* für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden [war] und *im übrigen* den Ehegatten in dem Verhältnis [zufiel], in dem sie die Lasten der Gemeinschaft zu tragen [hatten]", Art. 293 ZGB[1839].[1840]

---

vgl. EGGER I, Anm. 1, 4, 6 zu Art. 291; EGGER II, Rn. 1, 3, 9 ff. zu Art. 291, vgl. auch Rn. 7 zu Art. 274. Materiell übereinstimmend Art. 301 Abs. 3 E-ZGB und Art. 318 Abs. 3 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 259 f. (= BeK II, Rn. 634).

1829 Vgl. EGGER I, Vorbem. 2a, 2b zu Art. 290 ff., Vorbem. 3b zu Art. 273 ff., Anm. 1 zu Art. 274; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 292/293. Zum *Verwaltungsrecht des Ehemannes* vgl. Kapitel I.b.4.1.1.1.1.

1830 A.A. bezüglich der *„Vermehrung"*: EGGER II, Rn. 2 zu Art. 299.

1831 EGGER I, Anm. 1a zu Art. 290, vgl. auch Anm. 1c, 1d zu Art. 290, Anm. 6a zu Art. 291; EGGER II, Rn. 1, 3 ff., 7 zu Art. 290.

1832 Für den Wortlaut dieser Bestimmung vgl. Kapitel 5.2.2.3.1.

1833 EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 290 ff., Anm. 1c zu Art. 290; EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 290; vgl. auch schon Kapitel 5.1.1.2.1.

1834 Vgl. zu dieser Bestimmung schon Kapitel 5.1.1.1, 5.1.1.1.1.

1835 EGGER I, Vorbem. 2b zu Art. 290 ff., Anm. 1e zu Art. 290, Vorbem. 3b zu Art. 273 ff., Anm. 3a zu Art. 274; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 290 i.V.m. Rn. 1 zu Art. 274.

1836 Wörtlich fast identisch Art. 302 E-ZGB und Art. 320 VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 260 (= BeK II, Rn. 635 f.); Botsch.-ZGB, S. 36 f. (= BeK III, Rn. 11323 f.).

1837 Beim *freien Kindesvermögen* war dieses Nutzungsrecht ausgeschlossen; vgl. dazu Kapitel 5.2.2.3.2.

1838 Lag *kein Verschulden* vor, fand Art. 298 Abs. 2 ZGB Anwendung – dazu sogleich und Fn. 2045.

1839 Gemäss Art. 303 E-ZGB und Art. 321 VE-ZGB fiel der Ertrag „im übrigen" an diejenige Vermögensmasse, welche die ehelichen Lasten *„unmittelbar* zu tragen [hatte]".

1840 Egger stellte klar, dieses Recht umfasse auch die Verfügung über die Substanz; vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 292; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 292/293.

Bereits die *Erstauflage* zeigt, dass Egger im Nutzungsrecht der (beiden, vgl. nur Art. 293 ZGB[1841]) Eltern – wie im Nutzungsrecht des unter der Güterverbindung lebenden *Ehemannes* betreffend das eingebrachte Frauengut[1842] – eine *Beitragsleistung des Kindes* an die (von den Eltern getragenen) *Kosten* einerseits der Verwaltung seines Vermögens sowie andererseits seines Unterhalts bzw. seiner Erziehung, vgl. Art. 272 Abs. 1 ZGB[1843], erblickte.[1844] Egger begriff das elterliche *Nutzungsrecht* demzufolge *nicht* etwa als Ausfluss aus der *elterlichen Gewalt i.e.S.*, sondern als Ausfluss aus dem *Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder*.[1845] Diese konzeptionelle Vorstellung ist deshalb von Relevanz, weil sich daraus die in Art. 298 Abs. 2 ZGB[1846] statuierte und schon von Huber hervorgehobene[1847] Regelung erklärt, dass den Eltern das Nutzungsrecht – anders als das Verwaltungsrecht – erhalten blieb, wenn ihnen die elterliche Gewalt i.e.S. *ohne* ihr *Verschulden* entzogen wurde.[1848]
Mit Blick auf die in Art. 293 ZGB verordnete Ertragsverwendung sprach Egger von einer „*Belastung*" des elterlichen Nutzungsrechts.[1849] (Nur) betreffend des diese Belastung übersteigenden Betrages – vgl. den Wortlaut des Art. 293 ZGB: „im übrigen" – fielen die Erträge aus dem Kindesvermögen den Eltern zu.[1850] Insofern ist folgende Stelle aus Eggers *Erstauflage*, isoliert betrachtet, missverständlich:

> „Die *Nutzung* ist ein Recht, das den *Eltern zu eigenem Interesse* zusteht. Das liegt in der geschichtlichen Entwicklung begründet und bedeutet die Durchbruchstelle, an der auch das moderne Recht den *autoritativen Charakter* des Eltern- und Kindesverhältnisses noch anerkennt."[1851]

Klarer drückte sich Egger in der *Zweitauflage* aus, wo er bemerkte, in der „autoritären Stellung der Eltern […] läge keine hinreichende rechtliche Begründung" für das elterliche Nutzungsrecht:[1852]

> „Vielmehr muß der rechtfertigende Grund, wie schon des ehemännlichen […], so auch des elterlichen Nutzungsrechtes im *Gemeinschaftsgedanken* erkannt werden. Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder begründet vor allem die elterliche Unterhaltspflicht, Art. 272 Abs. 1, – ihr *Korrelat ist das Nutzungsrecht*[1853]. Damit leistet das *Kind seinen Beitrag* (Art. 271), keineswegs nur an den eigenen Unterhalt (Art. 293), sondern auch an die Lasten der ganzen Gemeinschaft der Eltern und Geschwister […]. Auch dieser

---

[1841] Vgl. auch EGGER I, Anm. 2 zu Art. 292, Anm. 2 zu Art. 293; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 292/293.
[1842] Vgl. dazu Kapitel I.b.4.1.1.1.2.
[1843] Zum Wortlaut der Bestimmung vgl. Text *nach* Fn. 1719.
[1844] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 293.
[1845] Vgl. denn auch EGGER II, Rn. 3, 7 zu Art. 292/293 und Kapitel 4.
[1846] Vgl. dazu Fn. 2045.
[1847] Vgl. Fn. 2045.
[1848] Vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 292/293 und Text zu Fn. 2047.
[1849] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 292/293; vgl. auch schon EGGER I, vor Anm. 1a zu Art. 293.
[1850] Vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 293; ebenso EGGER II, Rn. 8 zu Art. 292/293.
[1851] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 292.
[1852] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 292/293.
[1853] So implizit auch Huber, vgl. Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11323); Erl. Bd. I, S. 260 (= BeK II, Rn. 636); Prot., S. 342 (= BeK III, Rn. 2974).

rechtlichen Ordnung liegt die natürlich-sittliche Verbundenheit und gegenseitige Angehörigekeit zugrunde: auch die Kinder tragen das ihrige bei zum Gedeihen der Gemeinschaft, deren Glieder sie sind [...]."[1854]

Daraus erhellt, dass sich beide Kommentarauflagen entsprechen.

5.2 Stellung des Kindes

5.2.1 Gemeinschaftsgedanke

5.2.1.1 Ehrerbietungs- und Gehorsamspflicht, Art. 275 Abs. 1 ZGB

Gemäss Art. 275 Abs. 1 ZGB[1855] „[waren] die Kinder den Eltern *Gehorsam* und *Ehrerbietung* schuldig".

Die *Gehorsamspflicht* des Kindes verstand Egger als *Gegenstück zum elterlichen Erziehungsrecht*.[1856] Da Egger ebendieses letztlich aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Eltern und Kinder ableitete, ergibt sich, dass er auch die Gehorsamspflicht als Ausfluss dieses Gemeinschaftsverhältnisses verstand.[1857] Egger betonte allerdings, es bestehe „keine sklavische Gehorsamspflicht".[1858]

Die *Ehrerbietungspflicht* – die nach Eggers Ansicht „in der Ehrerweisung und in aller schuldigen Rücksichtnahme der Kinder gegen die Eltern" bestand – ergab sich für ihn „schon aus Art. 271", also aus der allgemeinen *Beistands- und Rücksichtspflicht*.[1859] Damit bildete die Ehrerbietungspflicht für Egger eine direkte Konsequenz des Gemeinschaftsverhältnisses der Eltern und Kinder, weshalb er sie auch ausdrücklich als – „die Unmündigkeit und die elterliche Gewalt" überdauernde – „Gemeinschaftspflicht" bezeichnete.[1860]

5.2.1.2 Handeln des Kindes für die Gemeinschaft, Art. 281 ZGB

Den *Eltern* stand, wie gezeigt, die Vertretung ihres Kindes zu.[1861] Gewissermassen umgekehrt, bestimmte Art. 281 ZGB[1862]: „*Kinder* unter elterlicher Gewalt können, wenn sie urteilsfähig sind, *unter Zustimmung* von Vater oder Mutter *für die Gemeinschaft handeln*, verpflichten damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern nach ihrem Güterstande." Egger bemerkte zunächst kritisch:

> „Den modernen Kodifikationen geht die Vorstellung der *Familie als einer Einheit* entweder völlig ab oder sie erhält doch keinen klaren Ausdruck und folgerichtige

---

[1854] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 292/293, vgl. auch Rn. 3, 8 zu Art. 292/293.
[1855] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1788.
[1856] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 275; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 273.
[1857] Zu einer weiteren Bedeutung des *Gemeinschaftsgedankens* vgl. den Text zu Fn. 1790.
[1858] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 275; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 275. Zur Bedeutung dieses Hinweises vgl. Kapitel 5.2.2.1, 5.2.2.4.
[1859] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 275; implizit EGGER II, Rn. 2 zu Art. 275, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 273.
[1860] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 275; für EGGER II vgl. den Text zu Fn. 1790; für Huber vgl. Text zu Fn. 1728.
[1861] Dazu Kapitel 5.1.1.3.
[1862] Materiell übereinstimmend Art. 292 E-ZGB und Art. 309 VE-ZGB.

> Durchführung. Insbesondere werden die *Kinder* für das Verhältnis nach außen durchwegs *wie hausfremde Dritte behandelt*. Dies entspricht nicht den tatsächlichen Verhältnissen und so muß dann ausgiebig mit der Annahme stillschweigend erteilter *Vollmachten* gearbeitet werden. So ist eine Vollmacht der Tochter anzunehmen, wenn sie an Stelle der Mutter die Hausgeschäfte besorgt, eine Vollmacht, die dann derjenigen aus der Schlüsselgewalt entsprechen mag. So gilt, daß der Sohn Handlungsbevollmächtigter sei, wenn der Vater ihn in seinem Geschäfte auch im Verkehr mit Dritten schalten und walten läßt […].“[1863]

Vor diesem Hintergrund hob Egger die in Art. 281 ZGB getroffene *abweichende* Regelung hervor:

> „Es genügt, daß es [sc. das Kind] mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden *Zustimmung* der Eltern ein *Rechtsgeschäft* vorgenommen hat, das nach den *gesetzlichen Bestimmungen zu Lasten des elterlichen Vermögens geht*: Der Sohn bestellt für sich einen Anzug. Er mietet (als Student) in der Stadt ein Zimmer, kauft die für seine Studien erforderlichen Bücher u. dergl. m. Die Folge ist, daß in solchen Fällen ohne weiteres und *ausschließlich die Eltern haftbar* werden […].“[1864]

Als bei Art. 281 ZGB von entscheidender Bedeutung hob Egger also hervor, dass das urteilsfähige Kind mit *Befugnis* der Eltern ein Rechtsgeschäft eingehe, welches von der *„elterlichen Unterhalts- und Fürsorgepflicht (Erziehung und Ausbildung)“* umfasst war.[1865] Diesfalls verpflichte das Kind nicht sich selbst, sondern seine *Eltern nach ihrem Güterstand*.[1866] In dieser Regelung erblickte Egger folglich – wie bei der Schlüsselgewalt der Ehefrau[1867] – den *Gemeinschaftsgedanken*.[1868]

5.2.2 Persönlichkeitsgedanke

5.2.2.1 Erziehungsanspruch, Art. 275 Abs. 2 ZGB

Nach Eggers Ansicht war die *elterliche Gewalt* im ZGB „als ein zum *Nutzen des Kindes* eingeräumtes Schutz- und Vertretungsrecht [ausgestaltet]“; Egger attestierte ihr einen „vormundschaftlichen Charakter“[1869].[1870] Daraus folgerte Egger, dem elterlichen Erziehungsrecht bzw. der elterlichen Erziehungspflicht stehe ein *Anspruch des Kindes auf Erziehung* gegenüber – und zwar einer solchen Erziehung, die den *Verhältnissen der Eltern entspreche*, vgl. Art. 275 Abs. 2 (1. Teilsatz[1871]) ZGB[1872].[1873]

[1863] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 281.
[1864] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 281; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 ff., 5 zu Art. 281.
[1865] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 281.
[1866] Vgl. diesen Gedanken auch schon in Kapitel 5.1.1.3.2.
[1867] Vgl. dazu Kapitel I.b.3.2.1.2.3.
[1868] Vgl. EGGER II, Rn. 1 ff. zu Art. 281; für EGGER I vgl. den Text zu Fn. 1863.
[1869] Zum *vormundschaftsbehördlichen Einschreiten* i.S.v. Art. 283 ff. / 297 f. ZGB vgl. Kapitel 5.2.2.4.
[1870] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 273 ff., vgl. auch Vorbem. 2 zu Art. 273 ff. (und ebenso EGGER II, Rn. 1 zu Art. 273): „Schutz- und Fürsorgeverhältnis“, Anm. 1a zu Art. 292; EGGER II, Rn. 4, 5 f., 13 zu Art. 273.
[1871] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1762.
[1872] So der Gesetzeswortlaut; vgl. Kapitel 5.1.1.2. Beachte auch den Text zu Fn. 1787.
[1873] EGGER I, Vorbem. 3a, 3c zu Art. 273 ff.; für EGGER II vgl. Text zu Fn. 2009.

Dieser Erziehungsanspruch zielte nach Eggers Auffassung auf folgende *Ziele* ab:

> „Die Auferziehung des Kindes muß ein zweifaches Ziel verfolgen: *Das Kind muß um seiner selbst willen erzogen werden.* Es muß in seiner Individualexistenz erhalten und gesichert werden. Es muß soweit gebracht werden, daß es sich *im Leben zu behaupten vermag*. Außerdem muß es aber auch zu einem brauchbaren Glied in der Rechtsgemeinschaft erzogen werden[1874]. *Diese Ziele* machen es den *Eltern zur Pflicht*, den Kindern eine angemessene körperliche *Pflege* zuteil werden zu lassen und alles zu tun, was die Kinder vor Krankheit, Verkrüppelung, Siechtum bewahrt […]. Ferner haben sie das Kind zu *erziehen* und für seine geistige *Ausbildung*, die intellektuelle und die sittliche, Sorge zu tragen […].“[1875]

Nach Eggers Ansicht hatten die Eltern das Kind im Rahmen der Erziehung also insbesondere auf ein selbständiges Bestehen im Leben vorzubereiten. Als zentrale Voraussetzungen dafür betonte Egger neben der gesundheitlichen Pflege auch die Sorge um die „geistige Ausbildung“. Konkret bemerkte er zur elterlichen Pflicht, für die *berufliche Ausbildung* der Kinder Anordnungen zu treffen, Art. 276 Abs. 1 ZGB[1876]:

> „Die Ermöglichung einer Berufserlernung ist für das *Wohl des Kindes* von grundlegender Bedeutung. Die Berufsausübung schützt vor Verwahrlosung, Verkommenheit, Verbrechen […]. Für eine Berufserlernung muß deshalb auch bei ökonomischem Unvermögen der Eltern gesorgt werden, selbst dann, wenn die verwandtschaftliche Unterstützungspflicht (Art. 328) oder gar die Armenpflege in Anspruch genommen werden muß […].“[1877]

Diese Überlegung legte Egger auch seinen Ausführungen zu Art. 275 Abs. 2 (2. Teilsatz[1878]) ZGB zugrunde, der die Eltern verpflichtete, „auch den körperlich oder geistig *gebrechlichen*[1879] *[sc. Kindern]* eine angemessene *Ausbildung zu verschaffen*“. Solche Kinder betrachtete Egger als „ganz besonders gefährdet“ – denn „ihnen gegenüber [versagt] zumeist der Schulzwang“.[1880] Er konstatierte, „das Z.G.B. ist das erste privatrechtliche Gesetzbuch“, welches eine derartige Pflicht der Eltern kenne, und wies darauf hin, dass diese Kinder „zu einem großen Teil entweder heilbar oder doch in hohem Maße erziehbar und bei richtiger Ausbildung fähig [sind], einen Beruf zu erlernen“.[1881] Egger betonte:

[1874] Vgl. dazu Kapitel 5.1.1.2.2.

[1875] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 275; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 275, wo Egger bemerkte: „[…] die Erziehung i.w.S. [umfaßt] […] einerseits das leibliche Wohl (Art. 274 Abs. 1), anderseits die geistige Entwicklung, die Weckung und Förderung der Kräfte des Intellektes, des Gemüts und Charakters. Das Kind soll befähigt werden, seiner eigenen und höchstpersönlichen Bestimmung leben und zugleich seine Stellung in der Gemeinschaft ausfüllen zu können.“

[1876] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1762.

[1877] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 276; für EGGER II vgl. Text zu Fn. 1794, Rn. 66 zu Art. 405.

[1878] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 1763.

[1879] Für Beispiele vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 275; EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 275.

[1880] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 275; vgl. auch EGGER II – dazu sogleich im Text zu Fn. 1882.

[1881] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 275, vgl. auch Anm. 3c zu Art. 275; EGGER II, Rn. 11, 15 zu Art. 275.

„Die Gebrechen der Anormalen *belasten die Betroffenen*; sie hindern sie am (erfolgreichen) Schulbesuch, in der körperlichen und geistigen Entwicklung, in der Berufsausbildung, im Lebenskampf; sie selber leiden unter ihrer Minderwertigkeit und Zurücksetzung. Sie fallen aber auch, als arbeitsunfähig und hilfsbedürftig, der *Oeffentlichkeit zur Last*. Dabei wären die Gebrechen (bes. Blindheit und Taubstummheit) in vielen Fällen von Haus aus bei richtiger und rechtzeitiger Behandlung vermeidbar. In vielen Fällen können sie auch behoben oder gebessert werden. Vor allem hat die Gesellschaft den Gebrechlichen dadurch Unrecht getan, daß sie sich ihrer Ausbildung, weil vermeintlich erfolglos, nicht annahm, während in Wirklichkeit viele Anormale durchaus ausbildungsfähig sind. Die Erfolge verständnisvoller Fürsorge sind groß. Viele der betroffenen Kinder sind beruflicher Ausbildung zugänglich. Darin liegt nicht nur, was der soziale Utilitarismus in den Vordergrund stellt, eine Entlastung der Oeffentlichkeit, sondern es ist vor allem ein Gebot der Menschlichkeit, die Opfer dieser Gebrechen einem reicheren, menschenwürdigeren Dasein zurückzugewinnen."[1882]

Das Gesagte zeigt, dass Egger (generell) den Anspruch eines (jeden) Kindes auf Erziehung – zwar nicht nur[1883], aber doch entscheidend – mit den *Interessen des Kindes*, also dem *Persönlichkeitsgedanken*, begründete. Dieser Umstand ist (auch) aus konzeptioneller Sicht von Bedeutung, da er vermuten lässt, dass Egger im *Kindeswohl* die *Schranken des elterlichen Erziehungsrechts* erblickte. Diese Vermutung bestätigt sich bei Eggers Ausführungen zu jenen Elternrechten, die er aus dem Erziehungsrecht ableitete:[1884] Zum Recht nach Art. 275 Abs. 3 ZGB, den *Personennamen des Kindes zu bestimmen*, stellte Egger klar, die Eltern dürften dem Kinde „keinen anstößigen Namen geben und keinen, der das Kind der Lächerlichkeit preisgäbe".[1885] Sodann hielt Egger fest, wenn die Eltern beim Treffen von Anordnungen bezüglich der beruflichen Ausbildung des Kindes beispielsweise nicht – wie es das Gesetz in Art. 276 Abs. 2 ZGB[1886] vorschrieb – auf die *„körperlichen und geistigen Fähigkeiten und die Neigung"* desselben *Rücksicht*[1887] nähmen, könne im Rahmen von Art. 283 ff. ZGB[1888] die Vormundschaftsbehörde angerufen werden.[1889] Gleiches gelte auch für die Verletzung der Pflicht i.S.v. Art. 275 Abs. 2 (2. Teilsatz) ZGB, gebrechlichen Kindern eine Ausbildung zu verschaffen.[1890] Sodann hob Egger bezüglich des *Entscheidungsrechts* des Vaters hervor, dieses Recht dürfe nicht missbräuchlich ausgeübt werden, was

---

[1882] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 275; für einen historischen Abriss der Hintergründe des Art. 275 Abs. 2 (2. Teilsatz) ZGB vgl. EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 275, vgl. sodann Rn. 11, 16 zu Art. 275.

[1883] Vgl. bei Fn. 1874 sowie Eggers Hinweis in der eben zit. Aussage, wonach gebrechliche Personen „der Oeffentlichkeit zur Last [fallen]".

[1884] Vgl. aber auch der entsprechende *allgemeine* Hinweis in EGGER II, Rn. 6 zu Art. 273.

[1885] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 275; vgl. auch EGGER II, Rn. 16 zu Art. 275. Anders als das ZGB und der E-ZGB bestimmte Art. 305 Abs. 2 VE-ZGB übrigens ausdrücklich: „Die Eintragung anstössiger Namen hat der Zivilstandsbeamte zu verweigern."

[1886] Materiell übereinstimmend Art. 286 Abs. 2 E-ZGB und Art. 302 Abs. 2 VE-ZGB.

[1887] Diese Pflicht der Eltern begründete Egger mit dem „*Interesse des Kindes* und der *Allgemeinheit*"; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 276; für EGGER II vgl. Text zu Fn. 1794.

[1888] Vgl. dazu Kapitel 5.2.2.4.

[1889] EGGER I, Anm. 2, 3, 1a zu Art. 276; EGGER II, Rn. 1, 2 f. zu Art. 276, vgl. auch Rn. 66 f. zu Art. 405.

[1890] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 283; EGGER II, Rn. 15 i.V.m. Rn. 13 zu Art. 275.

anhand der „Zweckdienlichkeit für die Interessen des Kindes“ zu beurteilen sei:[1891] Egger stellte klar, „Entscheide des Vaters, welche die Interessen des Kindes offenbar verletzen, binden die Mutter nicht“, wobei Egger auch hier für den Fall, dass der Vater auf seiner Entscheidung beharren sollte, auf die Möglichkeit zur Anrufung der Vormundschaftsbehörde i.S.v. Art. 283 ff. / 297 f. ZGB[1892] hinwies.[1893] Dieser Vorstellung entsprach es, wenn Egger zur *Gehorsamspflicht des Kindes* bemerkte, diese Pflicht gelte nicht absolut:

> „Nie ist der Anspruch auf Gehorsam ein absoluter; Zumutungen widerrechtlicher oder unsittlicher Art darf das Kind zurückweisen; gegen Mißbrauch der elterlichen Autorität steht ihm, wie dem andern Elternteil, die Beschwerde an die Vormundschaftsbehörde offen, Art. 283.“[1894]

In diesem Zusammenhang wies Egger sogar ausdrücklich auf Schranken des Erziehungsrechts hin:

> „Die Eltern dürfen ihre Befolgung denn auch nur in den *rechtlichen Schranken*, welche dieser Aufgabe [sc. der Erziehung] gezogen sind, beanspruchen. Also *nicht mißbräuchlich*, nicht zur Erzwingung eines Verhaltens, das das *Wohl des Kindes* gefährden und ein *Einschreiten der Vormundschaftsbehörde begründen* würde (Art. 283 ff.). Es gibt auch hier keine sklavische Gehorsamspflicht. Das *Recht der Persönlichkeit* und das *Prinzip der Gemeinschaft* bleiben vorbehalten.“[1895]

Endlich bemerkte Egger im Hinblick auf Art. 278 ZGB, welcher den Eltern gestattete, „die zur Erziehung der Kinder nötigen *Züchtigungsmittel anzuwenden*“:

> „Der Umfang des Züchtigungsrechtes ergibt sich aus seinem Zweck. Die Eltern dürfen nur die Züchtigungsmittel anwenden, welche für die Erziehung notwendig sind […]. Welche Mittel notwendig sind, entscheiden die Eltern im Einzelfall. Auf alle Fälle muß immer ein Erziehungszweck mit der Anwendung der Züchtigungsmittel verfolgt werden […] und es muß – schon deshalb – immer auch ein Züchtigungsanlaß (Ungezogenheit) vorliegen. Dabei kann die Züchtigung eine körperliche sein, sie kann in Freiheits- oder Ehrenstrafe bestehen […].“[1896]

Eine „Überschreitung des Züchtigungsrechtes“ war für Egger dann gegeben,

> „wenn an sich erlaubte Züchtigungsmittel zu nicht erlaubtem Zwecke angewendet werden, also wenn das Kind gezüchtigt wird, ohne daß ein hinreichender Grund dazu vorlag, ohne also daß die Züchtigung durch die Aufgaben der Erziehung gerechtfertigt erscheint […]. Ferner ist die Überschreitung gegeben, wenn unrichtige Züchtigungsmittel angewendet werden. Solche Mißgriffe liegen in der Anwendung von

---

[1891] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 274; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 274.

[1892] Vgl. dazu Kapitel 5.2.2.4.

[1893] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 274, vgl. auch Anm. 3c zu Art. 273; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 274. Als Beispiele nannte Egger etwa die Gestattung „täglichen Weingenuß[es], die Lektüre von Verbrechergeschichten, den Besuch ungeeigneter kinematographischer Aufführungen“, das Treffen einer ungeeigneten Berufswahl für das Kind oder die Ausbeutung der „Arbeitskraft des Kindes“; vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 274.

[1894] EGGER II, Rn. 3 i.V.m. Rn. 2 zu Art. 275; für EGGER I vgl. sogleich Text zu Fn. 1895.

[1895] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 275.

[1896] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 278; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 278.

> unproportionalen Strafen und von erziehungswidrigen, also zweckwidrigen Züchtigungsmitteln, wie sie insbesondere in den psychischen Mißhandlungen liegen. Sie liegen aber stets auch in der exzessiven Anwendung jeglicher Züchtigungsmittel, so wenn die Züchtigung zu einer Körperverletzung oder sonst zu einer Gesundheitsschädigung führt."[1897]

Auch hier wies Egger auf die Möglichkeit zur Anzeige an die Vormundschaftsbehörde hin.[1898]

Aus dem Gesagten erhellt, dass Egger beim Anspruch des Kindes auf Erziehung davon ausging, dass Letztere im Einklang mit dem Kindeswohl zu stehen hatte. Damit setzte Egger dem Erziehungsrecht der Eltern Schranken. Bemerkenswert dabei ist, dass Egger diese Vorstellung auch im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur *elterlichen Vertretung* deutlich machte: Bekanntlich kam den Eltern „die Vertretung des Kindes gegenüber dritten Personen *im Umfang der ihnen zustehenden Gewalt*" zu, Art. 279 Abs. 1 ZGB. Bereits in der *Erstauflage* hielt Egger – mit Blick auf Verträge, welche für das Kind über den Eintritt von dessen Mündigkeit hinaus wirkten, wie namentlich Lehrverträge[1899] – fest, die Schranken des elterlichen Vertretungsrechts lägen „in den beschränkten Aufgaben der elterlichen Gewalt selbst"; „zu solchen Verträgen sind die Eltern nur insoweit befugt, als sich ihr Abschluß aus der *Wahrung der Interessen des Kindes* rechtfertigen lässt".[1900] Auch in der Zweitauflage betonte Egger, die Eltern müssten „die Vertretungsbefugnis so ausüben, wie es die Fürsorgepflicht erfordert".[1901] Diese Aussagen Eggers in Verbindung mit dem Passus in Art. 279 Abs. 1 ZGB, wonach den Eltern die Vertretung des Kindes „im *Umfang* der ihnen zustehenden Gewalt" zustehe, erweckt den Eindruck, als sei Egger von einer *aussenwirksamen* Schranke der elterlichen Vertretungs*macht* ausgegangen. Dies trifft in der Tat zu: So unterstellte einerseits Art. 282 ZGB Rechtsgeschäfte zwischen Eltern und Kindern respektive zwischen Kindern und Dritten im Interesse von Vater oder Mutter einer vormundschaftsbehördlichen Genehmigungspflicht – hier ging Egger in beiden Kommentarauflagen von einer aussenwirksamen Schranke der elterlichen Vertretungsmacht aus.[1902] Andererseits nahm Egger in der *Zweitauflage* – überdies – eine aussenwirksame Beschränkung der elterlichen Vertretungsmacht stets bei *Bösgläubigkeit des Vertragspartners* an, da sich Art. 282 ZGB „als zu eng erwiesen" habe:[1903] Zumindest, wenn der Vertragspartner um die pflichtwidrige

---

[1897] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 278; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 278.

[1898] EGGER I, Anm. 4 zu Art. 278; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 278.

[1899] Dieser Vertrag *bereitete* die *berufliche Betätigung* des Kindes nach Eggers Ansicht (lediglich) *vor*. Da den Eltern die Sorge um die berufliche *Ausbildung* des Kindes oblag, Art. 276 ZGB, nahm Egger daher an, dass die Eltern diesen Vertrag in *eigenem Namen* abschlossen, wobei es sich s.E. aber auch um einen *echten Vertrag zugunsten Dritter* (des Kindes) i.S.v. Art. 112 OR handeln konnte; regelmässig sei sogar *zugleich* das Kind selbst *Vertragspartei*. Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 6 f. i.V.m. Rn. 5 zu Art. 281; s. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 276.

[1900] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 279; vgl. auch EGGER II, Rn. 15 zu Art. 279.

[1901] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 279.

[1902] Vgl. dazu sogleich Kapitel 5.2.2.2.

[1903] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 282.

– missbräuchliche – Vertretungshandlung *wusste*[1904], musste ihm dieser Umstand nach Eggers Ansicht entgegengehalten werden können.[1905] *Diese* Vorstellung findet sich in der *Erstauflage* noch nicht – mit der gleichen Folge, wie Egger in der Zweitauflage implizit für den Fall der Gutgläubigkeit des Vertragspartners propagierte: Hier blieben die Rechtsgeschäfte, selbst wenn sie den Kindesinteressen eigentlich zuwiderliefen, – zumindest vorläufig – *wirksam*, eröffneten aber immerhin die *behördliche Einschreitemöglichkeit*[1906].

5.2.2.2 Schadensersatzanspruch bei pflichtwidriger Ausübung der elterlichen Vermögensrechte, Art. 300 Abs. 1 i.V.m. Art. 752 Abs. 1 ZGB

Die Eltern – denen mit der elterlichen Gewalt i.e.S. auch die *Verwaltung* und[1907] *Nutzung* des Kindesvermögens zukam[1908] – hatten gemäss Art. 299 ZGB[1909] „nach dem Aufhören[1910] der elterlichen Gewalt […] das Kindesvermögen auf Grund einer Abrechnung an das mündige Kind oder an den Vormund herauszugeben". Dabei waren sie „für die Rückleistung […] gleich einem Nutzniesser verantwortlich", Art. 300 Abs. 1 ZGB[1911]. Sie hatten „für das, was sie in guten Treuen veräussert [hatten]", den „Erlös zu ersetzen", Art. 300 Abs. 2 ZGB[1912], – keinen Ersatz schuldeten sie hingegen „für Beträge, die sie befugtermassen[1913] für das Kind selbst verwendet [hatten]", Art. 300 Abs. 3 ZGB[1914].[1915]
Nach Eggers Ansicht bezweckte die in Art. 299 ZGB erwähnte Abrechnung, dem Kind einen Überblick über den aktuellen Vermögensstand sowie Einsicht in „Einnahmen und Ausgaben, also die Art der Verwaltung und die Gründe einer allfälligen Verminderung des Vermögens" zu verschaffen.[1916] Daraus ergibt sich, dass

---

[1904] *Zumindest* bei *verdeckten Interzessionsgeschäften* genügte für Egger aber schon das Kennensollen, EGGER II, Rn. 10 zu Art. 282.
[1905] Vgl. EGGER II, Rn. 15 zu Art. 279, Rn. 2 und insbes. Rn. 9 ff. zu Art. 282.
[1906] Dazu Kapitel 5.2.2.4.
[1907] Zur *Trennbarkeit* dieser beiden Rechte vgl. Fn. 2045 und Text zu Fn. 1848.
[1908] Zu den *elterlichen Vermögensrechten* vgl. Kapitel 5.1.2.
[1909] Materiell übereinstimmend, aber ohne die Abrechnung erwähnend, Art. 309 E-ZGB und Art. 327 VE-ZGB.
[1910] Aufhören konnte die elterliche Gewalt bei *einem* Elternteil, so bei der Entziehung der elterlichen Gewalt gegenüber ihm und bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung. Anwendung fand dann jeweils Art. 291 ZGB (dazu Fn. 1828). Art. 299 ZGB griff somit nur, wenn die elterliche Gewalt *beider* Eltern (insb. wegen Eintritts der Mündigkeit des Kindes oder wegen der Entziehung der elterlichen Gewalt gegenüber beiden Eltern) aufhörte; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 299; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 299.
[1911] Identisch Art. 310 Abs. 1 E-ZGB und Art. 328 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 260 ff. (= BeK II, Rn. 635, 640); Botsch.-ZGB, S. 37 (= BeK III, Rn. 11325).
[1912] Materiell übereinstimmend Art. 310 Abs. 2 E-ZGB und Art. 328 Abs. 2 VE-ZGB; im Übrigen vgl. Fn. 1911.
[1913] Vgl. dazu Art. 272 Abs. 2 ZGB (dazu sogleich) – für den Wortlaut dieser Bestimmung s. Fn. 1721.
[1914] Identisch Art. 310 Abs. 3 E-ZGB und Art. 328 Abs. 3 VE-ZGB; im Übrigen vgl. Fn. 1911.
[1915] Art. 301 ZGB statuierte ein *Vorrecht der Erstazforderung* des Kindes bei Pfändung bzw. Konkurs der Eltern; ebenso Art. 311 E-ZGB und Art. 329 VE-ZGB.
[1916] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 299; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 299.

Egger der Abrechnung eine entscheidende Rolle für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen des Kindes gegen die Eltern zumass. Für diese Verantwortlichkeit der Eltern verwies das Gesetz in Art. 300 Abs. 1 ZGB (unter Vorbehalt der Art. 300 Abs. 2 und 3 ZGB) auf das Nutzniessungsrecht – womit der Verantwortlichkeit der Eltern letztlich derselbe Gedanke zugrundelag wie der Verantwortlichkeit des unter der Güterverbindung lebenden *Ehemannes*[1917].[1918]

Das Gesagte macht deutlich, dass die *pflichtwidrige Ausübung* der elterlichen Vermögensrechte eine Verantwortlichkeit der Eltern gegenüber dem Kinde begründete. Dies führt zur Frage, was Egger unter einer *pflichtgemässen* Ausübung dieser Elternrechte verstand. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass Egger die elterlichen Vermögensrechte konzeptionell als eng mit der elterlichen Gewalt i.e.S. verbunden begriff.[1919] Dies hatte zur Folge, dass s.E. auch die elterlichen Vermögensrechte im *Interesse des Kindes* auszüben waren.[1920] Mit Blick auf die (weitgehend selbständige Stellung[1921] der Eltern bei der) Ausübung des *Verwaltungsrechts* betonte Egger deshalb:

> „Diese selbständige Stellung wurde den Eltern eingeräumt um ihrer selbst willen, aber auch, weil sie zugleich im Interesse des Kindes liege. Deshalb findet sie an diesem auch ihre Schranke. Die Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern ist stets und notwendigerweise *zweckgebunden* […]. Die Verwaltung ist nicht nur *Recht*, sondern auch *Pflicht* […], und schon daraus ergibt sich, daß sie auch *pflichtgemäß und getreu besorgt* werden muß […]. Dafür tragen die *Eltern die Verantwortung, Art. 300*.“[1922]

Egger erblickte also im *Kindeswohl* – im Schutze seines Vermögens – eine Schranke der elterlichen Freiheit bei der Ausübung ihres Verwaltungsrechts. Er stellte klar, die Eltern unterlägen der Pflicht zur „ordentlichen, gewissenhaften und sorgfältigen Verwaltung“, wobei sich eine solche s.E. durch eine *sichere* – nicht-spekulative – und *werterhaltende* Anlage des Kindesvermögens auszeichnete.[1923]

Diese Vorstellung von Schranken des Verwaltungsrechts machte Egger in der *Zweitauflage* auch im Zusammenhang mit der elterlichen *Vertretung* deutlich:

> „Das Gesetz kennt keine ‚freie‘ Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 290[1924]); diese ist wohl selbständig, Abs. 2, aber durchaus zweckgebunden […]. Und wenn schon jede, auch die rechtsgeschäftliche, Vertretungsbefugnis grundsätzlich im Interesse des Vertretenen ausgeübt werden muß, […] dann muß vollends die elterliche Vertretungsmacht pflichtgebunden sein: sie steht im Dienste der elterlichen Fürsorge.

[1917] Vgl. dazu Kapitel I.b.4.1.1.1.2 (dort insbesondere Fn. 1216) und Kapitel I.b.4.2.1.3.

[1918] Vgl. EGGER I, Komm. zu Art. 300; EGGER II, Komm. zu Art. 300.

[1919] Vgl. Kapitel 5 und 5.1.1.

[1920] Vgl. nur Fn. 1922.

[1921] Zu dieser *selbständigen Stellung* der Eltern vgl. Text zu Fn. 1833.

[1922] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 290, vgl. auch Rn. 1, 3 zu Art. 290; EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 290 ff., Anm. 1c, 1d, 1f zu Art. 290.

[1923] EGGER I, Anm. 1d zu Art. 290; EGGER II, Rn. 1, 7 zu Art. 290.

[1924] Für den Wortlaut dieser Norm vgl. Kapitel 5.1.2.1.

[…] Diese Beschränkung ist eine Selbstverständlichkeit für das Innenverhältnis; nach Abs. 1 [sc. des Art. 279 ZGB] gilt sie auch im Außenverhältnis."[1925]

In der *Zweitauflage* nahm Egger also, wie bereits am Ende des vorangehenden Kapitels dargestellt, in bestimmten Konstellationen eine „Beschränkung […] im Außenverhältnis" an. Diese Ansicht entspricht bekanntlich (und nur) insofern Eggers *Erstauflage*, als sie Art. 282 ZGB[1926] betrifft.[1927] Diese Norm bestimmte, dass wenn „ein Kind durch ein Rechtsgeschäft mit Vater oder Mutter, oder durch ein solches mit einem Dritten im Interesse von Vater oder Mutter verpflichtet werden [sollte], […] ein Beistand mitzuwirken[1928] und die Vormundschaftsbehörde das Geschäft zu genehmigen [hatte]". Art. 282 ZGB bezweckte nach Eggers Ansicht also den Schutz des Kindesvermögens, da in den genannten Konstellationen „die Gefahr eines Interessenkonfliktes[1929] [vorliegt], der es ausschließt, daß die Eltern als Vertreter des Kindes handeln könnten".[1930] Die ausbleibende behördliche Genehmigung hatte nach Eggers in beiden Kommentarauflagen kundgetaner Ansicht – wie bei Art. 424 i.V.m. 421 f. und Art. 411 ZGB[1931] – die *Unwirksamkeit* des Rechtsgeschäfts *ex tunc* zur Folge.[1932]
Als pflichtwidrig – und damit die Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 300 Abs. 1 ZGB begründend – begriff Egger sodann (in beiden Kommentarauflagen) Verstösse gegen *Art. 272 Abs. 2 ZGB*[1933]:[1934] Diese Bestimmung gestattete den Eltern in Ausnahmesituationen, das Kindes*vermögen* (also nicht nur dessen *Erträge*, an denen sie nutzungsberechtigt waren, Art. 292 f. ZGB) für die Tragung der Unterhalts- bzw. Erziehungskosten des Kindes anzugreifen – falls die Vormundschaftsbehörde dazu ihre Erlaubnis gab. Ohne dieselbe betrachtete Egger das Angreifen des Kindesvermögens, eben, als pflichtwidrig.
Neben dem Verwaltungsrecht der Eltern begriff Egger bekanntlich auch deren *Nutzungsrecht* als (zumindest teilweise) *belastet* – als zweckgebunden –, schrieb Art. 293 ZGB den Eltern doch vor, dass die Erträge des Kindesvermögens „in erster Linie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden" waren.[1935] Implizit begründeten nach Eggers Ansicht also auch Verstösse der Eltern gegen diese

---

[1925] EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 279, vgl. insbes. auch Rn. 7 zu Art. 290.
[1926] Materiell übereinstimmend Art. 293 E-ZGB; abw. Art. 310 VE-ZGB, der keine behördliche Genehmigungspflicht vorschrieb.
[1927] Vgl. neben Kapitel 5.2.2.1 a.E. auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 290; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 290.
[1928] Vgl. Art. 392 Ziff. 2 ZGB und dazu Kapitel III.b.1.
[1929] Egger legte Art. 282 ZGB weit aus, insbesondere propagierte er die Anwendbarkeit der Norm auch bezüglich Rechtsgeschäften zwischen dem Kind und seinen Geschwistern; vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 282; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 282.
[1930] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 282, vgl. auch Anm. 2 zu Art. 282; EGGER II, Rn. 1, 5, 8, 9 zu Art. 282.
[1931] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.2.3.
[1932] Vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 282; implizit EGGER II, Rn. 13 a.E. zu Art. 282.
[1933] Vgl. oben Fn. 1913.
[1934] Vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 290; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 290.
[1935] Vgl. dazu Kapitel 5.1.2.2; EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 290 ff., Anm. 1b zu Art. 293; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 292/293.

Pflicht eine *Verantwortlichkeit* i.S.v. Art. 300 Abs. 1 ZGB gegenüber dem Kinde.[1936]

5.2.2.3 Selbständiges Handeln des Kindes

5.2.2.3.1 Beschränkte Handlungsunfähigkeit des Kindes, Art. 280 i.V.m. Art. 19 i.V.m. Art. 410 f. ZGB

Gemäss Art. 280 Abs. 1 ZGB[1937] „[hatte] das Kind unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person".[1938] Dabei „[fanden] die Bestimmungen über die Vertretung durch den Vormund entsprechende Anwendung, mit Ausschluss der Vorschrift betreffend Mitwirkung der Bevormundeten bei der Vermögensverwaltung[1939]", Art. 280 Abs. 2 ZGB[1940].
Zum einen erblickte Egger in Art. 280 ZGB zunächst einen Verweis auf *Art. 19 Abs. 1 und 3 ZGB*[1941], die ihrerseits in den vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen der Art. 410 f. ZGB[1942] näher ausgeführt wurden.[1943] Ein *urteilsfähiges* Kind konnte demnach selbständig rechtsgeschäftlich handeln, wenn eine vorgängige Zustimmung oder eine nachträgliche Genehmigung der Eltern vorlag[1944]; ferner war ein solches Kind deliktsfähig.[1945] Sodann lag in Art. 280 ZGB für Egger ein Verweis auf *Art. 19 Abs. 2 ZGB*, wonach *urteilsfähige* Unmündige ohne Zustimmung ihrer Eltern unentgeltliche Vorteile erlangen sowie Rechte ausüben konnten, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustanden.[1946]
Zum andern erblickte Egger in Art. 280 ZGB einen Verweis auf die im Vormundschaftsrecht geregelte erweiterte Handlungsfähigkeit i.S.v. *Art. 412 ZGB* bzw. auf das das freie Vermögen des Bevormundeten i.S.v. *Art. 414 ZGB*.[1947] Bezogen auf den vorliegenden Zusammenhang geht es im Folgenden somit um das *freie Kindesvermögen*:

[1936] Im Übrigen vgl. auch Eggers Ausführungen zum *behördlichen Einschreiten* i.S.v. Art. 297 f. ZGB bei pflichtwidriger Ausübung der elterlichen Vermögensrechte – dazu Kapitel 5.2.2.4, 5.2.2.4.3.
[1937] Identisch Art. 291 Abs. 1 E-ZGB und Art. 308 Abs. 1 VE-ZGB.
[1938] Gemäss Art. 280 Abs. 3 ZGB „[haftete] für Verpflichtungen des Kindes sein Vermögen ohne Rücksicht auf die elterlichen Vermögensrechte". Materiell übereinstimmend Art. 291 Abs. 2 E-ZGB und Art. 308 Abs. 2 VE-ZGB. Eine Mithaftung der Eltern war dabei nicht vorgesehen; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 280; EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 280 – vgl. aber Art. 281 ZGB und dazu Kapitel 5.2.1.2.
[1939] Zu dieser Mitwirkung vgl. Art. 409 ZGB und dazu Kapitel III.a.4.2.2.1, III.a.4.2.4, III.a.4.3.
[1940] Der E-ZGB und VE-ZGB sahen diese Regelung nicht explizit vor.
[1941] Zum Wortlaut des Art. 19 ZGB vgl. Fn. 122.
[1942] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.3.2.
[1943] Vgl. EGGER I, Komm. zu Art. 280; EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 280.
[1944] Für die Frage der *Rechtsfolgen* bei fehlender Zustimmung bzw. ausbleibender Genehmigung vgl. Fn. 3269.
[1945] Wie Fn. 1943.
[1946] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 279, Anm. 1 zu Art. 282; EGGER II, Rn. 11 zu Art. 279, Rn. 8 zu Art. 282. Zu Art. 19 Abs. 2 ZGB vgl. Kapitel A.1.2 a.E. m.w.H.
[1947] Wie Fn. 1943.

5.2.2.3.2 Freies Kindesvermögen als Sondergut des Kindes, Art. 294 ff. ZGB

Unter der Marginalie „freies Kindesvermögen" regelten die Art. 294-296 ZGB den *rechtsgeschäftlichen* und den *gesetzlichen Ausschluss der elterlichen Vermögensrechte* am freien Kindesvermögen. Analog zur Terminologie des Ehegüterrechts sprach Egger daher von einem *„Sondervermögen"* – von einem *„Sondergut"* – des Kindes.[1948] Dieses Sondergut diente s.E. „der werdenden oder künftigen Selbständigkeit des Kindes" – „es soll die wirtschaftliche Loslösung vom Elternhaus erleichtern, das Kind als selbständiges Glied in das Wirtschaftsleben einführen helfen".[1949]

5.2.2.3.2.1 Rechtsgeschäftliche Begründung freien Kindesvermögens, Art. 294 ZGB

Art. 294 Abs. 1 ZGB[1950] bestimmte: „Was dem Kinde unter der Bestimmung, dass es ihm zinstragend angelegt werde, oder als Spargeld oder mit der ausdrücklichen Befreiung von der elterlichen Nutzung zugewendet wird, ist von dieser *Nutzung ausgenommen*." In solchen Fällen wurden folglich die *Erträge* des zugewendeten freien Kindesvermögens wiederum freies Kindesvermögen.[1951] An Letzterem stand den Eltern (nur) das Verwaltungsrecht zu.[1952]
Selbst das elterliche Verwaltungsrecht konnte allerdings entfallen, „wenn dies bei der Zuwendung ausdrücklich bestimmt [wurde]", Art. 294 Abs. 2 ZGB[1953].[1954] Es fragt sich nach den *rechtlichen Konsequenzen* des Ausschlusses von elterlicher Nutzung und *zugleich* elterlicher Verwaltung. In der *Erstauflage* hielt Egger dazu fest, es könne „wohl der Zuwendende selbst für eine Verwaltung besorgt sein".[1955] Ansonsten, wenn „eine *geeignete* Verwaltung fehlen sollte, muß ein Beistand bestellt werden", so Egger.[1956] Auf die Bedeutung der allfälligen *Urteilsfähigkeit des unmündigen Kindes*, welches aufgrund ebendieser Urteilsfähigkeit die Verwaltung selbst besorgen könnte, ging Egger an dieser Stelle nicht ein. Da er in der *Erstauflage* im Zusammenhang mit dem freien Vermögen des *Bevormundeten* i.S.v. Art. 414 ZGB aber von einer

---

[1948] EGGER I, Vorbem. 2a zu Art. 290 ff., Anm. 1 zu Art. 294, Anm. 2 zu Art. 296; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 294, Rn. 2, 7 zu Art. 295, Rn. 5, 2 zu Art. 296. Analog zum Sondergut der Ehefrau (vgl. bei Fn. 1322), bezeichnete Egger auch das freie Kindesvermögen als *„Ausnahm[e]"* von der elterlichen Nutzung bzw. Verwaltung, die er damit implizit als *Regel* qualifizierte; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 294. Sodann galt s.E. auch hier das *„Surrogationsprizip"*; EGGER I, Anm. 3a zu Art. 294; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 294. Für die weitere Parallele zum ehegüterrechtlichen Sondergut betreffend die *Begründungsart* vgl. bei Fn. 1169.
[1949] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 294.
[1950] Wörtlich fast identisch Art. 304 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 322 VE-ZGB.
[1951] Vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 294; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 294.
[1952] Wie Fn. 1951.
[1953] Materiell übereinstimmend Art. 304 Abs. 2 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt keine solche Regelung.
[1954] Wie Fn. 1951.
[1955] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 294.
[1956] Wie Fn. 1955.

„Einräumung der Handlungsfähigkeit" i.S.v. Art. 412 ZGB[1957] ausging, ist zu vermuten, dass Egger diese Ansicht auch in vorliegendem Zusammenhang vertrat.[1958] Auch in der *Zweitauflage* äusserte sich Egger zu dieser Frage nicht direkt.[1959] Bezüglich des freien Vermögens des *Bevormundeten* nahm Egger hier jedoch an, Art. 414 ZGB räume dem Bevormundeten *nicht* eine *beschränkte Handlungsfähigkeit* i.S.v. Art. 412 ZGB ein, sondern *ermächtige* ihn lediglich – i.S.v. Art. 19 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 410 f. ZGB – zum eigenen Handeln.[1960] Entsprechend ist anzunehmen, dass Egger in der Zweitauflage *diese* Ansicht auch in vorliegendem Zusammenhang vertrat. Auch Hubers Position hatte m.E. derjenigen von Eggers *Zweitauflage* entsprochen.[1961]

5.2.2.3.2.2 Gesetzliche Begründung freien Kindesvermögens, Art. 295 Abs. 2, Art. 296 ZGB

„Frei von Nutzung *und* Verwaltung"[1962] war gewisses gesetzlich begründetes freies Kindesvermögen:

Nach Art. 295 Abs. 2 ZGB[1963] konnte das unmündige Kind „über seinen *Arbeitserwerb*[1964] verfügen", wenn es „mit *Zustimmung* der Eltern *ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft* [lebte]". Egger konstatierte, in solchen Fällen werde der Arbeitserwerb des Kindes zu „Sondergut" – mit der Folge, dass „seine [sc. des Kindes] *Handlungsfähigkeit* eine *Erweiterung* [erfährt]".[1965] Den Grund für diese (auch schon von Huber propagierte[1966]) Regelung, die sogleich bei Art. 296 ZGB noch näher ausgeführt wird, erblickte Egger darin, dass das Kind für seinen Unterhalt (zumindest teilweise) *selbst sorgte*.[1967]

Lebte das unmündige[1968] Kind hingegen *„mit den Eltern in häuslicher Gemeinschaft"*, so fiel der Arbeitserwerb allein den – wie Egger betonte: dem Kinde im Gegenzug unterhaltspflichtigen[1969] – *Eltern* zu, Art. 295 Abs. 1 ZGB[1970]. Mit Blick auf diese von Abs. 1 abweichende Regelung bemerkte Egger:

[1957] Vgl. dazu sogleich Kapitel 5.2.2.3.2.2 und im Einzelnen Kapitel III.a.4.3.4.
[1958] Vgl. Kapitel III.a.4.3.5.
[1959] Aus EGGER II, Rn. 3 zu Art. 294, lässt sich immerhin der Umkehrschluss ziehen, dass *rechtsgeschäftlich* begründetes freies Kindesvermögen *nicht* zu einer erweiterten Handlungsfähigkeit i.S.v. Art. 412 ZGB führte.
[1960] Vgl. Kapitel III.a.4.3.5.
[1961] Vgl. wie Fn. 3306.
[1962] So die Überschrift in der Marginalie zu Art. 295 f. ZGB.
[1963] Materiell übereinstimmend Art. 305 Abs. 2 E-ZGB und Art. 323 Abs. 2 VE-ZGB.
[1964] Für die *selbständige Berufs- bzw. Gewerbeausübung* durch das Kind vgl. aber Art. 296 ZGB (dazu sogleich).
[1965] EGGER I, Anm. 2e i.V.m. Anm. 2d zu Art. 295; EGGER II, Rn. 2, 7 zu Art. 295.
[1966] Vgl. Erl. Bd. I, S. 260 f. (= BeK II, Rn. 637); Prot., S. 362 ff. (= BeK III, Rn. 3193 ff.); Botsch.-ZGB, S. 36 f. (= BeK III, Rn. 11323); StenBull NR 1905, S. 760.
[1967] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 295, vgl. auch implizit Anm. 2b, 2c zu Art. 295; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 295.
[1968] Für das mit den Eltern zusammenlebende *mündige* Kind vgl. dagegen Art. 334 ZGB und dazu Kapitel c.2.3.
[1969] Vgl. EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 295; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 295.
[1970] Identisch Art. 304 Abs. 1 E-ZGB. Art. 323 Abs. 1 VE-ZGB erwähnte das Erfordernis der Unmündigkeit des Kindes nicht.

„Art. 295 regelt das Recht des Arbeitserwerbes des Kindes. Die Frage ist angesichts der allgemeinen Verbreitung der Erwerbsarbeit jugendlicher Personen von großer praktischer Bedeutung. Auch hier stoßen die Gegensätze genossenschaftlicher und individualistischer Auffassung aufeinander. Es sind auch die Gegensätze zwischen bäuerlicher und gewerblich-industrieller Denkweise."[1971]

Konkret kritisierte Egger in der Zweitauflage, Art. 295 ZGB schaffe eine „rechtliche *Benachteiligung des Hauskindes*, welche […] die Kinder zum Verlassen des elterlichen Hauses bestimmen kann".[1972] In beiden Kommentarauflagen propagierte er daher eine einschränkende Auslegung des Art. 295 Abs. 1 ZGB. So sollte s.E. der Arbeitserwerb des Kindes insbesondere dann dem Letzteren als freies Kindesvermögen zustehen, wenn es zwar bei den Eltern wohnte, aber „für Wohnung und Nahrung ein Kostgeld abgibt" – hier bestreite das Kind seinen Unterhalt nämlich selbst.[1973] Egger betonte:

„Diese Auffassung trägt den heutigen Erwerbsverhältnissen Rechnung und ist deshalb, trotz ihres individualistischen Gepräges, nur geeigent, dem *Frieden und der Festigkeit der Familiengemeinschaft* zu dienen […]."[1974]

Mit dieser Auslegung beabsichtigte Egger also, die Interessen des Kindes an seiner finanziellen Selbständigkeit – den *Persönlichkeitsgedanken* – mit dem allfälligen Wunsch der Eltern und / oder des Kindes am Verbleib desselben im Hause – dem *Gemeinschaftsgedanken* – in Einklang zu bringen.

Neben den Bestimmungen zum *Arbeitserwerb* des Kindes enthielt das Gesetz noch folgende weitere Regelung: Gemäss Art. 296 ZGB[1975] „[stand]" dasjenige, „was das Kind von den Eltern aus seinem Vermögen zum *Betrieb eines eigenen Berufes oder Gewerbes* [herausbekam], unter *seiner Verwaltung und Nutzung*". Beide Kommentarauflagen zeigen, dass Art. 296 ZGB nach Eggers Ansicht zu „Sondergut" des Kindes und zur „*volle[n] Handlungsfähigkeit* [sc. des Kindes] in dem Bereiche der Berufsausübung oder des Gewerbebetriebes" führte – also betreffend „allen Geschäften, die zum regelmäßigen Betriebe gehören, Art. 412 […]".[1976] Dieser eben erwähnte Art. 412 ZGB[1977] bestimmte:

„Der Bevormundete, dem die Vormundschaftsbehörde den selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, kann alle Geschäfte vornehmen, die zu dem regelmässigen Betriebe gehören, und haftet hieraus mit seinem ganzen Vermögen."

[1971] EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 295.
[1972] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 295; vgl. dazu auch die Nachweise in Fn. 1966.
[1973] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 295, vgl. auch Anm. 2d, 2e zu Art. 295; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 295.
[1974] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 295.
[1975] Wörtlich fast identisch Art. 306 E-ZGB und Art. 324 VE-ZGB.
[1976] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 296, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 296; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 2 zu Art. 296 i.V.m. Anm. 2d zu Art. 295.
[1977] Zu diesem im Einzelnen vgl. Kapitel III.a.4.3.4.

Nach Eggers in beiden Kommentarauflagen vertretener Auffassung verlieh Art. 412 ZGB dem Bevormundeten *für die darin erwähnten Situationen* die *Handlungsfähigkeit* – und genau in diesem Sinne ist auch Eggers Position in vorliegendem Zusammenhang zu verstehen.[1978] Explizit hielt Egger in der Zweitauflage fest, das Kind könne hier „selbständig Verpflichtungen eingehen und Verfügungen treffen, m.a.W. erlangt es eine *erweiterte Handlungsfähigkeit*, ausdrücklich Art. 412".[1979] Diese Ansicht hatte auch derjenigen von Huber entsprochen.[1980]

Mit Blick auf die *Haftung* konstatierte Egger übrigens – und dies galt für die Art. 294 ff. ZGB generell –, dass „es *keinen* gesetzlich vorgesehenen Fall einer Haftung des Kindes nur mit einem Sondervermögen [gibt], beispielsweise nur mit dem freien Kindesvermögen […]".[1981]

5.2.2.4 Behördliches Einschreiten, Art. 283 ff., 297 f. ZGB

Hinsichtlich der Ausübung der *elterlichen Gewalt i.w.S.* sah das ZGB in bestimmten Konstellationen ein „behördliches Einschreiten"[1982] vor: So hatten gemäss Art. 283 ZGB[1983] betreffend die *elterliche Gewalt i.e.S.* „bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern die vormundschaftlichen Behörden die zum Schutze des Kindes *geeigneten Vorkehrungen* zu treffen". Lagen die besonderen Voraussetzungen der Art. 284 Abs. 1 bzw. der Art. 285 Abs. 1, Art. 286 Abs. 1 ZGB vor, konnte gar die *„Versorgung der Kinder"*[1984] bzw. die *„Entziehung der elterlichen Gewalt"*[1985] behördlich angeordnet werden.[1986]

Eine dem Art. 283 ZGB entsprechende Regelung statuierte Art. 297 Abs. 1 ZGB[1987] betreffend die *elterlichen Vermögensrechte*, wonach „bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern in der Ausübung ihrer Vermögensrechte die Vormundschaftsbehörde die zum Schutze des Kindes *geeigneten Vorkehrungen* zu treffen [hatte]". In den Fällen des Art. 297 Abs. 2 ZGB[1988] konnte die Behörde *„sichernde Massnahmen"*[1989] anordnen

---

[1978] Wie Fn. 1977.

[1979] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 294.

[1980] Vgl. Erl. Bd. I, S. 260 f. (= BeK II, Rn. 637); Prot., S. 362 (= BeK III, Rn. 3195).

[1981] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 280; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 296 i.V.m. Rn. 4 zu Art. 280.

[1982] So die Überschriften in den Marginalien zu Art. 283 ff., 297 ff. ZGB.

[1983] Wörtlich fast identisch Art. 294 E-ZGB, der aber von der „Vormundschaftsbehörde" sprach. Art. 311 VE-ZGB bestimmte: „Bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern hat die Vormundschaftsbehörde die geeigenten Vorkehrungen zu treffen, um Übelstände zu beseitigen und ihrer Wiederholung vorzubeugen." Für die knappen Ausführungen Hubers zu dieser Thematik vgl. Erl. Bd. I, S. 237, 258 ff., 287 (= BeK II, Rn. 581, 631, 633 f., 638, 641, 713); Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322); StenBull NR 1905, S. 746, 760 f.

[1984] So die Marginalie zu Art. 284 ZGB.

[1985] So die Überschrift in der Marginalie zu Art. 285 f. ZGB.

[1986] Für all die eben erwähnten *Massnahmen* i.S.v. Art. 283 ff. ZGB vgl. Kapitel 5.2.2.4.2; für die *Beschwerdemöglichkeit* gegen dieselben i.S.v. Art. 420 ZGB vgl. Kapitel III.a.4.4.

[1987] Die damit korrelierenden Art. 307 Abs. 1 E-ZGB bzw. Art. 325 Abs. 1 VE-ZGB waren (im entsprechenden Sinne) identisch formuliert wie Art. 294 E-ZGB bzw. Art. 311 VE-ZGB – beachte somit Fn. 1983.

[1988] Materiell übereinstimmend, jedoch ohne Nennung der Beistandsbestellung, Art. 307 Abs. 2 E-ZGB und Art. 325 Abs. 2 VE-ZGB.

[1989] So die Marginalie zu Art. 297 ZGB.

– eine *„Entziehung der Vermögensrechte“*[1990] durfte indes „nur in Verbindung mit der Entziehung der elterlichen Gewalt“ erfolgen, Art. 298 Abs. 1 ZGB.[1991]

5.2.2.4.1 Kindeswohl als Legitimation behördlichen Einschreitens

Egger legitimierte die *Art. 283 ff. ZGB* im Wesentlichen[1992] mit der Überlegung, dass ein „behördliche[s] Einschreiten“ dann vonnöten sei, wenn die Eltern bei der – durch Letztere an sich weitgehend selbständigen[1993] – Ausübung der elterlichen Gewalt i.e.S. verschuldeter- oder unverschuldeterweise *Pflichtwidrigkeiten* in Form eines Tuns[1994] oder Unterlassens[1995] begingen, die „nach Schwere oder Art ein behördliches Einschreiten als gerechtfertigt erscheinen lassen“.[1996] Dieses Abstellen auf (objektive) Pflichtwidrigkeiten der Eltern macht deutlich, dass Egger als *leitenden Gedanken* hinter den Art. 283 ff. ZGB den *Kindesschutz* – die Wahrung respektive Wiederherstellung des Kindeswohls – verortete.[1997] Und in der Tat betonte Egger:

> „Das Z.G.B. erleichtert in Anbetracht der gesteigerten *Schutzbedürftigkeit des Kindes* dieses Einschreiten. Es umschreibt die Voraussetzungen in allgemeinster Weise, um möglichst alle *Kinderschutzfälle* damit zu decken. Nicht weniger allgemein gefaßt sind auch die Befugnisse der einschreitenden Behörde, um es ihr zu ermöglichen, in jedem Falle das Zweckmäßigste und das durch die *Interessen des Kindes Gebotene* vorzukehren.“[1998]

In dieser Aussage argumentierte Egger also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*, dem Kindesschutz. Doch erblickte Egger darin nicht die einzige Legitimation der Art. 283 ff. ZGB. Vielmehr konstatierte er zunächst in Bezug auf die *Gemeinschaft der Eltern und Kinder*, dass das staatliche Eingreifen „gerade dem Schutz der Gemeinschaft selbst [dient], wie dies so auch im Eherecht zum Ausdruck gelangt

---

1990 So die Marginalie zu Art. 298 ZGB.

1991 Für all die eben erwähnten *Massnahmen* i.S.v. Art. 297 f. ZGB vgl. Kapitel 5.2.2.4.3; für die *Beschwerdemöglichkeit* gegen dieselben i.S.v. Art. 420 ZGB vgl. Kapitel III.a.4.4.

1992 Für die Sonderfälle des *Art. 284 Abs. 2 ZGB* (nicht nur Kindesschutz-, sondern auch Besserungsgedanke) bzw. *Art. 286 Abs. 1 ZGB* (Stiefelternverhältnis) vgl. die Fn. 2019 bzw. 2030.

1993 Vgl. dazu Kapitel 5.1.1.2.1.

1994 Als Beispiele erwähnte Egger namentlich „völlig ungeeignete Erziehungsmittel“, Misshandlungen, Folterungen physischer oder psychischer Art, wirtschaftliche Ausbeutung, die Anhaltung „zum Bösen […], zum Betteln, Stehlen“; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 283, Anm. 1b zu Art. 284, Anm. 1b, 1d zu Art. 285; vgl. auch EGGER II, Rn. 15 ff. zu Art. 283, Rn. 4 f. zu Art. 284, Rn. 3 ff. zu Art. 285.

1995 Als Beispiele erwähnte Egger etwa die Unterlassungen, das Kind „angemessen zu kleiden und zu ernähren, es zu beaufsichtigen […] und erzieherisch zu beeinflussen“, es „in die Schule zu schicken“, es „einer ungeeigneten oder gesundheitlich oder sittlich gefährlichen Einwirkung von dritter Seite – oder von seiten des andern Elternteils – zu entziehen“, oder die Unterlassung, für eine berufliche Ausbildung des – gerade auch gebrechlichen – Kindes (Art. 275 Abs. 2, Art. 276 ZGB) zu sorgen; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 283, Anm. 1b zu Art. 284, Anm. 1b, 1d zu Art. 285; s. auch EGGER II, Rn. 15 ff. zu Art. 283, Rn. 4 f. zu Art. 284, Rn. 3 ff. zu Art. 285.

1996 EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 283, vgl. auch Anm. 1 zu Art. 283, Vorbem. 3c, 3d zu Art. 273 ff.; EGGER II, Rn. 3, 11 ff. zu Art. 283, Rn. 6, 13 zu Art. 273, Rn. 8 zu Art. 274, Rn. 11, 13, 16 zu Art. 275, Rn. 2 zu Art. 278.

1997 Vgl. auch EGGER I, Anm. 2a zu Art. 283, Anm. 1 zu Art. 284, Anm. 1 zu Art. 285, Anm. 1 zu Art. 297; EGGER II, Rn. 6 ff., 13 zu Art. 283, Rn. 2, 3 ff. zu Art. 284, Rn. 1 zu Art. 285.

1998 EGGER I, Anm. 1 zu Art. 283, vgl. auch Vorbem. 2a FamR; Fn. 1996.

(Art. 169)".[1999] Insbesondere führte Egger aber bereits in der Erstauflage *Allgemeininteressen* ins Feld:

> „Aus der Not der Zeit geboren – das Kind ist heute infolge der Auflösung[2000] des Hauses und der Familie mehr als in früheren Zeiten gefährdet und schutzbedürftig […] – getragen vom neuzeitlichen Individualismus, der die Anerkennung und Pflege der Persönlichkeit des Kindes postuliert und aufgenommen von den *sozialen Tendenzen* des Tages, welche im Kind das *Glied der Gesellschaft und den künftigen Bürger* erblicken und das *Interesse des Staates* am leiblichen und geistigen Wohl der jungen Generation gewahrt wissen wollen, erhebt sich der gesetzliche Kinderschutz. […]"[2001]

In diesem Sinne hielt er auch in der Zweitauflage fest:

> „Zwei Grundgedanken sind es, auf denen der Kinderschutz beruht: der *Persönlichkeitsgedanke*, der die Achtung und Würde des Menschen fordert […], verlangt auch Schutz und Förderung des Kindes um seiner selbst willen; der *Gemeinschaftsgedanke* erkennt im Kind das Glied von Gesellschaft, Volk, Staat und postuliert die Jugendwohlfahrt um dieser allgemeinen Interessen willen."[2002]

Auch wenn Egger in den beiden eben zitierten Aussagen jeweils (auch) den *Gemeinschaftsgedanken* anführte, ist festzuhalten, dass er sich diesbezüglich auf knappe Ausführungen beschränkte, wohingegen er sich zum *Persönlichkeitsgedanken* eingehend äusserte. Dies zeigt, dass Egger hier ebendiesem die überragende Bedeutung zumass. Diese Ansicht hatte auch derjenigen von Huber entsprochen.[2003]

Bezüglich des behördlichen Einschreitens i.S.v. *Art. 297 f. ZGB* – also mit Blick auf die elterlichen Vermögensrechte – argumentierte Egger analog zu seinen Ausführungen betreffend Art. 283 ZGB: Auch hier musste das Gesetz s.E. aufgrund der selbständigen Stellung der Eltern eine Einschreitemöglichkeit für den Fall ihres (objektiv) pflichtwidrigen Verhaltens bieten.[2004] Ein solches lag nach Eggers Ansicht vor, wenn die Eltern verschuldeter- oder unverschuldeterweise „die Pflichten, die ihnen das Gesetz in Ansehung des Kindesvermögens auferlegt, nicht richtig erfüllen" – so bei Spekulation mit dem Kindesvermögen oder bei fehlender bzw. „unordentliche[r], liederliche[r]" *Verwaltung* sowie bei pflichtwidriger *Nutzung* des Kindesvermögens.[2005]

Egger bemerkte, jedermann mit einem Interesse – insbesondere auch dem Kind – stehe ein *Anzeigerecht* an die Behörde zu, wenn eine Gefährdung bzw. Verletzung der Kindesinteressen vorliege.[2006] Egger betonte in diesem Zusammenhang, dass wenn die Behörde von solchen Umständen Kenntnis erlange, sie nicht nur *zum Einschreiten*

[1999] EGGER I, Vorbem. 3 eKiVh; vgl. aber EGGER II, Rn. 4 zu Art. 283.
[2000] Vgl. diesen Gedanken bei Fn. 2316.
[2001] EGGER I, Vorbem. 3c zu Art. 273 ff., vgl. auch Anm. 3d zu Art. 273 ff., Anm. 1 zu Art. 283.
[2002] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 283, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 283.
[2003] Vgl. Fn. 1983.
[2004] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 297, Vorbem. 2c zu Art. 290 ff.; EGGER II, Rn. 2, 5 zu Art. 297; für Huber vgl. Fn. 1983.
[2005] EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 297; EGGER II, Rn. 2 f., 5 ff. zu Art. 297.
[2006] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 283; EGGER II, Rn. 23 zu Art. 283.

berechtigt, sondern auch *von Amtes wegen dazu verpflichtet* sei.[2007] Bemerkenswert ist dabei, dass Egger in besagten Konstellationen sogar einen *Anspruch des Kindes* auf behördliches Einschreiten annahm. Diesen Anspruch konstruierte er in der Erstauflage aus dem „Recht des Kindes auf angemessene Erziehung". [2008] Diese rein zivilrechtliche Herleitung verwarf Egger in der Zweitauflage jedoch:

> „Die Fürsorge ist elterliche Pflicht […]; ihr entspricht ein privatrechtlicher Anspruch des Kindes. Doch kann dieses nur vermögensrechtliche (Unterhalts-) Ansprüche klageweise geltend machen […]; wohl aber ist es befugt, zu seinem Schutze die Vormundschaftsbehörde anzurufen – obschon das Gesetz dies nirgends sagt […]. Diese ist alsdann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, zum Einschreiten verpflichtet. Aber dies ist sie auch dann, wenn sie auf irgendeine andere Weise Kenntnis von dem Fürsorgerecht erhält: sie muß (auch) von Amtes wegen einschreiten. Darin kommt das öffentliche Interesse zum Ausdruck: das heutige Recht gewährt nicht nur dem Kind einen privatrechtlichen, sondern auch dem *Staat einen selbständigen öffentlichrechtlichen Anspruch auf die Erfüllung der Elternpflicht*. Die Eltern sind privatrechtlich dem Kinde und öffentlichrechtlich dem Staate gegenüber verpflichtet […]. Daraus erklärt sich die besondere Art des Anspruches des Kindes gegen den Staat: weder kann es seinen privatrechtlichen Anspruch klageweise gegen die Eltern geltend machen, noch steht ihm ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat zu […]. Vielmehr steht ihm dem Staate gegenüber (nur) ein öffentlichrechtlicher Gesetzesvollziehungsanspruch zu: daß die Behörde in den Schranken des Rechts nach ihrem Ermessen zum Rechten sehe. Es verlangt damit vom Staat, daß er *seinen* Anspruch den Eltern gegenüber durchsetze […]."[2009]

Im Ergebnis bedeutete diese dogmatisch unterschiedliche Konstruktion des Anspruchs des Kindes indes keinen Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen.

5.2.2.4.2 Massnahmen i.S.v. Art. 283 ff. ZGB im Einzelnen

Die Anordnung einer Massnahme i.S.v. Art. 283 ff. ZGB hatte sich nach Eggers Ansicht am *„Schutzbedürfnis des Kindes"* auszurichten und ergab sich damit aus der *Art der Pflichtverletzung durch die Eltern*.[2010] Dabei erblickte Egger im ZGB eine „Stufenfolge von Vorkehrungen":[2011]

> „[…] *geeignete Einzelmaßnahmen* [sc. Art. 283 ZGB], die *Wegnahme des Kindes* [sc. Art. 284 Abs. 1 ZGB], die *Entziehung der Gewalt* [sc. Art. 285 Abs. 1 ZGB]

[2007] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 283, Anm. 2a zu Art. 284, Anm. 2a zu Art. 285, Anm. 3b zu Art. 297, Vorbem. 3c zu Art. 273 ff.; EGGER II, Rn. 6, 19 zu Art. 283, Rn. 9 zu Art. 297, Rn. 8 zu Art. 290.

[2008] EGGER I, Vorbem. 3c zu Art. 273 ff. Huber hatte bemerkt, da insbesondere „die Betonung der *Amtspflicht der Behörden* […] [genügend erscheint]", sei ein (in einem früheren Entwurf vorgesehenes) *Beschwerderecht* des Kindes „gegen die Massregeln, die die Eltern in Ausübung der elterlichen Gewalt und namentlich in Vertretung treffen", im VE-ZGB wieder gestrichen worden; Erl. Bd. I, S. 259 (= BeK II, Rn. 633), vgl. auch S. 259 f. (= BeK II, Rn. 634); Prot., S. 345 (= BeK III, Rn. 3008).

[2009] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 283, vgl. auch Rn. 61 zu Art. 405.

[2010] Vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 283, Anm. 1, 2b zu Art. 284, Anm. 1 zu Art. 285; EGGER II, Rn. 10, 19 f. zu Art. 283, Rn. 3 ff., 7 ff. zu Art. 284, Rn. 1, 3 ff. zu Art. 285.

[2011] Wie Fn. 2012.

– die Verfügungen werden einschneidender, deshalb auch die Voraussetzungen strenger. An diese Stufenfolge hat sich auch die Vormundschaftsbehörde zu halten. Sie muß sich überall mit der *milderen Maßnahme begnügen*, wo immer mit ihr auszukommen ist."[2012]

Demnach begriff Egger als *Grundfall* den Art. 283 ZGB, gemäss welchem „bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern […] die zum Schutze des Kindes *geeigneten Vorkehrungen* zu treffen" waren. Als solche „Vorkehrungen" begriff Egger insbesondere das Aussprechen von Verwarnungen gegenüber den Eltern, sodann regelmässig die Verpflichtung derselben zu einem bestimmten Verhalten – Letzteres gerade auch verbunden mit einer Kontrolle über die Einhaltung.[2013]

Die in den Art. 284 Abs. 1 und Art. 285 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Massnahmen betrachtete Egger – zumal die Anordnung dieser Massnahmen ihren Grund in einer *elterlichen Pflichtverletzung* fand – als *Anwendungsfälle des Art. 283 ZGB*, die sich lediglich hinsichtlich der strengeren Voraussetzungen sowie der Intensität unterschieden.[2014] So lautete *Art. 284 Abs. 1 ZGB*[2015]: „Ist ein Kind in seinem *leiblichen oder geistigen Wohl dauernd gefährdet*[2016] oder ist es *verwahrlost*[2017], so soll die Vormundschaftsbehörde es den Eltern wegnehmen und in angemessener[2018] Weise in einer Familie oder Anstalt unterbringen."[2019] Hinsichtlich des Charakters der Unterbringung stellte Egger klar, dass dieselbe „nur einen Entzug des *tatsächlichen* Erziehungs- und Sorgerechtes [bewirkt]" unter Belassung der elterlichen Gewalt i.e.S. – Letzteres

---

[2012] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 283, vgl. auch Rn. 14, 19 zu Art. 283, Rn. 1 zu Art. 284, Rn. 1 zu Art. 285, Rn. 10 zu Art. 368; nur implizit auch EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 284 i.V.m. Anm. 1, 3a zu Art. 283, Anm. 1 zu Art. 284, Anm. 1 zu Art. 285.

[2013] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 283; EGGER II, Rn. 19 ff. zu Art. 283; in beiden Auflagen mit Beispielen (vgl. dabei die abw. Auffassungen betreffend die Möglichkeit einer Beistandsbestellung).

[2014] Wie Fn. 2012.

[2015] Art. 295 Abs. 1, 2 E-ZGB stimmten materiell weitgehend mit Art. 284 Abs. 1, 2 ZGB überein. Art. 312 Abs. 1 VE-ZGB gewährte den *Eltern* das Recht, „im *Einverständnis* mit der *Vormundschaftsbehörde*" ein Kind, wenn es „sittlich verwahrlost [war], und nach den Umständen auf bessere Weise nicht geholfen werden [konnte]", in einer „Besserungsanstalt" unterzubringen. Gleiches galt nach dieser Bestimmung für ein Kind, das den Eltern „einen hartnäckigen, böswilligen und unüberwindlichen Widerstand [leistete]". Die Anordnung zur Unterbringung konnte gemäss Art. 312 Abs. 2 VE-ZGB „auch die Vormundschaftsbehörde treffen". Beachte dazu Fn. 2018.

[2016] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 284; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 284.

[2017] Darunter verstand Egger eine (zur elterlichen Pflichtverletzung kausale) „*eingetretene*, dauernde, erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohles […]"; vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 284; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 284.

[2018] Für die *Angemessenheit der Unterbringung* mit Blick auf das *Kindeswohl* vgl. sinng. Text zu Fn. 2010 und EGGER I, Anm. 2b, 4 zu Art. 284; EGGER II, Rn. 9 ff., 15 zu Art. 284.

[2019] „Die gleiche Anordnung [traf] die Vormundschaftsbehörde auf Begehren der Eltern, wenn ihnen ein Kind *böswilligen und hartnäckigen Widerstand* [leistete] und nach den Umständen nicht anders geholfen werden [konnte]", Art. 284 Abs. 2 ZGB, und dazu EGGER I, Anm. 3 zu Art. 284; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 284. Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 2015 sowie StenBull NR 1905, S. 746 f., 870.

Zur *Kostentragung* s. Art. 284 Abs. 3 ZGB: „Das öffentliche Recht bestimmt, unter Vorbehalt der *Unterstützungspflicht der Verwandten*, wer die Versorgungskosten zu tragen habe, wenn weder die *Eltern* noch das *Kind* sie bestreiten können." Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 5 zu Art. 284; EGGER II, Rn. 16 ff. zu Art. 284. Abw. Art. 295 Abs. 3 E-ZGB und Art. 312 Abs. 3 VE-ZGB.

zumindest soweit dies mit der behördlichen Massnahme zu vereinbaren sei.[2020] Dabei hob Egger hervor, dass Art. 284 Abs. 1 ZGB die Wegnahme und Unterbringung des Kindes schon zu *präventiven Zwecken* erlaube, sofern nur eine hinreichend konkrete, schwere und dauernde physische bzw. psychische Gefährdung des Kindes drohe.[2021] Diese Regelung begründete Egger bereits in der Erstauflage mit folgender Überlegung:

> „Das Z.G.B. läßt das behördliche Einschreiten und die Versorgung des Kindes auch als rein prophylaktische Maßnahme zu. Die Versorgung soll wenn immer möglich als vorbeugende Maßnahme angeordnet werden. Das ist der Kampf der *sozialen Hygiene gegen die Volksseuchen* – übertragen auf das Gebiet des Kinderschutzes."[2022]

Damit zog Egger eine Parallele zu seinen Ausführungen betreffend das im ZGB (im Vergleich zu früheren kantonalen Rechten) erhöhte Ehemündigkeitsalter – eine Regelung, die Egger bekanntlich ebenfalls primär mit „sozialhygienische[n] Gründen"[2023] in Form von *Individualinteressen* legitimierte, nämlich insbesondere mit dem Gesundheitsschutz der „allzu jungen Frau" sowie der potentiell gefährdeten Nachkommen. Diese Ansicht vertrat Egger inhaltlich auch in der Zweitauflage:

> „Dabei hat sich die Einsicht durchgesetzt, daß die Versorgung nicht erst als heilende Fürsorge erfolgen soll, um bereits vollendete schwere Schädigung (Verwahrlosung) wieder gutzumachen – was sich oft als unmöglich erweist –, sondern daß sie vor allem als vorbeugende Maßnahme durchgeführt werden muß, wenn immer das Kind ernstlich gefährdet ist."[2024]

Egger rechtfertigte die präventive Wegnahme und Unterbringung des Kindes folglich mit Überlegungen des (präventiven) Kindesschutzes.

Art. 285 Abs. 1 ZGB[2025] bestimmte sodann: „Sind die Eltern[2026] nicht im stande[2027], die elterliche Gewalt auszuüben, oder fallen sie selbst unter Vormundschaft[2028], oder haben sie sich eines schweren Missbrauches der Gewalt oder einer groben Vernachlässigung ihrer Pflichten[2029] schuldig gemacht, so soll ihnen die zuständige Behörde

---

[2020] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 284, vgl. auch Anm. 3c zu Art. 273; EGGER II, Rn. 1, 12 zu Art. 284.
[2021] Wie Fn. 2022 und 2024.
[2022] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 284, vgl. auch Anm. 1a, 1c zu Art. 284.
[2023] Vgl. Text zu Fn. 617 und Kapitel I.b.2.1.1.1.2.
[2024] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 284, vgl. auch Rn. 3 ff. zu Art. 284.
[2025] Materiell weitestgehend übereinstimmend, aber jeweils mit Zuständigkeit der *Vormundschaftsbehörde*, Art. 296 Abs. 1 E-ZGB und Art. 313 Abs. 1 VE-ZGB.
[2026] Zu diesem *Plural* vgl. den Hinweis betreffend Art. 285 Abs. 2 ZGB in Fn. 2031.
[2027] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1b zu Art. 285; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 285.
[2028] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1c zu Art. 285; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 285.
[2029] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1d zu Art. 285; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 285.

die *elterliche Gewalt entziehen*[2030]."[2031] Zu dieser Regelung konstatierte Egger:

> „Die *Entziehung der Gewalt* erscheint als die *schärfste Maßregel*, die nur zur Anwendung kommen soll, wenn von vorneherein feststeht, daß die weniger schweren Eingriffe aussichtslos oder ungenügend sind, oder wenn sich nach Anwendung der milderen Mittel gezeigt hat, daß sie nicht genügten, um den erstrebten Zweck zu erreichen […]."[2032]

Dass Egger hier die Entziehung der elterlichen Gewalt i.S.v. Art. 285 Abs. 1 ZGB (implizit: bei örtlicher Belassung des Kindes im Elternhaus – etwa weil nur *einem* Elternteil die Gewalt entzogen wurde[2033]) als *schwerwiegendere Massnahme* qualifizierte als die Wegnahme und Unterbringung des Kindes i.S.v. Art. 284 Abs. 1 ZGB (implizit: bei Belassung der elterlichen Gewalt), und er daher den Art. 285 Abs. 1 ZGB nur mit Zurückhaltung[2034] angewandt wissen wollte, lag am unterschiedlichen *Charakter* dieser beiden Massnahmen, wie Eggers folgende Aussage zeigt:

> „Doch sind in Wirklichkeit die Voraussetzungen in Art. 284 (Versorgung des Kindes) und 285 (Entziehung der Gewalt) nicht wesentlich voneinander verschieden, dagegen sind die *Wirkungen* ganz andere: dort die *Wegnahme des Kindes*, hier die *Aberkennung der Rechte* aus der elterlichen Gewalt (die an sich sogar unter Belassung des Kindes erfolgen kann). Diese ist wohl *rechtlich der schwerste Eingriff*, *tatsächlich* wird von den Betroffenen *jene* oft viel *schwerer* empfunden […]."[2035]

Die Entziehung der elterlichen Gewalt wog für Egger also *rechtlich* schwerer als die *tatsächliche* Wegnahme des Kindes – auch wenn dies, wie Egger einräumte, von den

---

[2030] Eine Entziehung der elterlichen Gewalt – *zwingend* (vgl. nämlich Art. 285 Abs. 2 ZGB in Fn. 2031) verbunden mit der *Vormundsbestellung* (beachte dazu Art. 286 Abs. 2 ZGB) für das betroffene Kind – statuierte sodann Art. 286 Abs. 1 ZGB für den „Falle der Wiederverheiratung von Vater oder Mutter, wenn die Verhältnisse es [erforderten]". Egger verlangte dafür zum *Stiefelternverhältnis* kausale „erhebliche, begründete Besorgnisse" bezüglich einer *„Gefährdung der Kindesinteressen"*; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 286; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 286. Strenger Art. 315 VE-ZGB, dessen Wortlaut die Vormundsbestellung im Gegensatz zum ZGB (dem Art. 298 Abs. 1 E-ZGB materiell entsprach) aber nur für den Fall der Wiederverheiratung der *Mutter* vorsah. Dazu Erl. Bd. I, S. 259 (= BeK II, Rn. 632); Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322).

[2031] (Nur) wenn *beiden Eltern* die Gewalt entzogen wurde, erhielt das Kind einen *Vormund*, Art. 285 Abs. 2 ZGB (vgl. auch Art. 296 Abs. 2 E-ZGB und Art. 313 Abs. 2 VE-ZGB). Die elterliche Pflicht i.S.v. Art. 272 Abs. 1 ZGB, „die *Kosten des Unterhaltes und der Erziehung* ihrer Kinder" zu tragen, wurde durch die Entziehung der Gewalt nicht aufgehoben, Art. 289 Abs. 1 ZGB (vgl. auch Art. 300 Abs. 1 E-ZGB und Art. 317 Abs. 1 VE-ZGB). Nach Art. 289 Abs. 2 ZGB „[bestimmte] das öffentliche Recht, unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht der Verwandten, wer die Kosten zu tragen habe, wenn weder die Eltern noch das Kind sie bestreiten [konnten]" (abw. aber Art. 300 Abs. 2 E-ZGB und Art. 317 Abs. 2 VE-ZGB).
„*[Fiel] der Grund weg*, aus dem die elterliche Gewalt entzogen worden [war], so [hatte] die zuständige Behörde von sich aus oder auf Verlangen des Vaters oder der Mutter sie wieder herzustellen", Art. 287 Abs. 1 ZGB (vgl. dazu auch Art. 299 Abs. 1 E-ZGB und Art. 316 VE-ZGB) – beachte aber Abs. 2 (welcher in den *Entwürfen* fehlte). Für das *Verfahren* vgl. Art. 288 ZGB (abw. Art. 297 E-ZGB und Art. 314 VE-ZGB).

[2032] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 283, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 284, Rn. 1 zu Art. 285, Rn. 10 zu Art. 368; übereinstimmend Huber, vgl. Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322).

[2033] S. dazu EGGER I, Anm. 2b, 3 zu Art. 285; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 284, Rn. 1 zu Art. 285, Rn. 34 zu Art. 405.

[2034] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 285.

[2035] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 285, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 284; EGGER I, Anm. 2c a.E. zu Art. 284 i.V.m. Anm. 2b zu Art. 285.

Betroffenen regelmässig gerade umgekehrt empfunden werde.

5.2.2.4.3 Massnahmen i.S.v. Art. 297 f. ZGB im Einzelnen

Wie bei den Art. 283 ff. ZGB hatten sich für Egger die behördlich anzuordnenden Massnahmen i.S.v. Art. 297 f. ZGB – also hinsichtlich der elterlichen Vermögensrechte – am *Schutzbedürfnis des Kindes(vermögens)* auszurichten.[2036] Auch hier nahm Egger eine „Stufenfolge der Maßnahmen" an:[2037]

Art. 297 Abs. 1 ZGB deckte sich inhaltlich mit Art. 283 ZGB:[2038] Gemäss Art. 297 Abs. 1 ZGB hatte die Vormundschaftsbehörde die „geeigneten Vorkehrungen" zu treffen, wenn sich die Eltern bei der Ausübung der Vermögensrechte pflichtwidrig[2039] verhielten. Als „geeignete Vorkehrungen" erwähnte Egger wiederum namentlich die behördliche Ermahnung der Eltern bzw. die Verpflichtung derselben zu einem bestimmten Verhalten, etwa zu einer bestimmten Vermögensanlage.[2040]

Für den Fall, dass *„eine Gefahr für das Kindesvermögen"* bestand, konnte die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 297 Abs. 2 ZGB „die Eltern der Aufsicht unterwerfen, der ein Vormund unterstellt [war][2041], oder sie zur Sicherheitsleistung[2042] anhalten, oder zur Wahrung der Interessen des Kindes einen Beistand[2043] ernennen". Eine Gefährdung des Kindesvermögens nahm Egger insbesondere dann an, wenn eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit der „Verminderung desselben oder eine Verschleierung und eine Erschwerung der Herausgabe (Art. 299) zu befürchten [ist]".[2044]

Als strengste Anordnung zum Schutze des Kindes(vermögens) konnte die Vormundschaftsbehörde – i.S.v. Art. 285 Abs. 1 ZGB – die *elterliche Gewalt entziehen*; die *alleinige* Entziehung der *elterlichen Vermögensrechte* war indes nicht möglich[2045], Art. 298 Abs. 1 ZGB[2046]. Dazu bemerkte Egger:

[2036] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2c zu Art. 297 i.V.m. Anm. 3a zu Art. 283; EGGER II, Rn. 2 f., 9 ff. zu Art. 297.

[2037] EGGER II, Rn. 3, 9 zu Art. 297; nur implizit auch EGGER I, Vorbem. 2c zu Art. 290 ff.

[2038] Vgl. zum Wortlaut dieser Bestimmungen Kapitel 5.2.2.4.

[2039] Für diesen Begriff vgl. Text zu Fn. 2005.

[2040] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 297; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 297.

[2041] Vgl. EGGER I, Anm. 3c zu Art. 297; EGGER II, Rn. 10 f. zu Art. 297.

[2042] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 3d zu Art. 297; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 297.

[2043] Vgl. dazu Kapitel III.b und EGGER I, Anm. 3e zu Art. 297; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 297.

[2044] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 297; EGGER II, Rn. 6 ff. zu Art. 297 – jeweils mit Beispielen; vgl. auch Fn. 2040.

[2045] Beachte aber Art. 298 Abs. 2 ZGB (dazu bereits Kapitel 5.1.2.2): „Wird den Eltern die Gewalt *ohne* ihr *Verschulden* entzogen, so bleibt ihnen die *Nutzung* an dem Kindesvermögen, soweit der Ertrag nicht zum Unterhalt und zur Erziehung des Kindes verwendet werden muss." Dazu EGGER I, Anm. 2 zu Art. 298; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 298. Materiell übereinstimmend Art. 308 Abs. 2 E-ZGB und Art. 326 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 258, 260 f. (= BeK II, Rn. 631, 636, 638); Botsch.-ZGB, S. 37 (= BeK III, Rn. 11324); StenBull NR 1905, S. 760 f. Die Bestimmung war auch im Falle der *Scheidung* anwendbar; vgl. EGGER I, Anm. 3c zu Art. 156, Anm. 2 zu Art. 292; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 156, Rn. 3 zu Art. 292/293.

[2046] Identisch Art. 308 Abs. 1 E-ZGB und Art. 326 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 37 (= BeK III, Rn. 11324).

„Der Grundsatz der Untrennbarkeit [sc. der elterlichen Gewalt i.e.S. und der elterlichen Vermögensrechte] ist […] von einer, sonst vom ZGB, ganz besonders auch im Eltern- und Kindesrecht […], sorgfältig vermiedenen *Starrheit*. Den Eltern sollte doch nicht, weil sie den *Erziehungspflichten* nicht gewachsen sind, auch die Vermögensverwaltung entzogen werden müssen […]; vollends ist es eine nicht zu billigende Härte, daß Eltern, die in der *Vermögensverwaltung* versagen, der Erziehungsrechte verlustig gehen sollen […], und doch geschieht nicht selten die Entziehung der – gesamten – elterlichen Gewalt ausschließlich aus Gründen der Vermögensfürsorge. Die Abhilfe liegt in der *angemessenen Handhabung des Art. 297* […].
Die Gründe der Entziehung sind demnach gar nicht selbständig geregelt; sie hat zu erfolgen, wenn die *Voraussetzungen der Aberkennung der elterlichen Gewalt* vorliegen, Art. 285. Doch erfahren die Entziehungsgründe in diesem Zusammenhang notwendigerweise ihre besondere Abwandlung. Unfähigkeit, Mißbrauch, Pflichtvernachlässigung […] müssen *so schwerer Art* sein, daß *auch* die *Entziehung der Erziehungsrechte als gerechtfertigt erscheint* oder daß zum mindesten die *Vermögensfürsorge nicht anders mehr* – d.h. nicht mehr mittelst der Maßnahmen des Art. 297 – gewährleistet werden kann […].“[2047]

In dieser Aussage stellte Egger klar, dass sich die Entziehung der elterlichen Gewalt *stets* nach den Voraussetzungen des Art. 285 Abs. 1 ZGB zu richten habe – m.a.W. mussten nach Eggers Ansicht Pflichtverletzungen der Eltern bei der Ausübung der Vermögensrechte entweder so schwer wiegen, dass sich die Entziehung der elterlichen Gewalt rechtfertigte, oder aber es musste sich ergeben haben, dass für die Wahrung der Kindesinteressen mildere Massnahmen i.S.v. Art. 297 ZGB nicht genügten.

b) Ausseheliches Kindesverhältnis, Art. 302-327 ZGB

Ehelichkeit eines Kindes lag vor, wenn dieses „Kind während der Ehe oder innerhalb einer Frist von dreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe geboren [war]“, Art. 252 Abs. 1 ZGB[2048], sodann, „wenn die Eltern eines ausserehelichen Kindes einander [heirateten]“, Art. 258 ZGB[2049], respektive wenn ein ausseheliches Kind vom Richter für ehelich erklärt wurde, vgl. Art. 260 Abs. 1 ZGB[2050], und endlich bei der Adoption im Verhältnis zu *dem* bzw. zu *den* Annehmenden, vgl. Art. 268 ZGB[2051].[2052]
In allen übrigen Fällen – also gerade auch nach Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung [2053] bzw. der Ehelicherklärung [2054] – war das Kind ein *ausseheliches*. [2055]
Dabei entstand das ausseheliche Kindesverhältnis zwischen *Kind und Kindsmutter*

[2047] EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 298, vgl. auch Rn. 4 zu Art. 285; ebenso schon EGGER I, Anm. 1 zu Art. 298.
[2048] Dazu Kapitel a.1.1.
[2049] Dazu Kapitel a.2.
[2050] Dazu Kapitel a.2.
[2051] Dazu Kapitel a.3.
[2052] Vgl. zum Ganzen auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 302; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 302, Rn. 1 zu Art. 303.
[2053] Zur dieser Anfechtungsmöglichkeit vgl. Kapitel a.1.2.
[2054] Zu dieser Anfechtungsmöglichkeit vgl. Kapitel a.2.2.
[2055] Wie Fn. 2052.

– mit all seinen *Wirkungen*[2056] – bereits mit der Geburt des Kindes, Art. 302 Abs. 1 ZGB[2057]. Zwischen *Kind und (biologischem) Kindsvater* musste dieses Verhältnis hingegen (rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes) eigens begründet werden, vgl. Art. 302 Abs. 2 ZGB[2058]. Dies konnte geschehen mittels der *Anerkennung* des Kindes durch den Kindsvater i.S.v. Art. 303 ff. ZGB[2059] oder aber mittels der richterlichen Feststellung der Vaterschaft aufgrund einer *Vaterschaftsklage* der Kindsmutter und / oder des Kindes gegen den Kindsvater i.S.v. Art. 307 ff. ZGB[2060]. Solange das Kindesverhältnis zwischen Kind und Kindsvater nicht hergestellt war, bestand weder zwischen denselben noch zwischen Kindsmutter und Kindsvater eine rechtliche Verbindung.[2061]

1. Anerkennung des Kindes durch den Kindsvater, Art. 303-306 ZGB

Gemäss Art. 303 Abs. 1 ZGB[2062] konnte der *Vater*[2063] eines ausserehelichen[2064] Kindes dasselbe anerkennen. Diese *Anerkennung* „[erfolgte] in der Form einer öffentlichen Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen und [war] dem Zivilstandsbeamten der Heimat des Anerkennenden mitzuteilen[2065]", Art. 303 Abs. 2 ZGB[2066]. Egger qualifizierte die Anerkennung als unwiderrufliche[2067], bedingungs- und befristungsfeindliche, „einseitige, freiwillige und formelle *Erklärung der außerehelichen Vaterschaft* […]", wobei diese Vaterschaft wegen der *Freiwilligkeit* der Anerkennung „von der Rechtsordnung bis auf weiteres (Art. 305, 306[2068]) *schlechthin als sichere*[2069] *hingenommen* werden darf".[2070] Erfolgen konnte die Anerkennung sowohl

---

[2056] Zu diesen *Wirkungen* vgl. Kapitel 2.3.1.1.

[2057] Wörtlich fast identisch Art. 312 Abs. 1 E-ZGB und Art. 330 Abs. 1 VE-ZGB; s. dazu Erl. Bd. I, S. 239 f., 263 (= BeK II, Rn. 587, 589, 642); Botsch.-ZGB, S. 38 (= BeK III, Rn. 11327).

[2058] Wörtlich fast identisch Art. 312 Abs. 1 E-ZGB und Art. 330 Abs. 2 VE-ZGB; s. dazu Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590); Botsch.-ZGB, S. 38 ff. (= BeK III, Rn. 11328 ff.); vgl. im Übrigen wie Fn. 2057.

[2059] Zu den *Wirkungen* der Anerkennung vgl. Kapitel 1.1.2.2.

[2060] Zu den *Wirkungen* der Vaterschaftsklage vgl. Kapitel 2.3.1.1, 2.3.1.2 bzw. 2.4.1.

[2061] Vgl. zum Ganzen auch EGGER I, Anm. 2, 3 zu Art. 302, Anm. 1c zu Art. 307, Anm. 5a zu Art. 119; EGGER II, Rn. 14 ff., 17 zu Art. 302, Rn. 1, 9 zu Art. 303, Rn. 19 zu Art. 319, Rn. 1 zu Art. 324, Rn. 5 zu Art. 325.

[2062] Materiell im Wesentlichen übereinstimmend Art. 313 Abs. 1 E-ZGB und Art. 331 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 263 (= BeK II, Rn. 643 f.); StenBull NR 1905, S. 767.

[2063] Respektive der *väterliche Grossvater*, falls der Kindsvater „gestorben oder dauernd urteilsunfähig [war]"; abw. Art. 313 Abs. 1 E-ZGB bzw. Art. 331 Abs. 1 VE-ZGB: „durch *einen Vorfahren* des Vaters".

[2064] Für eine Anerkennung musste gegebenenfalls die *Ausserehelichkeit* des Kindes zuerst durch die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung bzw. der Ehelicherklärung *herbeigeführt* werden; vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 303, Anm. 2a zu Art. 304; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 303, Rn. 3 zu Art. 304.

[2065] Diese Mitteilungspflicht oblag (gerade) der Urkundsperson; vgl. EGGER I, Anm. 3c zu Art. 303; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 303.

[2066] Abw. Art. 313 Abs. 2 E-ZGB und Art. 331 Abs. 2 VE-ZGB, welche auch „eine Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten" zuliessen.

[2067] Vgl. aber für die Anfechtungsmöglichkeit des *Kindsvaters* wegen *Willensmängeln* den Hinweis in Fn. 2116.

[2068] Zu Art. 305 ZGB vgl. Kapitel 1.1.3; zu Art. 306 ZGB vgl. Fn. 2116 und Kapitel 1.2.2.

[2069] Diese *Sicherheit* kontrastierte mit der gesetzlichen *Vermutung* bei der *Vaterschaftsklage* – dazu Kapitel 2.2.

[2070] Vgl. EGGER I, Anm. 1a, 1c, 2-5 zu Art. 303; EGGER II, Rn. 2, 5 f., 7 ff., 10 ff., 14 zu Art. 303, Rn. 1 zu Art. 305; Text zu Fn. 2297. Vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590).

vor als auch *nach* der *Geburt* des Kindes.[2071] (Nur) im ersten Fall erübrigte sich aber die Beistandsbestellung für das Kind i.S.v. Art. 311 ZGB[2072].

1.1 Persönlichkeitsgedanke

1.1.1 Interesse des Kindsvaters an der Anerkennung

Egger stellte fest, dem Vater eines ausserehelichen Kindes stehe das Anerkennungsrecht i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB „um seiner Persönlichkeit willen" zu.[2073] Diese nicht näher ausgeführte Bemerkung lässt sich mit der Vorstellung Hubers verbinden, wonach

> „es der Entwurf [sc. VE-ZGB] als ein natürliches Recht des Vaters [erachtet], das Kind anzuerkennen, auch wenn er die Stellung desselben damit herabdrücken sollte. Er muss es anerkennen dürfen, auch wenn z.B. die Mutter sozial höher steht und das Kind unter ihrer Gewalt eine bessere Erziehung erhalten dürfte. […]"[2074]

Damit liegt nahe, dass auch Egger das Institut der Anerkennung mit dem Interesse des Kindsvaters an der Herstellung einer rechtlichen Verbindung zu dem mit ihm *natürlich verwandten* Kind legitimierte.

1.1.2 Interesse des Kindes an der Anerkennung

1.1.2.1 Grundproblem

Eine fundamentale Bedeutung mass Egger der Anerkennung aber vor allem für das Kind zu:

> „[…] die Anerkennung [entspricht] dem gesetzgebungspolitischen Bedürfnis nach *Besserstellung der Außerehelichen* […]."[2075]

In dieser Bemerkung hob Egger hervor, dass das ZGB die Rechtsstellung ausserehelicher Kinder (im Vergleich zu vielen bisherigen kantonalen Rechten) stärkte: Gerade mit Blick auf die *Vaterschaftsklage*[2076] konstatierte er etwa, die Welschschweiz habe dieselbe teils gar nicht gestattet, und die Deutschschweiz dies nur „in einer überaus mißgünstigen Ausgestaltung" – namentlich durch Aktivlegitimation bloss der Kindsmutter (und nicht auch des Kindes), durch kurze Klagefristen und durch ein „geringstes Maß der Heranziehung der außerehelichen Väter zur Unterhaltstragung".[2077]

[2071] Vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 303; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 303.
[2072] Zu dieser Verbeiständung des Kindes vgl. Kapitel 2.1.
[2073] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 303, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 19; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 303, Rn. 11 zu Art. 19, Rn. 18 zu Art. 407.
[2074] Erl. Bd. I, S. 264 (= BeK II, Rn. 645); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 38 (= BeK III, Rn. 11329).
[2075] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 303, vgl. auch Vorbem. 3b i.V.m. Vorbem. 3a zu Art. 302 ff.; für EGGER II vgl. bei Fn. 2081.
[2076] Zur Vaterschaftsklage vgl. Kapitel 2.
[2077] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 302 ff. Vgl. denn auch EGGER I, Vorbem. 1-3 zu Art. 302 ff., Anm. 2b zu Art. 307, Anm. 1a zu Art. 319; EGGER II, Rn. 1 f., 3 f. zu Art. 302, Rn. 1 f., 8 zu Art. 307, Rn. 2 zu Art. 319.

Den Grund für die – daraus resultierende – Schlechterstellung ausserehelicher Kinder gegenüber ehelichen verortete Egger in der „Heiligkeit der Ehe" und im „Bedürfnis, die ideellen und materiellen Interessen der Familie zu schützen".[2078] Die Schlechterstellung dieser Kinder (und ihrer Mütter) habe „präventiv wirken" sollen, da bei „einer wohlwollenden rechtlichen Behandlung eine *demoralisierende Wirkung* befürchtet" worden sei.[2079] Zu solchen Erwägungen stellte Egger bereits in der *Erstauflage* klar:

> „Doch die Erfahrung zeigt, daß die Zahl der unehelichen Geburten überhaupt keinen Maßstab abgibt für die Sittlichkeit eines Volkes und daß Unzuchtsstrafen und alle weitere Ungunst des Gesetzes jene präventive Wirkung nicht ausübten und die Milderung der Gesetze jene Sittenlockerung nicht zur Folge hatte, die befürchtet wurde. Dagegen wälzt jene ältere Auffassung die Tragung der Folgen auf den regelmäßig schwächeren Teil und *höchst unbilligerweise auch auf das Kind* ab und bedeutet eine *Privilegierung des Mannes*, eine wahre ‚Herrenmoral'. Überwiegende Gründe sprechen für eine möglichste Besserstellung des außerehelichen Kindes und eine ausgiebige Heranziehung der außerehelichen Väter. Das ist ein Postulat des *modernen Individualismus* in seiner Anwendung auf die Außerehelichen. Die Statistik der Kindersterblichkeit, des Siechtums, des Pauperismus und der Kriminalität erweisen die besondere Gefährdung und somit die besondere *Schutzbedürftigkeit dieser Personenkategorie*. […]"[2080]

In diesem Sinne äusserte sich Egger auch in der *Zweitauflage*:

> „Die Rechtsstellung der außerehelichen Kinder sollte verbessert werden […]. Das forderte […] die Achtung vor dem Menschen im unehelichen Kinde, die Humanität und menschliche Solidarität – *der Persönlichkeitsgedanke* – […]. […] – Das Recht des ZGB brachte denn auch bedeutende Verbesserungen."[2081]

Egger begriff die Verbesserung der Rechtsstellung ausserehelicher Kinder somit als eine im Interesse dieser Kinder gebotene – dem *Persönlichkeitsgedanken* entsprigende und entsprechende – Massnahme. Mit dieser Vorstellung lag Egger auf der Linie Hubers, welcher festgehalten hatte:

> „Trotz aller Hochhaltung der bürgerlichen Bedeutung der Ehe, kann es doch nicht verkannt werden, dass die Ignorierung des natürlichen Abstammungsverhältnisses in einer Rechtsordnung, die der legitimen Familie nicht mehr die Alleinherrschaft über das Individuum zuerkennt, schwerlich mehr aufrecht erhalten werden darf. Individualismus und Ethik stehen dem mit gleicher Kraft entgegen. Verweigert man dem ausserehelich geborenen Kinde nicht die *Rechtsfähigkeit*, will man es in die bürgerliche Gesellschaft als *vollberechtigtes Glied* aufnehmen, so geht es nicht an, ihm die Rechtsstellung zu verweigern, die seiner *natürlichen Absammung* entspricht. Trägt es *gesellschaftlich ohnedies schwer am Makel seiner Geburt*, so verstösst es auch gegen eine *vernünftige Gesetzgebungspolitik*, diese Individuen dadurch in der Rechtsordnung noch stärker zurückzusetzen, dass man ihnen die *Anerkennung ihrer natürlichen Abstammung* versagt. Man *widerspricht*

[2078] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 302.

[2079] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 302 ff. Vgl. betreffend die *Anerkennung* auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 303; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 303.

[2080] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 302 ff.

[2081] EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 302, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 303.

sich selbst, wenn man das uneheliche Kind als *rechtsgleich im allgemeinen* aufnimmt und ihm doch die *Bande der Blutsverwandtschaft vorenthält*. Daraus aber ergibt sich eine Gleichstellung, die nicht in der Tatsache der ausserehelichen Geburt, sondern nur in anderen Erwägungen, wie namentlich im Schutze der legitimen Ehe und ihrer Kinder, eine Schranke finden darf."[2082]

Vor dem Hintergrund des Gesagten interessiert, wie das ZGB nun konkret die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes im Falle einer *Anerkennung* (bzw. eben einer *Vaterschaftsklage*) ausgestaltete.

1.1.2.2 Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes und seiner Eltern

Vorab sei darauf hingewiesen, dass hiernach die Rechtslage bei *vorgeburtlicher* Anerkennung dargestellt wird – wurde ein ausseréheliches Kind erst *nach* seiner Geburt anerkannt, präsentierte sich die Rechtslage *bis zum Zeitpunkt der Anerkennung* wie in den *Kapiteln 2.1* und *2.3.1.1* beschrieben.

Ein *anerkanntes Kind* erhielt gemäss Art. 325 Abs. 1 ZGB[2083] „den *Familiennamen* und die *Heimatangehörigkeit* des *Vaters* und [stand] zur *väterlichen* wie zur *mütterlichen* Seite in den Rechten und Pflichten der ausserehelichen[2084] Verwandtschaft". Die Anerkennung bewirkte somit, dass ein anerkanntes Kind neben dem – aufgrund des Art. 302 Abs. 1 ZGB ohnehin bestehenden[2085] – *Familienverwandtschaftsverhältnis* zur Kindsmutter und ihren Verwandten *zusätzlich* in ein solches zum Kindsvater und seinen Verwandten trat; dabei folgte das Kind dem *Stand des Vaters*.[2086]

Aus der *Familienverwandtschaft* ergab sich für Egger zunächst die *gegenseitige Erbberechtigung* i.S.v. Art. 461 ZGB[2087] zwischen Kind und Kindsmutter (bzw. ihren Verwandten) sowie zwischen Kind und Kindsvater (bzw. seinen Verwandten). Sodann leitete Egger aus der Familienverwandtschaft – im Verhältnis zwischen Kind und Kindsmutter sowie zwischen Kind und Kindsvater – die *gegenseitige Beistands- und Rücksichtspflicht* (vgl. Art. 271 ZGB[2088]) ab, ferner auch – im Verhältnis zwischen

---

[2082] Erl. Bd. I, S. 239 (= BeK II, Rn. 588); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 784.

[2083] Wörtlich fast identisch Art. 332 Abs. 1 E-ZGB und Art. 351 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 39 f. (= BeK III, Rn. 11333).

[2084] Zum Begriff der „*ausserehelichen* Verwandtschaft" vgl. den Hinweis in Fn. 2205.

[2085] Zu den *Wirkungen* vgl. Kapitel 2.3.1.1.

[2086] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2 zu Art. 325, Vorbem. 3a a.E., 3b zu Art. 302 ff., Anm. 3 zu Art. 302, Anm. 1a zu Art. 303; EGGER II, Rn. 1, 4, 5, 6 ff., 9 zu Art. 325, Rn. 17 zu Art. 302, Rn. 1, 2 zu Art. 303.

[2087] Art. 461 ZGB lautete: „(1) Die ausserehelichen Blutsverwandten werden in der *mütterlichen Verwandtschaft* den ehelichen im Erbrecht gleichgestellt. (2) In der *väterlichen Verwandtschaft* besteht nur dann ein Erbrecht, wenn das ausseréheliche Kind durch *Anerkennung* oder *Urteil* des Richters den *Stand des Vaters* erhalten hat." Eine *Einschränkung* gegenüber diesem Abs. 2 sah allerdings Abs. 3 vor: „Hat ein ausseréhelicher Erbe oder sein Nachkomme mit ehelichen Nachkommen seines Vaters zu teilen, so erhält der ausseréheliche Erbe oder sein Nachkomme je nur halb so viel, als einem ehelichen Kinde oder seinen Nachkommen zufällt."
Zur Legitimation des Art. 461 Abs. 3 ZGB (bzw. Art. 469 Abs. 3 E-ZGB und Art. 488 Abs. 3 VE-ZGB) hatte Huber übrigens angeführt, „dass das Kind mit der Mutter doch regelmässig ganz anders verbunden sei, als mit dem Vater, dass es häufig mit den legitimen Kindern der gleichen Mutter erzogen werde […]"; Erl. Bd. I, S. 240 f. (= BeK II, Rn. 590).

[2088] Dazu Kapitel a.4.

Kind und Kindsmutter bzw. ihren Verwandten und zwischen Kind und Kindsvater bzw. seinen Verwandten – die *gegenseitige Unterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ff. ZGB*[2089].[2090]

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Anerkennung auf eine *weitgehende Angleichung der Rechtsstellung* eines *ausserehelichen Kindes* an jene eines *ehelichen Kindes* abzielte.[2091] Dies manifestierte sich auch darin, dass der *Kindsvater* gemäss Art. 325 Abs. 2 ZGB „für das Kind *zu sorgen* [hatte] *wie für ein eheliches*". Aufgrund dieser *Sorgepflicht* traf den Kindsvater die Pflicht i.S.v. Art. 272 Abs. 1 ZGB, die *gesamten Kosten* des *Unterhalts und der Erziehung* des Kindes zu tragen.[2092] *Zusätzlich* floss aus dieser Sorgepflicht nach Eggers in der *Erstauflage* vertretenen Ansicht „doch wohl […] grundsätzlich […] das *Erziehungsrecht*[2093]" des Vaters (mit all seinen Einzelrechten (vgl. Art. 275 ff. ZGB)) – nicht aber das Vertretungsrecht bzw. die elterlichen Vermögensrechte, welche die Vormundschaftsbehörde i.S.v. Art. 325 Abs. 3 [2094] bzw. Art. 327 ZGB[2095] *einem* Elternteil eigens einräumen musste.[2096] Diese Ansicht aus der Erstauflage setzte sich indes nicht durch: Ohne nähere Ausführungen stellte Egger in der *Zweitauflage* nämlich fest, „keineswegs kann der Vater schon auf Grund der Anerkennung […] über Pflege und *Erziehung* des Kindes verfügen".[2097]

Ebensowenig, und hier stimmen beide Kommentarauflagen wieder überein, beinhaltete die väterliche Sorgepflicht die *elterliche Gewalt*. Denn gemäss Art. 325 Abs. 3 ZGB[2098] „*[konnte]* die Vormundschaftsbehörde das Kind unter die elterliche Gewalt des Vaters *oder* der Mutter stellen". Anders als bei einem ehelichen Kindesverhältnis, wo die elterliche Gewalt ipso iure *beiden* Elternteilen zustand, musste die Vormundschaftsbehörde bei einem ausserehelichen Kindesverhältnis die elterliche Gewalt folglich erst *einräumen*, und zwar, da die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt *verheirateten* Eltern vorbehalten war, vgl. Art. 274 Abs. 1 ZGB[2099], *entweder* der Kindsmutter *oder* dem Kindsvater[2100]. Die Vormundschaftsbehörde *konnte* das Kind

---

[2089] Dazu Kapitel c.1.

[2090] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1, 3 zu Art. 325; EGGER II, Rn. 4, 9, 10 f. zu Art. 325.

[2091] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 303; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 324, Rn. 1 i.V.m. Rn. 4 zu Art. 325.

[2092] Vgl. EGGER I, Anm. 1 i.V.m. Anm. 3 zu Art. 325; EGGER II, Rn. 4, 9, 10 f. zu Art. 325.

[2093] Vgl. dazu Kapitel a.5.1.1.2.

[2094] Vgl. dazu den nächsten Abschnitt.

[2095] Vgl. dazu den übernächsten Abschnitt.

[2096] EGGER I, Anm. 3, 4 zu Art. 325 i.V.m. Anm. 3 zu Art. 324. Vgl. dazu insbes. auch Text *nach* Fn. 2221.

[2097] Vgl. EGGER II, Rn. 11 zu Art. 325, und Text *nach* Fn. 2221.

[2098] Für die *Entwürfe* beachte Fn. 2168.

[2099] Vgl. dazu Kapitel a.5.1.1.1.

[2100] Egger stellte klar, dem Vater stehe dabei *„kein Vorrecht"* zu; vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 325; vgl. auch EGGER II, Rn. 11, 13 zu Art. 325. Für den Fall, dass dem Vater die elterliche Gewalt eingeräumt wurde, statuierte Art. 326 Abs. 1 ZGB ein *Recht der Kindsmutter* „auf angemessenen persönlichen Verkehr mit ihrem Kinde". In der Zweitauflage äusserte sich Egger explizit auch zur umgekehrten Situation: Das Besuchsrecht „muß aber auch dem Vater zugesprochen werden, da durch Anerkennung und Zusprechung auch er in ein personenrechtliches, verwandtschaftliches Verhältnis zu seinem Kinde tritt; dieses gehört jetzt auch seiner Familie an"; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 326; vgl. implizit auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 326 i.V.m. Anm. 5 zu Art. 156 und Anm. 2c zu Art. 284. Zur Möglichkeit einer *abgestuften Regelung* vgl. Art. 326 Abs. 2 ZGB:

allerdings auch – vgl. den Wortlaut des Art. 325 Abs. 3 ZGB – unter *Vormundschaft* stellen. Für die Frage, ob das Kind unter Vormundschaft gestellt werden solle (wobei als Vormund, wie Egger bemerkte, bei entsprechender *Eignung*[2101] auch die Kindsmutter bzw. der Kindsvater in Frage kämen), oder ob einem Elternteil (und wenn ja, *welchem*[2102]) die elterliche Gewalt einzuräumen sei, verwies Egger auf das Ermessen der Vormundschaftsbehörde, welche sich „entscheidend von der Rücksichtnahme auf die Interessen des Kindes leiten" lassen müsse.[2103]

Beim *ehelichen* Kindesverhältnis hingen die *elterliche Gewalt i.e.S.* und die *elterlichen Vermögensrechte* (bzw. zumindest das Verwaltungsrecht) bekanntlich untrennbar miteinander zusammen.[2104] Beim *ausserehelichen* Kindesverhältnis war dies *nicht* der Fall.[2105] Dies ergibt sich aus Art. 327 ZGB[2106], gemäss welchem die Vormundschaftsbehörde immer dann, wenn sie „das Kind unter die elterliche Gewalt des Vaters *oder* der Mutter [stellte]" auch zu bestimmen hatte, „*welche Rechte* denselben am Kindesvermögen [zustanden]". Auch diesbezüglich stellte Egger fest, der Vormundschaftsbehörde sei – unter Wahrung der *Kindesinteressen* – „alle Bewegungsfreiheit" eingeräumt.[2107]

Schon Huber hatte der Idee nach eine grundsätzliche Gleichstellung von ausserehelichen und ehelichen Kindern propagiert – und zwar in familienrechtlicher und in erbrechtlicher Hinsicht –, wobei er diesem Grundsatz im Verhältnis zwischen *Kind und Kindsmutter* bzw. ihrer Verwandtschaft *keinerlei Ausnahmen* entgegenstellen wollte.[2108] Anderes musste s.E. aber für das Verhältnis zwischen *Kind und Kindsvater* bzw. seiner Verwandtschaft gelten:

> „Zwar würde auch hier die gleiche Grundlage der natürlichen Abstammung gegeben sein, wie im Verhältnis zur Mutter. Allein die *Mutter ist immer gewiss, der Vater nicht,* und auf dieses Moment muss die rechtliche Ordnung Rücksicht nehmen."[2109]

Aufgrund dieser Überlegung war Huber zum Ergebnis gelangt, die Gleichstellung von ausserehelichen mit ehelichen Kindern dürfe nur dort erfolgen, „wo einigermassen die Gewissheit für die Abstammung als hergestellt betrachtet werden darf".[2110]

„Die Vormundschaftsbehörde kann auf Begehren der Mutter oder von sich aus die elterliche Gewalt über das Kind bis zu einem bestimmten Alter der Mutter und dann erst dem Vater zuweisen." Art. 333 E-ZGB entsprach materiell dem Art. 326 ZGB; der VE-ZGB enthielt keine Regelung i.S.v. Art. 326 ZGB.

2101 Zum Erfordernis der *Eignung* eines Vormundes vgl. Fn. 2166 m.w.H.

2102 Vgl. dazu auch Eggers Aussage im Zusammenhang mit Art. 326 ZGB: „Wo für das Kind besser gesorgt wird, da soll es hinkommen […]"; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 326; vgl. auch EGGER II, Rn. 14 zu Art. 325.

2103 EGGER I, Anm. 4 zu Art. 325; EGGER II, Rn. 4, 12 ff. zu Art. 325, vgl. auch Rn. 16 zu Art. 368.

2104 Vgl. Kapitel a.5.2.2.4.3.

2105 Vgl. explizit auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 327.

2106 Art. 334 E-ZGB bestimmte, dass besagte Eltern „die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes gleich ehelichen Eltern [hatten]". Der VE-ZGB enthielt keine Regelung i.S.v. Art. 327 ZGB.

2107 Vgl. EGGER I, Komm. zu Art. 327; EGGER II, Komm. zu Art. 327.

2108 Vgl. Erl. Bd. I, S. 239 f. (= BeK II, Rn. 588 ff.).

2109 Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590).

2110 Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590).

Bei der *Anerkennung* durch den Vater war dies für Huber (an sich[2111]) der Fall; ebenso bei der als *Standesklage*[2112] ausgestalteten *Vaterschaftsklage*.[2113]

1.1.3 Einspruchsmöglichkeit von Kindsmutter und Kind gegen die Anerkennung, Art. 305 Abs. 1 ZGB

Dass Egger das Institut der Anerkennung massgeblich mit den Interessen des Kindes legitimierte, zeigt sich indirekt auch im Zusammenhang mit Art. 305 Abs. 1 ZGB[2114]. Gemäss dieser Bestimmung konnten sowohl die Kindsmutter als auch das Kind (bzw. nach seinem Tode: dessen Nachkommen) „gegen die Anerkennung binnen drei Monaten, nachdem sie von ihr Kenntnis erhalten [hatten], beim zuständigen Zivilstandsbeamten *mit der Behauptung*[2115] *Einspruch erheben*, dass der Anerkennende *nicht der Vater oder Grossvater sei*[2116], oder dass die Anerkennung *dem Kinde nachteilig* wäre".[2117]

Wie das *Anerkennungs*recht des Vaters, qualifizierte Egger auch dieses *Einspruchs*recht von Kindsmutter bzw. Kind als Recht, welches ebendiesen „um ihrer Persönlichkeit willen" zustehe.[2118] Dabei drängte sich die gesetzliche Einräumung eines Einspruchsrechts, wie Egger in der Zweitauflage näher bemerkte, deshalb auf, weil die Anerkennung eine *einseitige Willenserklärung*[2119] des Anerkennenden darstellte, die ohne jede Mitwirkung insbesondere der Kindsmutter bzw. des Kindes erfolgte – gegenüber diesen Personen jedoch „weittragende Wirkungen entfaltet".[2120] Egger hob daher den Umstand hervor, dass der Einspruch nicht nur mit der Begründung

---

[2111] Vgl. aber die *Ungleichbehandlung im Erbrecht*, Art. 461 Abs. 3 ZGB (s. dazu Fn. 2087).

[2112] Zur *Standesklage* vgl. Kapitel 2.4.

[2113] Vgl. Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590); Botsch.-ZGB, S. 39 f. (= BeK III, Rn. 11333).

[2114] Abw. insofern Art. 332 Abs. 1 VE-ZGB, welcher auf die Mitteilung *oder* die öffentliche Bekanntmachung abstellte, sodann nur eine *einmonatige Frist* vorsah und *keine Behauptung* verlangte. Immerhin bestimmte Art. 332 Abs. 3 VE-ZGB: „Der Richter kann, wenn das Kind ein Alter von zehn Jahren erreicht hat, die Anerkennung für ungültig erklären, sobald sie für das Kind von *offenbarem Nachteile* wäre." Art. 314 Abs. 1 E-ZGB wich von Art. 332 Abs. 1 VE-ZGB insofern ab, als er (an Stelle der Regelung i.S.v. Art. 332 Abs. 3 VE-ZGB) eine Behauptung i.S.v. Art. 305 Abs. 1 ZGB („*offenbar* nachteilig") verlangte. Vgl. zum Ganzen: Erl. Bd. I, S. 263 f. (= BeK II, Rn. 644 f.).

[2115] Ein *Beweis* wurde nicht verlangt; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 305; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 305.

[2116] Mit *dieser* Begründung konnte auch die *zuständige Behörde* des Heimatkantons des Vaters (zur Legitimation dieser Regelung s. Kapitel a.1.2.2, a.2.2) und *jedermann mit einem Interesse* innert dreier Monate ab Kenntnisnahme der Anerkennung ebendiese *klageweise* anfechten, Art. 306 ZGB (zu dieser Norm s. auch Kapitel 1.2.2). Auch die *Entwürfe* sahen hier ein Anfechtungsrecht für jedermann mit einem Interesse vor: Art. 315 E-ZGB (Frist: ein Monat ab öffentlicher Bekanntmachung), Art. 333 VE-ZGB (ohne Fristnennung). Vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 39 (= BeK III, Rn. 11330). Sodann propagierte EGGER I, Anm. 3 zu Art. 306, die analoge Anwendung des Art. 306 ZGB bei *Willensmängeln* des Anerkennenden; abw. EGGER II, Rn. 14 ff. zu Art. 303, welcher hierfür die Art. 23 ff. OR analog anwandte.

[2117] Gemäss Art. 305 Abs. 2 ZGB „[hatte] der Zivilstandsbeamte dem Anerkennenden oder dessen Erben von dem Einspruche *Mitteilung* zu machen, worauf binnen drei Monaten beim Richter des zuständigen Zivilstandsamtes auf *Abweisung des Einspruches geklagt* werden [konnte]". In diesem Sinne auch Art. 314 Abs. 2 E-ZGB und Art. 332 Abs. 2 VE-ZGB – jeweils aber mit bloss einmonatiger Klagefrist.

[2118] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 305; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 305; Kapitel 1.1.1.

[2119] Vgl. nur Kapitel 1.

[2120] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 305.

angefochten werden konnte, dass der Anerkennende *in Wahrheit nicht der Vater* sei, sondern eben auch mit der Begründung, dass die Anerkennung *„dem Kinde nachteilig wäre“*.[2121] Als solche Konstellationen führte Egger illustrativ auf:

> „Der Vater will vielleicht durch die Anerkennung der rechtskräftigen Verurteilung zur Alimentenleistung zuvorkommen und glaubt so seinen Vorteil wahren zu können. Er will das Kind in sein Haus aufnehmen, um es auszubeuten. Er ist sittlich verkommen und das Kind könnte in seinem leiblichen oder geistigen Wohl gefährdet werden. Weiterhin kann die Anerkennung aber auch aus habsüchtigen Erwägungen erfolgen und dann allerdings auch das Kind benachteiligen. Dieses ist älter geworden und ist zu Vermögen gekommen. Die Anerkennung bezweckt lediglich, für den Vater ein Erbrecht zu begründen […]. […]“[2122]

Dies zeigt, dass Egger die Gründe für die Nachteiligkeit zwar weit fasste – dabei allerdings stets, so Egger in der Zweitauflage explizit, „eine *erhebliche Verletzung* der Kindesinteressen“ verlangte.[2123]
Auch schon Huber hatte betont, dass der Kindsmutter und dem Kind gegen eine Anerkennung die Einspruchsmöglichkeit offen stehen müsse.[2124] Dazu hatte Huber insbesondere bemerkt, der Einspruch „kann sich darauf stützen, dass die Anerkennung, die im übrigen durchaus natürlich begründet sein mag, vom Vater aus *egoistischen Motiven und entgegen allen Interessen des Kindes* ausgesprochen werde“ – etwa wenn sich der Vater über zehn Jahre nicht um sein Kind gekümmert habe, nun aber z.B. aufgrund einer vom Kinde erworbenen Erbschaft das Kindesverhältnis herstellen wolle.[2125] Damit entsprachen sich Eggers und Hubers Vorstellungen.

1.1.4 Leistungen des Kindsvaters an die Kindsmutter, Art. 309 Abs. 2 i.V.m. Art. 317 f. ZGB

Wurde aufgrund einer *Vaterschaftsklage* die Vaterschaft des Beklagten festgestellt, hatte der Richter den Letzteren zugunsten der *Kindsmutter* zu den in den Art. 317 ZGB genannten *Vermögensleistungen* sowie (ggf.) zu der in Art. 318 ZGB genannten *Genugtuungsleistung* zu verurteilen. An einschlägiger Stelle[2126] wird gezeigt, dass Egger diese *Leistungen* mit dem *Persönlichkeitsgedanken* legitimierte. Über Art. 309 Abs. 2 ZGB[2127] konnten die Leistungen auch bei einer *Anerkennung* eingeklagt werden.

[2121] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 305; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 305.
[2122] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 305; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 305.
[2123] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 305.
[2124] Erl. Bd. I, S. 263 f. (= BeK II, Rn. 644 f.).
[2125] Erl. Bd. I, S. 264 (= BeK II, Rn. 645); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 39 (= BeK III, Rn. 11330); StenBull NR 1905, S. 767 f.
[2126] Kapitel 2.3.2.
[2127] Für den Wortlaut dieser Bestimmung vgl. Fn. 2266.

1.2 Gemeinschaftsgedanke

1.2.1 Allgemeininteresse an der Besserstellung ausserehelicher Kinder

Dass das ZGB das Institut der *Anerkennung* (sowie der *Vaterschaftsklage*) statuierte, entsprach nach Eggers Ansicht auch dem Gemeinschaftsgedanken. So hielt er bereits in der *Erstauflage* fest:

> „[…] Zugleich damit erweist sich dieser Kinderschutz auch als ein *soziales Postulat*, geboten im *Interesse der Gesellschaft*. Der Staat hat schon mit Rücksicht auf die *Armenpflege* keinen hinreichenden Grund, die außerehelichen Väter zu entlasten. Und das *allgemeine Interesse* an der rechtlichen und *ökonomischen Sicherung* dieser Kinder rechtfertigt es, die Väter zur Lastentragung in wirksamerer Weise als nach dem bisherigen Recht und in größerem Umfange heranzuziehen."[2128]

Auch in der *Zweitauflage* hob Egger das „öffentlich[e] Interesse" an einer verbesserten Rechtsposition ausserehelicher Kinder hervor:[2129]

> „[…] Die Unehelichen unterliegen größerer Sterblichkeit, sie stellen (infolge ungenügender Sorge bei der Geburt) ein verhältnismäßig großes Kontingent der Blinden, in der Folge aber auch der Armengenössigen, der in Fürsorge- und Strafanstalten Untergebrachten – ideelle und utilitäre Gründe genug, um den außerehelichen Geschlechtsverkehr unter volle eigene Verantwortung zu stellen und den Kindern, die aus ihm hervorgehen, eine gefestigtere rechtliche (und damit auch wirtschaftliche) Stellung zu sichern."[2130]

Ebenfalls in der Zweitauflage bemerkte Egger:

> „Dem unehelichen Kinde soll – nicht anders als dem ehelichen – *sorgfältige körperliche Pflege, Erziehung und Ausbildung* zuteil werden. Auch es soll erzogen werden zu einem Menschen von Eigenleben und Eigenwert, der *damit zugleich* seinen Platz in der *Volks- und in der menschlichen Gemeinschaft* auszufüllen vermag (Art. 275 N 4[2131]). Dieses *menschliche und soziale Postulat* ist der Niederschlag eines jahrhundertealten Ringens im heutigen Rechtsbewußtsein […]. Ihm leistet auch das heutige Recht Folge, wenn es dem Kinde einen umfassenden Unterhaltsanspruch gewährt."[2132]

Alle drei zitierten Aussagen zeigen, dass Egger bezüglich der Stärkung der Rechtsposition ausserehelicher Kinder von einem *Gleichlauf der Persönlichkeits- und Gemeinschaftsinteressen* ausging.

[2128] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 302 ff.; vgl. auch Text zu Fn. 2240.
[2129] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 302.
[2130] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 302.
[2131] Abgedruckt in Fn. 1875.
[2132] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 319.

1.2.2 Anfechtung der Anerkennung bei gesetzlichem Ausschluss derselben, Art. 306 i.V.m. Art. 304 ZGB

Ausgeschlossen[2133] war die Anerkennung „eines im *Ehebruch* oder in *Blutschande*[2134] erzeugten Kindes", Art. 304 ZGB. Mit dem Nachweis, dass die Anerkennung in besagtem Sinn ausgeschlossen war, konnte sie „von der zuständigen *Behörde* des Heimatkantons des Vaters sowie von *jedermann*, der ein *Interesse*[2135] [hatte], binnen drei Monaten, nachdem sie davon Kenntnis erhalten [hatten], beim Richter des zuständigen Zivilstandsamtes […] angefochten werden", Art. 306 ZGB.[2136]

Egger stellte fest, die Entwürfe[2137] des ZGB hätten die in Art. 304 ZGB getroffene Regelung noch nicht vorgesehen und auch in den Räten sei sie mit Blick auf die angestrebte Besserstellung ausserehelicher Kinder umstritten gewesen.[2138] Er attestierte dieser Norm in der *Erstauflage* „pönalen und Ausnahmecharakter", weshalb sie s.E. „eng zu interpretieren" war – abzustellen sei auf „das *Bewusstsein*" des Kindsvaters betreffend seines „blutschänderischen oder ehebrecherischen Umganges".[2139] Auf den ersten Blick erscheint daher widersprüchlich, dass Egger in der *Zweitauflage* bemerkte, „ein pönaler Sinn (der jede einschränkende Auslegung verböte) kommt ihm [sc. Art. 304 ZGB] gewiß nicht zu […]".[2140] Beide Kommentarauflagen lagen indes auf einer Linie: In der Zweitauflage hob Egger nur deutlicher hervor, dass Art. 304 ZGB *keinen pönalen Zweck verfolgte* – wenngleich ihm ein *pönaler Charakter anhaftete*. Worin Egger den *Zweck* des Art. 304 ZGB erblickte, zeigt folgende Aussage:

> „Es [sc. das Anerkennungsverbot] kann auch nicht schlechthin den Schutz der Ehe und der öffentlichen Ordnung bezwecken, denn dieser würde in manchen Fällen die Anerkennung gerade verlangen. Das Verbot erstrebt vielmehr den Schutz der *legitimen Familie, des andern Ehegatten* und der *ehelichen Kinder* […]. Dieser Zweck rechtfertigt eine einschränkende Auslegung."[2141]

[2133] Für die *Wirkungen* dieses Ausschlusses vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 304; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 304.

[2134] Darunter verstand EGGER I, Anm. 2b zu Art. 304, „de[n] geschlechtliche[n] Verkehr von Personen […], die zur Zeit des Umganges wegen Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft keine Ehe eingehen konnten (Art. 100 Ziff. 1 und 2)". EGGER II, Rn. 5 zu Art. 304, fasste den Begriff enger: Blutschande könne „nur im Geschlechtsverkehr zwischen Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie und zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern bestehen" – nicht aber bei einem „Schwägerschafts- oder Stiefelternverhältnis (Art. 100 Ziff. 2) zwischen den beiden Elternteilen" oder beim Verhältnis „Oheim-Nichte".

[2135] Egger führte aus, da die (einseitige) *Anerkennung* für *Dritte* Auswirkungen zeitigen könne, müsse (neben Kindsmutter und Kind auch) diesen das Anfechtungsklagerecht i.S.v. Art. 306 ZGB zustehen. Das Interesse könne „ein vermögensrechtliches sein (erbrechtliche Interessen) oder ein persönliches und familienrechtliches". Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 1 zu Art. 306, Rn. 4 zu Art. 303, Rn. 1, 2 zu Art. 305; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 306.

[2136] Für einen weiteren Anfechtungsgrund i.S.v. Art. 306 ZGB vgl. Fn. 2116.

[2137] Huber hatte bemerkt, „die Ausschliessung der Anerkennung gegenüber den sogen. ehewidrigen Kindern […] erweist sich nicht als Bedürfnis und ist auch von mehreren kantonalen Vernehmlassungen ausdrücklich abgelehnt worden […]"; Erl. Bd. I, S. 264 (= BeK II, Rn. 646).

[2138] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 304 m.w.H.; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 304 m.w.H.

[2139] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 304.

[2140] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 304.

[2141] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 304; vgl. auch EGGER I, Anm. 2 zu Art. 304.

Damit stellte Egger klar, dass ein *verheirateter* Vater, der ein Kind *im Ehebruch gezeugt* hatte, dieses nicht solle anerkennen können. Dadurch wurde nach Eggers Ansicht die legitime Familie besagten Vaters – also insbesondere seine Ehegattin und die ehelichen Kinder – geschützt. Folglich trug das Anerkennungsverbot für Egger dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung. Entsprechend propagierte Egger aber die Zulassung der Anerkennung, „wenn weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder des Anerkennenden mehr vorhanden sind" – denn „dann entfällt der Schutzzweck der Norm".[2142]
Den Zweck des Ausschlusses der Anerkennung eines in *Blutschande* gezeugten Kindes erblickte Egger in der möglichsten Verhinderung „unleidliche[r] Standes- und Familienverhältnisse".[2143]

2. Vaterschaftsklage gegen den Kindsvater, Art. 307-327 ZGB

Neben der Möglichkeit zur (freiwilligen) *Anerkennung* gewährte das ZGB auch die Möglichkeit zur *richterlichen Feststellung*[2144] der Vaterschaft aufgrund einer *Vaterschaftsklage* des Kindes und / oder[2145] der Kindsmutter[2146] gegen den Kindsvater bzw. dessen Erben, vgl. Art. 307 ZGB[2147]. Diese Klage konnte bereits vor der Geburt des Kindes angebracht werden und war – was Egger nicht zuletzt mit Rücksicht auf Beweisüberlegungen begründete – auf ein Jahr seit der Geburt des Kindes befristet, Art. 308 ZGB[2148].[2149] Sie bezweckte, vgl. Art. 309 Abs. 1 ZGB[2150], in der von Egger als

---

[2142] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 304; vgl. auch schon EGGER I, Anm. 2a i.V.m. Anm. 2 zu Art. 304.
[2143] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 304; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 i.V.m. Rn. 2 zu Art. 304. Zu Eggers Begründung des *Eheverbots für Blutsverwandte* s. im Übrigen Kapitel I.b.2.1.5.1/2.
[2144] So Art. 307 Abs. 1 ZGB. In der *Erstauflage* attestierte Egger der Vaterschaftsklage einen Doppelcharakter: Sie sei *„Feststellungsklage und Leistungsklage"*; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 307, Anm. 1 zu Art. 309. In der *Zweitauflage* merkte Egger demgegenüber an, die Vaterschaftsklage sei eine *Leistungsklage*, wofür die Feststellung der Vaterschaft zwar zwingende Voraussetzung bilde, ihr aber keine selbständige Bedeutung zukomme; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 307, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 309. Über das *Verfahren* vgl. Art. 310 ff. ZGB; für die *Entwürfe* vgl. Art. 338 ff. VE-ZGB und Art. 319 ff. E-ZGB.
[2145] Zum *Verhältnis* dieser Klagerechte vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 307; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 307.
[2146] Egger bemerkte, die Kindsmutter könne (auch) die Leistungen für ihr Kind einklagen (nicht aber umgekehrt), doch „nicht als Vertreterin des Kindes (die sie nicht ist, vgl. Art. 311, 324 Abs. 3), sondern aus eigenem Recht und in eigenem Namen […]"; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 307, Rn. 1, 4 zu Art. 309; vgl. auch EGGER I, Anm. 2a, 2b, 2d zu Art. 307, Komm. zu Art. 309.
[2147] Vgl. dazu die Art. 316 f. E-ZGB und Art. 334 f. VE-ZGB, die vom ZGB abwichen hinsichtlich der *Klagefrist* (E-ZGB: regulär nur drei Monate, aber mit Möglichkeit zur späteren Klageanhebung bei „wichtigen Gründen"; übereinstimmend (aber von „triftigen Gründen" sprechend) der VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 265 (= BeK II, Rn. 648); Botsch.-ZGB, S. 39 (= BeK III, Rn. 11331)). Abw. sodann, vgl. den VE-ZGB, hinsichtlich der *Passivlegitimation* im Falle des Todes des angeblichen Kindsvaters – der E-ZGB enthielt eine solche Regelung hingegen überhaupt nicht.
[2148] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 2147.
[2149] Zur Kürze der Frist gab Egger neben dem Gesagten insb. auch zu bedenken, dass frühere kantonale Rechte teils *noch kürzere* Fristen vorgesehen hätten. EGGER I ging, wie schon bei Art. 257 Abs. 3 ZGB (vgl. dazu Fn. 1615), von einer *wiederherstellbaren*, und EGGER II von einer *erstreckbaren Verwirkungsfrist* aus. Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 308; EGGER II, Rn. 1 ff., 7 ff. zu Art. 308.
[2150] Materiell übereinstimmend Art. 318 Abs. 1 E-ZGB und Art. 337 VE-ZGB.

„einfache Vaterschaftsklage" / „Alimentenklage"[2151] bezeichneten Form die Verurteilung des Kindsvaters zu blossen *Vermögensleistungen* an das Kind bzw. an die Kindsmutter i.S.v. Art. 319 bzw. Art. 317 f. ZGB, oder in der von ihm als *„qualifizierte Vaterschaftsklage" / „Standesklage"*[2152] bezeichneten Form die (bestimmten Konstellationen vorbehaltene) *Zusprechung des Kindes an den Kindsvater mit (umfassenden Unterhalts- und) Standesfolgen*, vgl. (Art. 309 Abs. 3 ZGB i.V.m.) Art. 325 ZGB.
Wie (implizit) schon das Institut der Anerkennung[2153], begründete Egger auch jenes der Vaterschaftsklage mit der *natürlichen Verwandtschaft* zwischen ausserehelichem Kind und Kindsvater.[2154]
Mit dieser Überlegung hatte auch Huber die Aufnahme der Vaterschaftsklage ins ZGB legitimiert:

> „Man wendet gegen deren Anerkennung ein, dass damit einem Gegenstande nachgeforscht werde, der ausschliesslich der guten Sitte angehöre, oder dass mit der Nachforschung selber eine Unsittlichkeit begangen werde, die grösser sei, als die Ausschliessung jeder Vaterschaftsklage. Allein wenn auch in den gegebenen Tatbeständen allerdings gar oft unerhörter Schmutz und jede Art von Niedertracht der Gesinnung aufgerührt und ans Tageslicht gebracht wird, so darf man doch nicht verkennen, dass diese Missstände nicht durch die Vaterschaftsklage geschaffen, sondern nur durch sie aufgedeckt werden, und eine weise Gesetzgebungspolitik wird sich gestehen müssen, dass eine Heilung solcher Schäden nicht dadurch erreicht werden kann, dass man sich vor ihnen verschliesst, sondern umgekehrt nur dadurch, dass man ihnen die ganze Aufmerksamkeit zuwendet, deren solche Abgründe sozialen Elendes ganz besonders bedürftig sind. Weit mehr Gewicht als der Aufrüttelung aller der Übelstände, die mit der Vaterschaftsklage zur Sprache gebracht zu werden pflegen, ist der Tatsache zuzuerkennen, dass unter den vielen ausserehelichen Müttern gar manche sich findet, die des Rechtsschutzes in vollem Umfange würdig ist […][2155]. Über alles aber stellen wir die Erwägung, dass die Mutter aus den Beziehungen mit dem Vater des ausserehelichen Kindes einen Anspruch hat, der unter allen Umständen eine sittliche Verpflichtung des Vaters bedeutet und sozial wichtig genug ist, um auch als Rechtspflicht gegenüber Mutter und Kind anerkannt zu werden. […] Gewiss weiss die Mutter des ausserehelichen Kindes sozusagen in allen Fällen, dass sie mit dem ausserehelichen Umgang ein Unrecht begangen hat. Allein auch dem Vater des Kindes fehlt dieses Bewusstsein nicht, und die Rechtsordnung ist nicht dazu da, in leichtfertigen Gesellen die letzte Spur des Gewissens völlig zu ersticken, sie soll umgekehrt den Stand der allgemeinen Moral zum mindesten festhalten und unterstützen."[2156]

[2151] Für diese *Bezeichnungen* vgl. nur EGGER I, Anm. 1b zu Art. 307, Anm. 2 zu Art. 323; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 307. Zur *Klage* selbst vgl. Kapitel 2.3.
[2152] Für diese *Bezeichnungen* vgl. nur EGGER I, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 323, Anm. 2 zu Art. 323; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 307. Zur *Klage* selbst vgl. Kapitel 2.4.
[2153] Vgl. nur Text zu Fn. 2070.
[2154] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3c zu Art. 302 ff., Anm. 1b zu Art. 307, Anm. 3a, 3b zu Art. 319; EGGER II, Rn. 17 zu Art. 302, Rn. 1, Rn. 5 zu Art. 307, Rn. 22 zu Art. 319.
[2155] Vgl. die Parallele zu Eggers Aussage im Text zu Fn. 2165.
[2156] Erl. Bd. I, S. 241 f. (= BeK II, Rn. 592); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 782.

Trotz der in dieser Aussage erwähnten (und sich aus der Pflicht zum *Nachweis* der Vaterschaft erklärenden[2157]) misslichen Begleiterscheinungen eines Vaterschaftsprozesses, hatte sich Huber hier energisch zur Vaterschafsklage bekannt. Ebendiese hatte er als vom Grundgedanken getragen begriffen, jenen Ansprüchen des Kindes bzw. der Kindsmutter zum Durchbruch zu verhelfen, zu deren Befriedigung ein Kindsvater s.E. nicht nur moralisch, sondern (nunmehr eben) auch rechtlich verpflichtet war.

2.1 Zwingende Verbeiständung des ausserehelichen Kindes, Art. 311 Abs. 1 ZGB

Die *Anerkennung* eines ausserehelichen Kindes durch dessen Vater konnte (mit den gleichen Wirkungen) nicht nur *nach*, sondern auch schon *vor der Geburt* dieses Kindes erfolgen.[2158] Stets aber – und folglich gerade wenn sich abzeichnete, dass eine *vorgeburtliche* Anerkennung nicht erfolgen werde – war die Kindsmutter berechtigt, ihre *ausserehelichе Schwangerschaft* der *Vormundschaftsbehörde anzuzeigen*, woraufhin Letztere schon vor der Geburt des Kindes ebendiesem zur möglichst frühzeitigen Wahrung seiner Interessen zwingend einen Beistand[2159] zu bestellen hatte, vgl. Art. 311 Abs. 1 ZGB[2160].[2161] Dieselbe Anordnung musste die Vormundschaftsbehörde gemäss dieser Bestimmung treffen, wenn sie von der *Geburt* eines ausserehelichen Kindes Kenntnis erhielt.[2162]

Eine entscheidende Rolle für diese Beistandsbestellungspflicht i.S.v. Art. 311 Abs. 1 ZGB spielte nach Eggers Ansicht die in Art. 308 ZGB statuierte kurze – einjährige – Klagefrist[2163]:

> „Das neue Recht anerkennt, daß es zweifellos außereheliche Mütter gibt, welche fähig und würdig genug sind, um sie zu Vormünderinnen ihrer Kinder zu bestellen oder ihnen gar die volle elterliche Gewalt zu überlassen (Art. 324 Abs. 3)[2164]. Es anerkennt aber auch, daß für das *Wohl der außerehelichen Kinder* außerordentlich viel davon abhängt, daß im ersten Jahr nach der Geburt seine Rechtsansprüche wirksam geltend gemacht werden und daß gerade dafür die Mutter keine Gewähr bietet. Ihr mangeln die Rechtskenntnisse, die Erfahrung, die Sicherheit in der Verfolgung der Ansprüche gegen den außerehelichen Vater. Darauf machten besonders die schweiz. Frauenvereine […] aufmerksam."[2165]

[2157] Vgl. dazu Kapitel 2.2 und 2.4.1.

[2158] Vgl. Kapitel 1.

[2159] Zur *Beistandschaft* vgl. Kapitel III.b.

[2160] Eine solche Bestimmung enthielten der E-ZGB und VE-ZGB nicht; vgl. aber StenBull NR 1905, S. 779.

[2161] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 308, Anm. 2a zu Art. 311, Anm. 4 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 310, Rn. 1 f., 3 zu Art. 311, Rn. 14 zu Art. 324.

[2162] Kenntnis davon erhielt die Vormundschaftsbehörde inbesondere durch die dem Zivilstandsbeamten obliegende Anzeigepflicht ausserehelicher Geburten; vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 311; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 311.

[2163] Vgl. zu dieser bei Fn. 2149.

[2164] Vgl. die Parallele zu Hubers Aussage im Text zu Fn. 2156; vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 783, 836 f. Zu *Art. 324 Abs. 3 ZGB* s. Text *nach* Fn. 2213.

[2165] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 311; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 311.

Aufgrund dieser Überlegungen konstatierte Egger, der – dafür *geeignete*[2166] – Beistand habe „das Kind zu vertreten und seine Interessen […] zu wahren"; insbesondere sei (vgl. sogleich Art. 311 Abs. 2 ZGB) nötigenfalls „die Vaterschaftsklage zu erheben und zwar auch dann, wenn die Mutter ebenfalls klagt […]".[2167] Egger legitimierte die in Art. 311 Abs. 1 ZGB getroffene Regelung also mit dem Kindeswohl, mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.

Gemäss dem eben angesprochenen Art. 311 Abs. 2 ZGB[2168] „[wurde] der Beistand *nach* Durchführung der erhobenen *Klage* oder *nach Ablauf der Klagefrist* durch einen *Vormund*[2169] ersetzt, wenn die Vormundschaftsbehörde es nicht für angezeigt [erachtete], das Kind unter die *elterliche Gewalt* der Mutter *oder* des Vaters[2170] zu stellen". Diese Bestimmung macht erneut[2171] deutlich, dass die elterliche Gewalt bei ausserehelichen Kindern *stets*[2172] – selbst gegenüber der Kindsmutter (obschon das Kindesverhältnis zwischen ihr und ihrem Kinde seit dessen Geburt bestand, Art. 302 Abs. 1 ZGB) – behördlich eingeräumt werden musste. Auch darin lag für Egger ein Schutz des Kindeswohls: Ob dem Kinde nämlich ein (der behördlichen *Aufsicht* unterstehender[2173]) *Vormund* bestellt werden solle (als welcher für Egger insbesondere der bisherige Beistand in Frage kam, u.U.[2174] aber auch die Kindsmutter bzw. der Kindsvater), oder ob das Kind der *elterlichen Gewalt* der Mutter *oder* (was nur bei der Standesklage möglich war[2175]) des Vaters zu unterstellen sei, wollte Egger von einer im Ermessen der Vormundschaftsbehörde liegenden – und auf die Wahrung der Kindesinterssen abzielenden – Prüfung des Einzelfalles abhängig gemacht wissen.[2176]

[2166] Für das Kriterium der *Eignung* des Beistands (bzw. des Vormunds), welches „für das Schicksal des Kindes und für die Öffentlichkeit von größter Bedeutung" sei, vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 311, vgl. implizit auch Anm. 4b zu Art. 311, Anm. 3 zu Art. 324 und Anm. 4 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 311, Rn. 16 zu Art. 324 (s. dazu Fn. 2220), implizit auch Rn. 13 f. zu Art. 325. Vgl. sodann *spezifisch* auch Kapitel III.a.3.1.1.1.

[2167] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 311, vgl. auch Anm. 2b zu Art. 307; EGGER II, Rn. 6 ff. zu Art. 311, Rn. 14 zu Art. 324.

[2168] Da die *Entwürfe* keine Bestimmung i.S.v. Art. 311 Abs. 1 ZGB enthielten (vgl. Fn. 2160), bestimmten sie direkt, dass (nach der Durchführung des Vaterschaftsprozesses) die Vormundschaftsbehörde entweder einen Vormund zu ernennen oder das Kind der elterlichen Gewalt der Mutter oder aber – im Falle der Standesklage (bzw. der Anerkennung) – jener des Vaters (zu Letzterem beachte aber Fn. 2290) zu unterstellen hatte, s. Art. 331 Abs. 3 bzw. Art. 332 Abs. 3 E-ZGB und Art. 350 Abs. 2 bzw. Art. 351 Abs. 2 VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 271 (= BeK II, Rn. 666); Botsch.-ZGB, S. 38 (= BeK III, Rn. 11327, 11333, 11335); s. sodann StenBull NR 1905, S. 836 f.

[2169] Auch hier galt das Kriterium der *Eignung* – dazu bei Fn. 2166.

[2170] Die Einräumung der elterlichen Gewalt an den *Kindsvater* war bei der *einfachen Vaterschaftsklage* allerdings ausgeschlossen (vgl. Art. 324 Abs. 3 ZGB; dazu Text *nach* Fn. 2213) – bei der *Standesklage* resp. der *Anerkennung* war diese Einräumung hingegen möglich (vgl. Art. 325 Abs. 3 ZGB; dazu Text *nach* Fn. 2097).

[2171] Vgl. schon bei der *Anerkennung* in Kapitel 1.1.2.2.

[2172] Vgl. Art. 324 Abs. 3 ZGB und Art. 325 Abs. 3 ZGB – jeweils dazu Fn. 2170, sowie Art. 326 Abs. 2 ZGB – dazu Fn. 2100.

[2173] Zur *behördlichen Aufsicht* vgl. Kapitel III.a.4.4.2.

[2174] Vgl. nämlich das Kriterium der *Eignung* – dazu Fn. 2166.

[2175] Vgl. den Hinweis in Fn. 2170.

[2176] Vgl. EGGER I, Anm. 4b zu Art. 311; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 311; und *spezifisch* Text *nach* Fn. 2097 bzw. *nach* Fn. 2214.

2.2 Vaterschaftsvermutung, Art. 314 ZGB

Zur Feststellung der Vaterschaft des Beklagten statuierte Art. 314 Abs. 1 ZGB[2177] folgende *Vermutung*[2178]: „Hat der Beklagte nachweisbar in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage[2179] vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt, so wird seine Vaterschaft vermutet." Diese Vermutung fiel gemäss Art. 314 Abs. 2 ZGB[2180] „jedoch weg, sobald Tatsachen nachgewiesen [wurden], die erhebliche Zweifel[2181] über die Vaterschaft des Beklagten [rechtfertigten]".

Solche den *Wegfall der Vermutung*[2182] herbeiführende „erhebliche Zweifel" – wobei für eine *Erheblichkeit* dieser Zweifel nach Eggers Ansicht vorausgesetzt war, dass „die Vaterschaft des Beklagten als *unerwiesen*", als *„ganz unsicher"*, erschien[2183] – nahm Egger insbesondere dann an, wenn die Kindsmutter in der fraglichen Zeit auch mit einem *anderen Mann* geschlechtlich verkehrt hatte.[2184]

In Letzterem erblickte Egger auch den Grund für die in Art. 315 ZGB[2185] getroffene Regelung, wonach die Vaterschaftsklage abzuweisen war, wenn „die Mutter *um die Zeit der Empfängnis* einen *unzüchtigen Lebenswandel* geführt [hatte]".[2186] Dieser Lebenswandel musste, so Egger, in *grober Weise* die „*geschlechtliche* Sittlichkeit" betreffen, wobei er als Hauptfall die Situation nannte, dass die Kindsmutter zur Zeit der Empfängnis „als Dirne gelebt und sich gegen Geld verschiedenen Männern hingegeben hat […]".[2187] Die hinter diesem Klageausschliessungsgrund[2188] i.S.v. Art. 315 ZGB (sowie, entsprechend, auch hinter dem Wegfall der Vermutung i.S.v. Art. 314 Abs. 2 ZGB) stehende Überlegung verortete Egger demnach darin, dass ein im dargestellten Sinne „unzüchtige[r] Lebenswandel" (bzw. eben der Nachweis von

---

[2177] Identisch Art. 321 Abs. 1 E-ZGB und Art. 343 Abs. 1 VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 264 f. (= BeK II, Rn. 647); StenBull NR 1905, S. 780 f.

[2178] Die Möglichkeit einer genetischen Untersuchung bestand damals freilich noch nicht.

[2179] Zur Relativität dieser Frist (wie bei Art. 252 Abs. 1 ZGB – vgl. Fn. 1597) s. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 314; EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 314.

[2180] Wörtlich fast identisch Art. 321 Abs. 2 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt eine solche Regelung hingegen nicht explizit – beachte aber die Nachweise in Fn. 2177.

[2181] Wenngleich der Gesetzeswortlaut dies nicht explizit sagte, hielt Egger „selbstverständlich" erst recht eine *Widerlegung* der Vermutung für zulässig – also den *Beweis* des Beklagten, dass (etwa wegen seiner Zeugungsunfähigkeit) der klägerischerseits nachgewiesene Beischlaf mit der Kindsmutter *nicht* (also *unmöglich*) zu deren Schwangerschaft geführt hatte; vgl. EGGER II, Rn. 11, 12 ff. zu Art. 314; EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 314.

[2182] Dieser Wegfall bewirkte, dass eine Gutheissung der Vaterschaftsklage nunmehr den *Gegenbeweis* erforderte, dass der Beklagte eben doch der Kindsvater war; vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 315; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 315.

[2183] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 314; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 314; vgl. auch Text zu Fn. 2198.

[2184] Vgl. EGGER I, Anm. 2c, 3 zu Art. 314; EGGER II, Rn. 15 ff. zu Art. 314, Rn. 3 zu Art. 315.

[2185] Wörtlich fast identisch Art. 330 Abs. 1 E-ZGB und Art. 349 VE-ZGB – wobei Art. 320 Abs. 2 E-ZGB noch explizit klarstellte: „Als unzüchtig ist der Lebenswandel namentlich zu betrachten, wenn er die Vermutung rechtfertigt, daß ein anderer als der Beklagte der Vater des Kindes sein könnte." Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 269 f. (= BeK II, Rn. 662 f.); Botsch.-ZGB, S. 40 (= BeK III, Rn. 11334).

[2186] Vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 315; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 315.

[2187] EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 315; vgl. auch EGGER II, Rn. 3, 5 ff. zu Art. 315.

[2188] Daher war die Klage *zwingend* abzuweisen; s. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 315; EGGER II, Rn. 1, 4 zu Art. 315.

Tatsachen, die erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten weckten) einer *gesicherten Feststellung der Vaterschaft* entgegenstehe:

> „Der Ausschließungsgrund des Art. 315 hat *keinen Pönalcharakter*. Er beruht nicht in der selbständigen moralischen Würdigung des Verhaltens der Mutter. Das *widerspräche* dem System des Gesetzes und seiner *Tendenz*, die *Ansprüche des Kindes zur Geltung zu bringen*. Dagegen kann die Mutter infolge ihres Lebenswandels als so unglaubwürdig erscheinen, daß es als ausgeschlossen erklärt werden muß, zu einem *sichern Ergebnis* zu gelangen. Dann – aber auch nur dann – ist die Klage abzuweisen […].“[2189]

Auf dieser Linie hatte auch schon Huber gelegen, wie dessen folgende Aussage zeigt:

> „Man kann allerdings sagen, das Kind sollte es keinesfalls entgelten müssen, daß seine Mutter einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat. Allein der *Beklagte* darf doch beanspruchen, daß er nicht als Vater eines Kindes erklärt werde, *während ebensogut andere hätten verklagt werden könen*, und das auch schon praktizierte Auskunftsmittel, in solchen Fällen *mehrere zu den Vaterschaftsleistungen zu verurteilen*, erscheint uns vom sittlichen Standpunkte aus *schlimmer* als eine Abweisung der Klage.“[2190]

In der Zweitauflage gab Egger kritisch zu bedenken, dass sich die in Art. 314 Abs. 2 ZGB (und ebenso die in Art. 315 ZGB[2191]) getroffene Regelung „als unzulänglich und durch die seitherige Gestaltung der Verhältnisse [sc. seit Erlass des ZGB] sowie die Rechtsentwicklung überholt und revisionsbedürftig [erweist] […]“.[2192] Die – übrigens schon in der Erstauflage angemahnte[2193] – Problematik des Art. 314 Abs. 2 (bzw. des Art. 315 ZGB[2194]) lag s.E. nämlich darin, dass eine Berufung auf diese Gesetzesbestimmungen durch die Beklagten „oft in mißbräuchlicher Weise [erfolgt]“, was „die Interessen von Mutter und Kind [bedroht] und die Durchsetzung ihrer Ansprüche [vereitelt]“:[2195]

> „Es ist notorisch, daß die exceptio plurium [sc. ‚die Einrede der mehreren Beischläfer (oder des Mehrverkehrs)‘[2196]] aufs schwerste mißbraucht wird; viele Beklagte erblicken in ihr das Mittel, sich ihren Verpflichtungen zu entziehen. Auch völlig unbescholtenen Müttern gegenüber wird sie erhoben; die willkürlichsten Verdächtigungen werden geäußert; gute Freunde bezeugen, daß auch sie mit der Mutter verkehrt hätten. Bei der Prüfung des Beweiswertes solcher Bekundungen ist höchste Wachsamkeit geboten.“[2197]

Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger, „die jüngste Rechtsprechung geht weiter“ – „die Tatsache daß auch ein anderer Mann in der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat, führt nicht notwendigerweise zur Abweisung der Klage;

[2189] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 315; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 315.
[2190] Botsch.-ZGB, S. 40 (= BeK III, Rn. 11334); vgl. auch auch Prot., S. 386 (= BeK III, Rn. 3779 ff.); StenBull NR 1905, S. 780 f.
[2191] Vgl. EGGER II, Rn. 12 zu Art. 302.
[2192] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 314.
[2193] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 314.
[2194] Wie Fn. 2191.
[2195] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 302.
[2196] EGGER II, Rn. 16 zu Art. 314.
[2197] EGGER II, Rn. 17 zu Art. 314, vgl. auch Rn. 12 zu Art. 302.

denn sie vermag nicht in allen Fällen die *erheblichen* Zweifel […] zu begründen".[2198] Mit einer besonders strikten Handhabung des Erheblichkeitserfordernisses liess sich (bereits de lege lata[2199]) dem Art. 314 Abs. 2 ZGB folglich die Spitze brechen.

2.3 Einfache Vaterschaftsklage („Alimentenklage")

2.3.1 Leistungen an das Kind

2.3.1.1 Leistungen sowie Stellung der Kindsmutter, Art. 324 ZGB

Das Kindesverhältnis zwischen dem ausserehelichen *Kind und seiner Mutter* entstand schon mit der Geburt des Kindes, Art. 302 Abs. 1 ZGB. Dabei galt *unabhängig* davon, ob die – (nur) auf *Vermögensleistungen* des Kindsvaters an das Kind abzielende – *einfache Vaterschaftsklage* eingereicht wurde, oder ob sie abgewiesen bzw. gutgeheissen wurde, der Art. 324 ZGB.[2200] Dieser bestimmte in Abs. 1[2201], dass „das Kind der Mutter [blieb]" und „es *ihren* angestammten Familiennamen[2202] und *ihre* Heimatangehörigkeit[2203] [erhielt] und zur *mütterlichen*[2204] *Seite* in den Rechten und Pflichten der *ausserehelichen*[2205] *Verwandtschaft* [stand]". Nach Abs. 2[2206] „[hatte] *die Mutter* für das Kind *zu sorgen wie für ein eheliches*". Vor dem Hintergrund dieser beiden Regelungen konstatierte Egger:

> „Das Z.G.B. anerkennt die natürliche Verwandtschaft von Mutter und Kind. Die *Rechtswirkungen sind dieselben, wie diejenigen der ehelichen Verwandtschaft*, sowohl im Erbrecht (Art. 461 Abs. 1[2207]) als im Gebiet der familienrechtlichen *Unterhaltspflicht*. […]
> […] *Zwischen Mutter und Kind* besteht nicht nur das Verwandtschaftsverhältnis, sondern auch das besondere *elternrechtliche Gemeinschaftsverhältnis Art. 270 ff.* […]"[2208]

Das ausserehelliche Kindesverhältnis zeitigte somit – im Verhältnis zwischen Kindsmutter (bzw. ihren Verwandten) und Kind sowie unter Vorbehalt der *elterlichen*

[2198] Vgl. EGGER II, Rn. 18 zu Art. 314.

[2199] Für einen Überblick über die in der Lehre diskutierten Revisionsvorschläge zur Lösung der Problematik – etwa der von Huber ursprünglich vorgesehenen solidarischen Haftung der mehreren Beischläfer für den Unterhaltsbeitrag (mit Regressmöglichkeit) – s. EGGER II, Rn. 11 f. zu Art. 302; s. im Übrigen Text zu bzw. Fn. 2249.

[2200] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 1, 3, 10 zu Art. 324, Rn. 16 zu Art. 302, Rn. 1 zu Art. 319.

[2201] Materiell weitestgehend übereinstimmend Art. 331 Abs. 1 E-ZGB und Art. 350 Abs. 1 VE-ZGB.

[2202] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 2a zu Art. 324; EGGER II, Rn. 4 ff. zu Art. 324.

[2203] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 2b zu Art. 324; EGGER II, Rn. 7 f., 9 zu Art. 324.

[2204] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 5 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 324.

[2205] Egger stellte klar, der *ausserehelichen Verwandtschaft* liege „kein eigener Begriff zugrunde" – „das außereheliche Kind ist mit der Mutter und den mütterlichen Angehörigen *nicht anders verwandt als das eheliche*"; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 324. Ebenso betreffend die *väterliche Seite* (vgl. Art. 325 Abs. 1 ZGB); EGGER II, Rn. 4, 9 zu Art. 325.

[2206] Identisch Art. 331 Abs. 2 E-ZGB. Der VE-ZGB sagte dies hingegen nicht explizit.

[2207] Für den Wortlaut des Art. 461 ZGB vgl. Fn. 2087.

[2208] EGGER I, Anm. 1b, 2 zu Art. 324, vgl. auch Anm. 3, 5 zu Art. 324, Anm. 2 zu Art. 302; EGGER II, Rn. 3, 10, 11 ff. zu Art. 324, Rn. 16 zu Art. 302; Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 589).

Gewalt, vgl. Art. 324 Abs. 3 ZGB,[2209] bzw. der *elterlichen Vermögensrechte*, vgl. Art. 327 ZGB, [2210] – die einem ehelichen Kindesverhältnis entsprechenden Wirkungen. Aus dem (durch die Familienverwandtschaft begründeten) *Gemeinschaftsverhältnis* i.S.v. Art. 270 ff. ZGB[2211] zwischen Kindsmutter und Kind flossen für Egger demnach die in Art. 324 Abs. 1 ZGB erwähnten Regelungen zum *Namen* und zur *Heimatangehörigkeit* des Kindes, die gegenseitige *Beistands- bzw. Rücksichtspflicht* (vgl. Art. 271 ZGB), sowie insbesondere die *Unterhaltspflicht* der Kindsmutter gegenüber dem Kind (vgl. Art. 272 Abs. 1 ZGB) – wobei sich Letztere für Egger (zugleich) auch aus der in Art. 324 Abs. 2 ZGB statuierten *Sorgepflicht* ergab.[2212] Betreffend diese Unterhaltspflicht betonte Egger, sie gehe *inhaltlich* gleich weit wie jene gegenüber ehelichen Kindern.[2213] Aus der *Familienverwandtschaft* ergab sich für Egger sodann im Verhältnis zwischen Kindsmutter (bzw. ihren Verwandten) und Kind die gegenseitige *Unterstützungspflicht* i.S.v. Art. 328 ff. ZGB sowie das gegenseitige *Erbrecht*, vgl. Art. 461 Abs. 1 ZGB.[2214]

Die Vormundschaftsbehörde *konnte* (implizit: nach Durchführung der Vaterschaftsklage bzw. nach Ablauf der Klagefrist) das (nach Art. 311 ZGB verbeiständete[2215]) ausseereheliche Kind gemäss Art. 324 Abs. 3 ZGB[2216] „unter die elterliche Gewalt der *Mutter* stellen" – im Umkehrschluss konnte die Vormundschaftsbehörde dem Kind nach ihrem (wie Egger betonte: im Kindeswohl auszuübenden) Ermessen aber auch einen – geeigneten[2217] – *Vormund* bestellen[2218].[2219] Als solcher kamen, wie Egger bemerkte, namentlich der bisherige *Beistand* des Kindes, die *Kindsmutter* bzw. „an sich auch der *Vater*"[2220] in Frage.[2221] Bemerkenswert – und insofern ergibt sich der gleiche, schon im Rahmen der *Anerkennung*[2222] festgestellte Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen – ist in diesem Zusammenhang, dass Egger in der *Erstauflage* annahm, aus der in Art. 324 Abs. 2 ZGB erwähnten *Sorgepflicht* der Kindsmutter ergebe sich auch ihr *Erziehungsrecht*[2223] mit all seinen Einzelrechten

---

[2209] Vgl. sogleich Text *nach* Fn. 2213.
[2210] Vgl. dazu schon Kapitel 1.1.2.2.
[2211] Vgl. Kapitel a.4.
[2212] Wie Fn. 2208.
[2213] Vgl. EGGER I, Anm. 2c zu Art. 324 i.V.m. Anm. 1b, 3b zu Art. 319; EGGER II, Rn. 4 f., 11 ff., 22 zu Art. 319, Rn. 12 zu Art. 324.
[2214] Wie Fn. 2208.
[2215] Dazu Kapitel 2.1.
[2216] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 2168.
[2217] Vgl. bei Fn. 2166.
[2218] In beiden Kommentarauflagen hob Egger hervor, dass für die Vormundsbestellung keineswegs die strengen Voraussetzungen des Art. 285 ZGB betreffend die *Entziehung der elterlichen Gewalt* erfüllt sein müssten – massgeblich sei hierfür einzig das *Kindeswohl*; s. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 2, 18 zu Art. 324.
[2219] Vgl. auch EGGER I, Anm. 4 zu Art. 324; EGGER II, Rn. 2, 15 f., 17 f. zu Art. 324.
[2220] Da der Kindsvater „jedoch die Anerkennung unterlassen hat, wird er nur in den seltensten Fällen die hinreichende Gewähr gewissenhafter Pflichterfüllung bieten"; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 324.
[2221] Vgl. EGGER II, Rn. 16 zu Art. 324; EGGER I, Anm. 4 zu Art. 324.
[2222] Vgl. bei Fn. 2096 bzw. 2097.
[2223] Vgl. dazu Kapitel a.5.1.1.2.

(vgl. Art. 275 ff. ZGB), wobei dieses Erziehungsrecht den Rechten eines (allfällig bestellten, vgl. Art. 324 Abs. 3 ZGB) *Vormundes vorgehe*.[2224] In vorliegender Konstellation kam s.E. daher einem Vormund betreffend die *persönliche Fürsorge* für das Kind lediglich die „Stellung eines Beistandes" zu, sofern die Vormundschaftsbehörde nicht eine *gegenteilige Anordnung* traf.[2225] Diese Ansicht vertrat Egger in der *Zweitauflage* bekanntlich nicht mehr – zwar erwähnte er hier bestimmte *Einzelrechte*[2226] der Mutter, ging aber im Übrigen davon aus, dass dem Vormund (auch) die persönliche Fürsorge obliege.[2227]

2.3.1.2 Leistungen des Kindsvaters, Art. 319 ZGB

Wie im vorangegangenen Kapitel dargestellt, oblag es der *Kindsmutter* letztlich aufgrund des zwischen ihr und ihrem ausserehelichen Kind bestehenden *Kindesverhältnisses*, für den *Kindesunterhalt* zu sorgen. Doch erschöpfte sich der Unterhaltsanspruch des Kindes nicht in einem Anspruch gegen seine Mutter: Erwies sich die *einfache Vaterschaftsklage* als begründet, so hatte der Richter gemäss Art. 319 Abs. 1 ZGB[2228] – zu Lasten des Kindsvaters – „dem *Kinde*[2229] ein *Unterhaltsgeld*[2230] zuzusprechen[2231], das der Lebensstellung der Mutter und des Vaters [entsprach], in jedem Falle aber in einem *angemessenen Beitrag* an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes bestehen [sollte]". Diese Bestimmung statuierte also eine – wie Egger betonte: von der Leistungsfähigkeit des Kindsvaters und von einem konkreten Bedürfnis des Kindes unabhängige – *Pflicht des Kindsvaters*, einen *Beitrag* an den von der Kindsmutter getragenen Kindesunterhalt zu leisten.[2232] Diese Regelung

---

[2224] Vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 324.

[2225] Vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 324. Vgl. insofern § 1707 dBGB: „Der Mutter steht nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu. Sie hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der *Vormund des Kindes* hat, soweit der *Mutter die Sorge zusteht*, die rechtliche *Stellung eines Beistandes*."

[2226] So etwa die Rechte, dem Kind den Vornamen zu geben (Art. 275 Abs. 3 ZGB) und (zumindest vorerst) über die religiöse Erziehung zu bestimmen (Art. 277 ZGB); ferner das Recht, „vor wichtigen Entscheidungen, besonders über […] die *Berufswahl*, gehört zu werden"; EGGER II, Rn. 12 f. zu Art. 324. Gerade bei Letzterem zeigt sich der Unterschied zur Erstauflage, wo Egger ausdrücklich bemerkte, dass das Treffen von Anordnungen über die Berufswahl der Mutter zustehe; vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 324.

[2227] Vgl. EGGER II, Rn. 12 f., 15 f. zu Art. 324.

[2228] Gemäss Art. 324 Abs. 1 E-ZGB und Art. 344 Abs. 1 i.V.m. Art. 345 Abs. 1 VE-ZGB war das Unterhaltsgeld „nach den Verhältnissen der Mutter und unter Berücksichtigung des Vermögens und der Anwartschaften des Beklagten anzusetzen". Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 268 (= BeK II, Rn. 658).

[2229] Anspruchsberechtigt war *dieses* – zu leisten war aber an den *gesetzlichen Vertreter* (der den Anspruch auch geltend machte); vgl. EGGER I, Anm. 2a, 6a, 6b zu Art. 319; EGGER II, Rn. 10, 18 zu Art. 319.

[2230] Zur *Anpassung* desselben „bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse" bzw. bei Erlangung eines „hinreichende[n] selbständige[n] Einkommen[s]" durch das Kind vgl. Art. 320 ZGB. Nur letzteren Fall nannte auch Art. 345 Abs. 3 VE-ZGB; Art. 325 E-ZGB entsprach hingegen weitgehend dem Art. 320 ZGB.

[2231] Zur Zulässigkeit von *Unterhalts- bzw. Abfindungsverträgen* vgl. EGGER I, Anm. 7 zu Art. 319, Anm. 3 zu Art. 302; EGGER II, Rn. 28 ff. zu Art. 319, Rn. 17 zu Art. 302, Rn. 3 zu Art. 303, Rn. 8 zu Art. 311.

[2232] Vgl. EGGER I, Anm. 1b, 2b, 3a zu Art. 319; EGGER II, Rn. 1, 4, 13, 22 zu Art. 319. In der Zweitauflage bemerkte Egger übrigens, „es darf davon ausgegangen werden, daß sie [sc. die Eltern] *gleich stark* belastet sein sollen […]"; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 319.

legitimierte Egger mit der natürlichen Verwandtschaft von Kindsvater und Kind.[2233] Mit Blick auf das Anspruchsziel bezeichnete er die einfache Vaterschaftsklage in der Erstauflage (teils) denn auch als „Alimentenklage".[2234] In der Zweitauflage verzichtete er – aus Gründen der Präzision – auf die Verwendung dieses Begriffs, hob er doch schon in der Erstauflage hervor, die Pflicht des Kindsvaters zur Leistung eines Unterhaltsbeitrags

> „beschränkt sich keineswegs auf ‚Alimente' [sc. i.S.v. ‚Verpflegung, Verköstigung und Unterbringung']. Sie erstreckt sich vielmehr auf den *gesamten Unterhalt* mit Einschluß der Kosten der *Erziehung*, erforderlichenfalls (Art. 275 Abs. 2) der *Anstaltsversorgung* und der *beruflichen Ausbildung*. […] Darin liegt eine bedeutungsvolle Maßnahme gegen Pauperismus und Kriminalität."[2235]

Damit machte Egger (wiederum[2236]) deutlich, dass der Unterhaltsanspruch eines ausserehelichen Kindes *inhaltlich* ebensoweit ging wie jener eines ehelichen Kindes. Egger hielt dazu fest:

> „Die Regelung der väterlichen Unterhaltspflicht ist von größter Bedeutung für das *Wohlergehen des Kindes*. Von ihr können die Art der Unterbringung, die Verköstigung, das Maß der Sorge um Gesundheitspflege, Erziehung, Schulung, berufliche Ausbildung abhängen. Den außerehelichen Eltern muß – wie den ehelichen – die Pflicht auferlegt werden, ihrem Kinde Unterhalt, Erziehung und Ausbildung ihren Verhältnissen entsprechend zu gewähren. Der Vater muß sein redlich Teil tragen. Doch darf er auch nicht überbelastet werden, sonst erhöht sich die Gefahr, daß er sich seinen Verpflichtungen zu entziehen versucht, und die Einbringung wird erschwert oder vereitelt."[2237]

Konkret hob Egger dazu das in Art. 319 Abs. 1 ZGB statuierte Erfordernis hervor, wonach der Unterhaltsbeitrag „der *Lebensstellung* der Mutter *und* des Vaters" entsprechen musste: Nach Eggers Ansicht bezweckte dieses Erfordernis insbesondere, einen in günstigen Verhältnissen lebenden Kindsvater nicht wegen ärmlicher Verhältnisse der Kindsmutter – auf ihre Kosten und damit auch auf Kosten des Kindes – zu entlasten.[2238] Gerade im Hinblick auf frühere kantonale Rechte stellte Egger nämlich fest, diese hätten zwar einerseits durchwegs eine Beitragspflicht des Kindsvaters vorgesehen, andererseits aber häufig die Beitragshöhe „gesetzlich fixiert und dabei in den engsten Grenzen gehalten […]":[2239]

> „Eine erstaunliche Herrenmoral spricht aus diesen Rechten, die den Vater schützen auf Kosten der Mutter, des Kindes, der Armengemeinden und der Öffentlichkeit."[2240]

[2233] Wie Fn. 2154.
[2234] Vgl. bei Fn. 2151.
[2235] EGGER I, Anm. 3d zu Art. 319; wörtlich fast identisch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 319. Vgl. denn auch EGGER I, Anm. 3b-3e zu Art. 319; EGGER II, Rn. 4, 11 ff. 22 zu Art. 319.
[2236] Vgl. schon bei Fn. 2213.
[2237] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 319.
[2238] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 319; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 319.
[2239] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 319; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 319.
[2240] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 319.

Entsprechend betonte Egger auch die ebenfalls in Art. 319 Abs. 1 ZGB statuierte *Minimalregelung*, wonach der Kindsvater „in jedem Falle" einen „*angemessenen Beitrag* an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes" schuldete – die geforderte *Angemessenheit* hatte sich dabei, so Egger, *im konkreten Fall* danach zu richten, „was für das Kindeswohl erforderlich ist".[2241]
Das Gesagte erklärt Eggers Vorstellung, wonach das ZGB (im Vergleich zum bisherigen Recht) eine „Besserstellung der Außerehelichen"[2242] gebracht habe. Doch lag in dieser *Besserstellung* ausserehelicher Kinder keineswegs eine *Gleichstellung* zu ehelichen Kindern. Dies belegt schon Art. 319 Abs. 2 ZGB[2243], welcher die Beitragspflicht des Kindsvaters strikte bis zum „*vollendeten achtzehnten Altersjahre des Kindes*" befristete. Egger bemerkte dazu:

> „Es ist eine *Anomalie* (welche VE und E vermeiden wollten[2244]), daß die Unterhaltspflicht einem außerehelichen Kinde gegenüber grundsätzlich *vor Erreichung der Mündigkeit ihr Ende* finden soll. […] Die Ansetzung auf achtzehn Jahre ermöglicht *immerhin die Einbeziehung der beruflichen Ausbildung.* Bis dahin kann die Lehre in vielen Fällen beendigt sein. Aber mit diesem Termin endigt die Beitragspflicht *auf alle Fälle*, auch dann, wenn das Kind gebrechlich oder erwerbsunfähig ist; der außereheliche Vater ist *nicht unterstützungspflichtig* (Art. 328); ebenso auch dann, wenn die *berufliche Ausbildung noch nicht vollendet* ist […]. Eine Ausbildung, die eine längere Ausbildungszeit erfordert, insb. zu einem *akademischen Berufe*, bleibt dem unehelichen Kinde *verschlossen*, wenn die Mittel nicht vom Vater freiwillig (OR Art. 239 Abs. 3[2245]) oder von anderer Seite aufgebracht werden."[2246]

Gerade in dieser Befristung der väterlichen Unterhaltsbeitragspflicht widerspiegelte sich der besondere Charakter der einfachen Vaterschaftsklage: Wie Egger kritisch konstatierte, wurde „im Vaterschaftsprozeß *nicht nur der Umgang*, sondern die *Vaterschaft* festgestellt" – weshalb s.E. die einfache Vaterschaftsklage „an einem *innern Widerspruch* [leidet]", da sie „*keine Familienverwandtschaft*[2247] zu begründen [vermag], kein (außereheliches) Vater- und Kindesverhältnis […], sondern *lediglich*[2248] Verpflichtungen zu *Vermögensleistungen* […]".[2249] Diese Aussage zeigt eindrücklich,

---

[2241] EGGER I, Anm. 3e zu Art. 319; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 319 (mit Hinweisen zur Kostenverteilung zwischen den Elternteilen in Rn. 15 f. zu Art. 319).
[2242] Vgl. Text zu Fn. 2075.
[2243] Abw. Art. 324 Abs. 2 E-ZGB: „bis zur Mündigkeit des Kindes", d.h. bis zum vollendeten 20. Lebensjahr, s. Art. 16 Abs. 1 E-ZGB; ebenso Art. 345 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VE-ZGB. Dazu StenBull NR 1905, S. 782.
[2244] Vgl. Fn. 2243 sowie EGGER I, Anm. 5b zu Art. 319; EGGER II, Rn. 5, 7 zu Art. 319.
[2245] Diese Bestimmung lautete: „Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt."
[2246] EGGER II, Rn. 20 zu Art. 319; vgl. auch EGGER I, Anm. 5b zu Art. 319.
[2247] Anders die *Standesklage*, vgl. Kapitel 2.4.
[2248] Egger sprach insofern auch von einer „einseitige[n] Pflicht" des Vaters; EGGER I, Anm. 6 zu Art. 324.
[2249] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 324, Rn. 7 zu Art. 307. Vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 8 ff., 17 zu Art. 302, Rn. 1, 4, 13, 20, 22 zu Art. 319, Rn. 1, 3 zu Art. 324, Rn. 1 zu Art. 325; EGGER I, Anm. 1b, 3a zu Art. 319, Anm. 6 zu Art. 324. Im Sinne eines Gesetzesrevisionsvorschlags regte EGGER II, Rn. 8 zu Art. 302 i.V.m. Rn. 5 Vorbem. VerwR, an, schon die Feststellung des *Umgangs* (und nicht erst der *Vaterschaft*) solle eine Unterhaltspflicht begründen, zumal „der Umgang die Möglichkeit der Schwängerung und damit die Gefahr der außerehelichen Kindschaft in sich [birgt], weshalb er bereits auch eine rechtliche Risikotragung, eine

welch weitreichende Konsequenzen die Nichtherstellung der *Familienverwandtschaft* zwischen ausserehelichem Kind und Kindsvater zeitigte: Nicht nur beschränkte sich die Heranziehung des Kindsvaters auf eine Verpflichtung zu (überdies bloss befristeten) Unterhalts*beiträgen* an das Kind. Vielmehr bestand zwischen ihm (bzw. seinen Verwandten) und seinem ausserehelichen Kind mangels eines Verwandtschaftsverhältnisses auch *kein gesetzliches Erbrecht*, vgl. Art. 461 Abs. 2 ZGB[2250], – ein Umstand, dem Art. 322 Abs. 1 ZGB[2251] immerhin insofern entgegenwirkte, als sich (implizit auch) die Unterhaltsbeitragspflicht des Kindsvaters auf dessen Erben übertrug[2252].[2253] Es bestanden ferner *keine gegenseitige Beistands- bzw. Rücksichtspflicht* (vgl. Art. 271 ZGB), *keine Unterstützungspflicht* (vgl. Art. 328 ff. ZGB), *kein Sorgerecht* (Erziehungsrecht) des Vaters, *kein* Anspruch desselben auf *persönlichen Verkehr* mit dem Kind, *kein Vorrecht bei der Vormundsbestellung*[2254] und auch *keine Möglichkeit* zur Einräumung der *elterlichen Gewalt* an ihn, vgl. nur Art. 324 Abs. 3 ZGB[2255].[2256]
In diesem Sinne hatte auch schon Huber festgehalten, die *einzige Pflicht des Kindsvaters* bestehe in seiner Unterhaltsbeitragspflicht – die Beziehung zwischen Letzterem und seinem Kind „[reicht] zu einem intimeren persönlichen oder familienrechtlichen Verhältnis […] nicht aus".[2257] Diese Vorstellung hatte Huber mit dem Umstand begründet, dass (wenn keine Anerkennung erfolgte und keine Gründe für eine Standesklage vorlagen) stets eine gewisse Unsicherheit über die Vaterschaft bestehe, welcher dadurch Rechnung zu tragen sei, dass ausschliesslich eine Verurteilung zu Vermögensleistungen an das Kind bzw. die Kindsmutter statuiert werde.[2258] Die unterschiedlich weit gehenden Vermögensleistungen bei der einfachen Vaterschaftsklage und der Standesklage hatten für Huber folglich auf der Überlegung beruht, dass zwar „die Rechte von Mutter und Kind gehörig" zu wahren seien – insbesondere „aber auch im Auge behalten werden [muss], dass es sich nicht um ein eheliches Abstammungsverhältnis handelt, dass der Vater auf Inzichten hin und unter der Möglichkeit eines Irrtums seitens des Gerichtes […]" zu Vermögensleistungen

---

vermögensrechtliche Verantwortung begründen sollte". – Dies impliziert zugleich, dass Egger hier im Falle der Feststellung der *Vaterschaft* (stets) die Zusprechung des Kindes mit Standesfolgen befürwortete; vgl. insofern EGGER II, Rn. 9 zu Art. 302. Vgl. sodann Kapitel 2.2 a.E.

[2250] Vgl. zu dieser Bestimmung Fn. 2087.

[2251] Materiell übereinstimmend Art. 327 E-ZGB und Art. 346 VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 268 f. (= BeK II, Rn. 659).

[2252] Allerdings bestimmte Art. 322 Abs. 2 ZGB: „Diese [sc. die Erben] haben jedoch dem Kinde nicht mehr zu entrichten, als es im Falle der Anerkennung als Erbe zu beanspruchen hätte." Eine entsprechende *Abfindung des Kindes* war nach Eggers Ansicht zulässig; vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 322; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 322. Für die übereinstimmenden *Entwürfe* vgl. Fn. 2251.

[2253] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 322; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 322.

[2254] Zu diesem Vorrecht i.S.v. Art. 380 ZGB vgl. Kapitel III.a.3.1.1.1.3.

[2255] Vgl. zu dieser Bestimmung Text *nach* Fn. 2213.

[2256] S. dazu die Nachweise in Fn. 2249.

[2257] Erl. Bd. I, S. 242 f. (= BeK II, Rn. 593), vgl. auch S. 243 (= BeK II, Rn. 594).

[2258] Wie Fn. 2257.

verurteilt werden könnte.[2259]

2.3.2 Leistungen des Kindsvaters an die Kindsmutter

2.3.2.1 Ersatzleistungen, Art. 317 und 321 ZGB

Bei Gutheissung der Vaterschaftsklage hatte der Kindsvater[2260] nicht nur Leistungen an sein Kind zu erbringen, sondern konnte[2261] auch zu Leistungen an die Kindsmutter verurteilt werden: Art. 317 ZGB[2262] gewährte der Letzteren einen *Ersatzanspruch* „für die Entbindungskosten", Ziff. 1[2263]; „für den Unterhalt während mindestens je vier Wochen vor und nach der Geburt", Ziff. 2[2264]; sowie „für andere infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung notwendig gewordene Auslagen", Ziff. 3[2265].[2266]
Den *Rechtsgrund* dieses Anspruchs der Kindsmutter verortete Egger „in der natürlich-sittlichen *Verbundenheit der leiblichen Eltern*" des ausserehelichen Kindes. [2267] Zum *Anspruchszweck* hielt er in der Erstauflage fest:

> „Das neue Recht will die moralischen Verpflichtungen des Vaters zu Rechtspflichten erhoben wissen und darüber hinaus läßt es sich leiten von den Anforderungen der *sozialen Fürsorge*. Die *außereheliche Mutter bedarf* – bei der notorisch ungünstigen Lage der überwiegenden Mehrzahl derselben – um *ihrer selbst* und um des *Kindes willen*, des *gesetzlichen Schutzes*."[2268]

Dazu führte er in der Zweitauflage (vor dem Hintergrund der Darstellung früherer Rechte) näher aus:

> „Die heutigen Verhältnisse verlangen aus Gründen *sozialer Fürsorge* eine wirksamere Wahrung der Interessen der Mutter. Die moderne *Arbeiterschutzgesetzgebung* befreit die Mutter in den Wochen vor und nach der Geburt von der gewerblichen Arbeit, eidg. Fabrikges. Art. 69 […]; die Schwangerschaft wird in die Sozialversicherung einbezogen […]. *Entsprechend* mußten auch die *zivilrechtlichen Ansprüche* der außerehelichen Mutter wieder erweitert werden – sie wird arbeitsunfähig und kommt um ihren Verdienst. Es sollen nicht nur die Entbindungskosten und allfällige weitere durch Schwangerschaft und Entbindung notwendig gewordene Auslagen ersetzt werden, der Schwängerer soll vielmehr auch ihren Unterhalt bestreiten. […] – Dagegen sollen

---

[2259] Erl. Bd. I, S. 267 f. (= BeK II, Rn. 657).
[2260] Bzw. seine Erben, vgl. Art. 322 Abs. 1 ZGB.
[2261] Wenn die *Kindsmutter klagte* – vgl. den Hinweis in Fn. 2146.
[2262] Wörtlich fast identisch Art. 322 E-ZGB, der aber nicht von „Ersatz", sondern von „Schadloshaltung" sprach. Art. 344 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 VE-ZGB erwähnte eine „Schadloshaltung für die Niederkunft" sowie ein „Unterhaltsgeld für das Kind". Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 268 (= BeK II, Rn. 658).
[2263] Dazu EGGER I, Anm. 3a zu Art. 317; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 317.
[2264] Dazu EGGER I, Anm. 3b zu Art. 317; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 317.
[2265] Dazu EGGER I, Anm. 3c zu Art. 317; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 317.
[2266] Gemäss Art. 309 Abs. 2 ZGB „[konnten] die Vermögensleistungen an die Mutter auch dann eingeklagt werden, wenn das Kind vom Vater *anerkannt* oder wenn es *tot geboren* oder *vor dem Urteil gestorben* [war]". Identisch Art. 318 Abs. 2 E-ZGB. Materiell übereinstimmend, jedoch ohne die Variante der Anerkennung zu nennen, Art. 344 Abs. 3 VE-ZGB.
[2267] Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 4 zu Art. 317, vgl. auch Rn. 1, 5 zu Art. 317; EGGER I, Anm. 1b, 2b zu Art. 317.
[2268] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 317.

der Mutter keine weitern Ansprüche zustehen. Die Aufzählung in Art. 317 ist erschöpfend […].“[2269]

Diese Ausführungen zeigen, dass Egger den Art. 317 ZGB als im *Interesse der Kindsmutter* und damit indirekt auch als *zum Wohle des Kindes* aufgestellt sah; er begründete den Ersatzanspruch folglich mit dem *Persönlichkeitsgedanken*. Gerade in dem *mindestens* achtwöchigen – wenn im konkreten Fall nötig, also auch länger dauernden – Unterhaltsanspruch der Kindsmutter i.S.v. Art. 317 Ziff. 2 ZGB erblickte Egger „eine besonders wichtige Mutterschutzbestimmung“, da hier „die Mutter die auch im Interesse des Kindes gelegene Bewegungsfreiheit und Möglichkeit der Gesundheitspflege [erhält]“.[2270]
Mit letztlich derselben Grundüberlegung wie bei Art. 317 ZGB legitimierte Egger ferner den Art. 321 ZGB[2271]. Dieser bestimmte, dass wenn „die Vaterschaft glaubhaft gemacht [wurde] und sich die *Mutter in Not* [befand], […] der Richter den Vater auch ohne den Nachweis, dass der Anspruch gefährdet sei, schon vor dem Urteil anhalten [konnte], die mutmasslichen Kosten der *Entbindung* und des *Unterhaltes des Kindes*[2272] für die ersten drei Monate *sicherzustellen*“.[2273]

2.3.2.2 Genugtuungsleistung, Art. 318 ZGB

Zusätzlich zum Ersatzanspruch i.S.v. Art. 317 ZGB hatte der Richter den Kindsvater[2274] gemäss Art. 318 ZGB[2275] zur Leistung einer Geldsumme als *Genugtuung* an die Kindsmutter zu verurteilen, sofern Ersterer der Letzteren „vor der Beiwohnung die Ehe versprochen [hatte][2276], er sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens an ihr schuldig gemacht[2277] oder die ihm über sie zustehende Gewalt missbraucht [hatte][2278], oder sie zur Zeit der Beiwohnung noch nicht mündig gewesen [war][2279]“.
Diesen Genugtuungsanspruch der Kindsmutter begründete Egger damit, dass die im Tatbestand des Art. 318 ZGB genannten Fälle (die s.E. übrigens ein *Verschulden*

[2269] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 317.
[2270] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 317; s. auch EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 317. Zur *Verlängerung* des Anspruchs ebd.
[2271] Art. 326 Abs. 1 E-ZGB verlangte keine Notlage der Mutter. Der VE-ZGB enthielt keine solche Bestimmung.
[2272] Nicht der *Mutter* (anders Art. 317 Ziff. 2 ZGB); s. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 321; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 321.
[2273] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1, 2b, 3b zu Art. 321; EGGER II, Rn. 1, 2, 5 zu Art. 321.
[2274] Bzw. seine Erben; vgl. Art. 322 Abs. 1 ZGB.
[2275] Materiell übereinstimmend Art. 323 E-ZGB. Art. 344 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 VE-ZGB gewährte den Genugtuungsanspruch, „wenn die Mutter eine besondere persönliche Unbill erfahren [hatte]“. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 268 (= BeK II, Rn. 658).
[2276] Dazu EGGER I, Anm. 2a zu Art. 318; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 318. Nach Art. 326 Abs. 3 E-ZGB hatte übrigens „das Eheversprechen eines verheirateten Mannes […] keine Wirkung, sobald die Mutter zur Zeit der Beiwohnung von der bestehenden Ehe Kenntnis [gehabt hatte]“.
[2277] Dazu EGGER I, Anm. 2b zu Art. 318; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 318 i.V.m. Rn. 14 ff. zu Art. 323.
[2278] Dazu EGGER I, Anm. 2c zu Art. 318; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 318 i.V.m. Rn. 17 f. zu Art. 323.
[2279] Dazu EGGER I, Anm. 2d zu Art. 318; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 318.

des Kindsvaters voraussetzten[2280]) „in Verbindung mit der Schwängerung" eine (schwere) *Persönlichkeitsverletzung* i.S.v. Art. 28 ZGB bzw. Art. 49 Abs. 1 OR[2281] bedeuteten.[2282] Dies war nach Eggers Ansicht allerdings stets dann *nicht* der Fall, wenn die Kindsmutter „den Umgang *gewollt* und *selbst herbeigeführt* hat […]".[2283]

2.4 Qualifizierte Vaterschaftsklage („Standesklage")

2.4.1 Persönlichkeitsgedanke

Die *qualifizierte Vaterschaftsklage* – die sog. *Standesklage* – zielte im Gegensatz zur einfachen Vaterschaftsklage (als reiner Unterhaltsbeitragsklage) auf die Zusprechung[2284] des Kindes an den Kindsvater mit Standesfolge ab, vgl. Art. 309 Abs. 1 ZGB, was *dieselben Wirkungen*[2285] zeitigte wie eine *Anerkennung*, vgl. Art. 325 Abs. 1 ZGB[2286]. Die Standesklage führte also (zusätzlich zur schon bestehenden Familienverwandtschaft zwischen Kind und Kindsmutter sowie deren Verwandten[2287]) zur *Familienverwandtschaft* zwischen dem ausserehelichen Kind und dem Kindsvater sowie dessen Verwandten.[2288] Gemäss Art. 309 Abs. 3 ZGB[2289] trat entsprechend „*an Stelle der Vermögensleistungen* an das Kind" (gemeint waren die Vermögensleistungen i.S.v. Art. 319 ZGB bei der einfachen Vaterschaftsklage) „die *Erfüllung der Elternpflicht*" – d.h. der Kindsvater hatte, eben wie bei der Anerkennung, für sein

---

[2280] Vgl. EGGER I, Anm. 2e zu Art. 318; EGGER II, Rn. 4, 6 zu Art. 318.

[2281] Für den Wortlaut dieser Bestimmung s. Fn. 534.

[2282] EGGER I, Anm. 2e zu Art. 318; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 318. Egger begriff den Art. 318 ZGB – wie den Genugtuungsanspruch beim Verlöbnisbruch (Kapitel I.a.3.2.2) – als *Anwendungsfall* des Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 49 Abs. 1 OR; vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 318; implizit EGGER II, Rn. 2, 4 zu Art. 318.

[2283] So EGGER I, Anm. 2e zu Art. 318, vgl. auch Anm. 1c zu Art. 318; EGGER II, Rn. 4, 10 zu Art. 318, Rn. 18 zu Art. 323. In solchen Konstellationen nahm EGGER I (a.a.O.) an, es liege „entweder keine Verletzung der persönlichen Verhältnisse" vor – damit schloss Egger also implizit die Tatbestandsmässigkeit aus –, oder aber die Verletzung sei „selbst herbeigeführt" worden – was auf einen Ausschluss der Widerrechtlichkeit hindeutet. EGGER II (a.a.O.) sprach denn auch explizit von einem „Ausschluß der Widerrechtlichkeit".

[2284] Diese Zusprechung setzte gemäss Art. 323 Abs. 1 ZGB ein entsprechendes „Begehren des Klägers" voraus. Vgl. dazu EGGER I, Anm. 4 zu Art. 323; EGGER II, Rn. 23 ff. zu Art. 323, Rn. 1 zu Art. 309.

[2285] Zu diesen vgl. Kapitel 1.1.2.2.

[2286] Wörtlich fast identisch Art. 332 Abs. 1 E-ZGB und Art. 351 Abs. 1 VE-ZGB. Vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 39 f. (= BeK III, Rn. 11333); StenBull NR 1905, S. 782 f.

[2287] Vgl. nur Text zu Fn. 2086.

[2288] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 3 zu Art. 302, Anm. 1, 2 zu Art. 325; EGGER II, Rn. 17 zu Art. 302, Rn. 2 zu Art. 323, Rn. 1 zu Art. 324, Rn. 1, 4, 9 zu Art. 325; Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590); Botsch.-ZGB, S. 39 f. (= BeK III, Rn. 11333).

[2289] Identisch Art. 318 Abs. 3 E-ZGB. Der VE-ZGB sagte dies hingegen nicht explizit. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 268 (= BeK II, Rn. 658).

„Kind zu sorgen wie für ein eheliches", Art. 325 Abs. 2 ZGB[2290].[2291] Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger, die Standesklage bedeute „eine sehr erhebliche Besserstellung der außerehelichen Mutter und des Kindes", da

> „der Vater in erheblich größerem Umfange als auf Grund der einfachen Vaterschaftsklage zur Tragung der Unterhaltskosten herbeigezogen wird, Art. 325. Auch ein indirekter Schutz der Frauen und Mädchen der ärmeren Bevölkerungskreise liegt in der neuen Bestimmung (Standesklage bei Mißbrauch eines Gewaltverhältnisses!) […]."[2292]

In der Klammerbemerkung dieser Aussage sprach Egger zugleich die Eigenheit der Standesklage an: Diese setzte nämlich gemäss Art. 323 Abs. 1 ZGB[2293] voraus, dass der Beklagte „der Mutter die *Ehe versprochen*[2294], oder sich mit der Beiwohnung an ihr eines *Verbrechens schuldig gemacht* oder die ihm über sie zustehende *Gewalt missbraucht* [hatte]".[2295] In der *Erstauflage* begründete Egger diese restriktiven Voraussetzungen – abgesehen vom besonderen Charakter dieser Konstellationen – mit Wahrscheinlichkeitsüberlegungen:[2296]

> „In den Fällen, in denen die Vaterschaft mit einer *erhöhten Gewißheit* festgestellt werden kann, erfolgt eine grundsätzliche Gleichstellung mit den ehelichen Kindern […]."[2297]

Egger bemerkte, bei der Standesklage würden „besondere Nachweise gefordert", im Falle deren Erbringung die „Feststellung der Vaterschaft als sicherer" gelte als im Falle der einfachen Vaterschaftsklage.[2298] In diesem Sinne hatte schon Huber

---

[2290] Identisch Art. 332 Abs. 2 E-ZGB. Der VE-ZGB hingegen sagte auch dies nicht – was m.E. daran liegt, dass Huber davon ausgegangen war, dass bei der Zusprechung mit Standesfolge „der Inhalt der *elterlichen Gewalt die Regel* machen [wird], und da bedarf es alsdann einer besonderen Umschreibung der Unterhaltspflichten überhaupt nicht mehr"; Erl. Bd. I, S. 268 (= BeK II, Rn. 658). Vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 39 f. (= BeK III, Rn. 11333). Beachte Fn. 2168. An anderer Stelle wird allerdings deutlich, dass es Huber als u.U. „sehr unbillig" betrachtet hatte, „das Kind, das jahrelang bei der Mutter gewesen" nunmehr der elterlichen Gewalt des Vaters (der damit auch den *Unterhalt* zu tragen hatte, vgl. bei Fn. 1778) zu unterstellen, weshalb s.E. etwa die Möglichkeit bestehen musste, das Kind „bis zu einem angemessenen Alter der Mutter zu belassen und dann erst dem Vater zuzuweisen"; vgl. Botsch.-ZGB, S. 40 (= BeK III, Rn. 11335). S. daher Fn. 2100.

[2291] Zur Einräumung der *elterlichen Gewalt* an den Kindsvater im Rahmen der *Standesklage* kritisch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 325: „Dem Vater darf die elterliche Gewalt nur gewährt werden, wenn er Gewähr bietet für pflichtgetreue Ausübung, nur wenn die Vormundschaftsbehörde bei gewissenhafter Prüfung die Ueberzeugung gewinnt, daß auf diese Weise die Interessen des Kindes wirklich gewahrt seien. Das wird in den Fällen der Zusprechung kaum je zutreffen." Vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 324, und sinngemäss schon in Fn. 2220.

[2292] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 323; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 323. Vgl. sodann EGGER I, Anm. 3b zu Art. 19; EGGER II, Rn. 11 zu Art. 19, Rn. 18 zu Art. 407.

[2293] Materiell übereinstimmend Art. 328 E-ZGB, Art. 347 VE-ZGB. Dazu Erl. Bd. I, S. 270 f. (= BeK II, Rn. 665); Botsch.-ZGB, S. 40 (= BeK III, Rn. 11333); Prot., S. 367 f. (= BeK III, Rn. 3228 ff.).

[2294] Hier ging es also um Fälle der sog. *Brautkindschaft*, vgl. Fn. 507. Für den E-ZGB s. auch hier Fn. 2276.

[2295] Vgl. insofern die Parallelen zu den Voraussetzungen des Genugtuungsanspruchs der Kindsmutter i.S.v. Art. 318 ZGB (dazu Kapitel 2.3.2.2); sodann EGGER I, Anm. 3 zu Art. 323 i.V.m. Anm. 2a-2c zu Art. 318; EGGER II, Rn. 6 ff., 14 ff., 17 f. zu Art. 323.

[2296] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 323.

[2297] EGGER I, Vorbem. 3a zu Art. 302 ff.

[2298] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 323.

bemerkt, „in solchen Fällen wird auch gegenüber einem leugnenden Angeklagten die Vaterschaft zu hoher Evidenz nachgewiesen werden können […]".[2299] In der *Zweitauflage* erwähnte Egger diesen Aspekt der sicher(er)en Vaterschaftsfeststellung ebenfalls.[2300] Deutlicher als in der Erstauflage führte er aber noch folgende Überlegungen an:

> „Die Begünstigung dieser Gruppe der Unehelichen findet denn auch ihre rechtliche Begründung in der *gesteigerten Verantwortung* des außerehelichen Vaters, die eine Entlastung der Mutter rechtfertigt. Bei Verbrechen und Gewaltmißbrauch ist diese ihm zum Opfer gefallen, ebenso bei betrügerischem Eheversprechen. Aber auch wenn Betrug nicht im Spiel, bleibt doch die Beeinflussung ihres Willens durch das Heiratsversprechen, das in der Folge nicht gehalten wurde. In allen Fällen des Art. 323 findet die Hingabe der Mutter an den Beklagten eine besondere Begründung; sie erfolgte ohne eigenen Willen oder aus einem durch sein Verhalten entscheidend beeinflußten Willen […]. – Insb. durch das Eheversprechen wurde in der Mutter die Erwartung geweckt, daß eine uneheliche Kindschaft nicht zu befürchten sei; in der Gewährung der Standesklage für diesen Fall liegt eine Anwendung des allgemeinen Gedankens, begründetes Vertrauen nicht zuschanden werden zu lassen […]."[2301]

Diese Aussage zeigt, dass Egger den (eigentlichen) Grund für die Zulassung der Standesklage in der „gesteigerten Verantwortung" des Kindsvaters bzw. im Prinzip des Vertrauensschutz erblickte.

2.4.2 Gemeinschaftsgedanke

2.4.2.1 Ausschluss der Standesklage, Art. 323 Abs. 2 ZGB

Ausgeschlossen war die Standesklage – im Gegensatz zur einfachen Vaterschaftsklage[2302] –, wenn es sich beim Beklagten um einen *Ehemann* handelte, welcher (zudem) „zur Zeit der Beiwohnung schon verheiratet war", Art. 323 Abs. 2 ZGB[2303].[2304] Diesen Ausschluss der Standesklage legitimierte Egger mit dem „Schutze der *legitimen Familie*" des Beklagten; der Ausschluss erfolge „mit Rücksicht auf Ehe und Familie des Letzteren", sprich insbesondere mit Blick auf die erbrechtlichen Interessen ehelicher Kinder.[2305] Insofern argumentierte Egger mit dem *Gemeinschaftsgedanken*. Gerade deshalb propagierte Egger in der Zweitauflage aber auch die

---

[2299] Erl. Bd. I, S. 240 (= BeK II, Rn. 590).
[2300] Vgl. EGGER II, Rn. 5 zu Art. 323.
[2301] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 323; angedeutet auch in EGGER I, Anm. 2 zu Art. 323, Vorbem. 1, 3 zu Art. 302 ff.
[2302] Vgl. auch EGGER I, Anm. 6 zu Art. 323; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 323.
[2303] Der E-ZGB und der VE-ZGB enthielten eine solche Regelung nicht. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 269 f. (= BeK II, Rn. 662 f.).
[2304] Übrigens konnte eine zur Zeit der Empfängnis (bzw., wie EGGER II, Rn. 2 zu Art. 316, mit Blick auf Art. 252 Abs. 1 ZGB konstatierte: zur Zeit der Geburt) *verheiratete Mutter* die *Vaterschaftsklage erheben*, sobald „das Kind durch den Richter für unehelich erklärt worden [war]", Art. 316 Abs. 1 ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 329 E-ZGB und Art. 348 VE-ZGB.
[2305] EGGER I, Anm. 6 zu Art. 323, Anm. 2 zu Art. 316; vgl. auch EGGER II, Rn. 19 ff. zu Art. 323; vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 783.

Zulassung der Standesklage für den Fall, dass der Beklagte im Zeitpunkt seiner Belangung nicht mehr verheiratet *sowie* jene Ehe kinderlos geblieben war.[2306] Diesfalls entfiel für Egger folglich – wie schon bei der Anfechtung der Anerkennung wegen Ausgeschlossenheit derselben i.S.v. Art. 304 ZGB[2307] – der Schutzzweck der Norm.

2.4.2.2 Mitteilung an die Heimatgemeinde des Kindsvaters, Art. 212 Abs. 2 ZGB

Wurde die Standesklage erhoben, „so [war] der Heimatgemeinde des Vaters zur Wahrung ihrer Interessen von der Klage von Amtes wegen Mitteilung zu machen", Art. 212 Abs. 2 ZGB. Auch diese Regelung legitimierte Egger mit dem *Gemeinschaftsgedanken*: Das (implizit gerade bei Armengenössigkeit des Kindsvaters bestehende) Interesse der Heimatgemeinde liege darin, „daß dem Beklagten nicht ein Kind mit Standesfolge zugesprochen werde, wenn nicht die gesetzlichen Voraussetzungen der Standesklage vorliegen".[2308] Deshalb müsse sich die Heimatgemeinde auf die Einreden i.S.v. Art. 314 Abs. 2 ZGB bzw. auf den Klageausschliessungsgrund i.S.v. Art. 315 ZGB berufen respektive überhaupt „die Voraussetzungen der Zusprechung" i.S.v. Art. 323 ZGB bestreiten können.[2309]

c) Familiengemeinschaft, Art. 328-359 ZGB

Unter dem Titel „die Familiengemeinschaft" regelten die Art. 328-359 ZGB nicht etwa, wie diese Bezeichnung suggeriert, eine eigene *Gemeinschaftsform*[2310], sondern, wie Egger klarstellte, „*verschieden[e] familienrechtlich[e] Institute*, welche über die eheliche und die Eltern- und Kindesgemeinschaft hinausweisen".[2311] Nämlich: „Die *Unterstützungspflicht*" (so die Überschrift zu den Art. 328-330 ZGB), „die *Hausgewalt*" (so die Überschrift zu den Art. 331-334 ZGB) und „das *Familienvermögen*" (so die Überschrift zu den Art. 335-359 ZGB) – dabei konkret die *Familienstiftung*, Art. 335 ZGB; die *Gemeinderschaft*, Art. 336-348 ZGB; und die *Heimstätten*, Art. 349-359 ZGB.
Die Vereinigung dieser Institute unter einen gemeinsamen (Gesetzes-)Titel begründete Egger (in Anlehnung an Huber) mit der Überlegung, dass dadurch die Rechtswirkungen, welche die „Familien- und Hauszugehörigkeit" entfalteten, „wieder" ins „Rechtsbewußtsein" gerufen werden sollen – denn die Art. 328-359 ZGB dienten s.E. „dem *Familienzusammenhalt* und vornehmlich der zentralen Gemeinschaft der Eltern

---

[2306] Vgl. EGGER II, Rn. 20 f. zu Art. 323.
[2307] Vgl. dazu Kapitel 1.2.2.
[2308] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 312; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 ff. zu Art. 312, Rn. 26 zu Art. 323.
[2309] Vgl. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 312.
[2310] Gemeinschaftsverhältnisse stellten aber die *in* diesem (Gesetzes-)Titel abgehandelte *Hausgemeinschaft* (s. Kapitel 2) dar, ebenso die als Rechtsgemeinschaft ausgestaltete *Gemeinderschaft* (s. Kapitel 3.2); vgl. nur EGGER II, Rn. 1 zu Art. 328, Rn. 8 zu Art. 331; EGGER I, Vorbem. 1 FamGem.
[2311] EGGER I, Vorbem. 1 FamGem; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 328, Rn. 6 Vorbem. VerwR.

und Kinder".[2312] Auch historisch betrachtet bildeten besagte Institute des ZGB, so Egger, eine „innere Einheit" und widerspiegelten „die noch vorhandenen und heute noch lebendigen *Nachwirkungen der alten geschlossenen Familienverbände*, der Sippe[2313] und des Hauses […]":[2314]

> „Jener [sc. der Sippe] lag die Unterstützung der Sippengenossen ob. Davon hat sich im modernen Recht die *Unterstützungspflicht* eines engen Verwandtenkreises erhalten. […] Dieses, das Haus oder die Familie, war ein herrschaftlich organisierter, durch die Mundialgewalt des Hausherrn zusammengefaßter Hausverband. Noch heute begründet die Haus- und Herdgenossenschaft eine Gemeinschaft. Das Z.G.B. will die abgeschwächten rechtlichen Wirkungen, die ihr heute noch zukommen, in dem (zweiten) Abschnitt über die *Hausgewalt* zusammenfassen (Art. 331 ff.). Familienstiftungen, Familienfideikommisse (Art. 335) und Gemeinderschaften (Art. 336) haben sich entwickelt, als die rechtliche Einheit des Hauses zerfiel und das Bedürfnis lebendig wurde, *neue vermögensrechtliche Grundlagen* für die Erhaltung und das Gedeihen der Familien zu schaffen."[2315]

In dieser Aussage manifestiert sich Eggers – klar an Huber erinnernde – Beobachtung eines grundlegenden Wandels der Familienstruktur im Laufe der Geschichte, welcher sich s.E. auszeichnete durch eine Entwicklung von der herrschaftlich organisierten, rechtlich und wirtschaftlich in sich geschlossenen Sippe bzw. „Großfamilie" hin zur modernen „Kleinfamilie", die regelmässig nur noch die Ehegatten und deren Kinder unter einem Dach vereinigte.[2316] Diesen Wandel bewertete Egger – wie ebenfalls schon Huber – einerseits positiv; das Individuum sei „befreit, losgelöst, auf sich selbst gestellt":[2317]

> „Frei ist die Bahn für die Entfaltung persönlicher Initiative, das Wirtschaftsleben bietet ungeahnte Möglichkeiten persönlicher Betätigung, planmäßigen Schaffens, es erschließt dem Einzelnen die Wege zu rastloser Lebensarbeit, zu unermeßlichen Lebenswerken."[2318]

[2312] EGGER I, Vorbem. 1 FamGem, Vorbem. 2b VerwR; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 328, Rn. 8 zu Art. 331; Erl. Bd. I, S. 101 ff. (= BeK II, Rn. 243 ff.).

[2313] Darunter verstand Egger den „genossenschaftlichen Zusammenschluß der durch gemeinsame Abstammung miteinander verbundenen Verwandten"; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 328; s. auch EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 328 ff.

[2314] EGGER I, Vorbem. 1 FamGem, vgl. auch Vorbem. 1a FamR; EGGER II, Rn. 2 ff. zu Art. 328; vgl. auch Text zu Fn. 632.

[2315] EGGER I, Vorbem. 1 FamGem, vgl. auch Vorbem. 1, 2 zu Art. 328 ff., Vorbem. 1, 2 zu Art. 331 ff., Vorbem. 1 zu Art. 335 ff., Vorbem. 1, 2b FamR, Vorbem. 1 zu Art. 270 ff., Vorbem. 1 zu Art. 273 ff.; EGGER II, Rn. 1 ff. zu Art. 328, Rn. 1 ff., 6 ff. zu Art. 331, Rn. 1 ff. zu Art. 335, Rn. 1 zu Art. 336, Rn. 6 Vorbem. VerwR. Für einen Abriss über die familien-, boden- und sozialpolitischen Erwägungen in diesem Zusammenhang vgl. sodann EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 331, Rn. 4 ff. zu Art. 335, Rn. 6 zu Art. 349.

[2316] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 1, 2 ff. Einl. FamR, Rn. 4 zu Art. 159, Rn. 1 ff. Allg. Einl. PersR-Komm.; EGGER I, Vorbem. 1 FamR, Vorbem. 1a zu Art. 159 ff., Vorbem. 1 eKiVh; vgl. sodann die Nachweise in Fn. 2315; Erl. Bd. I, S. 101 ff. (= BeK II, Rn. 241, 243 f.); HUBER, SPR IV, § 121-124.

[2317] EGGER II, Rn. 1 Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 101 (= BeK II, Rn. 241).

[2318] EGGER II, Rn. 1 Allg. Einl. PersR-Komm.; vgl. dazu auch schon Hubers Aussage im Text zu Fn. 426.

Andererseits bemerkte Egger – wiederum in Anlehnung an Huber – aber auch, dass das Individuum durch die errungene Freiheit „stark und schwach zugleich" sei:[2319]

> „Aufgelöst sind die engen, starken Kollektivitäten, die den Einzelnen ehedem umfingen, zerstört die starken Sitten, die gefestigten Traditionen, die für alle Lebenslagen den sichern Weg wiesen, verblaßt vielfach auch die religiösen Vorstellungen."[2320]

Entsprechend sah Egger die Kleinfamilie einer „außerordentlichen Schwächung und Gefährdung" ausgesetzt:[2321]

> „Die Ungunst der wirtschaftlichen Verhältnisse kann so groß sein, daß sie [sc. die Kleinfamilie] ihre Aufgabe nicht mehr zu erfüllen vermag. Wohnungsnot, lange Arbeitszeit von Mann und Frau außerhalb des Hauses lassen ein Familienleben, eine lebendige Gemeinschaftsbildung nicht mehr aufkommen. […] So kann […] eine geistig und wirtschaftlich auf dem *Individualismus* aufgebaute Welt *die Familie zersetzen* […]. Aber geradezu zum Prinzip kann die Zersetzung erhoben werden durch einen *Kollektivismus*, der in der Familie eine Pflegstätte *individueller Gesittung* und *persönlicher Eigenart* erblickt und somit ein *größtes Hindernis* für die *Prägung des ‚Kollektivmenschen'*. Dieser kann nur aus der Kollektiverziehung und der Betriebseinheit erwachsen. Ehe und Familie werden deshalb bagatellisiert und der Auflösung anheimgegeben."[2322]

Mit dieser Überlegung – aus welcher zugleich implizit Eggers ablehnende Haltung gegenüber nationalsozialistischem Gedankengut hervorgeht – begründete Egger letztlich das von ihm festgestellte Bestreben des ZGB, den Gedanken der inneren Verbundenheit der Familienglieder durch die nachfolgend darzustellenden Institute zu stärken.

1. Unterstützungspflicht, Art. 328-330 ZGB

Art. 328 ZGB[2323] bestimmte: „*Blutsverwandte*[2324] in *auf- und absteigender Linie* und *Geschwister* sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden." Art. 329 Abs. 2 ZGB[2325] schränkte die Unterstützungspflicht von *Geschwistern* jedoch insofern ein, als diese „nur dann zur Unterstützung herangezogen werden [konnten], wenn sie sich in günstigen Verhältnissen [befanden]".

[2319] EGGER II, Rn. 1 Allg. Einl. PersR-Komm.; für Huber vgl. wie Fn. 2316.

[2320] EGGER II, Rn. 1 Allg. Einl. PersR-Komm.

[2321] EGGER I, Vorbem. 1c FamR; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 Einl. FamR.

[2322] EGGER II, Rn. 5 Einl. FamR, vgl. auch Rn. 2 f. Vorbem. VerwR, Rn. 1 zu Art. 283, Rn. 32 zu Art. 405; EGGER I, Vorbem. 1 FamR.

[2323] Materiell im Wesentlichen übereinstimmend Art. 335 E-ZGB und Art. 354 VE-ZGB, die aber insbesondere (grundsätzlich) auch *Verschwägerte* mit einschlossen. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 271 (= BeK II, Rn. 667); StenBull NR 1905, S. 842 ff.

[2324] Bei *ausserehelicher Kindschaft* fand Art. 328 ZGB im Verhältnis zwischen Kind und Kindsmutter bzw. ihren Verwandten Anwendung, vgl. Art. 302 Abs. 1 i.V.m. Art. 324 Abs. 1 ZGB – im Verhältnis zwischen Kind und Kindsvater bzw. seinen Verwandten dagegen nur im Falle der *Anerkennung* oder der *Zusprechung mit Standesfolgen*, vgl. Art. 302 Abs. 2 i.V.m. Art. 325 Abs. 1 ZGB. Dazu auch Kapitel b.1.1.2.2, b.2.3.1.1, b.2.4.1.

[2325] Auch Art. 336 Abs. 2 E-ZGB sprach von „günstigen Verhältnissen"; Art. 354 Abs. 2 VE-ZGB dagegen von „*besonders* günstigen Verhältnissen".

1.1 Gemeinschaftsgedanke

1.1.1 Verbundenheit der Blutsverwandten

Wie schon erwähnt[2326], handelte es sich für Egger bei der in Art. 328 ZGB getroffenen Regelung um eine *Nachwirkung* des früheren Sippenverbandes:

> „Die einstige Sippe verband die Blutsverwandten mit starkem Bande zu einer Genossenschaft, in welcher *alle für einen und einer für alle* eintrat und von Rechts wegen eintreten mußte. So war auch die Unterstützung des bedürftigen Anverwandten Genossenpflicht. Wie die Obervormundschaft[2327], die Strafverfolgung u.a.m., so ist auch die Unterstützungspflicht in der Folge auf die öffentlichrechtlichen Verbände übergegangen. Als *familienrechtliche Pflicht* zog sie sich auf einen immer *engeren Kreis* zurück […].“[2328]

Daraus erhellt, dass Egger (ganz allgemein) die Legitimation einer familienrechtlichen Verwandtenunterstützungspflicht[2329] im *Gemeinschaftsgedanken* – in der Verbundenheit der Familienglieder – erblickte, wenngleich er in historischer Betrachtung[2330] eine Verengung des Kreises der unterstützungspflichtigen bzw. -berechtigten Personen (und damit implizit eine abnehmende innere Verbundenheit zwischen weiter entfernten Verwandten[2331]) feststellte. Diese Wandlung begründete Egger explizit mit dem *„Individualismus“* – dem Streben des Einzelnen nach grösserer persönlicher Freiheit – und dem *„Etatismus“* – dem Bestreben des Staats, bestimmte, früher den Familienverbänden zustehende Befugnisse wie namentlich die Gerichtsbarkeit und die Obervormundschaft ebendiesen zu entziehen und fortan selbst auszuüben.[2332] Aus diesen beiden Kräften folgerte Egger:

> „Die Familie verliert ihre rechtliche Geschlossenheit und löst sich auf in die Ehe, das Eltern- und Kindesverhältnis und die vormundschaftlichen Beziehungen, während die Beziehungen zu Knecht und Magd zu einem obligatorischen, dienstvertraglichen Verhältnis verblassen. Völliger Zersetzung fällt die Sippe anheim. Was von ihr übrigbleibt, ist die Verwandtschaft in ihren privatrechtlichen Auswirkungen.“[2333]

Als *eine* solche „privatrechtlich[e] Auswirkung“ begriff Egger also die in Art. 328 ZGB statuierte – hinsichtlich des Kreises der daraus Verpflichteten bzw. Berechtigten eben eng begrenzte – familienrechtliche Verwandtenunterstützungspflicht[2334].

[2326] Vgl. Texte zu Fn. 2314, 2315.

[2327] Spezifisch dazu EGGER I, Vorbem. 1-3 VormR; EGGER II, Rn. 1-7, 18 Einl. VormR.

[2328] EGGER I, Vorbem. 1 zu Art. 328 ff., Vorbem. 1a, 1b FamR; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 ff., 2 f. zu Art. 328; Text zu Fn. 2315.

[2329] Für eine Charakterisierung derselben: EGGER I, Anm. 1 zu Art. 328; EGGER II, Rn. 13, 49, 54 zu Art. 328.

[2330] Vgl. dazu oben Kapitel c.

[2331] Vgl. diesen Gedanken auch im Text zu Fn. 2341.

[2332] Vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 328, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 331; EGGER I, Vorbem. 1, 2 zu Art. 328 ff.

[2333] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 328.

[2334] Die Unterstützungsleistung war dabei nach Eggers Ansicht in *Geld* zu erbringen, wobei Egger in bestimmten Konstellationen auch von der Zulässigkeit einer *Naturalunterstützung* ausging; vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 329; EGGER II, Rn. 43 f. zu Art. 328.

Aus *konzeptioneller Sicht* ist bemerkenswert, dass Egger in der Unterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ZGB einen Zusammenhang zum *Erbrecht* erblickte.[2335] Dieser Umstand vermag auf den ersten Blick wenig zu überraschen, deutete doch schon der Wortlaut des Art. 329 Abs. 1 ZGB[2336] auf diesen Zusammenhang hin: „Der Anspruch auf Unterstützung ist gegen die Pflichtigen *in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung*[2337] geltend zu machen[2338] […]"[2339] – eine Regelung, die Egger explizit mit der „Nähe der familienrechtlichen Verbundenheit[2340]" legitimierte.[2341] Doch bildete diese in Art. 329 Abs. 1 ZGB statuierte Reihenfolge für Egger weniger den *Grund* für den von ihm festgestellten Zusammenhang zum Erbrecht als vielmehr dessen *Symptom*: In der Unterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ZGB erblickte Egger nämlich das *Korrelat zum gesetzlichen Erbanspruch* bzw. *zum Pflichtteilsanspruch*[2342].[2343] Diese Ansicht Eggers

---

[2335] Vgl. EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 328 ff.; EGGER II, Rn. 22 zu Art. 328.

[2336] Identisch Art. 336 Abs. 1 E-ZGB. Im VE-ZGB findet sich diese Regelung nicht – vgl. Erl. Bd. I, S. 272 (= BeK II, Rn. 669); und insbes. Prot., S. 402 (= BeK III, Rn. 3932), wo Huber als Grund dafür genannt hatte, dass „man abweichende Gepflogenheiten der kantonalen Armenbehörden respektieren wollte".

[2337] Zu dieser Reihenfolge hier *nur skizzenhaft*: Waren *Nachkommen des Erblassers* vorhanden (bzw. vorverstorben), so erbten diese (bzw. deren Nachkommen) zu gleichen Teilen, vgl. Art. 457 ZGB; fehlten Nachkommen, so erbten die *Eltern* (bzw. bei Vorversterben eines Elternteils: dessen Nachkommen) je hälftig, vgl. Art. 458 ZGB; fehlten sowohl Nachkommen (bzw. deren Nachkommen) als auch Eltern (bzw. deren Nachkommen), so erbten die *Grosseltern* (bzw. deren Nachkommen) „auf jeder Seite zu gleichen Teilen", vgl. Art. 459 ZGB; fehlte es an allen Genannten, fiel die Erbschaft (unter Vorbehalt des Nutzniessungsanspruchs der *Urgrosseltern* bzw. der *Geschwister der Grosseltern* i.S.v. Art. 460 ZGB) an das *Gemeinwesen*, Art. 466 ZGB. Zum Erbrecht des überlebenden *Ehegatten* vgl. Art. 462 ff. ZGB; zum Erbrecht bei *ausserehelicher Kindschaft* vgl. Art. 461 ZGB (abgedruckt in Fn. 2087); zum Erbrecht bei einer *Adoption* vgl. Art. 465 ZGB (abgedruckt in Fn. 1689).

[2338] Gemäss Art. 329 Abs. 3 ZGB „[wurde] der Anspruch *vor der zuständigen Behörde* des Wohnsitzes des Pflichtigen geltend gemacht, und zwar entweder von dem Berechtigten oder, wenn dieser von der öffentlichen Armenpflege unterstützt [wurde], von der unterstützungspflichtigen Armenbehörde". Im letztern Fall erfolgte also ein *gesetzlicher Forderungsübergang* – der Anspruch des Bedürftigen gegen seine Verwandten ging auf dasjenige Gemeinwesen über, das Ersterem Leistungen des öffentlichen Armenrechts ausrichtete; vgl. EGGER II, Rn. 12, 14, 51 zu Art. 328, Rn. 9 ff. zu Art. 329; EGGER I, Anm. 4b zu Art. 329. Art. 336 Abs. 3 E-ZGB stimmte (bis auf die hier statuierte Zuständigkeit des *Richters*) mit Art. 329 Abs. 3 ZGB überein – vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 41 (= BeK III, Rn. 11338). Abw. hingegen Art. 356 VE-ZGB, wonach der Anspruch (stets) „durch die unterstützungspflichtige Armenbehörde auf Begehren des in Not geratenen Familiengliedes oder von Amtes wegen geltend gemacht [wurde]". Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 272 (= BeK II, Rn. 672); und insbes. Prot., S. 403 (= BeK III, Rn. 3943), wo Huber bemerkt hatte, dass „die Geltendmachung durch die Behörde *dem Anspruch einen Stachel* nimmt, der bei *direktem Gegenübertreten* der Verwandten vorhanden wäre".

[2339] In (sinngemässer) Abweichung zum Erbrecht war eine *gleichzeitige* Heranziehung von Nachfahren und Vorfahren bei Art. 328 ZGB allerdings möglich, sofern alle Ersteren den Unterstützungsanspruch nicht voll zu decken vermochten; ebenso denkbar war entsprechend eine *ausschliessliche* Heranziehung der Letzteren; vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 329; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 329. Zum *Innenverhältnis* der Pflichtigen vgl. Fn. 2367.

[2340] Abgesehen davon konstatierte Egger in historischer Betrachtung auch bezüglich des *Erbanspruchs überhaupt*, dieser bestehe nur noch innerhalb eines Verwandtenkreises, in welchem „Familienbewußtsein und Zusammengehörigkeitsgefühl" noch vorhanden seien; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 328.

[2341] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 329, vgl. auch Rn. 49 zu Art. 328.

[2342] Pflichtteilsberechtigt waren gemäss Art. 471 ZGB neben dem *Ehegatten* des Erblassers (Ziff. 4) dessen *Nachkommen* (Ziff. 1), *Eltern* (Ziff. 2) und – unter Vorbehalt des kantonalen Rechts, Art. 472 ZGB – *Geschwister* (Ziff. 3). Hingegen stand *Grosseltern* kein Pflichtteil zu, obschon sie unterstützungspflichtig bzw. -berechtigt waren. Für die Regelung in den *Entwürfen* vgl. direkt Art. 478 E-ZGB und Art. 495 VE-ZGB.

[2343] Wie Fn. 2335.

hatte bereits den Vorstellungen Hubers entsprochen, nach dessen Auffassung „das Erbrecht von Verwandten" die „hauptsächlichste" Wirkung der Verwandtschaft bildete – und diesem Erbrecht „*entspricht eine Unterstützungspflicht*, wobei insofern auch heute noch ein Zusammenhang der beiden Institute anerkannt zu werden verdient, als die Pflicht soweit zu reichen vermögen wird, als der Erblasser *gebunden* ist, sein Gut, sei es auch nur teilweise, den Verwandten zu hinterlassen".[2344]

1.1.2 Unterhalt von Findelkindern durch die Gemeinde, Art. 330 ZGB

Den Gemeinschaftsgedanken erblickte Egger sodann in Art. 330 Abs. 1 ZGB[2345], welcher bestimmte, dass „Findelkinder" – darunter sind ausgesetzte Kinder unbekannter Eltern, die von jemandem aufgefunden wurden, zu verstehen[2346] – „von *der* Gemeinde unterhalten [wurden], in der sie eingebürgert worden [waren]". Egger betonte, auch ein Findelkind „gehört ohne weiteres der Rechtsgemeinschaft an" –

> „der Rechtsordnung kommt zu, es *einzugliedern (Name, Bürgerrecht, zivilstandsamtliche Beurkundung)* und, da ihm unterhalts- oder unterstützungspflichtige Angehörige fehlen, seinen *Unterhalt* dadurch sicherzustellen, daß sie ein *Gemeinwesen als unterhaltspflichtig* erklärt […]".[2347]

Egger begriff das (vom kantonalen Recht näher zu bezeichnende) *Gemeinwesen* hier folglich als *Familienersatz* für das Kind, welchem es s.E. (im Wesentlichen über die Einsetzung eines *Vormundes*[2348]) oblag, vorderhand – bis zur (allfälligen) nachträglichen Feststellung der Abstammung des Kindes, vgl. Art. 330 Abs. 2 ZGB[2349], – die Elternpflichten zu erfüllen.[2350] In diesem Sinne hatte sich auch Huber geäussert.[2351]

1.2 Persönlichkeitsgedanke

1.2.1 Beim Unterstützungsberechtigten

Die Unterstützungspflicht entsprach für Egger selbstredend den Interessen des *Anspruchsberechtigten* – Egger hielt fest, Art. 328 ZGB verleihe einen unverzichtbaren, höchstpersönlichen, dauernden Anspruch, der „auf dem *Persönlichkeitsrecht des Bedürftigen* [beruht]".[2352] Insofern trug Art. 328 ZGB dem *Persönlichkeitsgedanken*

[2344] Erl. Bd. I, S. 243 (= BeK II, Rn. 596) – wo Huber auch bemerkt hatte, zwar sei diese Parallele im VE-ZGB „nicht vollständig […], immerhin aber doch der Hauptsache nach durchgeführt […]"; vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 41 (= BeK III, Rn. 11338).
[2345] Identisch Art. 337 Abs. 1 E-ZGB und Art. 335 VE-ZGB.
[2346] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 330; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 330.
[2347] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 330; vgl. implizit auch EGGER I, Anm. 2, 3a zu Art. 330.
[2348] Vgl. dazu Kapitel III.a.1.1.
[2349] Zu dieser Konstellation näher EGGER I, Anm. 3b zu Art. 330; EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 330. Materiell übereinstimmend war Art. 355 Abs. 2 VE-ZGB; identisch mit dem ZGB war Art. 337 Abs. 2 E-ZGB; vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 272 (= BeK II, Rn. 671).
[2350] Vgl. EGGER II, Rn. 2, 4 f. zu Art. 330; EGGER I, Anm. 2, 3a zu Art. 330.
[2351] Vgl. Erl. Bd. I, S. 272 (= BeK II, Rn. 670).
[2352] EGGER II, Rn. 49 zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 328.

– dem *Schutz* des Anspruchsberechtigten[2353] *vor* bzw. die *Unterstützung* desselben *in* finanziellen Notlagen – Rechnung.

1.2.2 Beim Unterstützungspflichtigen

In der näheren gesetzlichen Ausgestaltung der Unterstützungspflicht erblickte Egger aber auch – und zwar in mehrfacher Hinsicht – einen Schutz der Interessen des aus Art. 328 ZGB *Verpflichteten*:

1.2.2.1 Kreis der Unterstützungsberechtigten

Egger hob wiederholt hervor, der vom Gesetz gezogene *Kreis der Anspruchsberechtigten* sei abschliessend zu verstehen – für die Personen ausserhalb dieses Kreises verwies Egger daher auf die öffentlich-rechtliche Armenpflege.[2354] Bezüglich der Unterstützungspflicht von Geschwistern im Besonderen stellte er zudem einerseits klar, von dieser Pflicht erfasst seien lediglich die Geschwister selbst – nicht auch ihre Kinder[2355].[2356] Andererseits betonte Egger das in Art. 329 Abs. 2 ZGB statuierte Erfordernis, wonach Geschwister nur dann unterstützungspflichtig waren, „wenn sie sich in günstigen Verhältnissen [befanden]" – sie mussten also, wie Egger bemerkte, in „Wohlstand" leben; sich also die „Beihilfe leisten können, ohne daß dadurch ihre Lebenshaltung wesentlich beeinträchtigt wird".[2357] All diese Ausführungen Eggers sind von der *Grundüberlegung* getragen, dass ein besonderes Näheverhältnis zwischen einander (zumindest im Seitenverhältnis) verwandten Personen mit zunehmender Entfernung dieser Verwandtschaft nicht bestehe – und es *deshalb* an der inneren Rechtfertigung einer Unterstützungspflicht mangele.[2358]

1.2.2.2 Voraussetzungen und Inhalt der Unterstützungspflicht

(Implizit) auf diese Grundüberlegung führte Egger sodann den Umstand zurück, dass es sich bei der Pflicht aus Art. 328 ZGB lediglich um eine *Unterstützungs*-, und nicht um eine *Unterhalts*pflicht handelte: Egger bemerkte, eine *Unterhalts*pflicht setze ein besonderes *Gemeinschaftsverhältnis* – eine Ehe bzw. ein Eltern- und Kindesverhältnis – voraus, wohingegen die *Unterstützungs*pflicht i.S.v. Art. 328 ZGB auf dem blossen *„Bande der Blutsverwandtschaft"* bzw. dem Faktum der Familienverwandtschaft beruhe.[2359] Daraus folgerte Egger nicht nur die *Subsidiarität* des

---

[2353] Aber auch *nur* diesem – bereits in der Erstauflage stellte Egger etwa klar, die Notlage des Ehegatten, für welchen der aus Art. 328 ZGB vermeintlich Berechtigte unterhaltspflichtig sei, genüge nicht; EGGER I, Anm. 3b zu Art. 328. Ebenso die Zweitauflage, wo Egger als Grund dafür u.a. die für den Unterstützungspflichtigen sonst untragbare finanzielle Belastung erwähnte; EGGER II, Rn. 24 f., 26 zu Art. 328.

[2354] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 328; EGGER II, Rn. 3, 11, 20, 23 zu Art. 328.

[2355] Auch an diesem Punkt (vgl. schon Fn. 2339) ergab sich also eine Abweichung zum Erbrecht (vgl. Fn. 2337).

[2356] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 328; EGGER II, Rn. 25 zu Art. 328, Rn. 1 zu Art. 329.

[2357] EGGER II, Rn. 37 zu Art. 328 – s. auch Rn. 22, 38 zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 329.

[2358] Vgl. zu diesem Gedanken schon Kapitel 1.1.1.

[2359] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 328; vgl. auch EGGER II, Rn. 13 zu Art. 328.

Unterstützungsanspruchs gegenüber einem Unterhaltsanspruch.[2360] Vielmehr verortete er im besagten Charakter des Unterstützungsanspruchs auch die Gründe für die von Art. 328 ZGB aufgestellten *Anspruchsvoraussetzungen* sowie den *Umfang* bzw. den *Inhalt* dieses Anspruchs: Egger stellte fest, anders als eine *Unterhalts*pflicht – bei welcher ein Verpflichteter weitgehend unabhängig sowohl von der eigenen Leistungsfähigkeit als auch von einem konkreten Bedürfnis des Berechtigten den „gesamten und der Lebensstellung des Berechtigten entsprechenden Lebensbedar[f]" zu decken habe –, ziele die *Unterstützungs*pflicht i.S.v. Art. 328 ZGB einzig darauf ab, dem sich in einer (drohenden) *„Notlage"* (so Art. 328 ZGB) befindlichen Anspruchsberechtigten das zum Lebensunterhalt *Erforderliche* (vgl. Art. 329 Abs. 1 ZGB[2361]) zu verschaffen.[2362] Eine solche (drohende) *Notlage* bedingte nach Eggers Ansicht eine verschuldensunabhängige[2363] (drohende) „materielle Bedürftigkeit" – also ein weitestgehendes Fehlen von (zumutbarerweise) verwertbarem Vermögen bzw. von Arbeitseinkünften –; Voraussetzung sei eben, dass der Betroffene „das zum Lebensunterhalt *Notwendige* nicht mehr ohne fremde Hilfe finden kann".[2364] Dabei betonte Egger, dieses *„Notwendige"* orientiere sich nicht etwa am bisherigen Lebensstil des Berechtigten, sondern der Anspruch bezwecke die Verschaffung des (objektiv) „Erforderliche[n] an Wohnung, Kleidung, Nahrung, auch an ärztlicher Behandlung und Pflege in Tagen von Krankheit und Gebrechen" – sowie, gegenüber Kindern, die Verschaffung von „Erziehung und berufliche[r] Ausbildung" bzw., gegenüber Gebrechlichen, von „Pflege und Fürsorge" und ggf. der „Anstaltsversorgung".[2365] Damit zeigt sich, dass Egger die Unterstützungspflicht i.S.v. Art. 328 ZGB als im Interesse des Verpflichteten eng begrenzt begriff. Einen diesbezüglich besonderen *Schutz* des Pflichtigen bildete s.E. entsprechend Art. 329 Abs. 1 ZGB[2366], gemäss welchem „der Anspruch auf Unterstützung […] auf *die* Leistung [geht], die […] den *Verhältnissen des Pflichtigen angemessen* [war]"[2367].[2368]

[2360] EGGER I, Anm. 1b, 2a zu Art. 328; EGGER II, Rn. 14, 19, 21 zu Art. 328, Rn. 1 zu Art. 329.

[2361] Ebenso Art. 336 Abs. 1 E-ZGB, Art. 354 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 271 (= BeK II, Rn. 668).

[2362] EGGER II, Rn. 13, 29, 31, 49 zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 328, Anm. 1b zu Art. 329.

[2363] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 328; EGGER II, Rn. 30 zu Art. 328. Egger nahm deshalb in der Erstauflage insbesondere an, dem Unterstützungspflichtigen müsse das Recht zustehen, einem „liederliche[n], arbeitsscheue[n]" (und damit *verschuldeterweise*) Bedürftigen die Unterstützung in Form von *Naturalien* zukommen zu lassen; vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 329. Dagegen setzte er in der Zweitauflage (a.a.O.) ein „ernstes Bemühen um Arbeit" voraus, bei dessen böswilligen Unterlassen eine Notlage (und damit ein Anspruch) *nicht vorliege*.

[2364] Vgl. EGGER I, Anm. 3a, 1b zu Art. 328; EGGER II, Rn. 27 ff. zu Art. 328.

[2365] EGGER II, Rn. 39, 42, 27, 31 zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 329.

[2366] Identisch Art. 336 Abs. 1 E-ZGB. Art. 354 Abs. 1 VE-ZGB sprach von „[…] *ihren* [sc. den Blutsverwandten und Verschwägerten] Verhältnissen angemessen […]". Dazu Erl. Bd. I, S. 271 (= BeK II, Rn. 668).

[2367] Diese Regelung galt für Egger auch im *Innenverhältnis* bei mehreren Pflichtigen; vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 329; EGGER II, Rn. 1, 2, 4 ff. zu Art. 329.

[2368] Vgl. EGGER II, Rn. 31 ff. zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 328, Anm. 1b zu Art. 329.

„Dieser Schranke der Unterstützungspflicht kommt geradezu sozialpolitische Bedeutung zu. Es entspricht dem heutigen Rechtsbewußtsein, daß *über diese Grenzen hinaus die Öffentlichkeit die Unterstützungslast trägt*."[2369]

In Art. 329 Abs. 1 ZGB erblickte Egger also einen Schutz des Verpflichteten vor finanzieller Überbelastung. Er hob hervor, der Verpflichtete „darf nicht in seiner eigenen wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden" – zumutbar sei nur „eine Einschränkung in einem geringen, erträglichen Maße".[2370]

2. Hausgewalt, Art. 331-334 ZGB

In historischer Betrachtung konstatierte Egger in Anlehnung an Huber bekanntlich[2371] einen Wandel von der herrschaftlich geprägten Grossfamilie hin zur modernen Kleinfamilie, wobei sich s.E. im *Kern* – nämlich in Form des gemeinsamen Zusammenlebens zumindest von Eltern und Kindern (gerade bei landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben aber auch des Personals) – die *Hausgemeinschaft* als Lebenstatsache zu erhalten vermocht habe.[2372] Diesem Umstand trugen die Art. 331-334 ZGB nach Eggers Ansicht Rechnung, indem sie die Rechtsbeziehungen zwischen den Gliedern der Hausgemeinschaft bzw. ihre Stellung innerhalb derselben im Institut „Hausgewalt" zusammenhängend und unter Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Beteiligten regelten:[2373]
Art. 331 Abs. 1 ZGB[2374] bestimmte, dass wenn „*Personen*, die *in gemeinsamem Haushalte [lebten]*, nach Vorschrift des Gesetzes oder nach Vereinbarung oder Herkommen ein *Familienhaupt* [hatten], […] diesem die *Hausgewalt* [zustand]". Damit dem Familienhaupt die „Hausgewalt"[2375] zustehen konnte, setzte das ZGB also zunächst einen *gemeinsamen Haushalt* von mehreren Personen voraus – nötig dafür waren nach Eggers Ansicht eine „gemeinsame Wohnung *und* gemeinsame Verpflegung" dieser Personen.[2376] Sodann war erforderlich, dass einer so gearteten Hausgemeinschaft ein

---

[2369] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 329. Bemerkenswert ist diese Aussage auch insofern, als Egger hier für einmal nicht ein *Recht*, sondern eine *Pflicht* mit dem (weit gefassten) *Gemeinschaftsgedanken* beschränkte.
[2370] EGGER II, Rn. 31 zu Art. 328 mit Näherem dazu in den Rn. 32 ff., 35 f., 37 f. zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 329.
[2371] Vgl. oben Kapitel c.
[2372] Vgl. EGGER I, Vorbem. 1, 2 zu Art. 331 ff., Anm. 1a zu Art. 331, Anm. 1a vor Art. 159 ff.; EGGER II, Rn. 1, 4 zu Art. 328, Rn. 1 f., 10 f. zu Art. 331; vgl. auch StenBull NR 1905, S. 851.
[2373] Vgl. EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 331 ff.; EGGER II, Rn. 6 ff. zu Art. 331; vgl. auch Text zu Fn. 632; StenBull NR 1905, S. 851.
[2374] Materiell übereinstimmend Art. 338 Abs. 1, 2 E-ZGB und Art. 357 Abs. 1 VE-ZGB. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 244, 272 f. (= BeK II, Rn. 597, 673 f.).
[2375] Zur *Bedeutung* derselben weiter unten.
[2376] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 331; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 f., 12 f. zu Art. 331. Dabei setzte Egger eine gewisse *„Einordnung in die Gemeinschaft"* voraus, weshalb er etwa den blossen Mieter eines Zimmers nicht zur Hausgemeinschaft zählte; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 331; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 2c zu Art. 331. Vgl. in diesem Sinne auch Hubers Bemerkung in Prot., S. 407 (= BeK III, Rn. 3992).

„Familienhaupt"[2377] vorstand (was nicht zwingend der Fall war[2378]). *Bestehen* konnte ein Familienhaupt gemäss Art. 331 Abs. 1 ZGB *von Gesetzes wegen* – Egger verwies insbesondere auf den Ehemann[2379] als Haupt der ehelichen Gemeinschaft (wobei Letzterer auch die ehelichen Kinder angehörten[2380]) –, sodann aufgrund einer *Vereinbarung* – Egger nannte etwa die Aufnahme von Pflegekindern, Lehrlingen, des Gesindes[2381] – oder aber gestützt auf das *Herkommen*, d.h. auf die Übung bzw. den Ortsgebrauch – also überall dort, so Egger, „wo ein gemeinsamer Haushalt vorliegt, der nach seiner organisatorischen Art, Bedeutung und Ausdehnung einer einheitlichen Leitung nicht entbehren kann", wie z.B. bei Hotelbetrieben.[2382] Gerade letztere Bemerkung aus der Erstauflage zeigt zugleich, welche *Funktion* Egger einem Familienhaupt zusprach – ausdrücklich zu derselben hielt er in der Zweitauflage nämlich fest:

> „Bedarf nach der Auffassung des Gesetzes schon die eheliche Gemeinschaft einer *Gliederung und Differenzierung* […], dann wird sich eine solche in einer häuslichen Gemeinschaft, der Personen in verschiedenster Stellung angehören können, von selber aufdrängen. *Die Gemeinschaft bedarf eines Hauptes* (vgl. auch das Haupt der Gemeinderschaft, Art. 341[2383]). […]"[2384]

Die von Egger vertretene Auffassung, wonach eine Gemeinschaft aus *organisatorischen Gründen* eines Hauptes bedürfe, findet sich somit in vorliegendem Zusammenhang wieder.

Dass Egger aus dem Bestehen einer *Hausgemeinschaft*, der ein *Familienhaupt* vorstand, eine innere rechtliche Verbundenheit der Hausgenossen ableitete, geht deutlich aus der *Zweitauflage* hervor:

> „Die *Pflichten der Hausgenossen* bestimmen sich zuerst[2385] nach ihrer besonderen Stellung im Hause auf Grund von Familienzugehörigkeit oder Vertrag; doch nicht ausschließlich: die Hausangehörigen sind durch die *häusliche Gemeinschaft* miteinander verbunden. Wie die andern *familienrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse (Art. 159, 271)*, so verpflichtet *auch dieses* seine Mitglieder zu *Rücksicht und Beistand*[2386]. […] aber sie [sc. letztlich die Rücksichts- und Beistandspflicht] gilt kraft ungeschriebenen Rechtes. Denn sie ergibt sich aus dem *Gedanken der familienrechtlichen Gemeinschaft*. Wie die Mitglieder einer Gesellschaft – einer vertraglichen Gemeinschaft – den *gemeinsamen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln* dürfen, OR Art. 536 […], so dürfen dies auch

---

2377 Möglich auch als *juristische Person*; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 331; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 331.

2378 Egger verwies namentlich auf den gemeinsamen Haushalt von Studenten, Geschwistern oder Witwen; vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 331; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 331.

2379 Egger stellte aber u.a. klar, dass wenn im Falle der Auflösung einer Ehe der *Mutter* die elterliche Gewalt über das mit ihr in Hausgemeinschaft lebende Kind zustehe, *sie* das Familienhaupt bilde; vgl. EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 331; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 331.

2380 EGGER I, Anm. 1c zu Art. 331; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 331; Fn. 1708.

2381 Vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 331; EGGER II, Rn. 15 i.V.m. Rn. 13 zu Art. 331.

2382 EGGER I, Anm. 1c zu Art. 331; vgl. auch EGGER II, Rn. 15 i.V.m. Rn. 11, 13 zu Art. 331.

2383 S. dazu Kapitel 3.2.

2384 EGGER II, Rn. 16 zu Art. 331.

2385 Vgl. den Hinweis in Fn. 2401.

2386 Vgl. dazu spezifisch auch EGGER II, Rn. 9 zu Art. 332. Art. 341 Abs. 2 E-ZGB erwähnte eine Beistands- und Rücksichtspflicht ausdrücklich.

> die Glieder einer solchen *von Gesetzes wegen bestehenden Gemeinschaft* nicht. Dabei trägt diese ihren *Zweck* in sich: als Stätte der Pflege und Betätigung gemeinschaftlicher Gesinnung und menschlicher Gesittung […].“[2387]

Egger ging bei der Hausgemeinschaft also von einem *Gemeinschaftsverhältnis* aus, welches dessen Glieder zu einer gegenseitigen Beistands- bzw. Rücksichtspflicht verband.[2388] Dass Egger diese Ansicht auch schon in der *Erstauflage* vertrat, lässt sich indirekt aus seiner Kommentierung zu Art. 332 Abs. 3 ZGB[2389] herleiten, die sich inhaltlich in beiden Kommentarauflagen entsprach: Gemäss dieser Bestimmung hatte das Familienhaupt aufgrund seiner *Fürsorgepflicht*[2390] „die von den Hausgenossen eingebrachten Sachen […] mit der gleichen Sorgfalt[2391] zu verwahren und *gegen Schaden sicherzustellen* wie die eigenen“. Betreffend diese letztgenannte Pflicht zur Sicherstellung hob Egger bereits in der Erstauflage folgenden – schon bei Huber vorfindbaren[2392] – Gedanken hervor:

> „In den Beratungen […] ist besonders darauf hingewiesen worden, daß bei einer *Feuersbrunst* sich die *Hausgenossenschaft* darin *rechtlich wirksam zeige*, daß die Hausgenossen dann *nicht an sich selbst*, sondern *an das Ganze zu denken* und für dieses einzustehen hätten. So sollen sie dann nicht auf die Rettung ihrer eigenen Effekten bedacht sein, so lange es gilt, der *betroffenen Familie* wertvollere Dienste zu leisten. Dieses Opfer darf ihnen aber nur zugemutet werden, wenn ihre Interessen durch *Versicherung* gewahrt erscheinen.“[2393]

Diese Aussage zeigt, dass Egger bereits in der Erstauflage von einer gegenseitigen Beistandspflicht[2394] der Gemeinschaftsglieder ausging, wenngleich Egger diese Pflicht bloss im Zusammenhang mit dem Ausbruch einer Feuersbrunst explizit aussprach.[2395] In der gegenseitigen Beistands- bzw. Rücksichtspflicht erschöpfte sich der Charakter des Gemeinschaftsverhältnisses allerdings nicht, stand dieser Gemeinschaft doch ein *Familienhaupt* vor, welches gemäss Art. 331 Abs. 1 ZGB die *Hausgewalt* innehatte. Diese „Hausgewalt [erstreckte] sich auf alle Personen, die als Blutsverwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Dienstboten,

---

[2387] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 332.

[2388] Vgl. auch EGGER II, Rn. 8, 10 zu Art. 331.

[2389] Wörtlich fast identisch Art. 339 Abs. 3 E-ZGB. Gemäss Art. 358 Abs. 4 VE-ZGB hatte das Familienhaupt die eingebrachten Sachen zu bewachen, zu erhalten und vor Gefahren zu sichern – dies mit der gleichen Sorgfalt wie bei den eigenen Sachen.

[2390] Vgl. die Marginalie zu Art. 332 ZGB und auch EGGER I, Anm. 1 i.V.m. Anm. 3 zu Art. 332; Erl. Bd. I, S. 273 (= BeK II, Rn. 674); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 41 (= BeK III, Rn. 11339).

[2391] Mit diesem Passus war nach Eggers Ansicht nicht etwa die *eigenübliche Sorgfalt (dili-gentia quam in suis)* gemeint, sondern vielmehr die Haftung für *jedes Verschulden*, denn der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass das Familienhaupt seine eigenen Sachen *sicher* verwahre; vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 332; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 332.

[2392] Vgl. Erl. Bd. I, S. 273 (= BeK II, Rn. 674); StenBull NR 1905, S. 851, 855.

[2393] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 332; vgl. auch EGGER II, Rn. 6, 9 zu Art. 332.

[2394] Gerade aus der Erwähnung der *Ruhezeit* im Text zu Fn. 2403 darf wohl (auch) abgeleitet werden, dass Egger schon in der Erstauflage von einer gegenseitigen *Rücksichtspflicht* zwischen den Hausgenossen ausging.

[2395] Vgl. im Übrigen auch den Hinweis in EGGER I, Anm. 1 a.E. zu Art. 332.

Lehrlinge, Gesellen oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte [lebten]", Art. 331 Abs. 2 ZGB[2396].[2397] Dazu führte Egger aus:

> „[…] Der Ausdruck [sc. ‚Hausgewalt'] ließe auf eine *eigennützige* Rechts- oder gar Machtposition schließen, die das ZGB *keineswegs* einräumen wollte. Wie aber das Haus zu allen Zeiten nicht (wie die Sippe) genossenschaftlich, sondern herrschaftlich organisiert war […], so haftet ihm dieser Zug heute noch an. In der Hausgewalt kommt das *Autoritätsprinzip* zum Ausdruck. Aber dieses hat einen *Bedeutungswandel erfahren*. Wie die elterliche ist auch die häusliche Gewalt zur *verpflichtenden Position* geworden: *Dienst an der Gemeinschaft* […]. Der Hausvorstand entscheidet nicht als ‚Herr', der nach seinem Gutdünken schaltet und waltet, sondern als *Haupt der Gemeinschaft*, also aus einer Gliedstellung heraus, kraft eines *(zivilrechtlichen) Amtes*. Die ausgezeichnete Stellung in der häuslichen Gemeinschaft verpflichtet das Familienhaupt zu *Obhut und Fürsorge* und auferlegt ihm nach außen eine Vertretung im Sinne der Verantwortlichkeit für die gute Ordnung im Haus. […]"[2398]

Wie schon beim Entscheidungsrecht des Ehemannes bzw. Vaters, stellte Egger damit auch bei der Hausgewalt einen autoritativen Ursprung[2399] fest – und hob dabei einen „Bedeutungswandel" hervor, der sich s.E. dadurch auszeichnete, dass die Ausübung der Hausgwalt im „Dienst an der Gemeinschaft" stehen musste; eine eigennützige Ausübung hielt Egger demnach für unzulässig. Deutlich manifestierte sich dieser Umstand im Zusammenhang mit dem (implizit) aus Art. 332 Abs. 1 ZGB fliessenden Recht des Familienhaupts, die *Hausordnung* zu erlassen: Gemäss dieser Bestimmung „[hatte] die Ordnung, der die Hausgenossen unterstellt [waren], auf die Interessen aller Beteiligten in billiger Weise Rücksicht zu nehmen".

2.1 Hausordnung des Familienhaupts, Art. 332 ZGB

Aus Art. 332 Abs. 1 ZGB[2400] ergibt sich somit, dass das Familienhaupt berechtigt war zum Erlass einer „Ordnung, der die Hausgenossen unterstellt [waren]" – also einer *Hausordnung*[2401].

2.1.1 Gemeinschaftsgedanke

Zum *Zweck* einer solchen Hausordnung hielt Egger fest:

> „Die Hausordnung regelt das Zusammenleben der Hausgenossen und weist dem *einzelnen Gliede seine Stellung im Ganzen* an. Sie besteht in den Anordnungen über die

---

[2396] Materiell übereinstimmend Art. 338 Abs. 1, 3 E-ZGB und Art. 357 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 VE-ZGB; für Huber vgl. wie Fn. 2374.

[2397] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 2 zu Art. 331; EGGER II, Rn. 12 f. zu Art. 331.

[2398] EGGER II, Rn. 16 zu Art. 331; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 1, 2 zu Art. 331 ff., Anm. 1c zu Art. 332.

[2399] Vgl. dazu Eggers Aussage im Text zu Fn. 1303, wo Egger der Güterverbindung einen „herrschaftliche[n] Zug" attestierte.

[2400] Art. 339 Abs. 1 E-ZGB und Art. 358 Abs. 1 VE-ZGB stellten *explizit* klar, dass „das Familienhaupt die Hausordnung [bestimmte] […]".

[2401] Dieser Hausordnung kam allerdings nur *subsidiäre Bedeutung* zu – in erster Linie richtete sich die Rechtsstellung der Hausgenossen nach ihrer familienrechtlichen (vgl. Art. 159 ff., 271 ZGB) bzw. vertraglichen (vgl. nur oben Art. 331 Abs. 2 ZGB) Stellung; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 332; EGGER II, Rn. 2, 7 zu Art. 332.

Arbeits-, Essens-, Ruhezeit, über die häuslichen Dienste[2402] u. dergl. mehr. […]"[2403]

Diesem Recht des Familienhaupts, die Hausordnung zu *erlassen*, stellte Egger die Pflicht der dieser Hausordnung unterworfenen Hausgenossen gegenüber, diese Ordnung auch *einzuhalten* – gerade im Verhältnis *zwischen* den Hausgenossen ergab sich diese Pflicht zur Einhaltung der Hausordnung für Egger, wie zumindest die Zweitauflage vermuten lässt, aus der gegenseitigen *Rücksichtspflicht*.[2404] Entsprechende Pflichtwidrigkeiten konnten s.E. unter Umständen insbesondere „einen wichtigen Grund zur sofortigen Aufhebung der Gemeinschaft […]" abgeben.[2405]

2.1.2 Persönlichkeitsgedanke

Wie dargelegt, legitimierte Egger die Stellung des Familienhauptes nicht mit patriarchalischen Überlegungen. Eine gegenteilige Ansicht erschiene denn auch angesichts des Wortlauts des Art. 332 Abs. 1 ZGB[2406] kaum vertretbar, hatte die Hausordnung doch „auf die *Interessen aller Beteiligten* in billiger Weise Rücksicht zu nehmen", wobei, vgl. Art. 332 Abs. 2 ZGB[2407], „insbesondere den Hausgenossen für ihre Ausbildung, ihre Berufsarbeit und für die Pflege der religiösen Bedürfnisse die nötige *Freiheit* gewährt werden [sollte]". Egger stellte dazu klar:

> „Das Gesetz macht es dem Hausherrn zur Pflicht, auf die *Interessen aller Beteiligten* in billiger Weise Rücksicht zu nehmen. Diese Interessen sind verschieden für die Ehefrau, für die Kinder, für Volljährige und Minderjährige, für Verwandte und fremde Personen. Den *volljährigen* und besonders den *volljährigen nicht verwandten Hausgenossen* darf im allgemeinen nur eine *geringere Einschränkung der persönlichen Freiheit* zugemutet werden. Auch muß sie stets in den Interessen der Hausgemeinschaft oder des Betriebes begründet liegen. Von besonderer Bedeutung ist die Einräumung der erforderlichen *Freizeit*. […]"[2408]

Die in Art. 332 Abs. 1 und 2 ZGB statuierten Beschränkungen des Familienhaupts bezüglich des Erlasses der Hausordnung legitimierte Egger also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*; mit der individuellen Freiheit der Gemeinschaftsglieder und dem Schutz derselben – Egger auferlegte dem Familienhaupt denn auch ausdrücklich die

---

[2402] Art. 339 Abs. 1 E-ZGB erwähnte die Pflicht zur Leistung der „üblichen häuslichen Dienste" explizit; Art. 358 Abs. 2 VE-ZGB sprach von solchen „häuslichen Dienste[n] […], die nach allgemeinem Gebrauch unter Hausgenossen verrichtet werden".

[2403] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 332; vgl. auch EGGER II, Rn. 1, 9 zu Art. 332.

[2404] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 332; EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 332.

[2405] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 332; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 332. Zu der in den *Entwürfen* vorgesehenen *Gehorsamspflicht* der Hausgenossen sowie dem *Züchtigungsrecht* des Familienhaupts vgl. Art. 341, 343 E-ZGB und Art. 360 f. VE-ZGB. Dazu Erl. Bd. I, S. 273 (= BeK II, Rn. 676 f.).

[2406] Art. 358 Abs. 1 VE-ZGB sagte dies nicht explizit – bestimmte dafür aber (was wiederum das ZGB nicht sagte), dass das Familienhaupt „für eine den gesundheitlichen und sittlichen Anforderungen entsprechende Wohnung und für die Beköstigung der Hausgenossen [sorgte]". Der E-ZGB sagte beides nicht. Vgl. aber Fn. 2407.

[2407] Materiell übereinstimmend Art. 339 Abs. 2 E-ZGB und Art. 358 Abs. 3 VE-ZGB.

[2408] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 332; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 f. zu Art. 332.

Pflicht, auf das leibliche und geistige Wohl „bedacht" zu sein.[2409]
Ebenfalls schon Huber hatte bemerkt, das Familienhaupt sei „zur allgemeinen *Fürsorge*[2410] für die Hausgenossen verpflichtet", wobei Huber insbesondere den Anspruch der Hausgenossen „auf persönliche Freiheit in sittlicher, religiöser und überhaupt individueller Hinsicht" hervorgehoben hatte.[2411]

2.2 Verantwortlichkeit des Familienhaupts, Art. 333 ZGB

Für einen Schaden, den „ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse [verursachte]", war gemäss Art. 333 Abs. 1 ZGB[2412] das *Familienhaupt* „haftbar, insofern es nicht darzutun [vermochte], dass es das *übliche und* durch die *Umstände gebotene Mass* von *Sorgfalt* in der *Beaufsichtigung* beobachtet [hatte]".
Den *Grund* für diese Verantwortlichkeit des Familienhaupts verortete Egger in folgender Überlegung:

> „Er liegt darin, daß diejenigen Hausgenossen, für welche das Familienhaupt einstehen muß, *für die Umwelt infolge ihrer Jugendlichkeit oder ihrer Defekte eine Gefahr* bedeuten. Wenn sie aber Schaden anrichten, kann der Geschädigte sich zumeist, sei es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen, wie Urteilsunfähigkeit oder Vermögenslosigkeit des Täters, nicht an diesem schadlos halten. Statt des zufällig betroffenen Dritten soll das *Familienhaupt den Schaden tragen; denn dieses hat die Einwirkungsmöglichkeit dank seiner Autorität* […]. Es ist der alte Gedanke der ‚Herrschaft und Haftung'. Die Haftung aus Art. 333 ist somit eine Zufalls- oder Gefährdungshaftung, die dem Familienhaupt auferlegt ist, weil dieses es in der Hand hat, die geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um derartige Schädigungen durch Personen, die der *Obhut bedürfen* und ihm unterstellt sind, zu verhüten […]."[2413]

Mit der aus der *Stellung des Familienhaupts* fliessenden *Möglichkeit* des Letzteren, schädigendes Verhalten[2414] aufsichtsbedürftiger Hausgenossen zu verhindern, legitimierte Egger also die Haftung i.S.v. Art. 333 Abs. 1 ZGB. Diese Vorstellung hatte derjenigen von Huber entsprochen.[2415]

[2409] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 332; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 331 ff., Vorbem. 2a FamR.
[2410] Vgl. schon bei Fn. 2390.
[2411] Erl. Bd. I, S. 273 (= BeK II, Rn. 674). Huber hatte zudem betont, der Entwurf wolle „nichts weniger als eine Wiederbelebung verschwundener patriarchalischer Zustände"; StenBull NR 1905, S. 852, 854 f.
[2412] Identisch Art. 340 Abs. 1 E-ZGB; fast identisch zudem Art. 359 Abs. 1 VE-ZGB, welcher die geisteskranken bzw. -schwachen Hausgenossen jedoch nicht explizit erwähnte.
[2413] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 333 (m.w.H.); vgl. auch EGGER I, Anm. 1b, 2b zu Art. 333.
[2414] Der vom entsprechenden *Hausgenossen* verursachte Schaden musste (lediglich) *widerrechtlich* und *kausal* verursacht worden sein; vgl. EGGER I, Anm. 1b, 2 zu Art. 333; EGGER II, Rn. 7 f., 9 zu Art. 333.
Betreffend die Haftung des *Familienhauptes* stellte Egger klar, zwischen der mangelhaften Beaufsichtigung und dem Schaden werde die Kausalität vermutet; EGGER I, Anm. 3d zu Art. 333; EGGER II, Rn. 22 zu Art. 333.
[2415] Vgl. implizit Erl. Bd. I, S. 273 (= BeK II, Rn. 675).

Bezüglich der *Haftungsart* ging Egger in beiden Kommentarauflagen inhaltlich übereinstimmend[2416] von einer *milden Kausalhaftung* aus – also von einer verschuldens*un*abhängigen Haftung, die dem *Entlastungs*beweis[2417] zugänglich war.[2418] Dabei waren die *Anforderungen* an diesen Entlastungsbeweis im Vergleich zu jenem bei der Geschäftsherrenhaftung[2419] i.S.v. Art. 55 Abs. 1 OR insofern geringer, als Art. 333 Abs. 1 ZGB nur den Nachweis verlangte, dass „das *übliche*[2420] *und* durch die *Umstände gebotene*[2421] Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet" wurde – und nicht den Nachweis i.S.v. Art. 55 Abs. 1 OR, dass „*alle* nach den *Umständen gebotene* Sorgfalt […], um einen Schaden dieser Art zu verhüten", angewendet wurde.[2422] Diese im Vergleich zur Geschäftsherrenhaftung mildere Regelung des Art. 333 Abs. 1 ZGB hielt Egger für sachgerecht, weil sie bei weitgehender Wahrung der Interessen des Geschädigten einerseits dem Familienhaupt „nicht eine die Tragfähigkeit übersteigende und für die Haushalte bedrohliche Verantwortung auferlegt" und andererseits dem aufsichtsbedürftigen Hausgenossen „die gebotene Bewegungsfreiheit" beliess.[2423]
Eine Erhöhung der Anforderungen an den Entlastungsbeweis statuierte das Gesetz allerdings indirekt dadurch, dass es das Familienhaupt in Art. 333 Abs. 2 ZGB[2424] verpflichtete, „dafür zu sorgen, dass aus dem Zustande eines *geisteskranken* oder *geistesschwachen* Hausgenossen weder für diesen selbst noch für Andere *Gefahr oder Schaden* [erwuchs]"; überdies auferlegte Art. 333 Abs. 3 ZGB[2425] dem Familienhaupt „nötigenfalls" die Pflicht, „bei der zuständigen Behörde zwecks Anordnung der erforderlichen Vorkehrungen Anzeige zu machen". Beide Regelungen ergaben sich für Egger aus den diesen Personenkategorien inhärenten Gefahren, die s.E. eine „besonders strenge, vielleicht ununterbrochene Beaufsichtigung" – u.U. samt

---

[2416] Uneinheitlich war allerdings Eggers Terminologie: In der Erstauflage sprach Egger von einer *„Haftung für Zufall"* einerseits und einem „*Exkulpations*beweis" andererseits (EGGER I, Anm. 1b, 3d zu Art. 333); in der Zweitauflage ebenfalls von einer *„Zufallshaftung"* bzw. auch von einer *„Gefährdungshaftung"* einerseits und einem „*Entlastungs*beweis" / *„Exzeptionsbeweis"* andererseits (EGGER II, Rn. 4 f., 14 zu Art. 333).
[2417] Den Grund dafür, dass das ZGB *überhaupt* eine Entlastungsmöglichkeit statuierte, verortete Egger darin, dass „dem ‚Hause' der Kleinfamilie" – im Gegensatz zu jenem der früheren, gerade auch wirtschaftlich in sich geschlossenen Grossfamilie – „nicht mehr die Leistungsfähigkeit und ökonomische Tragfähigkeit wie ehedem [zukommt]"; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 333 i.V.m. den Nachweisen in Fn. 2315.
[2418] Vgl. EGGER I, Anm. 1b, 3b, 3d zu Art. 333; EGGER II, Rn. 4 f., 12 ff., 15 ff. zu Art. 333.
[2419] Zwischen Art. 55 Abs. 1 OR und Art. 333 Abs. 1 ZGB bestand nach Eggers Ansicht *Anspruchskonkurrenz*, wenn das Familienhaupt zugleich Geschäftsherr eines unmündigen Angestellten war, der in Hausgemeinschaft mit Ersterem lebte; vgl. EGGER II, Rn. 10 f. zu Art. 333.
[2420] Abzustellen sei insbesondere auf die *Orts- und Landesüblichkeit* im konkreten Fall; vgl. EGGER II, Rn. 15 f. zu Art. 333; nur oberflächlich EGGER I, Anm. 3b zu Art. 333.
[2421] Als zentrales Kriterium hob Egger dabei die *Vorhersehbarkeit* der Schädigung hervor – eine entscheidende Rolle spielte für ihn daher insbesondere „die Individualität des Täters", namentlich sein Alter und sein gut- bzw. bösartiger Charakter. Ebenfalls zu berücksichtigen war s.E. „die Individualität des Familienhauptes". Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 17 ff. zu Art. 333; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 333.
[2422] Vgl. EGGER II, Rn. 12, 4 f., 10 f. zu Art. 333.
[2423] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 333.
[2424] Identisch Art. 340 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 359 Abs. 2 VE-ZGB.
[2425] Identisch Art. 340 Abs. 3 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 359 Abs. 3 VE-ZGB.

Bevormundung gar mit Unterbringung in einer Anstalt[2426] – erforderten.[2427]

2.3 Forderung mündiger Kinder betreffend Arbeit und Einkünfte, Art. 334 ZGB

Gemäss Art. 334 Abs. 1 ZGB[2428] „[konnten] *mündige Kinder*, die ihren *Eltern* in *gemeinsamem Haushalte* ihre Arbeit oder ihre Einkünfte[2429] zugewendet [hatten], hiefür, wenn sie auf einen entsprechenden Entgelt nicht ausdrücklich verzichtet [hatten], auf dem Wege der Anschlusspfändung oder im Konkurse von Vater oder Mutter eine Forderung geltend machen".[2430]

2.3.1 Persönlichkeitsgedanke

Diesen Ersatzanspruch des mündigen[2431] (Haus-)Kindes legitimierte Egger zunächst mit dem Schutz von dessen wirtschaftlichen Interessen.[2432] Auch Huber hatte zu diesem Anspruch bemerkt:

> „Es entspricht der *Billigkeit*, wenn mündige Kinder, die der *häuslichen Gemeinschaft* mit ihren Eltern, z.B. in einem bäuerlichen Gewerbe, *ohne Entgelt jahrelang ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben*, hierfür eine Forderung wenigstens in dem Falle geltend machen können, wo die Eltern zahlungsunfähig sind, also im Konkurse oder dann auf dem Wege der Anschlußpfändung (Art. 342[2433]). Können sie auch den Eltern gegenüber nicht ohne weiteres eine Forderung stellen, weil sie das *Pietätsverhältnis* daran hindert, so besteht dieses *Hindernis doch nicht gegenüber Dritten*, den Gläubigern der Eltern. Eine Unbilligkeit liegt darin diesen gegenüber deshalb nicht, weil die Eltern ja tatsächlich aus jenen Voraussetzungen einen ökonomischen Gewinn davongetragen haben, der einseitig den Gläubigern zu gute käme, wenn man die Kinder ausschlösse mit ihrer Forderung. […]"[2434]

Hubers Argumentation mit dem „Pietätsverhältnis" übernahm Egger zur Legitimation des begrenzten Anwendungsbereichs des Anspruchs wörtlich.[2435] Bemerkenswert ist allerdings, dass sich Egger in der Zweitauflage dafür aussprach, den Anspruch nicht *nur* „für den Fall des wirtschaftlichen Zusammenbruches" der Eltern des mündigen Kindes zu gewähren, sondern *analog* auch bei weiteren Konstellationen,

---

[2426] Vgl. zu dieser Unterbringung Kapitel III.a.4.1.2.

[2427] EGGER I, Anm. 3c, 4 zu Art. 333; EGGER II, Rn. 26 f., 28 ff. zu Art. 333.

[2428] Materiell übereinstimmend Art. 342 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt keine solche Regelung.

[2429] Auch solche aus Erwerbsarbeit ausser Hause; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 334; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 334.

[2430] Gemäss Art. 334 Abs. 2 ZGB „[entschied] im Falle der Bestreitung der Richter über den Bestand und die Höhe der Forderung nach seinem Ermessen"; dazu EGGER I, Anm. 4 zu Art. 334; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 334.

[2431] Betreffend das *unmündige* Kind hielt Egger fest, dieses habe eine aus Art. 271 ZGB fliessende (nicht abzugeltende) „Pflicht zur Leistung häuslicher Dienste"; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 334; vgl. im Übrigen Kapitel II.a.5.2.2.3.2.2.

[2432] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 334; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 334.

[2433] Beachte den Hinweis in Fn. 2428.

[2434] Botsch.-ZGB, S. 42 (= BeK III, Rn. 11339); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 851 f.

[2435] S. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 334; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 334.

die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes führten.[2436] Als Begründung verwies Egger auf den andernfalls „unbefriedigende[n] Rechtszustand", welcher „den Richter zwingen [würde], Urteile zu fällen, die Recht und Billigkeit widersprechen […]".[2437]

2.3.2 Gemeinschaftsgedanke

Aus der Zweitauflage geht hervor, dass Egger den Ersatzanspruch des Kindes aus Art. 334 Abs. 1 ZGB nicht ausschliesslich mit dessen wirtschaftlichen Interessen legitimierte. Er bemerkte nämlich:

> „Es liegt eine Kollision schutzwürdiger Interessen vor: Das Familienleben soll nicht vermaterialisiert werden. Das *Gemeinschaftsverhältnis* zwischen den Eltern und den Hauskindern soll nicht seines besten Gehaltes dadurch beraubt werden, daß es zu einem Dienstvertragsverhältnis umgestaltet wird, mit Kündigungsfristen, mit Lohnzahlungen und Zahltagen und gar mit Betreibungen des Sohnes gegen den Vater (vgl. das Verbot unter Ehegatten, Art. 173). Zugleich müssen aber die *schutzwürdigen Interessen der Hauskinder* gewahrt werden. Auch ihre Arbeit ist des Lohnes wert. *Ihre Zurücksetzung müßte sich auf die Dauer auch zum Schaden der Familiengemeinschaft auswirken*, da sie die Kinder zwingen würde, selber zum rechten zu sehen und entweder das *Haus zu verlassen* oder sich vertraglich zu decken, vgl. Art. 295 N 8[2438]."[2439]

Der Anspruch aus Art. 334 Abs. 1 ZGB trug für Egger folglich auch dem Gemeinschaftsgedanken Rechnung – wirtschaftliche Gründe sollten s.E. zumindest nicht primären Anlass zur Aufhebung der Hausgemeinschaft zwischen Eltern und mündigen Kindern bilden.

3. Familienvermögen, Art. 335-359 ZGB

Im Gesetzesabschnitt „das Familienvermögen" regelte das Gesetz die *Familienstiftung*, Art. 335 ZGB; die *Gemeinderschaft*, Art. 336-348 ZGB; und die *Heimstätte*, Art. 349-359 ZGB. Wie die Unterstützungspflicht und die Hausgewalt, zielten nach Eggers (und bereits Hubers[2440]) Ansicht auch diese Institute auf „die Erhaltung und das Gedeihen der Familien"[2441] ab – Egger hob hervor, „sie dienen nicht dem *Güterschutz*, sondern dem *Familienschutz*".[2442] Egger erblickte in ihnen denn auch einen Gegenpol – „neuen Rückhalt und neue Geborgenheit" – zum „neuzeitlichen Individualismus", welcher zwar „den befreiten Einzelnen [will], ihn auf sich selber stellen und seine Kräfte zur vollen Entfaltung bringen [will]", dabei „aber das Leben in dieser Freiheit und die Aufgabe, seines (und seiner Familie) Glückes eigener Schmied zu

---

[2436] EGGER II, Rn. 12, 10 f. zu Art. 334.
[2437] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 334.
[2438] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.2.2.3.2.2.
[2439] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 334.
[2440] Vgl. Erl. Bd. I, S. 244, 247 f., 252 (= BeK II, Rn. 598, 603, 613).
[2441] S. den Text zu Fn. 2315.
[2442] EGGER I, Vorbem. 1b zu Art. 335 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 zu Art. 328, Rn. 6 i.V.m. Rn. 1 ff., 4 zu Art. 335.

sein, auch schwere Gefahren in sich [bergen]".[2443]

3.1 Familienstiftung, Art. 335 ZGB

Gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB[2444] „[konnte] ein Vermögen mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet [wurde]". Als rechtlich verselbständigtes Zweckvermögen bildete die Familienstiftung eine *juristische Person* des Privatrechts, vgl. Art. 52 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB[2445].[2446]
Für Egger entsprach die Familienstiftung dem *Gemeinschafts- und Persönlichkeitsgedanken* gleichermassen – er bemerkte, das Stiftungsvermögen müsse „den Interessen der Familie" dienen, indem Leistungen ausgerichtet werden entweder der *Familie als Ganzes* oder den *Familiengliedern*.[2447] Dabei hielt Egger in der Erstauflage insbesondere sog. *Unterhaltsstiftungen*[2448] – Familienstiftungen, die *unabhängig von der Bedürftigkeit* eines Familienglieds Leistungen an dasselbe ausrichteten – für zulässig.[2449] Anders in der Zweitauflage, wo er die zulässigen Stiftungszwecke restriktiver fasste:

> „[…] einerseits die Förderung der *jungen Generation in Erziehung und Ausbildung* […]; anderseits *Schutz und Fürsorge* für *alle Angehörige*, die solche *Hilfe benötigen* […]. Auf diese Zwecke ist die Familienstiftung beschränkt. Alles, was darunter fällt, ist gestattet, und die Auslegung darf eine weitherzige sein. Deshalb wurden auch noch die ähnlichen Zwecke beigefügt […]."[2450]

Entsprechend gelangte Egger in der Zweitauflage zum Schluss, Unterhaltsstiftungen seien unzulässig.[2451] Der Grund für diesen Meinungswechsel dürfte in dem von Egger erwähnten Umstand liegen, dass Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen im Unterschied zu den übrigen Stiftungen grundsätzlich *keiner behördlichen Aufsicht* unterstellt waren, vgl. Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Art. 84 Abs. 1 ZGB, – ein Umstand, welcher, so Egger, „Mißgebilde" fördere, die (implizit: seit Inkrafttreten des ZGB) „die Familienstiftung [diskreditieren]".[2452] Egger begriff es daher als „Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre", die Familienstiftung „gegen solche Mißbräuche

---

[2443] Vgl. EGGER II, Rn. 5 zu Art. 328; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 1a, 1b zu Art. 335 ff. In diesem Sinne und konkret im Hinblick auf die Gemeinderschaft auch Erl. Bd. I, S. 247 f. (= BeK II, Rn. 603).
[2444] Zum Institut der Familienstiftung in den *Entwürfen* s. direkt Art. 345 E-ZGB (wörtlich fast identisch mit dem ZGB) und dazu Botsch.-ZGB, S. 42 (= BeK III, Rn. 11340); Art. 362-364 VE-ZGB und dazu Erl. Bd. I, S. 244 ff., 274 f. (= BeK II, Rn. 599 f., 678 ff.).
[2445] Zur Stiftungserrichtung im Erbrecht vgl. Art. 493, 539 Abs. 2 ZGB.
[2446] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 2c zu Art. 335; EGGER II, Rn. 8, 10 f. zu Art. 335.
[2447] EGGER I, Anm. 2a, 1a zu Art. 335; vgl. auch EGGER II, Rn. 10, 12 ff. zu Art. 335.
[2448] Vgl. diesen Begriff bei EGGER II, Rn. 14 zu Art. 335.
[2449] Vgl. EGGER I, Anm. 2a i.V.m. Anm. 2c zu Art. 335.
[2450] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 335.
[2451] EGGER II, Rn. 14, 19 zu Art. 335.
[2452] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 335.

zu schützen und dadurch innerlich zu festigen".[2453] Zu dieser Aufgabe passte auch Eggers Bemerkung an anderer Stelle, wonach es

> „dem Wesen der Familienstiftung wohl widersprechen [würde], einige wenige *individuell bestimmte* Personen und *nur sie* als Destinatäre zu bezeichnen. Die Stiftung muß vielmehr *auf die Dauer angelegt* sein und einer *generell* bezeichneten *Gruppe* und einer *Generationenfolge* dienen wollen […]. Vollends darf nicht jeweilen nur ein einziges Familienglied in bestimmter Sukzessionsordnung im Genusse der Stiftungserträgnisse stehen; damit würde der Wirkung nach ein *Familienfideikommiß* geschaffen."[2454]

Bei einem *Familienfideikommiss* handelte es sich um ein Sondervermögen, über welches dessen Errichter letztlich zwecks Gewährleistung eines gewissen Lebensstandards zugunsten der Familienglieder verbindliche Anordnungen darüber treffen konnte, wie dieses Vermögen weitervererbt werde. Der an diesem Vermögen jeweils Berechtigte erwarb daran zwar Eigentum – seine Eigentumsposition war aber nicht frei, sondern durch die Anordnungen des Errichters gebunden.[2455] Die Errichtung von Familienfideikommissen war gemäss Art. 335 Abs. 2 ZGB *untersagt*, was Egger wie folgt begründete:

> „Es [sc. ‚das Familienfideikommiß'] dient *nur sehr einseitig und ungenügend dem Familienschutz*. Die Konsolidierung geht auf Kosten der vom Fideikommiß ausgeschlossenen Familienglieder und -zweige. Die große soziale Sicherheit, die es bietet, birgt die Gefahr der Entartung in sich. Die Bindung ansehnlicher Vermögen ist wirtschaftlich unerwünscht. Die *natürliche Entwicklung* des Grundbesitzes und der Grundbesitzverteilung, die *bald mehr zum Kleinbesitz, bald mehr zum Großbesitz tendiert*, wird *unterbunden*. Vor allem entspricht die Sukzessionsordnung, wie sie für den Bestand des Fideikommisses unerläßlich ist, der bürgerlich-individualistischen Auffassung von der *Gleichberechtigung der Kinder im Erbrecht* nicht."[2456]

Anders als das ZGB (und der E-ZGB[2457]), gestattete noch Art. 362 Abs. 2 VE-ZGB die Errichtung von Fideikommissen – räumte den Kantonen aber das Recht ein, diese (sowie auch die Familienstiftungen) „zu beschränken oder zu untersagen". Huber hatte bemerkt, ein im ZGB statuiertes *Verbot* von Fideikommissen würde einerseits „über das Privatrecht hinausreichen und in die Hoheit der Kantone und ihre öffentliche Gewalt übergreifen"; andererseits „[sind] die sozialen Anschauungen unserer Bevölkerung unseres Erachtens *an und für sich* schon kräftig genug, um ein Überwuchern des geschlossenen Familienbesitztums unmöglich zu machen […]".[2458] Letztere Bemerkung lässt erkennen, dass Huber dem Gedanken, Familienfideikommisse ohne Weiteres zu gestatten, nicht bedenkenlos gegenüberstand. Und in der Tat hatte Huber denn auch im Fortgang festgehalten, „da aber doch zugegeben werden muss,

---

[2453] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 335.
[2454] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 335, vgl. auch Rn. 14, 17, 19 zu Art. 335.
[2455] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1b zu Art. 335; EGGER II, Rn. 22 zu Art. 335.
[2456] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 335; vgl. auch EGGER II, Rn. 23 zu Art. 335.
[2457] Vgl. dazu Art. 345 Abs. 2 E-ZGB und StenBull NR 1905, S. 856 f.
[2458] Erl. Bd. I, S. 244 f. (= BeK II, Rn. 599).

dass für einzelne Gegenden möglicherweise eine Zunahme der Familienfideikommisse Schaden und Ärgernis verursachen könnte", sei die besagte Regelung im VE-ZGB getroffen worden.[2459]

3.2 Gemeinderschaft, Art. 336-348 ZGB

Gemäss Art. 336 ZGB[2460] „[konnte] ein Vermögen mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass Verwandte entweder eine *Erbschaft* ganz oder zum Teil als Gemeinderschaftsgut fortbestehen[2461] [liessen], oder dass sie *Vermögen* zu einer Gemeinderschaft [zusammenlegten]".[2462]
Bei einer Gemeinderschaft handelte es sich um ein „auf bestimmte oder unbestimmte Zeit", Art. 338 Abs. 1 ZGB, geschlossenes *Gesamthandverhältnis*[2463] – „die Vermögenswerte der Gemeinderschaft[2464] [standen] im Gesamteigentum aller Gemeinder", Art. 342 Abs. 1 ZGB, und es griff betreffend die (untechnisch ausgedrückt: für die Gemeinderschaft eingegangenen) Schulden eine solidarische Haftung der Gemeinder, Art. 342 Abs. 2 ZGB. Sofern keine *Ertragsgemeinderschaft*[2465] vorlag, „[verband] die Gemeinderschaft die Gemeinder zu *gemeinsamer wirtschaftlicher Tätigkeit*", Art. 339 Abs. 1 ZGB, zur sog. *Wirtschaftsgemeinderschaft*[2466]. Bei dieser wurden entweder „die Angelegenheiten der Gemeinderschaft […] von *allen Gemeindern gemeinsam geordnet*", Art. 340 Abs. 1 ZGB, wobei jeder Gemeinder immerhin „ohne Mitwirkung der übrigen *gewöhnliche* Verwaltungshandlungen vornehmen [konnte]", Art. 340 Abs. 2 ZGB, – oder aber die Gemeinder bezeichneten einen von ihnen „als *Haupt der Gemeinderschaft*", Art. 341 Abs. 1 ZGB, welcher dann deren „Vertretung im Umfang ihrer Angelegenheiten [hatte] und deren wirtschaftliche Tätigkeit [leitete]", Art. 341 Abs. 2 ZGB.[2467] Während des Bestehens der Gemeinderschaft konnten die Gemeinder „weder eine Teilung beanspruchen noch über ihre Gemeinschaftsanteile verfügen", Art. 339 Abs. 3 ZGB. Aufgehoben *ex nunc*[2468], vgl. Art. 346 ZGB, wurde

---

[2459] Wie Fn. 2458.
[2460] Zum nahezu identisch geregelten Institut der Gemeinderschaft in den *Entwürfen* s. direkt Art. 346-358 E-ZGB und dazu Botsch.-ZGB, S. 42 f. (= BeK III, Rn. 11341) sowie StenBull NR 1905, S. 857 f.; Art. 365-377 VE-ZGB und dazu Erl. Bd. I, S. 246 ff., 275 ff. (= BeK II, Rn. 601 ff., 683 ff.); HUBER, Vortrag „Die Personengemeinschaft", S. 42 ff.
[2461] Zum Verhältnis der *Gemeinderschaft* zur *fortgesetzten Erbengemeinschaft* vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 336, Anm. 2b zu Art. 337, Anm. 2 zu Art. 339; abw. EGGER II, Rn. 7 ff. zu Art. 336, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 337.
[2462] Begründet wurde die Gemeinderschaft mittels formbedürftigen *Vertrags*, Art. 337 ZGB. Beachte aber den *gesetzlichen Anspruch* auf Begründung einer Ertragsgemeinderschaft im Erbrecht gemäss Art. 622 ZGB; dazu eingehend Erl. Bd. I, S. 249 ff. (= BeK II, Rn. 608 ff.).
[2463] Dabei waren die Gemeinder „mangels anderer Anordnung *zu gleichen Rechten* an der Gemeinderschaft beteiligt", Art. 339 Abs. 2 ZGB.
[2464] Aus Art. 342 Abs. 3 ZGB geht hervor, dass ein Gemeinder im Sinne eines Sonderguts auch „persönliches Vermögen" besitzen konnte; vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 342; EGGER II, Rn. 2 ff. zu Art. 342.
[2465] Zur *Ertragsgemeinderschaft* sogleich Kapitel 3.2.2.
[2466] Vgl. diese Bezeichnung bei EGGER II, Rn. 2, 5 zu Art. 336, Rn. 1 zu Art. 339.
[2467] Zum Schutze gutgläubiger Dritter vgl. Art. 341 Abs. 3 ZGB.
[2468] So explizit Erl. Bd. I, S. 246, 279 (= BeK II, Rn. 601, 695).

die Gemeinderschaft in den Fällen des Art. 343 ZGB: Aufgrund Vereinbarung bzw. Kündigung[2469], Ziff. 1; Zeitablaufs, Ziff. 2; Verwertung eines Gemeinderschaftsanteils, Ziff. 3; Konkurses eines Gemeinders, Ziff. 4, oder „auf Verlangen eines Gemeinders aus wichtigen Gründen", Ziff. 5. [2470] Starb ein Gemeinder, konnten seine *erbberechtigten Nachkommen* „mit Zustimmung der übrigen Gemeinder an Stelle des Erblassers in die Gemeinderschaft eintreten", Art. 345 Abs. 2 ZGB; *andere Erben* „[konnten] nur die Abfindung beanspruchen", Art. 345 Abs. 1 ZGB.

3.2.1 Gemeinschaftsgedanke

Allgemein zum Institut der Gemeinderschaft – auf deren eher geringe praktische Bedeutung Egger in der Zweitauflage hinwies[2471] – hielt Egger fest:

> „Die Gemeinderschaft ist im ZGB kein Fremdkörper. Sie entspricht dem *Gemeinschaftsdenken* des Gesetzgebers […]. Eine doppelte Aufgabe war ihr zugedacht. Sie bildet ein Glied in der ‚Rekonstruktion der Familie' und ist dazu bestimmt, das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit, die Gemeinschaft der Angehörigen zu stärken; die Gemeinderschaft kann ihnen das elterliche Haus wieder zum Horte machen. Dazu kommt die besondere Bedeutung im bäuerlichen Erbrecht. Die Erbteilung nach den allgemeinen Regeln führt in den bäuerlichen Verhältnissen zu Zersplitterung und Ueberschuldung der Heimwesen; diesen Gefahren muß der Gesetzgeber begegnen. […] Diesen Zwecken soll auch die Gemeinderschaft dienen […]."[2472]

Dabei attestierte Egger gerade der Wirtschaftsgemeinderschaft einen Doppelcharakter als *Vermögensgemeinschaft* und *persönliche Gemeinschaft*: Er erblickte in ihr „eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb, eine Gemeinschaft der *Habe*, der *Mühe* und *Arbeit* und des *Zusammenlebens*", und er hielt fest, sie trage – wie die eheliche Gemeinschaft, die Gemeinschaft der Eltern und Kinder sowie die Hausgemeinschaft – „ihren Zweck in sich selber: die Pflege der Zusammengehörigkeit, des Gemeinschaftssinnes, der Solidarität […]".[2473] Mit diesem „vom Geiste der Brüderlichkeit" erfüllten Wesen der Gemeinderschaft legitimierte Egger deren Ausgestaltung als *Gesamthandverhältnis*, und er auferlegte den Gemeindern inbesondere auch eine *Rücksichts-, Beistands-, Mitarbeits-* und *Treuepflicht*.[2474]
Schon Huber hatte bemerkt, das Institut der Gemeinderschaft finde „seine eigentliche Bedeutung in der Familie" – es biete etwa im Erbgang Geschwistern die Möglichkeit, einen Nachlass „zu Gedeih und Verderb" für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer ungeteilt zusammenzuhalten:[2475]

[2469] Für die Kündigung vgl. die in Art. 338 Abs. 2 und 3 ZGB statuierten Regeln.
[2470] Zur Möglichkeit der *Fortsetzung der Gemeinderschaft* durch die übrigen Gemeinder unter Abfindung des Ausscheidenden bzw. seiner Gläubiger in den Fällen der Art. 343 Ziff. 1 Alt. 2, Ziff. 3, 4 ZGB s. Art. 344 ZGB.
[2471] Vgl. EGGER II, Rn. 3, 7 f. zu Art. 336.
[2472] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 336, vgl. insb. auch Rn. 3 zu Art. 335; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 336.
[2473] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 339, vgl. aber Rn. 2 zu Art. 339; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 339, Anm. 1b zu Art. 346, Anm. 1a zu Art. 347.
[2474] EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 339; andeutungsweise schon EGGER I, Komm. zu Art. 339.
[2475] Erl. Bd. I, S. 246 f. (= BeK II, Rn. 601), vgl. auch S. 252 (= BeK II, Rn. 612).

„Die Gemeinderschaft hat die namentlich für *bäuerliche und andere Gewerbe* wichtige Wirkung, dass die gemeinsame Wirtschaft das ererbte *Gut in dem Umfange zusammenhält*, wie es vom Erblasser an die Erben gekommen ist. Die Teilung *wird also verschoben*, bis sie aus irgend einem Grunde ohne wesentliche Schädigung des Gewerbes vorgenommen werden kann."[2476]

Auch Huber hatte in der Gemeinderschaft folglich gerade ein Mittel erblickt, um ein Gut im Interesse der Familienangehörigen vor Zersplitterung zu schützen.

3.2.2 Persönlichkeitsgedanke

Anders als bei der Wirtschaftsgemeinderschaft, bei welcher eine gemeinsame Wirtschaft der Gemeinder bestand, wurde bei der *Ertragsgemeinderschaft* „die *Bewirtschaftung* des Gemeinschaftsgutes und die Vertretung *einem einzigen*" *Gemeinder* – dem „Übernehmer"[2477] – übertragen, welcher „jedem der Gemeinder jährlich einen *Anteil*[2478] *vom Reingewinn* zu entrichten [hatte]", Art. 347 Abs. 1 ZGB.
Nach Eggers Ansicht entsprach zwar auch die Ertragsgemeinderschaft dem *Gemeinschaftsgedanken*, da auch hier die Familienglieder „durch das enge Band des Gesamteigentumes verbunden […] bleiben" bzw. ein Vermögen „vor Zersplitterung behütet" werde, was s.E. für die Beteiligten nicht nur ideelle, sondern auch wirtschaftliche Vorteile bot.[2479] Desweitern manifestierte sich der Gemeinschaftsgedanke für Egger vorliegend in der Regelung des Art. 348 Abs. 2 ZGB, wonach „[der Richter] auf Verlangen eines Gemeinders aus wichtigen Gründen dessen *Eintritt in die Wirtschaft*[2480] des Übernehmers verfügen [konnte] […]". Dazu hielt Egger fest:

„Schon das ältere Recht gewährte einen solchen *Anspruch* [sc. *auf ‚Aufnahme in die Hausgemeinschaft'*], und er muß – als der geringere [sc. im Vergleich zum ‚Eintritt in die Wirtschaft', vgl. den Gesetzeswortlaut] – auch gegenüber der Ertragsgemeinderschaft des ZGB anerkannt werden. Er geht über den persönlichen Unterstützungsanspruch, Art. 329 Abs. 2[2481], hinaus; er beruht auf der Gemeinderschaft. Gebrechlichen, dauernd arbeitslos gewordenen Gemeindern darf die Zuflucht im eigenen Heime nicht versagt werden, auch wenn sie eine Aenderung in der Verteilung des Reingewinnes zur Folge haben sollte."[2482]

Vor allem aber entsprach die Ertragsgemeinderschaft für Egger dem *Persönlichkeitsgedanken*:

[2476] Erl. Bd. I, S. 248 (= BeK II, Rn. 604); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 43 (= BeK III, Rn. 11342); StenBull NR 1905, S. 857.
[2477] Vgl. diese Bezeichnung in Art. 347 Abs. 2 ZGB, Art. 348 Abs. 2 ZGB.
[2478] Zur Bestimmung der Höhe dieses Anteils vgl. Art. 347 Abs. 2 ZGB.
[2479] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 347; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 347/348; vgl. in diesem Sinne auch Erl. Bd. I, S. 249 ff. (= BeK II, Rn. 607 ff.); StenBull NR 1905, S. 857 f.
[2480] Hier i.S.v. Eintritt in die *Hausgemeinschaft* – zum Eintritt in die *Wirtschaft* i.e.S. vgl. Fn. 2486.
[2481] Vgl. dazu nur den Eingang des Kapitels 1.
[2482] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 347/348, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 347/348; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 347, 2b zu Art. 348; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 249, S. 276 (= BeK II, Rn. 607, 685). In diesem „Schutzrecht für die Gemeinder" (EGGER I, Anm. 2b zu Art. 348) manifestierte sich für Egger somit selbstredend zugleich der Persönlichkeitsgedanke.

„Die Ausgestaltung [sc. der Ertragsgemeinderschaft] soll aber eine so bewegliche sein, daß den *individualistischen Bedürfnissen des heutigen Erwerbslebens* Rechnung getragen wird. Die Gemeinder bleiben als Gesamteigentümer des Gemeinderschaftsgutes verbunden. Die Bewirtschaftung übertragen sie einem Übernehmer."[2483]

Egger legitimierte die Ertragsgemeinderschaft also mit der Überlegung, dass bei den gesellschaftlich gelebten Verhältnissen regelmässig weder ein gemeinsamer Haushalt der weiteren Familienmitglieder noch eine gemeinsame Wirtschaft derselben bestehe. Entsprechend trug diese Gemeinderschaftsform für Egger den „individualistischen Bedürfnissen des heutigen Erwerbslebens" Rechnung. Auch Huber hatte ausgeführt, mit der Ertragsgemeinderschaft solle der Grundgedanke der Gemeinderschaft „den modernen Bedürfnissen näher" gebracht werden:[2484]

„Diese Form der Gemeinderschaft […] hat den Vorteil, dass das Gesamtgut auch für den Fall beibehalten werden kann, wo die einzelnen Miterben sich von ihrem elterlichen Gute entfernen, während doch die Bedürfnisse einer reellen Teilung des Gutes oder seiner Veräusserung widerstreiten."[2485]

Abgesehen davon entsprach es nach Eggers Ansicht dem Persönlichkeitsgedanken, wenn die Gemeinder gemäss Art. 348 Abs. 1 ZGB die *Aufhebung*[2486] *der Ertragsgemeinderschaft* verlangen konnten, falls „das Gemeinschaftsgut von dem Übernehmer nicht ordentlich bewirtschaftet [wurde], oder dieser seinen Verpflichtungen gegenüber den Gemeindern nicht [nachkam]": Egger hielt fest, in solchen Fällen „ist das Gemeinderschaftsgut oder doch der Gewinnanteil […] gefährdet", weshalb den andern Gemeindern „die Fortsetzung der Gemeinderschaft *nicht mehr zugemutet* werden [kann]".[2487]

3.3 Heimstätte, Art. 349-359 ZGB

Gemäss Art. 349 ZGB[2488] „[waren] die Kantone befugt, die Begründung von Familienheimstätten zu gestatten"[2489]; die *inhaltliche* Regelung dieses Instituts erfolgte im

---

[2483] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 347; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 f. zu Art. 347/348.

[2484] Erl. Bd. I, S. 248 (= BeK II, Rn. 605).

[2485] Erl. Bd. I, S. 248 f. (= BeK II, Rn. 605), s. auch S. 249 f. (= BeK II, Rn. 606 f.); vgl. dazu auch Botsch.-ZGB, S. 43 (= BeK III, Rn. 11342); StenBull NR 1905, S. 857.

[2486] In den Konstellationen des Art. 348 Abs. 1 ZGB hielt Egger über Art. 348 Abs. 2 ZGB (vgl. dazu Text *nach* Fn. 2479) auch einen Eintritt eines Gemeinders in die *Führung* der Wirtschaft des Übernehmers für möglich – mit der Folge, dass dann *zwei* Übernehmer das Gemeinderschaftsgut bewirtschafteten (beide Kommentarauflagen) oder der Übernehmer durch den eintretenden Gemeinder *ersetzt* werde (Zweitauflage); vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 348; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 347/348.

[2487] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 348; implizit EGGER II, Rn. 5 zu Art. 347/348 i.V.m. Rn. 6 zu Art. 343; vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 249, S. 275 f. (= BeK II, Rn. 607, 684). Namentlich zur Überlegung der Unzumutbarkeit als wichtiger Grund i.S.v. Art. 343 Ziff. 5 ZGB für die Aufhebung einer *Wirtschafts*gemeinderschaft vgl. EGGER I, Anm. 5 zu Art. 343; implizit auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 343.

[2488] Zum materiell weitgehend übereinstimmend geregelten Institut der Heimstätte in den *Entwürfen* s. direkt Art. 358-367 E-ZGB und dazu Botsch.-ZGB, S. 43 (= BeK III, Rn. 11343) sowie StenBull NR 1905, S. 861 ff.; Art. 378-385 VE-ZGB und dazu Erl. Bd. I, S. 252, 279 f. (= BeK II, Rn. 613, 696 ff.).

[2489] Kantonale Vorschriften betr. die Heimstätten bedurften der bundesrätlichen Genehmigung, Art. 359 ZGB.

ZGB: Nach Art. 350 Abs. 1 ZGB „[konnte] ein landwirtschaftliches oder ein einem andern Gewerbe dienendes Gut oder ein Wohnhaus samt Zugehör" jeweils von dessen Eigentümer durch einseitiges Rechtsgeschäft[2490] und in einem bestimmten Verfahren[2491] *zur Heimstätte erklärt* werden. Dafür „[durfte] das Gut oder Haus nicht grösser sein, als erforderlich [war], um einer Familie ohne Rücksicht auf die grundpfändliche Belastung oder auf das sonstige Vermögen des Eigentümers ihren *ordentlichen Unterhalt* zu gewähren oder ihr als *Wohnung zu dienen*", Art. 350 Abs. 2 ZGB. Lagen keine „wichtigen Gründe" vor, die temporär eine andere Regelung aufdrängten, „[musste] der Eigentümer oder dessen Familie *selbst* das Gut bewirtschaften, das Gewerbe betreiben oder das Haus bewohnen", Art. 350 Abs. 3 ZGB.
Die Errichtung einer Heimstätte bewirkte, dass auf dieselbe „*keine neuen Grundpfänder* gelegt werden [durften]", Art. 354 Abs. 1 ZGB; dass der Eigentümer sie „*weder veräussern noch vermieten oder verpachten* [durfte]", Art. 354 Abs. 2 ZGB; und dass „die *Zwangsvollstreckung* gegen die Heimstätte und ihre Zugehör unter Vorbehalt der Zwangsverwaltung *ausgeschlossen* [war]"[2492], Art. 354 Abs. 3 ZGB. Ferner konnte „die zuständige Behörde dem Eigentümer die Pflicht auferlegen, seine Blutsverwandten in aufsteigender und absteigender Linie und seine Geschwister *in die Heimstätte aufzunehmen*, sofern sie der Aufnahme dringend [bedurften] und ihrer nicht unwürdig [waren]", Art. 355 ZGB.
Aufgehoben wurde die Heimstätte im Falle des Todes ihres Eigentümers, sofern nicht „für deren Übernahme seitens der Erben durch Verfügung von Todes wegen eine bindende Ordnung geschaffen worden [war]", Art. 357 Abs. 1 ZGB. Zu Lebzeiten des Eigentümers war diesem die Aufhebung[2493] erlaubt, wenn hiergegen „kein berechtigter Widerspruch erhoben [wurde]", Art. 358 Abs. 1, 3 ZGB.
Für Egger – und auch schon für Huber[2494] – entsprach das Institut der Heimstätte gleichermassen dem *Persönlichkeits-* und dem *Gemeinschaftsgedanken*:

> „Die Heimstätte bedeutet […] einen *Schutz der Persönlichkeit des Schuldners*[2495]. Nicht nur die Fristung des Daseins, sondern auch die Erhaltung seiner Arbeitsgelegenheit und seiner Produktivität sind gesichert. Sein Haus und seine Werkstätte können ihm nicht entzogen werden. Er ist geborgen, geschützt gegen Entwurzelung und gegen ein Herabsinken in Not, Pauperismus, Heimatlosigkeit. Darin liegt dann *zugleich ein Schutz der Familie*, die mit der Scholle verbunden bleibt. Besonders den Kindern werden die

---

2490 Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 351; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 351/352/353.
2491 Zu diesem (insb. allfällige Gläubigerinteressen schützenden) Verfahren vgl. die Art. 351 ff. ZGB.
2492 Dies galt inbesondere auch für *vorbestehende* Grundpfänder; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 354; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 354/355/356. Zur *Zwangsverwaltung* vgl. Art. 356 Abs. 1 ZGB, wonach bei Zahlungsunfähigkeit des Eigentümers „das Gut oder Haus einen besonderen Verwalter [erhielt], der unter Aufrechterhaltung des Zweckes der Heimstätte die Interessen der Gläubiger zu wahren [hatte]".
2493 Für das dafür einzuhaltende Verfahren vgl. Art. 358 Abs. 2, 3 ZGB.
2494 Vgl. implizit Erl. Bd. I, S. 252, 279 (= BeK II, Rn. 613, 696 f.); StenBull NR 1905, S. 861 ff.
2495 Deshalb war es nach Eggers Ansicht „auch eine[r] *alleinstehende[n] Person* mit Rücksicht auf ihre künftige Familie" erlaubt, eine Heimstätte zu errichten; vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 350; vgl. sogar EGGER II, Rn. 4 zu Art. 350, wonach „*jedermann* eine Heimstätte errichten [kann]".

> Segnungen der Bodenständigkeit zuteil. So erhält die Heimstätte eine soziale Bedeutung und wirkt wohltätig auf das Leben von Gesellschaft und Staat ein […].“[2496]

Aus diesen Zwecken ergaben sich für Egger die in Art. 350 Abs. 2 und 3 ZGB getroffenen Regelungen, wonach einerseits das Gut resp. Wohnhaus „nicht grösser sein [durfte]“ als für den ordentlichen Unterhalt der Familie bzw. deren Wohnzweck erforderlich war – Egger betonte, der Schutz dieses Vermögens solle „nicht einem Kapitalbesitz zugute kommen, sondern nur einem Besitztum, auf welchen eine Familie zur Wohnung oder Lebenshaltung angewiesen ist“ – sowie andererseits das Erfordernis, dass das Gut resp. Wohnhaus vom Eigentümer bzw. seiner Familie *selbst genutzt* werde.[2497]

Dem Gedanken des *Familienschutzes* entsprach es für Egger, dass Art. 355 ZGB den Eigentümer einer Heimstätte (als „private[s] Asy[l]“, als „*Familien*heimstätte“) grundsätzlich zur Aufnahme von Verwandten verpflichtete, denen gegenüber er i.S.v. Art. 328 ZGB unterstützungspflichtig war.[2498]

Kritisch würdigte Egger das grundsätzliche[2499] Recht des Eigentümers i.S.v. Art. 358 ZGB, zu seinen Lebzeiten die Heimstätte aufzuheben: Schon in der Erstauflage verortete Egger darin „die Gefahr, daß gerade in Zeiten besondern Schutzbedürfnisses auf Drängen der Gläubiger hin die Aufhebung erfolge“,[2500] und in der Zweitauflage bemerkte er, die Aufhebung sei „zu sehr erleichtert“; zudem „[beeinträchtigt] die Aufhebung beim Tode des Heimstätters, Art. 357, die Wirksamkeit“.[2501]

Im Übrigen wies Egger auch auf die *sozialpolitische Bedeutung* des Instituts der Heimstätte hin:

> „Auf alle Fälle aber tritt das Ziel in den Vordergrund, ‚die Festigung der Familienzusammengehörigkeit und die Seßhaftigkeit der Bevölkerung‘ zu fördern (bundesrätl. Botschaft 1904 S. 43). So kann das Institut den Bedürfnissen der *bäuerlichen Bevölkerung* dienen […]. Eine noch größere praktische Bedeutung mißt der Gesetzesredaktor dem

---

[2496] EGGER I, Anm. 1e zu Art. 349, vgl. auch Anm. 1a, 1c zu Art. 349, Anm. 1b zu Art. 350; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 349, Rn. 1, 4 f. zu Art. 350, Rn. 5 zu Art. 354/355/356.

[2497] EGGER II, Rn. 3, 5 zu Art. 350; EGGER I, Anm. 1d zu Art. 349, Anm. 2b-2d zu Art. 350.

[2498] Vgl. EGGER I, Anm. 1d zu Art. 349, Anm. 1 zu Art. 355; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 354/355/356; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 280 (= BeK II, Rn. 699); StenBull NR 1905, S. 861 ff. Egger zog denn jeweils auch Parallelen zum Eintritt eines *Gemeinders* in die Wirtschaft des Übernehmers (Art. 348 Abs. 2 ZGB); vgl. a.a.O. und den Text zu Fn. 2482.

[2499] *Einspruchsberechtigt* i.S.v. Art. 358 Abs. 3 ZGB gegen eine geplante Aufhebung waren, so Egger, „wohl nur die engsten Angehörigen (Art. 355)“; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 358; vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 358.

[2500] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 358.

[2501] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 349, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 358; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 357. Huber hatte übrigens bemerkt, die Aufhebung zu Lebzeiten „soll nicht zu leicht gemacht sein“, weshalb Art. 385 VE-ZGB (der mit Art. 358 ZGB weitgehend übereinstimmte) an die Aufhebung gewisse Voraussetzungen stelle; vgl. Erl. Bd. I, S. 280 (= BeK II, Rn. 700).

Heimstättenrecht zur *Förderung der Eigenheimbewegung*[2502] *unter Arbeitern, Angestellten, Beamten* bei (Sten. Bull. XV 862).“[2503]

In der Tat hatte Huber bemerkt:

„Die Heimstätten (Art. 359 bis 367) fügt der Entwurf [sc. E-ZGB] in die Ordnung des Familienvermögens ein, um den Kantonen die Möglichkeit zu sichern, für ihre *sozialpolitische Tätigkeit* sich des Mittels zu bedienen, das namentlich für *Wohnungsgenossenschaften, Bauvereine, städtische oder kantonale Unternehmungen mit Gründung von Arbeiterquartieren u.a.m.* einen guten Erfolg verspricht. […] Als wünschenswert erscheint es uns in allen Fällen, daß dieses Hülfsmittel zur Festigung der Familienzusammengehörigkeit und der Seßhaftigkeit der Bevölkerung dem schweizerischen Rechte nicht verschlossen bleibe.“[2504]

Diesem Ziel wurde das Gesetz allerdings, wie Egger in der Zweitauflage konstatierte, insofern nicht gerecht, als „das Heimstättenrecht des ZGB bis jetzt toter Buchstabe geblieben [ist]“ – „es scheinen keine Heimstätten errichtet worden zu sein […]“.[2505] Diesen Umstand führte Egger neben einer inhaltlichen Unzulänglichkeit[2506] darauf zurück, dass „eine ausschließlich *zivilrechtliche* Regelung unwirksam bleiben [muß]“ und „es der *öffentlichrechtlichen* Normen und der *organisatorischen Maßnahmen* zur Beschaffung geeigneten Landes, zur Entschuldung (vgl. Art. 351), zur Kreditgewährung (vgl. Art. 354), auch der Steuerbegünstigung [bedürfte]“.[2507] Egger konstatierte, „die Entwicklung ging andere Wege, die freilich letzten Endes, wenn auch in anderem juristischem Gewande, doch zu einem neuen Heimstättenrecht führen werden“ – namentlich verwies er auf gewisse Schutzvorkehrungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sowie auf getroffene Massnahmen im Bereich des Landwirtschafts- bzw. Bodenrechts; sodann hob Egger u.a. die Rolle von Wohnungsbaugenossenschaften hervor.[2508]

d) Zusammenfassung

In der *Gemeinschaft der Eltern und Kinder* (vgl. Art. 270 ff. ZGB) als Konsequenz des – durch eheliche Abstammung, Ehelicherklärung (Legitimation) oder Kindesannahme (Adoption) begründeten – *ehelichen Kindesverhältnisses* erblickten Egger und Huber nicht nur eine Gemeinschaftsform, bei welcher die Gemeinschaftsglieder *besonders eng* miteinander verbunden wurden, sondern auch das *Fundament der Gesellschaft* überhaupt. Als Ausfluss besagter Gemeinschaft verstand Egger die *elterliche Gewalt i.w.S.*, worunter er einerseits insbesondere das elterliche Erziehungsrecht

---

[2502] Eingehend dazu KOHLI, PAUL: Die schweizerischen Bausparkassen und die Eigenheimbewegung, Diss., Bern 1937.
[2503] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 349; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 349.
[2504] Botsch.-ZGB, S. 43 (= BeK III, Rn. 11343); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 862.
[2505] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 349.
[2506] Vgl. Text zu Fn. 2501.
[2507] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 349; vgl. andeutungsweise schon EGGER I, Anm. 1e a.E. zu Art. 349.
[2508] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 349 m.w.H.

sowie andererseits die elterlichen Vermögensrechte subsumierte (jeweils unter Einschluss des elterlichen Vertretungsrechts). Mit Blick auf die Idee der *Gleichstellung der Elternteile* hoben Egger und Huber hervor, dass das ZGB die elterliche Gewalt nicht nur dem Kindsvater, sondern auch der Kindsmutter einräume. In inhaltlicher Hinsicht stellten beide Juristen klar, die elterliche Gewalt werde zwar von den Eltern *selbständig* – ohne behördliche Mitwirkung bzw. Kontrolle – ausgeübt, doch handle es sich hierbei *keineswegs* um ein *selbstherrliches* Elternrecht. Vielmehr betonten Egger und Huber, die Eltern müssten die elterliche Gewalt *pflichtgemäss* – im *Interesse des Kindes* – ausüben. Für den Fall, dass die Eltern diese Pflicht verletzten, wiesen beide Juristen auf das Recht und die Pflicht der Vormundschaftsbehörde hin, im Interesse des Kindes(wohls) tätig zu werden.

Während bei einem – gesellschaftlich verpönten – *ausserehelichen Kind* das Kindesverhältnis zwischen Kindsmutter und Kind bereits mit der Geburt des Kindes entstand, musste das Kindesverhältnis zwischen (biologischem) Kindsvater und Kind eigens hergestellt werden. Die Regelungen des ZGB zum *ausserehelichen Kindesverhältnis* begriffen Egger und Huber dabei als vom Bestreben getragen, die Stellung des ausserehelichen Kindes im Vergleich zu früheren kantonalen Rechten zu verbessern. Dies zunächst dadurch, dass das ZGB dem Kindsvater die Möglichkeit zur *Anerkennung* des Kindes gewährte – eine solche Anerkennung bewirkte ein sich dem ehelichen Kindesverhältnis annäherndes Rechtsverhältnis zwischen Kindsvater und Kind. Entscheidende Bedeutung massen Egger und Huber aber vor allem der im ZGB vorgesehenen Möglichkeit zur *gerichtlichen Feststellung* des Kindesverhältnisses aufgrund einer *Vaterschaftsklage* gegen den Kindsvater zu. Während die einfache Vaterschaftsklage („Alimentenklage") im Verhältnis zwischen Kindsvater und Kind einzig die Pflicht des Ersteren zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an das Letztere nach sich zog, zeitigte die qualifizierte Vaterschaftsklage („Standesklage") die gleichen Wirkungen wie die *Anerkennung*. Allerdings war die qualifizierte Vaterschaftsklage nur in besonderen, vom Gesetz abschliessend erwähnten Konstellationen zulässig – waren dieselben gebeben, erschien die Vaterschaft nach Eggers und Hubers Ansicht als so wahrscheinlich, dass sich die im Vergleich zur einfachen Vaterschaftsklage weiterreichenden Rechtsfolgen rechtfertigten.

Die verschiedenen unter dem (Gesetzes-)Titel der *Familiengemeinschaft* geregelten *Institute* betrachteten Egger und Huber als Manifestation (und darum auch als Stärkung) der noch lebendigen Reste eines früheren – strukturell von grossen Sippenverbänden geprägten – Familienverständnisses. Konkret statuierte das ZGB Regelungen zur gegenseitigen *Unterstützungspflicht* bestimmter Verwandter; sodann zur *Hausgewalt* des Familienhaupts, welche dem Letzteren zwar einerseits gestattete, eine Ordnung für die im gemeinsamen Haushalt lebenden Hausgenossen aufzustellen, ihm andererseits aber auch eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit für gewisse Hausgenossen auferlegte. Und schliesslich stellte das ZGB Regelungen zum *Familienvermögen* auf. Zu nennen sind (1) die *Familienstiftung*, welche Leistungen an die Familie bzw.

ihre Glieder ausrichtete; (2) die *Gemeinderschaft* – ein Gesamthandverhältnis, welches die einzelnen Gemeinder zu gemeinsamer wirtschaftlicher Tätigkeit verband (Wirtschaftsgemeinderschaft) respektive den Gemeindern einen Anspruch am Reingewinn zusprach, falls einer der Gemeinder die Bewirtschaftung des Gemeinderschaftsguts übernommen hatte (Ertragsgemeinderschaft); sowie endlich (3) die *Heimstätte*, die ein im Eigentum des Heimstättenerrichters stehendes Gut, auf dem er ein Gewerbe betrieb, bzw. ein Haus, welches er zu Wohnzwecken nutzte, ihm sowie seiner Familie insbesondere einen Schutz vor Zwangsvollstreckung bot.

III. Vormundschaft, Art. 360-456 ZGB

In der dritten und letzten Abteilung des Familienrechts regelte das Gesetz in den Art. 360-456 ZGB die Vormundschaft. Unter dem (hier untechnisch zu verstehenden) Begriff „Vormundschaft" verstand Egger „die staatlich eingesetzte Fürsorge und Vertretung von Person und Vermögen solcher Individuen, welche […] eines solchen Schutzes bedürfen".[2509] Gewährt wurde die vormundschaftliche Fürsorge der betroffenen Person in Form einer (hier technisch zu verstehenden) *Vormundschaft*[2510] oder einer *Beistandschaft*[2511]. Damit bildete der Fürsorgegedanke – also der *Persönlichkeitsgedanke* – für Egger den Dreh- und Angelpunkt des gesamten Vormundschaftsrechts. Er wird daher im Folgenden *ins Zentrum gestellt*. Einige gesetzliche Regelungen trugen nach Eggers Ansicht jedoch auch dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung – dies entweder *ausschliesslich*[2512] oder aber, wie aus folgender Aussage hervorgeht, im Sinne eines *Gleichlaufs* der beiden Interessenssphären:

> „Das Vormundschaftsrecht ist primär Privatrecht, Familienrecht; sein *Ziel* liegt in der *gedeihlichen körperlichen und geistigen Entwicklung des Mündels*[2513]; damit allein bleiben auch die öffentlichen Interessen gewahrt: *Konkordanz der wohlverstandenen Individual- und der öffentlichen Interessen* […]."[2514]

Direkt betraut mit der Erfüllung vormundschaftlicher Aufgaben waren die *vormundschaftlichen Organe*, wobei Art. 360 ZGB[2515] als solche bezeichnete: den *Vormund*, den *Beistand* sowie die *vormundschaftlichen Behörden*[2516] – d.h. einerseits die

---

[2509] EGGER I, Vorbem. 3a VormR, vgl. auch Vorbem. 2a FamR, Vorbem. 2 zu Art. 368 ff.; EGGER II, Rn. 8, 17 Einl. VormR, Rn. 18 Einl. FamR. Zur Zulässigkeit der *Familienvormundschaft* vgl. aber Kapitel a.6.1.

[2510] Dazu Kapitel a.

[2511] Dazu Kapitel b.

[2512] Vgl. nur EGGER I, Vorbem. 3a VormR; EGGER II, Rn. 10 Einl. VormR.

[2513] *Deshalb* ordnete Egger in der *Zweitauflage* das Vormundschaftsrecht „primär" dem *Privatrecht* zu, räumte aber ein, es sei staatlich organisiert und enthalte diverse *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen; vgl. EGGER II, Rn. 11 ff. Einl. VormR. Diese Ansicht hatte auch Huber vertreten; vgl. Botsch.-ZGB, S. 11 f. (= BeK III, Rn. 11264); Erl. Bd. I, S. 281 ff. (= BeK II, Rn. 702 ff.). Auf besagten *„zwiespältigen Charakter"* wies Egger schon in der *Erstauflage* hin, wo er bemerkte, „es geht indessen nicht an, das Vormundschaftsrecht nach der *systematischen Zugehörigkeit der einzelnen Bestimmungen auseinander zu reißen*" – obschon das Vormundschaftsrecht insbesondere aufgrund seiner Zwecke „systematisch doch dem Familienrecht" zuzuordnen sei, bedeute Vormundschaft letztlich „*staatliche* Fürsorge", weshalb das Vormundschaftsrecht ein Teil des *Verwaltungsrechts* bilde; vgl. EGGER I, Vorbem. 3b VormR.

[2514] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 405.

[2515] Art. 368 E-ZGB und Art. 386 VE-ZGB bezeichneten neben den „vormundschaftlichen Behörden" nur den *„Vormund"* als vormundschaftliches Organ, was indes bloss terminologische Gründe hatte – dazu bei Fn. 3552.

[2516] Gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB „[bestimmten] die *Kantone* diese Behörden und [ordneten], wo zwei Instanzen der Aufsichtsbehörde vorgesehen [waren], die Zuständigkeit dieser Instanzen". Dabei kamen als vormundschaftliche Behörden sowohl *Administrativ-* als auch *Gerichtsbehörden* in Frage; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 361; EGGER II, Rn. 12 ff., 20, 21 zu Art. 361 (und ohnehin Art. 54 SchlT ZGB). Art. 361 E-ZGB entsprach fast wörtlich dem Art. 361 ZGB; leicht abw. Art. 387 VE-ZGB. Vgl. zum Ganzen: Erl. Bd. I, S. 283 f. (= BeK II, Rn. 704); Prot., S. 413 (= BeK III, Rn. 4042 f.); Botsch.-ZGB, S. 44 (= BeK III, Rn. 11345 f.); StenBull NR 1905, S. 1251 f. Für eine Übersicht über die *Aufgaben* dieser Behörden vgl. EGGER I, Anm. 1c, 1d zu Art. 361; EGGER II, Rn. 9 ff. zu Art. 361.

Vormundschaftsbehörde (als „ordentliche[s] Organ der Obervormundschaft“[2517]) und andererseits die *Aufsichtsbehörde*, vgl. Art. 361 Abs. 1 ZGB[2518]. Vormund und Beistand waren (an sich[2519]) *Privatpersonen*, denen die Vormundschaftsbehörde die *unmittelbare* vormundschaftliche Fürsorge im Sinne eines *Amtes* übertrug.[2520]

a) Vormundschaft

1. Kreis der zu bevormundenden Personen

1.1 Unmündige, der elterlichen Gewalt nicht unterstehende Personen, Art. 368 ZGB

Unmündig waren Personen, die das zwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet bzw. vor Erreichen dieses Alters nicht geheiratet hatten, Art. 14 ZGB, oder aber nicht mündig erklärt worden waren, Art. 15 ZGB.[2521] Unmündige Personen waren – in aller Regel – der elterlichen Gewalt unterstellt, Art. 273 Abs. 1 ZGB. Den Grund dafür verortete Egger in der *Fürsorgebedürftigkeit* dieser Personenkategorie.[2522] Bestimmte Konstellationen konnten allerdings dazu führen, dass eine unmündige Person der elterlichen Gewalt *nicht* oder *nicht mehr* unterstand – so, wenn *beide Eltern* eines unmündigen Kindes *verstorben* waren, vgl. Art. 274 ZGB; wenn *beiden Eltern* die *elterliche Gewalt entzogen*[2523], vgl. Art. 285 ZGB, bzw. im Scheidungsfall *beiden Eltern* die elterliche Gewalt *versagt*[2524], vgl. Art. 274 i.V.m. Art. 156 ZGB, worden war; sowie bei *ausserehelichen Kindern*, die nach einem Jahr seit ihrer Geburt weder der elterlichen Gewalt der Mutter noch jener des Vaters unterstellt worden waren[2525], vgl. Art. 311 i.V.m. Art. 324 bzw. 325 ZGB.[2526] Für solche Konstellationen statuierte Art. 368 Abs. 1 ZGB[2527] die sog. *Altersvormundschaft*[2528]: „Unter Vormundschaft gehört jede unmündige Person, die sich nicht unter der elterlichen Gewalt befindet.“

1.1.1 Persönlichkeitsgedanke

Wie erwähnt, nahm Egger bei unmündigen Personen ein *Fürsorgebedürfnis* an, welches i.d.R. durch die elterliche Gewalt befriedigt wurde. Für den Fall, dass die elterliche Gewalt bei einer unmündigen Person fehlte, musste Letztere s.E. also *deshalb* nach

---

2517 EGGER I, Anm. 1c zu Art. 361; vgl. auch EGGER II, Rn. 8 zu Art. 361.
2518 Für den E-ZGB vgl. Fn. 2516. Materiell übereinstimmend Art. 387 VE-ZGB.
2519 Vgl. zur Zulässigkeit der *Amtsvormundschaft* aber Fn. 2797.
2520 Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 360; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 367; vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 283 f., 286 (= BeK II, Rn. 704, 711).
2521 Zur beschränkten Handlungs*un*fähigkeit urteilsfähiger Unmündiger vgl. Kapitel II.a.5.2.2.3.1, 4.3.2, 4.3.3.
2522 Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2 zu Art. 368; EGGER II, Rn. 1, 2 zu Art. 368, Rn. 8 Einl. VormR.
2523 Vgl. dazu Kapitel II.a.5.2.2.4.
2524 S. dazu Kapitel I.b.5.3.1.3.1 und für den Fall der Wiederverheiratung Art. 286 Abs. 1 ZGB (dazu Fn. 2030).
2525 Vgl. dazu Kapitel II.b.2.1.
2526 Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 368; EGGER II, Rn. 7 f., 9 f., 11 ff., 16 zu Art. 368.
2527 Identisch Art. 377 Abs. 1 E-ZGB und Art. 395 Abs. 1 VE-ZGB.
2528 Vgl. nur die Überschrift bei EGGER II, Rn. 6 zu Art. 368.

Art. 368 Abs. 1 ZGB bevormundet werden – Egger hielt explizit fest, die Vormundschaft bezwecke hier den *„Ersatz der elterlichen Gewalt"*.[2529] Hintergrund dieser Vorstellung bildete letztlich Art. 367 Abs. 1 ZGB[2530], der den Vormund berechtigte und verpflichtete, die *„gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen"* des Bevormundeten zu wahren und ihn zu vertreten.[2531] Aus dem Gesagten erhellt, dass Egger die Bevormundung Unmündiger mit dem *Schutz des Kindeswohls* – mit dem Persönlichkeitsgedanken – legitimierte.[2532]

Gleiches gilt m.E. auch für Art. 368 Abs. 2 ZGB[2533], welcher eine Anzeigepflicht an die zuständige Behörde[2534] statuierte für „Zivilstandsbeamt[e], Verwaltungsbehörden und Gerichte […], sobald sie in ihrer Amtstätigkeit von dem Eintritt" eines Bevormundungsfalles i.S.v. Art. 368 Abs. 1 ZGB „Kenntnis [erhielten]". Egger stellte fest, diese Anzeigepflicht diene „der *Rechtsverwirklichung*".[2535] Verbindet man diesen Hinweis mit Eggers Bemerkung in anderem Zusammenhang, wonach „wer des vormundschaftlichen Schutzes bedarf, seiner auch teilhaftig werden [soll]", lässt sich daraus erschliessen, dass Egger besagte Anzeigepflicht ebenfalls mit dem Kindeswohl legitimierte.[2536]

Auch Huber hatte zur Bevormundung Unmündiger bemerkt: „Jeder Unmündige, der sich nicht unter elterlicher Gewalt befindet, gehört unter die Vormundschaft, und es erfolgt die Bevormundung von Amtes wegen" – „dem entspricht die Anzeigepflicht der Behörden".[2537]

1.1.2 Gemeinschaftsgedanke

Dass die Bevormundung i.S.v. Art. 368 Abs. 1 ZGB nach Eggers Ansicht nicht nur den Interessen des Kindes selbst diente, sondern indirekt auch im Gemeinschaftsinteresse lag, zeigt eine Bemerkung aus der Zweitauflage, in welcher Egger zur Bevormundung von *Vollwaisen* festhielt:

> „Gerade bei bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen […] bedeutet der Tod beider Eltern sehr oft die Auflösung der Familie und damit den Verlust des natürlichen

---

[2529] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 368, vgl. auch Rn. 8, 12 Einl. VormR, Rn. 5 zu Art. 367, Rn. 18 zu Art. 369; EGGER I, Anm. 1b, 2a zu Art. 405; vgl. für Näheres sodann die Nachweise in Fn. 2526. Vgl. implizit auch Erl. Bd. I, S. 262 (= BeK II, Rn. 641); StenBull NR 1905, S. 1253.

[2530] Wörtlich fast identisch Art. 375 Abs. 2 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 393 Abs. 2 VE-ZGB.

[2531] Vgl. zu dieser Thematik eingehend Kapitel 4.

[2532] In diesem Sinne sprach Egger auch von einer *„sozialen Tendenz"*, einem *„sozialen Zug"*, des Vormundschaftsrechts des ZGB; vgl. EGGER II, Rn. 10, 52 Einl. VormR.

[2533] Wörtlich fast identisch Art. 377 Abs. 3 E-ZGB; materiell im Wesentlichen übereinstimmend Art. 395 Abs. 2 VE-ZGB.

[2534] Gemeint war die für die *Bevormundung* zuständige Behörde, also die *Vormundschaftsbehörde* (anders bei Fn. 2743); vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 368; EGGER II, Rn. 17 zu Art. 368.

[2535] EGGER II, Rn. 2, 17 zu Art. 368.

[2536] EGGER II, Rn. 62 zu Art. 369; implizit auch EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 368 ff. i.V.m. Anm. 3 zu Art. 368. In der Rechtsverwirklichung ist allerdings zugleich der *Gemeinschaftsgedanke* zu erblicken, entspricht die Durchsetzung des materiellen Rechts doch auch einem fundamentalen Allgemeininteresse.

[2537] Erl. Bd. I, S. 291 (= BeK II, Rn. 725), vgl. auch S. 287 (= BeK II, Rn. 713).

> Lebenskreises des heranwachsenden Menschen und eine Gefährdung seiner leiblichen und geistigen Entwicklung. Das Kind muß die elterliche Fürsorge entbehren; es leidet unter der Gefühlskälte seiner Umgebung; es gerät in seelische Vereinsamung und wird in eine asoziale Einstellung hineingedrängt. Die Verwaisung kann den Grund legen zu Verwahrlosung und *Kriminalität* […]."[2538]

Egger schrieb hier der Bevormundung letztlich also (auch) den Zweck zu, *Dritte* zu schützen. Diesem Gedanken verschuf Egger in der Erstauflage bei seiner Kommentierung des Art. 368 ZGB zwar nicht explizit Audruck. Wie noch gezeigt wird, belegen aber verschiedene andere Stellen, dass Egger schon in der Erstauflage gewisse Bevormundungsgründe mit dieser Überlegung legitimierte.[2539]

1.2 Mündige Personen, Art. 369-372 ZGB

Mündig war eine Person, die das zwanzigste Lebensjahr vollendet bzw. vor Erreichen dieses Alters geheiratet hatte, Art. 14 ZGB, oder aber mündig erklärt worden war, Art. 15 ZGB. Mit dem Eintritt der Mündigkeit hörte die elterliche Gewalt auf, vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB. Das vormals unmündige Kind wurde dann folglich (sofern urteilsfähig) ipso iure voll handlungsfähig, Art. 13 ZGB.
In den Art. 369-372 ZGB nannte das Gesetz indes Konstellationen, bei deren Vorliegen einer mündigen Person die Handlungsfähigkeit abgesprochen[2540] (sog. *Entmündigung*[2541]) und ihr als Folge davon ein Vormund bestellt (sog. *Bevormundung*[2542]) werden konnte. Den Grund dafür verortete Egger – wie bei Art. 368 Abs. 1 ZGB – in einem besonderen *Fürsorgebedürfnis* der betroffenen Person:

> „Eine Person kann in so weitem Umfange *schutzbedürftig* und *unfähig* sein, daß ihr die Handlungsfähigkeit entzogen werden muß. Dann wird sie entmündigt."[2543]

Auch die Entmündigung bzw. Bevormundung einer *mündigen* Person legitimierte Egger folglich mit dem *Persönlichkeitsgedanken*[2544]: die betroffene Person solle zum eigenen Wohl – insbesondere auch vor rechtsgeschäftlichem Handeln – geschützt werden und die nötige Fürsorge erhalten.[2545] Auch hier fand Art. 367 Abs. 1 ZGB[2546] Anwendung, wonach der Vormund die *„gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen"* des Bevormundeten zu wahren und ihn zu vertreten hatte.[2547]

[2538] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 368; eine ähnliche Gefährdung erblickte Egger, wenn im Falle einer Scheidung *keinem* der Ehegatten die elterliche Gewalt eingeräumt wurde; vgl. EGGER II, Rn. 12 zu Art. 368.
[2539] Vgl. dazu Kapitel 1.2.1.2.3.1, 1.2.2.2.3 sowie bei Fn. 2909.
[2540] Zur beschränkten Handlungs*un*fähigkeit urteilsfähiger Entmündigter vgl. Kapitel 4.3.2, 4.3.3.
[2541] Vgl. dazu Kapitel 2.
[2542] Vgl. dazu Kapitel 3.1.
[2543] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 360; vgl. auch EGGER II, Rn. 1, 3 zu Art. 368.
[2544] Vgl. auch hier den Hinweis in Fn. 2532.
[2545] Vgl. auch EGGER I, Vorbem. 3c VormR, Anm. 2b zu Art. 360, Vorbem. 2 zu Art. 368 ff., Anm. 1b zu Art. 369; EGGER II, Rn. 2 f., 6, 13, 18 ff. zu Art. 369.
[2546] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 2530.
[2547] Vgl. dazu Kapitel 4.

Der Persönlichkeitsgedanke bildete für Egger damit zwar die wichtigste – nicht aber die einzige – Legitimation für eine Entmündigung bzw. Bevormundung mündiger Personen. Schon in der Erstauflage wies Egger nämlich auch auf den *Gemeinschaftsgedanken* hin:

> „Noch mehr als schon im bisherigen Recht dient es [sc. das Vormundschaftsrecht] aber *auch* dem *Familienschutz* (Art. 370, 406, über diese Stellung der Familie im Vormundschaftsrecht vergl. auch Art. 362 ff. Familienvormundschaft, Art. 380 Vorrecht der Verwandten […]). Es ergänzt die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 169 ff.) und den Kinderschutz (Art. 283 ff., 297, 311). Neu ist, daß als Zweck des Vormundschaftsrechtes aber *auch* der *Schutz der Gesellschaft* anerkannt wird. Die Entmündigung muß nicht notwendigerweise den Schutz des Mündels selbst bezwecken (Art. 369, 370).“[2548]

Auf dieser Linie lag auch die Zweitauflage:

> „Mit besonderer Dringlichkeit ruft auch die *Familie* nach vormundschaftlichem Schutz ihrer Interessen, und selbst der Interessen der *Rechtsgenossen*, der *Mitmenschen*, welche sich durch geistige Gebrechen oder asoziale Neigungen einer Person bedroht sehen, soll sich das Vormundschaftsrecht vorbeugend annehmen. […]“[2549]

Was Egger damit im Einzelnen meinte, ist in den nachfolgenden Kapiteln zu klären. Festgehalten sei an dieser Stelle lediglich, dass Egger in jeder einzelnen Norm der Art. 369-372 ZGB sowohl einen Entmündigungs*grund*[2550] (z.B. Geisteskrankheit, vgl. Art. 369 ZGB) als auch eine Entmündigungs*voraussetzung* (z.B. die Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten, vgl. Art. 369 ZGB) erblickte[2551], wobei Letztere jeweils als *(kausale) Folge* des Entmündigungsgrundes zu ebendiesem hinzutreten musste.[2552] Darauf hatte auch schon Huber hingewiesen.[2553] Waren diese Voraussetzungen erfüllt, bezeichnete Egger die betroffene Person als *„entmündigungsreif“*.[2554] Bemerkenswert ist – und auch hier lag Egger inhaltlich auf einer Linie mit Huber[2555] –, dass Egger diese Entmündigungsreife für sich genommen noch nicht für eine Entmündigung genügen liess. Vielmehr betonte er, die betroffene Person müsse auch *„entmündigungsbedürftig“* sein.[2556] Dieses Erfordernis ging aus dem Wortlaut der Art. 369-372 ZGB nicht direkt hervor. Doch folgerte Egger aus dem Umstand, dass das ZGB die *Beistandschaft* sowie die *Beiratschaft* – als *mildere Massnahmen* –

[2548] EGGER I, Vorbem. 3c VormR.
[2549] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 369, vgl. auch Rn. 14, 15 f. zu Art. 369, Rn. 10 Einl. VormR.
[2550] Zur Frage der Zulässigkeit von *Analogien* vgl. Kapitel 1.2.2.1.3.
[2551] Zum Sonderfall des Art. 371 ZGB, welcher *keine* Entmündigungs*voraussetzungen* nannte, s. Kapitel 1.2.3.
[2552] Vgl. EGGER II, Rn. 7 ff. zu Art. 369, Rn. 10, 21, 35, 48 zu Art. 370, Rn. 8 f. zu Art. 371, Rn. 9 ff., 13 f. zu Art. 372; EGGER I, Anm. 1a i.V.m. Anm. 2c, 3 zu Art. 369, Anm. 5 zu Art. 370, und, zumindest der Sache nach (vgl. Kapitel 1.2.4), Anm. 3 zu Art. 372.
[2553] Vgl. implizit Erl. Bd. I, S. 292 f. (= BeK II, Rn. 727 f., 731); Botsch.-ZGB, S. 46 (= BeK III, Rn. 11352); StenBull NR 1905, S. 1253.
[2554] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 369.
[2555] Wie Fn. 2553.
[2556] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 369.

der Vormundschaft (bei welcher die betroffene Person aufgrund der Entmündigung ihrer Handlungsfähigkeit verlustig ging) vorgehen liess (vgl. deutlich bei Art. 393 Ziff. 2, Art. 395 ZGB[2557]), dass eine Vormundschaft lediglich als *ultima ratio*[2558] zulässig sei; nämlich nur, wenn ein entsprechendes *Schutzbedürfnis* vorlag.[2559] Dies zeigt, dass Egger der Schutz vor unbegründeter bzw. gar willkürlicher Entmündigung – und damit der Schutz der persönlichen Freiheit – ein zentrales Anliegen war.[2560]

1.2.1 Entmündigung wegen Geisteskrankheit / Geistesschwäche, Art. 369 ZGB

Art. 369 Abs. 1 ZGB[2561] bestimmte: „Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit Anderer gefährdet."

1.2.1.1 Entmündigungsgründe

Unter einer *„Geisteskrankheit"* verstand Egger eine „krankhafte Störung der psychischen Funktionen, ein geistiger Defekt, demzufolge die psychische Tätigkeit in anormaler Weise verläuft"; und als *„Geistesschwäche"* begriff er eine „nicht krankhafte geistige Unentwickeltheit", „den Zustand einer zurückgebliebenen geistigen Entwicklung, […] Dürftigkeit, Geringfügigkeit, Passivität und damit […] Schwäche des Geisteslebens".[2562] Dass ein solch weites Begriffsverständnis – aufgrund des Umstands, dass Art. 369 Abs. 1 ZGB *beide Geisteszustände* als Entmündigungsgründe aufführte, kam der Abgrenzung der Begriffe vorliegend, wie Egger bemerkte, „keine praktische Bedeutung zu"[2563] – eine potentielle Gefahr für die individuelle Freiheit bedeutete, war sich Egger bewusst. Er betonte deshalb:

> „Geisteskrankheit und Geistesschwäche sind […] im Zusammenhange des Art. 369 Zweck- und damit Ermessensbegriffe. Sie wollen alle jene Abweichungen vom

---

[2557] Vgl. dazu Kapitel b.2, b.3.

[2558] Wie schon beim behördlichen Einschreiten im Bereich des Kindesrechts (vgl. Kapitel II.a.5.2.2.4.2, II.a.5.2.2.4.3) sprach Egger auch vorliegend von einer *„Stufenfolge"* vormundschaftlicher Massnahmen: *Beistandschaft* (vgl. Kapitel b.1, b.2) – *Mitwirkungsbeiratschaft* (vgl. Kapitel b.3) – *Verwaltungsbeiratschaft* (ebd.) – *kombinierte Beiratschaft* (vgl. Fn. 3617) – *Vormundschaft*; vgl. EGGER II, Rn. 23 f., 28 zu Art. 369.
Zur Entmündigung aus *mehreren Gründen* vgl. EGGER II, Rn. 31 ff. zu Art. 369.

[2559] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 369, Vorbem. 2 zu Art. 368 ff., Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 5d zu Art. 370, Anm. 4 zu Art. 372; vgl. auch EGGER II, Rn. 23 f., 25 f., 27 ff. zu Art. 369, Rn. 14, 22, 31, 39 – beachte aber Rn. 52 – zu Art. 370, Rn. 11 zu Art. 371, Rn. 15 zu Art. 372.

[2560] Dazu eingehend Kapitel 2.

[2561] Materiell übereinstimmend Art. 378 Abs. 1 E-ZGB und Art. 396 Abs. 1 VE-ZGB.

[2562] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 369; EGGER II, Rn. 36 zu Art. 369. Vgl. auch EGGER I, Anm. 3b, 3c zu Art. 16, Anm. 1b, 1c, 2b zu Art. 97, Anm. 2a zu Art. 141; EGGER II, Rn. 35 ff., 39 ff. zu Art. 369, Rn. 13 f. zu Art. 16, Rn. 6 f. zu Art. 97, Rn. 3 zu Art. 141; vgl. auch Prot., S. 420 f. (= BeK III, Rn. 4112).

[2563] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 369; vgl. auch EGGER II, Rn. 37 zu Art. 369, wo Egger bemerkte, der Umstand, dass das Gesetz die „Geistesschwäche" explizit aufführe, bezwecke, „*alle* geistigen Anomalien zu treffen und damit dem *einen Entmündigungsgrund* seinen ganzen Umfang zu sichern". Zu diesem „einen" Entmündigungsgrund vgl. den zweiten Satz im Text zu Fn. 2635.

‚Normalen' treffen, welche geeignet sind, die *Schutzbedürftigkeit zu begründen*. Es ist angemessen, sie in diesem weiten Sinne zu fassen. Wohl bedarf es ernstlicher Einschränkungen, um die Gefahr willkürlicher Entmündigung zu bannen und die persönliche Freiheit zu sichern. Diese Einschränkungen liegen in den *Anforderungen*, welche an die Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gestellt werden müssen […] und darüber hinaus in den gesetzlich geforderten *weitern Voraussetzungen* […]."[2564]

Inhaltlich entsprach diese Aussage aus der Zweitauflage schon Eggers in der Erstauflage vertretenen Vorstellungen:[2565] In beiden Kommentaruaflagen wollte Egger den Schutz der persönlichen Freiheit einerseits dadurch gewährleisten, dass er bei der Geisteskrankheit bzw. Geistesschwäche das Überschreiten einer gewissen Schwelle hinsichtlich ihrer (voraussichtlichen) *Dauer* bzw. ihres *Grades* verlangte.[2566] Andererseits – und damit beschäftigt sich das nachfolgende Kapitel – erhob Egger hinsichtlich der Frage, ob eine Person tatsächlich unter Vormundschaft zu stellen sei, das *Schutzbedürfnis* dieser Person bzw. Dritter zum zentralen Beurteilungskriterium.[2567]

1.2.1.2 Entmündigungsvoraussetzungen

Das eben erwähnte *Schutzbedürfnis* der betroffenen Person bzw. Dritter ergab sich für Egger aus dem Entmündigungs*grund* (Geisteskrankheit bzw. Geistesschwäche) in Verbindung mit den Entmündigungs*voraussetzungen* – in der Zweitauflage bemerkte Egger gar, in den Entmündigungsvoraussetzungen liege der *eigentliche* „das vormundschaftliche Einschreiten rechtfertigende, entscheidende Umstand". [2568] In diesem Sinne hatte auch schon Huber betont:

„Geisteskrankheit *allein* soll *kein Bevormundungsgrund* sein. Ruhige Irre, die z.B. an einer fixen Idee leiden, können *sehr wohl fähig bleiben*, ihren Geschäften nachzugehen. Sie befinden sich unter Umständen in so guter Hut, dass *eine Bevormundung in keiner Weise Bedürfnis* ist."[2569]

Damit wird ersichtlich, dass Egger und Huber hier auf einer Linie lagen.

1.2.1.2.1 Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten

Als erste mögliche Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 369 Abs. 1 ZGB die durch die Geisteskrankheit[2570] bedingte *Unfähigkeit* einer Person *zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten*.[2571]

[2564] EGGER II, Rn. 38 zu Art. 369, vgl. dazu auch Rn. 44 zu Art. 369.
[2565] Vgl. nur EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 369.
[2566] Vgl. EGGER II, Rn. 39 ff. zu Art. 369; wohl a.M. bezüglich der Beachtlichkeit des *Grades* bei der Geisteskrankheit im Gegensatz zur Geistesschwäche EGGER I, Anm. 2a a.E. zu Art. 369, Anm. 3c zu Art. 16.
[2567] Wie Fn. 2564, 2565.
[2568] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 369; vgl. auch die Fn. 2564, 2565 sowie den Text zu Fn. 2635.
[2569] Erl. Bd. I, S. 292 (= BeK II, Rn. 728); vgl. auch Prot., S. 420 f., 435 (= BeK III, Rn. 4112, 4210); StenBull NR 1905, S. 1253.
[2570] Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird hier und im Folgenden nur noch von „Geisteskrankheit" gesprochen – die „Geistesschwäche" ist dabei aber stets mitgemeint.
[2571] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.1.

1.2.1.2.1.1 Persönlichkeitsgedanke

Diese „Angelegenheiten" verstand Egger weit – er subsumierte darunter nicht nur die Besorgung wirtschaftlicher, sondern auch persönlicher Angelegenheiten, so etwa „die Sorge um die eigene Person, denn hier handelt es sich um den Schutz idealer Güter".[2572] Egger stellte fest, die Frage, ob eine Unfähigkeit tatsächlich vorliege, sei stets im *konkreten Fall* zu beurteilen – dabei werde „keineswegs ein allgemeines und alle Angelegenheiten umfassendes Unvermögen" verlangt; „es genügt, wenn ein *ansehnlicher* und *wichtiger Teil* der Angelegenheiten nicht besorgt werden kann".[2573] Ähnlich hatte Huber diesbezüglich festgehalten:

> „Dabei wird es selbstverständlich so aufzufassen sein, dass die *Unfähigkeit* nur angenommen werden darf, wenn der *Zustand längere Zeit andauert*. Ein akuter Anfall von Melancholie, der in einigen Wochen geheilt werden kann, rechtfertigt noch nicht die Annahme jener Unfähigkeit. Für solche vorübergehende Zustände hilft nötigenfalls ein Beistand."[2574]

Wie schon erwähnt[2575], verlangte auch Egger – allerdings im Hinblick auf den Entmündigungs*grund* – einen gewissen Dauerzustand und betrachtete die Bevormundung als eine *ultima ratio*. Damit entsprachen sich im Ergebnis Eggers und Hubers Ansicht.

1.2.1.2.1.2 Gemeinschaftsgedanke

Dass die Entmündigungsvoraussetzung der Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten für Egger auch einen gemeinschaftsorientierten Zug aufwies, zeigt Eggers folgende Bemerkung:

> „Eigene Angelegenheiten sind auch alle jene – und das ist die Mehrzahl –, die ihn [sc. den Betroffenen] *mit den andern verbinden*; er muß die Pflichten zu erfüllen vermögen als Ehegatte […], Familienhaupt, Berufsmann, Gewerbetreibender, als Rechtsgenosse im Umgang mit den Mitmenschen.[2576] […]"[2577]

Diesen Gedanken führte Egger an anderer Stelle mit Blick auf den *Schutz der Familie* näher aus:

> „Die eigenen Angelegenheiten sind in großem Umfang auch die Angelegenheiten anderer. Zwangsläufig mußte sich eine *weite Auslegung* der eigenen Angelegenheiten einstellen, und daraus ergab sich eine *überindividuelle Funktion der Vormundschaft*. Vor allem drängte sich die Einbeziehung der *Interessen der Familie* auf, besonders für

---

[2572] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 369; vgl. auch EGGER II, Rn. 45 zu Art. 369.

[2573] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 369; vgl. auch EGGER II, Rn. 46 (mit Beispielen in Rn. 47 ff.) zu Art. 369.

[2574] Erl. Bd. I, S. 292 (= BeK II, Rn. 728).

[2575] Vgl. bei Fn. 2566, 2558; vgl. auch EGGER II, Rn. 46 f. zu Art. 369.

[2576] Dass eine in besagtem Sinne unfähige Person unter Vormundschaft gestellt werden konnte, diente für Egger denn auch „der *Rechtssicherheit*: der Entmündigte nimmt am rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht mehr teil"; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 369.

[2577] EGGER II, Rn. 45 zu Art. 369. Im unmittelbaren Anschluss betonte Egger aber: „[…] – Dagegen nicht auch die Pflichten gegenüber ‚*Volk und Staat*' […]. Das ist zu unbestimmt und liegt außerhalb des Vormundschaftsrechtes […]." Für Näheres zu diesem Gedanken vgl. Kapitel 1.2.1.2.3.1.

> den schweizerischen Gesetzgeber, der die Erhaltung und Stärkung der Kleinfamilie als vornehmstes Ziel seines Familienrechtes erklärt hat. *Die eigene Unfähigkeit kann zur Gefährdung der Familie führen;* dann muß die Vormundschaft sich ihrer Interessen annehmen. Art. 370 anerkennt diese Gefährdung als selbständige Entmüdigungsvoraussetzung […].“[2578]

Wenngleich Egger in dieser Aussage lediglich Art. 370 ZGB[2579] explizit erwähnte, ergibt sich aus dem zuvor Gesagten, dass Egger auch in Art. 369 ZGB das Motiv des Familienschutzes erblickte.

1.2.1.2.2 Dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit

Als zweite mögliche Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 369 Abs. 1 ZGB die durch die Geisteskrankheit bedingte *dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit* einer Person.[2580]

Nach Eggers Ansicht hob das Gesetz mit dieser Entmündigungsvoraussetzung – lediglich[2581] – die „*persönlich[e] Seite* der vormundschaftlichen Fürsorge“ besonders hervor:[2582]

> „Es sollte *verhütet* werden, daß die Vormundschaft auch unter dem neuen Recht wiederum *nur der Wahrung der ökonomischen Interessen* dienstbar gemacht würde. Zwar kann diese Beistandsbedürftigkeit auch die vermögensrechtlichen Interessen betreffen: der Interdizend bedarf des Schutzes gegen schlechte Vermögensverwaltung, gegen die Ausbeutung seiner Suggestibilität, seines Schwachsinnes […]. Aber die Voraussetzung ist doch ganz wesentlich zum *Schutze der persönlichen Lebenssphäre* aufgestellt worden.[2583] Der Geisteskranke oder Geistesschwache kann dieser besonderen Fürsorge bedürftig sein, weil er selber nicht den Weg zum Arzt, zur erforderlichen Gesundheitspflege und Lebensführung, zur Anstalt findet. Oder der Beistand wird nötig, um seiner Neigung zu Suizid begegnen zu können. Er – und seine Familie – bedürfen dieses persönlichen Schutzes, um ihn von verbrecherischen Handlungen abzuhalten, wozu vielleicht besonders die Verpflanzung in ein anderes Milieu oder der Berufswechsel nötig ist.“[2584]

Mit der vorliegenden Entmündigungsvoraussetzung bezweckte das Gesetz nach Eggers Ansicht also die Klarstellung, dass die Vormundschaft keineswegs nur auf die Wahrung der Vermögensinteressen einer Person abzielte, sondern genauso auf die Wahrung ihrer persönlichen Interessen.[2585] Dabei hielt Egger (wie schon im

---

[2578] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 369; andeutungsweise auch EGGER I, Anm. 3a zu Art. 369, Vorbem. 3a, 3c VormR.
[2579] Dazu Kapitel 1.2.2.
[2580] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.1.
[2581] Zum *Verhältnis* dieser Entmündigungsvoraussetzung zu jener der Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten (vgl. Kapitel 1.2.1.2.1) bemerkte Egger, die beiden Konstellationen seien einander *„in Wirklichkeit […] wesensgleich“*, denn „Unfähigkeit und Beistandsbedürftigkeit bedingen sich gegenseitig“ – entsprechend trenne die Praxis die beiden Konstellationen nicht scharf; vgl. EGGER II, Rn. 51 zu Art. 369.
[2582] EGGER II, Rn. 52 zu Art. 369; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 369.
[2583] Vgl. energisch auch EGGER II, Rn. 36 zu Art. 370.
[2584] EGGER II, Rn. 52 zu Art. 369; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b zu Art. 369.
[2585] Vgl. dazu auch EGGER I, Vorbem. 3a, 3c VormR, Anm. 2b zu Art. 360, Anm. 2c zu Art. 369; EGGER II, Rn. 8, 10 Einl. VormR, Rn. 5, 6 zu Art. 367, Rn. 13 zu Art. 369.

Zusammenhang mit der Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten) fest, die dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit müsse keine „ganz allgemein[e] und umfassend[e]" sein – es genüge, dass sie in solchen Bereichen bestehe, die so zentral erschienen, „daß sich die allgemeine vormundschaftliche Fürsorge (Art. 367) rechtfertigt".[2586]

1.2.1.2.3 Gefährdung der Sicherheit Anderer

Als dritte und letzte Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 369 Abs. 1 ZGB die durch die Geisteskrankheit bedingte *Gefährdung der Sicherheit Anderer*.[2587]

1.2.1.2.3.1 Gemeinschaftsgedanke

In der *Erstauflage* konstatierte Egger, eine Entmündigung könne auch „zum Schutze von *Drittpersonen*" – zum *„Schutz der Gesellschaft"*; der *„Allgemeinheit"* – erfolgen:[2588]

> „Damit erhält das Entmündigungsrecht einen neuen, *sozialen Zweck*. Im Gegensatz zum bisherigen Recht muß der Geisteskranke oder Geistesschwache auch wegen *Gemeingefährlichkeit* entmündigt werden […]. Diese Gemeingefährlichkeit muß in dem krankhaften Zustand begründet sein. […] Die Sicherheit betrifft *Leben und Gesundheit Anderer*, nur nebenbei auch das Eigentum und dabei muß die Gefährdung eine tatsächliche sein, nicht eine rechtliche. Der Entmündigungsgrund bezweckt *nicht allgemeinen Interessenschutz*, sondern *nur Sicherung der Dritten* […]. Die *Gefährdung muß eine ernstliche* sein. Die Entmündigung findet in diesen Fällen Ziel und Rechtfertigung nicht sowohl in dem Entzug der Handlungsfähigkeit als darin, daß sie die rechtliche *Grundlage für die Internierung*[2589] schafft. So ergänzt das Zivilrecht das Straf- und Polizei- und das kantonale öffentliche, vielfach noch ganz unzulängliche Irrenrecht."[2590]

Wenn Egger also von einem Schutz der *„Gesellschaft"* bzw. der *„Allgemeinheit"* vor solchen Personen sprach, die aufgrund ihrer Geisteskrankheit eine Gefahr darstellten, so meinte er damit eigentlich einen *Schutz von Rechtsgütern Dritter*. Dies ergibt sich bei der eben zitierten Aussage zum einen aus Eggers Betonung, dass das ZGB „nicht allgemeinen Interessenschutz" bezwecke, und zum andern aus dem Umstand, dass Egger eine *„ernstliche"* und *„tatsächliche"* Gefährdung von *„Leben und Gesundheit"* – also von individuellen Rechtsgütern – verlangte. In diesem Rechtsgüterschutz erblickte Egger einen „sozialen Zweck"[2591] des Vormundschaftsrechts; den *Gemeinschaftsgedanken*.

[2586] EGGER II, Rn. 53 f. zu Art. 369.
[2587] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.1.
[2588] EGGER I, Anm. 3c, 2c zu Art. 369; Text zu Fn. 2548; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 3a, 3c VormR.
[2589] Zu der in Art. 406 ZGB vorgesehenen „Unterbringung in eine Anstalt" vgl. Kapitel 4.1.2.
[2590] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 369.
[2591] Zur Verwendung des Begriffs *„sozial"* i.S.v. *Fürsorge* für die unter Vormundschaft zu stellende Person vgl. Fn. 2532, 2544.

Auch in der *Zweitauflage* bemerkte Egger in diesem Sinne:

> „Die Gefährdung liegt in den für Dritte bedrohlichen Neigungen des Geisteskranken. Es muß eine *naheliegende, ernstliche Möglichkeit* einer *Verletzung von Rechtsgütern*[2592] *Dritter* vorliegen […]."[2593]

Dabei machte Egger im weiteren Fortgang zu dieser Aussage eine entscheidende Bemerkung:

> „Ob aber unter den ‚Andern' auch das ganze *Volk, Gesellschaft und Staat* verstanden werden dürfen […], ob die Klausel auch die *öffentliche Sicherheit* schützen soll, erscheint fraglich. Das ist die Aufgabe des Polizei- und des Straf- und Verwaltungs-, nicht aber des Vormundschaftsrechtes. Das Bedürfnis nach einer derartigen ausdehnenden Auslegung ist nicht erwiesen. Eine andere Lösung führt in den Bereich *kollektivistischer Rechtsauffassung* hinüber: das Vormundschaftsrecht wird den Interessen von Volk und Staat dienstbar gemacht und der einzelne in seiner Gliedstellung erfaßt; das ist jedoch *nicht Aufgabe der Entmündigung* […]."[2594]

Eggers Feststellung, wonach „Volk, Gesellschaft und Staat" vom Schutz des Art. 369 ZGB nicht erfasst seien, steht *nicht* im Widerspruch zur Erstauflage, da Egger, wie gezeigt, schon dort nur den *Schutz von Rechtsgütern Dritter* im Blick hatte. Dass Egger in der Zweitauflage diesbezüglich eine im Vergleich zur Erstauflage präzisere Formulierung wählte, hat m.E. historische Gründe: Die Erstauflage des Familienrechtskommentars erschien im Jahr 1914; der Kommentarband zum Vormundschaftsrecht der Zweitauflage erschien in Teillieferungen von 1944-1948, also noch während bzw. kurz nach dem Zweiten Weltkrieg. Wenn Egger in seiner zitierten Aussage[2595] eine *„kollektivistisch[e] Rechtsauffassung"* ablehnte, so bezog er damit Position *gegen* das von den Nationalsozialisten vertretene Rechtsverständnis[2596]. Eindrücklich zeigt sich dies auch an Eggers Vorstellung, wonach das Vormundschaftsrecht des ZGB (primär) dem *Bevormundeten* diene – wohingegen sich s.E. im (nationalsozialistischen) *deutschen Recht* diesbezüglich „eine *ganz andere Auffassung […] [geltendmacht]*":[2597]

> „Auch das Vormundschaftsrecht soll die *Gliedstellung des einzelnen* zum Ausdruck bringen. Die Entmündigung soll auch verhängt werden, wenn jemand durch sein Verhalten einen Notstand für die nationale Wirtschaft herbeiführt oder Betriebsmittel

---

[2592] Möglich erscheint, dass Egger den *Kreis* der *geschützten Rechtsgüter* in den beiden Kommentarauflagen unterschiedlich weit zog: Während er in der *Erstauflage* (s. Text zu Fn. 2590) „Leben und Gesundheit Anderer" ins Zentrum rückte und bemerkte, das Eigentum sei „nur nebenbei" geschützt, nannte er in der *Zweitauflage* (s. EGGER II, Rn. 57, 50 zu Art. 369) explizit auch Vermögensinteressen Dritter, die durch „Betrügereien, Hochstapeleien, Eigentumsdelikte" bedroht sein könnten; geschützt wurden s.E. auch „Friede, Ruhe vor trölerischen Prozessen und unbegründeten Störungen der eigenen Betätigung, sowie der gute Ruf […]"; a.a.O.

[2593] EGGER II, Rn. 57 zu Art. 369.

[2594] EGGER II, Rn. 57 zu Art. 369; vgl. dazu auch die Texte zu den Fn. 2600, 2601, 2602.

[2595] Vgl. Text zu Fn. 2594.

[2596] Vgl. dazu Kapitel I.b.2.1.4.2.2.

[2597] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 369.

> verschleudert […]. Der inoffiz. erste Teilentw. d. *Volksgesetzbuches*[2598] […] bringt diese, die Interessen der Allgemeinheit in den Vordergrund rückende Einstellung durchgängig zum Ausdruck. Darnach kann entmündigt werden (§ 47): 1. Wer infolge krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit oder infolge einer Geistesschwäche unfähig ist, seine Aufgaben in Familie und *Volksgemeinschaft*[2599] zu erfüllen; 2. wer in Verschwendungssucht seine Habe in einer das *gesunde Volksempfinden* gröblich verletzenden Art vergeudet oder sinnlos Schulden macht und sich dadurch für die Erledigung seiner eigenen Angelegenheiten oder die Erfüllung seiner Pflichten in Familie und *Volksgemeinschaft* untauglich macht; 3. wer sich durch gewohnheitsmäßigen Mißbrauch von Alkohol oder von andern berauschenden oder betäubenden Mitteln untauglich macht, seine eigenen Angelegenheiten ohne einen Beistand ordentlich zu erledigen oder seinen Pflichten in Familie und *Volksgemeinschaft* nachzukommen."[2600]

Egger distanzierte sich in der Zweitauflage damit deutlich von der Idee, dass das Vormundschaftsrecht den Schutz der Gesellschaft als abstraktes – gar ideologisch geprägtes – Gebilde zum Gegenstand habe. Dies hob Egger nochmals hervor, indem er explizit von einer „unrichtigen Annahme" sprach, wenn man glaube, die Entmündigungsvoraussetzung der Gefährdung der Sicherheit Anderer bezwecke „die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" – „diese Aufgabe kann in der Tat dem öffentlichen Recht überlassen bleiben".[2601] Egger hielt fest:

> „Stets haben nicht ausschließlich die privaten, sondern zugleich die allgemeinen Interessen das Privatrecht gestaltet […]. – Doch geht das ZGB keineswegs so weit, das Vormundschaftsrecht in den Dienst öffentlicher Interessen zu stellen. *Es will nur die Interessen der Dritten wahren* und ihnen einen *präventiven Schutz angedeihen lassen*. Dies entspricht dem *sozialen Zug* des heutigen Privatrechts und bringt die gesteigerte allgemeine gegenseitige Abhängigkeit zum Ausdruck: *einem jeden einzelnen wird seine Freiheit nur gewährt, soweit die Rücksicht auf die andern es zuläßt* […]. Der Schutz besonders der persönlichen Güter kann mit der persönlichen Freiheit in Konflikt geraten. Schon das allgemeine Persönlichkeitsrecht zwingt uns zur angemessenen Abgrenzung […] und vor keine andere Aufgabe stellt uns auch das neue Vormundschaftsrecht. Das Recht gewährt einen besondern repressiven Schutz gegen Geisteskranke (OR Art. 54 Haftung des Urteilsunfähigen, ZGB Art. 333 Haftung des Familienhauptes), das Vormundschaftsrecht fügt einen präventiven Schutz an."[2602]

[2598] Mit dem *Volksgesetzbuch* beabsichtigte das nationalsozialistische Regime die Schaffung eines auf nationalsozialistischen Prinzipien beruhenden Zivilgesetzbuches, welches das dBGB hätte ersetzen sollen. Kriegsbedingt wurde es indes nie fertiggestellt. Vgl. dazu KROESCHELL, S. 92 f.; EISENHARDT, Rn. 874 f.; BRAUNEDER, S. 162; MEDER, S. 424 ff.

[2599] Vgl. zu diesem Begriff bei Fn. 797.

[2600] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 369. Vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 52 Einl. VormR (zit. in Fn. 3037), wonach sich das ZGB einer „etatistische[n] Tendenz" fernhalte – anders als der Entwurf des *deutschen Volksgesetzbuches* verpflichte es nämlich die „Eltern und Vormünder" *nicht*, „die Kinder im Sinne der staatlich anerkannten nationalen Gesinnung zu erziehen". Beachte zu dieser Feststellung Eggers die *Grundregel 5* der „Grundsätze des völkischen Gemeinschaftslebens" (i.d.F. des letzten Entwurfs des Volksgesetzbuches): „Die Eltern sind verpflichtet, ihre Kinder im *nationalsozialistischen Geist* leiblich und sittlich zum *Dienst am Volk* zu erziehen. *Partei und Staat* stehen ihnen mit ihren *Erziehungs- und Zuchtmitteln* zur Seite"; zit. nach SCHUBERT, S. 515.

[2601] EGGER II, Rn. 56 zu Art. 369.

[2602] EGGER II, Rn. 15 f. zu Art. 369.

Damit stellte Egger unmissverständlich klar, dass die Entmündigungsvoraussetzung der Gefährdung der Sicherheit Anderer s.E. ausschliesslich den *Schutz von Rechtsgütern Dritter* bezwecken konnte.

1.2.1.2.3.2 Persönlichkeitsgedanke

Die Zweitauflage zeigt, dass eine Entmündigung von „Geisteskranken", welche die Sicherheit Anderer gefährdeten, für Egger auch im Interesse der betroffenen Person selbst lag: Wer die Sicherheit Anderer gefährdete, gefährdete nach Eggers Ansicht nämlich „gleichermaßen auch seine *eigenen materiellen und immateriellen Interessen*".[2603] Diese Auffassung hatte auch schon Huber vertreten, wie die Protokolle der Expertenkommission, in welchen Huber wie folgt indirekt zitiert wird, belegen:

> „Gefährdung der Sicherheit anderer; dieses Moment werde in den kantonalen Rechten im Allgemeinen nicht hervorgehoben. Wenn man es annehme, so erfolge dies aus *zwei Gesichtspunkten*, einerseits weil der *Betroffene sich durch seine krankhafte Handlungsweise schwerer Verantwortlichkeit aussetze*, sowie andrerseits, weil er auch zur *Sicherheit seiner eigenen Person der Aufsicht bedürfe*. In diesen Fällen dürfe man sich nicht mit polizeilichen Massnahmen begnügen, sondern es müsse die Vorsorge eines Vormundes hinzutreten."[2604]

Egger und Huber erblickten in der Entmündigungsvoraussetzung der Gefährdung der Sicherheit Anderer – letztlich als Folge ebendieser Gefährdung – also *auch* den *Persönlichkeitsgedanken*.

1.2.2 Entmündigung wegen Verschwendung / Trunksucht etc., Art. 370 ZGB

Art. 370 ZGB[2605] bestimmte: „Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die durch *Verschwendung*, *Trunksucht*, *lasterhaften Lebenswandel* oder durch die *Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung* sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit Anderer gefährdet."

1.2.2.1 Entmündigungsgründe

1.2.2.1.1 Verschwendung

Objektiv verlangte Egger[2606] für eine Entmündigung wegen Verschwendung „übermäßig[e], über die eigenen Verhältnisse hinausgehend[e] und dabei unnütz[e], ziel- und

---

[2603] EGGER II, Rn. 56 zu Art. 369. Deshalb nahm Egger (a.a.O.) in solchen Fällen zugleich eine *Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten* i.S.d. Kapitels 1.2.1.2.1 sowie eine *Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit* i.S.d. Kapitels 1.2.1.2.2 an. Vgl. auch EGGER II, Rn. 59 zu Art. 369. Beachte den Hinweis in Fn. 2558.

[2604] Prot., S. 421 (= BeK III, Rn. 4112).

[2605] Bis auf die Erwähnung der *Misswirtschaft* materiell übereinstimmend Art. 379 E-ZGB, Art. 397 VE-ZGB.

[2606] Huber hatte sich zur Verschwendung nicht näher geäussert, vgl. Erl. Bd. I, S. 292 f. (= BeK II, Rn. 731); StenBull NR 1905, S. 1253.

zwecklos[e] Ausgaben", ein „törichte[s] Vertun" von Vermögen oder Einkommen „für unsinnigen Lebensaufwand und übertriebenen Luxus".[2607] So qualifizierte Egger etwa „Ausgaben für Spiel, Trunk, Vergnügungen, sinnlose Sammlungen, unnütze Bauten" als verschwenderisch.[2608] Stets sei dabei erforderlich, „daß ein Mißverhältnis zwischen der ökonomischen Leistungsfähigkeit und den Ausgaben entsteht".[2609] *Subjektiv* setzte Egger einen „in der Charakteranlage begründete[n] Hang" zur Verschwendung voraus; „eine Sucht[2610], also ein Trieb, die zur Verfügung stehenden Mittel zu vertun", eine „Charakterschwäche, ein Mangel an Widerstandskraft […], beruhe sie auf einer Schwäche des Verstandes oder des Willens, auf Unverständnis, oder auf Neigung zu Unbesonnenheit, Leichtsinn, Liederlichkeit, Prachtliebe, auf Verständnislosigkeit in den wirtschaftlichen Angelegenheiten und unangebrachter Vertrauensseligkeit oder auf einem Fehlen der unerläßlichen Voraussicht […]".[2611] Mit dieser subjektiven Komponente hob Egger, wie schon bei der Geisteskrankheit[2612], das Erfordernis eines gewissen Dauerzustandes hervor – eine Person schon wegen nur vereinzelter verschwenderischer Handlungen zu entmündigen, hielt Egger somit für unzulässig.[2613]

1.2.2.1.2 Misswirtschaft

Der Gesetzestext des Art. 370 ZGB sprach (im Gegensatz zur Marginalie) nicht von „Misswirtschaft", sondern (in Anlehnung an den früheren Art. 5 Ziff. 1 HFG[2614]) lediglich von der „Art und Weise" der Vermögensverwaltung. Diese Formulierung bezeichnete Egger als „für sich allein nichtssagend", weshalb er sie letztlich vor dem Hintergrund der *Entmündigungsvoraussetzungen*[2615] betrachtete – insbesondere der Gefahr des Notstandes oder der Verarmung für den Betroffenen bzw. dessen Familie.[2616] Der *Entmündigungsgrund* „Misswirtschaft" ergab sich für Egger also aus dieser *Gesamtbetrachtung*. Auch schon Huber hatte bemerkt, im *früheren*

> „Bundesgesetz [sc. HFG] und in einer Reihe kantonaler Rechte […] wird dann auch noch die Art und Weise der Vermögensverwaltung, die zu einem Notstande usw. führen könnte, als Bevormundungsgrund angeführt".[2617]

[2607] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 4, 5 ff. zu Art. 370.
[2608] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 370.
[2609] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 4, 5 f. zu Art. 370.
[2610] Falls diese Sucht ihre Ursache in einer *Geisteskrankheit* hatte, so war die betroffene Person gemäss EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370, aus *diesem* Grund zu entmündigen. Differenzierter EGGER II, Rn. 8 zu Art. 370 – beachte auch den Hinweis in Fn. 2558.
[2611] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370; EGGER II, Rn. 4, Rn. 8 f. zu Art. 370.
[2612] Vgl. bei Fn. 2566.
[2613] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 370; implizit sodann EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 370.
[2614] Vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 370; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 370.
[2615] Vgl. dazu Kapitel 1.2.2.2.
[2616] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370; EGGER II, Rn. 15 zu Art. 370.
[2617] Erl. Bd. I, S. 294 (= BeK II, Rn. 734) – beachte aber Fn. 2605 und Texte zu Fn. 2622, 2623.

Somit hatte auch Huber die *Misswirtschaft* implizit aus der Verbindung zwischen dem Passus „Art und Weise der Vermögensverwaltung" einerseits sowie „Notstande usw." andererseits hergeleitet.

Objektiv setzte die Misswirtschaft nach Eggers Ansicht ein „schlechte[s] Wirtschaften oder Haushalten" mit Vermögen oder Einkünften, eine „Verwahrlosung der eigenen Vermögensverwaltung" bzw. eine „sonstig[e] ungenügend[e] Besorgung der wirtschaftlichen Angelegenheiten" voraus.[2618] Dabei war s.E. erforderlich, dass sich das Verhalten des Betroffenen „nicht mit hinreichenden Gründen rechtfertigen" liess; dass also ein Verhalten vorlag, „das als unsinnig zu qualifizieren ist".[2619]

Zum Verhältnis der Misswirtschaft zur Verschwendung bemerkte Egger in der Zweitauflage, die Misswirtschaft „gehört […] neben die Verschwendung und soll diesen Grund ergänzen":[2620]

> „Die *Verschwendung* besteht in einem Verschleudern, somit in einer *irregeleiteten Aktivität*; die *Mißwirtschaft* betrifft vor allem ein *passives Verhalten*, die Vernachlässigung der Wirtschaftsführung, die Untätigkeit und Unbekümmertheit. Der Gewerbebetrieb wird sehr unordentlich, liederlich, ohne Rechnungsführung, mit leichtfertiger Kreditgewährung geführt. Eine gebrechliche Frau verzehrt ihr Einkommen, ohne sich im geringsten um ihre Verpflichtungen, die Zahlung von Zinsen, Steuern u. dgl. zu kümmern […]. Doch kann diese schlechte Wirtschaft sich auch in *positiven Akten äußern*, so in Verbürgungen. Stets muß ein Verhalten vorliegen, das als ähnlich unsinnig wie die Verschwendung erklärt zu werden verdient […]."[2621]

Trotz dieses Hinweises bleiben indes Unschärfen. In diesem Umstand lag ein Grund dafür, dass Huber diesen Bevormundungsgrund seinerzeit *nicht* in den VE-ZGB aufgenommen hatte:

> „Allein es besteht hierfür [sc. für die Aufnahme] kein Bedürfnis. Umgekehrt wird durch eine *so allgemeine Klausel* die *Behörde leicht in Verlegenheit versetzt* oder zu Handlungen der *Willkür* verleitet. Wer solche unverständige Handlungen vornimmt, fällt entweder unter die Geisteskranken oder die Geistesschwachen, oder er ist ein Verschwender oder führt ein lasterhaftes Leben. […]"[2622]

Huber hatte aus dieser Überlegung folgende Konsequenz gezogen:

> „[…] Bloss wegen seiner Originalität den Mann unter Vormundschaft zu setzen, dessen Gebaren in den Augen der Mitmenschen eine ‚unverständige Handlung' darstellt, einfach weil sie für sie nicht verständlich ist, der z.B. einer Erfindung nachjagt, liegt nicht im Interesse der öffentlichen Ordnung, und auch die Familie und die Armenbehörde haben keinen hinreichenden Grund, um in solchen Fällen die Verhängung der Vormundschaft mit Fug verlangen zu dürfen. Ebenso bei Widerstand gegen die Staatsgewalt oder Steuerverweigerung, was mit anderem tatsächlich schon als unter jenen Grund fallend zur Bevormundung benutzt worden ist. Hier überall handelt es sich um

---

[2618] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370; EGGER II, Rn. 17 f. zu Art. 370.

[2619] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 370 und sogleich Text zu Fn. 2621.

[2620] EGGER II, Rn. 15 zu Art. 370.

[2621] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 370; vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370.

[2622] Erl. Bd. I, S. 294 (= BeK II, Rn. 734); vgl. auch Prot., S. 419 (= BeK III, Rn. 4098).

Erscheinungen, die in den weiten Rahmen passen, in dem die Rechtsordnung einer jeden Person sich zur Geltung zu bringen gestattet, auf ihre Gefahr und mit ihrem Risiko. Es muss auch solche Käuze geben. *Bevormundung würde* hier den jede Sorge für das Vermögen weit *überragenden Grundsatz verletzen, dass ein jeder ein Recht hat, das zu sein, was er ist, und als Person, wie er ist, in seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit anerkannt zu werden, sobald er nichts Rechtswidriges begeht.*"[2623]

In dieser ablehnenden Haltung Hubers gegenüber der Aufnahme des Bevormundungsgrundes *Misswirtschaft* in den VE-ZGB lag ein entschiedenes Bekenntnis zur persönlichen Freiheit.

Subjektiv verlangte Egger, wie schon bei der Verschwendung, dass die Misswirtschaft ihren Grund in einer „Unfähigkeit" des Betroffenen finde; dass sie auf „einer Schwäche des Verstandes oder des Willens" beruhe.[2624] Damit wies Egger auch hier auf das Erfordernis eines gewissen Dauerzustandes hin – explizit hielt er entsprechend fest, dass „keineswegs vereinzelte unvernünftige, die ökonomischen Verhältnisse ungünstig beeinflussende Handlungen [genügen]" – „die Mißwirtschaft muß vielmehr das wirtschaftliche Gebahren im allgemeinen, die ganze Lebensführung betreffen […]".[2625]

1.2.2.1.3 Trunksucht

Egger[2626] umschrieb den Begriff der Trunksucht folgendermassen:

> „Die Trunksucht im Sinne des Gesetzes umfaßt auch die Trunkfälligkeit. Sie liegt in der Sucht, also in einer abnormen, unüberwindlichen Neigung zum regelmäßigen Genuß alkoholischer Getränke. […] Es genügt vollauf, wenn die übrigen vom Gesetz geforderten Voraussetzungen der Entmündigung (Gefahr des Notstandes, Fürsorgebedürftigkeit, Gefährdung der Sicherheit Anderer) sich bereits als Wirkungen des Trinkens und Hanges zum Trinken, des habituellen Zustandes der Trinkfälligkeit eingestellt haben. Gleichgültig ist das Maß des Alkoholkonsums. Entscheidend ist die Intoleranz gegen den Alkohol, die Widerstandsunfähigkeit gegen die Wirkungen desselben, der Hang und das Auftreten der genannten Folgeerscheinungen. […]"[2627]

Im Zusammenhang mit der Klärung des Begriffs „Trunksucht" stellte sich Egger jeweils die Frage, ob eine Entmündigung auch bei ähnlich gelagerten Fällen – so bei „Morphium- und Opiumsüchtige[n]" – zulässig sei.[2628] Diesbezüglich hielt er in der *Erstauflage* fest, letztere Personen wiesen zwar „das gleiche [Schutzbedürfnis]

[2623] Wie Fn. 2622.

[2624] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370; EGGER II, Rn. 17, 19 zu Art. 370.

[2625] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 19 zu Art. 370.

[2626] Huber hatte zur *Trunksucht* (lediglich) festgehalten, dass diese den lasterhaften Lebenswandel „nicht in sich [schliesst]" – „sie kann eine Krankheit sein" und „verlangt also nicht die moralische Taxation, wie sie mit der Nennung des Lastsers gegeben wird"; Erl. Bd. I, S. 292 (= BeK II, Rn. 731); vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 1253.

[2627] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 32 f. zu Art. 370. Falls diese Sucht ihre Ursache in einer *Geisteskrankheit* hatte, so war die betroffene Person nach Eggers Ansicht (wohl) aus *diesem* Grund zu entmündigen; vgl. a.a.O. Beachte auch den Hinweis in Fn. 2558.

[2628] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 370.

wie dasjenige der Trinker" auf, betonte dann allerdings:[2629]

> „Doch *verbietet* sich die *analoge Anwendung* der *Entmündigungsgründe*. Sie ist auch nicht dringend […]. Unter Umständen kann Entmündigung wegen lasterhaften Lebenswandels erfolgen."[2630]

Hier sprach sich Egger (Huber hatte sich, soweit ersichtlich, zu dieser Frage nicht geäussert[2631]) also – implizit: zum Schutz vor willkürlicher Entmündigung und damit im Interesse der persönlichen Freiheit – gegen die „analoge Anwendung der Entmündigungsgründe" aus. In der *Zweitauflage* hielt er demgegenüber fest:

> „Neuere Gesetze beziehen diese Gifte ausdrücklich ein (österr. Entm.O […], it. Cod. civ. […], Schweden, Vorm.-Ges. […], vereinzelt auch kantonale Fürsorgegesetze […]. Auch das schweiz. StGB[2632] stellt die Personen, welche Rauschgifte gewohnheitsmäßig mißbrauchen, den Gewohnheitstrinkern gleich, Art. 45. Im Zivilrecht bedarf es dessen nicht […], da uns die *Analogie offensteht* […]. Eine entsprechende Anwendung drängt sich auf; denn es liegt ein *gleichartiges Schutzbedürfnis* vor, ja sogar *ein noch stärkeres*. Das gefährlichere Nervengift darf nicht anders behandelt werden als das mildere […]."[2633]

Durchaus bildete der Schutz vor unbegründeter Entmündigung für Egger auch in der Zweitauflage ein zentrales Anliegen – diesem Schutz mass er hier aber schwergewichtig bei der Prüfung der Entmündigungs*voraussetzungen* Bedeutung zu:

> „Die Gesetzgebung regelt die Entmündigungsgründe kasuistisch. Aber der Aufzählung liegt *ein* Gedanke zugrunde, *ein* Entmündigungsgrund: die Menschen, die sich als unfähig erweisen, sich im Leben zu behaupten und ihren Platz in der menschlichen Gemeinschaft auszufüllen, sollen des vormundschaftlichen Schutzes teilhaftig werden […]. Deshalb müssen die Entmündigungsgründe i.e.S. *keineswegs in favore libertatis schlechterdings einengend ausgelegt werden*. Eine *ausdehnende Auslegung* ist überall *gerechtfertigt*, wo sich ein *gleiches persönliches Schutzbedürfnis* herausstellt. Als *Geisteskrankheit oder Geistesschwäche* darf jede wie immer beschaffene geistige Anomalie betrachtet werden […]. Als *Trunksucht* muß auch die Sucht nach andern als alkoholischen Giften erklärt werden […]. Selbst die an sich schon weitgefaßten Gründe der *Verschwendung und der Mißwirtschaft* sind einer analogen Anwendung fähig […]. Das Kriterium, das die *gebotenen Schranken* aufrichtet, liegt in dem besonderen Erfordernis der *Schutzbedürftigkeit*. – Wenn das Gesetz trotzdem an der Aufzählung der Entmündigungsgründe i.e.S. festhält, will es damit eine *sichere Handhabung in der Praxis erleichtern* und der *Rechtsverwirklichung* dienen: es zählt die wichtigsten, typischen Fälle auf. […] Die Abwehreinstellung im 19. Jahrhundert[2634] mußte die Analogie ablehnen und stellte damit die Vormundschaft neben das Strafrecht. Aber die Auffassung, daß es sich (nur) um ein Freiheitsproblem handle, ist zu eng. Ob die persönliche Freiheit, wie sie die

---

[2629] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 370.

[2630] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 370.

[2631] Vgl. nur Botsch.-ZGB, S. 46 (= BeK III, Rn. 11352); Erl. Bd. I, S. 292 f. (= BeK II, Rn. 731).

[2632] Beachte dazu Fn. 2695.

[2633] EGGER II, Rn. 34 zu Art. 370.

[2634] In diesem Hinweis Eggers liegt eine Anspielung auf den in der Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) konkretisierten und bis heute zentralen Grundsatz *„nulla poena sine lege"* (vgl. FEUERBACH, § 20): Keine Strafe ohne Gesetz. S. dazu EISENHARDT, Rn. 725 ff.

> Handlungsfähigkeit begründet und die zweifellos ein hohes Rechtsgut ist […], für ihre Träger noch eine Wohltat oder aber eine Plage geworden sei, eine Gefahr und ein Uebel, das ist in jedem Einzelfall die Frage. Die Gewähr gegen unbegründete Entmündigung liegt in der sorgfältigen Prüfung der Entmündigungs*voraussetzungen* […] und in der Handhabung der vormundschaftlichen Maßnahmen nur nach Maßgabe der vorhandenen Schutzbedürftigkeit […].“[2635]

Der hier propagierten Zulässigkeit der Analogiebildung bei den Entmündigungs*gründen* stellte Egger also eine gründliche (im Vergleich zur Erstauflage indes nicht (noch) strengere) Prüfung der Entmündigungs*voraussetzungen* gegenüber. Festzuhalten ist einerseits, dass Egger sowohl in der Erstauflage[2636] als auch in der Zweitauflage[2637] annahm, dass alkoholabhängige Personen das *gleiche Schutzbedürfnis* aufwiesen wie Personen, die von anderen Substanzen abhängig waren; und dass andererseits Egger die Frage der Zulässigkeit der Analogiebildung in beiden Kommentarauflagen unterschiedlich beantwortete. Daraus ergibt sich hier eine *Abweichung* zwischen der Erst- und der Zweitauflage. Anhaltspunkte dafür, dass diese Abweichung über die genannte Konstellation hinaus von praktischer Bedeutung[2638] gewesen wäre, finden sich in Eggers Kommentarwerk allerdings nicht.

1.2.2.1.4 Lasterhafter Lebenswandel

Vorderhand schwer greifbar – und deshalb mit Blick auf die persönliche Freiheit nicht ungefährlich – wirkt der Entmündigungsgrund des lasterhaften Lebenswandels. Egger hielt dazu fest:

> „Lasterhafter Lebenswandel […] ist eine auf *Mängeln des Charakters oder des Willens* beruhende *Lebensführung*, die *gröblich* gegen die *Anforderungen* verstößt, welche die *Gemeinschaft an den Einzelnen* um seiner selber und um des geordneten Zusammenlebens willen stellen muß. Er besteht in einem *andauernden Verhalten*, welches gegen ‚Recht und Sittlichkeit‘, somit gegen unsere geschriebene und ungeschriebene *Rechtsordnung* in einem *Maße* verstößt, das die *Rechtsgemeinschaft nicht dulden kann*. Er ist eine Lebensweise, welche die *Gesetze des menschlichen Zusammenlebens*, die ‚unerläßlichen allgemein gültige norma agendi‘ *mißachtet*. Die Personen von lasterhaftem Lebenswandel sind entwurzelt, haltlos und *gefährden deshalb sich selber und die Umwelt, sich selber*, weil sie bei dieser Lebensweise verkommen müssen, Not und Elend, Krankheit und Siechtum verfallen, *die Anderen und die Gemeinschaft*, weil die Mißachtung der allgemein anerkannten Lebensregeln sie dem Verbrechertum zuführt. – Lasterhaft sind somit […] die *Asozialen* und die *Antisozialen*, *jene* die wesentlich willensschwachen, haltlosen Menschen, welche die Impulse zu Arbeit und geregeltem Leben nicht aufbringen, die Liederlichen und Arbeitsscheuen, *diese* die aktiven Naturen mit kriminellen Dispositionen, die Gefahr laufen, Gewohnheitsverbrecher zu werden. […]“[2639]

[2635] EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 369. Vgl. auch Text zu Fn. 2568; EGGER II, Rn. 32 a.E. zu Art. 370.

[2636] Vgl. Text zu Fn. 2629.

[2637] Vgl. Text zu Fn. 2633.

[2638] Vgl. ohnehin den letzten Satz im Text zu Fn. 2630.

[2639] EGGER II, Rn. 45 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 46, 54 zu Art. 370; inhaltlich ebenso EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370, wobei Egger hier terminologisch nicht zwischen „Antisozialen“ und „Asozialen“ differenzierte,

Auch bei diesem Entmündigungsgrund verlangte Egger[2640] also wiederum eine *subjektive* Komponente – womit er das Erfordernis eines gewissen Dauerzustands betonte – sowie eine *objektive* Komponente.[2641] Hinsichtlich derselben ist festzuhalten, dass Egger für das gesellschaftliche Zusammenleben bestimmte *„Anforderungen"* an das Verhalten einer Person im Sinne einer *minimalen Einordnung* in die Gemeinschaft stellte, deren Nichterfüllung im *Interesse der Letzteren* sowie des *Betroffenen selbst* nicht folgenlos bleiben durfte. Daraus erhellt, dass Egger dem vorliegenden Entmündigungsgrund nicht etwa den Zweck zumass, als Legitimation für die Bevormundung von Personen zu dienen, die ihr Leben lediglich unkonventionell gestalteten.[2642] Nötig war s.E. vielmehr, dass die fragliche Lebensführung in qualifizierter Weise gegen besagte „Anforderungen" verstiess; dass sie zu Letzteren „in *krassem* Widerspruch" stand.[2643] Konkret nahm Egger einen lasterhaften Lebenswandel namentlich an bei „gewerbsmäßigen oder gewohnheitsmäßigen Verbrecher[n]"[2644], worunter er „Betrüger, Diebe, Hochstapler" subsumierte; ebenso ging Egger von einem lasterhaften Lebenswandel aus bei „liederlichen und arbeitsscheuen Individuen (Vagabunden, Strolche, Bettler, verwahrloste Personen)".[2645] Betreffend das „Gebiete des Geschlechtslebens" im Speziellen erblickte Egger einen lasterhaften Lebenswandel „in der gewerblichen Unzucht und im Berufsdirnentum, in der Päderastie, im andauernd betätigten Hange eines Wüstlings zur Verführung junger Mädchen […]".[2646] Wie bei allen Entmündigungsgründen war für eine Bevormundung aber stets erforderlich, dass neben dem Entmündigungs*grund* auch eine der nachfolgenden Entmündigungs*voraussetzungen* vorlag.

---

sondern das Verhalten von Personen beider Gruppen als ein „antisoziales" bezeichnete – die Personen der ersten Gruppe stufte er indes als „unmittelbar gemeinschaftsgefährden[d]" ein, wohingegen er den Personen der zweiten Gruppe „eine vom Standpunkt der Allgemeinheit und der Kultur aus unerträglich niedrige persönliche Lebenshaltung" attestierte (und folglich implizt als bloss mittelbar gemeinschaftsgefährdend qualifizierte).

2640 Huber hatte sich zum lasterhaften Lebenswandel nicht näher geäussert; vgl. immerhin Botsch.-ZGB, S. 46 (= BeK III, Rn. 11352); StenBull NR 1905, S. 1253.

2641 Falls der lasterhafte Lebenswandel seine Ursache in einer *Geisteskrankheit* hatte, so war die betroffene Person nach Eggers Ansicht aus *diesem* Grund zu entmündigen; vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370; wohl auch EGGER II, Rn. 44 ff. zu Art. 370. Beachte sodann den Hinweis in Fn. 2558.

2642 Vgl. daher auch Eggers Hinweis, wonach es sich bei der *Lasterhaftigkeit* des Lebenswandels „nicht so sehr um eine *moralische* Beurteilung handelt als um eine *soziale* Bewertung" – „es muß eine Lebensführung vorliegen, welche von der *Gemeinschaft* als unerträglich verurteilt wird"; EGGER II, Rn. 46 zu Art. 370. Entsprechend konstatierte Egger, „die Bezeichnung ‚Lasterhafter Lebenswandel' […] [ist] nicht glücklich […]", da sie „im vornherein eine moralische Verurteilung enthält"; EGGER II, Rn. 45 zu Art. 370.

2643 So explizit EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370.

2644 Egger bemerkte denn auch: „Damit rückt das Zivilrecht an die Seite des Strafrechts und stellt sich ebenfalls in den Dienst der Verbrechensbekämpfung. […]"; EGGER I, Anm. 4b zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 44 f., 54 zu Art. 370.

2645 EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 47 zu Art. 370.

2646 Wie Fn. 2645.

1.2.2.2 Entmündigungsvoraussetzungen

1.2.2.2.1 Gefahr des Notstandes bzw. der Verarmung

Als erste mögliche Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 370 ZGB die Konstellation, dass der Betroffene wegen eines in dieser Norm genannten Entmündigungsgrundes (also Verschwendung etc.) *sich selbst* oder *seine Familie* „der *Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung* [aussetzte]".[2647]
Egger bemerkte, verlangt werde die *begründete Befürchtung* (also nicht erst der tatsächliche Eintritt) eines absehbaren Notstandes bzw. einer absehbaren Verarmung.[2648] Ein *„Notstand"* lag s.E. vor, „wenn die Lebenshaltung unter die bisherige Höhe hinuntersinken muß"; und eine *„Verarmung"* setzte nach Eggers Ansicht einen „Verlust des Vermögens" bzw. eine „Einkommenslosigkeit" voraus.[2649]

1.2.2.2.1.1 Persönlichkeitsgedanke

Die Notstands- bzw. Verarmungsgefahr konnte sich gemäss dem Gesetzeswortlaut auf den *Betroffenen* selbst beziehen, wobei Egger diese Gefahren naheliegenderweise zunächst in den Entmündigungsgründen der *Verschwendung* sowie der *Misswirtschaft* erblickte.[2650] Ebenso aber in der *Trunksucht*:

> „[…] Der Trinker ist ein schlechter Wirtschafter. Er vernachlässigt Beruf und Gewerbe, setzt seine Arbeit aus, kümmert sich nicht um sein Geschäft und seine geschäftlichen Verpflichtungen; er wird *zur Arbeit unlustig und unfähig*; verliert seine Stelle, flieht in andere Berufe. *Seine Einnahmen gehen zurück* oder *versiegen ganz*. […]"[2651]

Auch konnte s.E. ein *lasterhafter Lebenswandel* mit besagten Gefahren einhergehen:[2652]

> „Die Dirnen sind regelmäßig der Gefahr der Erkrankung ausgesetzt; durch ihre Lebensweise werden sie *arbeitsuntüchtig*; sie verfallen der *öffentlichen Fürsorge*. Bei Liederlichkeit und Arbeitsscheu, Vagantentum und Bettel hat sich die Gefahr zumeist schon *verwirklicht*."[2653]

In all diesen Konstellationen zielte eine Bevormundung nach Eggers Ansicht folglich – im Interesse der betroffenen Person; mit Blick auf den *Persönlichkeitsgedanken* – darauf ab, besagte Gefahren abzuwenden bzw. bereits eingetretene Folgen zu mildern respektive, wo möglich, zu beseitigen.

[2647] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.2.
[2648] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 11 f. zu Art. 370.
[2649] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 11 zu Art. 370.
[2650] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370; EGGER II, Rn. 10, 13, Rn. 21 i.V.m. Rn. 10, 13 zu Art. 370.
[2651] EGGER II, Rn. 37 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 36 zu Art. 370; EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370.
[2652] EGGER II, Rn. 49 zu Art. 370.
[2653] EGGER II, Rn. 49 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 44 zu Art. 370.

1.2.2.2.1.2 Gemeinschaftsgedanke

Die Notstands- bzw. Verarmungsgefahr konnte sich gemäss dem Gesetzeswortlaut auch auf die *Familie* des Betroffenen beziehen – wodurch das ZGB für Egger dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung trug. Auch in diesem Zusammenhang erblickte Egger selbstredend in der Verschwendung sowie der Misswirtschaft akute Gefahren. So hielt er bezüglich der *Verschwendung* fest:

> „Wichtiger ist das Vorgehen gegen Familienväter, Hausvorstände, Ehegatten, Eltern: dieser Entmündigungsgrund zielt vor allem auf den *Schutz der Familie* ab. Das Familienhaupt muß seinen Angehörigen den Unterhalt gewähren, Art. 160, 161, 272. Dieser darf nicht durch *unvernünftigen Aufwand* in Frage gestellt werden; ebensowenig sollen Unterstützungsansprüche darunter leiden, Art. 328/9. Die *Leistungsfähigkeit des Verpflichteten* soll *erhalten bleiben* und sichergestellt werden. […]"[2654]

In diesem Sinne bemerkte Egger auch betreffend die *Misswirtschaft*:

> „Im StR [sc. Ständerat] wurden die beiden Tendenzen der Wahrung der persönlichen Freiheit und der Verteidigung der *ökonomischen Interessen* des Schutzbedürftigen und seiner *Familie* einander gegenübergestellt. Es entspricht einem allgemeinen Zuge des schweizerischen Rechtes, in einem solchen Konflikte die *Familieninteressen nicht zurückzusetzen*, vgl. die Regelung der Unterhaltspflicht, Art. 328/9, und des Pflichtteils, Art. 471. Daß bei der *Verwaltung des Vermögens die Interessen der Familie* gewahrt werden müssen, gelangt auch im neuen Bürgschaftsrecht zum Ausdruck, OR Art. 494: Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten. […]"[2655]

Daneben wies Egger auf die hohe Notstands- bzw. Verarmungsgefahr für die Familie im Falle der *Trunksucht* – gerade der Trunksucht des *Ernährers* der Familie – hin.[2656] Im Zusammenhang mit der *Trunksucht* führte Egger neben Familieninteressen ferner *Allgemeininteressen wirtschaftlicher Art* an der Bevormundung Trunksüchtiger ins Feld. Dabei begriff Egger den Schutz dieser Interessen zwar nicht als *Zweck* der Bevormundung, doch konstatierte er, „die *Belastung der Armenkasse* durch Trinkerfamilien ist groß".[2657] Dieser Gedanke findet sich übrigens in entsprechender Weise bei Eggers Ausführungen zu Personen *lasterhaften Lebenswandels* – die Annahme, dass Egger ihn unausgesprochen auch bei der Verschwendung sowie der Misswirtschaft vor Augen hatte, liegt auf der Hand.[2658] Damit wird deutlich, dass Egger vorliegend von einem *Gleichlauf* der Individual-, Familien- und Allgemeininteressen ausging.

[2654] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 10 zu Art. 370; EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370.

[2655] EGGER II, Rn. 16 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 21 i.V.m. Rn. 10, 13 zu Art. 370; EGGER I, Anm. 2b, 5a zu Art. 370.

[2656] Vgl. EGGER II, Rn. 37 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 36 zu Art. 370; EGGER I, Anm. 5a zu Art. 370.

[2657] Vgl. EGGER II, Rn. 37 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 36 zu Art. 370.

[2658] Vgl. oben im Text zu Fn. 2653 den Hinweis auf die *öffentliche Fürsorge*.

1.2.2.2.2 Dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit

Als zweite mögliche Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 370 ZGB (wie schon Art. 369 Abs. 1 ZGB[2659]) die Konstellation, dass der Betroffene wegen eines in dieser Norm genannten Entmündigungsgrundes *dauernd des Beistandes und der Fürsorge* bedurfte.[2660]

1.2.2.2.2.1 Persönlichkeitsgedanke

Dieser Entmündigungsvoraussetzung mass Egger zum einen bei der *Trunksucht* eine zentrale Bedeutung zu: Namentlich wies er auf die durch die Trunksucht bedingte Gefährdung der Gesundheit sowie der wirtschaftlichen Existenz des Betroffenen hin; ebenso auf die Gefahr, dass Letzterer Pflichten vernachlässigte, die ihm oblagen.[2661] Egger hielt (daher) fest:

> „Die Entmündigung soll den Trunksüchtigen Beistand und Fürsorge bringen und ihnen die Heilung ermöglichen. Deshalb muß die Entmündigung möglichst früh[2662] einsetzen. […]"[2663]

Zum andern bemerkte Egger schon in der Erstauflage bezüglich Personen *lasterhaften Lebenswandels*:

> „Infolge ihrer Haltlosigkeit, ihrer verbrecherischen Neigungen oder Arbeitsscheu sind aber auch die Personen mit lasterhaftem Lebenswandel unfähig, angemessen für sich selbst zu sorgen und bedürfen somit ebenfalls vormundschaftlicher Fürsorge."[2664]

Diesbezüglich führte Egger in der Zweitauflage näher aus:

> „Der Lasterhafte beweist durch seine Lebensführung, daß ihm die geistigen Kräfte zu seiner Eingliederung in das Gemeinschaftsleben fehlen, daß er auf Abwege geraten ist und daß er des Beistandes und der Fürsorge bedarf und zwar dauernd, um vor weiterem Abgleiten behütet zu werden und wenn möglich den Weg zurückzufinden. Die Fürsorgebehörde wird im Lasterhaften immer wieder den Schutzbedürftigen erkennen. – In einigen gegenden Deutschlands werden Lasterhafte, bes. Dirnen, als Geistesschwache mit der Begründung entmündigt, daß sie unfähig seien zur Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten […]. Der vorl. Art. erspart uns diesen Umweg."[2665]

In diesen Aussagen argumentierte Egger mit den Interessen der betroffenen Person selbst an ihrer Bevormundung – also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.

[2659] Vgl. Kapitel 1.2.1.2.2.

[2660] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.2.

[2661] Vgl. EGGER II, Rn. 36 zu Art. 370.

[2662] Als „entmündigungsreif" qualifizierte Egger einen Trunksüchtigen, welcher „sich seiner Sucht nicht mehr erwehren und auch auf seine und der Seinigen Anstrengungen hin die Heilung nicht mehr durch eine freiwillige – und bis zu Ende durchgeführte – Heilbehandlung zu gewinnen vermag"; EGGER I, Anm. 5b zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 36 zu Art. 370.

[2663] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 370; vgl. auch EGGER II, Rn. 36 zu Art. 370.

[2664] EGGER I, Anm. 5b zu Art. 370.

[2665] EGGER II, Rn. 50 zu Art. 370, vgl. auch Rn. 44, 52 zu Art. 370.

1.2.2.2.2.2 Gemeinschaftsgedanke

Im Zusammenhang mit der *Trunksucht* sprach Egger zudem davon, dass die Gewährung von Beistand und Fürsorge für den Betroffenen auch im Interesse seiner *Familie*[2666] sowie der *Allgemeinheit* liege. Hinsichtlich der Letztgenanten bemerkte Egger schon in der Erstauflage, jüngst „hat sich das Verständnis für die Notwendigkeit der Bekämpfung des Alkoholismus sehr verbreitet".[2667] An diese Feststellung knüpfte Egger in der Zweitauflage an, wo er den Alkoholismus als „eine der verheerendsten Volksseuchen" bezeichnete.[2668] Dabei ging Egger auf verschiedene Massnahmen des Bundes und der Kantone ein, die darauf abzielten, diesem gesellschaftlich verbreiteten Problem zu begegnen.[2669] Entsprechend bemerkte Egger, durch die Aufnahme des Entmündigungsgrundes *Trunksucht* in das ZGB stelle sich ebendieses „in den Dienst der Bekämpfung des Alkoholismus".[2670]

1.2.2.2.3 Gefährdung der Sicherheit Anderer

Als dritte und letzte mögliche Entmündigungsvoraussetzung nannte Art. 370 ZGB (ebenfalls wie schon Art. 369 Abs. 1 ZGB[2671]) die Konstellation, dass der Betroffene wegen eines in dieser Norm genannten Entmündigungsgrundes „die *Sicherheit Anderer [gefährdete]*".[2672]

Dieser Entmündigungsvoraussetzung hatte schon Huber im Zusammenhang mit der *Trunksucht* sowie dem *lasterhaften Lebenswandel* eine zentrale Bedeutung zuerkannt:

> „Die Gefährdung der Sicherheit anderer ist dabei hier, wie auch bei den Geisteskranken, als eine Voraussetzung der Entmündigung genannt, weil dieser Gefährdung *durch die persönliche Fürsorge eines Vormundes*, mit Beaufsichtigung der Lebensführung, Versorgung in passenden Anstalten und andern Maßregeln, *auf die Dauer am sichersten entgegengewirkt* werden kann."[2673]

In diesem Sinne führte Egger bezüglich der *Trunksucht* aus:

> „Der Alkoholiker wird sich selber[2674] und andern gefährlich, nicht nur im Zustande der Betrunkenheit, sondern dauernd. Er erleidet eine intellektuelle und moralische

---

[2666] Vgl. EGGER II, Rn. 36 zu Art. 370.
[2667] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 370.
[2668] EGGER II, Rn. 24 zu Art. 370 (mit einem Abriss über die gesellschaftliche Problematik des Alkoholismus).
[2669] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 25 ff., 29 f. zu Art. 370.
[2670] EGGER II, Rn. 28 zu Art. 370 (wo Egger zudem auf die Schutzbestimmungen des *Ehe-* sowie des *Eltern- und Kindesrechts* hinwies – so auch schon EGGER I, Anm. 3b zu Art. 370). In der Zweitauflage wies Egger zudem auf eine insgesamt nicht überragende Bedeutung des Vormundschaftsrechts bei besagter „Bekämpfung des Alkoholismus" hin, was er neben einer zu strengen Gerichtspraxis zurückführte auf die „materiell[e] Ueberlegenheit der kant. Fürsorgegesetze: klare Zielsetzung, behutsames Vorgehen in einer angemessenen Stufenfolge der Maßnahmen; Ziel: die Heilung, Mittel: Willensbeeinflussung im Sinne der Enthaltsamkeit" – so sei in Kantonen mit solchen Gesetzen „in vielen Fällen ohne Entmündigung" auszukommen (vgl. zu Letzterem auch schon EGGER I, Anm. 5d zu Art. 370). Für Näheres vgl. EGGER II, Rn. 31 zu Art. 370.
[2671] Vgl. Kapitel 1.2.1.2.3.
[2672] Für den Gesetzeswortlaut vgl. Kapitel 1.2.2.
[2673] Botsch.-ZGB, S. 46 (= BeK III, Rn. 11352).
[2674] Für diese Situation vgl. Kapitel 1.2.2.2.2.1.

> Deformierung; er erliegt seinen Affekten, die Hemmungen versagen. Er wird roh, gewalttätig, mißhandelt die Angehörigen, die auf das schwerste gefährdet sein können; er kann zur Gefahr auch für die weitere Umwelt werden. Der enge Zusammenhang zwischen Alkoholismus und Verbrechertum ist bekannt […]."[2675]

In der Bevormundung Trunksüchtiger wegen Gefährdung der Sicherheit Anderer erblickte Egger also wiederum[2676] den Schutz von Rechtsgütern Dritter – wobei er als solche Dritte zunächst die *Familienangehörigen* des Betroffenen im Blick hatte, überdies aber auch *alle anderen gefährdeten Dritten*.

Der vorliegenden Entmündigungsvoraussetzung mass Egger sodann, ebenfalls wie schon Huber, beim *lasterhaften Lebenswandel* Bedeutung zu:[2677] Die *„Antisozialen"*[2678] – darunter fasste Egger „die aktiven Naturen mit kriminellen Dispositionen, die Gefahr laufen, Gewohnheitsverbrecher zu werden"[2679] (wie z.B. „Betrüger, Diebe, Hochstapler"[2680]) – wirkten nach Eggers Ansicht *„unmittelbar gemeinschaftsgefährdend"*[2681]. Hier nahm Egger also eine direkte Gefahr für die Rechtsgüter Dritter an; dies insbesondere für „Leib und Leben, Vermögen und Ehre"[2682]. Der Gruppe der „Antisozialen" ordnete Egger ferner die *Prostituierten* zu, da er in deren Erwerbstätigkeit aufgrund des Risikos der Krankheitsübertragung von einer „leibliche[n] Gefährdung Dritter" ausging:[2683]

> „Wohl werden *zunächst* dadurch nur *Personen* gefährdet, die sich aus *eigenem Antrieb* in diese Gefahr begeben […]. *Aber indirekt* können dadurch auch *Dritte (Familienangehörige)* aufs schwerste gefährdet werden. Die Entmündigung nur auf die Fälle direkter Gefährdung zu beschränken, wäre gewiß nicht gerechtfertigt. Aber auch eine durch den Dritten mitverursachte oder mitverschuldete Gefährdung schließt nicht aus, daß das Erfordernis des Art. 370 erfüllt ist. Es muß genügen, daß eine *ernstliche Gefährdung* vorliegt. *Dann* soll der Schutz eingreifen um der Dritten, aber auch um des Interdizenden selber[2684] willen."[2685]

[2675] EGGER II, Rn. 38 zu Art. 370; vgl. auch EGGER I, Anm. 5c zu Art. 370 i.V.m. Anm. 3c zu Art. 369.

[2676] Vgl. schon die Ausführungen in Kapitel 1.2.1.2.3.1.

[2677] Vgl. EGGER I, Anm. 5c zu Art. 370 i.V.m. Anm. 3c zu Art. 369; EGGER II, Rn. 51 zu Art. 370.

[2678] Beachte den Hinweis zur dieser Terminologie in Fn. 2639.

[2679] Vgl. Text zu Fn. 2639.

[2680] Vgl. Text zu Fn. 2645.

[2681] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370.

[2682] Vgl. EGGER II, Rn. 51 zu Art. 370; vgl. auch schon Kapitel 1.2.1.2.3.1. Die Gefährdung der Sicherheit Anderer konnte nach Eggers Ansicht (a.a.O.) aber auch eine *„sittliche"* sein – so nahm Egger eine Gefährdung unbestimmter Dritter, der „Dorfjugend" an, wenn „eine Frau seit längerer Zeit Schundliteratur an Schulkinder [verkauft] und dafür Sachen [eintauscht], von denen sie wissen mußte, daß sie von den Kindern daheim oder anderswo gestohlen worden waren".

[2683] EGGER II, Rn. 51 zu Art. 370.

[2684] Zur Bevormundung einer Prostituierten wegen *drohender Notstands- bzw. Verarmungsgefahr* vgl. schon Kapitel 1.2.2.2.1.1; und wegen *dauernder Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit* Kapitel 1.2.2.2.2.1 – dabei insbes. den letzten Satz im Text zu Fn. 2665.

[2685] EGGER II, Rn. 51 zu Art. 370.

Wegen *Gefährdung der Sicherheit Anderer*[2686] sprach sich Egger also dann für die Bevormundung einer Prostituierten aus, wenn Letztere an einer übertragbaren Krankheit litt und daher eine „ernstliche Gefährdung" für die Gesundheit ihres Kunden – und somit indirekt für dessen Familie – darstellte.
Im Gegensatz zu den eben beschriebenen „Antisozialen" wirkten nach Eggers Ansicht die *„Asozialen"*[2687] – darunter fasste Egger insbesondere „die Liederlichen und Arbeitsscheuen"[2688] – offenbar (nur) *mittelbar gemeinschaftsgefährdend*; Egger attestierte solchen Personen „eine vom Standpunkt der Allgemeinheit und der Kultur aus *unerträglich niedrige persönliche Lebenshaltung*", weshalb s.E. auch sie unter Vormundschaft zu stellen waren.[2689] Diese Ansicht Eggers erscheint nicht nur konzeptionswidrig – die von Egger bei der Entmündigungsvoraussetzung der Gefährdung der Sicherheit Anderer sonst geforderte *konkrete Gefahr für Rechtsgüter Dritter* ist nicht ohne Weiteres ersichtlich –, sondern mit Blick auf die persönliche Freiheit der betroffenen Person auch nicht als unproblematisch.

1.2.3 Entmündigung wegen Freiheitsstrafe, Art. 371 ZGB

Art. 371 Abs. 1 ZGB[2690] bestimmte: „Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist."
Entmündigungs*grund* bildete die mindestens ein Jahr dauernde Freiheitsstrafe – „nicht die *Verurteilung*" zu dieser Strafe durch das Gericht an sich, wie Egger hervorhob, sondern „die *Haft*, die *Freiheitsentziehung*".[2691] Diese Ansicht hatte derjenigen von Huber entsprochen.[2692] Entmündigungs*voraussetzungen* nannte Art. 371 ZGB – anders als die Art. 369 f. und Art. 372[2693] ZGB – *keine*.[2694]
Wohl aufgrund dieser Ausgangslage gestaltete Egger die Kommentierung des Art. 371 ZGB in der *Erstauflage*[2695] knapp.[2696] Anders in der *Zweitauflage*, wo er nähere konzeptionelle Überlegungen anstellte[2697] – was zu einer Abweichung zur

---

[2686] Beachte den Hinweis in Fn. 2684.
[2687] Beachte auch hier den Hinweis zu dieser Terminologie in Fn. 2639.
[2688] Vgl. Text zu Fn. 2639.
[2689] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 370.
[2690] Identisch Art. 380 Abs. 1 E-ZGB und Art. 398 Abs. 1 VE-ZGB.
[2691] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 371; vgl. auch EGGER I, Anm. 2 zu Art. 371. Deshalb existierte nach Eggers Ansicht auch die in Art. 371 Abs. 2 ZGB statuierte Mitteilungspflicht (dazu Kapitel 2.1) der Strafvollzugsbehörde bei *Strafantritt* des Betroffenen an die zur Entmündigung zuständige Behörde, die *nun* zur Entmündigung schreiten musste; a.a.O.
[2692] Vgl. Erl. Bd. I, S. 293 (= BeK II, Rn. 732).
[2693] Dazu Kapitel 1.2.4.
[2694] Vgl. auch EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 371.
[2695] Als 1914 die Erstauflage von Eggers FamR-Komm. erschien, war das Strafrecht noch für lange Zeit Sache der Kantone – das Schweizerische StGB trat erst am 1.1.1942 in Kraft.
[2696] S. in diesem Zusammenhang auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 373, betreffend das Entmündigungsverfahren.
[2697] Der Grund für diese nähere Auseinandersetzung mit Art. 371 ZGB ist wohl in dem von Egger festgestellten Umstand zu sehen, dass „die allzu knappe, absolute Fassung des Artikels die Anwendung vor große Schwierigkeiten [stellt]" – Egger wollte die Norm daher „im Sinn und Geist von Art. 1 aus den

Erstauflage führte:

> „Nach dem Wortlaut und der Vorgeschichte […] gilt dieser Grund [sc. Freiheitsstrafe] *absolut*[2698], und dies entspricht auch der bisherigen Auffassung […]. *Doch das kann nicht richtig sein* […]. – *Jede Entmündigung erhält ihren Sinn nur durch die Entmündigungsvoraussetzung; ohne diese wird die Bevormundung sinnlos.* […] Sinnvoll wird auch diese Entmündigung nur bei Schutzbedürftigkeit des Sträflings; wenn diese nicht vorliegt, darf es keine Entmündigung geben. Diese Voraussetzung ist vom StR [sc. Ständerat] gestrichen worden; aber dieser Vorgang bei der Gesetzesberatung bindet die Auslegung nicht […]. *Art. 371 unterstellt die Schutzbedürftigkeit.* Der *eigentliche Grund* […] der Bevormundung liegt […] *nicht in der Freiheitsstrafe*, sondern in der *Notwendigkeit, die Interessen des Sträflings zu wahren* […].“[2699]

In dieser Aussage gelangte Egger zum Schluss, erst die *Schutzbedürftigkeit* des (konkreten) Sträflings legitimiere dessen Bevormundung. Dies erweckt den Eindruck, als sei Egger in der Zweitauflage von einer *widerlegbaren Vermutung* der Schutzbedürftigkeit ausgegangen. Und in der Tat nahm Egger eine widerlegbare Vermutung ausdrücklich an betreffend *„die Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten“* (diese von Art. 369 Abs. 1 bzw. Art. 372 ZGB[2700] bekannte Entmündigungsvoraussetzung lag dem Art. 371 ZGB nach Eggers Auffassung „unausgesprochen“ zugrunde).[2701] Bestand also im konkreten Einzelfall eine solche Unfähigkeit bei einem Sträfling *nicht*, hätte Letzterer nach Eggers in der Zweitauflage vertretenen Meinung *deswegen* nicht bevormundet[2702] werden dürfen.[2703] Dem Art. 371 ZGB lag nach Eggers Ansicht jedoch nicht *nur* die Vermutung der Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten zugrunde, sondern auch jene der (von Art. 369 Abs. 1 und Art. 370 ZGB bekannte) *„dauernde[n] Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit“*[2704]. Dazu hielt Egger fest:

> „Die Psychologie der Sträflinge bestätigt dessen Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit […]. Ein Vormund kann mithelfen, jenen Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorzubereiten. Er nimmt sich des Sträflings an, damit begründet er Vertrauen und drängt die Gefühle der Verlassenheit und des Verfolgtseins zurück. Die Aufgabe des Vormundes liegt in dieser persönlichen Fürsorge, die in Zusammenarbeit mit dem

---

Gesamtzusammenhängen des Vormundschaftsrechtes“ beleuchten; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 371. Vgl. denn auch den Text zu Fn. 2706.

[2698] Damit ist gemeint, dass der Wortlaut des Art. 371 Abs. 1 ZGB *keine Entmündigungsvoraussetzungen* verlangte; vgl. EGGER II, Rn. 7 zu Art. 369.

[2699] EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 371. Zur Frage, wie sich Art. 371 ZGB zu den im StGB (beachte dazu Fn. 2695) vorgesehenen *sichernden Massnahmen* verhalte, vgl. EGGER II, Rn. 14 f. zu Art. 371. In Eggers Sinne hatte sich auch Huber (knapp) geäussert; vgl. Prot., S. 424 (= BeK III, Rn. 4126); StenBull NR 1905, S. 1253.

[2700] Dazu Kapitel 1.2.4.

[2701] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 371 (wo Egger diese Unfähigkeit damit begründete, dass die Haft „dem Sträfling die natürliche Bewegungsfreiheit und damit die Möglichkeit entzieht, in seinen Angelegenheiten zum Rechten zu sehen“); vgl. auch EGGER II, Rn. 17 zu Art. 371.

[2702] Ohnehin erinnerte Egger daran, dass wenn eine Beistand- bzw. Beiratschaft genügte, diese als mildere Massnahmen der Bevormundung vorgingen; vgl. EGGER II, Rn. 11 zu Art. 371 ZGB.

[2703] S. in diesem Zusammenhang auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 373, betreffend das Entmündigungsverfahren.

[2704] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 371.

> Anstaltsgeistlichen zu betätigen sein wird. Er muß die Beziehungen mit den Angehörigen wieder anbahnen und fördern; er besorgt die rechtlichen Angelegenheiten […]; er kümmert sich ferner um die Verhältnisse nach der Entlassung, vor allem um die Arbeitsbeschaffung, wenn möglich in Verbindung mit der Schutzaufsicht (StGB Art. 47[2705]). So soll dem Sträfling durch die Vormundschaft eine individuelle, persönliche und rechtliche Fürsorge zuteil werden. Es gibt heute schon Vormünder, die diese Aufgabe erfüllen. In großem Umfange handelt es sich aber um ein Postulat, dessen Erfüllung erst erkämpft werden muß. – Richtig ist freilich, daß das Maß dieser Beistandsbedürftigkeit sehr verschieden groß ist. Aber das Gesetz läßt keinen Raum, um zu individualisieren; es stellt zur Bewältigung dieser Aufgabe der persönlichen Fürsorge nach der bisher herrschenden Auffassung auch keine geeignete Form der Beistandschaft zur Verfügung."[2706]

Diese Ausführungen Eggers zeigen, dass Egger bei *jedem* Sträfling eine dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit annahm – und zwar im Sinne einer *unwiderlegbaren Vermutung*; einer Fiktion. Bemerkenswert erscheint dieser Umstand vor dem Hintergrund, dass Egger im Zusammenhang mit der hiervor erwähnten Vermutung der „Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten" klarstellte, bei ebendieser Vermutung *müsse* es sich um eine *widerlegbare* handeln, zumal „um einer Fiktion willen niemand entmündigt werden [darf]"[2707]. Auf diese Überlegung griff Egger im eben abgedruckten Zitat unausgesprochen zurück, wenn er bemerkte, „das Maß" der Beistandsbedürftigkeit könne im Einzelfall „sehr verschieden groß" sein – Eggers Ausführungen in der Zweitauflage sind deshalb so zu verstehen, dass Egger (entgegen dem Gesetzeswortlaut) je nach Lage des Einzelfalls anstelle der Anordnung einer *Vormundschaft* die Anordnung einer *Beistandschaft* befürwortete.

1.2.4 Entmündigung auf eigenes Begehren, Art. 372 ZGB

Art. 372 ZGB[2708] bestimmte: „Einer mündigen Person kann auf ihr Begehren[2709] ein Vormund gegeben werden, wenn sie dartut, dass sie infolge von Altersschwäche oder andern Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag."

In der *Erstauflage* erblickte Egger den Entmündigungs*grund* im *eigenen Begehren*, und die Entmündigungs*voraussetzung* erblickte er in der durch die Altersschwäche, die Gebrechen bzw. die Unerfahrenheit bedingte *Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten*.[2710] Anders in der *Zweitauflage*, wo Egger in der *Altersschwäche etc.* die Entmündigungs*gründe* verortete, und in der durch einen dieser

---

[2705] Vgl. dazu Fn. 3062.

[2706] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 371.

[2707] EGGER II, Rn. 10 zu Art. 371.

[2708] Materiell übereinstimmend Art. 381 E-ZGB und Art. 399 VE-ZGB – wobei Letzterer voraussetzte, dass die betroffene Person „ihre Angelegenheiten *mit dem besten Willen* nicht gehörig zu besorgen vermöge".

[2709] Zu diesem Begriff vgl. EGGER I, Anm. 2, 3c zu Art. 372; EGGER II, Rn. 4 ff., 15 zu Art. 372 – jeweils (abw.) m.w.H. zum Verhältnis des Art. 372 ZGB zur Situation, dass der Betroffene bei Vorliegen eines Entmündigungsgrundes i.S.v. Art. 369 f. ZGB einer Entmündigung *zustimmte*.

[2710] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 3a, 3b zu Art. 372.

Entmündigungsgründe bedingten *Unfähigkeit* die Entmündigungs*voraussetzung* – mit der Folge, dass das *eigene Begehren* um Entmündigung hier „nur ein unerläßliches zusätzliches Erfordernis" darstellte, dem bloss „eine [sc. das Entmündigungsverfahren] auslösende Funktion [zukommt]".[2711] Praktische Konsequenzen hatte diese Differenz zwischen den Kommentarauflagen keine, denn schon in der *Erstauflage* hob Egger folgenden konzeptionell entscheidenden Punkt hervor:

> „Das eigene Begehren rechtfertigt für sich allein noch nicht die Entmündigung. Die Vormundschaft soll nicht dazu mißbraucht werden können, einer Person, die zur eigenen Besorgung der Angelegenheiten zu bequem ist, eine solide Vermögensverwaltung zu verschaffen. Die Entmündigung muß vielmehr als *objektiv gerechtfertigt* erscheinen. Dazu ist erforderlich, daß die Person, welche die Entmündigung begehrt, ihre *Angelegenheiten* […] *nicht gehörig zu besorgen* vermag. […]
> […] *Dieses Unvermögen* muß außerdem *seinen Grund* in bestimmten persönlichen Zuständen haben: *Altersschwäche* oder *Gebrechen*. Diese können körperliche Gebrechen sein. […] Die Gebrechen können aber auch geistiger Art sein […]. Das eigene Begehren kann aber auch auf *Unerfahrenheit* gestützt werden. […]"[2712]

Im Ergebnis gleich – hinsichtlich der Konstruktion m.E. aber im Sinne von Eggers *Erstauflage* – hatte auch schon Huber bemerkt:

> „Eigenes Begehren. Es bildet nicht nur eine besondere Art der Einleitung des Verfahrens […], sondern *einen Grund für sich*. Allein dann darf man doch nicht das Begehren selber als genügend erachten, sondern es muss sich beziehen auf einen Zustand, der es innerlich rechtfertigt […]. Man wird dabei namentlich an Frauen denken, die alleinstehend in älteren Jahren eine schwierigere Verwaltung nicht selber besorgen wollen und doch in die vertragliche Vermögensverwaltung kein rechtes Zutrauen fassen. Dann stellen wir hierher auch die körperlich Gebrechlichen, die ihr Vermögen nicht selber besorgen können. Es erscheint wohl als richtiger, sie nicht zwangsweise unter Vormundschaft zu stellen. Der Blinde, der Taubstumme, der Lahme sollen, solange sie nicht selber das Bedürfnis empfinden, sich unter Vormundschaft zu stellen, nicht gezwungen werden, sie auf sich zu nehmen. Sie sollen ihre private Vertretung sich wählen dürfen, solange sie es so wollen, und solange sie nicht an einem anderen Bevormundungsgrunde leiden."[2713]

Dem entsprach es inhaltlich, wenn Egger in der *Zweitauflage* bemerkte:

> „Das eigene Begehren genügt nicht. Es gibt keinen willkürlichen Verzicht auf die eigene Handlungsfähigkeit, Art. 27 Abs. 1. Deshalb muß wie die Einsetzung, so auch die Aufhebung auch dieser Vormundschaft *sachlich gerechtfertigt* sein, Art. 438."[2714]

Gerechtfertigt war eine Entmündigung auf eigenes Begehren für Egger – wie bei den Art. 369-371 ZGB – in *beiden* Kommentarauflagen eben nur dann, wenn (in der

---

[2711] EGGER II, Rn. 4, 9 ff., 13 f. zu Art. 372.
[2712] EGGER I, Anm. 3a, 3b zu Art. 372.
[2713] Erl. Bd. I, S. 293 (= BeK II, Rn. 733); vgl. auch HUBER, Vortrag „Die Persönlichkeit", S. 17, wo Huber die Entmündigung auf eigenes Begehren als „Maßregel zum Schutze der Person" bezeichnet hatte; vgl. sodann StenBull NR 1905, S. 1253.
[2714] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 372.

Terminologie der Zweitauflage) ein in Art. 372 ZGB genannter Entmündigungsgrund in Verbindung mit der dort genannten Entmündigungsvoraussetzung vorlagen; diesfalls bestand s.E. folglich ein *Schutzbedürfnis* des Betroffenen. Dieser konzeptionellen Vorstellung entspricht es, wenn Egger in der Zweitauflage konstatierte, dass dann, wenn die Behörde die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 372 ZGB im konkreten Fall festgestellt und einen Entmündigungsbeschluss ausgesprochen habe, dem Betroffenen *keine Möglichkeit zum Widerruf* seines Entmündigungsbegehrens mehr zur Verfügung stehe.[2715]

2. Entmündigungsverfahren

Das Entmündigungsverfahren zielte darauf ab, eine (mündige[2716]) Person zu *entmündigen* – ihr die Handlungsfähigkeit zu entziehen –, damit diese Person anschliessend *bevormundet*[2717] – der Fürsorge eines Vormundes unterstellt – werden konnte.[2718] Sowohl die Bestimmung der *„für die Entmündigung zuständigen Behörden*[2719]*"* als auch die Regelung des *Entmündigungsverfahrens* überliess Art. 373 Abs. 1 ZGB[2720] den Kantonen. Aufgrund punktueller Eingriffe durch das ZGB erlitt diese Autonomie der Kantone allerdings Einschränkungen: Die Art. 376 ff. ZGB[2721] setzten die *örtliche Zuständigkeit der Behörden* fest[2722]; die Art. 369 Abs. 2 bzw. Art. 371 Abs. 2 ZGB auferlegten gewissen Behörden eine *Anzeige- bzw. Mitteilungspflicht*, wenn ihnen bestimmte Entmündigungsfälle bekannt wurden[2723]; Art. 374 ZGB schrieb für die Entmündigungsgründe i.S.v. Art. 370 ZGB eine *Pflicht zur vorgängigen Anhörung* des zu Entmündigenden, Abs. 1,[2724] bzw. im Falle der Geisteskrankheit die *medizinische Begutachtung* des zu Entmündigenden, Abs. 2,[2725] vor; Art. 375 ZGB verlangte die *amtliche Publikation* einer rechtskräftigen Entmündigung[2726]; und nach Art. 373 Abs. 2

[2715] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 372, vgl. auch Rn. 17 zu Art. 372 betreffend den *Anspruch* des Betroffenen auf Entmündigung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, vgl. sodann Rn. 30 zu Art. 373.

[2716] Begriffsnotwendig mussten nur *mündige* zu Bevormundende *entmündigt* werden. Bei *unmündigen* zu Bevormundenden war somit *direkt* zur *Bevormundung* – zur Bestellung des Vormundes – (dazu Kapitel 3.1) zu schreiten; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 368; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 368.

[2717] Vgl. dazu Kapitel 3.1.

[2718] Vgl. EGGER II, Rn. 3 zu Art. 368, Rn. 1, 2 f., 20 zu Art. 369; vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 360, Anm. 1b zu Art. 369, Anm. 1a zu Art. 373.

[2719] Die Entmündigungsbehörde musste mit der Vormundschaftsbehörde nicht identisch sein (abw. noch Art. 400 Abs. 2 VE-ZGB), vgl. auch schon Art. 382 Abs. 2 E-ZGB (und StenBull NR 1905, S. 1254) – für einen Überblick über die *sachliche Zuständigkeit* in den Kantonen vgl. EGGER I, Anm. 2e i.V.m. Anm. 1c, 2a, 2b zu Art. 373, vgl. auch Anm. 1b zu Art. 385; EGGER II, Rn. 15, 16 f., 18, 20 ff., 23 f. zu Art. 373.

[2720] Materiell übereinstimmend Art. 382 Abs. 3 E-ZGB und Art. 400 Abs. 3 VE-ZGB.

[2721] Für die *Entwürfe* vgl. direkt Art. 386 f. E-ZGB und Art. 406 ff. VE-ZGB.

[2722] Auf die Darstellung dieser Thematik wird vorliegend verzichtet.

[2723] Dazu Kapitel 2.1.

[2724] Dazu Kapitel 2.2.

[2725] Dazu Kapitel 2.3.

[2726] Dazu Kapitel 2.4.

ZGB[2727] blieb die *Weiterziehung von Entmündigungsentscheiden an das Bundesgericht* vorbehalten[2728].

Diesen nur fragmentarischen Regelungen des ZGB zum Trotz nahm Egger an, das Entmündigungsverfahren müsse von einem *allgemeinen Leitgedanken* getragen sein – nämlich „der *Verwirklichung des materiellen Entmündigungsrechtes*" zu dienen.[2729] Jede mündige Person, welche des umfassenden vormundschaftlichen Schutzes bedurfte, sollte ebendiesen nach Eggers Ansicht raschmöglichst erhalten – umgekehrt sollte jede mündige Person, welche dieses Schutzes *nicht* bedurfte, davon „verschont bleiben", so Egger.[2730] Das Entmündigungsverfahren musste für Egger daher „die erforderlichen Garantien gegen unbegründete Aberkennung der Handlungsfähigkeit bieten" – „die unerläßlichen Kautelen zum Schutz der persönlichen Selbständigkeit aufstellen".[2731] Dies gerade mit Rücksicht auf den von Egger erwähnten Umstand, dass teils „die Feststellung[2732] des Entmündigungsgrundes erhebliche Schwierigkeiten bietet" und die Entmündigung eine für den Betroffenen einschneidende Massnahme darstellte, die nicht nur den Verlust der Handlungsfähigkeit zur Folge hatte, sondern nach Art. 406 ZGB[2733] gar zur Internierung führen konnte.[2734] Vor diesem Hintergrund gelangte Egger zum Schluss, dem Entmündigungsverfahren müssten die *Offizial-* und *Untersuchungsmaxime* zugrunde liegen.[2735] Er hob hervor, „die zuständige Behörde, bezw. das Gericht muß die erforderlichen Erhebungen von Amtes wegen machen", und bemerkte:[2736]

> „Dem zu Entmündigenden soll der vormundschaftliche Schutz zuteil werden, zu seinem *eigenen Wohl*, zur *Bewahrung der Familie* vor Not und Verarmung, zur *Sicherung Dritter*. […] Da jener [sc. Schutz] aber nur gewährt werden kann auf Kosten der *persönlichen Freiheit* und damit eines unveräußerlichen Rechtsgutes, Art. 27 Abs. 1, muß *genau zugesehen* werden, ob die *Voraussetzungen auch wirklich vorliegen*. Nach beiden Richtungen muß die Offizialmaxime gelten. Von Amtes wegen muß eingeschritten und das Verfahren durchgeführt […], von Amtes wegen insbes. auch der Sachverhalt festgestellt werden […]."[2737]

[2727] Abw. insofern Art. 383 E-ZGB und Art. 401 VE-ZGB, welche dem Entmündigten stets das Recht gewährten, gerichtlich gegen eine Entmündigung zu klagen.

[2728] Vgl. dazu direkt EGGER I, Anm. 3b zu Art. 373; EGGER II, Rn. 61-81 zu Art. 373.

[2729] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 373; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 373.

[2730] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 373; EGGER II, Rn. 1, 33 zu Art. 373; beachte auch den Text zu Fn. 2558. Vgl. insofern auch Art. 382 Abs. 1 E-ZGB und Art. 400 Abs. 1 VE-ZGB, wonach eine mündige Person „nur bevormundet werden [konnte], nachdem der Bevormundungsgrund festgestellt worden [war]".

[2731] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 373; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 373, Rn. 9 Einl. VormR.

[2732] Nach dem Schwierigkeitsgrad der Feststellung des Entmündigungsgrundes (sowie nach der allfälligen Zustimmung des Betroffenen zu seiner Entmündigung) hatte sich nach Eggers Ansicht die *Komplexität des Entmündigungsverfahrens* zu richten; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 373; EGGER II, Rn. 8, 9, 10, 11, 12 ff. zu Art. 373.

[2733] Dazu Kapitel 4.1.2.

[2734] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 373.

[2735] Dabei betrachtete Egger den Grundsatz der *freien Beweiswürdigung* als zwingend. Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1d, 2 zu Art. 373; EGGER II, Rn. 8, 25 f. – insbes. auch 27 f., 32 f., 34, 47, 48 – zu Art. 373.

[2736] EGGER I, Anm. 1d zu Art. 373.

[2737] EGGER II, Rn. 26 zu Art. 373.

Zum einen musste das Entmündigungsverfahren für Egger also dem *Persönlichkeitsgedanken* Rechnung tragen, indem es s.E. sicherzustellen hatte, dass (nur) derjenigen Person die umfassende vormundschaftliche Fürsorge zukam, welcher dieser Fürsorge mangels milderer Mittel auch tatsächlich bedurfte. Als von grundlegender Bedeutung begriff Egger daher die im ZGB statuierte Anhörungs- bzw. Begutachtungspflicht sowie die Möglichkeit, den Entmündigungsentscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen.[2738] Letztere Möglichkeit bot nach Eggers Ansicht dem Betroffenen übrigens nicht nur die Gelegenheit, sich gegen einen *positiven*, sondern auch gegen einen *negativen Entmündigungsentscheid* zu wehren – sich die vormundschaftliche Fürsorge m.a.W. zu erstreiten.[2739]
Zum andern machte Egger in der zitierten Aussage[2740] deutlich, dass das Entmündigungsverfahren s.E. auch dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung zu tragen hatte: Egger wies explizit auf die „Bewahrung der Familie vor Not und Verarmung" sowie auf die „Sicherung Dritter" hin und betonte damit, dass eine Entmündigung auch – und sogar nur – im Interesse Dritter erfolgen konnte.[2741]

2.1 Behördliche Anzeige- bzw. Mitteilungspflicht, Art. 369, 371 ZGB

Gemäss Art. 369 Abs. 2 ZGB[2742] „[hatten] die Verwaltungsbehörden und Gerichte der zuständigen Behörde[2743] Anzeige zu machen, sobald sie in ihrer Amtstätigkeit von dem Eintritt eines […] Bevormundungsfalles" i.S.v. Art. 369 Abs. 1 ZGB – also *Geisteskrankheit*[2744] – „Kenntnis [erhielten]".[2745] Eine Mitteilungspflicht oblag sodann, Art. 371 Abs. 2 ZGB[2746], der Strafvollzugsbehörde, sobald ein zu einer *Freiheitsstrafe Verurteilter* (vgl. Art. 371 Abs. 1 ZGB) „seine Strafe [antrat]".[2747]
Diese Anzeige-[2748] bzw. Mitteilungspflicht legitimierte Egger letztlich mit seiner bereits bekannten Vorstellung, dass „wer des vormundschaftlichen Schutzes bedarf, seiner auch teilhaftig werden [soll]".[2749] Besagte Pflichten waren s.E. somit im

---

[2738] Vgl. EGGER I, Anm. 1b, 3b zu Art. 373; EGGER II, Rn. 8 i.V.m. Rn. 5, 12 ff., 33, 64 f., 66, 73 zu Art. 373, Rn. 9 Einl. VormR.
[2739] Vgl. EGGER II, Rn. 66, 73 zu Art. 373; vgl. auch EGGER I, Anm. 3b i.V.m. Anm. 2f, 2g zu Art. 373.
[2740] Im Text zu Fn. 2737.
[2741] Zur Frage, ob auch Dritten die Weiterziehungsmöglichkeit i.S.v. Art. 373 Abs. 2 ZGB offenstehe, vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 373; EGGER II, Rn. 66, 73 i.V.m. Rn. 39 ff. zu Art. 373.
[2742] Materiell weitgehend übereinstimmend Art. 378 E-ZGB und Art. 396 Abs. 2 VE-ZGB, die aber von „Polizei-, Sanitäts- und Gerichtsbehörden" sprachen.
[2743] Gemeint war die für die *Entmündigung* zuständige Behörde (beachte dazu den Hinweis in Fn. 2719) – so explizit Egger betr. Art. 371 Abs. 2 ZGB; vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 371; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 371.
[2744] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 2570.
[2745] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 4 zu Art. 369; EGGER II, Rn. 62-64 zu Art. 369.
[2746] Identisch Art. 380 Abs. 2 E-ZGB; materiell weitgehend übereinstimmend Art. 398 Abs. 2 VE-ZGB.
[2747] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 2b zu Art. 371; EGGER II, Rn. 16 f. zu Art. 371.
[2748] Für die Anzeigepflicht i.S.v. Art. 368 Abs. 2 ZGB (bei *Unmündigen*) vgl. schon Kapitel 1.1.1.
[2749] EGGER II, Rn. 62 zu Art. 369, s. auch Rn. 4 f. zu Art. 373; implizit schon EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 368 ff. i.V.m. Anm. 3 zu Art. 368 und Anm. 4a, 4b zu Art. 369, Anm. 3a zu Art. 373; vgl. auch Text zu Fn. 2730.

Interesse der „*Rechtsverwirklichung*“ aufgestellt.[2750]
Neben dieser Anzeige- bzw. Mitteilungs*pflicht* stand nach Eggers Ansicht auch jedermann ein Anzeige*recht* zu – und zwar auch in den Fällen des Art. 370 ZGB *(Verschwendung, Trunksucht etc.)*, wo das Gesetz eine Anzeigepflicht nicht [2751] vorsah.[2752] All diese Ansichten hatte bereits Huber vertreten.[2753]

2.2 Anhörung des zu Entmündigenden, Art. 374 Abs. 1 ZGB

Gemäss Art. 374 Abs. 1 ZGB[2754] „[durfte eine Person] wegen *Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels* oder der *Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung* nicht entmündigt werden, ohne dass sie *vorher angehört* worden [war]“. Und nach Art. 374 Abs. 2 ZGB[2755] „[durfte] die Entmündigung wegen *Geisteskrankheit* oder *Geistesschwäche* nur nach Einholung des *Gutachtens* von Sachverständigen erfolgen, das sich auch über die *Zulässigkeit einer vorgängigen Anhörung* des zu Entmündigenden *auszusprechen* [hatte]“.
Egger verband mit der vorgängigen Anhörung[2756] des zu Entmündigenden, die Egger grundsätzlich für zwingend[2757] hielt, zwei Zwecke: Einerseits bot sie s.E. dem *Betroffenen* die Möglichkeit, zu seiner (allfälligen) Entmündigung Stellung zu nehmen und dadurch eine unbegründete Entmündigung abzuwenden – die Anhörung verschuf dem Betroffenen nach Eggers Ansicht also das *rechtliche Gehör* und damit eine Möglichkeit zur *Verteidigung*.[2758] Andererseits bildete die Anhörungspflicht für Egger eine Konsequenz der *Untersuchungs-* und *Offizialmaxime*, da der Betroffene bei einer Anhörung zugleich als „sachliches Beweismittel“, als „*Wahrnehmungsobjekt*“, fungiere.[2759] Dessen Aussagen stellten „Äußerungen seines geisteigen Wesens“ dar; sie bildeten „Dokumentierungen seines besonderen Verhältnisses zur Umwelt, […] unmittelbare Beweise über das Vorliegen des Entmündigungsgrundes […]“.[2760]
Ob ein Entmündigungsfall vorliege, beantwortete sich nach Eggers Ansicht also

---

[2750] EGGER II, Rn. 62 zu Art. 369.
[2751] Dass das ZGB in diesen Fällen keine Anzeigepflicht statuierte, führte Egger auf die (schon von Huber vertretene; vgl. Erl. Bd. I, S. 293 (= BeK II, Rn. 731)) Ansicht zurück, dass „eine behördliche Konstatierung innerhalb der amtlichen Tätigkeit hier weniger in Betracht falle, als bei der Geisteskrankheit“, und „man hier vielmehr auf das Ermessen der Entmündigungsbehörde selbst abstellen [müsse]“; EGGER I, Anm. 6a zu Art. 370; vgl. auch (kritisch) EGGER II, Rn. 62 zu Art. 369, Rn. 40 zu Art. 370.
[2752] Vgl. EGGER II, Rn. 65 zu Art. 369, Rn. 40 zu Art. 370; EGGER I, Anm. 1a, 4c zu Art. 369, Anm. 6b zu Art. 370.
[2753] Vgl. Erl. Bd. I, S. 292 f. (= BeK II, Rn. 729 ff.).
[2754] Wörtlich fast identisch Art. 384 Abs. 1 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt keine solche Bestimmung.
[2755] Wörtlich fast identisch Art. 384 Abs. 2 E-ZGB. Für den VE-ZGB gilt (nur) hinsichtlich der *Anhörungspflicht* das in Fn. 2754 Gesagte.
[2756] Zur *Durchführung* derselben vgl. EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 374; EGGER II, Rn. 12 ff. zu Art. 374.
[2757] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 374; EGGER II, Rn. 9 ff., 11, 13 zu Art. 374. Von einer *Unzulässigkeit* der Anhörung *Geisteskranker* (vgl. Art. 374 Abs. 2 ZGB) ging Egger nur in besonders gelagerten Fällen aus – etwa, wenn die Anhörung für den Betroffenen „gesundheitliche Gefahren im Gefolge hat“; a.a.O.
[2758] EGGER II, Rn. 1, 5, 6 zu Art. 374; vgl. auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 374.
[2759] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 374; EGGER II, Rn. 2, 7 zu Art. 374.
[2760] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 374.

„am besten durch Beobachtung des Interdizenden und Erforschung seiner heutigen geistigen Verfassung".[2761]
Mit diesen Überlegungen begründete Egger ferner seine Vorstellung, eine – gesetzlich nicht vorgesehene – Anhörung sei jeweils auch bei einer Entmündigung auf *eigenes Begehren* erforderlich.[2762]
Huber hatte bezüglich der Anhörungspflicht[2763] festgehalten:

> „Die Anhörung des zu Entmündigenden selbst kann hier [sc. bei Geisteskrankheit] nicht so unbedingt angeordnet werden, wie bei den Verschwendern und Trunksüchtigen, aber vorzuschreiben ist doch, daß sich das Gutachten der Sachverständigen auch über die Möglichkeit einer persönlichen Einvernahme des Geisteskranken auszusprechen habe (Art. 384)."[2764]

Für Huber war die Pflicht zur Anhörung des Betroffenen offenbar derart selbstverständlich, dass er (in anderem Zusammenhang als jenem der Geisteskrankheit) keinen Anlass sah, sich dazu zu äussern.

2.3 Medizinische Begutachtung Geisteskranker, Art. 374 Abs. 2 ZGB

Gemäss Art. 374 Abs. 2 ZGB[2765] „[durfte] die Entmündigung wegen *Geisteskrankheit* oder *Geistesschwäche* nur nach Einholung des *Gutachtens* von Sachverständigen erfolgen […]".
Letztlich wie bei der hiervor dargestellten Anhörungspflicht, ging Egger auch bei der Pflicht zur Begutachtung[2766] von „Geisteskranken"[2767] durch (medizinische) Sachverständige davon aus, dass das ZGB mit dieser Pflicht einerseits „eine neue *Kautel gegen willkürliche Entmündigung*" aufstelle, und dass diese Pflicht andererseits aus der *Untersuchungs-* und *Offizialmaxime* fliesse:[2768]

> „Bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche muß die Entmündigungsbehörde medizinische Sachverständige zur Mitwirkung heranziehen, zum *Schutz des Interdizenden* vor nicht hinreichend gerechtfertigter Entmündigung, aber auch zur *Sicherung der Bevormundung*, wo sie geboten ist. In beiden Richtungen dient diese Mitwirkung den *Interessen des zu Bevormundenden* und zugleich denjenen der *Oeffentlichkeit*[2769]; ihre Aufgabe ist stets *eine*: sie dient der *sichern Erfassung des*

[2761] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 374, vgl. auch Rn. 7 zu Art. 374.
[2762] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 374, Rn. 16 zu Art. 372; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 373.
[2763] Beachte den Hinweis in Fn. 2754.
[2764] Botsch.-ZGB, S. 47 (= BeK III, Rn. 11353); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1254.
[2765] Für den E-ZGB vgl. schon Fn. 2755; materiell übereinstimmend Art. 402 VE-ZGB.
[2766] Zur *Anordnung* und *Durchführung* derselben vgl. EGGER I, Anm. 2a-2c zu Art. 374; EGGER II, Rn. 22-33 zu Art. 374; zur *behördlichen Nachprüfung und Würdigung* des Gutachtens vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 374 i.V.m Anm. 4b zu Art. 16; EGGER II, Rn. 34 f. zu Art. 374.
[2767] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 2570.
[2768] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 374; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 374; vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 47 (= BeK III, Rn. 11353).
[2769] Damit hatte Egger m.E. zum einen das *Allgemeininteresse* an der Durchsetzung des materiellen Rechts vor Augen, zum andern aber gerade auch die *Interessen Dritter* an der Bevormundung einer Person, welche diese Dritten in ihrer Sicherheit gefährdete (zu Letzterem vgl. Kapitel 1.2.1.2.3.1).

Tatbestandes. Bei Entmündigung nach Art. 369 ist sie ein wichtigstes Mittel der *Wahrheitserforschung*. Auch sie ist eine Konsequenz der *Offizialmaxime*, die für diesen Fall vom Bundesgesetzgeber selber gezogen wird […].“[2770]

Auf dieser Linie hatte auch Huber gelegen, wie dessen folgende Aussage zeigt:

„Einmal setzt die Bevormundung eines Mündigen formell voraus, dass der *Entmündigungsgrund in richtiger Weise* erst *festgestellt* worden sei. Diese Feststellung ist ein einfacher Akt im Falle der Bevormundung wegen Freiheitsstrafe. In allen andern Fällen dagegen vollzieht sie sich in einem Verfahren, das nicht für alle Gründe dasselbe sein kann. Die Feststellung ist *besonders wichtig im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche*. Hier verlangt der Entwurf [sc. VE-ZGB] vom kantonalen Verfahren, dass Sachverständige beigezogen werden müssen, die das Vorhandensein und die voraussichtlich längere Dauer des Zustandes feststellen.“[2771]

Vor dem Hintergrund des Gesagten plädierte Egger schon in der Erstauflage aufgrund der „Eigenart“ dieser Konstellationen für die Ausdehnung der Begutachtungspflicht auf die in Art. 370 ZGB genannten Fälle der *Trunksucht* sowie „zumeist auch“ des *lasterhaften Lebenswandels* – und in der Zweitauflage hob er hervor, bei „ernstliche[r] Befürchtung“, dass die übrigen in Art. 370 ZGB genannten Fälle „ihren Grund in psychischer Erkrankung haben [könnten]“, sei ebenfalls eine Begutachtung anzuordnen; aber auch sonst „bedarf es oft der ärztlichen Untersuchung“.[2772]

2.4 Amtliche Publikation der rechtskräftigen Entmündigung, Art. 375 ZGB

Gemäss Art. 375 Abs. 1 ZGB[2773] war die rechtskräftige „Bevormundung“[2774] einer mündigen Person amtlich zu veröffentlichen. *Vor* ihrer Veröffentlichung konnte die Bevormundung „*gutgläubigen* Dritten nicht entgegengehalten werden“, Art. 375 Abs. 3 ZGB.

Für Egger entsprach diese Publikationspflicht den *Interessen des Rechtsverkehrs, der Rechtssicherheit* – und damit dem *Gemeinschaftsgedanken*.[2775] Egger legitimierte den Schutz dieser Interessen letztlich mit der Überlegung, dass in dem (zum Schutze des Betroffenen ausgesprochenen) Entzug der Handlungsfähigkeit „ein rechtlicher Vorgang [liegt], der sich als solcher der Wahrnehmung entzieht“.[2776]

Dem *Persönlichkeitsgedanken* sah Egger vorliegend dahingehend Rechnung getragen, dass die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 375 Abs. 2 ZGB „ausnahmsweise eine

---

[2770] EGGER II, Rn. 19 zu Art. 374.

[2771] Erl. Bd. I, S. 294 f. (= BeK II, Rn. 736, vgl. auch Rn. 737); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 47 (= BeK III, Rn. 11353); StenBull NR 1905, S. 1254.

[2772] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 374; EGGER II, Rn. 37 zu Art. 374 m.w.H.

[2773] Mit Art. 375 Abs. 1, 3 ZGB fast identisch waren Art. 385 Abs. 1, 3 E-ZGB und Art. 405 VE-ZGB.

[2774] Gemeint war die *Entmündigung*; vgl. EGGER I, Anm. vor Anm. 1, Anm. 1 zu Art. 375; EGGER II, Rn. 4 ff., 7, 9 zu Art. 375, jeweils m.w.H. zum Eintritt der *Rechtskraft* derselben. Beachte aber auch Fn. 2817.

[2775] Vgl. EGGER II, Rn. 1 f., 4 ff., 7 zu Art. 375, Rn. 8 zu Art. 434/435; EGGER I, Anm. 4 i.V.m. Anm. 2 zu Art. 375, Anm. 2 zu Art. 435, Anm. 3a zu Art. 397.

[2776] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 375.

Verschiebung der Veröffentlichung bewilligen [konnte], solange der Geisteskranke, Geistesschwache oder Trunksüchtige in einer Anstalt untergebracht [war]". Schon in der Erstauflage hielt Egger dazu fest:

> „Sie [sc. die Verschiebung] soll in solchen Fällen, in welchen keine Gefahr für das Mündelgut besteht, stets bewilligt werden. Darin liegt eine *Rücksichtnahme*, die vom Mündel und seinen Angehörigen oft sehr wohltuend empfunden wird. Sie kann gelegentlich geeignet sein, eine Entmündigung zu erleichtern."[2777]

In diesem Sinne führte Egger in der Zweitauflage näher aus:

> „In dieser [sc. Verschiebung] liegt eine Erstreckung des Schutzes des guten Glaubens. Trotzdem wird sie praktisch im *Interesse des Bevormundeten* vorgesehen. Denn die Veröffentlichung kann diesen in seinem Ansehen und Kredit schädigen und selbst seine Gesundheit gefährden. Deshalb soll sie verschoben werden dürfen, wenn die Interessen des Mündels dadurch nicht zu stark bedroht werden."[2778]

Diese in Art. 375 Abs. 2 ZGB[2779] statuierte Ausnahmeregelung rechtfertigte Egger damit, dass der Entmündigte während seiner Internierung keine (unkontrollierte) Möglichkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr habe.[2780] Aus diesem Grund sprach sich Egger denn auch für die (vom Gesetz nicht vorgesehene) Anwendung dieser Bestimmung auf den wegen einer *Freiheitsstrafe Internierten* aus.[2781]
Dass Egger mit seinen Vorstellungen auf der Linie Hubers lag, zeigt dessen folgende Aussage:

> „Endlich verlangt der Entwurf [sc. VE-ZGB] in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht die Publikation der Entmündigung eines Volljährigen und macht die Wirkung der Bevormundung gutgläubigen Dritten gegenüber hiervon abhängig. Es frägt sich, ob diese Regel nicht ihre *Ausnahmen* sollte erfahren dürfen. Wenn die zu bevormundende Person sich in einer *Irrenanstalt versorgt* findet, und *keine Möglichkeit besteht*, dass sie die Freiheit erlangen und am *Verkehr als handlungsfähig sich beteiligen* könnte, – sie leidet z.B. an einer Lähmung nicht nur des Geistes, sondern auch des Körpers, – so würde es wohl zu wagen sein, dass man die Auskündung unterliesse. Die Familie könnte sich manchmal leichter dazu entschliessen, überhaupt die Entmündigung anzuregen, wenn in solchen und ähnlichen Fällen eine Veröffentlichung unterbleiben dürfte."[2782]

Weil aber „in diesen Fällen häufig die Entmündigung überhaupt sich nicht als notwendig erweisen wird", weil „man sich mit einer Beistandschaft für einzelne Fälle

---

[2777] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 375.
[2778] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 375.
[2779] Identisch Art. 385 Abs. 2 E-ZGB.
[2780] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 375; vgl. auch EGGER II, Rn. 9 zu Art. 375. *Nach* der Entlassung wurde im Umkehrschluss die Veröffentlichung nötig – doch bemerkte Egger, im Interesse des Betroffenen dürfe eine Verschiebung derselben erfolgen, „wenn der Zustand des Entlassenen jeden erheblichen rechtsgeschäftlichen Verkehr ausschließt oder wenn die Aufhebung der Entmündigung bevorsteht"; vgl. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 375, Rn. 13 zu Art. 371.
[2781] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 375; EGGER II, Rn. 9 zu Art. 375.
[2782] Erl. Bd. I, S. 295 f. (= BeK II, Rn. 738), vgl. auch S. 313 (= BeK II, Rn. 807); und Botsch.-ZGB, S. 46 f. (= BeK III, Rn. 11352), wo Huber die (nunmehr in Art. 385 Abs. 2 E-ZGB aufgenommene, vgl. Fn. 2779) Ausnahmeregelung mit dem leichteren „spätern Wiedereintritt in das Geschäftsleben" legitimierte.

behelfen kann", hatte der *VE-ZGB* eine solche Ausnahmeregelung noch nicht vorgesehen.[2783]

2.5 Zeitpunkt der Einleitung des Entmündigungsverfahrens, Art. 385 Abs. 2 ZGB

Gemäss Art. 385 Abs. 2 ZGB[2784] „[konnte] das Entmündigungsverfahren nötigenfalls schon eingeleitet werden, bevor der zu Bevormundende das Mündigkeitsalter erreicht [hatte]".
Mit dieser Bestimmung verband Egger den Zweck, „bei bevorstehender Erreichung des Mündigkeitsalters […] ein schutzloses Zwischenstadium zwischen erreichter Mündigkeit[2785] und Eintritt der Entmündigung zu vermeiden".[2786] In diesem Sinne hatte auch schon Huber festgehalten:

> „Zweckmässig wird es dabei sein, die einleitenden Schritte zur Entmündigung eines Volljährigen bereits, wo nötig, während der Unmündigkeit vorzunehmen. Man entgeht damit einem sonst *unvermeidlichen Provisorium*."[2787]

Damit stimmten Egger und Huber auch bei der vorliegenden Thematik überein.

3. Bestellung und Abbestellung des Vormundes sowie vorläufige Fürsorge

3.1 Bestellung des Vormundes

Wurde die *Entmündigung* einer *mündigen* Person rechtskräftig[2788] – ein Erfordernis, welches bei *unmündigen* zu Bevormundenden freilich entfiel[2789] – war die betroffene Person zu bevormunden. [2790] Das *Bevormundungsverfahren* bezweckte daher die „Bestellung des Vormundes" [2791] für eine entmündigte bzw. unmündige Person. Diese Bestellung[2792] hatte die *Vormundschaftsbehörde*[2793], vgl. Art. 385 Abs. 1 ZGB[2794], „mit aller Beförderung" [2795] vorzunehmen. Die Art. 379-391 ZGB enthielten die

---

[2783] Wie Fn. 2782.
[2784] Identisch Art. 394 Abs. 2 E-ZGB und Art. 415 Abs. 2 VE-ZGB.
[2785] (Erst) auf diesen Zeitpunkt konnte die Entmündigung denn auch ausgesprochen werden; vgl. wie Fn. 2786.
[2786] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 368, vgl. auch Anm. 2 zu Art. 385, Anm. 1 zu Art. 431; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 385, Rn. 6 zu Art. 431.
[2787] Erl. Bd. I, S. 298 (= BeK II, Rn. 748).
[2788] War die Entmündigung noch *nicht rechtskräftig*, kam ggf. die *vorläufige Fürsorge* i.S.v. Art. 386 ZGB (dazu Kapitel 3.2) zur Anwendung; vgl. wie Fn. 2790.
[2789] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 2716.
[2790] Vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 385; EGGER II, Rn. 1, 2 zu Art. 385.
[2791] So die Überschrift zum Gesetzesabschnitt betreffend die Art. 379-391 ZGB.
[2792] Jeder Vormund musste also jeweils – zwingend – *eigens obrigkeitlich ernannt* werden; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 385, Anm. 1 zu Art. 360; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 385, Rn. 8 f. zu Art. 367.
[2793] Anders als betreffend die *Entmündigungsbehörde* (vgl. den Hinweis in Fn. 2719), statuierte das ZGB hier somit explizit die Zuständigkeit der *Vormundschaftsbehörde*.
[2794] Materiell übereinstimmend Art. 394 Abs. 1 E-ZGB und Art. 415 Abs. 1 VE-ZGB.
[2795] Dazu näher EGGER II, Rn. 2 zu Art. 385, vgl. auch Rn. 2, 4 zu Art. 368.

hierfür einschlägigen Regelungen. Ebendiese sah Egger, siehe sogleich, ganz überwiegend im Interesse der zu bevormundenden Person aufgestellt – er begründete sie also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.

3.1.1 Persönlichkeitsgedanke

3.1.1.1 Eignung des Vormundes, Art. 379 ZGB

Art. 379 Abs. 1 ZGB[2796] bestimmte, dass „die Vormundschaftsbehörde [als Vormund] eine[2797] mündige Person[2798] zu wählen [hatte], die zu diesem Amte *geeignet* [erschien]".

In den nachfolgenden *Unterkapiteln* wird dargelegt, dass Egger aus dem in Art. 379 ZGB statuierten Kriterium der *Eignung* verschiedene gesetzliche Bestimmungen betreffend die Bestellung des Vormundes entweder direkt bzw. indirekt ableitete, oder sie zumindest nur unter dem Vorbehalt für anwendbar hielt, dass sie diesem Kriterium nicht widersprachen. Aus welchem Grund Egger der Eignung des Vormundes eine derart zentrale Bedeutung zumass, wird deutlich, wenn Art. 367 Abs. 1 ZGB[2799] betrachtet wird. Gemäss dieser Bestimmung „[hatte] der Vormund *die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des unmündigen oder entmündigten Bevormundeten zu wahren* und [war] dessen *Vertreter*".[2800] Mit Blick auf diese verantwortungsvolle Aufgabe hielt Egger fest:

> „Die Persönlichkeit des Vormundes kann entscheidend sein für Erfolg oder Mißerfolg der vormundschaftlichen Fürsorge. Ein unfähiger Vormund kann einen nicht wieder

---

[2796] Identisch Art. 388 Abs. 1 E-ZGB und Art. 409 Abs. 1 VE-ZGB.

[2797] Egger konstatierte, dem ZGB liege das System der *„Einzelvormundschaft"* zugrunde, wonach grundsätzlich (vgl. aber hiernach Art. 379 Abs. 2 ZGB) *einem* Betroffenen *eine* (ehrenamtliche) *Person* zum Vormund bestellt (und diese Person „dadurch Träger[in] eines vormundschaftlichen Amtes") werde. – Zulässig sei aber, dass *ein* Vormund (gerade *berufsmässig* und daher fachmännisch) als *„Sammelvormund" mehrere* Personen – idealerweise jeweils nur einer spezifischen Gattung – betreue. Als zentralen Anwendungsfall dafür erwähnte Egger die (durch das Gemeinwesen organisierte) *Amtsvormundschaft*, bei der eigens dafür zuständige Beamte die Vormundschaften führten. Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 1, 5 zu Art. 360, Anm. 1a, 2a, 2b zu Art. 379, Anm. 1a, 1b zu Art. 405; EGGER II, Rn. 4, 8 f., 18-29 zu Art. 367, Rn. 12 ff. zu Art. 379, Rn. 19 zu Art. 405.
Ausnahmsweise konnten nach *Art. 379 Abs. 2 ZGB* „bei *besondern Umständen mehrere Personen* gewählt werden, die das Amt *gemeinsam* oder auf Grund einer amtlichen *Ausscheidung der Befugnisse* [führten]"; zum Erfordernis des Einverständnisses dieser Personen beachte Abs. 3. Vgl. dazu EGGER I, Anm. 2 zu Art. 379, Anm. 1b zu Art. 405; EGGER II, Rn. 11, 14 zu Art. 379, Rn. 7 zu Art. 367, Rn. 9 zu Art. 398, Rn. 14 zu Art. 405. Eine fast identische Ausnahmeregelung wie Art. 379 Abs. 2 ZGB nannten schon Art. 388 Abs. 2 (vgl. auch Abs. 3) E-ZGB und Art. 409 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 297 (= BeK II, Rn. 742).

[2798] Egger stellte klar, Vormund müsse eine *natürliche Person* sein. Wurden aber jemandem *mehrere Vormünder* bestellt (dazu Fn. 2797), so hielt Egger die Übertragung der *Vermögensfürsorge* an eine *juristische Person* (etwa an eine Bank) für zulässig; vgl. EGGER II, Rn. 4 zu Art. 379.

[2799] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 2530.

[2800] Entsprechend bezeichnete Egger den Vormund als „Inhaber der Schutzgewalt über eine handlungs*un*fähige Person", wobei „diese Schutzgewalt eine umfassende [ist]" – „sie erstreckt sich auf Person und Vermögen des Unmündigen oder Entmündigten"; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 360; vgl. auch EGGER II, Rn. 5, 6 zu Art. 367.

gutzumachenden Schaden anrichten; ‚ein ungeeigneter Vormund ist oft schlimmer als gar keiner' […]."[2801]

Mit dieser Überlegung legitimierte Egger also das Erfordernis der Eignung des Vormundes. Entsprechend machte er deutlich, dass sich die Vormundschaftsbehörde in *jedem Einzelfall* nach einem *für den zu Bevormundenden* passenden Vormund umzusehen hatte.[2802] Dabei hing für Egger die Eignung „von den Aufgaben ab, die dem Vormund im allgemeinen und im besonderen Falle zukommen".[2803] Der potentielle Vormund musste für Egger somit geeignet sein sowohl *allgemein* im Hinblick auf den in Frage stehenden Entmündigungs*grund* bzw. die *-voraussetzung* als auch im *konkreten Einzelfall* unter Berücksichtigung aller Umstände.[2804] Ähnlich hatte auch schon Huber bemerkt:

„Die *allgemeine Tauglichkeit* der zu wählenden Person bildet die selbstverständliche Voraussetzung der Ernennung auch in der Beziehung, dass der zu Ernennende die nötigen Fachkenntnisse zur Führung *gerade dieser Vormundschaft* haben muss. […]"[2805]

Egger führte illustrativ verschiedene *Fähigkeiten* und *Charaktereigenschaften* eines s.E. geeigneten Vormundes auf: Allgemein erwähnte er die Vertrauenswürdigkeit; betreffend die persönliche Fürsorge im Speziellen erwähnte er namentlich „elterliche Qualitäten, Einfühlung, Wohlwollen, Helferwillen"; und betreffend die Vermögensfürsorge im Speziellen „Redlichkeit und Zuverlässigkeit, praktischen Sinn und Erfahrung".[2806] Daneben wollte Egger insbesondere auch die *persönlichen Verhältnisse* des potentiellen Vormundes berücksichtigt wissen, so etwa dessen berufliche Auslastung sowie die Nähe seines Wohnsitzes zu jenem des Betroffenen.[2807]

3.1.1.1.1 Ausschliessungsgründe, Art. 384 ZGB

Art. 384 ZGB[2808] bestimmte unter der Marginalie „Ausschliessungsgründe", dass eine Person zum Amt des Vormundes *„nicht wählbar"*[2809] war, wenn sie „selbst bevormundet [war]", Ziff. 1; wenn sie „nicht im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte [stand], oder einen unehrenhaften Lebenswandel [führte]", Ziff. 2[2810]; wenn sie „Interessen [hatte], die in erheblicher Weise denjenigen der zu

---

[2801] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 379.
[2802] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 379; EGGER II, Rn. 2, 4-8, 9-11 zu Art. 379; vgl. auch Fn. 2792.
[2803] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 379; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 379.
[2804] Vgl. wie Fn. 2802. Zur Berücksichtigung der gleichen *Konfessionszugehörigkeit* vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 379; EGGER II, Rn. 18 zu Art. 378.
[2805] Erl. Bd. I, S. 297 (= BeK II, Rn. 742), vgl. auch S. 288 (= BeK II, Rn. 716); StenBull NR 1905, S. 1254.
[2806] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 379, vgl. auch Rn. 10 zu Art. 379; EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 379.
[2807] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 379; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a, 1c zu Art. 379; sodann Erl. Bd. I, S. 297 (= BeK II, Rn. 742 f.).
[2808] Materiell weitgehend übereinstimmend Art. 393 E-ZGB und Art. 414 VE-ZGB, gemäss welchen die einschlägigen Personen „*untauglich* oder nicht wählbar" waren.
[2809] Die Ernennung einer nicht wählbaren Person war *nicht nichtig*, sondern musste *stets* nach Art. 388 Abs. 2 ZGB *angefochten* werden (s. sogleich); vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 384; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 384.
[2810] Vgl. auch Fn. 83.

bevormundenden Person [widerstritten]" bzw. wenn sie mit Letzterer „verfeindet [war]", Ziff. 3; oder aber wenn sie „Mitglie[d] der beteiligten vormundschaftlichen Behörden" war, „solange andere taugliche Personen vorhanden [waren]", Ziff. 4.[2811] Die Personen i.S.v. Ziff. 1-3 boten nach Eggers Ansicht keine genügende Gewähr für eine korrekte Erfüllung der vormundschaftlichen Aufgaben; bei Personen i.S.v. Ziff. 4 erblickte er insbesondere die Gefahr, dass ihre „Auswahl *nicht ausschließlich* durch die Rücksicht auf das Wohl des Mündels bestimmt werde".[2812] Dass Egger den Art. 384 ZGB damit – letztlich – als Ausfluss des in Art. 379 ZGB statuierten Eignungskriteriums verstand, ergibt sich aus seiner Bemerkung in der Zweitauflage, wonach bei Art. 384 ZGB „das Gesetz selber die *Unfähigkeit* oder *Ungeeignetheit* [dekretiert]".[2813] In diese Richtung weist auch die Aussage Hubers, wonach der Ausschluss der Wählbarkeit „in *Untauglichkeit* oder in *Unvereinbarkeit* bestehen [kann]".[2814]

Gemäss Art. 388 Abs. 2 ZGB[2815] „[konnte] *jedermann*, der ein *Interesse* [hatte], die Wahl binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten [hatte], *als gesetzwidrig anfechten*". Eine solche *Gesetzwidrigkeit* nahm Egger an bei Verstössen gegen Art. 379, 380 f. und 384 ZGB – somit auch, falls die Vormundschaftsbehörde (z.B. versehentlich) eine Person trotz Bestehens eines Ausschliessungsgrundes zum Vormund gewählt haben sollte.[2816] Egger hob hier das Anfechtungsrecht des *zu Bevormundenden* sowie des *Gewählten*[2817] hervor.[2818] In der Zweitauflage betonte er zudem, die Behörde *müsse*, wenn sie Kenntnis von einer solchen gesetzeswidrigen Wahl erlange, diese „von Amtes wegen […] als ungültig erklären und zur Neuwahl

---

[2811] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 384, hielt die Aufzählung für abschliessend; abw. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 384, der u.a. in Rn. 12 bemerkte, „auch die Gründe der *Amtsenthebung*, Art. 445, werden zu *Ausschließungsgründen*, wenn sie von Anfang an vorliegen". Vgl. zur *Amtsenthebung* Kapitel 3.3.2.

[2812] Vgl. EGGER I, Anm. 2, insbes. 2d, zu Art. 384; EGGER II, Rn. 1, 4 ff. zu Art. 384.

[2813] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 384, vgl. auch Rn. 9 zu Art. 379.

[2814] Erl. Bd. I, S. 298 (= BeK II, Rn. 746); vgl. auch den Wortlaut des Art. 414 VE-ZGB (Fn. 2808). Im Übrigen hatte Huber schlicht bemerkt: „Die Ablehnungs- sowie die Ausschliessungs- und Untauglichkeitsgründe sind dem geltenden Rechte nachgebildet und bieten nichts Besonderes"; Erl. Bd. I, S. 288 (= BeK II, Rn. 715), s. dazu auch S. 298 (= BeK II, Rn. 746); StenBull NR 1905, S. 1255.

[2815] Materiell bis auf den Beginn des Fristenlaufs – s. dazu aber Prot., S. 451 (= BeK III, Rn. 4370 ff.) – übereinstimmend waren Art. 397 Abs. 2 E-ZGB und Art. 418 Abs. 1 VE-ZGB.

[2816] Vgl. nur EGGER I, Anm. 2a, 3 zu Art. 388, Anm. 1 zu Art. 384; EGGER II, Rn. 3, 4 ff. zu Art. 388; in diesem Sinne auch Erl. Bd. I, S. 299 (= BeK II, Rn. 750).

Für das *Prozedere* bei (Un-)Begründetheit der *Anfechtung* vgl. Art. 388 Abs. 3, Art. 390 ZGB (wörtlich fast identisch Art. 397 Abs. 3, Art. 399 E-ZGB; teils abw. Art. 418 Abs. 2, Art. 420 VE-ZGB); zur einstweiligen Amtsführungspflicht selbst bei Begründetheit der Anfechtung vgl. Art. 389 ZGB (dazu Kapitel 3.1.1.2).

War (unabhängig der Frage, ob ein Anfechtungsverfahren angestrengt wurde) „die Wahl endgültig getroffen, so [erfolgte] die Übergabe des Amtes an den Vormund durch die Vormundschaftsbehörde", Art. 391 ZGB. Ähnlich Art. 400 E-ZGB und Art. 421 VE-ZGB.

[2817] Gemäss Art. 387 Abs. 1 ZGB „[wurde] dem Gewählten unverzüglich seine Ernennung *schriftlich mitgeteilt*"; und nach Art. 387 Abs. 2 ZGB „[wurde] zugleich die Wahl im Falle der Auskündung der Bevormundung in einem amtlichen Blatte […] veröffentlicht". Zu Letzterem s. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 387; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 387. Vgl. dazu auch Art. 396 E-ZGB und Art. 417 VE-ZGB.

[2818] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 388; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 388.

schreiten".[2819]

3.1.1.1.2 Ablehnungsgründe, Art. 383 ZGB

An sich[2820] konnte die Vormundschaftsbehörde jedermann zum Vormund ernennen – gewisse Personen unterstanden sogar einer Amtsübernahmepflicht[2821]. Jedoch „[konnte] der Gewählte[2822] binnen zehn Tagen[2823] nach Mitteilung der Wahl einen *Ablehnungsgrund* geltend machen", Art. 388 Abs. 1 ZGB[2824].[2825] Diese „Ablehnungsgründe"[2826] waren in Art. 383 ZGB[2827] geregelt: Die Amtsübernahme ablehnen konnte insbesondere[2828] eine Person, die „das sechzigste Altersjahr zurückgelegt [hatte]", Ziff. 1; die „wegen körperlicher Gebrechen das Amt nur mit Mühe [hätte] führen können", Ziff. 2; die „über mehr als vier Kinder die elterliche Gewalt [ausübte]", Ziff. 3; oder die „bereits eine besonders zeitraubende oder zwei andere Vormundschaften [besorgte]", Ziff. 4.
Zum *Zweck* der Ablehnungsgründe bemerkte Egger in der *Zweitauflage*:

> „Die Ablehnungsgründe wollen nicht nur den designierten *Vormund vor zu großer Belastung schützen*, sie liegen auch im Interesse des Bevormundeten: *die Belastung beeinträchtigt die Eignung*."[2829]

Die vom Gesetz getroffene Regelung diente für Egger – wie schon für Huber[2830] – also zunächst den *Interessen des Gewählten*; Letzterer solle die Vormundschaftsführung ablehnen können, wenn sie ihm „aus persönlichen Gründen nicht zumutbar ist".[2831] Zugleich ging Egger bei ablehnungsberechtigten Personen aufgrund ihres Alters, ihrer gesundheitlichen Situation oder aufgrund bereits starker fürsorgerischer Inanspruchnahme von einer *Ungeeignetheit* zur Führung der in Frage stehenden Vormundschaft aus. So hielt Egger konkret zu den in Art. 383 Ziff. 1 und 2 ZGB genannten Fällen fest:

[2819] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 384.
[2820] Beachte aber Kapitel 3.1.1.1.1.
[2821] Vgl. dazu Kapitel 3.1.2.
[2822] Beachte den Hinweis in Fn. 2817.
[2823] Zur verspäteten Geltendmachung s. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 388; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 388; Fn. 2954.
[2824] Materiell übereinstimmend Art. 397 Abs. 1 E-ZGB und Art. 418 Abs. 1 VE-ZGB.
[2825] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 1, 3 zu Art. 388; EGGER II, Rn. 1 f., 4 ff. zu Art. 388. Insofern erblickten Egger und Huber in dieser Regelung eine *Milderung der Übernahmepflicht*; vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 383; Erl. Bd. I, S. 298 (= BeK II, Rn. 745), vgl. auch S. 299 (= BeK II, Rn. 750 ff.).
Für das *Prozedere* bei (Un-)Begründetheit der *Ablehnung* vgl. Art. 388 Abs. 3, Art. 390 ZGB; zur einstweiligen Amtsführungspflicht selbst bei Begründetheit der Ablehnung vgl. Art. 389 ZGB (dazu Kapitel 3.1.1.2). War (unabhängig der Frage, ob ein Ablehnungsverfahren angestrengt wurde) „die Wahl endgültig getroffen, so [erfolgte] die Übergabe des Amtes an den Vormund durch die Vormundschaftsbehörde", Art. 391 ZGB.
[2826] So die Marginalie zu Art. 383 ZGB.
[2827] Materiell weitestgehend übereinstimmend Art. 392 E-ZGB und Art. 413 VE-ZGB – vgl. daher Fn. 2814.
[2828] S. auch die Ziff. 5, 6 betreffend gewisse Beamte. Ablehnungsgründe erblickte Egger auch in Art. 379 Abs. 3 ZGB (dazu Fn. 2797), Art. 382 ZGB (dazu klärend EGGER II, Rn. 1 zu Art. 388; zur Sache s. Kapitel 3.1.2), Art. 415 Abs. 3 ZGB (dazu Kapitel 3.3.1.1); vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 383; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 383.
[2829] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 383.
[2830] Vgl. bei Fn. 2825.
[2831] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 383, vgl. dazu auch Rn. 6 f. zu Art. 383; EGGER I, Anm. 2f zu Art. 383.

„*Ungeeignet*[2832] sind Personen, die selber mit größeren Gebrechen belastet sind (vgl. Art. 372), und alte Leute, die nicht mehr über die nötigen Kräfte verfügen."[2833]

Die Ablehnungsmöglichkeit trug für Egger somit auch dem *Interesse des Bevormundeten* an einer seinem Fürsorgebedürfnis entsprechend geführten Vormundschaft Rechnung.

Dass Egger diese Ansicht bereits der *Erstauflage* zugrundelegte, lässt sich aus dem Umstand erschliessen, dass Egger (schon) dort für die Gutheissung eines auf Art. 383 Ziff. 2 ZGB gestützten Ablehnungsbegehrens solche körperliche Gebrechen voraussetzte, die „eine erhebliche *Erschwerung der Vormundschaftsführung*" bewirkten – wobei er im Fortgang bemerkte, „oft werden die körperlichen Gebrechen nicht anders als geistige die *Eignung* schon nach Art. 379 benehmen […]".[2834]

In beiden Kommentarauflagen hielt es Egger denn auch offenbar für zulässig und nützlich, wenn der Gewählte sein Ablehnungsbegehren mit weiteren – über die in Art. 383 ZGB hinausgehenden – Gründen ergänzte, um eine *fehlende Eignung i.S.v. Art. 379 ZGB* geltend zu machen.[2835]

3.1.1.1.3 Vorrecht der Verwandten bzw. des Ehegatten, Art. 380 ZGB

Art. 380 ZGB[2836] bestimmte: „Sprechen keine wichtigen Gründe dagegen, so hat die Behörde einem tauglichen *nahen Verwandten* oder dem *Ehegatten* des zu Bevormundenden bei der Wahl den *Vorzug zu geben*, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes."

Egger legitimierte diese Regelung[2837] zunächst durchaus mit dem *Gemeinschaftsgedanken* – „die vormundschaftliche Fürsorge [soll] in erster Linie *Angelegenheit der Familie* sein".[2838] Dazu passt Eggers Bemerkung, „es [entspricht] dem Familienideal des Z.G.B. […], daß bei *gleicher Tauglichkeit*" der Verwandten und dem Ehegatten grundsätzlich „dem *Ehegatten* der Vorzug gegeben wird".[2839] Auch Huber hatte ausgeführt,

---

[2832] Bezüglich Art. 383 Ziff. 2 ZGB sprach Egger auch davon, dass *„schwere"* körperliche Gebrechen *„unfähig"* zur Vormundschaftsführung machten; „leichtere" Gebrechen seien (s. den Gesetzeswortlaut) dann beachtlich, wenn sie bewirkten, dass der Gewählte „sein Amt nur mit Mühe führen könnte"; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 383.

[2833] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 379.

[2834] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 383.

[2835] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2b, 2g zu Art. 383, Anm. 1 zu Art. 388; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 383. – Insofern anders als bei Art. 388 Abs. 2 ZGB (vgl. Kapitel 3.1.1.1.1 a.E.), wo neben der Verletzung von Art. 379 ZGB (zusätzlich) auch Verletzungen der Art. 380 f. ZGB geltend gemacht werden konnten.

[2836] Abgesehen von dem in Fn. 2840 erwähnten Unterschied übereinstimmend: Art. 389 E-ZGB, Art. 410 VE-ZGB.

[2837] Zur *Durchführung* derselben beachte EGGER II, Rn. 10 zu Art. 380/381.

[2838] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 379, vgl. auch Rn. 2 f., 4 zu Art. 380/381; EGGER I, Anm. 2a, 1a zu Art. 380. Beachte den Text zu Fn. 2872.

[2839] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 380; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 380/381: „In vielen Fällen drängt sich bei unbefangener Beurteilung der Lage die Wahl der Ehefrau auf, da sie die *persönlichen und Vermögensverhältnisse am besten kennt und das größte Interesse* an einer erfolgreichen Führung hat." S. auch den Text zu Fn. 2872.

grundsätzlich „wird die Behörde angewiesen, die nächsten und ältesten[2840] Verwandten der zu bevormundenden Person zu wählen" – „[es] entspricht der Würde der Familie, dass auf die intimen Verhältnisse, die hier vorliegen, gebührend Rücksicht genommen werde":[2841]

> „Wir betrachten es als eine Äusserung der ehelichen Gemeinschaft, dass im Falle der Handlungsunfähigkeit des einen Ehegatten der andere in der Regel die Vormundschaft erhalten solle. […] Selbstverständlich geht die eheliche Gemeinschaft mit der Bevormundung eines Ehegatten nicht unter. Der Ehemann bleibt also der ordentliche Vertreter, und die Ehefrau erhält eventuell die ausserordentliche Vertretungsbefugnis. Diese Vertretung wird aber dadurch modifiziert, dass der Ehegatte in seiner Stellung als Vormund unter eine behördliche Kontrolle gestellt ist […]."[2842]

Damit lagen Egger und Huber hier auf einer Linie.
Doch nicht nur im Gemeinschaftsgedanken erblickte Egger das Motiv für das in Art. 380 ZGB statuierte Vorrecht, sondern gerade auch im *Persönlichkeitsgedanken*. Egger hielt nämlich fest, dass „der Gesetzgeber von der Annahme [ausgeht], den nächsten Angehörigen komme die *beste Eignung* zu" – wobei „davon ausgegangen werden [darf], daß der nähere Angehörige mit stärkerer Teilnahme sich des Bevormundeten annehme".[2843] Damit trug die in Art. 380 ZGB getroffene Regelung nach Eggers Ansicht also gerade auch den Interessen des Betroffenen selbst Rechnung. Das für die Ernennung zum Vormund entscheidende Kriterium erblickte Egger denn auch nicht etwa in der Gradesnähe der Verwandtschaft (bzw. im blossen Faktum der Ehe), sondern er veroretete es vielmehr in der besten Eignung der in Frage kommenden verwandten Personen (bzw. des Ehegatten[2844]).[2845]
Egger stellte indes klar, das Vorrecht der Verwandten bzw. des Ehegatten sei gemäss Art. 380 ZGB nur dann beachtlich, wenn ihm (neben Ausschliessungsgründen i.S.v. Art. 384 ZGB) keine *„wichtigen Gründe"* entgegenständen. Als (im Ergebnis einzigen) wichtigen Grund begriff Egger den Fall, dass eine Gesamtbetrachtung ergab, eine mit dem Betroffenen *nicht* verwandte bzw. *nicht* verheiratete Person biete „*größere Gewähr für* eine wirksame vormundschaftliche *Fürsorge*".[2846]
Für den Fall, dass die Vormundschaftsbehörde gegen Art. 380 ZGB verstiess, verwies Egger auf das in Art. 388 Abs. 2 ZGB[2847] statuierte Anfechtungsrecht von jedermann mit einem Interesse – insbesondere auf das Anfechtungsrecht des *zu Bevormundenden*, seinen *Angehörigen* sowie der *übergangenen Person(en)*.[2848]

[2840] Art. 389 E-ZGB sprach von „dem nächsten tauglichen Verwandten oder dem Ehegatten"; Art. 410 VE-ZGB vom „nächsten und ältesten tauglichen Verwandten oder dem Ehegatten".
[2841] Erl. Bd. I, S. 297, 288 (= BeK II, Rn. 743, 716); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1255.
[2842] Erl. Bd. I, S. 164 (= BeK II, Rn. 401); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1255.
[2843] EGGER II, Rn. 1, 6 zu Art. 380/381, vgl. auch Rn. 9 zu Art. 379; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 380.
[2844] Beachte auch den Text zu Fn. 2839.
[2845] EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 380; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 380/381, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 380/381.
[2846] Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 2b zu Art. 380; EGGER II, Rn. 4 ff. zu Art. 380/381, Rn. 2, 9 zu Art. 379.
[2847] Vgl. zu diesem *Anfechtungsrecht* Kapitel 3.1.1.1.1 a.E.
[2848] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 388; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 388.

3.1.1.1.4 Wünsche des zu Bevormundenden bzw. der Eltern, Art. 381 ZGB

Art. 381 ZGB[2849] bestimmte: „Hat die *zu bevormundende Person* oder deren *Vater* oder *Mutter* jemand als den Vormund ihres Vertrauens bezeichnet, so soll dieser Bezeichnung, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen, Folge geleistet werden."
Diese Regelung [2850] entsprach für Egger dem *Persönlichkeitsgedanken*: Bezüglich des Wunschrechts des *Betroffenen* bemerkte Egger, „es soll möglichst ein Vormund gewählt werden, der das *Vertrauen des Mündels* besitzt".[2851] Und zum Wunschrecht der *Eltern* stellte er in der Zweitauflage klar, dieses Recht stehe den Eltern „nicht wegen der elterlichen Gewalt, sondern *um ihrer Persönlichkeit willen*" zu. [2852] Doch machte Egger mit Blick auf den Normwortlaut – wie schon beim Vorrecht der Verwandten i.S.v. Art. 380 ZGB [2853] – deutlich, die (*an sich* zu respektierenden) „Wünsche"[2854] seien nur beachtlich, wenn keine „wichtige[n] Gründe" gegen ihre Erfüllung sprächen.[2855]
Ähnlich hatte schon Huber argumentiert, der allerdings auch noch auf den *Gemeinschaftsgedanken* hingeweisen hatte:

> „Gleichwohl entspricht es der *Würde der Familie*, dass auf die intimen Verhältnisse, die hier vorliegen, gebührend Rücksicht genommen werde. Aus diesem Grunde hat der Entwurf [sc. VE-ZGB] den *Trägern der elterlichen Gewalt*[2856] die Befugnis eingeräumt, eine Person als den Vormund ihres Vertrauens zu bezeichnen. Ebenso soll das *Mündel*, das die natürliche Handlungsfähigkeit besitzt, seinen Wunsch äussern können. Weiter sollen vornehmlich die Glieder der Familie des Mündels zur Ausübung des Amtes herangezogen werden. Allein allen diesen Bestimmungen steht die freie Prüfung der Behörde gegenüber, die eine derart bezeichnete Persönlichkeit nur dann zu wählen hat, wenn sie nach ihrem Urteil *als tauglich erfunden* wird."[2857]

Auch in vorliegendem Zusammenhang verwies Egger für den Fall von Verstössen gegen Art. 381 ZGB auf das in Art. 388 Abs. 2 ZGB[2858] statuierte Anfechtungsrecht

---

[2849] Gemäss Art. 390 E-ZGB war der geäusserte Wunsch, „wenn nicht wichtige Gründe dagegen [sprachen], zu berücksichtigen"; nach Art. 411 VE-ZGB war er „angemessen zu berücksichtigen".
[2850] Zur *Durchführung* derselben beachte EGGER II, Rn. 10 zu Art. 380/381.
[2851] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 381; vgl. auch EGGER II, Rn. 7 f. zu Art. 380/381; nur implizit auch Erl. Bd. I, S. 288 (= BeK II, Rn. 716).
[2852] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 380/381; vgl. zur Sache auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 381.
[2853] Dazu Kapitel 3.1.1.1.3. Zum *Verhältnis von Art. 381 zu Art. 380 ZGB* bemerkte EGGER I, Anm. 3 zu Art. 381, dass „wohl das Prinzip des Art. 381 noch stärker [ist] als dasjenige des Art. 380" – und tatsächlich konstatierte EGGER II, Rn. 11 zu Art. 380/381, „in der Praxis werden die Wünsche besonders der Eltern nach Art. 381 vorangestellt […]". Huber hingegen hatte (letztlich) zu den Art. 411 bzw. 410 ZGB bemerkt, „dass der Entwurf [sc. VE-ZGB] das verwandtschaftliche Moment mehr in Erwägung gezogen haben will, als, im Konfliktsfalle, die Bezeichnung der Eltern"; Erl. Bd. I, S. 297 (= BeK II, Rn. 273).
[2854] So die Marginalie zu Art. 381 ZGB.
[2855] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 381 i.V.m. Anm. 2b zu Art. 380; EGGER II, Rn. 9 i.V.m. Rn. 4 f. zu Art. 380/381, Rn. 2, 9 zu Art. 379.
[2856] Insofern bestand eine Abweichung zu Egger – vgl. den Text zu Fn. 2852.
[2857] Erl. Bd. I, S. 288 (= BeK II, Rn. 716), vgl. auch S. 297 (= BeK II, Rn. 742 f.); StenBull NR 1905, S. 1255.
[2858] Vgl. zu diesem *Anfechtungsrecht* Kapitel 3.1.1.1.1 a.E.

von jedermann mit einem Interesse – hervorgehoben seien das Anfechtungsrecht der *wunschberechtigten* sowie der *gewünschten Person(en)*.[2859]

3.1.1.1.5 Begrenzung der Amtsdauer des Vormundes, Art. 415 ZGB

Gemäss Art. 415 Abs. 1 ZGB[2860] „[wurde] die Vormundschaft in der Regel auf zwei Jahre übertragen", wobei „nach Ablauf der Amtsdauer der Vormund je auf weitere zwei Jahre mit einfacher Bestätigung[2861] im Amte bleiben [konnte]", Art. 415 Abs. 2 ZGB.
Die Begrenzung der Amtsdauer des Vormundes i.S.v. Art. 415 Abs. 1 ZGB hing für Egger insofern mit dem Eignungskriterium nach Art. 379 ZGB zusammen, als sie s.E. die unkomplizierte „Ersetzung eines *ungeeigneten* Vormundes, dem gegenüber aber *keine Enthebungsgründe*, Art. 445 ff. [2862], vorliegen", ermöglichte.[2863] Zudem habe „die Vormundschaftsbehörde bei Ablauf der Amtsperiode eine äußere Veranlassung, die Tauglichkeit des Gewählten einer erneuten Prüfung zu unterziehen […]".[2864]

3.1.1.1.6 Frau als Vormund

In beiden Kommentarauflagen bezog Egger Stellung zur Frage, ob auch *Frauen* das vormundschaftliche Amt offenstehe. Dies bejahte Egger schon in der *Erstauflage*:

> „Nach dem neuen Recht kann die Frau Inhaberin der elterlichen Gewalt sein – dann durfte ihr auch das Vormundschaftsamt nicht mehr verschlossen bleiben. Nicht nur über eigene oder verwandte, sondern auch über fremde Personen – unmündige und entmündigte – kann sie zum Vormund eingesetzt werden. […]
> Da es immer schwerer fällt, eine genügende Zahl geeigneter Vormünder zu finden, werden die Vormundschaftsbehörden die Mitarbeit der Frau in Vormundschaftssachen begrüßen. Es werden ihr besonders Vormundschaften übertragen werden, die *rechtlich abgeklärt sind* und bei denen die *persönliche Fürsorge überwiegt* […]."[2865]

Hier relativiert der zweite Absatz den (progressiv anmutenden) ersten, schien Egger der Frau doch nur die Führung einfacherer Vormundschaften zuzutrauen, bei denen der Vermögensfürsorge überdies nur untergeordnete Bedeutung zukam. Ein anderes Bild liefert die *Zweitauflage*, in der Egger bemerkte:

> „Noch heute verharren viele, wenn nicht die meisten Vormundschaftsbehörden auf ihrer traditionellen und ungerechtfertigten Zurückhaltung in der Wahl weiblicher

---

[2859] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 388; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 388.
[2860] Materiell mit dem gesamten Art. 415 ZGB übereinstimmend Art. 424 E-ZGB *bzw.* Art. 444 VE-ZGB – allerdings mit jeweils *zwei* bzw. *vier* Jahren; mit Ablehnungsrecht nach *zwei* bzw. *vier* Jahren.
[2861] Vgl. dazu Kapitel 3.3.1.1.
[2862] Vgl. dazu Kapitel 3.3.2.1.
[2863] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 415, vgl. auch Anm. 2 zu Art. 415; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 415. Einen ähnlichen Gedanken hatte auch Huber mit Blick auf Art. 424 E-ZGB (s. dazu Fn. 2860) angeführt; vgl. Botsch.-ZGB, S. 48 (= BeK III, Rn. 11355); StenBull NR 1905, S. 1292 f.
[2864] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 415, vgl. auch Anm. 2 zu Art. 415.
[2865] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 379.

> Vormünder und Beistände […]. In der Nachkriegszeit wird die ‚Intensivierung der Vormundschaft' unerläßlich sein […] und diese erfordert auch die Mobilisierung der fraulichen Kräfte, die wir auch auf diesem Gebiet nicht länger brach liegen lassen dürfen. Neben die elterliche Gewalt der Mutter, Art. 273/4, die sich trotz aller damaligen Bedenken gut eingelebt hat, tritt die Vormundschaft der Frau […]. Zu Vormundschaften, bei denen die *persönliche Fürsorge in den Vordergrund tritt*, wird ihr oft eine *besondere Eignung* zukommen, bei Vollwaisen, bei unehelichen Kindern, auch bei Entmündigten. Sie ist berufen, die Vormundschaft erst recht zu dem zu machen, was sie ihrem Wesen nach sein soll, zu einem *Ersatz der elterlichen Fürsorge*. Sie vermag vielen Mündeln das zu gewähren, was sie am schmerzlichsten entbehren, Herzenswärme, Güte, Liebe, und sie dadurch vor Verhärtung, Asozialität und Verwahrlosung zu behüten […]."[2866]

In der Zweitauflage begründete Egger seine Ansicht, wonach sich Frauen besonders für die *persönliche Fürsorge* eigneten, also mit den *Interessen der zu bevormundenden Person* – und *nicht* mit dem aus der Erstauflage hervortretenden, von Egger unglücklich formulierten Gedanken, dass Frauen *mangels entsprechender Fähigkeiten* nur einfachere Vormundschaften führen könnten. Besonders bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang eine Aussage, in welcher Egger den Umstand, dass Art. 382 Abs. 1 ZGB[2867] lediglich *Männern* eine Pflicht zur Übernahme des vormundschaftlichen Amtes auferlegte, energisch kritisierte:[2868]

> „Im StR [sc. Ständerat] wurde geradezu ausgeführt, daß wir zwar galant und entgegenkommend sein wollen, daß wir uns aber der Einsicht nicht verschließen dürfen, daß eine große Zahl von Frauen nicht geschäftstüchtig genug seien zur Vermögensverwaltung – *welche Verkennung der Sachlage!* Auch nicht alle Männer sind zur Vermögensverwaltung geeignet, in der *persönlichen Fürsorge* erweist sich die Frau als *überlegen*. Es handelt sich *keineswegs um ein Entgegenkommen*, sondern um unsere *Pflicht*, die Kräfte der Frau in den Dienst der vormundschaftlichen Aufgaben zu stellen, die wir ohne sie nicht mehr zu bewältigen vermögen […]. Deshalb ist die *Durchbrechung der Rechtsgleichheit in dieser Frage nicht gerechtfertigt*."[2869]

Hier bekannte sich Egger deutlich zu Frauen als – den Männern gleichgestellten[2870] – Vormündern.

Dass Egger damit (auch) im Vormundschaftsrecht eine „Durchbrechung der Rechtsgleichheit" von Frauen und Männern ablehnte, zeigt sich denn auch bei seinen Ausführungen zu Art. 380 ZGB[2871]. Egger stellte dort – in beiden Kommentarauflagen –

[2866] EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 379, vgl. auch Rn. 18 zu Art. 361.

[2867] Vgl. dazu Kapitel 3.1.2.

[2868] Huber hatte diesbezüglich übrigens bemerkt: „Dass die Übernahme der Vormundschaft allgemeine Bürgerpflicht sei, ist schon geltendes Recht. Dass auch Frauen, ausser dem Falle der mütterlichen Vormundschaft, Vormünder sein können, ist dagegen erst in neuester Zeit aufgekommen und z.B. in Bern mit Erfolg praktisch geworden. Sollen nun aber die Frauen ebenfalls zur Übernahme von Vormundschaften verpflichtet werden? Der Entwurf [sc. VE-ZGB] lehnt es ab, ohne dieser Anordnung grosse Wichtigkeit beimessen zu wollen"; Erl. Bd. I, S. 287 f. (= BeK II, Rn. 714), vgl. auch S. 298 (= BeK II, Rn. 744); beachte dazu auch Botsch.-ZGB, S. 45 f. (= BeK III, Rn. 11351); sodann allgemein StenBull NR 1905, S. 1254 f., 1287.

[2869] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 382.

[2870] Vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 380/381.

[2871] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.3.

klar, dass das ZGB beim *Vorrecht der Verwandten* weder zwischen der väterlichen und der mütterlichen Seite unterscheide noch zwischen dem Geschlecht der für das vormundschaftliche Amt in Frage kommenden Verwandten; sodann betonte Egger, dass das Vorrecht (geschlechtsunabhängig) *beiden* Ehegatten zustehe.[2872]

3.1.1.2 Pflicht des Vormundes zur einstweiligen Amtsführung, Art. 389 ZGB

Art. 389 ZGB[2873] bestimmte unter der Marginalie „vorläufige Pflicht des Gewählten[2874]", dass Letzterer „trotz der Ablehnung[2875] oder Anfechtung[2876] bei seiner Verantwortlichkeit[2877] verpflichtet [war], die Vormundschaft zu führen, bis er des Amtes enthoben [wurde]".
Zu dieser Regelung hielt Egger fest:

> „Diese ungewöhnliche Regelung bezweckt, wie Art. 386[2878], die *wirksame Wahrung der Interessen des Bevormundeten*: der Gewählte muß diese auf alle Fälle einstweilen betreuen. Er ist befugt, sich dabei auf das Notwendige zu beschränkten; aber zurückstellen darf er nur, was ohne Schädigung oder Gefährdung bis zur Erledigung der Anfechtung liegen gelassen werden kann. Entsprechend Art. 444[2879]."[2880]

Aus dem Gesagten erhellt, dass Egger den Art. 389 ZGB mit den Interessen des Bevormundeten – mit dem *Persönlichkeitsgedanken* – legitimierte.[2881]

3.1.1.3 Entschädigung des Vormundes, Art. 416 ZGB

Gemäss Art. 416 ZGB[2882] „[hatte] der Vormund Anspruch auf eine Entschädigung, die *aus dem Vermögen des Bevormundeten* entrichtet und von der Vormundschaftsbehörde für jede Rechnungsperiode nach der *Mühe*, die die Verwaltung [verursachte], und nach dem *Ertrage des Vermögens* festgesetzt [wurde]".
Egger begriff diese *Entschädigung*[2883] in beiden Kommentarauflagen als Entgelt „für die Mühe und Arbeit, für den Zeitverlust, für die im Interesse des Mündels

---

[2872] EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 380; EGGER II, Rn. 2, 3 zu Art. 380/381.
[2873] Materiell übereinstimmend Art. 398 E-ZGB und Art. 419 VE-ZGB.
[2874] Beachte den Hinweis in Fn. 2817.
[2875] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.2.
[2876] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.1, 3.1.1.1.3 a.E., 3.1.1.1.4 a.E.
[2877] Zur *Verantwortlichkeit des Vormundes* vgl. Kapitel 4.5.1.
[2878] Dazu Kapitel 3.2.
[2879] Dazu Kapitel 3.3.1.3.
[2880] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 389, vgl. auch Rn. 2 f. zu Art. 389; EGGER I, Komm. zu Art. 389.
[2881] Diese Vorstellung kann auch aus Erl. Bd. I, S. 299 (= BeK II, Rn. 752), erschlossen werden.
[2882] Materiell übereinstimmend Art. 425 E-ZGB; vgl. StenBull NR 1905, S. 1293. Abw. aber Art. 445 VE-ZGB, der für die Entschädigung einen Höchstbetrag von 2‰ des *Reinvermögens* statuierte; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 306 (= BeK II, Rn. 780); Prot., S. 473 f. (= BeK III, Rn. 4582).
[2883] Zum *gesetzlich nicht geregelten* – von Egger aber analogieweise aus dem Auftragsrecht konstruierten – Anspruch des Vormundes auf *Auslagen- und Verwendungsersatz* sowie auf eine *besondere Entschädigung* für Tätigkeiten, die er für den Bevormundeten als Fachmann (z.B. als Anwalt) besorgte, vgl. EGGER I, Anm. 1, 3 zu Art. 416; EGGER II, Rn. 18, 19 ff. zu Art. 416.

aufgewendete persönliche Tüchtigkeit" bei der Fürsorge für Person und Vermögen des Bevormundeten.[2884] Damit versteht sich von selbst, dass Egger diesen Anspruch zunächst im *Interesse des Vormundes* aufgestellt sah. Überraschend erscheint hingegen, dass Egger den Entschädigungsanspruch in der *Zweitauflage* gerade auch mit den *Interessen des Bevormundeten* legitimierte. So bemerkte er, der Anspruch „wird gewährt, um eine möglichst wirksame Führung des vormundschaftlichen Amtes zu erreichen":[2885]

> „[…] Wohl aber muß die *Un*entgeltlichkeit auf die Führung der Vormundschaft drücken, zumal wenn die Vormundschaft nicht aus eigenem Willen, sondern aus Pflicht übernommen worden ist, Art. 382; sie *setzt die Bedeutung* der Funktion in den Augen der Vormünder *herab* und ist auch mit der *Verantwortlichkeit* nach Art. 426 schwer vereinbar, so daß die Gerichte in die Versuchung kommen müßten, die *Anforderungen* an die Vormundschaftsführung *herabzusetzen*, OR 99 Abs. 2. Es liegt somit im *Interesse der Bevormundeten*, wenn der Vormund honoriert wird […]."[2886]

Der Entschädigungsanspruch bot für Egger also (auch) Gewähr dafür, dass der Vormund die ihm vom Gesetz auferlegte umfassende Fürsorge für den Bevormundeten tatsächlich leistete – beziehungsweise für seine Verfehlungen gegenüber dem Bevormundeten uneingeschränkt haftbar blieb.

Bei der *Festsetzung der Höhe*[2887] der Entschädigung war gemäss Art. 416 ZGB neben der „Mühe, die die Verwaltung [verursachte]", auch der „Ertrage des Vermögens" des Bevormundeten zu berücksichtigen. Fraglich erscheint, wie es sich mit dem Entschädigungsanspruch bei *Vermögenslosigkeit* des Letzteren verhielt. Nach Eggers in der *Erstauflage* geäusserten Ansicht stellte nämlich die Führung gerade solcher Vormundschaften den Vormund vor „schwierige und zeitraubende Aufgaben" – sollte der Entschädigungsanspruch hier entfallen, hielt Egger dies für „bedenklich".[2888] Als „dringend empfehlenswert" erachtete er daher „eine Entschädigung aus Gemeindemitteln".[2889] In der *Zweitauflage* bezeichnete er einen Entfall des Entschädigungsanspruchs gar als „nicht haltbar":[2890]

> „*Ob* dem Vormund eine Entschädigung zuzusprechen sei, hat das ZGB entschieden, und zwar, aus guten Gründen, in positivem Sinne […]. Eine Beschränkung des Grundsatzes der Entgeltlichkeit auf die Fälle, wo der Bevormundete über eigene Mittel verfügt, liegt dem ZGB fern. Eine solche müßte auch die gewissenhafte und eifrige Führung gerade der Vormundschaften gefährden, bei denen es ausschließlich um die persönliche Fürsorge geht."[2891]

[2884] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 416, vgl. auch Anm. 2a zu Art. 416; EGGER II, Rn. 8, 1 zu Art. 416.
[2885] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 416.
[2886] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 416.
[2887] Dazu spezifisch EGGER I, Anm. 2c, 2d zu Art. 416; EGGER II, Rn. 9 ff., 15 ff. zu Art. 416.
[2888] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 416.
[2889] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 416 (wo Egger auch bemerkte, dass das Problem mit dem Institut der *Amtsvormundschaft* – hierzu Fn. 2797 – entschärft werden könne; vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 14 zu Art. 416).
[2890] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 416.
[2891] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 416.

Nach Eggers in der Zweitauflage vertretenen Ansicht hatten bei Vermögenslosigkeit des Bevormundeten *primär* die unterhalts- sowie, bei bevormundeten Kindern, die unterstützungspflichtigen Verwandten für die Entschädigung des Vormundes aufzukommen; *subsidiär* die Vormundschaftsbehörde.[2892]

3.1.2 Gemeinschaftsgedanke: Amtsübernahmepflicht, Art. 382 ZGB

Art. 382 Abs. 1 ZGB[2893] bestimmte: „Zur Übernahme des Amtes sind verpflichtet die männlichen Verwandten und der Ehemann der zu bevormundenden Person, sowie alle in bürgerlichen Ehren[2894] stehenden Männer, die in dem Vormundschaftskreise wohnen."[2895]

Abgesehen von der knappen Qualifikation der Übernahmepflicht als eine „öffentlich-rechtliche"[2896], beschränkte sich Egger in der *Erstauflage* im Wesentlichen auf den Hinweis, „die Pflicht besteht nicht für Personen, denen gegenüber ein Ablehnungs- oder Ausschließungsgrund vorliegt (Art. 383, 384)".[2897] Auch Huber hatte in vorliegendem Zusammenhang lediglich festgehalten:

> „Die Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft wird auf die im aktiven Bürgerrecht stehenden Männer, die Einwohner der Wohnsitzgemeinde sind, beschränkt. Frauen können ernannt werden, sind aber nicht zur Übernahme des Amtes verpflichtet.
> Dieser Pflicht steht die Möglichkeit der Ablehnung gegenüber […]."[2898]

In der *Zweitauflage* ging Egger auf die Übernahmepflicht jedoch näher ein: Jene des *Ehemannes* sowie der *männlichen Verwandten* hatte s.E. „ihren Grund in der fam.-rechtlichen Verbundenheit, sie ist *familienrechtlicher Natur*".[2899] – Und zur Übernahmepflicht *männlicher Dritter* hielt Egger fest:

> „Aber darüber hinaus wird die Uebernahme zur *‚allgemeinen Bürgerpflicht'*[2900] erhoben […]. Darin liegt eine *Pflicht zur Menschenhilfe* […]: wer aufgerufen, einem der vormundschaftlichen Fürsorge Bedürftigen diese Sorge zu gewähren, darf sich diesem Aufgebot nicht entziehen. Es liegt zugleich eine *öffentlichrechtliche Pflicht* vor: jedermann ist *dem Staate gegenüber* zu dieser Mitwirkung bei der Bewältigung der vormundschaftlichen Aufgabe verpflichtet. Er muß das Amt übernehmen […]. Doch wird diese Pflicht

---

[2892] EGGER II, Rn. 13 f. zu Art. 416.
[2893] Wörtlich fast übereinstimmend Art. 391 Abs. 1 E-ZGB; nicht aber Art. 412 VE-ZGB, der bei den *Verwandten* – absichtlich, vgl. Prot., S. 446 (= BeK III, Rn. 4320) – auch weibliche Verwandte berücksichtigte.
[2894] Ansonsten lag ein *Ausschliessungsgrund* i.S.v. Art. 384 Ziff. 2 ZGB vor, vgl. Kapitel 3.1.1.1.1.
[2895] Diese Amtsübernahmepflicht bestand *nicht* bei Familienvormundschaften, vgl. Art. 382 Abs. 2 ZGB.
[2896] Wenn in EGGER I, Anm. 2 zu Art. 382, auch von einer „privatrechtliche[n] Pflicht" die Rede ist, so bezieht sich dies lediglich auf die *Verantwortlichkeit* eines solchen Vormundes, der die *einstweilige* Amtsführung i.S.v. Art. 389 ZGB (dazu Kapitel 3.1.1.2) verweigerte. Vgl. diesbezüglich auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 382.
[2897] EGGER I, Anm. 1a, 1b zu Art. 382; übereinstimmend auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 382.
[2898] Erl. Bd. I, S. 298 (= BeK II, Rn. 744 f.); vgl. dazu auch die Fn. 2868 und 2825; Botsch.-ZGB, S. 45 f. (= BeK III, Rn. 11351).
[2899] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 382.
[2900] So Huber im zit. Text in Fn. 2868.

nur den Männern auferlegt[2901] […].“[2902]

Dies zeigt, dass Egger die Übernahmepflicht letztlich (ausschliesslich) mit dem – enger (Alt. 1) bzw. weiter (Alt. 2) gefassten – *Gemeinschaftsgedanken* begründete.

3.2 Vorläufige Fürsorge, Art. 386 ZGB

Art. 386 ZGB stand unter der Marginalie „vorläufige Fürsorge“. Die *Vorläufigkeit* dieser Fürsorge konnte dabei die Situationen betreffen, dass das *Entmündigungsverfahren*[2903] noch andauerte[2904], oder dass dieses Verfahren bereits abgeschlossen war, jedoch *noch kein Vormund bestellt* wurde.[2905] Konkret bestimmte Art. 386 ZGB: „Wird es vor der Wahl [sc. des Vormundes] notwendig, vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen, so trifft die *Vormundschaftsbehörde* von sich aus die erforderlichen Massregeln“ (Abs. 1[2906]). – „Sie kann insbesondere die vorläufige Entziehung der Handlungsfähigkeit aussprechen und eine Vertretung anordnen“ (Abs. 2[2907]).[2908] Egger legitimierte das Institut der vorläufigen Fürsorge damit, dass zwischen dem Eintritt eines Entmündigungsfalles und dem Zeitpunkt der Bevormundung „stets eine längere Zeit [verstreicht]“ – beim Betroffenen bzw. bei Dritten „während dieser Zeit aber bereits das Schutzbedürfnis [besteht]“:[2909]

> „Inzwischen entbehrt der Schützling der Fürsorge, deren er bedarf; *er selber*, *seine Familie*, *gefährdete Dritte* […] sind in ihren persönlichen und materiellen *Interessen bedroht* – sie müssen einstweilen sichergestellt werden. In großem Ausmaß handelt es sich um einen präventiven Rechtsschutz […].“[2910]

In diesem Sinne hatte auch schon Huber ausgeführt:

> „Natürlich kann es für andere Fälle, z.B. plötzlich auftretende Geisteskrankheit oder langwierige Prozesse betr. Entmündigung, doch nicht vermieden werden, dass provisorische Massregeln zu treffen sind. Hierzu muss die Behörde die Befugnis erhalten, Art. 416 [sc. vgl. Art. 386 ZGB].“[2911]

[2901] So auch EGGER I, Anm. 1b zu Art. 382. Zu Eggers *Kritik* hierzu in der Zweitauflage s. den Text zu Fn. 2869.
[2902] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 382.
[2903] Beachte den Hinweis in Fn. 2716.
[2904] Bzw. wenn schon *vor* der Einleitung des Entmündigungsverfahrens „Gefahr in Verzug“ bestand; EGGER II, Rn. 13 i.Vm. 14 zu Art. 386, vgl. aber Rn. 29 zu Art. 386.
[2905] Vgl. EGGER I, Anm. 2b, 2c, 4 zu Art. 386; EGGER II, Rn. 3, 12 ff., 29 zu Art. 386.
[2906] Wörtlich fast identisch Art. 395 Abs. 1 E-ZGB und Art. 416 Abs. 1 VE-ZGB.
[2907] Materiell übereinstimmend Art. 395 Abs. 2 E-ZGB (wohl) und Art. 416 Abs. 2 VE-ZGB.
[2908] Gemäss Art. 386 Abs. 3 ZGB war eine Massregel i.S.v. Art. 386 Abs. 2 ZGB (*an sich*, vgl. EGGER I, Anm. 5a zu Art. 386; EGGER II, Rn. 51 zu Art. 386) zu veröffentlichen; vgl. auch Kapitel 2.4. Die *Entwürfe* (vgl. Fn. 2907) sagten dies nicht explizit.
[2909] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 386; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 386.
[2910] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 386.
[2911] Erl. Bd. I, S. 298 (= BeK II, Rn. 749); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1255.

Die Zulässigkeit der vorläufigen[2912] Fürsorge im Einzelfall richtete sich für Egger und Huber also nach dem *konkreten Schutzbedürfnis* der Person(en), in deren Interesse eine Fürsorgemassnahme ergriffen werden sollte. Egger machte deutlich, dass die Vormundschaftsbehörde[2913], *wenn und (nur) soweit* dieses Schutzbedürfnis (im Sinne eines Entmündigungsgrundes i.V.m. einer Entmündigungsvoraussetzung) es erfordere, umgehend sämtliche Massnahmen[2914] ergreifen könne und müsse, die in den Bereich der vormundschaftlichen Tätigkeit fielen.[2915] Damit hob Egger nicht nur hervor, dass sich die Vormundschaftsbehörde auf die mildeste[2916] zielführende Massnahme zu beschränken hatte, sondern auch, dass die Besorgung vormundschaftlicher Geschäfte vor der Wahl des Vormundes – vgl. den Gesetzeswortlaut – *notwendig* sein musste. Eine solche Notwendigkeit nahm Egger nur an, wenn die Nichtbesorgung dieser Geschäfte eine Schädigung oder akute Gefährdung der persönlichen oder vermögensrechtlichen *Interessen des Betroffenen* oder *Dritter* zur Folge haben würde.[2917] Dabei betonte er, „je einschneidender […] die Maßnahmen sind, desto strengere Anforderungen muß die Vormundschaftsbehörde bezüglich der Notwendigkeit der Maßnahmen stellen".[2918]

Egger sprach sich somit für eine *restriktive* Handhabung der vorläufigen Fürsorge aus. Diesen Standpunkt begründete er einerseits damit, dass im Rahmen der vorläufigen Fürsorge Geschäfte getätigt bzw. Anordnungen getroffen werden konnten, denen *definitiver Charakter* zukam, selbst wenn am Ende keine Entmündigung ausgesprochen werden sollte – eine Regelung, die er in der Zweitauflage übrigens mit der Rechtssicherheit legitimierte.[2919] Andererseits gab Egger zu bedenken:

[2912] Häufig konnten, so Egger, „die vorsorglichen Maßnahmen auch den Schutzzweck so vollkommen erreichen, daß die *Entmündigung sich erübrigt*" – so „[gewähren] die Internierung eines Trinkers oder eines Geisteskranken […] den zur Zeit nötigen vormundschaftlichen Schutz"; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 386; vgl. auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 386. In der Zweitauflage, a.a.O., sprach sich Egger daher für die Möglichkeit der „Aussetzung des *Entmündigungsverfahrens*" aus, bis Klarheit über den Erfolg der vorläufigen Massnahme herrsche.

[2913] Egger bemerkte: „Abs. 1 ermächtigt die *Vormundschaftsbehörde* zur Vornahme aller erforderlichen Maßnahmen. Darin liegt eine *Singularität*. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes tritt *nicht die Behörde*, sondern der *Vormund nach außen handelnd* auf […]. […] Doch kann sie einen Beistand bestellen […], dem sie die erforderlichen Anweisungen erteilt […]"; EGGER II, Rn. 41 zu Art. 386, vgl. auch Rn. 25 zu Art. 386, Rn. 11 zu Art. 367, Rn. 11 zu Art. 398, Rn. 3 zu Art. 407, Rn. 14 zu Art. 392, Rn. 6 zu Art. 393, Rn. 11 zu Art. 417; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 405, Anm. 1a zu Art. 407, s. aber Anm. 1f zu Art. 421. Für die Gründe vgl. EGGER II, Rn. 39 f. zu Art. 386; EGGER I, Anm. 3 zu Art. 386. Vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 300, 308 (= BeK II, Rn. 756, 786); Botsch.-ZGB, S. 45 (= BeK III, Rn. 11348).

[2914] Vgl. im Einzelnen EGGER I, Anm. 4 zu Art. 386; EGGER II, Rn. 18 f., 20 ff., 25 f., 27 zu Art. 386; Kapitel 4.

[2915] EGGER II, Rn. 8 f., 11, 13 f., 15 ff., 18, 30, 33, 47 zu Art. 386; EGGER I, Anm. 1b, 2d, 4, 5a, 5b zu Art. 386.

[2916] In der Zweitauflage sprach Egger auch hier von einer „Stufenfolge" vorläufiger Massnahmen, die von der Anordnung *einzelner Massnahmen* über die *Beistand-* oder *Beiratschaft* bis hin zur Entziehung der Handlungsfähigkeit und damit der Anordnung der *Vormundschaft* reichten; vgl. EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 386; Fn. 2914.

[2917] Vgl. EGGER I, Anm. 2d, 4 zu Art. 386; EGGER II, Rn. 17 zu Art. 386; vgl. auch die Nachweise in Fn. 2915.

[2918] EGGER I, Anm. 2e zu Art. 386.

[2919] Vgl. EGGER I, Anm. 4, 5b zu Art. 386; EGGER II, Rn. 18 f. i.Vm. Rn. 5, 31, 35 ff. zu Art. 386.

„Diese vorläufigen Fürsorgemaßnahmen bergen aber eine große Gefahr. *Die Entmündigung kann aus sehr unlauteren Motiven angestrebt werden.* Anzeigen und Anträge können sich als falsch erweisen. Das Entmündigungsverfahren endigt mit negativem Ausgang. Trotzdem erfolgten inzwischen vormundschaftliche Maßnahmen. Diese können die Interessen des Interdizenden sehr erheblich gefährden, seinen Kredit, seine Stellung erschüttern. […]"[2920]

Augenfällig wird diese Gefahr mit Blick auf Art. 386 Abs. 2 ZGB, welcher den vorläufigen *Entzug der Handlungsfähigkeit* ermöglichte: Den vom provisorischen Vormund während der Dauer dieses Zustands getroffenen rechtsgeschäftlichen Handlungen kam *definitiver Charakter* zu – weshalb Egger betonte, ein provisorischer Vormund „soll sich auf das Notwendige beschränken".[2921] Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger in der Erstauflage zu Art. 386 Abs. 2 ZGB:

„Diese Maßnahme ist besonders einschneidend. Sie darf deshalb nur angeordnet werden, wenn das Waisenamt[2922] eine *gefestigte Überzeugung* vom Eintritt der *endgültigen Entmündigung* erhalten hat und die Maßregel sich nicht durch eine Beistandsbestellung nach Art. 392 Ziff. 1 für eine einzelne dringliche Angelegenheit hinreichend ersetzen läßt."[2923]

In diesem Sinne äusserte sich Egger auch in der Zweitauflage:

„Abs. 2 sieht die schärfste Maßnahme vor. Noch harrt das Entmündigungsverfahren der Durchführung; aber sein *Ergebnis soll vorweggenommen* werden können. Nichts geringeres liegt vor als das Wagnis einer Antizipation der Entmündigung. Notwendigerweise muß dann auch ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden. Entmündigung *und* Vormundsbestellung werden vorweggenommen. Die vorläufige Fürsorge bleibt nicht mehr auf Einzelmaßnahmen beschränkt, sie weitet sich zur *Gesamtfürsorge*. Der Schützling wird nicht nur in seiner Dispositionsbefugnis nach bestimmten Richtungen beschränkt, er verliert die Handlungsfähigkeit."[2924]

Angesichts der damit verbundenen weitgehenden Konsequenzen stellte Egger in der Zweitauflage fest, die Praxis wende Art. 386 Abs. 2 ZGB nur „zurückhaltend und verhältnismäßig selten" an.[2925]

Eggers vorsichtige Haltung gegenüber der vorläufigen Fürsorge zeigt sich auch bei seinen Ausführungen betreffend das (vom Gesetz nicht geregelte) *Verfahren* zu Art. 386 ZGB:

„Sinn und Zweck des Art. müssen das Verfahren bestimmen. Es muß einfach sein, die Behörde muß *rasch handeln* können; aber auch die *Interessen des Schützlings* müssen gewahrt werden. Das Verfahren hat Gewähr zu bieten gegen die Gefahren, von welchen die *persönliche Freiheit* bedroht ist. Das kantonale Entmündigungsverfahren

---

[2920] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 386; vgl. auch EGGER II, Rn. 8, 18 f. zu Art. 386.

[2921] Vgl. EGGER I, Anm. 5b zu Art. 386; EGGER II, Rn. 9, 31 ff., 34 ff. zu Art. 386.

[2922] Das *Waisenamt* bildete in einigen Kantonen die Vormundschaftsbehörde; vgl. dazu nur EGGER I, Anm. 2a zu Art. 361; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 361.

[2923] EGGER I, Anm. 5a zu Art. 386.

[2924] EGGER II, Rn. 27 zu Art. 386.

[2925] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 386.

> wird grundlegend beeinflußt durch das Bundesrecht […]; auch die Anordnung vorläufiger Maßnahmen findet in diesem ihre Richtlinien; das gilt ganz besonders für die vorläufige Entziehung der Handlungsfähigkeit nach Abs. 2. Sicherlich verbietet der Zweck des Art. 386 im allgemeinen die Anwendung der Regeln über das Entmündigungsverfahren. Zu prüfen ist jedoch, in welchem Ausmaß die vom Bundesrecht zum Schutz der persönlichen Freiheit aufgestellten Verfahrensgrundsätze respektiert werden müssen. Bleiben sie unbeachtet, könnte jemand allzuleicht seine volle Geltung im bürgerlichen Verkehr einbüßen […].“[2926]

Konkret verlangte Egger von der Vormundschaftsbehörde eine Prüfung v.A.w., ob (voraussichtlich) ein Entmündigungsgrund und eine -voraussetzung vorliege.[2927] Dabei begriff er es grundsätzlich als *zwingend*, dass der Betroffene vor der Anordnung jeglicher Massnahmen i.S.v. Art. 386 ZGB *angehört*[2928] sowie in den einschlägigen Fällen nach Möglichkeit *medizinisch begutachtet*[2929] werde.[2930]

3.3 Abbestellung des Vormundes

Das Gesetz regelte „das Ende des *vormundschaftlichen Amtes*“[2931] in den Art. 441-450 ZGB. Das vorliegende Kapitel beleuchtet somit den gegenteiligen Vorgang der *Bestellung*[2932] des Vormundes – die *Abbestellung*[2933] –, also die Beendigung des vormundschaftlichen Amtes durch (implizite oder explizite) *behördliche Anordnung*[2934]. Zu unterscheiden sind dabei die *„Nichtwiederwahl“*[2935] des Vormundes, seine *„Entlassung“*[2936] sowie die *„Amtsenthebung“*[2937].

3.3.1 Nichtwiederwahl und Entlassung des Vormundes

3.3.1.1 Nichtwiederwahl des Vormundes, Art. 442 ZGB

Gemäss Art. 442 ZGB[2938] „[hörte] das Amt des Vormundes auf mit Ablauf der Zeit, für die er bestellt worden [war], *sofern er nicht bestätigt* [wurde]“. Diese Regelung ist i.V.m. Art. 415 ZGB[2939] zu sehen, welcher die Amtsperiode „in der Regel auf zwei

---

[2926] EGGER II, Rn. 46 zu Art. 386.
[2927] EGGER II, Rn. 47, 14, 30 zu Art. 386; vgl. implizit auch EGGER I, Anm. 1a, 1b, 2a-2c, 5a zu Art. 386.
[2928] Vgl. dazu Kapitel 2.2.
[2929] Vgl. dazu Kapitel 2.3.
[2930] EGGER II, Rn. 48 f. zu Art. 386; vgl. auch EGGER I, Anm. 2e, 5a zu Art. 386.
[2931] So die Überschrift zum Gesetzesabschnitt betreffend die Art. 441-450 ZGB.
[2932] Dazu Kapitel 3.1.
[2933] Weder das Gesetz selbst noch Egger sprachen von der „Abbestellung“ des Vormundes. Dieser Begriff soll einerseits hervorheben, dass es vorliegend um den gegenteiligen Vorgang der behördlichen *Bestellung* des Vormundes geht, andererseits soll er deutlich vom *Ende der Vormundschaft* (dazu Kapitel 5) abgrenzen.
[2934] *Nicht eingegangen* wird somit auf die Gründe, die *von Gesetzes wegen* zur Beendigung des Amtes führten, nämlich *Tod* und *Handlungsunfähigkeit des Vormundes*, Art. 441 ZGB (vgl. dazu auch Art. 450 E-ZGB und Art. 469 VE-ZGB).
[2935] Vgl. diesen Begriff in der Marginalie zu Art. 442-444 ZGB. Beachte den Hinweis in Fn. 2940.
[2936] Vgl. diesen Begriff in der Marginalie zu Art. 442-444 ZGB. Zur *formellen* Entlassung s. aber Kapitel 3.3.3.
[2937] So die Marginalie zu Art. 445-450 ZGB.
[2938] Materiell übereinstimmend Art. 451 E-ZGB und Art. 470 VE-ZGB.
[2939] Vgl. dazu schon Kapitel 3.1.1.1.5.

Jahre“ festsetzte, Abs. 1, wobei der Vormund danach „je auf weitere zwei Jahre mit *einfacher Bestätigung*[2940] im Amte bleiben [konnte]“, Abs. 2.
Die vom ZGB gewährte Möglichkeit, den Vormund wiederzuwählen (bzw. im Amt zu bestätigen[2941]), legitimierte Egger mit den *Interessen des Bevormundeten*. Bereits in der *Erstauflage* hielt Egger zwar fest, die (Nicht-)Wiederwahl „steht im Belieben der Behörde“, betonte aber:[2942]

> „Gegen eine gänzlich willkürliche, mißbräuchliche *Nichtwiederwahl* steht sowohl dem Bevormundeten, wie dem Vormund die Beschwerde zu. Dagegen soll die *Wiederwahl stets unterbleiben*, wenn dies durch die Interessen des Bevormundeten begründet erscheint […].“[2943]

Auch in der *Zweitauflage* hielt Egger fest:

> „Eine solche Nicht-Wiederwahl bedarf keiner Anhörung des Vormundes (Art. 447 Abs. 1) und keiner Begründung […]. Trotzdem kann die Vorm.-behörde nicht völlig nach Belieben von einer Wiederwahl absehen und einen neuen Vormund ernennen. Die Interessen des Mündels können *dringend die Weiterführung* durch den *bisherigen Vormund* erheischen […]. – Sowohl Vormund als Mündel können Beschwerde führen, wenn die Ablehnung willkürlich ist und Mündelinteressen verletzt.“[2944]

Die Wiederwahl (bzw. Bestätigung) des Vormundes konnte sich für Egger also geradezu aufdrängen – *umgekehrt* hatte sie s.E. zu unterbleiben, wenn dies im Interesse des Bevormundeten geboten erschien.
In diesem Sinne hatte auch schon Huber – betreffend die Amtsperiode – zu bedenken gegeben:

> „Man wird auch eine absolute Vorschrift schwerlich aufstellen wollen, sondern nur eine Regel. Dabei darf einerseits die *Last für die Pflichtigen*, anderseits der *Schaden bei häufigerem Wechsel* in der Vormundschaft, namentlich hinsichtlich der persönlichen Fürsorge in Betracht gezogen werden. Dem gegenüber erschien es als nicht zu hoch gegriffen, wenn vier Jahre[2945] als Regel aufgestellt worden sind. Dabei besteht im weiteren die Meinung, dass nach Ablauf dieser Periode eine Pflicht zur Weiterführung nicht mehr bestehe. […]“[2946]

Im letzten Satz dieser Aussage Hubers liegt im Ergebnis eine Anspielung auf *Art. 415 Abs. 3 ZGB*, welcher vorsah, dass ein Vormund „nach Ablauf von vier Jahren […]

[2940] D.h. die Vormundschaftsbehörde konnte nach Ablauf der Amtsdauer entweder eine *formelle Wahl* vornehmen (bei welcher *auch* der bisherige Vormund wieder wählbar war) oder eben den bisherigen Vormund ohne Durchführung einer formellen Wahl in *seinem Amt bestätigen*; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 415; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 415, Rn. 1 zu Art. 442/443.
[2941] Vgl. den Hinweis in Fn. 2940.
[2942] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 441, vgl. auch Anm. 1 zu Art. 442.
[2943] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 442, vgl. dazu auch Anm. 2 zu Art. 442.
[2944] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 415.
[2945] Beachte dazu Fn. 2860. Die vierjährige Amtszeit hatte Huber zwar explizit als lange qualifiziert, jedoch auch zu bedenken gegeben, „dass häufiger Wechsel in der Besetzung der Vormundschaft für die Verhältnisse des Mündels ungünstig wirke“; Prot., S. 472 (= BeK III, Rn. 4563, 4570).
[2946] Erl. Bd. I, S. 305 f. (= BeK II, Rn. 779).

befugt [war], die Weiterführung der Vormundschaft *abzulehnen*". Egger legitimierte diese Regelung mit den *Interessen des Vormundes* – er erblickte darin einerseits eine „Milderung der Übernahmepflicht (Art. 382)", andererseits hob er hervor, dass es einem Vormund dank der Ablehnungsmöglichkeit offenstehe, eine Vormundschaft aufzugeben, die ihm „besonders drückend erscheint".[2947] *Kritisch* bemerkte Egger allerdings, die Ablehnungsmöglichkeit „gefährdet [...] die Kontinuität der Vormundschaftsführung, welche im allgemeinen im Interesse des Mündels liegt".[2948]

3.3.1.2 Entlassung des Vormundes, Art. 443 ZGB

Art. 443 Abs. 1 ZGB[2949] bestimmte, dass wenn „während der Vormundschaft ein *Ausschliessungsgrund* [eintrat], [...] der Vormund das Amt niederzulegen[2950] [hatte]". Bekanntlich indizierte das Vorliegen bzw. Eintreten eines Ausschliessungsgrundes i.S.v. Art. 384 ZGB[2951] für Egger die *Ungeeignetheit* des Vormundes – Letzterer war daher rasch zu ersetzen.[2952]

Art. 443 Abs. 2 ZGB[2953] bestimmte sodann, dass wenn „ein *Ablehnungsgrund* [eintrat[2954]], [...] der Vormund in der Regel die Entlassung *vor* Ablauf der Amtsdauer[2955] *nicht verlangen* [konnte]". Auch der Eintritt eines Ablehnungsgrundes i.S.v. Art. 383 ZGB[2956] indizierte für Egger die *Ungeeignetheit* des Vormundes. Zum Umstand, dass das Gesetz den Vormund beim Eintritt eines Ablehnungsgrundes im Vergleich zum Eintritt eines Ausschliessungsgrundes insofern anders behandelte, als es ihn bei Ersterem „in der Regel" bis zum Ablauf der Amtsdauer im Amt beliess, nahm Egger nicht näher Stellung. Naheliegend erscheint aber, dass die unterschiedliche Schwere dieser Gründe zu besagter Regelung führte. In diese Richtung kann zumindest folgende Aussage Hubers gedeutet werden:

> „Bei Eintritt von Ausschliessungsgründen entsteht [...] eine *Pflicht* des Vormundes, das Amt niederzulegen [...]. Eintritt eines Ablehnungsgrundes gibt dem Vormund nur die *Berechtigung*, sein Amt niederzulegen, und auch dies hat der Entwurf [sc. VE-ZGB]

[2947] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 415; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 zu Art. 415.

[2948] Wie Fn. 2947.

[2949] Identisch Art. 452 Abs. 1 E-ZGB und Art. 471 Abs. 1 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 810); StenBull NR 1905, S. 1312.

[2950] Egger stellte klar, entgegen dem Gesetzeswortlaut lege der Vormund sein Amt nicht eigentlich nieder, sondern informiere die Vormundschaftsbehörde über den Eintritt des Ausschliessungsgrundes – woraufhin die *Behörde* den Vormund *entlasse*. Erhalte die Behörde selbständig Kenntnis vom Eintritt eines Ausschliessungsgrundes, sei auch eine *Entlassung v.A.w.* möglich; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 443; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 442/443.

[2951] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.1.

[2952] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 443; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 442/443, Rn. 1 zu Art. 441.

[2953] Identisch Art. 452 Abs. 2 E-ZGB und Art. 471 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. im Übrigen wie Fn. 2949.

[2954] Dasselbe galt nach Eggers Ansicht für die *verspätete Geltendmachung* eines Ablehnungsgrundes (vgl. die zehn Tage seit Mitteilung der Wahl, Art. 388 Abs. 1 ZGB) – dazu bei Fn. 2823.

[2955] Vgl. dazu Kapitel 3.3.1.1 und 3.1.1.1.5.

[2956] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.2.

> in Art. 471 [sc. vgl. Art. 443 ZGB] nicht ohne weiteres anerkannt. Für die Regel soll nämlich der Vormund bis zu Ende der Amtsperiode weiter amten […].“[2957]

Die Frage ist indes von untergeordneter Bedeutung – Egger bemerkte nämlich jeweils:

> „Vorherige, *sofortige Entlassung* ist besonders zu gewähren, wenn auch[2958] die *Interessen des Mündels sie erheischen*, wie dauernde Erkrankung oder Eintritt starker Gebrechlichkeit, dauernde Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen Vormund und Mündel, es sei denn, sie beruhe auf einer einseitig feindseligen Einstellung des zweiten gegen den pflichtgetreuen Vormund […].“[2959]

Diese Ansicht Eggers tritt aus beiden Kommentarauflagen hervor.[2960]

3.3.1.3 Pflicht zur Weiterführung notwendiger Geschäfte, Art. 444 ZGB

Gemäss Art. 444 ZGB [2961] „[war] der Vormund verpflichtet, die notwendigen Geschäfte der Vormundschaft weiter zu führen, bis sein Nachfolger das Amt übernommen [hatte]“.
Diese Weiterführungs*pflicht* begründete Egger mit den *Interessen des Bevormundeten* – die *notwendigen, dringenden* Angelegenheiten dürften trotz Nichtwiederwahl bzw. Entlassung des Vormundes bis zur Amtsübernahme durch den Nachfolger nicht unerledigt bleiben.[2962] Auch Huber hatte bemerkt:

> „Wird ein Vormund entlassen oder nicht wiedergewählt, so muss er unter allen Umständen in guten Treuen doch die notwendigsten Geschäfte bis zur Übernahme des Amtes durch seinen Nachfolger weiterführen. […]“[2963]

Egger stellte allerdings klar, die Weiterführungspflicht bestehe nicht, wenn der Vormund mit Rücksicht auf die Interessen des Bevormundeten mit *sofortiger Wirkung* entlassen werde – Abhilfe schaffe in solchen Fällen die Bestellung eines vorläufigen Vormundes i.S.v. Art. 386 ZGB[2964].[2965]

[2957] Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 810).
[2958] Eine sofortige Entlassung (gerade) im *Interesse des Vormundes* hielt Egger für möglich, wenn „Hemmnisse und Erschwerungen“ bei der Amtsführung „schwerwiegend genug“ waren; s. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 443.
[2959] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 442/443, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 388.
[2960] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 443, Anm. 1b zu Art. 388.
[2961] Wörtlich fast identisch Art. 453 E-ZGB und Art. 472 VE-ZGB.
[2962] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 444; EGGER II, Komm. zu Art. 444. Vgl. auch schon Kapitel 3.1.1.2.
[2963] Erl. Bd. I, S. 314 f. (= BeK II, Rn. 811).
[2964] Vgl. dazu Kapitel 3.2.
[2965] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 444; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 444.

3.3.2 Amtsenthebung, Art. 445-450 ZGB

3.3.2.1 Amtsenthebungsgründe, Art. 445 ZGB

Art. 445 ZGB[2966] bestimmte:

> „[1] Macht sich der Vormund einer groben Nachlässigkeit oder eines Missbrauchs seiner amtlichen Befugnisse schuldig, begeht er eine Handlung, die ihn der Vertrauensstellung unwürdig erscheinen lässt, oder wird er zahlungsunfähig, so ist er von der Vormundschaftsbehörde seines Amtes zu entheben.
> [2] Genügt er seinen vormundschaftlichen Pflichten nicht, so kann ihn die Vormundschaftsbehörde, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, aus dem Amte entlassen, sobald die Interessen des Bevormundeten gefährdet sind."

In der *Erstauflage* nahm Egger an, die Konstellationen i.S.v. Art. 445 Abs. 1 ZGB setzten ein „*schuldhaftes Verhalten* des Vormundes" voraus, wohingegen Art. 445 Abs. 2 ZGB die Amtsenthebung eines Vormundes wegen (auch) *unverschuldeter „Unfähigkeit"* gestatte:[2967] Mit Abs. 2 „will das Gesetz nur in Ergänzung der Bestimmung in Abs. 1 die Amtsenthebung ohne Verschulden einführen".[2968]
Demgegenüber bemerkte Egger in der *Zweitauflage*, weder Abs. 1 noch Abs. 2 erforderten ein Verschulden; für eine Amtsenthebung verlangt werde bloss – und diesbezüglich entsprechen sich beide Kommentarauflagen – die Beeinträchtigung bzw. Gefährdung der *Interessen des Bevormundeten* aufgrund einer der in Art. 445 ZGB genannten Konstellationen.[2969] Dabei hob Egger (ebenfalls in beiden Kommentarauflagen) hervor, dass die Vormundschaftsbehörde sowohl in den Fällen nach Abs. 1 als auch in jenen nach Abs. 2 zur Amtsenthebung *verpflichtet* sei.[2970] Dass das ZGB überhaupt zwischen Abs. 1 und Abs. 2 differenzierte, legitmierte Egger in der *Zweitauflage*[2971] mit Überlegungen zur *Dringlichkeit*: Bei Abs. 1 musste die Amtsenthebung s.E. „unverzüglich erfolgen"; bei Abs. 2 – also in Fällen des „Ungenügen[s]"[2972] des Vormundes – nahm er dagegen an, solange die Interessen des Bevormundeten dies gestatteten, solle eine Nichtwiederwahl, Art. 442 ZGB,[2973] bzw. eine Entlassung, Art. 443 ZGB,[2974] vorgenommen werden.[2975]

[2966] Wörtlich fast identisch Art. 454 E-ZGB; vgl. dazu StenBull NR 1905, S. 1312. Bis auf die Zuständigkeit der *Aufsichtsbehörde* stimmte auch Art. 473 VE-ZGB mit Art. 445 Abs. 1 ZGB fast wörtlich überein; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 315 (= BeK II, Rn. 812). Eine Bestimmung i.S.v. Art. 445 Abs. 2 ZGB enthielt der VE-ZGB nicht.
[2967] EGGER I, Anm. 1a, 2 zu Art. 445.
[2968] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 445.
[2969] Vgl. EGGER II, Rn. 1, 2 ff., insb. Rn. 4, 6 zu Art. 445; implizit EGGER I, Anm. 2 i.V.m. Anm. 1 zu Art. 445.
[2970] EGGER I, Anm. 1b, 2 zu Art. 445; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 445.
[2971] In der Erstauflage bemerkte EGGER I, Anm. 1b zu Art. 445, betreffend Abs. 1, die Vormundschaftsbehörde müsse „ohne Säumnis" die Amtsenthebung aussprechen. Da Egger den Abs. 2 hier nur als Ergänzung des Abs. 1 begriff, ist anzunehmen, dass s.E. die Vormundschaftsbehörde auch bei Abs. 2 unverzüglich zu handeln hatte.
[2972] Vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 445.
[2973] Dazu Kapitel 3.3.1.1.
[2974] Dazu Kapitel 3.3.1.2.
[2975] EGGER II, Rn. 8, 6 zu Art. 445.

Im Übrigen sah Art. 447 Abs. 2 ZGB[2976] vor, dass „bei geringen Unregelmässigkeiten die Enthebung bloss angedroht und dem Vormund eine Busse bis auf hundert Franken auferlegt werden [konnte]".
Nach Eggers Ansicht betraf diese Bestimmung letztlich die *„leichteren Fäll[e]"* der in Art. 445 ZGB genannten Konstellationen, bei welchen eine Amtsenthebung (deshalb) als ungerechtfertigt erschiene – so bei „kleineren Säumnissen" des Vormundes, wenn der Bevormundete durch sie „in seinem Interesse in keiner Weise verletzt" bzw. ernstlich gefährdet werde; namentlich erwähnte Egger die „Verzögerung mit der Einreichung des Jahresberichts und der Rechnung".[2977]

3.3.2.2 Amtsenthebungsverfahren, Art. 446-450 ZGB

Das Amtsenthebungsverfahren war nur grob in den Art. 446-450 ZGB geregelt:
Art. 447 Abs. 1 ZGB[2978] bestimmte, dass „[die Vormundschaftsbehörde] vor der Enthebung[2979] die Umstände des Falles zu untersuchen und den Vormund anzuhören[2980] [hatte]". Veranlasst konnte eine solche Untersuchung einerseits werden durch einen *Antrag auf Amtsenthebung* des urteilsfähigen Bevormundeten oder jedes Dritten[2981] mit einem Interesse, Art. 446 Abs. 1 ZGB[2982]. Andererseits hatte die Vormundschaftsbehörde „*von Amtes wegen* zur Enthebung zu schreiten", wenn ihr „auf anderem Wege ein Enthebungsgrund bekannt [wurde]", Art. 446 Abs. 2 ZGB[2983].[2984]
Für das *laufende Amtsenthebungsverfahren* sah Art. 448 ZGB[2985] (Marginalie: „*vorläufige* Massregeln") vor, dass wenn „Gefahr im Verzuge [war], […] die Vormundschaftsbehörde den Vormund vorläufig *im Amte einstellen*[2986] und nötigenfalls seine *Verhaftung* und die *Beschlagnahme seines Vermögens* veranlassen [konnte]." Bezüglich der Voraussetzung „Gefahr im Verzuge" hielt Egger fest:

[2976] Wörtlich fast identisch Art. 456 Abs. 2 E-ZGB. Ebenso Art. 475 Abs. 2 VE-ZGB mit Busse bis CHF 1'000.
[2977] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 447; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 446/447, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 445.
[2978] Identisch Art. 456 Abs. 1 E-ZGB und (mit Zuständigkeit der *Aufsichtsbehörde*) Art. 475 Abs. 1 VE-ZGB.
[2979] Beachte aber Art. 447 Abs. 2 ZGB – dazu Kapitel 3.3.2.1 a.E.
[2980] Diese Anhörungspflicht legitimierte Egger mit den *Interessen des Vormundes*, der durch eine ungerechtfertigte Amtsenthebung „in seinen persönlichen Verhältnissen" beeinträchtigt und „in Ansehen und Kredit" geschädigt werde; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 447; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 446/447.
[2981] Vgl. dabei zur Frage der Zulässigkeit des Vorbringens *reiner Eigeninteressen* dieses Dritten EGGER I, Anm. 1 zu Art. 446; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 446/447 – jeweils m.w.H.
[2982] Wörtlich fast identisch Art. 455 Abs. 1 E-ZGB; ebenso Art. 474 Abs. 1 VE-ZGB – jedoch aufgrund des in Fn. 2966 Gesagten zudem mit Antragsrecht der *Vormundschaftsbehörde*.
[2983] Identisch Art. 455 Abs. 2 E-ZGB; ebenso Art. 474 Abs. 2 VE-ZGB betr. die *Aufsichtsbehörde* (s. Fn. 2966).
[2984] Diese Bestimmung hielt Egger in der Zweitauflage allerdings aufgrund des (von ihm propagierten, gesetzlich aber nicht vorgesehenen) behördlichen Aufsichtsrechts (dazu Kapitel 4.4.2) und der s.E. daraus fliessenden Pflicht der Behörde zum Einschreiten bei Gefährdung bzw. Beeinträchtigung der Interessen des Bevormundeten für *überflüssig*; vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 446/447.
[2985] Identisch Art. 457 E-ZGB. Materiell übereinstimmend Art. 476 VE-ZGB, der die Vermögensbeschlagnahme jedoch nicht erwähnte. Huber hatte dieselbe aber unter Art. 477 VE-ZGB (vgl. Art. 449 ZGB) subsumiert; vgl. Erl. Bd. I, S. 315 (= BeK II, Rn. 813) – beachte denn auch Prot., S. 499 (= BeK III, Rn. 4835).
[2986] D.h. *suspendieren*; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 448.

„Die Gefahr kann sich auf die Person des Bevormundeten oder auf Mündelgut beziehen. Es muß begründete Besorgnis vorliegen, daß ohne ein bestimmtes Einschreiten die Mündelinteressen erheblich beeinträchtigt würden."[2987]

Im Interesse des Bevormundeten begriff Egger die drei in Art. 448 ZGB genannten Massnahmen als *nicht abschliessend* geregelt – nach Eggers Ansicht räumte diese Norm der Vormundschaftsbehörde unter Vorbehalt der *Notwendigkeit* die Befugnis ein, „*alle sichernden Maßnahmen* zu treffen, bevor das Enthebungsverfahren durchgeführt ist".[2988] Für Egger war Art. 448 ZGB daher eng verwandt mit dem (von ihm propagierten, gesetzlich aber nicht vorgesehenen[2989]) *behördlichen Aufsichtsrecht*, welches der Vormundschaftsbehörde s.E. gar erlaubte, *sämtliche* (nicht nur *sichernde*, vgl. Art. 448 ZGB) Massnahmen zu treffen, welche die *Interessen des Bevormundeten* erfordeten.[2990]

In diesem Sinne begriff Egger auch Art. 449 ZGB[2991] (Marginalie: „*weitere* Massregeln"), gemäss welchem „[die Vormundschaftsbehörde] neben der Amtsenthebung und der Verhängung von Strafen[2992] die zur *Sicherung* des Bevormundeten nötigen Massregeln zu treffen [hatte]": Nach Eggers Auffassung gestattete Art. 449 ZGB der Vormundschaftsbehörde das Treffen von Massnahmen *bei bzw. nach der Amtsenthebung*.[2993] Dabei vertrat Egger in beiden Kommentarauflagen entgegen dem Wortlaut der Norm die Ansicht, die Vormundschaftsbehörde könne (eben wie beim Aufsichtsrecht) sämtliche – auch über die in Art. 449 ZGB erwähnte „Sicherung" hinausgehenden – Massnahmen treffen, sofern die *Interessen des Bevormundeten* dies erforderten.[2994] Für zulässig hielt Egger in diesem Zusammenhang namentlich auch das Aussprechen von Massnahmen i.S.v. Art. 448 ZGB.[2995]

Endlich sah Art. 450 ZGB[2996] vor, dass „gegen die Verfügungen der Vormundschaftsbehörde die Entscheidung der Aufsichtsbehörde angerufen werden [konnte]". Diese Norm wiederholte die bereits in Art. 420 Abs. 2 ZGB[2997] statuierte Regelung.[2998] Letztlich bezweckte Art. 450 ZGB für Egger denn auch lediglich einerseits die Klarstellung, dass dem seines Amtes enthobenen Vormund das Beschwerderecht „nicht mit der Begründung, er sei *nicht mehr Vormund*, vorenthalten werden [darf]", sowie andererseits die Betonung, dass (auch) die Beschwerde gegen eine

---

[2987] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 448; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 448/449.
[2988] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 448, vgl. auch Anm. 2 zu Art. 448; EGGER II, Rn. 1 ff. zu Art. 448/449.
[2989] Beachte den Hinweis in Fn. 2983.
[2990] Vgl. dazu Kapitel 4.4.2.
[2991] Wörtlich fast identisch Art. 458 E-ZGB; Art. 477 VE-ZGB sah abw. behördliche Zuständigkeiten vor.
[2992] Solche sah ggf. das *kantonale Recht* vor; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 449; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 448/449.
[2993] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 448, Anm. 2 zu Art. 449; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 448/449; so auch Erl. Bd. I, S. 315 (= BeK II, Rn. 813).
[2994] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 449; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 448/449.
[2995] Wie Fn. 2994; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 448/449.
[2996] Der E-ZGB und VE-ZGB enthielten eine solche Bestimmung nicht explizit.
[2997] Vgl. dazu Kapitel 4.4.3.
[2998] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 450; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 450.

Amtsenthebung nicht ein Gericht, sondern die *Aufsichtsbehörde* zu beurteilen hatte.[2999]

3.3.3 Folgen der Abbestellung des Vormundes, Art. 451-456 ZGB

Endete das *vormundschaftliche Amt* (von Gesetzes wegen bzw. infolge behördlicher Anordnung[3000]) – oder aber, wie Egger ergänzte, endete die *Vormundschaft* überhaupt[3001] –, „so [hatte] der Vormund der Vormundschaftsbehörde einen Schlussbericht zu erstatten und eine Schlussrechnung einzureichen, sowie das Vermögen zur Übergabe an den Bevormundeten, an dessen Erben oder an den Amtsnachfolger bereit zu halten", Art. 451 ZGB[3002]. Daraufhin „[wurden] der Schlussbericht und die Schlussrechnung durch die vormundschaftlichen Behörden in gleicher Weise geprüft und genehmigt, wie die periodische Berichterstattung und Rechnungsstellung[3003]", Art. 452 ZGB[3004]. Nach erfolgter Genehmigung[3005] von Schlussbericht und -rechnung sowie nach Herausgabe des Mündelvermögens an den bzw. die Berechtigte(n), „[sprach] die Vormundschaftsbehörde die *Entlassung* des Vormundes aus", Art. 453 Abs. 1 ZGB[3006]. Egger stellte klar, gemeint sei vorliegend die *formelle* Entlassung:[3007]

> „Die Entlassung im Sinne dieser Bestimmung besagt, daß der Vormund *nunmehr keinerlei vormundschaftliche Funktionen* mehr hat. Zumeist werden sie im allgemeinen schon entfallen sein. Aber es lagen ihm doch noch die mit der Erstattung der Schlußrechnung und des Schlußberichtes verbundenen, unter Umständen (vergl. Art. 444) auch noch weitere Aufgaben ob. Insoweit unterstand er noch der Aufsicht und Disziplinargewalt der Vormundschaftsbehörde. Diese hören auf mit der *endgültigen, formellen Entlassung*."[3008]

Die *formelle* Entlassung bewirkte beim Vormund somit den Entfall *sämtlicher* Funktionen.

[2999] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 450; vgl. auch EGGER II, Komm. zu Art. 450.

[3000] Vgl. Kapitel 3.3 und dabei insbesondere Fn. 2934.

[3001] Vgl. EGGER I, Vorbem. zu Art. 431 ff., Anm. 1 zu Art. 451; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 431, Rn. 2 zu Art. 451; zur *Beendigung der Vormundschaft* vgl. Kapitel 5.

[3002] Materiell übereinstimmend Art. 459 E-ZGB und Art. 478 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 315 f. (= BeK II, Rn. 814); StenBull NR 1905, S. 1313.

[3003] Zu dieser behördlichen Prüfung vgl. Kapitel 4.2.4.

[3004] Materiell übereinstimmend Art. 460 E-ZGB und Art. 479 VE-ZGB.

[3005] Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung erfolgte die formelle Entlassung aber stets auch im Falle der *Nichtgenehmigung*; vgl. dazu EGGER I, Anm. 1 zu Art. 453; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 453.

[3006] Materiell übereinstimmend Art. 461 Abs. 1 E-ZGB und – beachte aber den Hinweis in Fn. 3198 – Art. 480 VE-ZGB.

[3007] Nach Art. 453 Abs. 2 ZGB „[war] die Schlussrechnung dem Bevormundeten, dessen Erben oder dem neuen Vormunde zuzustellen unter Hinweis auf die Bestimmungen über die Geltendmachung der Verantwortlichkeit". – „Gleichzeitig [war] ihnen von der Entlassung des Vormundes oder von der Verweigerung der Genehmigung der Schlussrechnung Mitteilung zu machen", Art. 453 Abs. 3 ZGB. Art. 461 Abs. 2 E-ZGB stimmte materiell mit Art. 453 Abs. 2 ZGB überein; eine Bestimmung i.S.v. Art. 453 Abs. 3 ZGB sah der E-ZGB nicht vor. Der VE-ZGB enthielt beide Bestimmungen nicht.

[3008] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 453; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 453, Rn. 4 zu Art. 451.

4. Umfassende Fürsorge für den Bevormundeten durch den Vormund

Ein Vormund[3009] hatte gemäss Art. 367 Abs. 1 ZGB[3010] „die *gesamten persönlichen* und *vermögensrechtlichen Interessen* des unmündigen oder entmündigten Bevormundeten zu wahren und [war] dessen *Vertreter*". So allgemein diese Bestimmung gehalten war, so allgemein konstatierte auch Egger, dem Vormund stehe das Recht und die Pflicht zu, alles anzuordnen, „was das Wohl des Mündels erheischt" – Egger sprach von einer *„umfassende[n] Fürsorgebefugnis"*, von einer umfassenden „Schutzgewalt", des Vormundes für bzw. über den Bevormundeten.[3011] In diesem Sinne hatte auch Huber bemerkt, dass „die Tätigkeit des Vormundes grundsätzlich die *volle Sorge* für eine Person umfasst".[3012]

Entsprechend leitete Egger letztlich sämtliche im vorliegenden Kapitel zu besprechenden Einzelrechte und -pflichten des Vormundes aus Art. 367 Abs. 1 ZGB ab.[3013] Dabei ist entscheidend, dass Egger bezüglich der Wahrnehmung dieser Rechte und Pflichten vom „Grundsatz der *Selbständigkeit des Vormundes*" ausging.[3014] Egger stellte in diesem Zusammenhang ausdrücklich klar, der Vormund könne sich seiner Selbständigkeit „nicht dadurch entschlagen, daß er Weisungen der Vormundschaftsbehörde einholt" oder (auch unerbetene) Weisungen gar blind befolge – vielmehr sei primär *er allein* für die Wahrnehmung der Interessen des Bevormundeten verantwortlich.[3015] Diese selbständige Stellung des Vormundes legitimierte Egger einerseits mit der Überlegung, dass aufgrund von Art. 379 ZGB nur Vormund werden konnte, wer im konkreten Fall zu diesem Amt *geeignet* war und somit von vornherein eine gewisse Gewähr dafür bestand, dass sich der Vormund bei der Amtsausübung (nur) an den Interessen des Bevormundeten orientierte.[3016] Andererseits wies Egger darauf hin, dass die selbständige Stellung des Vormundes eine *flexible Aufgabenerfüllung* ermögliche.[3017]

Den Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes sah Egger allerdings diversen *Einschränkungen* unterworfen. So stellte Egger klar, der Vormund habe – anders als die Eltern, welche „im Elterntum" s.E. „auch ihr eigenes Interesse [betätigen]" –

[3009] Beachte den Hinweis zur *Einzel- bzw. Sammelvormundschaft* in Fn. 2797.

[3010] Für die *Entwürfe* vgl. schon Fn. 2530.

[3011] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 405, Vorbem. Führung der Vormundschaft, Anm. 2b zu Art. 360, vgl. auch Anm. 1b zu Art. 405, Anm. 1 zu Art. 360, Anm. 1a zu Art. 406; EGGER II, Rn. 5, 6 f., 8 f. zu Art. 367, Rn. 8 zu Art. 398, Rn. 8 Einl. VormR, Rn. 2 zu Art. 406.

[3012] Erl. Bd. I, S. 285 (= BeK II, Rn. 709); s. auch StenBull NR 1905, S. 1312 f.; beachte den Text zu Fn. 3552.

[3013] Vgl. implizit EGGER II, Rn. 6 zu Art. 367, Rn. 8, 11 zu Art. 398; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 360, Anm. 1b zu Art. 405.

[3014] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 405, Anm. 1d zu Art. 413; EGGER II, Rn. 6, 10 ff. zu Art. 367, Rn. 1 f., 11 ff. zu Art. 398, Rn. 19, 22 ff., 27 f., 41 zu Art. 405, Rn. 8 Einl. VormR. Beachte auch den Hinweis in Fn. 2913.

[3015] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 398, vgl. auch Rn. 11 f. zu Art. 367; EGGER I, Anm. 1c zu Art. 405, Anm. 1d zu Art. 413, Anm. 1a zu Art. 421. Auch Huber hatte auf die Selbständigkeit des Vormundes hingewiesen; vgl. Erl. Bd. I, S. 307 (= BeK II, Rn. 782); s. aber Art. 441 Abs. 2 VE-ZGB und dazu Fn. 3087.

[3016] Wie Fn. 3014.

[3017] Wie Fn. 3014.

ausschliesslich *Fremdinteressen* zu wahren:[3018]

> „Die Vormundschaft ist *ausschließlich Fürsorgeverhältnis*, und die Rechte, die dem Vormund, wiederum in Nachbildung des Eltern- und Kindesverhältnisses, gegenüber dem Mündel zukommen, stehen unter dem Pflichtgedanken und sind dem Vormund gewährt zur richtigen Erfüllung seiner Aufgabe."[3019]

Für Egger war die Selbständigkeit des Vormundes also zunächst durch die ebendiesem obliegenden Aufgaben beschränkt. Darüberhinaus erwähnte Egger in beiden Kommentarauflagen insbesondere die Rechte und Pflichten der Vormundschaftsbehörde, dem Vormund (gerade) im Rahmen der *Vermögensverwaltung* Weisungen zu erteilen[3020]; bei den in Art. 421 f. ZGB genannten Geschäften *mitzuwirken*[3021]; und die periodischen *Berichte und Rechnungen* des Vormundes nach Art. 423 ZGB zu *genehmigen*[3022]. Auch hob Egger das *Beschwerderecht* gegen Handlungen des Vormundes, Art. 420 Abs. 1 ZGB;[3023] die *Verantwortlichkeit* des Letzteren, Art. 426 ZGB;[3024] sowie die Bestimmungen über die *Amtsenthebung*, Art. 445 ff. ZGB,[3025] hervor.[3026] Damit relativierte Egger den Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes erheblich.

4.1 Fürsorge für die Person des Bevormundeten im Einzelnen

Den Umstand, dass das Gesetz dem Vormund sowohl die Fürsorge für die *Person* als auch die Fürsorge für das *Vermögen*[3027] des Bevormundeten übertrug, begründete Egger in der Zweitauflage damit, dass dem ZGB nicht nur die „traditionelle [sc. Vormundschaft], die auch die individualistische genannt werden kann", zugrundeliege – bei welcher „der Vormund ganz wesentlich Vermögensverwalter [ist]" –, sondern auch die „soziale" Vormundschaft; *sozial* hier i.S.v. *Personen*fürsorge:[3028]

> „Doch erfährt das Vormundschaftsrecht durch das ZGB einen inneren Wandel; er liegt in seiner *sozialen Tendenz*, in seiner *fürsorgerischen Zielsetzung*. Schon im bisherigen Rechte mußte der Vormund sich auch der *persönlichen Fürsorge* annehmen. Aber das neue Recht hat sie im Elternrecht in den Vordergrund gestellt und erweitert, Art. 275/7,

---

[3018] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 398, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 367, Rn. 1, 20, 22, 62 zu Art. 405.
[3019] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 367, vgl. auch Rn. 5, 20, 41 zu Art. 405, Rn. 3 Einl. VormR, Rn. 24 zu Art. 392; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 405.
[3020] Vgl. dazu Kapitel 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.2.2.6, 4.2.2.7 und zum Weisungsrecht im Rahmen der behördlichen Aufsicht Kapitel 4.4.2.
[3021] Vgl. dazu Kapitel 4.2.3.
[3022] Vgl. dazu Kapitel 4.2.4.
[3023] Vgl. dazu Kapitel 4.4.1.
[3024] Vgl. dazu Kapitel 4.5.1.
[3025] Vgl. dazu Kapitel 3.3.2.
[3026] Vgl. zum Ganzen: wie Fn. 3014.
[3027] Vgl. dazu Kapitel 4.2.
[3028] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 405 – in diesem Sinne auch Rn. 13 zu Art. 369; EGGER I, Vorbem. 3c VormR: „Wie im Eltern- und Kindesrecht rückt das Z.G.B. auch im Vormundschaftsrecht die Sorge um die Person in den Vordergrund. Die neue Umschreibung der Entmündigungsgründe erhebt das Vormundschaftsrecht in erster Linie zu einem Institut des Persönlichkeitsschutzes (Art. 368 ff., 405 ff.). […]"; vgl. auch Texte zu Fn. 2545, 2585.

> 283/5, und diese Tendenz setzt sich auch im Vormundschaftsrecht durch, Art. 99, 405/6, 421/2. Durch die Not der Zeit und den Wandel der Anschauungen wird diese fürsorgerische Aufgabe vollends in den *Vordergrund* gerückt. Sie gelangt auch in der Erweiterung der Entmündigungsgründe zum Ausdruck: Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel, Art. 370. […]"[3029]

Dass das ZGB dabei zwischen der persönlichen Fürsorge für *Unmündige*, Art. 405 ZGB, und jener für *Entmündigte*, Art. 406 ZGB, differenzierte, lag für Egger daran, dass dem Vormund in diesen Fällen jeweils unterschiedliche Aufgaben oblagen – Egger machte indes deutlich, dass die zu leistende Fürsorge *in beiden Fällen* sämtliche Bereiche der Sorge für die bevormundete Person umfasste.[3030]

4.1.1 Bei Unmündigen, Art. 405 ZGB

Art. 405 ZGB[3031] bestimmte:

> „[1] Ist der Bevormundete unmündig, so hat der Vormund die Pflicht, für dessen *Unterhalt*[3032] und *Erziehung* das *Angemessene anzuordnen*.
> [2] Zu *diesem* Zwecke stehen ihm die *gleichen Rechte zu wie den Eltern*, unter Vorbehalt der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden."

Bei der Kommentierung dieser Norm machte Egger in der *Zweitauflage* folgende ausführliche Bemerkung, die für den Nachvollzug seiner Vorstellungen betreffend das *Erziehungsrecht* des Vormundes – und damit indirekt auch jenes der Eltern[3033] – von grundlegender Bedeutung ist:

> „Letzten Endes bestimmt durch Religion und Weltanschauung, muß das Ziel [sc. der Erziehung] doch auch für den Gesetzgeber und den Rechtspfleger wegleitend sein. Der Polizeistaat forderte von Familie und Schule die Heranziehung braver Untertanen und ‚brauchbarer Mitglieder des Staates' (PrALR). Diese Zielsetzung erfährt im 19. Jahrhundert die Wandlung, daß der Vormund den Minderjährigen in der Liebe zum Vaterland zum guten Bürger zu erziehen habe […]. Doch bemüht sich die Gesetzgebung

---

[3029] EGGER II, Rn. 10 Einl. VormR (vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 51 Einl. VormR, Rn. 1, 18 zu Art. 405), wo Egger im Fortgang implizit mit „sozial" auch den *Schutz anderer Personen* meinte: „[…] Auch die Schutzzwecke erfahren eine Erweiterung; die Entmündigung soll auch dem *Schutze der Familie und der Dritten* dienen, Art. 369/70, vgl. dazu Art. 369 N. 13/15 [sc. zu letzteren Verweisen s. Text zu Fn. 2578, 2602]." Vgl. endlich EGGER II, Rn. 18 zu Art. 405: „*Sozial* ist diese Vormundschaft nicht nur, weil sie das *Menschentum des Mündels in den Mittelpunkt* der vormundschaftlichen Betreuung rückt, sondern auch, weil die Aufgabe mit den Mitteln des Vormundschaftsrechtes *allein nicht mehr zu bewältigen ist*. Dieser Vormund sieht sich in einen *Fürsorgeorganismus* hineingestellt. Pfarrer und Lehrer, Aerzte, Psychologen, Berufsberater muß er zu Rate ziehen, mit Jugendsekretären und Jugendämtern, mit privaten Jugendschutzvereinigungen zusammenarbeiten, an die Mitarbeit von Hilfskräften, von Fürsorgerinnen appellieren […], auch die Hilfe der Polizei in Anspruch nehmen […]." Dazu auch EGGER II, Rn. 16 f. zu Art. 361, Rn. 7 zu Art. 406, Rn. 8 f. zu Art. 275.

[3030] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 405, Rn. 18 zu Art. 369, Rn. 7 zu Art. 398. In diesem Sinne auch Erl. Bd. I, S. 284 (= BeK II, Rn. 708).

[3031] Vgl. dazu Art. 413 Abs. 1 E-ZGB, wonach der Vormund für die Erfüllung besagter Pflichten *„wie die Eltern"* – Art. 433 Abs. 1 VE-ZGB: *„wie ein Vater"* – zu sorgen hatte. Art. 413 Abs. 2 E-ZGB und Art. 433 Abs. 2 VE-ZGB stimmten materiell mit Art. 405 Abs. 2 ZGB überein.

[3032] Vgl. dazu (und damit u.a. zur *Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs* des Kindes) direkt EGGER II, Rn. 1, 29 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a, 2f zu Art. 405.

[3033] Vgl. dazu schon Kapitel II.a.5.2.2.1.

seit der Aufklärung um eine allgemeine Umschreibung und auferlegt den Erziehern die Pflicht, die körperlichen und geistigen Kräfte der Kinder zu entwickeln und durch Unterricht in der Religion und in nützlichen Kenntnissen den Grund zu ihrer künftigen Wohlfahrt zu legen, österrABGB § 139. Die Gesetzgebung um 1900 (dBGB, ZGB) verzichtet auf eine gesetzliche Umschreibung und leistet damit utilitären Auffassungen Vorschub. Nach dem dJWG § 1 hat das Kind Anspruch auf Erziehung zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher ‚Tüchtigkeit'. – *Ganz anders der totalitäre Staat. Er weiß, was er will:* die Kinder sollen eine Erziehung erhalten, die den Staatszwecken und den staatlichen Erziehungsaufgaben entspricht, oder unmittelbar: in faschistischem Sinne, in nationalsozialistischem Geiste, Einl. N 9, 51/52[3034], Art. 367 N. 9, 369 N. 12[3035], 57[3036]. – *Richtig sein kann nur eine universale Umschreibung, jenseits allen Etatismus[3037] und Utilitarismus;* es geht um den *Menschen. Das Kind soll zu sinnvoller Lebensgestaltung erzogen werden* (Pestalozzi: Das Endziel der Auferziehung ist leben zu lernen); die in ihm liegende Fähigkeit, *vernunftgemäß zu handeln* (Art. 16), muß vor allem entwickelt werden; *Selbständigkeit und Selbstverantwortung in der damit zugleich bejahten Gemeinschaft bleiben das Ziel der Erziehung.* – Daß ein stärkstes Ferment solcher Erziehung in einer religiösen Grundeinstellung liegt, die den Menschen mit Ehrfurcht vor der Schöpfung und Liebe zu den Mitmenschen erfüllt und die Selbstverantwortung zur ‚Verantwortung vor Gott und den Mitmenschen' steigert, findet rechtlichen Ausdruck in den Bestimmungen über die religiöse Erziehung […], fürsorgerischen in der Bedeutung, welche dem religiösen Faktor bei der Behandlung vieler Gebrechlicher, aber auch Verwahrloster, besonders auch von Trunksüchtigen, zukommt."[3038]

In dieser Aussage machte Egger deutlich, dass s.E. *nicht* dem *Staat* die Umschreibung der Zwecke der Kindeserziehung obliegen dürfe – in staatlich verordneten Erziehungszwecken erblickte Egger die Gefahr der Instrumentalisierung der Kinder. Entsprechend stellte sich Egger gegen nationalsozialistische Vorstellungen betreffend die Kindeserziehung. So sah beispielsweise § 44 des „Entwurf[s] des Reichskabinetts zu einem Gesetz zur Änderung familien- und erbrechtlicher Vorschriften" vor, den § 1779 Abs. 2 Satz 2 dBGB[3039] dahingehend abzuändern, dass „der Vormund

---

[3034] Zit. in Fn. 3037.

[3035] Zit. im Text zu Fn. 2600.

[3036] Zit. im Text zu Fn. 2594.

[3037] Vgl. auch EGGER II, Rn. 52 Einl. VormR: „Es zeigt sich [sc. bei der jüngsten ausländischen Gesetzgebung] aber auch eine etatistische Tendenz, von der sich das ZGB fernhielt. Sie äußert sich nicht nur in der Verdrängung der Familienvormundschaft und in der Erweiterung der behördlichen Mitwirkung […], sondern vor allem in organisatorischen Maßnahmen. Die Gesetze sehen nicht nur die *Möglichkeit* vor, Vormundschaften auf einen Amtsvormund [sc. vgl. dazu Fn. 2797] zu übertragen; sie erklären ihn im vorneherein *von Gesetzes wegen* für bestimmte Gruppen als Vormund […]. Aber diese Vormundschaft wird auch *unpersönlich* gestaltet: ein Verein, eine Anstalt, eine *Behörde* wird in bestimmten Fällen als gesetzlicher Vormund erklärt […]. *Damit wird die Vormundschaftsführung verstaatlicht*; der Staat führt durch seinen Beamten die Vormundschaft […]. – Einen besondern Ausdruck findet diese Tendenz auch darin, daß Eltern und Vormünder darauf *verpflichtet* werden, die Kinder im Sinne der *staatlich anerkannten nationalen Gesinnung* zu erziehen, so das sowjetisch-ukrain. Familienges. v. 1926 […], der neue ital. Cod. civ. […] und der Teilentw. e. d. Volksgesetzbuches […], *Grundregel 5.* […]." Zur *Grundregel 5* vgl. Fn. 2600.

[3038] EGGER II, Rn. 60 zu Art. 405, vgl. auch Rn. 4, 36, 66 zu Art. 405.

[3039] § 1779 Abs. 2 dBGB lautete: „Das Vormundschaftsgericht soll eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der

insbesondere Gewähr für die Erziehung des Mündels im Geiste *nationalsozialistischer Weltanschauung* bieten [muß]".[3040] Bereits beim Eherecht[3041] wurde gezeigt, dass Egger solch kollektivistische Perspektiven ablehnte. Stattdessen propagierte er vorliegend eine allgemeingültige, „universale Umschreibung" des Erziehungszwecks, wozu er sich auf den Schweizer Pädagogen *Johann Heinrich Pestalozzi (1746-1827)* berief.

Wie Egger im oben abgedruckten Zitat[3042] bemerkte, hatte Pestalozzi festgehalten: „Leben zu lernen ist der Endzweck aller Auferziehung [...]."[3043] Seine Erziehungsprinzipien hatte Pestalozzi mit der Aussage zusammengefasst, „[...] Einsicht, Liebe und Berufskraft vollenden den Menschen; der Zweck der Erziehung ist einzig diese Vollendung".[3044] In diesem Sinne musste die Erziehung für Egger also darauf abzielen, einem Kind – basierend auf der Grundbedingung der Achtung der Mitmenschen – die Fähigkeit zu vernunftgemässem, selbständigem und selbstverantwortlichem Handeln zu vermitteln. Dass Egger diese Auffassung unausgesprochen bereits der *Erstauflage* zugrundelegte, ergibt sich aus dem Umstand, dass bei Art. 405 ZGB beide Kommentarauflagen inhaltlich übereinstimmen[3045]: Ausgehend von der Vorstellung, der Vormund einer unmündigen Person habe „elterliche Aufgaben" zu bewältigen, zumal „[er] Vater und Mutter ersetzen [soll]", nahm Egger jeweils in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 405 Abs. 2 ZGB Bezug auf die Bestimmungen zur *elterlichen Gewalt*, Art. 273 ff. ZGB.[3046] Auch schon Huber hatte (schlicht) bemerkt, die persönliche Fürsorge bei Unmündigen „bildet [...] eine Parallele zur Handhabung der elterlichen Gewalt".[3047] Im Rahmen seiner diesbezüglichen Ausführungen wies Egger die Eltern bekanntlich an, sich bei der Wahrnehmung der Elternrechte am *Kindeswohl* zu orientieren.[3048] Ganz besonders[3049] galt diese Maxime s.E. daher für den Vormund – dieser habe in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände für das Kindeswohl, vgl. Art. 405 Abs. 1 ZGB, „das *Angemessene* anzuordnen".[3050]

Vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass sich bei Eggers konkretisierenden Ausführungen zur Erziehung durch den Vormund weitgehende Übereinstimmungen zu

---

Vormundschaft geeignet ist. Bei der Auswahl ist auf das religiöse Bekenntniß des Mündels Rücksicht zu nehmen. Verwandte und Verschwägerte des Mündels sind zunächst zu berücksichtigen."

[3040] Zit. nach SCHUBERT, S. 228.

[3041] Vgl. bei Fn. 799.

[3042] S. Text zu Fn. 3038.

[3043] Zit. nach BAUMGARTNER, S. 279. Ausführlich dazu HELLMER, S. 45 ff.

[3044] Vgl. STADLER, S. 636.

[3045] Vgl. aber die m.E. restriktivere Handhabung des *Züchtigungsrechts* (Art. 278 ZGB; dazu Kapitel II.a.5.1.1.2, II.a.5.2.2.1) in der Zweitauflage: EGGER II, Rn. 44, 62 zu Art. 405, versus EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405.

[3046] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 405, s. auch Rn. 3, 14, 20, 61 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a, 1b zu Art. 405; Kapitel 1.1.1.

[3047] Erl. Bd. I, S. 303 (= BeK II, Rn. 768).

[3048] Vgl. dazu nur Kapitel II.a.5.2.2.1.

[3049] Beachte diesbezüglich Eggers Überlegung im Text zu Fn. 3018.

[3050] Vgl. EGGER II, Rn. 5, 14 ff., 18, 19 ff., 22, 41, 46, 61 f., 67 zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405; vgl. auch Fn. 3068.

seinen bereits von der elterlichen Gewalt her bekannten Positionen ergeben:[3051] Bezüglich der Sorge um die *Gesundheit*[3052] des unmündigen Bevormundeten im weitesten Sinne sowie um die *Ausbildung*[3053] (auch) für „gebrechliche" Kinder sei an Art. 275 Abs. 2 ZGB erinnert; und bezüglich der Sorge um die *berufliche Ausbildung*[3054] an Art. 276 ZGB (wobei für den Abschluss von Verträgen in letzterer Hinsicht die Zustimmug der Vormundschaftsbehörde nötig war[3055]). Wie schon den Eltern, stand nach Eggers Ansicht auch dem Vormund das Recht zu, den *Aufenthaltsort*[3056] des Bevormundeten zu bestimmen – wobei Egger bemerkte, der Vormund könne den Bevormundeten im Idealfall nicht nur bei den Eltern belassen[3057], sondern auch zu (sorgfältig ausgewählten und instruierten) Dritten in Erziehung geben[3058] bzw. bei sich selbst zu Hause aufnehmen (als von Bedeutung erachtete Egger letztere Möglichkeit, wenn ein *Verwandter* Vormund war).[3059] Sodann stand nach Eggers Auffassung einem Vormund als Ausfluss seines *Beaufsichtigungsrechts* – als Teil des Erziehungsrechts – die Befugnis zu, weitgehend in die *Geheimsphäre* des Bevormundeten Einblick zu nehmen.[3060] Dabei hob Egger zwar einerseits hervor, dass das Erziehungsrecht des Vormundes (und damit auch sein Beaufsichtigungsrecht) „nur so lange und nur so weit ausgeübt werden darf, als ein Bedürfnis hierfür vorliegt".[3061] Doch betonte er andererseits, dass sich das Beaufsichtigungsrecht im Bedarfsfall, schon aus Gründen einer (allfälligen) Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 333 ZGB, auch zu einem umfassenden Recht – zu „eine[r] eigentliche[n] Schutzaufsicht[3062] über den Mündel" – erweitern

---

[3051] Zur Verfügung über die *religiöse Erziehung* (Art. 277 ZGB; dazu Kapitel II.a.5.1.1.2) beachte aber Art. 378 Abs. 3 ZGB, welcher zunächst voraussetzte, dass eine solche Verfügung nicht bereits getroffen worden war (etwa durch die Eltern) und sodann das Einholen einer Weisung der *heimatlichen* Vormundschaftsbehörde verlangte. Dazu EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405 i.V.m. Anm. 1d zu Art. 378; EGGER II, Rn. 63 zu Art. 405.

[3052] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 57 ff., 71 ff., 75 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405.

[3053] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 61, 71 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405.

[3054] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 66 f., 68 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405.

[3055] Vgl. Kapitel 4.2.3.

[3056] Der Wohnsitzwechsel bedurfte allerdings der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, vgl. Kapitel 4.2.3.

[3057] Vgl. bei Fn. 2033.

[3058] Vgl. dazu a.E. dieses Kapitels.

[3059] Vgl. EGGER II, Rn. 21 f., 26, 32 f., 34 f. 40 ff., 46 ff., 61 zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 405.

[3060] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 16, 64 f. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 405.

[3061] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 405; implizit EGGER II, Rn. 15, 62, 64 f. zu Art. 405.

[3062] Nicht zu verwechseln mit dem in *Art. 47 StGB* (beachte dazu Fn. 2695) vorgesehenen Institut der Schutzaufsicht, welchem aber freilich (gerade mit Blick auf die *Entmündigten*, Art. 406 ZGB; dazu das nachfolgende Kapitel) derselbe Gedanke zugrundelag: „Der Schutzaufsicht liegt ob: (1) die Unterstützung der ihr Unterstellten mit Rat und Tat, namentlich durch Beschaffung von Unterkunft und Arbeitsgelegenheit, um ihnen zu einem ehrlichen Fortkommen zu verhelfen; (2) die Beaufsichtigung der ihr Unterstellten in einer unauffälligen, ihr Fortkommen nicht erschwerenden Weise." EGGER II, Rn. 6 zu Art. 406, umschrieb die „*vormundschaftlich[e]* Schutzaufsicht" denn auch wie folgt: „Der Vormund kann sich vor die Aufgabe gestellt sehen, den Aufenthalt des Mündels zu bestimmen, *ständig* um seine geschwächte, gefährdete Gesundheit besorgt zu sein, für Unterkunft zu sorgen sowie für eine den besondern Verhältnissen nach Möglichkeit angepaßte Arbeitsgelegenheit, und es kann auch eine Beaufsichtigung, eine *Kontrolle der Lebensführung* sich als notwendig erweisen." Vgl. auch EGGER I, Anm. 1b, 2e zu Art. 406.

könne.[3063] Bezüglich der Möglichkeit zur *Unterbringung*[3064] des Bevormundeten in einer *Familie* oder *Anstalt* (auch für die Anstaltsunterbringung war die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich[3065]) sei auf Art. 284 ZGB verwiesen[3066]. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Eggers Feststellung in der Zweitauflage, wonach die Unterbringung des Kindes in einer Familie (vorzugsweise) bzw. in einer Anstalt (in schwierigeren Fällen) für das Kind „von schicksalshafter Bedeutung" sei, da „seine leibliche und geistige Wohlfahrt bestimmt werden [kann] durch die Verhältnisse, die es am Pflegeort vorfindet".[3067] Aufgrund dessen propagierte Egger möglichst schonende Lösungen – und er wies den Vormund an, den für den Bevormundeten geeigneten Unterbringungsort mit Bedacht auszuwählen.[3068]

4.1.2 Bei Entmündigten, Art. 406 ZGB

Art. 406 ZGB[3069] bestimmte: „Steht der Bevormundete im Mündigkeitsalter, so erstreckt sich die Fürsorge auf den Schutz und Beistand in allen persönlichen Angelegenheiten, sowie nötigenfalls auf die Unterbringung in eine Anstalt."
Fast wörtlich gleich hatte schon Huber bemerkt, dass sich die persönliche Fürsorge bei bevormundeten *Entmündigten* „wesentlich auf eine persönliche Beistandschaft und nötigenfalls Unterbringung in eine Anstalt beziehen [wird]".[3070] Entsprechend hielt Egger fest, wie Art. 405 ZGB, verpflichte auch Art. 406 ZGB den Vormund, für „alle persönlichen Angelegenheiten" und damit für die „gesamt[e] Lebensführung" des Bevormundeten zu sorgen – während Art. 405 ZGB aber auf die Bedürfnisse bevormundeter *Unmündiger* (Kinder) zugeschnitten sei, ziele Art. 406 ZGB auf bevormundete *Entmündigte* (Erwachsene) ab.[3071] Daher bemerkte Egger in der Zweitauflage, mit „Rücksicht auf die bereits geprägte Individualität" des Bevormundeten solle der Vormund „seinen Schützling gewähren lassen, wo immer dieser zu eigener vernünftiger Entschließung und zu angemessenem Verhalten fähig und willig ist und die Aufgabe des Vormundes dadurch nicht beeinträchtigt wird".[3072]
In beiden Kommentarauflagen machte Egger deutlich, dass sich die vom Vormund zu leistende *Fürsorge* nach dem Entmündigungs*grund* sowie der Entmündigungs*voraussetzung* – d.h. nach dem im Einzelfall bestehenden *Schutzbedürfnis* des

---

[3063] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 405; vgl. auch EGGER II, Rn. 16, 40 zu Art. 405.
[3064] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 1, 32 f., 36 ff. zu Art. 405; EGGER I, Anm. 2c zu Art. 405. Zum *Pflegekindverhältnis* eingehend EGGER II, Rn. 36 ff., 41 f., 43-56 zu Art. 405, Rn. 13 f. zu Art. 284.
[3065] Vgl. Kapitel 4.2.3.
[3066] S. Kapitel II.a.5.2.2.4.2.
[3067] EGGER II, Rn. 33 zu Art. 405.
[3068] Vgl. EGGER II, Rn. 32 f. i.V.m. Rn. 34-38, 57 f., 73 f., 75 ff. zu Art. 405; andeutungsweise schon EGGER I, Anm. 2c i.V.m. Anm. 2a zu Art. 405 und sinng. Anm. 2 zu Art. 406.
[3069] Wörtlich fast identisch Art. 414 E-ZGB und Art. 434 VE-ZGB.
[3070] Erl. Bd. I, S. 303 (= BeK II, Rn. 768).
[3071] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 406; vgl. auch EGGER II, Rn. 2, 5, 8 zu Art. 406; sodann bei Fn. 3030.
[3072] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 406, vgl. auch Rn. 8 zu Art. 406. So auch schon Erl. Bd. I, S. 304 (= BeK II, Rn. 775) – und zwar auch betreffend die älteren *Unmündigen*.

Bevormundeten – richten müsse.[3073] (Nur) an diesem Schutzbedürfnis hatte sich der Vormund bzw. die Vormundschaftsbehörde[3074] s.E. also zu orientieren, wenn es etwa die Fragen zu klären galt, ob, und wenn ja, welche Anordnungen betreffend die *Berufsausübung* oder die *Gesundheitspflege*[3075] des Bevormundeten zu treffen seien; ob, und wenn ja, welche *„erzieherische Aufgabe"*[3076] wahrgenommen werden müsse, und wie intensiv der Bevormundete zu *beaufsichtigen*[3077] sei.[3078] Von fundamentaler Bedeutung war das Schutzbedürfnis des Bevormundeten für Egger insbesondere auch bezüglich der Anordnungen zum *Aufenthaltsort*.[3079] Dies gerade, wenn die *Unterbringung* in einer Anstalt (wofür die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nötig war[3080]) in Betracht fiel: Schon in der *Erstauflage* stellte Egger klar, eine solche Anstalt müsse für den konkreten Fall *„zweckdienli[ch]"* sein – „der Geisteskranke gehört in eine Irrenanstalt […]"; heilbare Trunksüchtige „sind in einer Trinkerheilanstalt unterzubringen", unheilbare dagegen in „besondere[n] Trinkerversorgungsanstalten"; und „auch bei den Personen von lasterhaftem Lebenswandel sind die erziehungsfähigen und die nicht mehr heilbaren zu unterscheiden".[3081] Diese Überlegung übernahm Egger in die *Zweitauflage*, wo er indes systematisch danach differenzierte, ob die Unterbringung erfolgte zum Zwecke der *„Untersuchung"*; der *„Heilung, Milderung des Leidens oder Genesung"*; oder aber der *„Verwahrung, zu Schutz und Sicherung des zu Internierenden oder seiner Umwelt"*.[3082]

Da Egger die Anstaltsunterbringung als die für den Betroffenen schwerwiegendste Massnahme begriff – wobei sie s.E. aber zwingend anzuordnen war, wenn dies „durch die Zwecke der Vormundschaft geboten ist" – , verlangte er, dass *kein milderes Mittel* zur Verfügung stehe; in der Zweitauflage bezeichnete Egger die Unterbringung

---

[3073] Vgl. EGGER II, Rn. 2, 3 f. zu Art. 406; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 406.

[3074] In der Zweitauflage bemerkte Egger, der Vormundschaftsbehörde müsse die Befugnis zustehen, dem Vormund „genaue Weisungen über das Verhalten des Schützlings, über Aufenthaltsort, Arbeitsstelle, Meidung der Städte oder des Umganges mit bestimmten Personen, Unterlassung des Alkoholkonsums" zu erteilen; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 406, vgl. auch Rn. 4, 6 zu Art. 406. Beachte aber Kapitel 4.4.3.2.

[3075] Egger stellte klar, im Falle der *Urteilsfähigkeit* des Bevormundeten entscheide über operative Eingriffe dieser *selbst* (und nicht der Vormund); s. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 406; EGGER II, Rn. 12 ff. zu Art. 406. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Eggers Aussage in der Zweitauflage (a.a.O.), wonach die *Unfruchtbarmachung* (jeglicher) Personen deren *Einwilligung* erfordere – „nur vereinzelt wird in der schweiz. Rechtsliteratur […] die Zwangssterilisation in öffentlichem Interesse befürwortet […]"; vgl. auch Kapitel I.b.2.1.4.2.1.

[3076] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 406, erklärte u.a., „der Verschwender soll nicht nur verhindert werden, sein Vermögen zu vertun; er soll zu Sparsamkeit und Arbeit angehalten werden", oder „für den Geistesschwachen ist so weit wie möglich auf die Förderung und Stärkung der geistigen Kräfte Bedacht zu nehmen". Vgl. auch EGGER II, Rn. 14 zu Art. 406: „Aber […] es [gibt] nur *ein* Mittel der ‚Resozialisierung' der Liederlichen und Arbeitsscheuen, ihre *Nacherziehung*. Dieses Mittel ist dem Vormundschaftsrecht *Selbstzweck*; um der Menschen selber willen soll der Schutzbedürftige gehoben, geheilt werden."

[3077] Vgl. zur (umfassenden) *Schutzaufsicht* Fn. 3062.

[3078] Vgl. EGGER I, Anm. 1a-1c zu Art. 406; EGGER II, Rn. 2, 3 ff., 9, 10, 11, 14 zu Art. 406.

[3079] Vgl. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 406; EGGER II, Rn. 9, 10, 18 zu Art. 406.

[3080] Vgl. Kapitel 4.2.3.

[3081] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 406, vgl. auch Anm. 1a zu Art. 406.

[3082] EGGER II, Rn. 25-27 zu Art. 406, vgl. auch Rn. 4, 18, 28, 31 ff. zu Art. 406.

ausdrücklich als „ultima ratio".[3083] Grundsätzlich bedurfte es nach Eggers Ansicht dafür stets – „zum Schutz der persönlichen Freiheit" – der *Anhörung eines Sachverständigen* sowie des *Bevormundeten* selbst (was s.E. aber u.U. beides schon im Rahmen des Entmündigungsverfahrens erfolgen konnte, vgl. Art. 374 ZGB[3084]).[3085] Im Übrigen hob Egger hervor, eine *Entlassung* aus der Anstalt sei anzuordnen, *sobald* der Grund für die Unterbringung entfallen sei.[3086]

4.2 Fürsorge für das Vermögen des Bevormundeten im Einzelnen

4.2.1 Art. 413 ZGB als Grundnorm

Der Vormund hatte gemäss Art. 367 Abs. 1 ZGB „die *gesamten* persönlichen und *vermögensrechtlichen Interessen* des unmündigen oder entmündigten Bevormundeten zu wahren und [war] dessen Vertreter". Wenn Art. 413 Abs. 1 ZGB[3087] – um welchen es im Folgenden geht – nur davon sprach, dass „der Vormund das *Vermögen* des Bevormundeten *sorgfältig zu verwalten* [hatte]"[3088], bildete diese Vermögensverwaltung somit bloss *einen* (wenn auch grundlegenden) Aspekt der in Art. 367 Abs. 1 ZGB statuierten Pflicht zur Wahrung der „vermögensrechtlichen Interessen". Zum Aufgabenbereich des Vormundes in *letzterer* Hinsicht zählte Egger beispielsweise auch die Eintreibung des Unterhalts, die „Herbeiführung der Gütertrennung", die Sorge um eine Erwerbstätigkeit u. dgl.[3089]

Mit Blick auf Art. 413 Abs. 1 ZGB betonte Egger, der Vormund habe ausschliesslich die *Interessen des Bevormundeten* zu wahren – die Vermögensverwaltung müsse uneigennützig geführt werden und die Rechtsgeschäfte seien grundsätzlich im Namen des Bevormundeten einzugehen.[3090] Zur Erfüllung dieser Aufgabe, wobei Egger erneut[3091] an die weitgehende[3092] *Selbständigkeit des Vormundes* erinnerte, wies Egger auf das Einsichtsrecht des Vormundes nicht nur in die Vermögensverhältnisse

---

[3083] EGGER I, Anm. 2a, 2c, 2e zu Art. 406; EGGER II, Rn. 17 zu Art. 406, vgl. auch Rn. 8, 14, 16, 19, 30, 32 f., 35 zu Art. 406.

[3084] Vgl. Kapitel 2.2, 2.3.

[3085] EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 406; vgl. auch EGGER II, Rn. 21 ff., Rn. 31 zu Art. 406.

[3086] Vgl. EGGER I, Anm. 2e zu Art. 406; EGGER II, Rn. 30 zu Art. 406 – jeweils mit näheren Ausführungen.

[3087] Identisch Art. 422 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend auch Art. 441 Abs. 1 VE-ZGB. Abw. hingegen Art. 441 Abs. 2 VE-ZGB, gemäss welchem der Vormund „bei wichtigeren Angelegenheiten […], auch wo eine Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde *nicht vorgeschrieben* [war], deren *Rat einzuholen* [hatte]". Eine solche Regelung sahen der E-ZGB und das ZGB nicht vor, was die *Selbständigkeit des Vormundes* betonte.

[3088] Implizit zur offenen Formulierung dieser Norm EGGER I, Vorbem. Führung der Vormundschaft; EGGER II, Rn. 1, 8, 11 zu Art. 398; vgl. auch bei Fn. 3011.

[3089] Vgl. zum Ganzen: EGGER II, Rn. 1 zu Art. 413. Damit können sich allerdings Abgrenzungsprobleme zur *persönlichen* Fürsorge ergeben (vgl. bei Fn. 3032), welche jedoch aufgrund der ohnehin *umfassenden* Fürsorgepflicht des Vormundes nicht von Bedeutung sind. Für den Fall *mehrerer* Vormünder beachte Fn. 2797.

[3090] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 413, Anm. 1a zu Art. 413 i.V.m. Anm. 2b zu Art. 407; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 ff. zu Art. 413.

[3091] Vgl. schon Kapitel 4.

[3092] Zu den *Weisungen* der Vormundschaftsbehörde betreffend die Vermögensverwaltung vgl. aber Kapitel 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.2.2.6, 4.2.2.7; zur *behördlichen Zustimmung* zu bestimmten Geschäften vgl. Kapitel 4.2.3.

des Bevormundeten, sondern auch in dessen persönliche Verhältnisse hin – wiederum[3093] hielt er nötigenfalls gar eine (weitgehende) Einsicht in dessen Geheimsphäre für legitim.[3094]

Um der vom Gesetz geforderten *sorgfältigen* Vermögensverwaltung gerecht zu werden, hatte der Vormund, so Egger, „den Nutzen zu fördern, den Schaden zu wenden und alles in gutem Zustand zu erhalten"[3095] – eine Formulierung, die Egger wörtlich von Art. 441 VE-ZGB übernahm, was zugleich zeigt, dass Eggers Ansicht derjenigen von Huber entsprach.[3096] Konkret wies Egger den Vormund an, für die *Erhaltung* und *Vermehrung*[3097] des gesamten Vermögens des Bevormundeten zu sorgen, wobei dem Vormund nicht nur „die tatsächliche Bewirtschaftung" dieses Vermögens, sondern auch der „rechtsgeschäftlich[e] Verkehr" zustehe.[3098] Bemerkenswert ist dabei, dass Egger in beiden Kommentarauflagen propagierte, bei der Vermögensverwaltung habe der Vormund den Blick nicht *nur* auf die *Vermögens*interessen des Bevormundeten zu richten, sondern auch auf dessen *persönliche* Interessen zu achten – Letztere seien Ersteren gar „vorangestellt".[3099] So betonte Egger, die Vermögensverwaltung dürfe nicht „auf Kosten der Lebensinteressen" des Bevormundeten gehen – insbesondere begriff Egger die berufliche Ausbildung des Letzteren als von solch fundamentaler Bedeutung, dass zu deren Erlangung s.E. erforderlichenfalls gar das gesamte Vermögen *aufgebraucht* werden durfte.[3100]

4.2.2 Art. 398 ff. ZGB als Ausflüsse des Art. 413 ZGB

Letztlich aus dem allgemein formulierten Art. 413 Abs. 1 ZGB leitete Egger diverse Anordnungen ab, die das Gesetz in den Art. 398-404 ZGB aufstellte.[3101] Diese Normengruppe stand unter der Marginalie *„Übernahme des Amtes"* des Vormundes. Zu dieser Bezeichnung führte Egger in der Zweitauflage eine entscheidende, bereits in der Erstauflage gemachte Überlegung näher aus:

> „Die Praxis hielt sich denn auch anfänglich an diese initiale Bedeutung der vorl. Artikel […]. – Aber nur Art. 398[3102] nimmt Bezug auf die *Uebernahme des Amtes*, und doch erweist sich schon dies als zu eng: auch bei *späterem* Vermögensanfall bedarf es wiederum der Inventaraufnahme […]. Vollends erheischen die weiteren Bestimmungen die *dauernde* Anwendung. Ohne sie wäre das Vormundschaftsrecht allzu *lückenhaft*; mit dem *allgemeinen Grundsatz des Art. 413: sorgfältige Verwaltung*, vermag es nicht auszukommen. Es bedarf für die Führung der Vormundschaft fortwährend solcher

---

[3093] Vgl. schon Kapitel 4.1.1, 4.1.2.

[3094] Vgl. EGGER I, Anm. 1d zu Art. 413; EGGER II, Rn. 12, 16 zu Art. 413, Rn. 11 zu Art. 398.

[3095] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 413; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 413, vgl. auch Rn. 3, 11, 15 ff. zu Art. 413.

[3096] Vgl. bei Fn. 3401.

[3097] Gerade durch die *Vermietung* von Immobilien des Bevormundeten oder die *zinstragende* Anlage von Bargeld (s. Art. 401 ZGB, dazu Kapitel 4.2.2.4); vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 413; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 401.

[3098] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 413, Anm. 1b, 1c zu Art. 413; vgl. auch EGGER II, Rn. 3, 5, 15 ff. zu Art. 413.

[3099] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 413; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 413.

[3100] EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 413; vgl. auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 413.

[3101] Vgl. sogleich den Text zu Fn. 3103.

[3102] Art. 398 ZGB statuierte eine Pflicht zur *Inventaraufnahme* – dazu hiernach Kapitel 4.2.2.1.

Normen, wie sie in Art. 399-404 aufgestellt sind. Der *Schutzzweck* erheischt diese Erstreckung […].“[3103]

Egger sprach sich somit für die Anwendung der Art. 398 ff. ZGB auch auf die Phase der *Führung* der Vormundschaft aus, um dem (sonst) „allzu lückenhaft[en]“ Vormundschaftsrecht zu begegnen.

4.2.2.1 Inventaraufnahme, Art. 398 ZGB

Gemäss Art. 398 Abs. 1 ZGB[3104] „[war] bei Übernahme[3105] der Vormundschaft über das zu verwaltende Vermögen durch den *Vormund* und einen *Vertreter der Vormundschaftsbehörde* ein Inventar[3106] aufzunehmen“.
Diese Regelung legitimierte Egger gleichermassen mit den Interessen von *Vormund*, *vormundschaftlichen Behörden* und *Bevormundetem* an der Feststellung des *gesamten* gegenwärtigen Vermögensstandes des Letzteren – insbesondere gebe diese Feststellung die *Grundlage* ab für die Vermögensverwaltung, für die periodische behördliche Rechnungsprüfung, für die Rückgabe des Vermögens bei Beendigung der Vormundschaft sowie für die Klärung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche.[3107]
Dass der *urteilsfähige* Bevormundete nach Art. 398 Abs. 2 ZGB[3108], „soweit tunlich, zur Inventaraufnahme zugezogen“ werden musste, ergab sich für Egger aus Art. 409 Abs. 1 ZGB[3109] – dieser verpflichtete den Vormund, einen urteilsfähigen, mindestens sechzehnjährigen Bevormundeten „bei *wichtigen Angelegenheiten*, soweit tunlich, vor der Entscheidung um seine Ansicht zu befragen“.[3110] Die Beiziehung zur Inventaraufnahme hielt Egger regelmässig für *geboten*: Der *Entmündigte* wisse über seine Vermögensverhältnisse „am besten Bescheid“; der *Unmündige* werde dadurch in seine

---

[3103] EGGER II, Rn. 17 zu Art. 398, vgl. auch Rn. 21 zu Art. 398, Rn. 2 zu Art. 400, Rn. 2 zu Art. 402, Rn. 6 zu Art. 403; EGGER I, Vorbem. A vor Art. 398 ff., Anm. 4a zu Art. 398. Bezüglich Art. 404 ZGB s. aber Fn. 3170.
[3104] Materiell weitgehend übereinstimmend Art. 406 Abs. 1 E-ZGB und Art. 426 Abs. 1 VE-ZGB. Zur der im VE-ZGB (im Gegensatz zum E-ZGB und ZGB) *explizit* geregelten Inventaraufnahme bei einer *Beistandschaft* vgl. Art. 447 Abs. 1 VE-ZGB.
[3105] Beachte den Text zu Fn. 3103.
[3106] Für Näheres zum *Inventar* vgl. EGGER I, Anm. 3-5 zu Art. 398; EGGER II, Rn. 22, 24 ff., 27 ff. zu Art. 398.
[3107] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 4a zu Art. 398; EGGER II, Rn. 20, 24 ff. zu Art. 398. Mit Blick auf besagte Zwecke des Inventars konstatierte Egger, diesem komme *„keine Rechtswirksamkeit für oder gegen Dritte zu“*; EGGER I, Anm. 6 zu Art. 392; vgl. implizit auch EGGER II, Rn. 32 zu Art. 398. Allerdings konnte die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 398 Abs. 3 ZGB, „wo die Umstände es [rechtfertigten], […] auf Antrag des Vormundes und der Vormundschaftsbehörde die Aufnahme eines *öffentlichen Inventars* anordnen, das für die Gläubiger die gleiche Wirkung [hatte] wie das öffentliche Inventar des Erbrechts“ (wörtlich fast identisch Art. 406 Abs. 3 E-ZGB; der VE-ZGB enthielt keine solche Bestimmung). Dazu EGGER I, Anm. 9 zu Art. 398; EGGER II, Rn. 30 ff. zu Art. 398.
[3108] Identisch Art. 406 Abs. 2 E-ZGB; ohne die Einschränkung „soweit tunlich“ auch Art. 426 Abs. 2 VE-ZGB.
[3109] Vgl. dazu auch Kapitel 4.2.4, 4.3.
[3110] Da der urteilsfähige, mindestens sechzehnjährige Bevormundete grundsätzlich zur *Rechnungsablegung* (vgl. dazu Kapitel 4.2.4) zuzuziehen war, Art. 413 Abs. 3 ZGB, drängte sich dessen Beizug zur Inventaraufnahme für Egger umso mehr auf; vgl. EGGER I, Anm. 7 zu Art. 398; vgl. auch EGGER II, Rn. 28 zu Art. 398.

Vermögensverhältnisse eingeweiht und so auf eine spätere selbständige[3111] Vermögensverwaltung vorbereitet.[3112]

4.2.2.2 Verwahrung von Wertsachen, Art. 399 ZGB

Gemäss Art. 399 ZGB [3113] „[waren] Wertschriften, Kostbarkeiten, wichtige Dokumente und dergleichen, soweit es die Verwaltung des Mündelvermögens [gestattete][3114], unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde an sicherem Orte aufzubewahren".

Diese Pflicht des Vormundes zur sicheren „*Verwahrung* von Wertsachen" [3115] ergänzte nach Eggers Ansicht den Art. 401 ZGB [3116], welcher dem Vormund die sichere *Anlage* der Barschaft auferlegte. [3117] Egger legitimierte den Art. 399 ZGB folglich mit den *Interessen des Bevormundeten* – er erblickte in dieser Norm einen Schutz der genannten Gegenstände vor Beschädigung und Verlust, „vor unbefugten Verfügungen durch den Vormund" sowie, da die *Vormundschaftsbehörde* den Verwahrungsort bezeichnete[3118], vor „einer unzulänglichen Verwahrung durch den Vormund selbst".[3119] Im Umstand, dass das Gesetz besagte Gegenstände dem Vormund als *Vermögensverwalter* nicht überliess – anders als den Eltern eines Kindes unter ihrer Gewalt –, manifestierte sich für Egger eine besondere Gewichtung des Schutzes der Vermögensinteressen einer bevormundeten Person durch den Gesetzgeber.[3120]

4.2.2.3 Veräusserung von Fahrnis, Art. 400 ZGB

Für alle anderen beweglichen Gegenstände als die in Art. 399 ZGB erwähnten sah Art. 400 Abs. 1 ZGB[3121] vor, dass sie, „soweit es die Interessen der Bevormundeten [erheischten], nach Weisung der *Vormundschaftsbehörde* öffentlich zu versteigern oder aus freier Hand zu veräussern [waren]".

[3111] Zu diesem Gedanken vgl. schon den Text zu Fn. 3038.

[3112] Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 28 zu Art. 398, Rn. 5 zu Art. 409, Rn. 6 zu Art. 431; EGGER I, Anm. 7 zu Art. 398, Anm. 1a, 1b zu Art. 409, Anm. 1 zu Art. 431; Erl. Bd. I, S. 302 (= BeK II, Rn. 764); StenBull NR 1905, S. 1291 f., 1301.

[3113] Ähnlich, aber mit *Auslieferungspflicht* an die Vormundschaftsbehörde: Art. 407 E-ZGB, Art. 427 VE-ZGB.

[3114] Etwa „zur Deckung der laufenden Bedürfnisse" waren gewisse Beträge also beim *Vormund* zu belassen – möglich war z.B. aber auch die Belassung von Gegenständen beim *Bevormundeten* in den Fällen der Art. 412, 414 ZGB (dazu Kapitel 4.3.4, 4.3.5); vgl. EGGER II, Rn. 8, 12 zu Art. 399; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 399. Letzteres galt auch betreffend Art. 401 f. ZGB; vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 401.

[3115] So die Marginalie zu Art. 399 ZGB.

[3116] Vgl. dazu Kapitel 4.2.2.4.

[3117] Vgl. EGGER II, Rn. 2 zu Art. 399.

[3118] Insofern entlastete Art. 399 ZGB nach Eggers Ansicht den *Vormund*; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 399; EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 399. Zum *Verwahrungsort* s. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 399; EGGER II, Rn. 9-12 zu Art. 399.

[3119] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 399; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 399.

[3120] Vgl. EGGER II, Rn. 1 zu Art. 399.

[3121] Wörtlich fast identisch Art. 408 Abs. 1 E-ZGB und Art. 428 VE-ZGB.

Diese Regelung bezweckte nach Eggers Ansicht eine Vereinfachung der Vermögensverwaltung.[3122] Mit Blick auf den Wortlaut des Art. 400 Abs. 1 ZGB hob Egger jedoch hervor, die Interessen des Bevormundeten müssten die Veräusserung *erheischen*.[3123] Für unangebracht hielt er eine Veräusserung daher namentlich bei voraussichtlich nur kurz dauernder Vormundschaft, ferner bei (in Ansehung des übrigen Vermögens) geringem Wert der Fahrnis sowie bei Gegenständen, an welchen dem Bevormundeten bzw. seiner Familie „ein Nutzwert" zukam.[3124] Umgekehrt drängte sich eine Veräusserung für Egger auf, wenn die Objekte „nutzlos liegen"; wenn sie einer Entwertungsgefahr ausgesetzt waren; oder wenn ihre Aufbewahrung kostenintensiv war.[3125] Für die Frage, ob eine Veräusserung durchzuführen sei, stellte Egger folglich auf *wirtschaftliche Überlegungen* ab.[3126]

Art. 400 ZGB hatte allerdings noch einen zweiten Absatz[3127], der nach Eggers Ansicht *persönlichen Interessen* Rechnung trug:[3128] Demnach „[sollten] Gegenstände, die für die Familie oder den Bevormundeten persönlich einen besondern Wert [hatten], wenn immer möglich *nicht veräussert* werden". Den in dieser Bestimmung erwähnten *persönlichen Wert* verstand Egger jeweils weit – er subsumierte darunter nicht nur eng einen „Affektionswert", sondern auch einen Wert, der „in der Förderung der Kindererziehung oder der Berufsausbildung u. dgl. mehr liegen" und auch erst in einem späteren Zeitpunkt eintreten konnte.[3129] Derartige Gegenstände sollten, so Egger, nur veräussert werden, „wenn dies durch die überwiegenden Interessen des Mündels als geboten erscheint" – etwa „in Notfällen, bei drohender und anderswie nicht abzuwendender Verarmung".[3130]

4.2.2.4 Anlage von Barschaft, Art. 401 ZGB

Gemäss Art. 401 Abs. 1 ZGB[3131] „[hatte] [der Vormund] bares Geld, soweit er dessen nicht für den Bevormundeten [bedurfte], beförderlich[3132] in einer von der Vormundschaftsbehörde oder durch kantonale Verordnung[3133] hiefür bezeichneten *Kasse* oder

---

[3122] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 400. Für die *Anlage* des Veräusserungserlöses vgl. Kapitel 4.2.2.4.

[3123] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2a zu Art. 400; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 400.

[3124] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 400; vgl. auch EGGER I, Anm. 2a zu Art. 400.

[3125] EGGER I, Anm. 2a zu Art. 400; vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 400.

[3126] Vgl. auch EGGER II, Rn. 3 zu Art. 400.

[3127] Materiell übereinstimmend Art. 408 Abs. 2 E-ZGB. Diese Bestimmung sah der VE-ZGB nicht vor – Huber hatte aber in der Expertenkommission ihre Aufnahme beantragt – vgl. Prot., S. 463 (= BeK III, Rn. 4470 f.).

[3128] Vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 400; EGGER II, Rn. 1, 4 zu Art. 400.

[3129] EGGER I, Anm. 4 zu Art. 400; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 400.

[3130] EGGER I, Anm. 4 zu Art. 400; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 400.

[3131] Materiell weitestgehend übereinstimmend Art. 409 E-ZGB und Art. 429 VE-ZGB.

[3132] Art. 401 Abs. 2 ZGB bestimmte diesbezüglich: „Unterlässt der Vormund diese Anlage länger als einen Monat, so wird er selbst zinspflichtig." Ebenso Art. 410 E-ZGB und Art. 430 VE-ZGB, falls diese Unterlassung „ohne hinreichende Rechtfertigung" erfolgte.

[3133] Vgl. dazu Art. 425 ZGB: „(1) Die Kantone haben die Mitwirkung der Behörden auf dem Wege der Verordnung näher zu regeln. (2) Sie haben namentlich Bestimmungen aufzustellen über die Anlage und Verwahrung des Mündelvermögens, sowie die Art der Rechnungsführung und Rechnungsstellung und der

in *Werttiteln*, die von der Vormundschaftsbehörde nach Prüfung ihrer *Sicherheit* genehmigt [wurden], *zinstragend* anzulegen".

Eggers Ausführungen zu dieser an sich unspektakulären Bestimmung betreffend die „Anlage von Barschaft"[3134] sind insofern von Interesse, als sich beim Kriterium der *Sicherheit der Anlage* in *Werttitel* ein historisch bedingter Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen ergibt: In der *Erstauflage* stellte Egger fest, zu investieren sei – jeweils unter Berücksichtigung einer adäquaten Risikoverteilung – insbesondere in „erststellige Pfandtitel, Obligationen von Staaten und Städten, aber auch solider Banken".[3135] Diese Anlagen bezeichnete Egger als *„mündelsicher"*, ohne diesen Begriff zu definieren.[3136] Da das Gesetz eine *Verzinslichkeit* der Anlage vorschrieb, hielt Egger die Anlage in Aktien (selbst wenn daraus Dividenden fliessen sollten) „in der Regel" für ausgeschlossen.[3137] Auch in der *Zweitauflage* betonte Egger die Pflicht zur sicheren Anlage (die er hier übrigens explizit aus Art. 413 ZGB ableitete[3138]) – und lieferte dabei eine Umschreibung des Begriffs der „Mündelsicherheit" nach: Gemeint sei damit die „besondere Sicherheit, die das Vormundschaftsrecht bei Kapitalanlagen des Mündelvermögens fordert" – nötig war s.E., freilich wiederum unter Berücksichtigung einer adäquaten Risikoverteilung[3139], eine

> „Anlage, die im Zeitpunkt des Erwerbes nach ‚menschlicher Voraussicht', bei besonnener, umsichtiger Würdigung der Verhältnisse Verluste als ausgeschlossen erscheinen läßt, der somit die größtmögliche Solidität und Zuverlässigkeit zugeschrieben werden darf".[3140]

Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger:

> „Schon nach dem ersten Weltkrieg richteten Staatsumwälzungen, Währungsmanipulationen, hemmungslose Inflationen gerade unter den mündelsicheren Geldanlagen wahre Verheerungen an; die ‚sichersten' Anlagetitel wurden die verlustreichsten, Staatspapiere völlig entwertet. […]"[3141]

Egger gelangte daher zum Schluss,

> „der bisherige Begriff der Mündelsicherheit […] bedarf größerer Elastizität; nicht nur das Kredit- und das Konjunkturrisiko, auch das Währungsrisiko soll bei der Bewertung der Anlagen berücksichtigt werden […]".[3142]

Berichterstattung. (3) Diese Erlasse bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates." Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 2, 3b zu Art. 401; EGGER II, Rn. 3 ff., 24 zu Art. 401. Beachte dazu die leicht abw. Art. 433, 435 E-ZGB und Art. 452, 454 VE-ZGB; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 309 (= BeK II, Rn. 790).

[3134] So die Marginalie zu Art. 401 ZGB.

[3135] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 401.

[3136] Vgl. EGGER I, Anm. 3a i.V.m. Anm. 3b, 4 zu Art. 401.

[3137] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 401.

[3138] Vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 401. Zu Art. 413 ZGB s. Kapitel 4.2.1.

[3139] Vgl. dazu EGGER II, Rn. 17 zu Art. 401; auch müsse z.B. auf unterschiedliche Zeitpunkte der *Fälligkeit* der Anlagen geachtet werden; vgl. EGGER II, Rn. 16 zu Art. 401.

[3140] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 401; für Konkretisierungen vgl. EGGER II, Rn. 9, 10 ff. zu Art. 401.

[3141] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 401, vgl. auch schon Rn. 6 zu Art. 401.

[3142] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 401.

Unter diesem Vorbehalt qualifizierte Egger zwar auch in der Zweitauflage „Staatspapiere", „Titel mit Pfandsicherheit" und „Spareinlagen" als „mündelsicher".[3143] Sodann lehnte Egger auch hier die Anlage in Aktien grundsätzlich[3144] ab – nicht (mehr), weil Letztere „keinen Zins abwerfen", sondern weil sie „keine Kündigung, keine Rückzahlung während des Bestehens der AG und auch bei Liquidierung keine Gewähr der Erstattung des Nennwertes [gewähren]"; „der Aktionär sieht sich auf den Markt mit seinen Kursschwankungen verwiesen".[3145] Für zulässig hielt Egger hingegen die Anlage in Grundstücke, zumindest wenn sie dem Bevormundeten zu Wohn- bzw. Berufsausübungszwecken dienten.[3146]
Die *Abweichung zur Erstauflage* liegt in Eggers Vorstellung, wonach in *Krisenphasen* „die *Substanzerhaltung*" des Vermögens vorrangig sei – die gesetzlich geforderte *Verzinsung* müsse dann *„zurücktreten"*.[3147] Daher hielt Egger etwa „die alte Tradition" der Anlage in Gold für zulässig.[3148]

4.2.2.5 Umwandlung unsicherer Kapitalanlagen, Art. 402 ZGB

Gemäss Art. 402 Abs. 1 ZGB[3149] waren „Kapitalanlagen, die nicht genügende Sicherheit [boten], durch sichere Anlagen zu ersetzen". Nach Art. 402 Abs. 2 ZGB „[sollte] die Umwandlung aber nicht zur Unzeit, sondern unter Wahrung der Interessen des Bevormundeten vorgenommen werden".
Unsichere Kapitalanlagen waren nach Eggers Ansicht mit dem „Gedanke[n] des vormundschaftlichen Schutzes und der *Wahrung der Mündelinteressen*" nicht vereinbar und daher durch den Vormund stets – immerhin aber unter Vorbehalt des Abs. 2[3150] – in sichere Anlagen umzuwandeln.[3151] Unter „Kapitalanlagen" i.S.v. Art. 402 ZGB subsumierte Egger nicht nur „*Hingaben von Kapital an Dritte* unter Wahrung eines […] Rückforderungsanspruches" – wie „Obligationen, Aktien, Pfandtitel, Darlehen […]" –, sondern auch *Objekte*, denen wirtschaftlich dieselbe Funktion zukam (wie etwa „Miethäuser[n]").[3152] Als zentrale Kriterien zur Beurteilung der *Sicherheit* derartiger Anlagen nannte Egger die „andauernde *Zahlungsfähigkeit* und *Zahlungswilligkeit* des Schuldners" insbesondere hinsichtlich der Zinsen, Dividenden sowie der

---

[3143] EGGER II, Rn. 10, 11, 12 zu Art. 401.
[3144] Das Halten von Aktien etwa von Familienunternehmungen hielt Egger hingegen für zulässig; Gleiches galt s.E. für Aktien gewisser gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen sowie von Unternehmungen „mit ungewöhnlich starken (stillen) Reserven"; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 401, beachte auch Rn. 14 f. zu Art. 401.
[3145] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 401.
[3146] EGGER II, Rn. 21 f. zu Art. 401. So wohl schon implizit EGGER I, Anm. 4 zu Art. 401, der auf das behördliche Zustimmungserfordernis zum Grundstückserwerb (Art. 421 Ziff. 1 ZGB; dazu Kapitel 4.2.3) hinwies.
[3147] EGGER II, Rn. 20a zu Art. 401.
[3148] EGGER II, Rn. 20a zu Art. 401; beachte auch den Hinweis in Fn. 3144.
[3149] Eine solche Regelung enthielten der E-ZGB und VE-ZGB nicht.
[3150] So konnte nach Eggers Ansicht eine Umwandlung etwa *unterbleiben* bei begründeter Annahme, *Zahlungsschwierigkeiten* eines Schuldners bzw. *tiefe Aktienkurse* seien nur *temporärer Natur*; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 402; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 402.
[3151] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 402, Rn. 2, 5 zu Art. 402; vgl. auch EGGER I, Anm. 2 zu Art. 402.
[3152] EGGER I, Anm. 1a, 1c zu Art. 402; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 i.V.m. Rn. 2 zu Art. 402.

Rückzahlung des Kapitals selbst.[3153] Auch forderte er „die Möglichkeit der jederzeitigen Realisierung ohne Schädigung des Mündelvermögens".[3154] Anlagen spekulativer Art erfüllten diese Kriterien für Egger freilich nicht.[3155] Doch vertrat er zumindest in der *Zweitauflage*[3156] die Ansicht, der blosse Umstand, dass die fragliche Kapitalanlage *nicht* als *„mündelsicher"*[3157] zu qualifizieren sei, bedeute nicht automatisch, dass sie (deshalb) umgewandelt werden müsse – „dies [würde] den Verhältnissen nicht gerecht werden".[3158] Bei der Frage, ob eine Umwandlungspflicht bestehe, wollte Egger nämlich u.a. auch „die Familienbeziehungen" des Bevormundeten, ferner „die Größe und die Gründe der besondern Zusammensetzung" seines Vermögens berücksichtigen – grundsätzlich konnten s.E. daher „Aktien einer Familien-AG" oder „bei größeren Vermögen […] auch Beteiligungen an andern Unternehmungen […], wenn diese solid geführt sind", beibehalten werden.[3159]

4.2.2.6 Anordnungen betreffend das Geschäft bzw. Gewerbe, Art. 403 ZGB

Art. 403 ZGB[3160] bestimmte: „Findet sich in dem Vermögen [sc. des Bevormundeten] ein Geschäft, ein Gewerbe oder dergleichen[3161], so hat die *Vormundschaftsbehörde*[3162] die nötigen Weisungen zur *Liquidation* oder zur *Weiterführung* zu erteilen."
Die *Zweitauflage* zeigt, dass Egger den Art. 403 ZGB als weitergeführten Gedanken der in Art. 402 Abs. 1 ZGB statuierten Pflicht zur *Umwandlung unsicherer Kapitalanlagen* begriff. Während Letzterer aber eine *Umwandlung* verlangte, zielte Art. 403 ZGB nach Eggers Ansicht *primär* auf die *Beibehaltung* des Betriebes ab: Egger bemerkte, eine Liquidation – „eine Veräußerung" – des Betriebes „darf nur angeordnet werden, wenn die Interessen des Bevormundeten sie erheischen". Seinen Standpunkt begründete Egger mit der Überlegung, dass ein Betrieb einerseits häufig einen beträchtlichen Teil des Vermögens des Bevormundeten ausmache, und andererseits Letzterer darin seine berufliche Betätigung – und damit (auch) eine Möglichkeit zur

---

[3153] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 402; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 402.
[3154] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 402; implizit EGGER II, Rn. 2 zu Art. 402.
[3155] Vgl. EGGER II, Rn. 3 zu Art. 402.
[3156] Undeutlich, m.E. aber übereinstimmend schon EGGER I, Anm. 1b zu Art. 402 i.Vm. Anm. 3a zu Art. 401.
[3157] Vgl. dazu Kapitel 4.2.2.4.
[3158] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 402.
[3159] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 402.
[3160] Wörtlich fast identisch Art. 411 E-ZGB und Art. 431 VE-ZGB.
[3161] Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird nachfolgend für all diese Fälle von *„Betrieben"* gesprochen – vgl. diesen Begriff auch bei EGGER II, Rn. 1 zu Art. 403. Unter Art. 403 ZGB fielen nach Eggers (und Hubers, s. sogleich Text zu Fn. 3166) Ansicht auch *Beteiligungen* an solchen Betrieben; vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 403; EGGER II, Rn. 2, 10-14 zu Art. 403.
[3162] Zur Abgrenzung der in Art. 403 ZGB statuierten Befugnis der *Vormundschaftsbehörde* von dem in Art. 422 Ziff. 3 ZGB statuierten Zustimmungserfordernis der *Aufsichtsbehörde* (vgl. dazu Kapitel 4.2.3) betreffend eine(n) (spätere(n)) „Übernahme oder Liquidation eines Geschäfts, Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung" vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 403, Rn. 9 ff. zu Art. 422; EGGER I, Anm. 2c zu Art. 422.

persönlichen Entfaltung – finde.[3163]
In der (hinsichtlich des Art. 403 ZGB knapp gehaltenen) *Erstauflage* begründete Egger diese Norm zwar nicht näher. Nach Eggers in beiden Kommentarauflagen inhaltlich übereinstimmender Ansicht sollte aber der Betrieb (möglichst) *nicht liquidiert* werden, wenn der Bevormundete im Stande sowie willens war, diesen (ggf. erst in Zukunft) fortzuführen.[3164] Anders aber (stets), wenn der Bevormundete dauernd kein Interesse hatte bzw. dauernd unfähig war, dies zu tun.[3165] Wenngleich Egger in der Erstauflage also nicht ausdrücklich bemerkte, Art. 403 ZGB ziele *primär* auf die *Beibehaltung* des Betriebes ab, so lief die von Egger in beiden Kommentarauflagen propagierte Einzelfallprüfung letztlich auf genau dieses Ergebnis hinaus. Ähnlich hatte bereits Huber festgehalten:

> „Zweifel kann die Verbindung des Mündelvermögens mit einem Geschäft oder Gewerbe verursachen. Allein auch hier wird wohl am richtigsten dem *Ermessen der Behörde* der erforderliche Spielraum gelassen, es mag sich *bald die Fortführung* und *bald die Liquidation* empfehlen. […] Natürlich bezieht sich diese Befugnis dann auch auf die Fälle, wo das Mündelvermögen an Handelsgesellschaften beteiligt ist. Eine *Vorschrift*, diese *Gemeinschaftsverhältnisse regelmässig aufzulösen* […], würde ebenso *oft das Unzweckmässige anordnen*, als den Bevormundeten vor Gefahren bewahren, ist also der Anerkennung der Freiheit der Behörde nicht vorzuziehen. […]"[3166]

Für Huber hatte sich also die Vormundschaftsbehörde betreffend die Frage, ob der Betrieb fortzuführen oder zu liquidieren sei, an den *Interessen des Bevormundeten* zu orientieren. Damit hatte Huber letztlich eine Auffassung vertreten, die Egger, wie gezeigt, in beiden Kommentarauflagen teilte.
Im Übrigen sollte nach Eggers Ansicht die in Art. 403 ZGB getroffene Regelung, wonach *nicht* dem *Vormund*, sondern der *Vormundschaftsbehörde* die Entscheidungs- bzw. Weisungsbefugnis hinsichtlich der Fortführung oder Liquidation des Betriebes zustand, „eine sachliche, ausschließlich durch die Mündelinteressen bestimmte Entscheidung gewährleisten".[3167]

4.2.2.7 Veräusserung von Grundstücken, Art. 404 ZGB

Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZGB[3168] „[erfolgte] die *Veräusserung* von Grundstücken[3169] nach Weisung der *Vormundschaftsbehörde* und [war] *nur* in den Fällen zu gestatten,

---

[3163] Zum Ganzen: EGGER II, Rn. 3 zu Art. 403. Zur *Berufs- bzw. Gewerbebetreibung* durch den Bevormundeten beachte auch Kapitel 4.3.4.
[3164] Vgl. EGGER II, Rn. 3 zu Art. 403; EGGER I, Anm. 2b zu Art. 403. Für Einzelheiten zur Weiterführung bzw. Liquidation vgl. EGGER II, Rn. 5, 7-9, 10-14 zu Art. 403; nur angerissen von EGGER I, Anm. 2b zu Art. 403.
[3165] Wie Fn. 3164.
[3166] Erl. Bd. I, S. 303 (= BeK II, Rn. 767); vgl. auch Prot., S. 463 (= BeK III, Rn. 4475 f.).
[3167] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 403, vgl. dazu auch Rn. 5 zu Art. 403.
[3168] Materiell mit dem ganzen Art. 404 ZGB weitgehend übereinstimmend: Art. 412 E-ZGB, Art. 432 VE-ZGB.
[3169] Zur Behandlung von Grundstücken in *gemeinschaftlichem Eigentum* vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 404; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 404; zu *land-* und *forstwirtschaftlichen Grundstücken* vgl. EGGER II, Rn. 9 zu Art. 404.

wo die *Interessen des Bevormundeten* es *[erforderten]*".[3170] Grundsätzlich „[erfolgte] die Veräusserung durch öffentliche Versteigerung, unter Vorbehalt der Genehmigung des Zuschlags durch die Vormundschaftsbehörde, die beförderlich darüber zu entscheiden [hatte]", Art. 404 Abs. 2 ZGB. Doch „[konnte] ausnahmsweise mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Verkauf aus freier Hand stattfinden", Art. 404 Abs. 3 ZGB.

Die Regelung, wonach die Veräusserung von Grundstücken des Bevormundeten *nicht* zu gestatten war, wenn die Interessen des Letzteren nicht Gegenteiliges *verlangten*, bezweckte nach Eggers Ansicht, „den Bevormundeten in seinem Besitz an Grundstücken wirksam zu schützen" – deshalb war s.E. vorliegend auch nicht der Vormund, sondern die *Vormundschaftsbehörde* entscheidungs- bzw. weisungsbefugt.[3171] Den Schutz des Bevormundeten in seinem Grundstücksbesitz legitimierte Egger mit der tendenziellen Wertsteigerung von Grundstücken, ihrer Eignung zur Verwaltung sowie der Sicherheit dieses Vermögenspostens.[3172] Daher war die Weisung zur Grundstücksveräusserung s.E. etwa nur zu erteilen bei voraussehbarer Wertminderung des Grundstücks, bei Verschuldung des Bevormundeten oder bei „Geldbedarf für den Unterhalt, die Erziehung und Ausbildung" desselben.[3173]

Dass das Gesetz grundsätzlich die *öffentliche Versteigerung* vorschrieb, gewährleiste, so Egger, „eine freie Preisbildung und die Erzielung eines dem Verkehrswert entsprechenden Kaufpreises".[3174] Zu *verweigern* hatte die Vormundschaftsbehörde die *Genehmigung des Zuschlags* nach Eggers Ansicht, „wenn das Ergebnis unbefriedigend ist und bei späterer Gelegenheit ein besseres Ergebnis erwartet werden darf".[3175]

Ein *freihändiger Verkauf* – in welchem Egger eine potentielle Gefährdung der Interessen des Bevormundeten erblickte und darauf die gesetzlich vorgesehene Genehmigungspflicht der *Aufsichtsbehörde* zurückführte – kam nach Eggers Ansicht nur in Frage, wenn ein solcher im konkreten Fall mit den Interessen des Bevormundeten vereinbar war bzw. als gar geboten erschien.[3176]

[3170] Für die Veräusserung von Grundstücken *nach* Amtsübernahme durch den Vormund (auf Letztere waren die Art. 398 ff. ZGB zugeschnitten, vgl. Kapitel 4.2.2) s. das Zustimmungserfordernis der Vormundschaftsbehörde i.S.v. Art. 421 Ziff. 1 ZGB (dazu Kapitel 4.2.3). Beide Kommentarauflagen zeigen, dass Egger diesbezüglich Art. 404 Abs. 1 ZGB für anwendbar hielt; die Anwendbarkeit auch der Abs. 2 und 3 propagierte Egger m.E. aber nur in der Zweitauflage – vgl. EGGER I, Anm. 2a zu Art. 421; EGGER II, Rn. 20 zu Art. 421, Rn. 3 zu Art. 404.

[3171] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 404; implizit auch EGGER I, Anm. 1a i.V.m. Anm. 1d zu Art. 404.

[3172] Vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 404; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 404.

[3173] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 404; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 f., 9 zu Art. 404

[3174] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 404.

[3175] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 404.

[3176] Vgl. EGGER II, Rn. 8, 9, 2 zu Art. 404; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 404.

4.2.3 Behördliche Zustimmung zu bestimmten Geschäften, Art. 421 f. ZGB

Art. 421 ZGB[3177] enthielt einen Katalog von Geschäften[3178], zu deren Vornahme ein Vormund die Zustimmung der *Vormundschaftsbehörde* einholen musste. So unter anderem zum Kauf und Verkauf von Grundstücken, Ziff. 1; oder weiterer Vermögenswerte, wenn dies die „gewöhnlich[e] Verwaltung und Bewirtschaftung" überstieg, Ziff. 2; zur „Gewährung und Aufnahme von Darlehen", Ziff. 4; zur „Ermächtigung des Bevormundeten zum selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes", Ziff. 7; zur Eingehung von Eheverträgen, Ziff. 9; zum Abschluss von „Verträge[n] über die berufliche Ausbildung des Bevormundeten", Ziff. 12; zur Unterbringung des Letzteren „in eine Erziehungs-, Versorgungs- oder Heilanstalt", Ziff. 13; oder zur Verlegung von dessen Wohnsitz, Ziff. 14.

Art. 422 ZGB[3179] nannte ferner Geschäfte[3180], welche die Zustimmung der *Aufsichtsbehörde* voraussetzten, „nachdem die Beschlussfassung der *Vormundschaftsbehörde* vorausgegangen [war]".[3181] Als zustimmungsbedürftig in diesem Sinne bezeichnete das ZGB etwa die Adoption eines Bevormundeten bzw. jene durch einen solchen, Ziff. 1; die Übernahme eines Geschäftsbetriebs durch den Bevormundeten bzw. die Liquidation des Ersteren, sodann auch den Eintritt des Letzteren „in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung", Ziff. 3; die Annahme bzw. Ausschlagung von Erbschaften, Ziff. 5; oder Vertragsschlüsse „zwischen Mündel und Vormund", Ziff. 7.

Im Hinblick auf diese beiden Kataloge hatte Huber bemerkt:

> „Die Festsetzung der Fälle […] unterliegt natürlich einer *gewissen willkürlichen Abschätzung.* Wir haben uns an das Vorbild des mannigfaltig gestalteten *geltenden Rechtes angeschlossen* […] Eine Begründung der einzelnen Punkte wird man hier nicht erwarten."[3182]

Eine solche *generelle* Begründung für alle in Art. 421 f. ZGB genannten[3183] Geschäfte lieferte jedoch Egger: Diese Geschäfte lagen für ihn *ausserhalb der ordentlichen*

[3177] Dieser Katalog entsprach weitgehend jenem des Art. 430 E-ZGB bzw. Art. 449 VE-ZGB.

[3178] Wie etwa Ziff. 7 zeigt, führte Art. 421 ZGB nicht nur *Rechtsgeschäfte* auf – doch fand Art. 424 ZGB (hierzu sogleich) nur auf ebendiese Anwendung; vgl. dazu EGGER II, Rn. 15 zu Art. 421, Rn. 1 zu Art. 424.

[3179] Auch dieser Katalog entsprach weitgehend jenem des Art. 431 E-ZGB bzw. Art. 450 VE-ZGB. Anders als das ZGB verlangte aber der E-ZGB die Zustimmung der Vormundschafts- sowie auch der Aufsichtsbehörde; der VE-ZGB setzte demgegenüber keine vorgängige Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde voraus.

[3180] Beachte das in Fn. 3178 Gesagte und EGGER II, Rn. 3 zu Art. 422.

[3181] Dies bedeutete nach Eggers Ansicht, dass die Vormundschaftsbehörde „die Angelegenheit unter dem für sie allein entscheidenden Gesichtspunkt der Mündelinteressen [prüft] und einen begründeten Antrag an die Aufsichtsbehörde [stellt]", woraufhin (nur) Letztere *entschied*; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 422, vgl. auch Rn. 4 zu Art. 422; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 422.

[3182] Erl. Bd. I, S. 308 (= BeK II, Rn. 786); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1293.

[3183] Egger ging bei den Art. 421 f. ZGB zwar von einer *abschliessenden Aufzählung* aus, doch waren die Bestimmungen s.E. einzelfallgerecht enger oder weiter auszulegen; vgl. EGGER I, Anm. 1a zu Art. 421 (s. aber Anm. 3 zu Art. 421); EGGER II, Rn. 5 zu Art. 421 (s. aber Rn. 4 zu Art. 421, Rn. 1 zu Art. 422). Abgesehen davon begriff Egger die in den *Art. 398-404 ZGB* (vgl. Kapitel 4.2.2 und seine Unterkapitel) statuierten Mitwirkungspflichten der Vormundschaftsbehörde als *Ergänzung* der Art. 421 f. ZGB; s. EGGER II, Rn. 4 zu Art. 421.

Verwaltung[3184] durch einen Vormund[3185] – die in Art. 422 ZGB erwähnten Situationen begriff Egger (letztlich) gar als „Angelegenheiten von besonders großer Tragweite“ [3186]. [3187] *Deshalb* waren sie s.E. zustimmungsbedürftig. Diese Zustimmung konnte nach Eggers Ansicht sowohl als *vorgängige Ermächtigung* als auch als *nachträgliche Genehmigung* erfolgen – und zwar jeweils ausdrücklich oder stillschweigend.[3188] Falls „ein Geschäft[3189] *ohne* die vom Gesetze verlangte *Zustimmung* der zuständigen vormundschaftlichen Behörde für den Bevormundeten abgeschlossen worden [war], so [hatte] es für ihn nur die Wirkung eines ohne Zustimmung seines Vertreters von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes“, Art. 424 ZGB[3190]. In einer solchen Konstellation fanden folglich die Art. 410 f. ZGB[3191] Anwendung: Solange die Zustimmung (als *nachträgliche Genehmigung*) nicht vorlag, befand sich das fragliche *Rechtsgeschäft*[3192] im Schwebezustand; mit der Genehmigung wurde es rückwirkend wirksam.[3193] Blieb die Zustimmung hingegen aus, ordnete Art. 411 ZGB die *Unwirksamkeit ex tunc* an.[3194] Somit hing von der behördlichen Zustimmung stets die *Wirksamkeit* der in Art. 421 f. ZGB genannten Rechtsgeschäfte ab. Dadurch erfuhr der Grundsatz der *Selbständigkeit des Vormundes* nach Eggers Ansicht eine *Beschränkung*.[3195]
Für die Frage, *ob* die zuständige Behörde im konkreten Fall die Zustimmung erteilen solle, verwies Egger auf die (gesamten) *Interessen des Bevormundeten*:

> „Die Entschließung der Behörde soll bestimmt werden durch das *Wohl des Bevormundeten*. Auch die Vermögensgeschäfte dürfen *nicht ausschließlich* unter dem Gesichtspunkt der *materiellen Interessen* bewertet werden […], stets ist auch die *persönliche Wohlfahrt* des Mündels zu berücksichtigen. In diesen Schranken darf auch der Sorge um die eigenen Angehörigen […] oder sittlichen und Anstandspflichten […] Rechnung getragen werden. […] – Vollends darf die Behörde sich *nicht durch die Interessen Dritter* insbes. von Gläubigern oder Schuldnern des Mündels, bestimmen lassen […]. – Auch die *öffentlichen Interessen zu wahren*, ist *nicht Aufgabe* der Vormundschaftsbehörde […].“[3196]

[3184] Vgl. auch die Formulierung in Art. 421 Ziff. 2 ZGB: „gewöhnlich[e] Verwaltung und Bewirtschaftung“.
[3185] Zur Anwendbarkeit der Art. 421 f. ZGB auf Fälle, in denen der Bevormundete i.S.v. Art. 410 f. ZGB *selbst* handelte, vgl. EGGER I, Anm. 1f zu Art. 421; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 421.
[3186] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 422, vgl. auch Rn. 2 zu Art. 421; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 422 i.V.m. Anm. 1a zu Art. 421.
[3187] Vgl. wie Fn. 3186; EGGER I, Vorbem. zu Art. 420 ff., Anm. 2d, 2m zu Art. 421, Anm. 1c zu Art. 409.
[3188] Vgl. EGGER I, Anm. 1a, 1b, 1d zu Art. 421; EGGER II, Rn. 12 ff., 6 zu Art. 421; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 308 (= BeK II, Rn. 786); Prot., S. 480 (= BeK III, Rn. 4640).
[3189] Gemeint waren *Rechtsgeschäfte*; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 424; EGGER I, Komm. zu Art. 424; Fn. 3178, 3180.
[3190] Wörtlich fast identisch Art. 434 E-ZGB, Art. 453 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 309 (= BeK II, Rn. 789).
[3191] Vgl. dazu Kapitel 4.3.2.
[3192] Vgl. Fn. 3189.
[3193] Vgl. EGGER I, Anm. 1e zu Art. 421, Komm. zu Art. 424 i.Vm. Anm. vor Anm. 1 zu Art. 411; EGGER II, Rn. 16 ff. zu Art. 421, Rn. 3 zu Art. 422.
[3194] Wie Fn. 3193.
[3195] Vgl. dazu schon Text *nach* Fn. 3017; sodann EGGER II, Rn. 1 zu Art. 421; implizit EGGER I, Anm. 1a zu Art. 421, Komm. zu Art. 424.
[3196] EGGER II, Rn. 8 f. zu Art. 421, vgl. auch Rn. 6 f. zu Art. 421, Rn. 5 zu Art. 422, Rn. 6 ff. zu Art. 412; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 421, Anm. 3 zu Art. 412.

Dabei betonte Egger zudem, *weder verpflichte* eine behördlich erteilte Zustimmung den Vormund letztendlich zur Vornahme des Geschäfts (ausser, es liege eine entsprechende, gültige Weisung vor) *noch entlaste* sie den Vormund von seiner *Verantwortlichkeit* i.S.v. Art. 426 ZGB, falls er das Geschäft abschliesse.[3197]

4.2.4 Behördliche Prüfung von Berichten und Rechnungen, Art. 423 ZGB

Eine behördliche *Mitwirkung* bei der Aufgabenerfüllung des Vormundes sah ferner Art. 423 ZGB[3198] vor:

> „[1] Die Vormundschaftsbehörde prüft die periodischen Berichte und Rechnungen des Vormundes und verlangt, wo es ihr notwendig erscheint, deren Ergänzung und Berichtigung.
> [2] Sie erteilt oder verweigert die Genehmigung der Berichte und Rechnungen und trifft nötigenfalls die für die Wahrung der Interessen des Mündels angezeigten Massregeln.
> [3] Die Kantone können der Aufsichtsbehörde eine Nachprüfung und die Genehmigung übertragen."

Art. 423 ZGB ist im Zusammenhang mit Art. 413 ZGB[3199] zu sehen, welcher lautete:

> „[1] […][3200]
> [2] Er [sc. der *Vormund*] hat über die Verwaltung *Rechnung zu führen* und diese der *Vormundschaftsbehörde* in den von ihr angesetzten Perioden, mindestens aber alle zwei Jahre, zur Prüfung *vorzulegen*.[3201]
> [3] Ist der Bevormundete urteilsfähig und wenigstens sechzehn Jahre alt, so soll er, soweit tunlich, zur *Rechnungsablegung zugezogen* werden."

Die dem Vormund in Art. 413 Abs. 2 ZGB auferlegte Pflicht zur *Rechnungsführung*[3202] bezweckte nach Eggers Ansicht, dem Vormund bzw. der Vormundschaftsbehörde die Möglichkeit eines *jederzeitigen Überblicks* über das Vermögen des Bevormundeten – gerade über seine Einnahmen und Ausgaben – zu verschaffen.[3203] Insbesondere begriff Egger diese Rechnungsführung auch als *Basis* dafür, dass der Vormund seiner (sich ebenfalls aus Art. 413 Abs. 2 ZGB ergebenden) Pflicht nachzukommen

---

[3197] Vgl. EGGER I, Anm. 1e zu Art. 421; EGGER II, Rn. 6, 17 zu Art. 421; Texte zu Fn. 3243, 3409.

[3198] Wörtlich fast identisch Art. 432 E-ZGB. Abw. aber Art. 451 VE-ZGB, welcher der Vormundschaftsbehörde zwar die Prüfungspflicht auferlegte – über die Erteilung bzw. Verweigerung der Genehmigung sowie die „angezeigten Massregeln" hatte aber die Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 308 f. (= BeK II, Rn. 787); StenBull NR 1905, S. 1293.

[3199] Wörtlich ganz bzw. fast identisch zu Art. 413 *Abs. 2* ZGB waren Art. 422 Abs. 2 E-ZGB bzw. Art. 442 VE-ZGB. Identisch zu Art. 413 *Abs. 3* ZGB war Art. 422 Abs. 3 E-ZGB. Eine solche Regelung fehlte im VE-ZGB.

[3200] Zu Art. 413 Abs. 1 ZGB vgl. Kapitel 4.2.1.

[3201] Beachte in diesem Zusammenhang Art. 425 Abs. 2 ZGB (dazu Fn. 3133).

[3202] Für die *Einzelheiten* dazu s. EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 413; EGGER II, Rn. 17, 19 f. zu Art. 413.

[3203] Wie Fn. 3202.

vermochte, die *Rechnung*[3204] periodisch der Vormundschaftsbehörde *vorzulegen*[3205].[3206] Dass gemäss Art. 413 Abs. 3 ZGB der urteilsfähige, mindestens sechzehnjährige Bevormundete zur Rechnungsablegung grundsätzlich *zuzuziehen* war, betrachtete Egger als Anwendungsfall des Art. 409 Abs. 1 ZGB[3207], der den Vormund verpflichtete, den urteilsfähigen, mindestens sechzehnjährigen Bevormundeten „bei wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, um seine Ansicht zu befragen".[3208] Die *behördliche Prüfung* der „Berichte und Rechnungen"[3209], Art. 423 Abs. 1 ZGB, wies nach Eggers in beiden Kommentarauflagen vertretener Ansicht eine formale und eine materielle Seite auf: Gegenstand der *formalen Prüfung* bildeten s.E. insbesondere die Fragen, „ob die Rechnung den formalen an sie zu stellenden Anforderungen entspricht, die einzelnen Zahlen der Rechnung mit den Belegen korrespondieren und der Abschluß stimmt".[3210] Die *materielle Prüfung* erstrecke sich demgegenüber, so Egger in der *Erstauflage*,

> „auf den ganzen *Vermögensstand*, auf die *Sicherheit der Anlagen* und die Umwandlung unsicherer Anlagen, auf die durchgängige *Einholung* der *behördlichen Mitwirkung*, wo sie das Gesetz vorschreibt, auf die *Höhe der Ausgaben* und ihr *Verhältnis* zu Einnahmen und Vermögensstand, auf die vom Vormund eingesetzte Forderung für *Verwendungen und Auslagen* usw. Die Vormundschaftsbehörde läßt sich außer den sonstigen Belegen auch das dem Vormund überlassene Sparkassenheft oder den Kontokorrentauszug vorlegen. Sie kann nach allen diesen Richtungen hin vom Vormund die erforderlichen *Auskünfte verlangen*, ferner *Berichtigungen* und *Ergänzungen*. […]
> Die Vormundschaftsbehörde muß auch den Bericht über die *persönlichen Verhältnisse*[3211] einer angemessenen *Prüfung* unterziehen."[3212]

In der behördlichen Prüfung i.S.v. Art. 423 ZGB erblickte Egger folglich ein Mittel, um die *gesamte Amtsführung des Vormundes* auf die Konformität mit den gesetzlichen Bestimmungen – und daher indirekt mit den Interessen des Bevormundeten – hin nachzuprüfen. Diese Ansicht legte Egger auch der *Zweitauflage* zugrunde[3213], wo er zudem folgende, konzeptionell bemerkenswerte Aussage machte:

[3204] Zu *Ablegung* und *Inhalt* derselben: EGGER I, Anm. 2d-2f zu Art. 413; EGGER II, Rn. 17, 20, 21 f. zu Art. 413.
[3205] Art. 413 Abs. 2 ZGB bestimmte nur, dass die „*Rechnung* […] vorzulegen" sei – Art. 423 Abs. 1 ZGB sprach dagegen von einer behördlichen Prüfung der „*Berichte und Rechnungen*". Nach Eggers Ansicht bezog sich die Berichterstattungspflicht auf die *Vermögensfürsorge* – eine *Pflicht* zur Berichterstattung über die *persönliche Fürsorge* statuierte *das ZGB selbst* s.E. somit nicht, doch betonte Egger, die Vormundschaftsbehörde könne solche Berichte im Interesse der Verwirklichung der „Schutzzwecke der Vormundschaft" jederzeit verlangen; vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 413; EGGER II, Rn. 23 f. zu Art. 405.
[3206] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 413; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 413.
[3207] Zur *ratio legis* des Art. 409 Abs. 1 ZGB vgl. Kapitel 4.2.2.1, 4.3.
[3208] Vgl. EGGER I, Anm. 2g zu Art. 413, Anm. 1c zu Art. 423; EGGER II, Rn. 25 zu Art. 413, Rn. 5 zu Art. 409.
[3209] Zu dieser Formulierung beachte den Hinweis in Fn. 3205.
[3210] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 423; vgl. auch EGGER II, Rn. 23 zu Art. 413.
[3211] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 3205.
[3212] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 423, vgl. auch Anm. 2b zu Art. 423.
[3213] Vgl. EGGER II, Rn. 23 zu Art. 413, Rn. 23 f. zu Art. 405.

„Die Bestimmung [sc. Art. 423 ZGB] ist besonders geeignet, die Auffassung vom *allgemeinen Aufsichtsrecht* der Behörde über die Wahrung der Mündelinteressen durch den Vormund […] zu bestätigen […]. Sie regelt die periodische Abnahme der Berichte über die persönlichen Verhältnisse[3214] des Mündels […] und der Jahresrechnungen, Art. 413 Abs. 2, und verleiht den Behörden die Befugnis, alle zur Wahrung der Interessen des Mündels angezeigten Maßregeln zu treffen, Abs. 1 und Abs. 2."[3215]

Egger erwähnte hier ein (vom ZGB nicht explizit vorgesehenes) *„allgemeine[s] Aufsichtsrecht"* der Vormundschaftsbehörde über den Vormund. Wie noch gezeigt wird[3216], beinhaltete dieses Aufsichtsrecht nach Eggers Ansicht das Recht, den Vormund bei der *gesamten Amtsführung* zu beaufsichtigen und dabei die im *persönlichen bzw. vermögensrechtlichen Interesse des Bevormundeten* angezeigten *Massnahmen* zu ergreifen. Damit lässt sich vermuten, dass Egger den Art. 423 ZGB letztlich als gesetzlich konkretisierten *Anwendungsfall* des von ihm propagierten Aufsichtsrechts begriff. Betreffend die *Wirkung* der (selbstredend nur im Falle eines *positiven* Ergebnisses der behördlichen Prüfung zu erteilenden[3217]) *Genehmigung*[3218], Art. 423 Abs. 2 ZGB, bemerkte Egger, in ebendieser „liegt eine Bestätigung der ordnungsgemäßen Berichterstattung", wodurch einerseits die vorgelegte Rechnung zur öffentlichen Urkunde werde (für die Bestreitung ihrer Richtigkeit sei nunmehr der *Bevormundete* beweispflichtig) und andererseits eine (widerlegbare) *Vermutung der richtigen Vormundschaftsführung* greife.[3219] Doch betonte Egger, die Genehmigung bewirke *nicht* eine *Entlastung* des Vormundes im Sinne „einer *Déchargeerteilung*" – die *Verantwortlichkeit* des Vormundes für seine Verfehlungen (vgl. dazu Art. 426 ZGB[3220]) bleibe folglich von der Genehmigung *unberührt*.[3221]

4.3 Gesetzliche Vertretung durch den Vormund und ihre Schranken

Gemäss Art. 407 ZGB[3222] „[vertrat] der Vormund den Bevormundeten in allen rechtlichen Angelegenheiten, unter Vorbehalt[3223] der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden".
Dieses (im *Namen des Bevormundeten* auszuübende[3224]) Vertretungsrecht bildete für

---

[3214] Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 3205.
[3215] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 423.
[3216] Vgl. Kapitel 4.4.2.
[3217] Vgl. EGGER I, Anm. 3, 2b zu Art. 423; EGGER II, Rn. 26, 24 zu Art. 413 – jeweils m.w.H. zum Vorgehen, wenn sich eine Verweigerung der Genehmigung aufdrängte.
[3218] Für die *Einzelheiten* dazu vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2b zu Art. 423; EGGER II, Rn. 26 zu Art. 413.
[3219] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 423; vgl. auch EGGER II, Rn. 27 zu Art. 413.
[3220] Vgl. dazu Kapitel 4.5.1.
[3221] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 423; EGGER II, Rn. 27 zu Art. 413.
[3222] Materiell übereinstimmend Art. 415 E-ZGB und Art. 435 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 303 f. (= BeK II, Rn. 768 ff.); StenBull NR 1905, S. 1292.
[3223] Zu (u.a.) diesem Vorbehalt vgl. den Hinweis in Fn. 3230.
[3224] Dazu und zur Zulässigkeit der indirekten Stellvertretung vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 407; EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 407.

Egger – wie jenes der *Eltern*[3225] – die Konsequenz des Umstands, dass dem Vormund die *umfassende Interessenwahrung* des (an sich handlungs*un*fähigen[3226]) Bevormundeten oblag.[3227] Nach Eggers Ansicht entsprach es daher der dem Vormund diesbezüglich zustehenden Selbständigkeit[3228], wenn Art. 407 ZGB ihm das Vertretungsrecht *allgemein*, *höchstpersönlich*, *ausschliesslich*[3229] und – grundsätzlich[3230] – *umfassend* zugestand.[3231] Daraus folgerte Egger jedoch auch, dass die vom Vormund für den Bevormundeten eingegangenen Geschäfte – grundsätzlich – *wirksam* waren; dass also dem Bevormundeten bei erlittenen Nachteilen bloss die Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 426 ZGB[3232] verblieb.[3233]

Immerhin hatte der Vormund bekanntlich[3234] den urteilsfähigen und mindestens sechzehnjährigen Bevormundeten „bei *wichtigen Angelegenheiten*, soweit tunlich, vor der Entscheidung um seine Ansicht zu befragen", Art. 409 Abs. 1 ZGB[3235]. Diese Pflicht zur *Anhörung*[3236] – deren Verletzung, wie Egger bemerkte, dem Bevormundeten nicht nur die Möglichkeit zur Beschwerde i.S.v. Art. 420 ZGB[3237], sondern u.U. auch zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen i.S.v. Art. 426 ZGB eröffnete – legitimierte Egger einerseits mit der Überlegung, dass der bevormundete *Entmündigte* über seine Verhältnisse regelmässig *am besten orientiert* sei und seine Anhörung daher die *Aufgabenerfüllung* des Vormundes *erleichtern* könne; desweitern werde gerade der bevormundete *Unmündige* so auf die spätere Selbständigkeit vorbereitet.[3238] Andererseits erfüllte die Anhörung für Egger aber auch eine *Kontrollfunktion*, indem sie nicht nur „Mißverständnissen und Verdächtigungen" vorbeuge, sondern der Bevormundete sich auch rechtzeitig gegen eine drohende

---

[3225] Dazu Kapitel II.a.5.1.1.3.

[3226] Vgl. aber zur beschränkten Handlungs*un*fähigkeit Kapitel 4.3.2/3 und zur beschränkten Handlungs*fähigkeit* i.S.v. Art. 412, 414 ZGB Kapitel 4.3.4/5.

[3227] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 2a-2c zu Art. 407; EGGER II, Rn. 1, 2 ff., 7 zu Art. 407 und im Einzelnen Rn. 8, 9, 10-24, 25-29 zu Art. 407.

[3228] Vgl. dazu Kapitel 4.

[3229] M.a.W. stand die Vertretung des Bevormundeten *allein* dem Vormund zu – und nicht etwa (auch) der *Vormundschaftsbehörde*, vgl. dazu schon den Hinweis in Fn. 2913.

[3230] Beachte aber Art. 421 f. ZGB (dazu Kapitel 4.2.3) betreffend die Geschäfte, welche der *behördlichen Zustimmung* bedurften; für die *weiteren Schranken* des Vertretungsrechts vgl. hiernach Kapitel 4.3.1-7.

[3231] Wie Fn. 3227.

[3232] Dazu Kapitel 4.5.1.

[3233] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 407; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 407.

[3234] Vgl. Kapitel 4.2.2.1, 4.2.4.

[3235] Wörtlich fast identisch Art. 417 Abs. 1 E-ZGB; vgl. dazu StenBull NR 1905, S. 1292. Bis auf das Erfordernis eines Mindestalters sowie die Beschränkung „soweit tunlich" übereinstimmend sodann Art. 436 Abs. 1 VE-ZGB. Eine dem Art. 436 Abs. 1 VE-ZGB entsprechende Bestimmung sah übrigens Art. 319 Abs. 1 VE-ZGB (im Gegensatz zum E-ZGB und ZGB) bereits im Eltern- und Kindesrecht vor.

[3236] Diese Anhörungspflicht beinhaltete nach Eggers Ansicht eine Pflicht des Vormundes zur „umfassende[n] Orientierung des Bevormundeten" und gestützt darauf „dessen Befragung" sowie die Entgegennahme seiner „Stellungnahme"; EGGER II, Rn. 2 zu Art. 409.

[3237] Dazu Kapitel 4.4.

[3238] Vgl. EGGER I, Anm. 1a, 1b, 2a zu Art. 409, Anm. 1 zu Art. 431; EGGER II, Rn. 1, 3, 7 zu Art. 409, Rn. 6 zu Art. 431.

Schädigung seiner Interessen durch den Vormund mittels Beschwerde wehren könne.[3239] Unter die *„wichtigen Angelegenheiten"* i.S.v. Art. 409 Abs. 1 ZGB subsumierte Egger jeweils – *zumindest* und *in aller Regel* – diejenigen Situationen, für welche die Art. 421 f. ZGB eine vormundschaftliche Zustimmung vorschrieben.[3240] Mit Blick darauf, dass der Bevormundete gemäss dem Wortlaut der Bestimmung nur *„soweit tunlich"* anzuhören war, konstatierte Egger, die Anhörung könne namentlich unterbleiben, „wenn sie infolge Abwesenheit des Mündels die Angelegenheit […] verschleppte oder verteuerte", ebenso, wenn der Bevormundete „nicht in der Lage ist, ein irgendwie beachtliches Urteil abzugeben".[3241]

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist indes hervorzuheben, dass nach Art. 409 Abs. 2 ZGB[3242] „die Zustimmung des Bevormundeten den Vormund *nicht* von seiner *Verantwortlichkeit [befreite]*": Egger betonte, (nur) der *Vormund* sei für die Interessenwahrung des Bevormundeten zuständig – materiell mass Egger der Zustimmung des Bevormundeten daher bloss im Rahmen der Verantwortlichkeit des Vormundes i.S.v. Art. 426 ZGB eine Bedeutung zu – und zwar als möglicher *Herabsetzungsgrund* bei der Berechnung des vom Vormund an den Bevormundeten zu leistenden Schadensersatzes.[3243]

4.3.1 Verbotene Geschäfte, Art. 408 ZGB

Unter der Marginalie „verbotene Geschäfte" bestimmte Art. 408 ZGB[3244], dass „zu lasten des Bevormundeten keine Bürgschaften eingegangen, keine erheblichen Schenkungen vorgenommen und keine Stiftungen errichtet werden [durften]".[3245]

Das Verbot dieser Geschäfte legitimierte Egger implizit mit der ihnen inhärenten Gefahr für das Vermögen des Bevormundeten.[3246] Schloss ein Vormund ein solches Geschäft dennoch ab, ging Egger in der *Erstauflage* von einem vollmachtlosen Handeln aus, weshalb das Geschäft „für den Mündel einseitig unverbindlich [ist] und es [bleibt], solange nicht der Mündel nach Aufhebung der Vormundschaft seine Genehmigung erteilt".[3247] In der *Zweitauflage* nahm Egger hingegen eine *Nichtigkeit ex tunc* an, zumal Art. 408 ZGB explizit ein *Verbot* statuiere, wodurch das fragliche Geschäft zu einem widerrechtlichen i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR[3248] werde.[3249] Der Grund

---

[3239] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 409; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 409.
[3240] Vgl. EGGER I, Anm. 1c zu Art. 409; EGGER II, Rn. 5 f. zu Art. 409; sodann Kapitel 4.2.2.1, 4.2.3/4.
[3241] EGGER I, Anm. 1d zu Art. 409; vgl. implizit auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 409.
[3242] Identisch Art. 417 Abs. 2 E-ZGB, Art. 436 Abs. 2 VE-ZGB (und, vgl. Fn. 3235, Art. 319 Abs. 2 VE-ZGB).
[3243] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 409, beachte auch Anm. 2a zu Art. 409; EGGER II, Rn. 2, 7 zu Art. 409, Rn. 34 zu Art. 426; vgl. auch Texte zu Fn. 3015, 3197, 3409.
[3244] Materiell übereinstimmend Art. 416 E-ZGB (s. dazu StenBull NR 1905, S. 1421). Der VE-ZGB enthielt eine solche Bestimmung nicht.
[3245] Vgl. dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 1 zu Art. 408; EGGER II, Rn. 2, 4-10, 12 zu Art. 408.
[3246] Vgl. Eggers Kommentierungen zu Art. 408 insgesamt – vor allem EGGER II, Rn. 4, 8, 9, 11 zu Art. 408.
[3247] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 408, vgl. auch Anm. 2d zu Art. 407.
[3248] Für den Wortlaut der Norm vgl. Text zu Fn. 486.
[3249] EGGER II, Rn. 11 zu Art. 408.

für diese Abweichung ist wohl darin zu sehen, dass Egger in der Zweitauflage bemerkte, die in Art. 408 ZGB „vorgesehenen Geschäfte können weder vom Vormund *noch vom Mündel selber* eingegangen werden".[3250] Letztere Möglichkeit liess Egger in der Erstauflage unerwähnt.

4.3.2 Eingehung von Verpflichtungen durch den Bevormundeten, Art. 410 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 ZGB

Die *Entmündigung* einer (erwachsenen) Person bewirkte *grundsätzlich* deren Handlungs*un*fähigkeit i.S.v. Art. 17 ZGB und führte (daher) zur Bevormundung.[3251] Bei einer *unmündigen* bevormundeten Person erübrigte sich eine vorgängige Entmündigung hingegen, weil eine solche Person (ein Kind) per se *grundsätzlich* handlungs*un*fähig war – die Handlungsfähigkeit setzte schliesslich einerseits *Mündigkeit*, also die Vollendung des zwanzigsten Altersjahres, und andererseits *Urteilsfähigkeit* voraus, Art. 13 f. ZGB.[3252] Für den Fall der *Urteilsfähigkeit*[3253] einer *unmündigen* Person (gleich, ob diese unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stand) bzw. einer *entmündigten* Person statuierte das Gesetz allerdings die sog. *beschränkte* Handlungs*un*fähigkeit[3254] – und wich damit vom besagten *Grundsatz* der Handlungs*un*fähigkeit dieser Personen ab. So bestimmte Art. 410 ZGB[3255]:

> „[1] Ist der Bevormundete *urteilsfähig*, so kann er Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben, sobald der *Vormund* ausdrücklich oder stillschweigend *zum voraus seine Zustimmung* gegeben hat oder *nachträglich das Geschäft genehmigt*.
> [2] Der andere Teil wird frei, wenn die Genehmigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, die er selber ansetzt oder durch den Richter ansetzen lässt."

Art. 410 ZGB enthielt für Egger „die näheren Ausführungen" des Art. 19 Abs. 1 ZGB[3256], der lautete:

> „Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten."[3257]

[3250] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 408, vgl. auch Rn. 11 zu Art. 408. – In EGGER II, Rn. 3, 13 zu Art. 408, wies Egger aber u.a. auf die ausnahmsweise Zulässigkeit dieser Geschäfte bei *Verfügungen von Todes wegen* sowie im Bereich der beschränkten Handlungs*fähigkeit* hin. Zu der (als „Neubestellung" zu qualifizierenden) *Bestätigung* verbotener Geschäfte nach (Wieder-)Erlangung der Handlungsfähigkeit vgl. EGGER II, Rn. 11 zu Art. 408.
[3251] Vgl. Kapitel 2.
[3252] Vgl. Kapitel A.1.2; Fn. 2716. Zu *beweisen* hatte die Handlungs*un*fähigkeit, wer sie behauptete; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 410.
[3253] Für den Fall der Urteils*un*fähigkeit vgl. Art. 18 ZGB und dazu Fn. 131.
[3254] Zu diesem (vom Gesetz nicht verwendeten) Begriff vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 410; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 410, Rn. 19 zu Art. 369 sowie schon die Nachweise in Fn. 138. Zur beschränkten Handlungs*fähigkeit* i.S.v. Art. 412, 414 ZGB vgl. Kapitel 4.3.4/5.
[3255] Materiell übereinstimmend Art. 418 E-ZGB und Art. 437 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 303 f. (= BeK II, Rn. 769 ff.).
[3256] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 410, vgl. auch Rn. 18 zu Art. 19; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 19; Erl. Bd. I, S. 67 f. (= BeK II, Rn. 155 f.).
[3257] Eine entsprechende Bestimmung sahen der E-ZGB und VE-ZGB nicht explizit vor.

Egger betonte, eine *urteilsfähige* unmündige bzw. entmündigte Person sei „verpflichtungs*un*fähig[3258] " – doch könne dieser *„Mange[l]"* durch die *Zustimmung* des Vormundes[3259] (bzw. der Eltern) zu dem von einer solchen Person abgeschlossenen Rechtsgeschäft *beseitigt* werden.[3260] Er hielt fest:

> „Die Regelung der Handlungs*un*fähigkeit sieht sich vor die widerspruchsvolle Aufgabe gestellt: sie muß für Handel und Wandel Klarheit schaffen über die dem Einzelnen zustehende ‚Kompetenz', muß aber auch den *individuellen Verhältnissen Rechnung tragen*. Sie bedarf der Einfachheit und Gradlinigkeit, welche die Art. 12-19 auszeichnet, aber auch einer *Elastizität*, die den *Kräften des Bevormundeten* Rechnung trägt und ihm eine angemessene Lebensbedingung ermöglicht. Die *Interessen des Verkehrs* und der Rechtssicherheit gilt es in *Einklang* zu bringen mit der *persönlichen Freiheit*. Diesen Ausgleich strebt der *Gesetzgeber* an, Art. 19 Abs. 2[3261], 412[3262], 414[3263], gegebenenfalls auch der *Richter*, sei es in der Würdigung des Tatbestandes, wie z.B. durch die Annahme *stillschweigender Zustimmung* […]."[3264]

Wenngleich Egger in dieser Aussage die Art. 410 bzw. Art. 19 Abs. 1 ZGB gerade nicht explizit nannte, liegt auf der Hand, dass er diese Regelungen mit den in dieser Aussage angestellten Überlegungen begründete.[3265] Egger betrachtete nämlich einen *urteilsfähigen* Bevormundeten als an sich in der Lage, rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen bzw. Rechte aufzugeben – damit legitimierte Egger auch die in Art. 410 Abs. 1 ZGB (und implizit in Art. 19 Abs. 1 ZGB) getroffene Regelung, dass der Vormund seine (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung nicht nur in Form einer *vorgängigen Ermächtigung*, sondern auch in Form einer *nachträglichen Genehmigung* erteilen konnte.[3266] In letzterer Möglichkeit erblickte Egger ausdrücklich eine „Milderung der Handlungs*un*fähigkeit", die es dem Bevormundeten gestatte, für verpflichtende bzw. belastende Rechtsgeschäfte *selber* „die *Initiative [zu] ergreifen* und das Geschäft bis zur Genehmigung [zu] führen".[3267]
Betreffend eines von einem urteilsfähigen (unmündigen bzw. entmündigten) Bevormundeten abgeschlossenen, vom Vormund (respektive den Eltern) aber *noch* nicht[3268] genehmigten Geschäfts bemerkte Egger, dieses befinde sich *„in der Schwebe"* und

---

[3258] Ebensowenig bestand – vgl. den Wortlaut des Art. 410 Abs. 1 ZGB – die Fähigkeit, *Rechte aufzugeben*.
[3259] Gegebenenfalls war die Zustimmung der *Vormundschaftsbehörde* nötig (dazu Kapitel 4.2.3); vgl. EGGER I, Anm. 3c, 4b zu Art. 410; EGGER II, Rn. 12 zu Art. 410.
[3260] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 410, vgl. auch Anm. 2, 3 zu Art. 410, Anm. 4, 5 zu Art. 19; EGGER II, Rn. 1, 5, 7 f., 12 zu Art. 410, Rn. 3, 17 ff. zu Art. 19.
[3261] Vgl. dazu Kapitel 4.3.3 und A.1.2.
[3262] Vgl. dazu Kapitel 4.3.4.
[3263] Vgl. dazu Kapitel 4.3.5.
[3264] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 410, vgl. auch Rn. 1 zu Art. 410; EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 407.
[3265] Deutlich insofern EGGER II, Rn. 19 zu Art. 369; vgl. auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 410.
[3266] Vgl. EGGER II, Rn. 15, 16, 19 zu Art. 410, vgl. auch Rn. 1, 12, 13 f. zu Art. 410, Rn. 18 zu Art. 19; EGGER I, Anm. 1b, 1c, 3, 4 zu Art. 410; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 304 (= BeK II, Rn. 775).
[3267] EGGER II, Rn. 16 zu Art. 410.
[3268] Beachte Art. 410 Abs. 2 ZGB betreffend die Fristansetzung.

entfalte mit der Genehmigung *rückwirkende Wirksamkeit*.[3269] Für den Fall der *Nichtgenehmigung* bestimmte Art. 411 Abs. 1 ZGB[3270], dass „jeder Teil die vollzogenen Leistungen zurückfordern [konnte], der Bevormundete jedoch nur insoweit [haftete], als die Leistung in seinem Nutzen verwendet [worden war], oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert [war] oder sich böswillig der Bereicherung entäussert [hatte]". Egger konstatierte, bei einer Nichtgenehmigung sei das fragliche Geschäft *nichtig ex tunc*, weshalb sich die Rückforderung der Leistungen nach den Regeln der *Vindikation*, Art. 641 Abs. 2 ZGB, bzw. der *Kondiktion*, Art. 62 ff. OR, richte.[3271] Im *Interesse des Bevormundeten* werde aber bei der Kondiktion der Rückforderungsanspruch der Gegenpartei beschränkt.[3272] Immerhin bestimmte Art. 411 Abs. 2 ZGB[3273], dass wenn „der Bevormundete den andern Teil zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet [hatte], […] er ihm für den verursachten Schaden verantwortlich [war]". Diese Regelung begriff Egger als „Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 3[3274]", gemäss welchem urteilsfähige Unmündige bzw. Entmündigte „aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig [wurden]".[3275] Somit bildete diese sich aus der *Deliktsfähigkeit* ergebende Schadensersatzpflicht[3276] urteilsfähiger unmündiger bzw. entmündigter Personen für Egger, wenngleich er dies nicht explizit sagte,

---

[3269] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 410, vgl. auch Anm. 4c zu Art. 410, Anm. vor Anm. 1 zu Art. 411; EGGER II, Rn. 19, 21 zu Art. 410. Bezüglich des schwebenden Geschäfts hielt Egger übrigens in beiden Kommentarauflagen inhaltlich übereinstimmend fest, „der *Dritte* ist gebunden" – „es steht ihm kein Widerrufsrecht zu" –, doch „[sollte] richtigerweise *nicht* von *einseitiger Unverbindlichkeit* [sc. zugunsten des Bevormundeten] gesprochen werden", zumal „eine Unsicherheit über die Verbindlichkeit für *beide* Parteien [besteht]" – „für sie *beide* ist es [sc. das Geschäft] wirksam oder unwirksam, je nach dem bevorstehenden Ablauf; es unterliegt der aufschiebenden Bedingung der vormundschaftlichen Gutheißung"; a.a.O. Vgl. auch schon EGGER I, Anm. 4 zu Art. 19, wonach das Geschäft „*weder bloß anfechtbar* […], noch bloß [sc. für den Unmündigen oder Entmündigten] *einseitig unverbindlich* und für den Mitkontrahenten einseitig verbindlich [ist] […], sondern das ganze Rechtsgeschäft ist *relativ nichtig*". („Wenigstens") bei *nicht ausschliesslich* den Bevormundeten *verpflichtenden*, sondern ihn auch *berechtigenden* Geschäften ging Egger während des Schwebezustandes explizit *nicht* von einer *Widerrufsmöglichkeit des Bevormundeten* aus; vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 410; in diesem Sinne auch EGGER II, Rn. 21 a.E. zu Art. 410.
Widersprüchlich insofern aber EGGER I, Anm. 5b zu Art. 90, wo Egger bemerkte, ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einer Verlobung sei diese „nicht unwirksam […], sondern, *wieder in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen* (Art. 19 al. 1, 410 ff.), nur *einseitig für die verpflichtungsunfähige Person unverbindlich*". Vgl. sodann EGGER II, Rn. 2 zu Art. 281, wo Egger ausführte, ohne Zustimmung der Eltern „ist das Rechtsgeschäft *für das Kind* nicht verbindlich, Art. 410/1".
Huber hatte von einer für den Bevormundeten *einseitigen Unverbindlichkeit* gesprochen; Erl. Bd. I, S. 309 (= BeK II, Rn. 789).

[3270] Materiell übereinstimmend Art. 419 Abs. 1 E-ZGB und Art. 438 Abs. 1 VE-ZGB.

[3271] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 410, Anm. vor Anm. 1, Anm. 1, 2 zu Art. 411; EGGER II, Rn. 21 zu Art. 410, Rn. 1, 2-4 zu Art. 411.

[3272] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 411; EGGER II, Rn. 3 zu Art. 411, sinngemäss auch Rn. 6 zu Art. 411.

[3273] Wörtlich fast identisch Art. 419 Abs. 2 E-ZGB; identisch aber schon Art. 438 Abs. 2 VE-ZGB.

[3274] Dem Art. 19 Abs. 3 ZGB entsprachen die Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 E-ZGB und Art. 12 Abs. 2 VE-ZGB.

[3275] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 411, Rn. 21 zu Art. 19; vgl. auch EGGER I, Anm. 7 a.E. zu Art. 19, implizit auch Anm. 3 zu Art. 411. Für die Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen s. EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 411; EGGER I, Anm. 3a zu Art. 411.

[3276] Diese war auf das *negative Interesse* gerichtet; so EGGER II, Rn. 8 zu Art. 412; EGGER I, Anm. 3b zu Art. 411.

das Gegenstück zu den diesen Personen eingeräumten Handlungsmöglichkeiten.
Es stellt sich die Frage, *in welchen Fällen* der Vormund nach Eggers Ansicht die Zustimmung für vom Bevormundeten selbst abgeschlossene Rechtsgeschäfte zu erteilen bzw. zu verweigern hatte. Diesbezüglich machte Egger nur indirekte Hinweise: In der Erstauflage bemerkte er, die Erteilung der Zustimmung „steht im Belieben des Vormundes“[3277]; und in der Zweitauflage bezeichnete er die Zustimmung als „Akt vormundschaftlicher Fürsorge“.[3278] Werden diese beiden Aussagen mit Art. 367 Abs. 1 ZGB verbunden, welcher den Vormund zur *umfassenden Interessenwahrung* des Bevormundeten verpflichtete, so ist anzunehmen, dass die Zustimmung nach Eggers Ansicht dann *zu erteilen* war, wenn die Interessen des Bevormundeten dies erheischten; dass die Zustimmung dann *erteilt werden konnte*, wenn diese Interessen nicht gefährdet waren; und dass die Zustimmung dann *verweigert werden musste*, wenn das fragliche Geschäft mit den Interessen des Bevormundeten unvereinbar war.

4.3.3 Ausübung höchstpersönlicher Rechte durch den Bevormundeten, Art. 19 Abs. 2 ZGB

Art. 19 Abs. 2 ZGB[3279] gestattete urteilsfähigen Unmündigen bzw. Entmündigten, ohne die Zustimmung ihrer Eltern bzw. ihres Vormundes „Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich [waren],[3280] und *Rechte auszuüben*, die ihnen um ihrer *Persönlichkeit willen [zustanden]*[3281]“.
Wie die in Art. 19 Abs. 1 bzw. Art. 410 ZGB getroffenen Regelungen, trug für Egger auch Art. 19 Abs. 2 ZGB den Interessen des Bevormundeten Rechnung:

> „Die Vertretungsbefugnis des Vormundes erleidet eine bedeutende Einschränkung durch den Grundsatz des Art. 19 Abs. 2: […] Kein anderes Zivilgesetz kennt einen so weitgehenden Vorbehalt zugunsten des Mündels; in ihm liegt eine *magna charta libertatis*. Auch die *Wirkungen der Bevormundung* sollen *nicht überdimensioniert* werden; auch sie sollen keinen nicht notwendigen Eingriff in den Rechtskreis des Schutzbedürftigen vorsehen […]. […] Darin liegt auch hier die *Ueberwindung des Spannungsverhältnisses* zwischen *persönlicher Freiheit* und *vormundschaftlicher Fürsorge*: diese darf nicht versagen, wo der Schutz der Mündelinteressen sie erheischt; wo dieser Schutz nicht geboten, bleibt es beim Gewährenlassen […].“[3282]

Damit machte Egger deutlich, dass s.E. das Vorliegen der *Urteilsfähigkeit* bei unmündigen bzw. entmündigten Personen die Einräumung gewisser *Handlungsmöglichkeiten* an dieselben rechtfertigte.[3283]

[3277] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 410; vgl. insofern auch EGGER II, Rn. 12, 21 zu Art. 410.
[3278] EGGER II, Rn. 12 zu Art. 410.
[3279] Materiell übereinstimmend Art. 20 Abs. 1 E-ZGB und Art. 12 Abs. 2 VE-ZGB.
[3280] Vgl. zu dieser *Berechtigungsfähigkeit* bei Fn. 140.
[3281] Vgl. dazu Kapitel A.1.2 a.E. und m.w.H.
[3282] EGGER II, Rn. 9 zu Art. 407.
[3283] Vgl. Text zu und Nachweise in Fn. 3264.

4.3.4 Handeln des Bevormundeten im Rahmen der beruflichen Betätigung, Art. 412 ZGB

Art. 412 ZGB[3284] bestimmte unter der Marginalie „Beruf oder Gewerbe": „Der Bevormundete, dem die Vormundschaftsbehörde den selbständigen[3285] Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, kann *alle Geschäfte vornehmen*, die zu dem *regelmässigen Betriebe* gehören, und haftet hieraus mit seinem *ganzen Vermögen*."

Wie dargelegt[3286], konnte ein urteilsfähiger Bevormundeter gemäss Art. 410 ZGB mit Zustimmung des Vormundes „Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben". Diese Regelung betrachtete Egger als dann „zu starr", wenn der Bevormundete in der Lage war, einen Beruf auszuüben bzw. ein Gewerbe zu betreiben (und daher i.d.R. auch Anspruch auf eine entsprechende behördliche Bewilligung hatte[3287]).[3288] Wäre in einem solchen Fall, so Eggers Überlegung, Art. 410 ZGB anwendbar, so würde der Bevormundete „in einer Weise geschützt, die zu [seinem] Schaden ausschlägt", weil dann eine *„Verkehrsunfähigkeit"* geschaffen würde, „die […] der inneren Begründung entbehrt […]".[3289] Egger hatte hier offenbar weniger den Aspekt im Blick, dass das ständige Einholenmüssen von Zustimmungen beim Vormund einem speditiven Geschäftsgang hinderlich wäre – dieser Umstand liess sich s.E. grundsätzlich durch die Erteilung *genereller Zustimmungen* für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften lösen.[3290] Egger ging es vielmehr darum, dass dem Bevormundeten im Bereich der Berufs- bzw. Gewerbebetreibung eine *Selbständigkeit* im Sinne der *dauernden*[3291] *Ausschaltung der Vertretung bzw. Verwaltung* durch den *Vormund* zustehen solle:[3292]

> „[…] die Bestimmung [sc. Art. 412 ZGB] [bezweckt] den Schutz des Vertrauens Dritter. Doch kommt ihr im Rahmen des […] Vormundschaftsrechtes noch eine andere Bedeutung zu, die *Wahrung der persönlichen Mündelinteressen*. Auch innerhalb des Rechtes der Unmündigen und Entmündigten setzt sich der Grundsatz der *Proportionalität von Zweck und Mitteln* durch […]. Auch das vormundschaftliche Regime ist der Abstufung fähig und soll *nicht weiterreichen als das Schutzbedürfnis es erheischt*. Es geht um die *persönliche Freiheit*. Auch ein Entmündigter kann die Handels- und Gewerbefreiheit anrufen; sie darf ihm auch privatrechtlich nicht ohne hinreichende Gründe versagt

---

[3284] Wörtlich fast identisch Art. 420 E-ZGB und Art. 439 VE-ZGB.

[3285] Egger bemerkte, auch die Eingehung *unselbständiger* Arbeitsverhältnisse falle unter Art. 412 ZGB: „Somit kommt der Bestimmung sehr erhebliche sozialpolitische Bedeutung zu. Der jugendliche Arbeiter erhält damit die erforderliche Bewegungsfreiheit. […]"; EGGER I, Anm. 2 zu Art. 412, vgl. auch Anm. 4a zu Art. 412; EGGER II, Rn. 4, 8, 11 zu Art. 412, Rn. 5 zu Art. 414.

[3286] Vgl. Kapitel 4.3.2.

[3287] Vgl. dazu Kapitel 4.2.3 und dabei insbes. Text zu bzw. Nachweise in Fn. 3196.

[3288] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 412; vgl. auch EGGER II, Rn. 19 zu Art. 369.

[3289] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 412; vgl. auch EGGER II, Rn. 19 zu Art. 369.

[3290] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 4a zu Art. 412, Anm. 3a zu Art. 410; EGGER II, Rn. 6 zu Art. 412, Rn. 13 zu Art. 410.

[3291] Der Widerruf der Gestattung der Berufs- bzw. Gewerbebetreibung oblag der Vormundschaftsbehörde, vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 412; EGGER II, Rn. 6, 10 zu Art. 412; und bei Fn. 3287.

[3292] Vgl. EGGER I, Anm. 4d zu Art. 412; EGGER II, Rn. 11 (vgl. aber Rn. 12), 17 zu Art. 412.

werden. Art. 412 gestattet eine *teilweise Behebung der* Handlungs*un*fähigkeit, eine beschränkte ‚Volljährigerklärung' des Unmündigen […]."[3293]

In beiden Kommentarauflagen gelangte Egger daher zum Schluss, Art. 412 ZGB räume dem Bevormundeten *im Bereich der Berufs- bzw. Gewerbebetreibung* eine *„beschränkte Handlungsfähigkeit"*[3294] (und insoweit folglich die *Prozess-* sowie *Betreibungsfähigkeit*) ein.[3295] Diese Ansicht hatte auch Huber vertreten.[3296]

4.3.5 Verwaltung des freien Vermögens durch den Bevormundeten, Art. 414 ZGB

Art. 414 ZGB[3297] bestimmte unter der Marginalie „Freies Vermögen": „Was einem Bevormundeten zur freien Verwendung zugewiesen wird, oder was er mit Einwilligung des Vormundes durch eigene Arbeit erwirbt, kann er frei verwalten."
Egger konstatierte, diese Norm betreffe einerseits die Situation, dass entweder der Vormund (aus dem Vermögen des Bevormundeten) oder aber Dritte dem Bevormundeten Vermögen zur *freien Verfügung* – also nicht unter der Auflage einer bestimmten Verwendung – zuwiesen, wie etwa Taschengeld.[3298] Andererseits finde Art. 414 ZGB Anwendung auf das mit (jederzeit beschränkbarer bzw. widerruflicher) Einwilligung des Vormundes aus eigener, *gelegentlicher*[3299] Arbeit Erworbene – also aus Arbeit, „die noch keine Berufsausübung" darstelle, „sondern den Charakter von Gelegenheitsarbeit hat, Aushilfe, zusätzlicher Nebenerwerb, die Unterrichtsstunden, die der Student erteilt […]".[3300]
In der *Erstauflage* nahm Egger an, freies Vermögen des Bevormundeten führe – wie bei Art. 412 ZGB[3301] – zu einem Ausschluss der vormundschaftlichen Vertretung bzw. Verwaltung, wobei der Bevormundete in diesem Umfang *handlungsfähig* werde.[3302] Die „Einräumung der Handlungsfähigkeit" in diesen Fällen stille „ein unabweisliches praktisches Bedürfnis, so für nicht internierte Entmündigte, für Unmündige, die sich der Mündigkeit nähern, Schüler, Studenten, Lehrlinge,

---

[3293] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 412.
[3294] So explizit EGGER I, Anm. 1, 4a, 4b, 4d zu Art. 412, Anm. 2b zu Art. 360; vgl. auch EGGER II, Rn. 6, 13 zu Art. 412, Rn. 2 zu Art. 407: „Handlungsfähigkeit". Egger sprach gleichbedeutend teils auch von einer „relativen" (EGGER I, Anm. 1 zu Art. 412) bzw. „erweiterte[n]" (EGGER II, Rn. 7 zu Art. 414) Handlungsfähigkeit.
[3295] Wie Fn. 3294 sowie EGGER I, Anm. 1c zu Art. 410, Anm. 1b zu Art. 405, Anm. 6 zu Art. 19; EGGER II, Rn. 6, 13 ff., 18, 19 ff. zu Art. 412, Rn. 7 zu Art. 414, Rn. 20 zu Art. 19.
[3296] Vgl. Erl. Bd. I, S. 303 ff., 260 (= BeK II, Rn. 769 ff., 637); Prot., S. 467 f. (= BeK III, Rn. 4516 ff.) – jeweils i.V.m. Art. 34 OR (1883): „Wird einer in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkten Person von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrüklich oder stillschweigend gestattet, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören."
[3297] Materiell übereinstimmend Art. 423 E-ZGB und Art. 443 VE-ZGB.
[3298] Vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 414; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 414.
[3299] Für die *ständige* Berufs- bzw. Gewerbebetreibung vgl. dagegen *Art. 412 ZGB* (dazu Kapitel 4.3.4).
[3300] EGGER I, Anm. 3 zu Art. 414, vgl. auch Anm. 4 zu Art. 414; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 414.
[3301] Vgl. dazu Kapitel 4.3.4.
[3302] Vgl. EGGER I, Anm. 1, 4 zu Art. 414.

Volontäre, höhere Töchter usw. […]".[3303] In der *Zweitauflage* bemerkte Egger demgegenüber, zwar verwalte der Bevormundete das freie Vermögen selbst bzw. verfüge selbst darüber, doch schaffe Art. 414 ZGB *keine Handlungsfähigkeit*, sondern enthalte nur eine *gesetzliche Ermächtigung* zum eigenen Handeln i.S.v. Art. 410 ZGB[3304].[3305] Die Vorstellung aus Eggers Zweitauflage hatte m.E. auch der Ansicht Hubers entsprochen.[3306] Egger machte deutlich, bei *dieser* Konstruktion würden – anders als bei Art. 412 ZGB – die „Vertretungsbefugnisse des Vormundes" im entsprechenden Bereich *nicht* eingeschränkt.[3307] Darin verortete Egger denn auch den Grund für seine Ansicht, dass freies Vermögen jederzeit beschränkt bzw. widerrufen werden könne; dies mit der logischen Folge, dass dann die Ermächtigung zum eigenen Handeln des Bevormundeten dahinfiel.[3308]

4.3.6 Rechtslage bei Interessenkollisionen im Verhältnis zwischen Vormund und Bevormundetem

Bei den Ausführungen zur elterlichen Gewalt wurde gezeigt[3309], dass das Gesetz mit Art. 282 ZGB eine Bestimmung enthielt, die das Vorgehen für den Fall von *Interessenkollisionen* bei Rechtsgeschäften zwischen dem Kind und seinen Eltern bzw. mit Dritten im Interesse der Eltern regelte. Eine ähnliche Bestimmung enthielt auch das Vormundschaftsrecht: Gemäss Art. 392 ZGB „[ernannte] auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen die Vormundschaftsbehörde einen Beistand […]", wenn, Ziff. 2, „der *gesetzliche Vertreter* einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit *Interessen* [hatte], die denen des *Vertretenen [widersprachen]*". In beiden Kommentarauflagen stellte Egger dazu klar, für die Anwendung des Art. 392 Ziff. 2 ZGB genüge bereits die *Möglichkeit* der Gefährdung der Interessen des Bevormundeten.[3310] Bezüglich der Rechtsfolgen eines solchen ohne den vom Gesetz verlangten Beistand abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ging Egger in der Erstauflage davon aus, dass Art. 424 ZGB[3311] analoge Anwendung finde – dass also der Vormund *nicht* wirksam handeln könne, es sei denn, der Bevormundete *genehmige*[3312] das

---

[3303] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 414.
[3304] Vgl. dazu Kapitel 4.3.2.
[3305] EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 414.
[3306] Vgl. Erl. Bd. I, S. 304 f. (= BeK II, Rn. 775 in Abgrenzung zu Rn. 774, 778); missverständlich Prot., S. 471 (= BeK III, Rn. 4561 f.) i.V.m. S. 362 (= BeK III, Rn. 3193 ff.) – hier betraf Hubers Verweisung auf Art. 323 Abs. 2 VE-ZGB (Fn. 1963) m.E. nur die Variante *Arbeitserwerb*; Kapitel 4.3.4.
[3307] EGGER I, Anm. 4d zu Art. 412; EGGER II, Rn. 5, 7 zu Art. 414; vgl. insofern auch Erl. Bd. I, S. 305 (= BeK II, Rn. 778).
[3308] Vgl. EGGER II, Rn. 7, 5 zu Art. 414; vgl. auch EGGER I, Anm. 4 zu Art. 414.
[3309] Vgl. Kapitel II.a.5.2.2.1, 5.2.2.2.
[3310] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 392; EGGER II, Rn. 26 zu Art. 392. Für Beispiele (auch zum Anwendungsbereich der Norm) vgl. EGGER I, Anm. 4a, 4b zu Art. 392; EGGER II, Rn. 24, 26 ff., 29 ff., 39 ff. zu Art. 392.
[3311] Vgl. dazu Kapitel 4.2.3.
[3312] Zum Recht des Vertragspartners, eine *Frist zur Genehmigung* anzusetzen, vgl. Art. 410 Abs. 2 ZGB (dazu Kapitel 4.3.2) bzw. auch Art. 38 Abs. 2 OR.

Rechtsgeschäft nach (Wieder-)Erlangung der Handlungsfähigkeit.[3313] Und auch in der Zweitauflage bemerkte Egger, „die Befugnisse des gesetzlichen Vertreters erleiden im entsprechenden Ausmaße eine Beschränkung; er kann das Geschäft, für welches der Beistand *bestellt worden ist, nicht selber* erledigen".[3314] Dabei liegt die Vermutung nahe, dass nach Eggers Ansicht Gleiches für den Fall gelten musste, dass besagter Beistand *noch nicht bestellt* worden war, zumal Egger den Art. 392 Ziff. 2 ZGB als *„Ergänzung"* des Art. 282 ZGB bezeichnete – und in jenem Zusammenhang von einer aussenwirksamen Schranke des elterlichen Vertretungsrechts ausging.[3315] Somit nahm Egger m.E. in beiden[3316] Kommentarauflagen für den Fall, dass ein *Vormund* das fragliche Rechtsgeschäft abschloss und die (wegen der mangelnden Vertretungsmacht notwendige) Genehmigung dafür ausblieb, eine *Unwirksamkeit ex tunc* an.[3317]

4.3.7 Rechtslage bei rechtsmissbräuchlichem Handeln des Vormundes

(Nur) in der *Zweitauflage* machte Egger im Rahmen der Kommentierung des Art. 282 ZGB deutlich, dass er – stets – von einer aussenwirksamen Beschränkung der elterlichen Vertretungsmacht ausging, wenn der *Vertragspartner* zumindest *wusste*, dass die *Eltern* ihr Vertretungsrecht missbräuchlich zum Nachteil des Kindes ausübten.[3318] In diesem Sinne stellte Egger auch vorliegend – ebenfalls nur in der Zweitauflage – mit Blick auf „das Verbot des Rechtsmißbrauches" fest, „der *Vormund* darf nicht seine Vertretungsbefugnis zur Schädigung des Mündels und zur Begünstigung des Partners ausnützen".[3319] Für solche zum Nachteil des Bevormundeten abgeschlossenen Geschäfte verwies Egger nicht nur auf die Verantwortlichkeit des Vormundes i.S.v. Art. 426 ZGB[3320], sondern er stellte klar, im Falle der *Bösgläubigkeit* des Vertragspartners – wenn dieser also „wußte oder nach den Anforderungen, die an seine Umsicht gestellt werden dürfen, hätte wissen sollen, daß der Vormund die Vertretungsbefugnis zum Schaden des Mündels mißbraucht […]" – könne ihm dieses Wissen bzw. Wissensollen „entgegengehalten werden".[3321] Für einen *solchen* Fall propagierte Egger in der Zweitauflage also eine aussenwirksame Schranke des Vertretungsrechts des Vormundes im Sinne der *Ungültigkeit* der von diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte *ex tunc*. In der *Erstauflage* ging Egger demgegenüber von der Gültigkeit solcher Rechtsgeschäfte aus, wies aber auf die Verantwortlichkeit des

---

[3313] Vgl. EGGER I, Anm. 4a, 4c zu Art. 392 i.V.m. Anm. 2c, 2d zu Art. 407 i.V.m. Anm. 2 zu Art. 408 i.V.m. Komm. zu Art. 424.
[3314] EGGER II, Rn. 25 zu Art. 392.
[3315] EGGER II, Rn. 23 zu Art. 392 i.V.m. den Nachweisen in Fn. 3309, vgl. auch Rn. 27, 42 zu Art. 392.
[3316] Eine Ausnahme bildeten für Egger in der Zweitauflage allerdings (auch vorliegend, vgl. schon Kapitel II.a.5.2.2.1 a.E.) Rechtsgeschäfte, die der *Vormund* als Vertreter des Bevormundeten *in seinem eigenen Interesse* mit *gutgläubigen Dritten* abschloss; vgl. EGGER II, Rn. 28, 39 f. zu Art. 392.
[3317] Vgl. dazu auch bei Fn. 1932.
[3318] Vgl. Kapitel II.a.5.2.2.1 a.E.
[3319] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 407.
[3320] Vgl. dazu Kapitel 4.5.1.
[3321] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 407.

Vormundes gegenüber dem Bevormundeten i.S.v. Art. 426 ZGB hin – konzeptionell und implizit stand diese Ansicht somit im Einklang mit Eggers Kommentierung in der Erstauflage zu Art. 282 ZGB, da Egger dort *nur* in den von dieser Norm ausdrücklich genannten Fällen eine aussenwirksame Schranke der elterlichen Vertretungsmacht annahm.[3322]

4.4 Vormundschaftliche Beschwerde, Art. 420 ZGB

In Art. 420 ZGB eröffnete das Gesetz bestimmten Personen die Möglichkeit, gegen *Handlungen des Vormundes* sowie gegen *Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde* Beschwerde zu führen.[3323]

Diese Beschwerdemöglichkeiten dienten nach Eggers Ansicht in erster Linie dem *Schutz der Interessen des Bevormundeten* (bzw. des Verbeiständeten oder Verbeirateten[3324]) – er legitimierte sie also mit dem *Persönlichkeitsgedanken*.[3325] Eine Gefährdung oder Verletzung dieser Interessen nahm Egger bei *unsachgemässen vormundschaftlichen Massnahmen*[3326] des Vormundes (bzw. des Beistandes oder Beirates[3327]) respektive der Vormundschaftsbehörde an.[3328] Egger begriff die Beschwerdemöglichkeiten folglich als Mittel, um „eine sorgfältige Vormundschaftsführung nach den gesetzlichen Bestimmungen und nach Sinn und Geist des Vormundschaftsrechts zu gewährleisten".[3329] Zugleich trug Art. 420 ZGB nach Eggers Ansicht dem *Gemeinschaftsgedanken* Rechnung – so wies Egger insbesondere auf das Beschwerderecht derjenigen Dritten hin, die sich durch den Bevormundeten und infolge mangelhafter Vormundschaftsführung in ihrer Sicherheit gefährdet sahen (Art. 369[3330] bzw. 370 ZGB[3331]).[3332]

[3322] Vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 407; Kapitel 4.3.6.

[3323] Vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 4.4.1, 4.4.3.

[3324] Vgl. nur EGGER II, Rn. 9 zu Art. 420. EGGER I, Anm. 2b, 2d zu Art. 420. Auf die Erwähnung derselben wird nachfolgend im Interesse der besseren Lesbarkeit verzichtet. Zur *Beistands*- und *Beiratschaft* vgl. Kapitel b.

[3325] Vgl. bei Kapitel 4.4.1.1, 4.4.3.1.

[3326] Zur Zulässigkeit der Beschwerde gegen vormundschaftliche Anordnungen *ausserhalb* des Vormundschaftsrechts i.e.S. – namentlich betreffend die Zustimmung des Vormundes zur Eheschliessung (Art. 98 f. ZGB) oder betreffend die behördliche Zustimmung zu während der Ehe abgeschlossenen Eheverträgen (Art. 181 ZGB) vgl. EGGER II, Rn. 9 f. zu Art. 420; EGGER I, Anm. 3c, 3d zu Art. 98, Anm. 2c zu Art. 181.

[3327] Beachte auch hier den Hinweis in Fn. 3324.

[3328] Vgl. bei Kapitel 4.4.1.1/2, 4.4.3.1/2.

[3329] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 420, vgl. insbesondere auch Rn. 4, 48 zu Art. 420; implizit EGGER I, Anm. 2c, 2f, 4a, 4f zu Art. 420. In der Zweitauflage konstatierte Egger, mancherorts „werden Klagen laut über einen zeitweiligen *Beschwerdestrom*; unter ihm muß die sorgfältige Erledigung der vormundschaftlichen Geschäfte Schaden nehmen […]" – „es besteht somit ein öffentliches Interesse, in der Zulassung der Beschwerde auch *Zurückhaltung* zu üben und der *mißbräuchlichen Anwendung einen Riegel zu schieben*" – „überall jedoch *nur*, soweit dies mit den *Mündelinteressen vereinbar* ist"; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 420.

[3330] Zu Art. 369 ZGB vgl. Kapitel 1.2.1 und dabei insbesondere 1.2.1.2.3.1.

[3331] Zu Art. 370 ZGB vgl. Kapitel 1.2.2 und dabei insbesondere 1.2.2.2.3.

[3332] Vgl. bei Kapitel 4.4.1.1/2, 4.4.3.1 – beachte aber auch Kapitel 4.4.3.2.

4.4.1 Beschwerde gegen Handlungen des Vormundes, Art. 420 Abs. 1 ZGB

Konkret konnte gemäss Art. 420 Abs. 1 ZGB[3333] „gegen die Handlungen des Vormundes der Bevormundete, der urteilsfähig [war], sowie jedermann, der ein Interesse [hatte], bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde führen".

4.4.1.1 Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe

Als Beschwerde*gegenstand* nannte Art. 420 Abs. 1 ZGB *„Handlungen des Vormundes"*. Darunter fiel für Egger *jedes Verhalten des Vormundes* (Tun *und* Unterlassen) bei der persönlichen Fürsorge, der Vermögensfürsorge und der Vertretung.[3334] Diese Ansicht entsprach derjenigen von Huber.[3335]

Als Beschwerde*grund* nannte Egger in beiden Kommentarauflagen inhaltlich übereinstimmend jegliches Verhalten des Vormundes, welches *die Interessen des Bevormundeten bzw. Dritter* gefährdete oder verletzte.[3336] Diese Konstellationen kategorisierte Egger in der Zweitauflage näher, indem er die „fehlerhafte[n] Akte" des Vormundes unter dem Oberbegriff „Rechtswidrigkeit" in *Gesetzwidrigkeiten*, *Willkür*, *Pflichtwidrigkeiten* und *unangemessene Ermessensentscheide* einteilte.[3337] Zum Umstand, dass s.E. selbst gegen Letztere Beschwerde geführt werden konnte, hielt Egger fest:

> „Gewiß betätigt sich das Ermessen im *gesetz*freien Raum, aber es ist nichtsdestoweniger *gebunden*. Wie das *Gesetz richtig* angewendet, so muß auch das *Ermessen richtig* gehandhabt werden; die Entscheidung muß nach Recht und Billigkeit getroffen werden, nach den Grundsätzen des *Rechtes*, unter Wahrung der Eigenart des Falles […]. Nur dann ist die Entscheidung angemessen. Der unangemessene Ermessensentscheid ist ebenso objektiv pflichtwidrig wie der Entscheid, der das Gesetz verletzt."[3338]

Damit vertrat Egger im Interesse des *Schutzes* des Bevormundeten bzw. Dritter ein *weitestmögliches Verständnis* hinsichtlich des Beschwerdegrundes. Auch diese Vorstellung findet sich schon bei Huber, der bemerkt hatte, eine Beschwerde sei gutzuheissen, „sobald der Vormund entweder seine Befugnisse überschritten oder innerhalb seiner Kompetenz nicht mit der schuldigen Sorgfalt gehandelt hat".[3339]

[3333] Materiell übereinstimmend Art. 429 Abs. 1 E-ZGB und Art. 448 Abs. 1 VE-ZGB (vgl. Prot., S. 476 f. (= BeK III, Rn. 4607)).

[3334] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2e zu Art. 420; EGGER II, Rn. 22, 5, 9 zu Art. 420.

[3335] Vgl. Erl. Bd. I, S. 307 (= BeK II, Rn. 782).

[3336] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 420, Anm. 1c zu Art. 405; EGGER II, Rn. 25, 27 i.V.m. Rn. 29 ff., 20, 5, 8, 14, 33 zu Art. 420.

[3337] Vgl. die Überschriften zu EGGER II, Rn. 24 ff. zu Art. 420, vgl. sodann Rn. 25 i.V.m. Rn. 29 ff. zu Art. 420.

[3338] EGGER II, Rn. 31 zu Art. 420. Egger betonte indes, Unangemessenheit liege stets dann *nicht* vor, „wenn man über die *Angemessenheit in guten Treuen* verschiedener Ansicht sein kann […]"; EGGER II, Rn. 34 zu Art. 420, vgl. im Übrigen auch Rn. 33, 35 ff., 59 zu Art. 420.

[3339] Erl. Bd. I, S. 307 (= BeK II, Rn. 782).

4.4.1.2 Kreis der beschwerdeberechtigten Personen

Zum einen gewährte Art. 420 Abs. 1 ZGB das Beschwerderecht dem *urteilsfähigen Bevormundeten*[3340]. Diesbezüglich hielt Egger fest, die Urteilsfähigkeit sei regelmässig anzunehmen – denn „eine inhaltlich[3341] beachtliche Beschwerde wird immer die Vermutung rechtfertigen, daß das zur Einreichung erforderliche Maß von Urteilsfähigkeit vorhanden sei […]".[3342]

Zum andern gewährte Art. 420 Abs. 1 ZGB das Beschwerderecht *jedermann mit einem Interesse*. Für Egger genügte „jedes schutzwürdige Interesse, jede verständige, sachlich zu begründende Bezogenheit […]".[3343] Auf dieser Linie hatte schon Huber gelegen.[3344] Vor Augen hatte Egger dabei

> „eine *Anteilnahme am Wohle des Mündels oder Kindes*, die auf solchen besonderen Beziehungen zu ihnen beruht, welche eine tätige Teilnahme an der Sorge für Mündel oder Kind der allgemeinen Anschauung als *sittliche Pflicht* oder doch als *unterstützungswertes Unternehmen* erscheinen lassen […]".[3345]

Damit zog Egger dem Beschwerderecht Dritter zugleich Schranken: Im Sinne eines *Grundsatzes* nahm Egger ein Beschwerderecht Dritter nämlich nur an, wenn der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde die *Interessen des Bevormundeten* wahrte; die Beschwerdeführung aus reinem Eigeninteresse hielt er hingegen für unzulässig – zumal „die Vormundschaftsbehörde nicht zu prüfen [hat], ob der Vormund Interessen Dritter nicht wahrgenommen habe […]".[3346] *Ausnahmen* galten nach Eggers (in der *Zweitauflage* gar explizit geäusserten) Ansicht jedoch für solche Dritte, welche die Verletzung eines ihnen zustehenden (vormundschaftsrechtlichen) Anspruchs geltend machen konnten – namentlich eben Dritte, die „sich auch noch nach der Entmündigung durch die Art der Führung der Vormundschaft in ihrer Sicherheit gefährdet sehen, Art. 369/70".[3347] Versteckt findet sich dieser Gedanke schon in der *Erstauflage*, wo Egger bemerkte, jedermann mit einem Interesse könne mittels einer Beschwerde seine „eigenen berechtigten Interessen wahren"[3348] – diese Aussage ist in Verbindung mit Eggers Bemerkung zu sehen, ein zulässiger Beschwerdegrund verlange, dass im Verhalten des Vormundes eine Verletzung der *Interessen des Bevormundeten* „und soweit das Vormundschaftsrecht *über den Schutz der einzelnen schutzbedürftigen Person hinausgeht*, die *Verletzung dieser weitern*, in das

---

[3340] EGGER II, Rn. 16, 52 zu Art. 420, qualifizierte das Beschwerderecht als Recht i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB.

[3341] Egger bemerkte, „an den Inhalt dürfen nur die geringsten Anforderungen gestellt werden"; EGGER I, Anm. 2e zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 51 zu Art. 420.

[3342] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 15 zu Art. 420.

[3343] EGGER II, Rn. 18 zu Art. 420, vgl. auch Rn. 17 ff. zu Art. 420; EGGER I, Anm. 2d zu Art. 420. Egger sprach sich denn auch für ein Beschwerderecht von *Behörden* aus; vgl. EGGER I, Anm. 2d, 4b zu Art. 420; EGGER II, Rn. 19 zu Art. 420.

[3344] Vgl. Erl. Bd. I, S. 307 (= BeK II, Rn. 782).

[3345] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 20 zu Art. 420.

[3346] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 17 ff. i.V.m. Rn. 20 f. zu Art. 420.

[3347] EGGER II, Rn. 20 zu Art. 420, vgl. auch Rn. 17 ff. zu Art. 420.

[3348] EGGER I, Anm. 2d zu Art. 420.

Vormundschaftsrecht mit einbezogenen *Schutzzwecke* […]"[3349] liege.

4.4.1.3 Ausgang des Beschwerdeverfahrens

Zum Ausgang des Beschwerdeverfahrens schwieg das ZGB.[3350] Egger hielt fest, die Vormundschaftsbehörde habe eine eingegangene Beschwerde auf deren *Begründetheit* hin abzuklären und *diesfalls* „die geeigneten Maßnahmen" zu treffen, andernfalls die Beschwerde abzuweisen.[3351] Für „geeignet" hielt Egger Massnahmen, welche die mangelhafte Vormundschaftsführung zu beseitigen vermochten:[3352]

> „Auf begründete Beschwerde hin weist sie [sc. die Behörde] den *Vormund zu einem bestimmten Verhalten* an und droht ihm für den Fall des Zuwiderhandelns Bußen und andere Ungehorsamsfolgen gemäß dem kantonalen Rechte an. Erforderlichenfalls stellt sie die *Amtsenthebung* in Aussicht oder ordnet sie sofort an, Art. 445 ff.
> Die Verfügung kann nur ex nunc wirken. Rückwirkung ist ihr versagt. Sie kann deshalb nicht Rechtswirkungen beseitigen, die schon endgültig eingetreten sind (vergl. Art. 423)."[3353]

Aus der im zweiten Abschnitt dieser Aussage zitierten Überlegung ergab sich für Egger zugleich die „natürliche Schranke" der Zulässigkeit der Beschwerde in zeitlicher Hinsicht:[3354] Das ZGB sah zwar keine Beschwerdefrist vor, doch stellte Egger klar, die Beschwerde sei stets unzulässig, „wenn jeder praktische Erfolg ausgeschlossen, wenn die Handlung vollzogen, die rechtlichen Wirkungen bereits eingetreten sind" – für diese Konstellationen verwies Egger auf die Verantwortlichkeit des Vormundes i.S.v. Art. 426 ZGB[3355].[3356] Diese Ansicht hatte auch Huber vertreten, der zudem bemerkt hatte:[3357]

> „Damit ist auch der Gegensatz zwischen dem Beschwerdeweg und der Geltendmachung der Verantwortlichkeit angedeutet: Erstere will die Führung der Vormundschaft selber ins richtige Geleise bringen, letztere zieht die *Konsequenzen aus einer stattgehabten unrichtigen Amtsführung*, schliesst aber natürlich zugleich auch einen Schutz gegen künftige ungehörige Handlungsweise in sich."[3358]

Diese Aussage zeigt, dass Egger und Huber auch hier auf einer Linie lagen.

[3349] EGGER I, Anm. 2c zu Art. 420, vgl. auch Anm. 1c zu Art. 405.
[3350] Vgl. dazu auch Erl. Bd. I, S. 308 (= BeK II, Rn. 785).
[3351] EGGER I, Anm. 2f zu Art. 420, vgl. auch Anm. 2e zu Art. 420; EGGER II, Rn. 33, 46 ff., 54, 8, 30 zu Art. 420.
[3352] Vgl. wie Fn. 3329.
[3353] EGGER I, Anm. 2f zu Art. 420.
[3354] EGGER I, Anm. 2e zu Art. 420.
[3355] Dazu Kapitel 4.5.1.
[3356] EGGER I, Anm. 2e zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 12, 37, 42 zu Art. 420.
[3357] Vgl. Erl. Bd. I, S. 307 f. (= BeK II, Rn. 783).
[3358] Erl. Bd. I, S. 308 (= BeK II, Rn. 784).

4.4.2 Aufsichtsrecht der Vormundschaftsbehörde gegenüber dem Vormund

Nach Eggers in beiden Kommentarauflagen vertretener Ansicht stand der Vormundschaftsbehörde [3359] gegenüber dem Vormund *stets* (also auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens) ein – vom Gesetz nicht erwähntes – *allgemeines Aufsichtsrecht* über die *gesamte*[3360] Vormundschaftsführung zu.[3361] Auch schon Huber hatte festgehalten, dass „die Tätigkeit der vormundschaftlichen Behörden *nach* der Bestellung des Vormundes im allgemeinen in dessen *Beaufsichtigung* [besteht]".[3362] An diese Vorstellung Hubers knüpfte Egger somit an – und folgerte aus ihr zunächst, die Vormundschaftsbehörde „hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, bei *Gefährdungen* der Interessen des Bevormundeten" [3363] bzw. „bei *fehlerhafter Führung* der vorm. Geschäfte von Amtes wegen einzuschreiten"[3364]. So gestand Egger in der Erstauflage[3365] der Vormundschaftsbehörde das Recht zu, „jederzeit über die gesamte Vormundschaftsführung vom Vormund *Auskunft und Rechenschaft* zu verlangen".[3366] Sodann habe die Behörde gegebenenfalls *Massnahmen* anzuordnen, wobei Egger insbesondere das Erteilen *verbindlicher Weisungen* an den Vormund zu einem bestimmten Verhalten im Blick hatte – dies auch betreffend Situationen, für die das ZGB eine behördliche Mitwirkung *nicht* vorschrieb.[3367] Ferner war die Behörde s.E. berechtigt, vom Vormund getroffene *Anordnungen nachträglich aufzuheben*, „soweit aus ihnen nicht subjektive Rechte Dritter bereits begründet sind".[3368] Egger konkludierte daher:

> „So hat die Vormundschaftsbehörde die Kommandogewalt und Oberleitung. Sie steht dem Vormund unterstützend, kritisch und korrigierend gegenüber. Nur ausnahmsweise hat sie auch die Einzelausführung[3369] […]."[3370]

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass Egger im Zusammenhang mit dem allgemeinen Aufsichtsrecht – in beiden Kommentarauflagen – von einem

---

[3359] In der Zweitauflage ging Egger auch von einem *entsprechenden* Aufsichtsrecht der *Aufsichtsbehörde* aus; vgl. EGGER II, Rn. 2 f. zu Art. 420, was nachfolgend im Interesse der besseren Lesbarkeit nicht wiederholt wird.

[3360] Dies impliziert, dass für Egger auch das *Aufsichtsrecht* nicht nur den Schutz des Bevormundeten selbst bezweckte, sondern etwa auch den Schutz der in ihrer Sicherheit gefährdeten Dritten (vgl. Art. 369, 370 ZGB).

[3361] Vgl. EGGER I, Anm. 3a zu Art. 420, Vorbem. zu Art. 420 ff.; EGGER II, Rn. 13 ff. zu Art. 398, Rn. 1 ff., 30 zu Art. 420.

[3362] Botsch.-ZGB, S. 45 (= BeK III, Rn. 11348); s. auch Erl. Bd. I, Rn. S. 307 (= BeK II, Rn. 782).

[3363] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 420, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 420.

[3364] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 420, vgl. auch Rn. 30 zu Art. 420.

[3365] In der Zweitauflage verzichtete Egger weitgehend auf nähere Ausführungen dazu. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass sich das behördliche Einschreiten beim *Aufsichtsrecht* für Egger gleich gestaltete wie beim *Beschwerderecht* – zwischen beiden Instituten erblickte Egger nämlich eine enge Verwandtschaft (s. dazu bei Fn. 3376; vgl. auch die Parallelen zwischen EGGER I, Anm. 3b zu Art. 420, und EGGER II, Rn. 33 zu Art. 420).

[3366] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 420.

[3367] Vgl. EGGER I, Anm. 3a-3c zu Art. 420. Vgl. unter Berücksichtigung der Fn. 3087 auch Erl. Bd. I, S. 305 (= BeK II, Rn. 776).

[3368] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 420.

[3369] Vgl. dazu schon den Hinweis in Fn. 2913.

[3370] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 420.

Weisungs*recht* der Vormundschaftsbehörde nicht nur dann ausging, wenn Letztere im Verhalten des Vormundes eine Gefährdung oder Verletzung der Interessen des Bevormundeten bzw. überhaupt eine mangelhafte Vormundschaftsführung erblickte, sondern vielmehr auch *ausserhalb* dieser Fälle – *generell*.[3371] Dass damit u.U. der Grundsatz der *Selbständigkeit des Vormundes*[3372] durchbrochen[3373] wurde, rechtfertigte Egger in der Zweitauflage *implizit* mit dem Hinweis, dass die Vormundschaftsbehörde im Rahmen eines *Beschwerdeverfahrens* befugt sei, selbst (bloss) *unangemessene Ermessensentscheide* des Vormundes zu überprüfen[3374].[3375] Gerade diese Überlegung zeigt denn auch, dass Egger das *Aufsichtsrecht* als mit dem *Beschwerderecht* eng verwandt verstand.[3376] In der Zweitauflage hielt er diesbezüglich gar fest, die *Aufsicht* könne *durch die Beschwerdemöglichkeit* „auf das wirksamste unterstützt und entlastet werden".[3377]

Trotz dieses generellen behördlichen Weisungsrechts machte Egger jedoch in beiden Kommentarauflagen deutlich, dass wenn die Vormundschaftsbehörde dem Vormund eine Weisung erteile, die im Widerspruch zu den Interessen des Bevormundeten stehe, der Vormund *verpflichtet* sei, eine *Beschwerde* i.S.v. Art. 420 *Abs. 2* ZGB – dazu hiernach – zu erheben.[3378]

4.4.3 Beschwerde gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde, Art. 420 Abs. 2 ZGB

Gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB[3379] „[konnte] gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden".

4.4.3.1 Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe

Beschwerde*gegenstand* bildeten somit *„Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde"*. Auch diesen Begriff fasste Egger weit: „[…] die Beschwerde [ist] in einem ebenso weiten Umfange zugelassen, wie gegen die Handlungen des Vormundes" – zulässig sei sie somit „auch gegen unbegründete Unterlassung und Verschleppung von

---

[3371] Vgl. EGGER II, Rn. 14 zu 398, vgl. auch Rn. 4 zu Art. 391; EGGER I, Anm. 3b, 3c zu Art. 420.

[3372] Vgl. dazu Kapitel 4.

[3373] EGGER II, Rn. 14 zu Art. 398, sprach insofern von einem „*Spannungsverhältnis* zwischen der *Selbständigkeit des Vormundes* und der *Zusammenarbeit mit der Behörde*", wobei „Zweifelsfälle nicht ohne weiteres aus einem der beiden Prinzipien heraus gelöst werden [können]", sondern „es der Prüfung des Einzelfalles [bedarf] […]".

[3374] Vgl. nur Text zu Fn. 3338.

[3375] Vgl. EGGER II, Rn. 15 zu Art. 398.

[3376] Egger handelte denn auch (gerade in der Erstauflage) das Aufsichtsrecht im Rahmen seiner Kommentierung zum Beschwerderecht nach Art. 420 ZGB ab.

[3377] EGGER II, Rn. 4 zu Art. 420, vgl. auch Rn. 30, 46 ff. zu Art. 420.

[3378] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 16, 18 zu Art. 420; vgl. auch Kapitel 4, 4.5.1.

[3379] Wörtlich fast identisch Art. 429 Abs. 2 E-ZGB und Art. 448 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 307 (= BeK II, Rn. 782).

Beschlußfassungen“.[3380] Die Beschwerde müsse „sich gegen die Führung der vormundschaftlichen Aufgaben, welche der Vormundschaftsbehörde obliegen“ richten, z.B. gegen Weisungen i.S.v. Art. 399 ff. ZGB; gegen Mitwirkungshandlungen i.S.v. Art. 421 ff. ZGB.[3381]

Beschwerde*grund* bildeten für Egger jegliche Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde, welche die *Interessen des Bevormundeten*, die *(Eigen-)Interessen des Vormundes*[3382] oder „die *sonstigen vormundschaftlichen Schutzzwecke*“ gefährdeten bzw. verletzten – in der Zweitauflage sprach Egger insofern, wie schon bei Art. 420 Abs. 1 ZGB, von „fehlerhafte[n] Akte[n]“.[3383] Unter die „sonstigen vormundschaftlichen Schutzzwecke“ fielen für Egger vorliegend neben den Fällen der Gefährdung der Sicherheit Dritter i.S.v. Art. 369 und 370 ZGB insbesondere auch Situationen, in welchen besondere (vormundschaftsrechtliche) Ansprüche Dritter verletzt wurden, wie namentlich das Vorrecht der Verwandten bzw. des Ehegatten i.S.v. Art. 380 ZGB[3384] bei der Bestellung des Vormundes.[3385]

4.4.3.2 Kreis der beschwerdeberechtigten Personen

Zum Kreis der Beschwerdeberechtigten äusserte sich Art. 420 Abs. 2 ZGB nicht. Egger hielt dazu fest, beschwerdeberechtigt seien einerseits *dieselben Personen* wie bei Art. 420 Abs. 1 ZGB, andererseits der *Vormund*.[3386] Letzterer sei zur Beschwerdeerhebung gar *verpflichtet*, wenn die Interessen des Bevormundeten ebensolche verlangten.[3387]

4.4.3.3 Ausgang des Beschwerdeverfahrens

Wie schon betreffend die Beschwerde nach Art. 420 Abs. 1 ZGB, schwieg das ZGB bezüglich des Verfahrensausgangs auch hier. Egger bemerkte hierzu, die Aufsichtsbehörde könne den angefochtenen Beschluss der Vormundschaftsbehörde *bestätigen*, ihn *aufheben*, eine davon abweichende *eigene Verfügung treffen* oder aber die Angelegenheit „unter Erteilung bestimmter Direktiven“ an die Vormundschaftsbehörde *zurückweisen*.[3388]

[3380] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 23, 5, 9 zu Art. 420.
[3381] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 420; EGGER II, Rn. 23 zu Art. 420.
[3382] So bei gewissen Fragen zur *Entschädigung*; EGGER I, Anm. 4b zu Art. 420; EGGER II, Rn. 11 zu Art. 420.
[3383] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 420; für EGGER II vgl. die Nachweise in Fn. 3336.
[3384] Vgl. dazu Kapitel 3.1.1.1.3.
[3385] EGGER I, Anm. 4a zu Art. 420, Anm. 2a zu Art. 380; EGGER II, Rn. 20 zu Art. 420.
[3386] Vgl. EGGER I, Anm. 4b zu Art. 420; EGGER II, Rn. 15 f., 17 ff. zu Art. 420.
[3387] Vgl. dazu bei Fn. 3378.
[3388] EGGER I, Anm. 4f zu Art. 420; vgl. auch EGGER II, Rn. 33, 46 ff., 54, 8, 30, 58 ff. zu Art. 420.

4.5 Verantwortlichkeit des Vormunds und der Behördemitglieder, Art. 426 ff. ZGB

Gemäss Art. 426 ZGB[3389] „[hatten] der *Vormund*[3390] und die *Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden* bei der Ausübung ihres Amtes[3391] die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten und [hafteten[3392]] für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig [verschuldeten]". Über die Verantwortlichkeitsklage entschied gemäss Art. 430 Abs. 1 ZGB[3393] der *Richter*.[3394]

4.5.1 Verantwortlichkeit des Vormundes

Die Haftung des *Vormundes* setzte beim Kläger[3395] demnach einen *Schaden* voraus, den der Vormund *absichtlich oder fahrlässig* (Verschulden) *dadurch* (Kausalität) verursachte, dass er *bei der Ausübung seines Amtes* die Regeln einer *sorgfältigen Verwaltung verletzt* hatte (Widerrechtlichkeit).[3396]

Näherer Klärung bedürfen vorliegend die Anspruchsvoraussetzungen *Widerrechtlichkeit* und *Verschulden*, da die beiden Kommentarauflagen in diesem Zusammenhang voneinander abweichen:[3397] Inhaltlich in beiden Kommentarauflagen übereinstimmend setzte „ein[e] sorgfältig[e] Verwaltung" i.S.v. Art. 426 ZGB für Egger voraus, dass der Vormund sein „Amt wie ein umsichtiger und besorgter Hausvater" führte – die Fürsorge für *Person* sowie *Vermögen* des Bevormundeten (und, wie Egger in der Zweitauflage eigens hervorhob, „in beiden Richtungen zugleich die *Vertretung*, Art. 407"[3398]) seien so zu besorgen, wie es die *Interessen des Bevormundeten* verlangten:[3399]

> „Insgesamt liegt die *Pflichtwidrigkeit* vorerst in einer *Verletzung* des vorm. officium, die *Interessen des Mündels umfassend zu wahren*, Art. 367, Abs. 1, in Verstößen gegen die allgemeinen Pflichten der Geschäftsbesorgung, Art. 413 […], weiterhin in

---

[3389] Identisch Art. 436 Abs. 1 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 455 VE-ZGB.

[3390] Ebenso der *Beistand* bzw. *Beirat* (vgl. EGGER II, Rn. 6 zu Art. 426; EGGER I, Anm. 5 zu Art. 419; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 286 (= BeK II, Rn. 711) i.V.m. Text zu Fn. 3552), auf deren Erwähnung im Interesse der besseren Lesbarkeit nachfolgend verzichtet wird.

[3391] Zur Anwendbarkeit des Art. 426 ZGB *ausserhalb* des Vormundschaftsrechts i.e.S. (sinngemäss wie bei Fn. 3326) vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 426; EGGER II, Rn. 8 ff., 42 f., 48 zu Art. 426.

[3392] Zur (subsidiären) Ausfallhaftung des Kantons vgl. Fn. 3440.

[3393] Materiell übereinstimmend Art. 440 Abs. 1 E-ZGB und Art. 459 VE-ZGB.

[3394] Zur *ordentlichen* (einjährigen) bzw. *ausserordentlichen* (zehnjährigen) *Verjährungsfrist* vgl. Art. 454 f. ZGB (materiell teils abw. Art. 462 f. E-ZGB und Art. 481 f. VE-ZGB). Zum *Vorrecht der Ersatzforderung* des Bevormundeten im Falle der Pfändung bzw. des Konkurses der haftbaren Person vgl. Art. 456 ZGB (identisch Art. 464 E-ZGB bzw. fast identisch Art. 483 VE-ZGB).

[3395] Zu den *klageberechtigten Personen* vgl. Kapitel 4.5.4.

[3396] In der Zweitauflage nannte Egger die in Klammer gesetzten Begriffe explizit; vgl. EGGER II, Rn. 19a, 24, 30 zu Art. 426, vgl. auch Rn. 3 zu Art. 426.

[3397] Zum *Schaden* vgl. EGGER II, Rn. 29, 32 ff., 42, 49 zu Art. 426; nur knapp bei EGGER I, Anm. 1e, 2c zu Art. 426. Zur *Kausalität* vgl. EGGER II, Rn. 30, 42, 49 zu Art. 426; nur implizit bei EGGER I, Anm. 1c, 2c zu Art. 426.

[3398] EGGER II, Rn. 20 zu Art. 426.

[3399] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 426; vgl. auch EGGER II, Rn. 19a f. zu Art. 420; Kapitel 4.1/2 samt Unterkapiteln.

> der Mißachtung der besondern vormundschaftlichen Verwaltungspflichten der Obhut, der Pflege und Erziehung, der Inventarisierung, Anlegung, Deponierung von Mündelgut sowie der Berichterstattung und Rechnungsablegung, und endlich in der Mißachtung der Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit den vorgesetzten Organen der Vormundschaft […].“[3400]

In diesem Sinne hatte auch Huber bemerkt, die Haftung des Vormundes bedinge eine Verletzung der *„sorgfältige[n] Verwaltung“*, die „in der Überlieferung mit der Sorgfalt des guten Hausvaters wiedergegeben zu werden“ gepflegt werde[3401] – „hierfür, wie für die *Überschreitung der Befugnisse*, […] sind sie [sc. Vormund und Behördemitglieder] verantwortlich“[3402].
Vor diesem Hintergrund nahm Egger in der *Zweitauflage* an, Pflichtwidrigkeiten des Vormundes im besagten Sinne seien *widerrechtlich*.[3403] Grundsätzlich widerrechtlich verhielt sich s.E. *ferner* ein Vormund, welcher *behördliche Weisungen* – denen Egger verbindlichen Charakter attestierte – missachtete und dadurch einen Schaden verursachte.[3404] Allerdings betonte Egger:

> „Entspricht die Weisung nach seiner [sc. des Vormundes] Beurteilung der Lage *nicht* den *Interessen des Mündels*, dann muß er Gegenvorstellungen machen, Wiedererwägung verlangen oder Beschwerde erheben[3405] […]. *Keinesfalls* darf er eine *pflichtwidrige Weisung* (eine sichere Anlage zu kündigen und das Geld unter ungünstigen Bedingungen dem Schwager des Mündels zu kreditieren) *ausführen* […].“[3406]

Ebenso bemerkte Egger für den Fall, dass eine (an sich nur *mitwirkende*) Behörde ein Geschäft *vorbereitete* und dieses dem (an sich *selbständigen*) Vormund „zur Unterzeichnung“ vorlegte:[3407]

> „Aber diese *faktische Umkehrung entlastet* den Vormund oder Beistand *nicht*. Er muß auch in dieser Lage den Vertrag darauf hin prüfen, ob er die *Interessen des Mündels* wahre, und darnach handeln […].“[3408]

In beiden Aussagen wies Egger also darauf hin, dass der *Vormund* für die Wahrung der Interessen des Bevormundeten zuständig sei – eine Überlegung, mit welcher Egger implizit auch seinen Standpunkt begründete, dass weder die behördliche Zustimmung zu den in Art. 421 f. ZGB genannten Geschäften noch die Genehmigung

---

[3400] EGGER II, Rn. 21 zu Art. 426; vgl. auch EGGER I, Anm. 1b, 1c zu Art. 426.
[3401] Erl. Bd. I, S. 305 (= BeK II, Rn. 776), vgl. auch S. 289 (= BeK II, Rn. 718).
[3402] Erl. Bd. I, S. 310 (= BeK II, Rn. 792), vgl. auch S. 289 (= BeK II, Rn. 718); StenBull NR 1905, S. 1294.
[3403] Vgl. EGGER II, Rn. 19a zu Art. 426.
[3404] Vgl. EGGER II, Rn. 22 zu Art. 426.
[3405] Vgl. dazu schon bei Fn. 3378. Abw. Huber, der bemerkt hatte, „es werde nicht vorausgesetzt, dass der Vormund gegen seine vorgesetzte Behörde rekurriere“ – „durch ihre Weisung sei er also gedeckt mit Ausnahme des Falles, wo der Rekurs vom Vormund aus Arglist unterlassen werde“; Prot., S. 493 (= BeK III, Rn. 4773); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1294. Art. 436 Abs. 2 E-ZGB lautete denn auch: „Hat der Vormund nach Weisung der vormundschaftlichen Behörden gehandelt, so sind, wenn die Weisung gegen seinen Vorschlag erfolgt ist, nur diese verantwortlich.“
[3406] EGGER II, Rn. 22 zu Art. 426.
[3407] EGGER II, Rn. 23 zu Art. 426.
[3408] EGGER II, Rn. 23 zu Art. 426.

von Berichten und Rechnungen i.S.v. Art. 423 ZGB den Vormund von seiner Verantwortlichkeit entlasteten.[3409] Damit machte Egger deutlich, dass sich ein Vormund selbst dann pflichtwidrig – *widerrechtlich* i.S.v. Art. 426 ZGB – verhalten konnte, wenn die Vormundschaftsbehörde an diesem Verhalten in irgendeiner Weise mitwirkte.
Die *Zweitauflage* wich von der *Erstauflage* insofern ab, als Egger in der Letzteren die vom Gesetz verlangte „sorgfältig[e] Verwaltung" nicht unter dem Gesichtspunkt der *Widerrechtlichkeit* abhandelte, sondern unter jenem des *Verschuldens* – die Widerrechtlichkeit erwähnte Egger in der Erstauflage nicht.[3410] Dieser Umstand hatte hinsichtlich der *behördlichen Weisungen*, denen Egger auch hier die Verbindlichkeit zusprach, zur Folge, dass Egger in ebendieser *Verbindlichkeit* eine Möglichkeit des Vormundes zur *„Exkulpation"* erblickte.[3411] Verhielt sich der Vormund also gemäss der ihm behördlich erteilten Weisung, so schloss dies für Egger das *Verschulden* des Vormundes aus. Doch galt dieser Grundsatz nach Eggers Ansicht nicht ohne Ausnahme: Falls nämlich etwa gegen die fragliche Weisung ein „hinreichender *Grund zu einer Beschwerde* vorgelegen hätte" – eine solche aber nicht erhoben wurde –, handelte der Vormund nach Eggers impliziter Ansicht *schuldhaft*.[3412] Somit ergibt sich, dass die beiden Kommentarauflagen hinsichtlich ihres *Ergebnisses* übereinstimmen.
Im Übrigen stellte Egger (wie schon Huber[3413]) jeweils klar, der Vormund hafte grundsätzlich *„für jedes Verschulden"*.[3414] Diesen Umstand legitimierte Egger in der *Erstauflage* mit folgender Überlegung:

> „Die Stellung des Vormundes und die ihm anvertraute Aufgabe spricht für eine strenge Haftung des Vormundes. *Laxe Grundsätze wären geeignet, den Schutzzweck des Vormundschaftsrechtes illusorisch zu machen.* Aber auch eine zu große Strenge ist bedenklich. Dem Vormund wird die Fürsorge für einen Dritten, der oft nicht ein Angehöriger ist, überbunden und er kann sich der Wahl nicht entziehen. Das Amt stellt ihn oft vor schwierige und ungewohnte Aufgaben. Eine *zu strenge Haftung* kann die *Vormundschaftsführung* zum Schaden des Mündels zu einer *allzu ängstlichen, unsicheren und schwerfälligen machen*."[3415]

Für Egger bot also eine strenge Haftung des Vormundes zwar eine (indirekte) Gewähr für die korrekte Aufgabenerfüllung des Vormundes – zugleich lehnte er jedoch übersetzte Anforderungen an Letzteren ab. Entsprechend bemerkte Egger auch in der

---

[3409] Vgl. dazu bei Fn. 3197, 3221, sinngemäss auch Text zu Fn. 3243; vgl. sodann EGGER II, Rn. 1 zu Art. 429.
[3410] Vgl. EGGER I, Anm. 1c, 1d, 1f zu Art. 426.
[3411] EGGER I, Anm. 1d zu Art. 426. Wenn Egger von einer *„Exkulpation"* sprach, so impliziert dies eine Verschuldens*vermutung* – doch stellte Egger in Anm. 1f zu Art. 426 klar, der *Kläger* habe „den Schaden […], das *Verschulden* und die Kausalität" zu beweisen. Auch in der Zweitauflage nahm Egger an, der Kläger habe das Verschulden zu beweisen, vgl. EGGER II, Rn. 14 zu Art. 426, verwendete aber in Rn. 25 (wenngleich nur am Rande und nur einmalig) den Begriff „exkulpiert". Festzuhalten ist, dass Egger in beiden Kommentarauflagen *nicht* von einer Verschuldensvermutung ausging – dies im Gegensatz zur Haftung der *Behördemitglieder* (dazu Kapitel 4.5.2), worauf die verwirrende Terminologie m.E. zurückzuführen ist.
[3412] EGGER I, Anm. 1d zu Art. 426.
[3413] Vgl. Erl. Bd. I, S. 289, 309 f. (= BeK II, Rn. 718, 791 f.).
[3414] EGGER I, Anm. 1a, 1c zu Art. 426; EGGER II, Rn. 24 i.V.m. Rn. 25 ff. zu Art. 426.
[3415] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 426.

Zweitauflage zum „Maß der zu leistenden Sorgfalt“:

> „[…] allzu große Strenge richtet sich gegen die Mündelinteressen; denn sie benimmt dem Vormund die Unbefangenheit und den Eifer und lähmt seine Initiative […]. Die mandatsanaloge Stellung kann gegebenenfalls im Sinne einer *Milderung* angerufen werden, OR Art. 99 Abs. 2[3416], 398/328[3417]. […]“[3418]

Egger plädierte also durchaus für eine strenge Haftung des Vormundes – der s.E. bestehende Zusammenhang zwischen ebendieser und dem Entschädigungsanspruch des Vormundes wurde bereits erwähnt[3419] –, aber nicht einer *so* strengen, dass sie die *erspriessliche Aufgabenerfüllung gefährdete*[3420].

4.5.2 Verantwortlichkeit der Behördemitglieder

Auch für die Haftung der *Behördemitglieder*[3421] galten die schon erwähnten Anspruchsvoraussetzungen, vgl. Art. 426 ZGB: *Schaden*, *Widerrechtlichkeit* – hier als Verletzung der „Regeln einer sorgfältigen Verwaltung“ bei der den *Behörden* obliegenden Aufgaben, wobei Egger hinsichtlich der *Vormundschaftsbehörde* namentlich „die Erfüllung der Aufsichtspflicht, Art. 420 […], 423, die Erteilung der erforderlichen pflichtgemäßen Weisungen […], die Prüfung und Abnahme der Berichte und Rechnungen, Art. 413, 423, sowie die eigene Mitwirkung bei den vormundschaftlichen Geschäften, Art. 398/404, 421/22 […]“ [3422] erwähnte, und hinsichtlich der *Aufsichtsbehörde* beispielsweise die ebendieser als Beschwerdeinstanz obliegenden Aufgaben; ihre Zustimmungserteilung nach Art. 422 ZGB u. dgl.[3423] –, *Kausalität* und (jedes[3424]) *Verschulden*.[3425]

[3416] Art. 99 Abs. 2 OR lautete: „Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.“

[3417] Art. 398 Abs. 1 OR lautete: „Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt, wie der Dienstpflichtige im Dienstvertrag.“ Art. 328 OR lautete: „(1) Der Dienstpflichtige hat die übernommene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen. (2) Er ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Dienstherrn zufügt. (3) Das Mass der Sorgfalt, für die der Dienstpflichtige einzustehen hat, bestimmt sich nach dem Vertragsverhältnis, unter Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Dienstpflichtigen, die der Dienstherr gekannt hat oder hätte kennen sollen.“

[3418] EGGER II, Rn. 26 zu Art. 426, vgl. auch Rn. 24, 27 f. zu Art. 426.

[3419] Vgl. Kapitel 3.1.1.3.

[3420] Konkret hielt Egger etwa fest, „einem geschäfts*un*gewandten Vormund kann es nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er neue behördliche Erlasse und deren Tragweite oder einen Wandel der Rechtsprechung noch nicht kennt […] – „dagegen ist der Vormund befugt und gegebenenfalls auch verpflichtet, für Aufgaben, die über seine Kräfte hinausgehen, sachverständigen Rat einzuholen oder Hilfspersonen heranzuziehen […], in der persönlichen Fürsorge […], in der Vermögensverwaltung […]“; EGGER II, Rn. 27 zu Art. 426.

[3421] Zur (subsidiären) Ausfallhaftung des Kantons vgl. Fn. 3440.

[3422] EGGER II, Rn. 43 zu Art. 426, vgl. auch Rn. 42 zu Art. 426; EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 426.

[3423] Vgl. EGGER II, Rn. 48 zu Art. 426; implizit EGGER I, Anm. 2b, 2c zu Art. 426.

[3424] Vgl. EGGER I, Anm. 2a, 2c zu Art. 426; EGGER II, Rn. 5, 44, 47, 49 f. zu Art. 426 – doch beachte auch hier (sinngemäss wie Text zu Fn. 3415, 3418) Rn. 45 zu Art. 426.

[3425] Zu *Schaden* und *Kausalität* vgl. die Nachweise in Fn. 3397.

Entgegen der *Marginalie* zu Art. 426 ZGB, die von einer Verantwortlichkeit von „Vormund und *Behörden*" sprach, waren nicht die *Behörden* selbst haftbar, sondern deren *Mitglieder*.[3426] Dies ergibt sich nicht nur aus dem *Wortlaut* des Art. 426 ZGB, sondern auch aus Art. 428 Abs. 1 ZGB[3427], wonach dann, wenn „die vormundschaftliche Behörde aus der Führung der Vormundschaft verantwortlich [wurde], […] *ein jedes Mitglied* haftbar [war], *soweit* es *nicht nachweisen [konnte]*, dass ihm *kein Verschulden zur Last* [fiel]". Dass das ZGB nicht nur den Vormund, sondern auch die Behördemitglieder für haftbar erklärte, begründete Egger in der Zweitauflage letztlich mit folgendem Gedanken:

> „[…] sie [sc. ‚die eidgenössische Zivilgesetzgebung'] sieht sich für die Durchführung des einheitlichen Rechtes auf die Kantone und die kantonalen Beamten angewiesen; nur dadurch konnte sie diese zu *Garanten richtiger Handhabung* machen, daß sie ihnen eine *strenge Haftung* auferlegte. […]"[3428]

Nach Eggers Ansicht bot also (auch) die Haftbarkeit der *Behördemitglieder* eine (indirekte) Gewähr dafür, dass diese die ihnen obliegenden vormundschaftsrechtlichen Aufgaben *korrekt* erfüllten.
Inhaltlich stellte Egger betreffend Art. 428 Abs. 1 ZGB in Anlehnung an Huber[3429] fest, dass diese Bestimmung eine *Beweislastumkehr* statuiere:

> „Jedes Mitglied haftet für sein Verschulden. Aber es muß nicht das Verschulden des Einzelnen nachgewiesen werden. Es genügt der Nachweis des *Verschuldens*[3430] *des Kollegiums*, der Nachweis, daß die *Behörde* nicht nach den Regeln der sorgfältigen Verwaltung gehandelt hat. Daraus ergibt sich *für den Einzelnen* eine *Umkehr der Beweislast*. Das einzelne Mitglied, das nicht haften soll, muß beweisen, daß ihm kein[3431] Verschulden zur Last fällt."[3432]

Vor diesem Hintergrund konstatierte Egger in beiden Kommentarauflagen, Art. 428 Abs. 1 ZGB gewähre den Behördemitgliedern eine Möglichkeit zur *„Exkulpation"*.[3433]

[3426] Vgl. auch EGGER I, Anm. 2b zu Art. 426, Anm. 1a zu Art. 428; EGGER II, Rn. 36 ff., 49 zu Art. 426, Rn. 2 zu Art. 428.
[3427] Abw. Art. 438 Abs. 1 E-ZGB *bzw.* Art. 457 Abs. 1 VE-ZGB, die nicht auf das Verschulden, sondern auf die *Beistimmung* zum *bzw.* auf die *Mitwirkung* am Beschluss abstellten; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 310 f. (= BeK II, Rn. 796 f.).
[3428] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 426.
[3429] HUBER, Vortrag „Die Personengemeinschaft", S. 29 f.; Erl. Bd. I, S. 310 f. (= BeK II, Rn. 796); StenBull NR 1905, S. 1294.
[3430] Mit „Verschulden" meinte Egger in der Erstauflage – wo er im Gegensatz zur Zweitauflage bekanntlich *nicht* zwischen „Widerrechtlichkeit" i.S.d. Pflichtwidrigkeit und „Verschulden" differenzierte – *Pflichtwidrigkeiten* bei der sorgfältigen Verwaltung, wie (auch) der direkte Fortgang des Zitats belegt.
[3431] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 1b zu Art. 428; EGGER II, Rn. 3 ff. zu Art. 426.
[3432] EGGER I, Anm. 1a zu Art. 428; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 ff. zu Art. 428.
[3433] Vgl. EGGER I, Anm. 2c, 2d zu Art. 426, Anm. 1b zu Art. 428; EGGER II, Rn. 45 f. zu Art. 426, Rn. 2 f. zu Art. 428. In *diesem* Zusammenhang nahm Egger also eine *Verschuldensvermutung* an – anders bei der Haftung des *Vormundes*, vgl. den Hinweis in Fn. 3411.

Überdies bestimmte Art. 428 Abs. 2 ZGB[3434], dass „jedes der *haftbaren* Mitglieder den Schaden *für seinen Anteil* [trug]" – das Gesetz statuierte somit, wie Egger bemerkte, eine Haftung „pro rata".[3435] Ebendiese wurde allerdings durch Art. 429 Abs. 3 ZGB[3436] eingeschränkt, welcher bestimmte, dass „aus *Arglist* alle verantwortlichen Personen *unmittelbar* und *solidarisch* [hafteten]".

4.5.3 Haftung mehrerer Personen

Die Art. 429 Abs. 1 und 2 ZGB regelten die Situation, dass *mehrere* Personen aus Art. 426 ZGB verantwortlich wurden (und ihnen dabei *keine* arglistige Schädigung[3437] vorgeworfen werden konnte): Art. 429 Abs. 1 ZGB[3438] bestimmte, dass wenn „der Vormund und die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde *zugleich* haftbar [waren], […] letztere nur für das [hafteten], *was vom Vormund nicht erhältlich* [war]". Eine analoge Regelung statuierte Art. 429 Abs. 2 ZGB[3439] für den Fall, dass sowohl die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde als auch jene der Aufsichtsbehörde verantwortlich waren.[3440] Zu diesen Regelungen machte Egger in der *Erstauflage* folgende zentrale Überlegung:

> „Diese *responsabilité par cascades* macht die *Haftung des Vormundes* zu einer *sehr strengen*. Die Verantwortlichkeit richtet die Spitze stets gegen ihn. *Aber er ist auch der nächste.* Er soll die Verhältnisse aus eigener Anschauung genau kennen, er soll auch die Initiative haben und deshalb muß auch er die Verantwortung in erster Linie tragen. Umgekehrt steht die Aufsichtsbehörde den Verhältnissen ferner. Sie kann die begründeten Anträge des Vormundes und der Vormundschaftsbehörde nicht bis in alle Einzelheiten der tatsächlichen Angaben hinein nachprüfen. Endlich haben die untersten und unteren Organe nur wenig, die oberen eine große Zahl von Vormundschaften zu leiten."[3441]

Diesen – schon von Huber angestellten[3442] – Gedanken nahm Egger zwar in die *Zweitauflage* auf, bemerkte aber, derselbe vermöge die gesetzliche Regelung „doch nicht

---

[3434] Materiell übereinstimmend Art. 438 Abs. 2 E-ZGB und Art. 457 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1294; Erl. Bd. I, S. 311 (= BeK II, Rn. 797).

[3435] EGGER I, Vorbem. zu Art. 426 ff., vgl. auch Anm. 2d zu Art. 426, Anm. 2 zu Art. 428; EGGER II, Rn. 6 f. zu Art. 428.

[3436] Wörtlich fast identisch Art. 439 Abs. 3 E-ZGB und Art. 458 Abs. 3 VE-ZGB; dazu StenBull NR 1905, S. 1294 f.; Erl. Bd. I, S. 310 (= BeK II, Rn. 795).

[3437] Zur *arglistigen Schädigung* vgl. Text *nach* Fn. 3435.

[3438] Wörtlich fast identisch Art. 439 Abs. 1 E-ZGB und Art. 458 Abs. 1 VE-ZGB; dazu StenBull NR 1905, S. 1294 f., 1307 f.; Erl. Bd. I, S. 289, 310 (= BeK II, Rn. 718, 794).

[3439] Identisch Art. 439 Abs. 2 E-ZGB und Art. 458 Abs. 2 VE-ZGB; vgl. im Übrigen wie Fn. 3438.

[3440] Falls „der Schaden durch den Vormund oder die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden nicht gedeckt [wurde], […] [haftete] für den Ausfall der Kanton", Art. 427 Abs. 1 ZGB, – „[jedoch blieb] es den Kantonen vorbehalten, hinter dem Vormund und der Vormundschaftsbehörde vorerst die beteiligten Gemeinden oder Kreise haften zu lassen", Art. 427 Abs. 2 ZGB. Für die (teils) abw. Regelungen in den *Entwürfen* vgl. direkt Art. 437 E-ZGB – dazu StenBull NR 1905, S. 1294; Art. 456 VE-ZGB – dazu Erl. Bd. I, S. 311 (= BeK II, Rn. 798 f.).

[3441] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 429.

[3442] Vgl. Erl. Bd. I, S. 310 (= BeK II, Rn. 794); Prot., S. 493 (= BeK III, Rn. 4770).

vorbehaltlos zu rechtfertigen".[3443]

> „Der Vormund wird durch sie [sc. die Regelung] sehr stark belastet; die gemeinsame Verantwortung wird praktisch zu einer Einzelhaftung des Vormundes, soweit seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit reicht. […]"[3444]

Obwohl Egger diese Kritik nur in der Zweitauflage explizit anbrachte, vertrat er in *beiden* Kommentarauflagen übereinstimmend folgende – in der Zweitauflage eingehend begründete – Ansicht:

> „[…] Abs. 1 und Abs. 2 [setzen] voraus, daß der Vormund und die Behördemitglieder *zugleich* haftbar sind […]. Zugleich haftbar sind sie nach der Rechtsprechung nur, wenn sie aus dem *nämlichen Rechtsgrund*, aus der *gleichen schädigenden Handlung*, haften: bei einer verfehlten spekulativen Geldanlage haben *beide* mitgewirkt, ebenso bei einer Anstaltsversorgung, Art. 406, bei Erteilung oder Verweigerung einer Prozeßermächtigung, Art. 421 Ziff. 8, bei einer gesetzwidrigen Ausschaltung der Aufsichtsbehörde, Art. 404 Abs. 3. *Anders* aber, wenn Vormund und Vorm.-behörde aus *verschiedenen Gründen* haftbar werden. So kann die Behörde verantwortlich werden wegen Erteilung einer pflichtwidrigen Weisung, während der Vormund für eine nur teilweise Ausführung einzustehen hat, da er nicht für die vorgesehene Sicherstellung des gewährten Kredites Sorge trug. In solchem Fall sollen die *beiden Haftungen unabhängig voneinander* bestehen; nicht gilt die Ordnung des vorl. Artikels, sondern eine strengere Haftung unter *unechter Solidarität*, mit Rückgriffsrecht nach richterlichem Ermessen, OR Art. 51 […]. […]"[3445]

Hafteten also mehrere Personen aus *unterschiedlichen* Gründen, so griffen nach Eggers Ansicht *nicht* die Art. 429 Abs. 1 und 2 ZGB – sondern es lag s.E. eine *solidarische Haftung* vor:

> „Vormund und Behördemitglieder haften unter dieser besondern Voraussetzung *neben-* und nicht *nacheinander*; die stufenweise Haftung wird zur *gleichstufigen*; der Geschädigte kann sich unmittelbar auch an diese [sc. Behördemitglieder] halten. Sie haften auch nicht nur für den Ausfall, sondern für den *ganzen Schaden*, dessen Ersatz ihnen auferlegt ist. […]"[3446]

Damit brach Egger den strikten Regelungen des Art. 429 Abs. 1 und 2 ZGB zwar zum Schutze des Vormundes die Spitze – doch hielt er auch fest, „die Umschreibung, *wann* eine Haftung aus *verschiedenen* Rechtsgründen vorliegt, [bedarf] einschränkender Auslegung, um die Verantwortlichkeit nicht noch rigoroser zu gestalten".[3447]

[3443] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 429, vgl. auch Rn. 2, 4 zu Art. 429.
[3444] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 429.
[3445] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 429. So schon EGGER I, Anm. 1a zu Art. 429: „Es muß die *gleiche* schädigende Maßnahme sein […]" – „die Grundsätze des Art. 429 finden *keine* Anwendung, wenn Vormund und Behörde aus *verschiedenen* Gründen haften".
[3446] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 429.
[3447] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 429.

4.5.4 Klageberechtigte Personen

Unterschiedlich beantwortete Egger jeweils die Frage, welchen Personen bei Art. 426 ZGB das Klagerecht zustehe: Weil Egger in der *Erstauflage* den Art. 426 ZGB nur im Verhältnis zwischen Bevormundetem und vormundschaftlichen Organen für anwendbar hielt, begriff er hier *lediglich* den *Bevormundeten* als klageberechtigt – „dagegen kann ein *Dritter* für Schaden, den er durch die Vormundschaftsführung erlitten, den Vormund[3448] *nur* nach *O.R. Art. 41 ff.* belangen […]".[3449]
Auch in der *Zweitauflage* qualifizierte Egger den *Bevormundeten* als klageberechtigt.[3450] Sodann wiederholte Egger den zitierten Hinweis aus der Erstauflage betreffend Art. 41 ff. OR – bemerkte aber:[3451]

> „Die Aktivlegitimation ergibt sich aus der Schutzfunktion der Vormundschaft. Das Klagerecht muß *allen Personen* zugestanden werden, *zu deren Schutz* die *vormundschaftlichen Organe*[3452] tätig geworden sind oder hätten tätig werden sollen, somit auch Kindern unter elterlicher Gewalt, denen gegenüber der gesetzlich vorgesehene vormundschaftliche Schutz versagt hat […]."[3453]

In der Zweitauflage zog Egger den Kreis der klageberechtigten Personen folglich weiter als in der Erstauflage – er gewährte das Klagerecht auch jenen Personen, denen das *Vormundschaftsrecht besonderen Schutz zugestand*. Abgesehen von den erwähnten Fällen liegt die Annahme nahe, dass Egger gerade auch an jene Dritten dachte, die i.S.v. Art. 369 f. ZGB in ihrer Sicherheit gefährdet waren.

5. Beendigung der Vormundschaft

Unter der Überschrift „das Ende der Bevormundung"[3454] regelten die Art. 431-440 ZGB die Gründe für die Beendigung der Vormundschaft[3455] – mit der Konsequenz, dass aufgrund des (Wieder-)Eintritts der Handlungsfähigkeit des Bevormundeten, wie Egger bemerkte, „Vormund und Behörde nunmehr keine materiellen Verfügungen mehr treffen [können], weder in bezug auf die Person noch auf das Vermögen des Mündels".[3456] Egger führte aus:

> „Die Vormundschaft muß aufhören, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist […]. Dies ist der *Leitgedanke* des Abschnittes über die Beendigung der Vormundschaft, Art. 431-440. Diese ist nicht mehr gerechtfertigt, wenn ein Grund […] der Bevormundung nicht mehr besteht. […] Denn gewiß soll dem Entmündigten wieder die *Handlungsfähigkeit eingeräumt* werden, wenn er des *vormundschaftlichen Schutzes nicht mehr*

[3448] Bzw. die *vormundschaftlichen Behörden*; vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 426.
[3449] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 426, vgl. auch Anm. 4 zu Art. 426.
[3450] Vgl. EGGER II, Rn. 13 zu Art. 426.
[3451] Wie Fn. 3450.
[3452] Zu diesen vgl. Text *nach* Fn. 2514.
[3453] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 426.
[3454] Für die *Folgen dieser Beendigung* i.S.v. Art. 451-456 ZGB vgl. schon Kapitel 3.3.3.
[3455] Bzw. der *Beistandschaft i.w.S.* (dazu Kapitel b), Art. 439 f. ZGB.
[3456] EGGER II, Rn. 13 zu Art. 433; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 433, Anm. 1 zu Art. 431, Anm. 2 zu Art. 435.

bedarf, dieser soll ihm *aber auch nicht früher entzogen werden*. Der Gegensatz von persönlicher Freiheit und behördlichem Schutz löst sich auch in diesem Zusammenhang in dieser *Synthese* auf, die gleichermaßen gefordert wird durch das *Wohl des Mündels* wie durch das *öffentliche Interesse*. Auch dieses verlangt die Entlassung aus der Vormundschaft, wenn hinreichende Gründe für ihre Fortdauer nicht mehr vorhanden sind."[3457]

Damit hob Egger hervor, dass eine Vormundschaft ihr Ende finden müsse, wenn der *Grund*, der seinerzeit zu deren Errichtung geführt hatte, *weggefallen*[3458] war und inzwischen auch *keine anderen Umstände*[3459] eingetreten sind, die *nun* eine Bevormundung erforderlich machten.[3460]

5.1 Beendigung von Gesetzes wegen, Art. 431 f. ZGB

Das ZGB differenzierte zwischen der Beendigung der Vormundschaft *von Gesetzes wegen* (vgl. Art. 431 f. ZGB; dazu sogleich) und der Beendigung durch *behördliche Aufhebung* gestützt auf einen Aufhebungsbeschluss[3461] (vgl. Art. 433 Abs. 1 i.V.m. Art. 436-438 ZGB; dazu Kapitel 5.2). Dieser Differenzierung mass Egger aus konzeptioneller Sicht keine Bedeutung zu – er führte sie bloss auf die Überlegung zurück, dass in Konstellationen, bei denen der Wegfall eines Entmündigungsgrundes „ohne jede Schwierigkeit" feststellbar sei, die Vormundschaft *ex lege* enden solle.[3462]
In diesem Sinne bestimmte zunächst *Art. 431 Abs. 1*[3463] *ZGB*[3464], dass „die Vormundschaft über eine *unmündige* Person mit dem Zeitpunkt [aufhörte], da die Mündigkeit [eintrat]".[3465] In Anlehnung an Huber stellte Egger hierzu klar, in solchen Fällen höre die Bevormundung „von selbst auf".[3466]
Sodann bestimmte *Art. 432 Abs. 1 ZGB*[3467], dass „die Vormundschaft über eine zu Freiheitsstrafe verurteilte Person mit der *Beendigung der Haft* [aufhörte]". In Eggers

---

[3457] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 433, vgl. auch Rn. 2, 3 ff., 6 ff. zu Art. 433, Rn. 1, 6 zu Art. 431, Rn. 2 zu Art. 436, Rn. 1 ff. zu Art. 437, Rn. 1 zu Art. 438; EGGER I, Anm. 1b, 2 zu Art. 433, Anm. 1 zu Art. 431, Komm. zu Art. 432, Anm. 1 zu Art. 436, Anm. 1 zu Art. 437, Anm. 2 zu Art. 438.
[3458] Bzw. wenn dieser Grund nie bestanden hatte; s. EGGER I, Anm. 1b zu Art. 433; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 433.
[3459] Andernfalls müsse „der Wegfall des einen Grundes konstatiert und vor allem das Vorliegen eines neuen Grundes *mit allen durch das Entmündigungsverfahren gegebenen Kautelen* festgestellt werden […]"; EGGER I, Anm. 2a zu Art. 433; vgl. dazu auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 433 i.V.m. Rn. 33 zu Art. 369.
[3460] Vgl. auch EGGER I, Anm. 1b, 2a zu Art. 433; EGGER II, Rn. 3 ff., 6 ff. zu Art. 433.
[3461] Zur *Rechtskraft* des Aufhebungsbeschlusses vgl. EGGER I, Anm. 1c, 1d zu Art. 434; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 433.
[3462] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 433, vgl. auch Rn. 6 zu Art. 433, Rn. 1, 6 zu Art. 431, Rn. 1 zu Art. 432; vgl. implizit auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 431, Komm. zu Art. 432.
[3463] Art. 431 *Abs. 2* ZGB regelte den Mündigkeitseintritt im Falle der Mündigerklärung nach Art. 15 ZGB. Vgl. dazu auch Art. 441 Abs. 2 E-ZGB und Art. 460 Abs. 2 VE-ZGB.
[3464] Wörtlich fast identisch Art. 441 Abs. 1 E-ZGB und Art. 460 Abs. 1 VE-ZGB.
[3465] Beachte aber Kapitel 2.5.
[3466] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 431; EGGER II, Rn. 6, 11 zu Art. 431; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 313 (= BeK II, Rn. 806); StenBull NR 1905, S. 1312. Für weitere Gründe, die *ex lege* zur Beendigung der Vormundschaft über Unmündige führte, wie z.B. die Herstellung der elterlichen Gewalt über Letztere, vgl. EGGER I, Anm. 3 zu Art. 431; EGGER II, Rn. 8 ff. zu Art. 431.
[3467] Gemäss Art. 442 Abs. 1 E-ZGB und Art. 461 Abs. 1 VE-ZGB hörte die Vormundschaft auf, wenn „der Verurteilte die Strafe verbüsst [hatte] oder begnadigt [wurde]".

Ausführungen zu dieser Bestimmung widerspiegelt sich der Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen, der sich schon im Zusammenhang mit Art. 371 ZGB, der den Bevormundungsfall der Freiheitsstrafe regelte, ergab:[3468] In der *Erstauflage* konstatierte Egger vorliegend schlicht, mit *endgültiger Beendigung der Haft* „entfällt auch der Grund der Entmündigung (Art. 371)".[3469] Diese Ansicht entsprach derjenigen von Huber, der bemerkt hatte, „mit Aufhören der Freiheitsstrafe hat es keinen Sinn mehr, die Vormundschaft fortdauern zu lassen".[3470] In der *Zweitauflage* – wo Egger konzeptionelle Überlegungen zu Art. 371 ZGB anstellte und dabei *fingierte*, der Inhaftierte sei beistands- und fürsorgebedürftig, wobei Egger dem Vormund (bzw. dem *Beistand*) u.a. die Aufgabe zuschrieb, den Inhaftierten auf die Zeit *nach* der Haftentlassung vorzubereiten[3471] – gab Egger hingegen kritisch zu bedenken, bei Beendigung der Vormundschaft im Zuge einer Haftentlassung „[nimmt] die Fürsorge ihr Ende, *wenn sie am nötigsten wäre* […]".[3472] Dass sich Egger dieser Problematik bereits in der Erstauflage bewusst war, zeigt indirekt seine folgende Bemerkung zu Art. 432 Abs. 2 ZGB[3473], welcher bestimmte, dass „die *zeitweilige oder bedingte Entlassung* die Vormundschaft *nicht [aufhob]*":

> „Es besteht in diesen Fällen nicht nur die Möglichkeit, daß die vollen Voraussetzungen der Entmündigung über kurz oder lang wieder eintreten, sondern es ist zumeist auch ein *besonderes Schutzbedürfnis* gegeben, welches die Fortdauer der Vormundschaft rechtfertigt."[3474]

Egger anerkannte also in der Erstauflage ein „besonderes Schutzbedürfnis" bei *zeitweilig bzw. bedingt entlassenen* Personen – doch nahm er diesen Umstand hier im Gegensatz zur Zweitauflage nicht zum Anlass, die in Art. 432 *Abs. 1* ZGB getroffene Regelung offen zu kritisieren.

Gerade vor diesem Hintergrund erscheint Eggers folgende Aussage zu Art. 432 *Abs. 2* ZGB aus der *Zweitauflage*, die diesbezüglich nicht im Einklang mit der *Erstauflage* steht[3475], bemerkenswert:

> „Mit der *bedingten* Entlassung setzt die *Schutzaufsicht*[3476] ein, welche die *Vormundschaft* im Einzelfall *überflüssig* machen kann. Auch kann es sich als unbillige Härte auswirken, wenn der bedingt Entlassene entmündigt bleibt, während der Sträfling, der die ganze Strafzeit absitzen mußte, nach deren Ablauf der Vormundschaft ledig wird. Daß nach der Entlassung die *Vormundschaft veröffentlicht* werden muß, ist geeignet, das *Fortkommen des Sträflings bedeutend zu erschweren*, Art. 375 Abs. 2 […]. Deshalb ist bei bedingter Entlassung die Vormundschaft immer dann aufzuheben, wenn die *Interessen*

[3468] Vgl. dazu Kapitel 1.2.3.
[3469] EGGER I, Komm. zu Art. 432.
[3470] Erl. Bd. I, S. 313 (= BeK II, Rn. 806); s. aber StenBull NR 1905, S. 1312.
[3471] Vgl. nur Text zu Fn. 2706.
[3472] EGGER II, Rn. 1 zu Art. 432, vgl. dazu auch Rn. 13 zu Art. 371.
[3473] Wörtlich fast identisch Art. 442 Abs. 2 E-ZGB und Art. 461 Abs. 2 VE-ZGB.
[3474] EGGER I, Komm. zu Art. 432.
[3475] Denn vgl. die im Text zu Fn. 3474 letztlich angesprochene „Möglichkeit" der Wiederverbringung in Haft.
[3476] Zum strafrechtlichen Institut der *Schutzaufsicht* vgl. bei Fn. 3062.

des Bevormundeten damit am besten gewahrt sind […]. – In geeigneten Fällen kann auch eine *Umwandlung* in eine *Beirat- oder Beistandschaft* angeordnet werden […].“[3477]

Entgegen dem Wortlaut des Art. 432 Abs. 2 ZGB gelangte Egger in der Zweitauflage also zum Schluss, dass die Interessen des *zeitweilig bzw. bedingt* entlassenen Bevormundeten u.U. die Beendigung der Vormundschaft schon *vor* der *endgültigen Entlassung* aus der Haft erfordern könnten – ggf. aber eine *Beistandschaft i.w.S.* anzuordnen sei.

5.2 Beendigung aufgrund behördlicher Aufhebung, Art. 433-438 ZGB

In allen andern als den beiden hiervor dargestellten Fällen „[endigte] die Vormundschaft […] mit der *Aufhebung* durch die zuständige Behörde[3478]“, Art. 433 Abs. 1 ZGB[3479], wobei Letztere „zu dieser Aufhebung *verpflichtet* [war], sobald ein *Grund zur Bevormundung nicht mehr [bestand]*“, Art. 433 Abs. 2 ZGB.[3480] Ein *Recht*, „die Aufhebung der Vormundschaft [zu] beantragen[3481]“, gewährte Art. 433 Abs. 3 ZGB[3482] einerseits dem *Bevormundeten*. Diesbezüglich hielt Egger fest:

„Der Bevormundete hat einen publizistischen Anspruch auf die Aufhebung. Derselbe kommt *jedem* Entmündigten zu. Das ist ein ihm *um seiner Persönlichkeit willen* zustehendes Recht. Darin liegt für ihn ein sehr wichtiger Schutz. Doch ist Urteilsfähigkeit erforderlich.“[3483]

Andererseits konnte *jedermann mit einem Interesse* die Aufhebung beantragen. Dazu bemerkte Egger:

„Die weite Umschreibung in Abs. 3 beruht wohl auf der Überlegung, daß *nicht mehr begründete Vormundschaften nicht weitergeführt*, sondern so schnell wie möglich aufgehoben werden sollen. […]
Antragsberechtigt sind somit der Vormund, die Vormundschaftsbehörde[3484], wohl auch die Staatsanwaltschaft, der Ehegatte, Verwandte, die Heimatgemeinde, die Armenpflege, Gläubiger.
Für den Vormund und die Vormundschaftsbehörde besteht eine *Pflicht* der Antragsstellung, wenn nach ihrer Einsicht ein Entmündigungsgrund nicht mehr besteht, der

---

[3477] EGGER II, Rn. 3 zu Art. 432.
[3478] Beachte sinngemäss den Hinweis in Fn. 2719.
[3479] Materiell mit Art. 433 Abs. 1 *und* 2 ZGB übereinstimmend: Art. 443 E-ZGB sowie Art. 462 VE-ZGB – welche allerdings von der „Vormundschaftsbehörde“ sprachen.
[3480] Vgl. dazu auch den Text zu und die Nachweise in Fn. 3457.
[3481] In der Zweitauflage postulierte Egger die analoge Anwendung der in Art. 437 ZGB statuierten *Einjahresfrist* (vgl. Kapitel 5.2.2) auf Personen, welche das *Antragsrecht missbrauchten*; vgl. EGGER II, Rn. 10 zu Art. 433. Abw. noch EGGER I, Anm. 2b zu 433, Anm. 1c zu Art. 434, wonach ein Antrag solchenfalls *abzuweisen* war. Beachte dazu auch EGGER I, Anm. 1c zu Art. 434.
[3482] Identisch Art. 444 Abs. 1 E-ZGB und Art. 463 Abs. 1 VE-ZGB. Doch gewährten Art. 444 Abs. 2 E-ZGB und Art. 463 Abs. 2 VE-ZGB gegen die verweigerte Aufhebung das Recht, den Richter anzurufen – vgl. demgegenüber Art. 434 Abs. 2 ZGB (dazu bei Fn. 3488).
[3483] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 433; vgl. auch EGGER II, Rn. 10 zu Art. 433.
[3484] Wie Fn. 3478.

Entmündigte selbst aber die Aufhebung der Vormundschaft nicht verlangt."[3485]

Egger stellte klar, *stets* habe die Behörde das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aufhebung der Vormundschaft *von Amtes wegen* zu prüfen – wobei er eine (vom ZGB nicht vorgesehene) *persönliche Anhörung* des Bevormundeten i.d.R. für zwingend hielt.[3486] Hintergrund letzterer Ansicht bildete Eggers folgende, schon von seinen Ausführungen zur *Entmündigung*[3487] her bekannte, Überlegung:

„[…] Doch stellt, wie für die Entmündigung, so auch für die Aufhebung der Bevormundung das Z.G.B. selbst einige *wichtigste Grundsätze*[3488] auf. Sie sollen einerseits dem *Schutze der Persönlichkeit* dienen und die Aufhebung *gewährleisten*, wenn der *Entmündigungsgrund entfallen* ist (Art. 433 und 434 Abs. 2). Sie sollen aber ebensosehr *übereilte und unbegründete Aufhebungen verhüten* (Art. 434 Abs. 2, 436, 437, 439 Abs. 3)."[3489]

In diesem Sinne hatte auch Huber bemerkt:

„Hier verlangt die Natur der Sache, dass das *Wegfallen des Bevormundungsgrundes* mit der *gleichen Sorgfalt* behandelt werde, wie die *Feststellung des Grundes der Entmündigung*. Und erst nachdem diese Feststellung erfolgt ist, hört die Bevormundung auf.
Nun wird man allerdings den Grundsatz aufstellen müssen, dass mit dem faktischen Wegfallen des Bevormundungsgrundes die Behörde verpflichtet sei, die Bevormundung aufzuheben. Zugleich aber verlangt es die Billigkeit, dass der Bevormundete selber und jedermann, der ein Interesse hat, berechtigt sei, diese Aufhebung zu beantragen."[3490]

In ihren Aussagen hoben Egger und Huber – implizit mit Blick auf die Schutzzwecke des Vormundschaftsrechts – also hervor, dass eine *Aufhebung* der Vormundschaft ebenso gründlich zu prüfen sei wie deren *Errichtung*. Was dies *im Einzelnen* bedeutete, soll nachfolgend geklärt werden.

5.2.1 Wegfall von Geisteskrankheit / Geistesschwäche, Art. 436 ZGB

Art. 436 ZGB[3491] bestimmte: „Die Aufhebung einer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche angeordneten Vormundschaft darf nur erfolgen, nachdem das *Gutachten von Sachverständigen* eingeholt und festgestellt ist, dass der *Bevormundungsgrund nicht mehr besteht*."

[3485] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 433; vgl. auch EGGER II, Rn. 11 f. zu Art. 433.
[3486] Vgl. EGGER II, Rn. 6 ff., 1 zu Art. 433, Rn. 3 zu Art. 434/435, Rn. 4 zu Art. 436; EGGER I, Anm. 1b zu Art. 434.
[3487] Vgl. Kapitel 2.2.
[3488] So behielt Art. 434 Abs. 2 ZGB die *Weiterziehung an das Bundesgericht* vor; ferner statuierte Art. 435 ZGB eine Pflicht (bloss deklaratorischer Natur) zur *Publikation der Aufhebung*, falls die Entmündigung veröffentlicht worden war (dazu Kapitel 2.4). Für die *entmündigungsgrundspezifischen Vorschriften* vgl. Kapitel 5.2.1-3. Ansonsten überliess Art. 434 Abs. 1 ZGB die Regelung des Aufhebungsverfahrens den *Kantonen*. Vgl. zum Ganzen die teils abw. (s. Fn. 3482) *Entwürfe*: Art. 445 E-ZGB und Art. 464 VE-ZGB.
[3489] EGGER I, Vorbem. zu Art. 431 ff., vgl. auch Anm. 1a, 1b zu Art. 434; EGGER II, Rn. 1 zu Art. 431, Rn. 1 zu Art. 434/435.
[3490] Erl. Bd. I, S. 313 (= BeK II, Rn. 806 f.); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1312.
[3491] Identisch Art. 446 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 465 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 808).

Das ZGB sah eine *Begutachtung* „geisteskranker" bzw. „geistesschwacher" Personen also nicht nur für die *Entmündigung* vor (vgl. Art 374 ZGB[3492]), sondern auch für die *Aufhebung* der Vormundschaft. Dazu stellte Egger fest, die Sachverständigen – idealerweise dieselben, die schon im Entmündigungsverfahren mitgewirkt hatten – müssten zum Ergebnis gelangen, beim Betroffenen sei entweder *dauernde Heilung* oder zumindest eine solche *Besserung* eingetreten, dass eine Entmündigungs*voraussetzung* nicht mehr vorliege.[3493] Zur Konstellation, dass der Bevormundete trotz Heilung bzw. Besserung seines Zustandes namentlich noch eine Beistands- bzw. Fürsorgebedürftigkeit aufwies, bemerkte Egger in der *Erstauflage*, hier „kann […] nur noch die Fortdauer der *Vormundschaft aus anderem Grunde* in Frage kommen […]".[3494] In der *Zweitauflage* führte er hingegen aus, zu prüfen sei die Bestellung eines *Beistandes* bzw. *Beirates*.[3495] Diese Aussagen sind *nicht* widersprüchlich – denn wie schon dargelegt[3496], propagierte Egger in *beiden* Kommentarauflagen, dass stets die *mildest mögliche Massnahme* anzuordnen sei; in der Zweitauflage sprach Egger dieses Prinzip in vorliegendem Zusammenhang lediglich nochmals *explizit* aus.[3497]

5.2.2 Wegfall von Verschwendung / Trunksucht etc., Art. 437 ZGB

Art. 437 ZGB[3498] bestimmte: „Die Aufhebung einer wegen Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels oder wegen der Art und Weise der Vermögensverwaltung angeordneten Vormundschaft darf der Bevormundete[3499] nur dann beantragen, wenn er seit mindestens einem Jahre mit Hinsicht auf den Bevormundungsgrund nicht mehr Anlass zu Beschwerden gegeben hat."

Bemerkenswert ist vorliegend Eggers Ansicht betreffend die in dieser Norm erwähnten *Einjahresfrist*: Egger hielt fest, „der Gesetzgeber geht von der Annahme aus, daß der Grund [sc. für die Vormundschaft] nicht mehr bestehe, wenn der Bevormundete sich während dieser Frist hat halten können".[3500] Dieser Frist mass Egger allerdings bloss formale Bedeutung zu. Entscheidend war s.E. nämlich nicht, *ob* während dieser Frist *tatsächlich* keine Beschwerden eingegangen sind, „sondern daß *kein Grund* zu

---

[3492] Vgl. dazu Kapitel 2.3.

[3493] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 436; EGGER II, Rn. 2, 3 zu Art. 436.

[3494] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 436. Beachte auch den Hinweis in Fn. 3459.

[3495] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 436, s. auch allgemein Rn. 8 f. zu Art. 433. Beachte sodann den Hinweis in Fn. 3459.

[3496] Vgl. nur bei Fn. 2558.

[3497] Vgl. zur Umwandlung der Vormundschaft in eine Beistand- bzw. Beiratschaft EGGER II, Rn. 4 i.V.m. Rn. 8 f. zu Art. 433; EGGER I, Anm. 1a zu Art. 433.

[3498] Nach Art. 447 E-ZGB „[durfte] die Aufhebung […] nur erfolgen, wenn der Bevormundete seit mindestens zwei Jahren mit Hinsicht auf den Bevormundungsgrund keinen Anlass zu Beschwerden gegeben [hatte]". So auch Art. 446 VE-ZGB, der bestimmte, dass der Bevormundete „seit mindestens zwei Jahren zu keiner Klage Anlass gegeben" haben durfte – den Passus „mit Hinsicht auf den Bevormundungsgrund" enthielt der VE-ZGB nicht. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 808); Prot., S. 496 (= BeK III, Rn. 4803).

[3499] In der Zweitauflage stellte Egger klar, nur der *Bevormundete* (und nicht *Dritte* bzw. die *Vormundschaftsbehörde*) werde durch die *Einjahresfrist* „in seinem Antragsrecht beschränkt"; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 437. Bei genauer Betrachtung stimmt diese Ansicht überein mit EGGER I, Anm. 2 i.V.m. Anm. 1 zu Art. 437.

[3500] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 437.

solchen *vorlag*".[3501] Entgegen dem Gesetzeswortlaut folgerte Egger daraus in beiden Kommentarauflagen, dass wenn der Wegfall des Entmündigungsgrundes „mit Sicherheit[3502] konstatiert werden kann (Art. 433 Abs. 2)", die Vormundschaft bereits *vor Ablauf der Einjahresfrist* aufgehoben werden dürfe – und umgekehrt eine Aufhebung unzulässig sei, wenn bei selbst „beschwerdelose[m] Fristablauf" z.B. die Verschwendungssucht nicht behoben oder der lasterhafte Lebenswandel nicht abgelegt seien; der Bevormundete m.a.W. auf die vormundschaftliche Fürsorge noch nicht verzichten könne.[3503] Entsprechend hielt Egger in der Zweitauflage ausdrücklich fest, dass die Behörde je nach Sachlage berechtigt sei, „eine *längere Bewährung* zu verlangen".[3504]

5.2.3 Beendigung bei Vormundschaft auf eigenes Begehren, Art. 438 ZGB

Art. 438 ZGB[3505] bestimmte: „Die Aufhebung einer auf eigenes Begehren des Bevormundeten angeordneten Vormundschaft darf nur erfolgen, wenn der Grund des Begehrens dahingefallen ist."

Eggers Ausführungen zu Art. 438 ZGB widerspiegeln die (rein dogmatischen) Unterschiede, welche sich bezüglich der Frage ergaben, worin Egger bei Art. 372 ZGB[3506] den Entmündigungs*grund* und worin die Entmündigungs*voraussetzung* erblickte.[3507] Wie dort, stimmen im *Ergebnis* aber auch hier beide Kommentarauflagen überein: Egger machte deutlich, dass die Aufhebung einer auf eigenes Begehren hin ausgesprochenen Vormundschaft „nicht nur vom Willen des Bevormundeten [abhängt]", sondern auch davon, dass „die objektiven Gründe der Entmündigung weggefallen" sind – Egger verlangte somit (in der Terminologie der *Zweitauflage*[3508]), dass der Entmündigungs*grund*, also Altersschwäche, Gebrechen oder Unerfahrenheit, entweder weggefallen war oder sich zumindest derart gebessert hatte, dass die Entmündigungs*voraussetzung*, also die Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten, nicht mehr bestand.[3509] In diesem Sinne hatte auch Huber klargestellt, weder der Wegfall der Einwilligung zur Bevormundung noch das eigene Begehren auf Aufhebung derselben genügten für sich allein genommen für eine Aufhebung der Vormundschaft – vielmehr müsse der *Grund* für die Bevormundung *weggefallen* sein.[3510]

[3501] EGGER II, Rn. 5 zu Art. 437; vgl. auch EGGER I, Anm. 1 zu Art. 437.

[3502] Diese Prüfung hielt Egger besonders bei Verschwendung und Misswirtschaft für schwierig, da dem Bevormundeten durch die Vormundschaft ja „gerade die befürchtete Betätigungsmöglichkeit" genommen worden sei; EGGER I, Anm. 1 zu Art. 437; vgl. auch EGGER II, Rn. 2 zu Art. 437. In der Zweitauflage (a.a.O.) verlangte er daher den Nachweis, „daß der Bevormundete nunmehr versteht, mit seiner Habe haushälterisch umzugehen, daß er nunmehr vermag, über seine Einkünfte und seine Arbeitskraft angemessen zu verfügen, daß die verschwenderischen Neigungen überwunden sind". Vgl. in diesem Sinne auch EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 437.

[3503] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 437; vgl. auch EGGER II, Rn. 5 ff. zu Art. 437.

[3504] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 437, vgl. auch Rn. 5 zu Art. 437.

[3505] Materiell übereinstimmend Art. 448 E-ZGB und Art. 467 VE-ZGB.

[3506] Vgl. dazu Kapitel 1.2.4.

[3507] Vgl. dazu bei Fn. 2711 (Zweitauflage) versus bei Fn. 2710 (Erstauflage).

[3508] Wie Fn. 3507.

[3509] EGGER I, Anm. 2 zu Art. 438; vgl. auch EGGER II, Rn. 1 zu Art. 438.

[3510] Vgl. Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 808); Prot., S. 497 (= BeK III, Rn. 4815).

6. Besonderheiten des Vormundschaftsrechts

6.1 Familienvormundschaft, Art. 362-366 ZGB

In den Art. 362-366 ZGB[3511] regelte das Gesetz die *„Familienvormundschaft"*[3512]. Diese stellte innerhalb des Systems des Vormundschaftsrechts des ZGB insofern eine Besonderheit dar, als hier „die Befugnisse und Pflichten und die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörde auf einen *Familienrat*[3513] übertragen [wurden]", Art. 362 Abs. 2 ZGB. Angeordnet wurde die Familienvormundschaft, vgl. Art. 363 ZGB, durch die Aufsichtsbehörde auf *Antrag* von bestimmten mit dem Bevormundeten[3514] nahe verbundenen Personen dann, wenn, vgl. Art. 362 Abs. 1 ZGB, ausnahmsweise „die *Interessen des Bevormundeten* wegen Fortführung eines Gewerbes, einer Gesellschaft und dergleichen es [rechtfertigten]"[3515], *und*, vgl. Art. 365 ZGB, nachdem „die Mitglieder des Familienrates […] für die richtige Erfüllung ihrer Pflichten *Sicherheit*" *geleistet* hatten. Im Übrigen „[konnte] die Aufsichtsbehörde die Familienvormundschaft jederzeit aufheben, wenn der Familienrat seine Pflicht nicht [erfüllte] oder wenn die Interessen des Bevormundeten es [erforderten]", Art. 366 ZGB.
Egger bemerkte in der Zweitauflage, die Familienvormundschaft sei „nicht nur aus Rücksicht auf bisheriges kantonales Recht, sondern auch um allen Sonderbedürfnissen Rechnung zu tragen", ins ZGB aufgenommen worden – zudem sei sie in der Literatur „auch als Mittel zur Stärkung des Familiengedankens empfohlen" worden.[3516] Er konstatierte aber, dass „das Begehren um Familienvormundschaft ziemlich selten gestellt zu werden [scheint]", was Egger darauf zurückführte, dass das ZGB auch „andere Wege" kenne, um dem Bevormundeten eine selbständigere Position zu verschaffen – konkret wies Egger inhaltlich auf die Art. 410-414 ZGB hin.[3517]
Huber hatte zur Familienvormundschaft allgemein bemerkt:

> „Was man gegen diese Einrichtung einwendet, liegt namentlich darin, dass die Zusammensetzung[3518] des Familienrates bei einigermassen zersplitterter Verwandtschaft vielen Zufälligkeiten ausgesetzt ist, dass sich in seinem Verhalten keine konstante Praxis zu entwickeln, keine genauere Kenntnis der Verhältnisse auszubilden vermag. […] Wo der Familienrat günstig zu wirken vermag, d.h. in den Fällen, wo die Familie ein Interesse daran hat, dass fremde Personen von der genaueren Kenntnis der Verhältnisse des Mündels ausgeschlossen werden […], da kann die Anerkennung einer Familienbevormundung als Ausnahme zweifelslos zu einer Wohltat werden. Das sind die Fälle,

---

[3511] Für die weitgehend übereinstimmenden *Entwürfe* vgl. Art. 370-374 E-ZGB und Art. 388-392 VE-ZGB.
[3512] Vgl. nur die Marginalie zu den Art. 362 ff. ZGB.
[3513] Dieser wurde gemäss Art. 364 ZGB „von der Aufsichtsbehörde aus wenigstens drei zur Besorgung einer Vormundschaft geeigneten Verwandten des Bevormundeten auf je vier Jahre zusammengesetzt" (Abs. 1), wobei „der Ehegatte des Bevormundeten dem Familienrat angehören [konnte]" (Abs. 2).
[3514] Vorliegen musste eine *unmündige, der Vormundschaft bedürftige Person* oder eine bereits *entmündigte Person*; vgl. explizit EGGER II, Rn. 3, 7 zu Art. 362.
[3515] Für Beispiele vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 362; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 362.
[3516] EGGER II, Rn. 2 zu Art. 361; vgl. auch EGGER I, Anm. 1a zu Art. 361.
[3517] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 363; vgl. dazu auch Kapitel 4.3.2-5.
[3518] Vgl. dazu Fn. 3513.

für die der Familienrat eigentlich nach seinem Wesen beschränkt zu sein scheint. Für sie hat denn auch der Entwurf [sc. VE-ZGB] die Einrichtung der Familienbevormundung aufgenommen. Für alle anderen, oder mithin als Norm, verlangt er eine behördliche Vormundschaft."[3519]

Huber hatte somit die Ersetzung der Vormundschaftsbehörde durch einen Familienrat befürwortet, wenn ein entsprechendes Bedürfnis bestand – aufgrund der „Ausnahmestellung, in der die ganze Institution sich befindet", aber einerseits betont, dass die Aufsichtsbehörde die Familienvormundschaft aufheben müsse, „sobald sie nicht richtig zu funktionieren vermag", und andererseits die Pflicht der Mitglieder des Familienrats zur Sicherheitsleistung für das Mündelvermögen hervorgehoben.[3520]

6.2 Elterliche Gewalt anstelle der Vormundschaft, Art. 385 Abs. 3 ZGB

Eine sonderbare Regelung beinhaltete sodann Art. 385 Abs. 3 ZGB[3521]. Gemäss dieser Bestimmung „[trat], wenn *mündige Kinder* entmündigt [wurden], […] *an Stelle der Vormundschaft* in der Regel die *elterliche Gewalt*". In diesem Sinne bestimmte auch Art. 273 Abs. 2 ZGB[3522], dass „mündige Kinder, die entmündigt [wurden], unter der elterlichen Gewalt [standen], wenn die zuständige Behörde es nicht für angezeigt [erachtete], ihnen einen Vormund zu bestellen".
Die *Entmündigung* eines mündigen Kindes – also letztlich jeder Person, deren Vater oder Mutter noch lebte – führte somit nicht *zwingend* zur Vormundschaft, sondern *konnte* auch „zum Wiederaufleben der elterlichen Gewalt" führen.[3523] Bezüglich den beiden zitierten Gesetzesbestimmungen bemerkte Egger, ebendiese erweckten den Anschein, „daß die elterliche Gewalt *von Gesetzes wegen*[3524] eintrete, wenn es die Behörde nicht als angezeigt erachte, (ausnahmsweise) einen Vormund zu bestellen" – dies sei allerdings unzutreffend; die Behörde habe darüber stets eine *Entscheidung* zu treffen.[3525] Dazu stellte Egger klar:

„Nur *in der Regel* soll elterliche Gewalt eintreten. Damit stellt der Gesetzgeber diese Wahlmöglichkeit in erste Linie, aber es bedarf der Prüfung in jedem Falle, ob sie *in concreto* die richtige Lösung sei. Daß das Gesetz dabei keineswegs nur auf wichtige Gründe abstellt, sondern dem *Ermessen allen Raum* läßt, geht auch aus Art. 273 Abs. 2 hervor: wenn die Behörde es nicht für *angezeigt* erachte, einen *Vormund* zu bestellen.

[3519] Erl. Bd. I, S. 282 f. (= BeK II, Rn. 703); vgl. auch Prot., S. 413, 415 (= BeK III, Rn. 4042, 4061); StenBull NR 1905, S. 1252 f., 1261 f.
[3520] Dazu und für Näheres zur Familienvormundschaft vgl. Erl. Bd. I, S. 290 f. (= BeK II, Rn. 722 f.).
[3521] Materiell übereinstimmend mit Art. 385 Abs. 3 bzw. Art. 273 Abs. 2 ZGB waren Art. 394 Abs. 3 bzw. Art. 283 Abs. 2 E-ZGB; vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 36 (= BeK III, Rn. 11322). Art. 299 Abs. 2 VE-ZGB verlangte für die Vormundsbestellung „triftig[e] Gründ[e]". Vgl. dazu die knappen Aussagen Hubers in Erl. Bd. I, S. 258 (= BeK II, Rn. 628).
[3522] Für die *Entwürfe* vgl. Fn. 3521.
[3523] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 273.
[3524] Insofern widersprüchlich die *Erstauflage*, wo Egger in Anm. 3c zu Art. 273 eine solche Rechtsfolge wohl annahm – diese Ansicht dann aber in Anm. 3 zu Art. 385 implizit wieder verwarf.
[3525] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 385; vgl. auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 385.

> Dies letztere ist stets nötig, wenn die Eltern *ungeeignet oder unfähig* zur Ausübung der Gewalt sind, Art. 379. […]"[3526]

Konkret führte Egger zu Letzterem aus:

> „Die Eltern sind oft schon wegen höheren Alters nicht willig oder nicht fähig zur Wiederaufnahme der Gewalt. Vor allem erscheint in vielen Fällen das Vertrauensverhältnis als erschüttert; Eltern und Kinder begegnen sich mit Mißtrauen, die Kinder sind ihre eigenen Wege gegangen, die elterliche Autorität hat versagt. Diese eignet sich nicht bei Entmündigung wegen Trunksucht, Verwahrlosung, zumeist auch nicht bei Verschwendung und Mißwirtschaft, besonders auch nicht, wenn der Entmündigte schon verheiratet ist […]."[3527]

In *inhaltlicher Hinsicht* konstatierte Egger, die Erziehungsrechte der Eltern richteten sich vorliegend nur „zum geringsten Teil" nach den Art. 275 ff. ZGB, zumal „die Eltern das *entmündigte* Kind nicht zu erziehen, sondern in anderer den Verhältnissen angemessener Weise für das Wohl desselben zu sorgen [haben]" – Anwendung im Bereich der *persönlichen Fürsorge* fand nach Eggers Ansicht daher Art. 406 ZGB[3528]; demgegenüber war die *Vermögensfürsorge* s.E. nach Art. 290 ff. ZGB[3529] auszuüben, dies namentlich mit der Folge, dass die Pflichten entfielen sowohl zur Inventaraufnahme, Art. 398 ZGB[3530]; zur periodischen Berichterstattung bzw. Rechnungslegung, Art. 413 Abs. 2 ZGB[3531]; und ebenso zur behördlichen Zustimmung zu bestimmten Geschäften, Art. 421 f. ZGB[3532] – die *Vertretung* des Kindes richtete sich nach Eggers Ansicht nach Art. 279 ff. ZGB[3533]; das *behördliche Einschreiten* nach Art. 283 ff., 297 f. ZGB[3534]; die *Entziehung der elterlichen Gewalt* stand s.E. hingegen im behördlichen Ermessen und richtete sich nicht nach Art. 285 ZGB[3535]; für die *Beendigung der elterlichen Gewalt* über entmündigte Kinder verwies Egger auf die Art. 432 ff.[3536] bzw. Art. 441 ff. ZGB[3537].[3538]

[3526] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 385, vgl. auch Rn. 10 zu Art. 273; EGGER I, Anm. 3 zu Art. 385, wonach die Gründe für die *Vorenthaltung* der elterlichen Gewalt i.S.v. Art. 385 Abs. 3 ZGB „keineswegs so schwerwiegende" zu sein brauchten wie dies Art. 285 ZGB für deren *Entziehung* verlangte.
[3527] EGGER II, Rn. 6 zu Art. 385.
[3528] Vgl. dazu Kapitel 4.1.2.
[3529] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.1.2.
[3530] Vgl. dazu Kapitel 4.2.2.1.
[3531] Vgl. dazu Kapitel 4.2.4.
[3532] Vgl. dazu Kapitel 4.2.3.
[3533] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.1.1.3.
[3534] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.2.2.4.
[3535] Vgl. dazu Kapitel II.a.5.2.2.4.2.
[3536] Vgl. dazu Kapitel 5.
[3537] Vgl. dazu Kapitel 3.3.
[3538] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 273; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 385, Rn. 10 zu Art. 273. Im Sinne des Gesagten kann auch folgende äusserst knappe Bemerkung Hubers in anderem Zusammenhang verstanden werden, wonach „die Ausübung der elterlichen Gewalt aber gegenüber dem Entmündigten eine andere sein [werde] als gegenüber Unmündigen"; vgl. Prot., S. 410 (= BeK III, Rn. 4019).

b) Beistandschaft

Im Gegensatz zur *Vormundschaft*, bei welcher dem Vormund die *umfassende Fürsorge* für Person und Vermögen des Bevormundeten oblag, wurde bei der *Beistandschaft* der Beistand von der Vormundschaftsbehörde[3539] – in der Regel[3540] – lediglich *„für einzelne Geschäfte eingesetzt"* („Vertretungsbeistandschaft"[3541]) und / oder *„mit Vermögensverwaltung betraut"* („Verwaltungsbeistandschaft"[3542]), Art. 367 Abs. 2 ZGB[3543].[3544] *Stets* blieb einem Verbeiständeten – sofern keine *Beiratschaft*[3545] als Sonderform der Beistandschaft vorlag – die *volle Handlungsfähigkeit* erhalten, Art. 417 Abs. 1 ZGB[3546].

Im Übrigen „[galten] für den *Beistand*, soweit keine besondern Vorschriften aufgestellt [waren], die *Bestimmungen* dieses Gesetzes *über den Vormund*", Art. 367 Abs. 3 ZGB[3547].[3548] Ebenso „[galten] für das *Verfahren* die *gleichen Vorschriften wie bei der Bevormundung*", Art. 397 Abs. 1 ZGB[3549], – allerdings „[wurde] die Ernennung nur veröffentlicht, wenn es der Vormundschaftsbehörde als zweckmässig [erschien]", Art. 397 Abs. 2 ZGB[3550].

[3539] Zur *örtlichen Zuständigkeit* derselben vgl. Art. 396 ZGB (wobei Egger aber betreffend die *Beirats*bestellung den Art. 376 ZGB – dazu bei Fn. 2722 – für anwendbar hielt; vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 396; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 396). Für die *Entwürfe* vgl. direkt Art. 404 E-ZGB und Art. 424 VE-ZGB.

[3540] Vgl. bei Fn. 3556.

[3541] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff., Anm. 1c, 2 zu Art. 392; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 392, Rn. 2 zu Art. 417.

[3542] EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff., Anm. 1 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 392, Rn. 2 zu Art. 417.

[3543] Wörtlich fast identisch Art. 375 Abs. 3 E-ZGB und Art. 393 Abs. 3 VE-ZGB; vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 286, 299 ff. (= BeK II, Rn. 709 ff., 753 ff.); StenBull NR 1905, S. 1255, 1293.

[3544] Vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 360, Anm. 1b zu Art. 392, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff.; EGGER II, Rn. 13, 15 zu Art. 367, Rn. 3, 4, 7, 20 zu Art. 392, Rn. 8 zu Art. 393, Rn. 5 zu Art. 396, Rn. 2, 5 zu Art. 417, Rn. 1 zu Art. 418.

[3545] Dazu Kapitel 3.

[3546] Unter Berücksichtigung des in Fn. 3602 Gesagten war Art. 426 Abs. 1 E-ZGB identisch. Art. 446 Abs. 2 VE-ZGB bestimmte das in Art. 417 Abs. 1 ZGB Gesagte nur für die Fälle der *Verwaltungs*beistandschaft explizit, galt aber auch für die *Vertretungs*beistandschaft; vgl. Erl. Bd. I, S. 300 f. (= BeK II, Rn. 755, 759); Prot., S. 476 (= BeK III, Rn. 4597 ff.).

[3547] Materiell übereinstimmend Art. 376 E-ZGB und Art. 394 VE-ZGB.

[3548] Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 3 zu Art. 367; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 367, Rn. 2 zu Art. 392, Rn. 1, 9-13 zu Art. 417, Rn. 7 zu Art. 395. Zur Anwendbarkeit der *Art. 398 ff. ZGB* vgl. direkt EGGER I, Anm. 2 zu Art. 419; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 367, Rn. 9 zu Art. 419. Zu *Amtsdauer* und *Entschädigung* des Beistandes Art. 417 Abs. 2 ZGB (übereinstimmend Art. 426 Abs. 3 E-ZGB, Art. 446 Abs. 3 VE-ZGB). Auch Huber hatte festgehalten, die Organe *Vormund* und *Beistand* hätten „den gleichen Charakter, ihre Grundlage in Recht und Pflicht ist dieselbe, beide sind Ämter"; zudem „wird das Amt für die Regel auch der gleichen Obervormundschaft oder staatlichen Aufsicht unterstellt"; ferner „[ist] die Verantwortlichkeit die gleiche"; Erl. Bd. I, S. 286 (= BeK II, Rn. 711). Huber hatte daher bemerkt, „wo in einer Vorschrift vom *Vormund* […] die Rede ist, gilt sie in der Regel auch für den *Beistand*"; Erl. Bd. I, S. 291 (= BeK II, Rn. 724), s. auch S. 306 (= BeK II, Rn. 781).

[3549] Materiell übereinstimmend Art. 405 Abs. 1 E-ZGB und Art. 425 Abs. 1 VE-ZGB. Beachte aber Eggers Kommentierungen zu Art. 397 ZGB; EGGER II, Rn. 5 zu Art. 395.

[3550] Materiell übereinstimmend Art. 405 Abs. 2 E-ZGB und Art. 425 Abs. 3 VE-ZGB. Da eine *Beistandschaft* grundsätzlich keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten hatte, lag nach Eggers Ansicht in der Veröffentlichung „nur eine Einladung, sich in Angelegenheiten des Verbeiständeten an den Beistand zu wenden"; EGGER I, Anm. 3a zu Art. 397; vgl. auch EGGER II, Rn. 4 zu Art. 397; Erl. Bd. I, S. 302 (= BeK II, Rn. 762). Anders bei der *Beiratschaft*, wo nach Eggers Ansicht eine Veröffentlichung i.S.v. Art. 375 ZGB (vgl. Kapitel a.2.4) i.d.R. nötig war; vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 397; EGGER II, Rn. 8 zu Art. 397.

Vor dem Hintergrund dieser Regelungen konstatierte Egger:

> „Eine Person kann in *so weitem Umfange schutzbedürftig und unfähig* sein, daß ihr die *Handlungsfähigkeit entzogen* werden muß. Dann wird sie *entmündigt*. Eine Folge dieses Entzuges der Handlungsfähigkeit ist dann die Bestellung des *Vormundes*. Eine Person kann aber auch *nur tatsächlich an der Wahrung ihrer Interessen verhindert* sein. Oder die *Unfähigkeit kann nur eine teilweise, beschränkte, vorübergehende* sein. Dann liegt kein Grund vor, ihr die Handlungsfähigkeit zu entziehen. Sie bleibt handlungsfähig. Die erforderliche vormundschaftliche Fürsorge soll ein *Beistand* leisten. Doch ist ein dritter, ein *mittlerer Fall* möglich. Die Schutzbedürftigkeit erfordert eine *Beschränkung der Handlungsfähigkeit, einen teilweisen Entzug*. Infolgedessen muß dann für Ersatz der Fähigkeit, soweit sie entzogen wurde, gesorgt werden. Dies geschieht durch Bestellung eines *Beirates*. Grundlage ist stets das Maß der vorhandenen Handlungsfähigkeit. Danach sind auch die Aufgaben von Vormund und Beistand verschieden […].“[3551]

Auch Huber hatte bemerkt, anders als der *„ordentlich[e]“ Vormund*, der „die volle Sorge für eine Person“ ausübe, besorge der *„ausserordentlich[e]“ Vormund* – der „Beistand“ – „nur ein bestimmtes Stück dieses Ganzen, sei es die Mitwirkung in bezug auf ein einzelnes Geschäft, sei es die Fürsorge nach einer bestimmten beschränkten Richtung“.[3552]

In der hiervor zitierten Aussage hob Egger letztlich die von ihm propagierte *„Stufenfolge“*[3553] vormundschaftlicher Massnahmen hervor – diese Massnahmen sollten s.E. „dem *Schutzbedürfnis* entsprechen, ihm genügen, aber nicht darüber hinausgehen […]“.[3554] In diesem Zusammenhang wies Egger denn auch darauf hin, dass eine Beistandschaft nicht nur „auf die *Dauer* angelegt *oder* […] zu *vorübergehendem Zwecke*, insbesondere zur *Besorgung eines einzelnen Geschäftes*“ angeordnet werden könne, sondern – gerade bei der Beistandschaft auf eigenes Begehren, Art. 394 ZGB[3555] – auch zur vorübergehenden oder dauernden *umfassenden* Fürsorge, wobei letzterer Fall s.E. aber voraussetzte, dass das Fürsorgebedürfnis des Betroffenen gerade kein so intensives war, dass sich eine *Bevormundung* aufdrängte; zugleich stellte Egger klar,

---

Im Übrigen bestimmte Art. 440 ZGB, dass „das *Aufhören der Beistandschaft* in einem amtlichen Blatt zu veröffentlichen [war], wenn deren Anordnung veröffentlicht [worden war] oder die Vormundschaftsbehörde es sonst für angezeigt [erachtete]“. Vgl. dazu EGGER I, Komm. zu Art. 440; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 439/440. Materiell übereinstimmend Art. 449 Abs. 3 E-ZGB und Art. 468 Abs. 3 VE-ZGB.

[3551] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 360, s. auch Anm. 3a zu Art. 360; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 392, Rn. 9 f. zu Art. 395.

[3552] Erl. Bd. I, S. 285 f. (= BeK II, Rn. 709 f.); vgl. auch Botsch.-ZGB, S. 45 (= BeK III, Rn. 11349). Die *Entwürfe* differenzierten zwischen dem „ordentlichen Vormund“ und dem „Beistand“, vgl. Art. 375 E-ZGB und Art. 393 VE-ZGB.

[3553] Vgl. dazu schon bei Fn. 2558.

[3554] EGGER II, Rn. 7 zu Art. 392; vgl. auch EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 3c zu Art. 393.

[3555] Gemäss Art. 394 ZGB „[konnte] einer mündigen Person auf ihr Begehren ein Beistand gegeben werden, wenn die *Voraussetzungen der Bevormundung auf eigenes Begehren* [vorlagen]“ (dazu Kapitel III.a.1.2.4). Wörtlich fast identisch Art. 403 E-ZGB. Der VE-ZGB enthielt diese Bestimmung nicht – Huber hatte die Verbeiständung auf eigenes Begehren aber mit Blick auf die Möglichkeit der *Bevormundung* auf eigenes Begehren (vgl. Art. 372 ZGB) für möglich gehalten, zumal „das minus im majus enthalten sei“; vgl. Prot., S. 425 (= BeK III, Rn. 4134); vgl. auch StenBull NR 1905, S. 1255.

auch der Umstand der *umfassenden* beistandschaftlichen Fürsorge ändere nichts am Bestehen der vollen Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten.[3556]
Ob im Einzelfall eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft anzuordnen war[3557], hing für Egger davon ab, „ob dem Schutzbedürftigen[3558] die *Handlungsfähigkeit* belassen werden darf[3559] […]".[3560] Entsprechend hielt er die Anordnung einer Beistandschaft – als mildeste vormundschaftliche Massnahme – stets dann für angebracht, wenn das Schutzbedürfnis der betroffenen Person dies *zuliess*[3561] (bzw. wenn eine „schon *vorhandene gesetzliche Vertretung* nicht [ausreichte][3562]").[3563] Zur *Bevormundung* durfte nach Eggers Ansicht folglich nur geschritten werden, wenn diese das einzige Mittel zur Befriedigung des – „allgemeine[n] *und* tiefe[n]" – Schutzbedürfnisses des Betroffenen bot.[3564]

1. Vertretungsbeistandschaft, Art. 392 ZGB

Art. 392 ZGB[3565] bestimmte:

> „Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand da, wo das Gesetz es besonders vorsieht, sowie in folgenden Fällen:
> 1. wenn eine mündige Person in einer *dringenden Angelegenheit* infolge von Krankheit,

---

[3556] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 360, vgl. auch Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 3b zu Art. 392, Anm. 3a, 3c zu Art. 393, Komm. zu Art. 394, Anm. 3a zu Art. 417 (missverständlich insofern Anm. 3a zu Art. 360, Anm. 1 zu Art. 392); vgl. sodann EGGER II, Rn. 15, 14 zu Art. 367, Rn. 3, 5, 7 zu Art. 392, Rn. 15, 15a zu Art. 393, Rn. 2 ff., 7 f. zu Art. 394, Rn. 6 zu Art. 417.
[3557] *Diese* Frage wurde selbstredend nur dann aktuell, wenn die Anordnung einer Vormundschaft gestützt auf die Art. 368 ff. ZGB (dazu Kapitel III.a.1) überhaupt möglich war.
[3558] Bei der Beistandschaft nahm Egger aufgrund ihrer *Voraussetzungen* (s. Kapitel 1, 2) bzw. letztlich ihres *Zweckes* an, sie werde *„nur im Interesse des Verbeiständeten selbst"* – und nicht, wie die *Vormundschaft*, auch *im Interesse Dritter* – angeordnet. Doch sei Letzteres möglich, „z.B. zur Entgegennahme von prozessualen oder betreibungsrechtlichen Erklärungen, von Kündigungen usw., vgl. auch die Treuhandbeistandschaft Art. 823". Zum Ganzen: EGGER I, Anm. 2c zu Art. 392, Anm. 3b zu Art. 360; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 367.
[3559] Beachte denn auch die im Text zu Fn. 3579 geschilderte Problematik.
[3560] EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., vgl. auch Text zu Fn. 3551; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 392, Rn. 17 zu Art. 367, wo Egger einräumte, „die Anwendung bereitet große Schwierigkeiten", da „[es] im Einzelfall zweifelhaft sein [kann], wie vorzugehen sei" – „selbst offenbare Fehlenetscheidungen sind nicht ausgeschlossen".
[3561] Egger sprach hier von der *selbständigen Beistandschaft*; vgl. EGGER I, Anm. 3b zu Art. 360, Anm. 2a zu Art. 392; vgl. auch EGGER II, Rn. 14 zu Art. 367, Rn. 6 f., 12 zu Art. 392, *bzw.* (in der Zweitauflage, a.a.O.) von einer *Ersatzbeistandschaft*, wenn die Beistandschaft als *Ersatz* für die *Vormundschaft* diente.
[3562] Egger sprach hier von der *Ergänzungsbeistandschaft*; EGGER I, Anm. 3b zu Art. 360. Als konkretes Beispiel dafür nannte er a.a.O. etwa die Situation, dass eine *Kollision* zwischen den Interessen des *Vormundes* bzw. der *Eltern* einerseits und jenen des *Bevormundeten* andererseits vorlag, vgl. Art. 392 Ziff. 2 bzw. Art. 282 ZGB (s. Kapitel 1 und schon Kapitel III.a.4.3.6 bzw. Kapitel II.a.5.2.2.2). Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 2a zu Art. 392; EGGER II, Rn. 14 zu Art. 367, Rn. 6 f., 23 ff. zu Art. 392; Erl. Bd. I, S. 300 (= BeK II, Rn. 755).
[3563] EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 3a zu Art. 360, vgl. auch Anm. 3b zu Art. 360, Anm. 3c zu Art. 393, Anm. 2a-2c zu Art. 395; EGGER II, Rn. 3, 7, 8 zu Art. 392, Rn. 5 zu Art. 417, Rn. 9 f. zu Art. 395.
[3564] EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff.; vgl. auch EGGER II, Rn. 15a zu Art. 393 m.w.H.
[3565] Art. 422 VE-ZGB erwähnte – im Gegensatz zu Art. 401 E-ZGB – die Handlungspflicht von Amtes wegen nicht explizit, stimmte aber ansonsten materiell weitgehend mit Art. 392 ZGB überein. Vgl. dazu Erl. Bd. I, S. 300 (= BeK II, Rn. 755 ff.).

Abwesenheit oder dergleichen *weder selbst zu handeln*, noch einen *Vertreter zu bezeichnen* vermag,[3566]
2. wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen,[3567]
3. wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist[3568]."

In beiden Kommentarauflagen vertrat Egger die Ansicht, die in Art. 392 ZGB genannten Situationen seien *nicht abschliessend* aufgezählt. Diese Ansicht begründete er damit, dass die Norm selbst auf weitere im Gesetz erwähnte Fälle verwies, in denen die Beistandschaft anzuordnen war, sowie damit, dass *Art. 393 ZGB* die „für die zumeist weiterreichenden Fälle" der *Verwaltungsbeistandschaft* führenden Konstellationen nur illustrativ nannte.[3569]
Egger stellte fest, eine *Vertretungsbeistandschaft* „bezweckt […] die Vertretung einer Person in einzelnen Angelegenheiten oder einem Kreise solcher […]"[3570], wobei Egger vom *Leitgedanken* ausging, dass wenn eine Person ein *entsprechendes Schutzbedürfnis* in persönlicher oder vermögensrechtlicher Hinsicht aufweise, ihr der gebührende Schutz in Form einer Beistandschaft auch zukommen *müsse*.[3571] Ausdrücklich bemerkte er in der Zweitauflage:

„Auch die Bestellung eines Beistandes bedarf des *gesetzlichen Grundes*. Aus diesem ergibt sich der *Zweck der Bestellung* und die *Aufgabe des Beistandes* […] Ob aber ein solcher Grund vorliegt, wird bestimmt durch das *Gesetz und seine Auslegung*. […] So liegt auch dem farblosen Ingreß von Art. 392 (die Vorm-beh. *ernennt* einen Beistand) die *Amtspflicht* zu Grunde, die Bestellung auch vorzunehmen, *wo das Schutzbedürfnis dies gebietet* […]."[3572]

Dieses Schutzbedürfnis war für Egger gerade auch deshalb zentral, weil dem Beistand (i.d.R.[3573]) nur *konkret umschriebene Angelegenheiten* übertragen wurden – ihm also *nicht*, wie dem Vormund, die *umfassende* Fürsorge oblag. Entsprechend bestimmte Art. 418 ZGB[3574], dass der Beistand „die *Anweisungen* der Vormundschaftsbehörde *genau zu beobachten*[3575] [hatte]". Egger stellte klar:

[3566] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 3 zu Art. 392; EGGER II, Rn. 11-22 zu Art. 392.
[3567] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 4 zu Art. 392; EGGER II, Rn. 23-42 zu Art. 392; vgl. sodann schon Kapitel III.a.4.3.6, II.a.5.2.2.2.
[3568] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 5a zu Art. 392; EGGER II, Rn. 43-45 zu Art. 392.
[3569] Vgl. zum Ganzen: EGGER I, Anm. 2b, 5 zu Art. 392; EGGER II, Rn. 8 ff., 35 ff. zu Art. 392, Rn. 21 zu Art. 283, Rn. 13 zu Art. 297.
[3570] EGGER I, Anm. 1b zu Art. 392, vgl. auch Anm. 1c zu Art. 392.
[3571] Vgl. EGGER I, Anm. 2b zu Art. 392; EGGER II, Rn. 2, 9, 14 zu Art. 392, Rn. 1 zu Art. 418.
[3572] EGGER II, Rn. 8 zu Art. 392, vgl. auch Rn. 8a, 11, 14 zu Art. 392, Rn. 2 zu Art. 397, Rn. 9 zu Art. 394.
[3573] Vgl. Text zu Fn. 3556.
[3574] Identisch Art. 427 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 446 Abs. 1 VE-ZGB.
[3575] Falls eine von der Vormundschaftsbehörde an den Beistand erteilte Weisung den Interessen des Verbeiständeten zuwiderlief, oblag dem Beistand nach Eggers Ansicht die Pflicht, gegen eine solche Weisung – nötigenfalls mittels Beschwerde i.S.v. Art. 420 Abs. 2 ZGB – vorzugehen; vgl. EGGER I, Anm. 2 zu Art. 418; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 417, Rn. 2 zu Art. 418 i.V.m. Rn. 22 zu Art. 426, Rn. 2 zu Art. 419.

„Seine [sc. des Beistandes] Befugnisse sind […] *keine allgemeinen*. Sie reichen nur so weit, als sie ihm bei der Bestellung eingeräumt wurden. Beistandbestellung ist *Spezialfürsorge*."[3576]

Diese Spezialfürsorge bestand für Egger also in der *Fürsorge* durch den Beistand in denjenigen Situationen, für welche die Beistandschaft errichtet wurde. (Nur) in diesem Umfang stand dem Beistand nach Eggers Ansicht auch die *Vertretung* des Verbeiständeten zu, wobei Egger Ersterem die gleiche Rechtstellung zuwies wie einem *Bevollmächtigten*.[3577] Auch Huber hatte (wenngleich im Hinblick auf die *Vermögensverwaltung* i.S.v. Art. 393 ZGB) bemerkt:

„*Auch hier* gilt der Satz, dass Ernennung eines Beistandes keine Entmündigung bedeutet und die Handlungsfähigkeit der davon betroffenen Person nicht aufhebt. […] Nur wird auch hier der *Handlungsfähige anzuerkennen haben, was der Beistand als Verwalter innerhalb seiner Befugnis vorgenommen hat*. Es ist das Verhältnis analog demjenigen zwischen einem Prinzipal und seinem Generalbevollmächtigten oder Vermögensverwalter."[3578]

Dem Verbeiständeten blieb vorliegend somit die *Handlungsfähigkeit ohne Einschränkungen* erhalten, Art. 417 Abs. 1 ZGB, – weshalb Egger konstatierte, der Verbeiständete könne „die Handlungen des Beistandes durchkreuzen und illusorisch machen". [3579] Dieser Gefahr schuf s.E. die Beiratschaft [3580] (teilweise) bzw. die Vormundschaft[3581] (vollständig) Abhilfe – denn nur die Handlungs*un*fähigkeit biete „den weitestgehenden Schutz des Schutzebedürftigen, aber auch des Verkehrs und ermöglicht zugleich die wirksame, von Einsicht oder Einsichtslosigkeit des Mündels unabhängige Fürsorge".[3582] In der Zweitauflage hielt Egger dazu fest:

„In den meisten Fällen der Beistandschaft ist diese Lösung [sc. *keine* Beschränkung der Handlungsfähigkeit] völlig richtig, vgl. Ziff. 2 u. 3, Art. 393 Ziff. 1, 3-5, in andern erregt sie Bedenken. Denn ein Beistand kann auch kranken, gebrechlichen, geistesschwachen Personen, die sich unter uns aufhalten und betätigen, gegeben werden, vgl. Ziff. 1, Art. 393 Ziff. 2 […], 394 […]. Diese Personen leiden oft unter Suggestibilität, Willensschwäche und sind unfähig, Ansinnen und Zumutungen Widerstand zu leisten; so bleiben sie trotz der Beistandsbestellung der *Gefahr der Ausbeutung* ausgesetzt. Bei dieser Gruppe wäre eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit erwägenswert gewesen: zu ihrem eigenen Handeln sollten sie in bestimmtem Umfang doch die Mitwirkung des Beistandes benötigen, vgl. Art. 395 Abs. 1. Oder dieser sollte ihren Willenserklärungen gegenüber ein fristgebundenes Widerrufs- oder Anfechtungsrecht

---

[3576] EGGER I, Anm. 3a zu Art. 360, vgl. auch Anm. 1a zu Art. 392, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Komm. zu Art. 418; EGGER II, Rn. 13 zu Art. 367, Rn. 3 zu Art. 392, Rn. 10 zu Art. 417.

[3577] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 2a zu Art. 417, Anm. 2 zu Art. 418; vgl. auch EGGER II, Rn. 6 zu Art. 417, Rn. 15 zu Art. 367.

[3578] Erl. Bd. I, S. 301 (= BeK II, Rn. 759).

[3579] EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., vgl. auch Anm. 2a zu Art. 417, Anm. 6 zu Art. 419; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 392, Rn. 5, 7 zu Art. 417, Rn. 5 zu Art. 439/440; s. auch Erl. Bd. I, S. 300 (= BeK II, Rn. 755).

[3580] Dazu Kapitel 3.

[3581] Dazu Kapitel III.a.

[3582] EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff.; vgl. im Übrigen wie Fn. 3579.

haben […]. Wo diese Gefahren bestehen, wird zur *Beiratschaft* Zuflucht genommen werden müssen […].“[3583]

Aufgehoben – und zwar, wie Egger bemerkte, „*ipso iure*“ – wurde die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 439 Abs. 1 ZGB[3584], wenn die Angelegenheit, für welche der Beistand bestellt worden war, erledigt wurde.[3585]

2. Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 ZGB

Art. 393 ZGB[3586] bestimmte:

„*Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung*, so hat die Vormundschaftsbehörde das Erforderliche anzuordnen und namentlich in folgenden Fällen einen Beistand zu ernennen:
1. bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt,[3587]
2. bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen, falls nicht die Vormundschaft anzuordnen ist,[3588]
3. bei Ungewissheit der Erbfolge und zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt,[3589]
4. bei einer Körperschaft oder Stiftung, solange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist,[3590]
5. bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige und andere dem öffentlichen Wohle dienende Zwecke, solange für die Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt ist.[3591]“

Egger bemerkte, die Anordnung einer *Verwaltungsbeistandschaft* setze voraus, dass einem *Vermögen die Verwaltung fehle* und beim Betroffenen ein *Schutzbedürfnis* hinsichtlich der ganzen oder teilweisen *Vermögensverwaltung* (aufgrund einer der in Art. 393 ZGB – nicht abschliessend – aufgezählten Situationen) bestehe.[3592] Auch Huber hatte ausgeführt:

„Bei den Vermögensverwaltungen ist die allgemeine Voraussetzung, dass einem Vermögen die nötige Verwaltung fehle. Dann aber verlangt die allgemeine Ordnung, dass die Sache nicht der beliebigen Einmischung anderer ausgesetzt bleibe, sondern dass die zur Bewahrung erforderlichen Schritte von Amtes wegen getan werden.“[3593]

[3583] EGGER II, Rn. 3a zu Art. 392, vgl. auch Rn. 7 zu Art. 392.
[3584] Materiell übereinstimmend Art. 449 Abs. 1 E-ZGB und Art. 468 Abs. 1 VE-ZGB.
[3585] EGGER I, Anm. 1 zu Art. 439, vgl. auch Anm. 3a zu Art. 417; EGGER II, Rn. 1 ff., 6 zu Art. 439/440; Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 809). Zur *Veröffentlichung* des Aufhörens der Beistandschaft bei Fn. 3550.
[3586] Materiell übereinstimmend Art. 402 E-ZGB und Art. 423 VE-ZGB; vgl. auch Erl. Bd. I, S. 300 f. (= BeK II, Rn. 755 ff.).
[3587] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 2 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 10 zu Art. 393.
[3588] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 3 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 11-15a zu Art. 393.
[3589] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 4 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 16-21 zu Art. 393.
[3590] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 5 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 22-31 zu Art. 393.
[3591] Dazu im Einzelnen EGGER I, Anm. 6 zu Art. 393; EGGER II, Rn. 32 f. zu Art. 393.
[3592] Vgl. EGGER I, Anm. 1 zu Art. 393, Anm. 2 zu Art. 393, Anm. 1b zu Art. 392; EGGER II, Rn. 1, 2, 3 ff. zu Art. 393.
[3593] Erl. Bd. I, S. 300 (= BeK II, Rn. 758).

In *inhaltlicher Hinsicht* bestimmte Art. 419 Abs. 1 ZGB[3594], dass wenn „dem Beistand die Verwaltung oder Überwachung eines Vermögens übertragen [wurde], […] er sich auf die Verwaltung und die Fürsorge für die *Erhaltung des Vermögens* zu beschränken [hatte]".[3595] (Nur) in diesem Rahmen stand dem Beistand nach Eggers Ansicht folglich auch – selbst wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagte – die *Vertretung* zu, doch gab Egger zu bedenken, dass „die Fälle des Art. 392 und 393 ineinander [übergehen]", und „im einzelnen Fall die Zuteilung deshalb auch zweifelhaft sein [kann] […]".[3596]

Verfügungen, welche die *gewöhnliche Verwaltung* überstiegen, durfte der Beistand „nur auf Grund besonderer Ermächtigung vornehmen, die ihm *der Vertretene selbst*[3597] oder, wenn dieser hiezu *nicht fähig* [war], die *Vormundschaftsbehörde* [erteilte]", Art. 419 Abs. 2 ZGB.[3598] Zu dieser, inhaltlich schon in Art. 447 Abs. 3 VE-ZGB vorgesehenen, Regelung hatte Huber betont:

> „Für den Verwalter ist hervorzuheben, dass er nur mit der Verwaltung im üblichen Umfange betraut ist, unter der gleichen Verantwortlichkeit wie der ordentliche Vormund. Alle weiter notwendig werdenden Verfügungen setzen eine besondere Ermächtigung voraus, die der Vertretene selber, oder wenn er dazu nicht fähig ist, die Behörde erteilt. Selbstverständlich darf die Behörde auch in anderen Fällen, sobald der Vertretene eine Ermächtigung nicht erteilen kann, in entsprechender Weise einschreiten."[3599]

Gemäss Art. 439 Abs. 2 ZGB[3600] „[hörte] die Vermögensverwaltung auf, sobald der *Grund*, aus dem sie angeordnet [worden war], *weggefallen* und der Beistand *entlassen* [war]".[3601]

[3594] Wörtlich fast identisch Art. 428 E-ZGB; materiell übereinstimmend Art. 447 Abs. 2, 3 VE-ZGB.

[3595] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 3a zu Art. 419; EGGER II, Rn. 3 f. zu Art. 419; vgl. zu den behördlichen Weisungen auch hier die Fn. 3575.

[3596] EGGER I, Anm. 1c zu Art. 392, vgl. auch Anm. 1b zu Art. 392; EGGER II, Rn. 4 zu Art. 392, Rn. 8 zu Art. 393, Rn. 15 zu Art. 367.

[3597] Dies deshalb, weil der *Verbeiständete* ja die *Handlungsfähigkeit* behielt; vgl. EGGER I, Vorbem. zu Art. 417 ff., Anm. 4b zu Art. 419; EGGER II, Rn. 7 zu Art. 419.

[3598] Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 4 zu Art. 419; EGGER II, Rn. 5-10 zu Art. 419.

[3599] Erl. Bd. I, S. 306 f. (= BeK II, Rn. 781).

[3600] Materiell übereinstimmend Art. 449 Abs. 2 E-ZGB und Art. 468 Abs. 2 VE-ZGB.

[3601] Vgl. dazu auch EGGER I, Anm. 2 zu Art. 439, Anm. 3a zu Art. 417; EGGER II, Rn. 4 ff. zu Art. 439/440, wo Egger jeweils bemerkte, Art. 439 Abs. 2 ZGB gelte auch für die Aufhebung der Beistandschaft auf eigenes Begehren. Vgl. auch Erl. Bd. I, S. 314 (= BeK II, Rn. 809). Zur *Veröffentlichung* des Aufhörens der Beistandschaft vgl. bei Fn. 3550.

3. Beiratschaft als Sonderform der Beistandschaft, Art. 395 ZGB

Art. 395 ZGB[3602] bestimmte:

> „[1] Wenn für die *Entmündigung* einer Person *kein genügender Grund vorliegt*, gleichwohl aber *zu ihrem Schutze eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit* als notwendig erscheint, so kann ihr ein Beirat gegeben werden, dessen *Mitwirkung* für folgende Fälle erforderlich ist:
> 1. Prozessführung und Abschluss von Vergleichen,
> 2. Kauf, Verkauf, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken,
> 3. Kauf, Verkauf und Verpfändung von Wertpapieren,
> 4. Bauten, die über die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen hinausgehen,
> 5. Gewährung und Aufnahme von Darlehen,
> 6. Entgegennahme von Kapitalzahlungen,
> 7. Schenkungen,
> 8. Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten,
> 9. Eingehung von Bürgschaften.[3603]
>
> [2] Unter den gleichen Voraussetzungen kann die *Verwaltung des Vermögens dem Schutzbedürftigen entzogen werden*, während er über die Erträgnisse die freie Verfügung behält."

Anstelle einer *Beistandschaft i.S.v. Art. 392 f. ZGB* konnte (bzw. musste[3604]) die Vormundschaftsbehörde in den Fällen des Art. 395 ZGB eine *Beiratschaft* als *Sonderform* der Beistandschaft anordnen.[3605] Als Ausnahme der in Art. 417 Abs. 1 ZGB getroffenen Regelung, wonach „die Beistandschaft […] auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person *keinen Einfluss* [hatte]", erfuhr der *Verbeiratete*, vgl. Art. 395 ZGB, „eine *Beschränkung der Handlungsfähigkeit*".[3606]
Egger konstatierte, die Anordnung der Beiratschaft setze ein *Schutzbedürfnis* des Betroffenen – (primär) im Bereich *vermögensrechtlicher Angelegenheiten*[3607] – voraus,

---

[3602] Die *Entwürfe* sahen dieses Institut noch nicht vor. Allerdings bestimmte schon Art. 440 VE-ZGB, dass die Vormundschaftsbehörde den „auf eigenes Begehren oder wegen Geistesschwäche, Verschwendungssucht, Trunksucht oder lasterhaften Lebenswandels" Bevormundeten „in der Besorgung der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen und der Fürsorge für die täglichen Bedürfnisse die *Selbständigkeit [einräumen]*" konnte, „derer sie fähig [waren]". Dazu Erl. Bd. I, S. 284 f., 304 (= BeK II, Rn. 708, 774); Prot., S. 468 ff. (= BeK III, Rn. 4527 ff., insbes. Rn. 4537, 4542). Konzeptionell gemeint war hier die Einräumung einer *Handlungsfähigkeit*, wie dies Art. 412 ZGB tat (vgl. dazu Kapitel III.a.4.3.4). Eine fast identische Regelung wie der VE-ZGB, verbunden mit einem Recht zur Veröffentlichung, enthielt sodann Art. 421 E-ZGB – allerdings ohne Einschränkung auf bestimmte Bevormundungsfälle. Vgl. dazu Botsch.-ZGB, S. 47 (= BeK III, Rn. 11354); StenBull NR 1905, S. 1263 f. – beachte dann aber S. 1417 f.

[3603] Aufgrund der weitreichenden Konsequenzen der Beiratschaft ging Egger hier von einer abschliessenden Aufzählung aus; vgl. EGGER I, Anm. 3d zu Art. 395; EGGER II, Rn. 53 zu Art. 395. Zu diesen Fällen im *Einzelnen* vgl. EGGER I, Anm. 3d zu Art. 395; EGGER II, Rn. 52-66 zu Art. 395.

[3604] Das bei Fn. 3571 bzw. 3572 Gesagte galt auch für die *Beiratschaft*; vgl. EGGER I, Anm. 2d zu Art. 395; EGGER II, Rn. 30 zu Art. 395.

[3605] Vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 360, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff., Anm. 1 zu Art. 393, Anm. 3b zu Art. 367; EGGER II, Rn. 4, 7 zu Art. 395.

[3606] Vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 360, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff., Anm. 3a, 3b zu Art. 395; EGGER II, Rn. 12 ff., 21 f. zu Art. 395.

[3607] Vgl. EGGER I, Vorbem. 3 zu Art. 392 ff., Anm. 1 zu Art. 393, Anm. 2a zu Art. 395; EGGER II, Rn. 16 zu Art. 367, Rn. 20 zu Art. 395, Rn. 5 zu Art. 397.

welches zwar grösser sei als bei einer Beistandschaft i.S.v. Art. 392 f. ZGB, aber geringer als bei einer Vormundschaft.[3608] Bei den *Gründen* für die Anordnung einer Beiratschaft orientierte sich Egger daher *„in schwächerer Form"* an den *Bevormundungsgründen* bzw. *-voraussetzungen* – bezüglich Letzteren hob er insbesondere die Gefahr des Notstandes bzw. der Verarmung für den Betroffenen respektive seine Familie hervor.[3609]

Zwei Formen der Beiratschaft galt es zu unterscheiden: Bei der *„Mitwirkungsbeiratschaft"*[3610] i.S.v. Art. 395 *Abs. 1* ZGB war die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte von der *Mitwirkung eines Beirats* abhängig. Egger hielt dazu fest:

> „In dieser *Mitwirkung* erschöpft sich die Befugnis des Beirates. Er *verwaltet das Vermögen nicht selbst* (abw. nach Abs. 2). Er kann die Rechtsgeschäfte des Art. 395 *nicht selbst vornehmen* […]. Darin läge dem Dritten gegenüber ein Handeln ohne Vollmacht (O.R. 38 ff.), dem Schutzbedürftigen gegenüber eine Geschäftsführung ohne Auftrag (O.R. Art. 419 ff.). Dagegen kann er sie vornehmen, wenn der Verbeiständete selbst mitwirkt. Es ist somit stets ein Zusammenwirken von Beirat und Verbeiständetem nötig. Somit spielt der Beirat […] eine sehr passive Rolle."[3611]

Schloss der Verbeiratete also eigenmächtig ein Geschäft i.S.v. *Abs. 1* ab, fanden die Art. 410 f. ZGB[3612] entsprechende Anwendung.[3613]

Eine (noch) einschneidendere (und daher nach Eggers Ansicht besonders sorgfältig zu prüfende[3614]) Massnahme sah das Gesetz mit der *„Verwaltungsbeiratschaft"*[3615] i.S.v. Art. 395 *Abs. 2* ZGB vor: Hier wurde dem Verbeirateten – unter Vorbehalt der Erträgnisse seines Vermögens sowie seines Arbeitsverdienstes[3616] – die *Vermögensverwaltung entzogen* und der Verbeiratete erhielt *hierfür* einen *gesetzlichen Vertreter*; Letzterer bedurfte gemäss Eggers in der *Erstauflage* vertretenen Ansicht aber „für alle *über die ordentliche Verwaltung hinausgehenden* Maßnahmen und Rechtsgeschäfte […] der Zustimmung des Verbeiständeten", wohingegen Egger in der *Zweitauflage* festhielt, da der Letztere „als unfähig selbst zur ordentlichen Verwaltung befunden [wurde]", sei in den Fällen nach *Art. 421 f. ZGB* eine *behördliche Zustimmung* vonnnöten.[3617]

[3608] Vgl. EGGER I, Anm. 4 zu Art. 360, Anm. 2a, 2b zu Art. 395; vgl. auch EGGER II, Rn. 4, 9 f. zu Art. 395.

[3609] EGGER I, Anm. 2b zu Art. 395, vgl. auch Anm. 2a, 2e zu Art. 395, Anm. 4 zu Art. 360; EGGER II, Rn. 27-41 zu Art. 395.

[3610] EGGER II, Rn. 5 ff., 23 zu Art. 395, Rn. 5 zu Art. 397; vgl. implizit auch EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff.

[3611] EGGER I, Anm. 3c zu Art. 395, vgl. dazu auch Anm. 3b, 4d zu Art. 419; EGGER II, Rn. 23, 43-66 zu Art. 395.

[3612] Vgl. dazu Kapitel III.a.4.3.2.

[3613] EGGER I, Anm. 3b zu Art. 395, vgl. auch Anm. 3c zu Art. 395; EGGER II, Rn. 43, 44 ff. zu Art. 395.

[3614] Vgl. EGGER I, Anm. 4a zu Art. 395; vgl. implizit auch EGGER II, Rn. 67 f. zu Art. 395.

[3615] EGGER II, Rn. 5 ff., 24 zu Art. 395, Rn. 5 zu Art. 397; vgl. implizit auch EGGER I, Vorbem. 2 zu Art. 392 ff.

[3616] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 4b zu Art. 395; EGGER II, Rn. 69 ff. zu Art. 395.

[3617] EGGER I, Anm. 4b zu Art. 395; EGGER II, Rn. 84 zu Art. 395. Vgl. auch EGGER I, Anm. 3b, 4d zu Art. 419; EGGER II, Rn. 24, 67-86 zu Art. 395. Zur Zulässigkeit einer *kombinierten Beiratschaft* i.S.v. Art. 395 Abs. 1 *und* 2 ZGB vgl. EGGER II, Rn. 25 ff., 87 ff. zu Art. 395.

Gemäss Art. 439 Abs. 3 ZGB „[endigte] die Beistandschaft des Beirates mit der Aufhebung durch die zuständige Behörde nach den Vorschriften über die Aufhebung der Vormundschaft".[3618]

c) Zusammenfassung

Das Vormundschaftsrecht des ZGB begriffen Egger und Huber als vom leitenden Gedanken des *Persönlichkeitsschutzes* getragen; nämlich der Idee, dass eine Person, bei welcher ein in einer Gesetzesnorm genannter Entmündigungs*grund* – z.B. Trunksucht, Art. 370 ZGB – in Verbindung mit einer in derselben Norm genannten und zum Entmündigungsgrund *kausalen* Entmündigungs*voraussetzung* – z.B. dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit, Art. 370 ZGB – vorlag, ein *Schutzbedürfnis* aufwies, dem in Form einer *Vormundschaft* (bzw., als milderes Mittel, einer *Beistandschaft*) zu begegnen war. Gerade am Beispiel der Trunksucht zeigt sich allerdings, dass eine Bevormundung nicht zwingend (nur) im Interesse der zu bevormundeten Person selbst erfolgen konnte, sondern in bestimmten gesetzlich genannten Fällen auch (nur) im *Interesse Dritter*. So betonte Egger die Schutzfunktion der Bevormundung im Hinblick auf die *Familie* des Trunksüchtigen, wenn ebendiese infolge der Trunksucht des Letzteren der *Gefahr des Notstandes bzw. der Verarmung* ausgesetzt wurde, Art. 370 ZGB. Sodann hob Egger den Schutz all jener *Dritten* hervor, die vom Trunksüchtigen infolge der Trunksucht *in ihrer Sicherheit gefährdet* wurden, Art. 370 ZGB. Bemerkenswert hinsichtlich der letztgenannten Entmündigungsvoraussetzung ist, dass Egger eine konkrete Gefährdung von *Rechtsgütern* Dritter verlangte. Der abstrakte Schutz der *Gesellschaft* konnte nach seiner explizit kundgetanen Ansicht für eine Bevormundung hingegen *nicht* genügen – eine Ansicht, aus welcher (auch) Eggers Ablehnung des nationalsozialistischen Bevormundungsverständnisses zum Ausdruck kommt.
Eine *bevormundete* Person war – anders als eine *verbeiständete* Person – *grundsätzlich* handlungs*un*fähig, weil sie entweder noch unmündig war (Kind), oder weil ihr im Rahmen eines *Entmündigungsverfahrens* die Handlungsfähigkeit entzogen worden war (erwachsene Person). Da im letzteren Fall die Vormundschaft also mit einem *Verlust der Handlungsfähigkeit* einherging – was eine schwere Beschränkung der persönlichen Freiheit darstellt –, legte Egger bei seinen Ausführungen zum *Entmündigungsverfahren* Wert auf den Schutz der betroffenen Person vor *unbegründeter Entmündigung*. Doch stellte er auch klar, jede Person, die eines Vormundes (oder eines Beistandes) *wirklich* bedürfe, *müsse* einen solchen auch erhalten. Mit diesen Anschauungen lag Egger auf der Linie Hubers.
Aus der *grundsätzlichen* Handlungs*un*fähigkeit einer bevormundeten Person folgt, dass dem *Vormund* die Aufgabe zukommen musste, dieser Person *umfassende Fürsorge* zu gewähren – also Fürsorge in den persönlichen und in den vermögensrechtlichen

[3618] Vgl. dazu EGGER I, Anm. 3 zu Art. 439; EGGER II, Rn. 7 ff. zu Art. 439/440. Zur *Veröffentlichung* des Aufhörens der Beistandschaft vgl. bei Fn. 3550.

Angelegenheiten – sowie sie im Rechtsverkehr zu *vertreten*. Demgegenüber war dem *Beistand* die Fürsorge i.d.R. nur für die im Einzelfall *konkret umschriebene Angelegenheit* übertragen. *Ernannt* wurden Vormund bzw. Beistand von der *Vormundschaftsbehörde*. Als zum Vormund bzw. Beistand wählbar war an sich jede mündige, *geeignete* Person – auch eine *Frau*, wie Egger mit Nachdruck hervorhob. Diesem *Eignungskriterium* massen Egger und Huber zentrale Bedeutung zu; es manifestierte sich ihres Erachtens in diversen gesetzlichen Regelungen betreffend die Bestellung des Vormundes bzw. Beistandes.

Zum Schutz der Interessen des Bevormundeten bzw. jener Dritten, in deren Interesse eine vormundschaftliche Massnahme angeordnet wurde bzw. hätte angeordnet werden müssen, wiesen Egger und Huber insbesondere auf das vom ZGB gewährte *Beschwerderecht* und auf die Bestimmungen zur *Verantwortlichkeit* des Vormundes bzw. des Beistandes einerseits sowie der Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden andererseits hin.

C. Gesamtwürdigung

Zwei Grundgedanken sind es, von denen das ZGB von 1912 nach Eggers Ansicht getragen war: Vom *Persönlichkeitsgedanken* – der individuellen Freiheit sowie dem Schutz des Einzelnen –, und vom *Gemeinschaftsgedanken* – der (wie auch immer gearteten) *Ver*bundenheit des Einzelnen mit seinen Mitmenschen und der daraus folgenden *Ge*bundenheit des Einzelnen in seiner Freiheit. Entsprechend ist auch Eggers Kommentarwerk durchzogen von diesen beiden Grundgedanken, in denen sich für Egger der Doppelcharakter des Menschen als Einzel- und Gemeinschaftswesen widerspiegelte: Bei allen konzeptionell zentralen Normen des Personen- und Familienrechts finden sich in mehr oder weniger deutlicher Ausprägung Eggers Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen der Einzel- und der Gemeinschaftssphäre, wobei Egger – wie besonders die Ausführungen zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB zeigen – stets bestrebt war, dieses Spannungsverhältnis im Rahmen von Interessenabwägungen aufzulösen. Dabei durfte nach seiner in beiden Kommentarauflagen vertretenen Auffassung *keiner der beiden Grundwerte verabsolutiert* werden. Damit vertrat Egger Positionen, welche sich schon beim Gesetzesredaktor des ZGB, Eugen Huber, finden. Festzustellen ist grundsätzlich – soweit sich dies aufgrund der jeweils knapp gehaltenen Ausführungen Hubers zu den konkreten Rechtsinstituten des ZGB sagen lässt –, dass Egger und Huber bis auf einzelne (in einer Gesamtbetrachtung irrelevante) Ausnahmen auf einer Linie lagen. Egger hat damit in seinem Kommentarwerk die Ansichten Hubers konkretisiert. Hervorzuheben ist dabei Eggers Anspruch, selbst auf diejenigen Gesetzesnormen näher einzugehen, die auf den ersten Blick als von untergeordneter Bedeutung erscheinen. So begriff Egger etwa den Entschädigungsanspruch des Vormundes naheliegenderweise zunächst als Ausgleich für dessen aufgewendete Zeit und Mühe – Egger legte allerdings auch dar, dass dieser Entschädigungsanspruch zugleich im Interesse des Bevormundeten aufgestellt sei, da ihm dadurch namentlich die volle Haftbarkeit des Vormundes für allfällige Verfehlungen desselben gesichert bleibe. Dieses beliebig gewählte Beispiel illustriert, dass es Egger gelang, auch bei blassen Gesetzesbestimmungen den ihnen zugrundeliegenden *Rechtsgedanken* hervorzuheben und ihnen damit eine *berechtigte Stellung* innerhalb des *Gesamtgesetzeswerks* zuzuschreiben.

Technisch unterscheiden sich die beiden Kommentarauflagen erheblich: Augenfällig ist schon die in der Zweitauflage bei jeder Gesetzesnorm durchgeführte fortlaufende Nummerierung von Eggers Ausführungen mit Randnoten, wohingegen Egger in der Erstauflage eher unübersichtlich mit nur wenigen nummerierten Anmerkungen arbeitete. Auch stellte Egger in der Erstauflage der eigentlichen Kommentierung einzelner Normengruppen regelmässig ein bzw. mehrere Kapitel mit Vorbemerkungen voran – in der Zweitauflage integrierte er die in diesen Kapiteln gemachten Ausführungen direkt in die Kommentierung. Moderner wirkt zudem der Wechsel von der gebrochenen Schrift in der Erstauflage zur lateinischen Schrift in der Zweitauflage. Von diesen

formalen Gesichtspunkten abgesehen, unterscheiden sich die Kommentarauflagen noch in einem weiteren Punkt: Während sich die Lektüre der Erstauflage – besonders des Personenrechtskommentars – umständlich gestaltet, da sich Egger darin teils in technischen Fragen verlor, ist die Zweitauflage anschaulicher gehalten. Bezeichnenderweise räumte Egger im Vorwort zur Zweitauflage des Personenrechtskommentars, S. IX, selbst ein, in der Erstauflage desselben „findet sich ein wissenschaftlicher Apparat, der in der neuen Auflage stark zurücktreten mußte". Entsprechend hob Egger a.a.O. hervor, die Zweitauflage erscheine in „gänzlich neuer Gestalt"; sie sei „völlig umgeändert" – Eggers „Schreibweise hat[3619] sich geändert, seine Methode der Gesetzeshandhabung ist zwar nicht eine andere, aber doch eine sicherere und freiere geworden". Diesem selbstkritischen Befund Eggers ist zuzustimmen.
Ein Unterschied zwischen den beiden Kommentarauflagen hinsichtlich ihres *grundsätzlichen Gehalts* ist hingegen *nicht feststellbar*. Dies zeigt, dass Egger seinen Anschauungen, die m.E. Anspruch auf *universale* – insbesondere vom politischen Zeitgeschehen unabhängige – *Geltung* erheben, treu blieb: Gerade auf Eggers Ausführungen zum Persönlichkeitsschutz kann noch heute weitgehend zurückgegriffen werden. Und wenngleich namentlich das Eherecht seit Erlass des ZGB vollständig revidiert wurde, so erscheinen Eggers – schon in der Erstauflage des Familienrechtskommentars aus dem Jahre 1914 gemachten – Ausführungen zur grundsätzlichen Gleichstellung von Ehemann und Ehefrau von ungebrochener Aktualität.

[3619] Egger sprach in dieser Aussage von sich selbst in der dritten Person.

Mit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) im Jahr 1912 gelangte die Schweiz erstmals in ihrer Geschichte zu einer landesweit einheitlichen Zivilrechtskodifikation. Als einer der ersten Juristen kommentierte der Zürcher Rechtsprofessor *August Egger (1875 – 1954)* das Personen- und Familienrecht des ZGB; dies in zwei Auflagen: Die *Kommentare zum Personenrecht* erschienen in den Jahren 1911 (also noch vor Inkrafttreten des ZGB) bzw. 1930; jene zum *Familienrecht* in den Jahren 1914 bzw., nunmehr in drei Bänden, 1936 (Eherecht), 1943 (Verwandtschaft) und 1948 (Vormundschaft).

Diese Gesetzeskommentare – Eggers Lebenswerk – werden von Philipp Stehlin in seiner Dissertation in nahezu umfassender Weise untersucht. Dabei wird der Fokus auf den *Inhalt* von Eggers Darlegungen zu den einzelnen Gesetzesnormen gerichtet. Freigelegt werden sowohl Eggers Interpretation dieser Normen als auch Eggers konzeptionelle und systematische Einordnung derselben ins ZGB. Überdies werden Eggers Positionen, wo möglich, mit den Vorstellungen des Gesetzesredaktors, *Eugen Huber (1849 – 1923)*, verglichen. Letzteres ermöglicht dem Leser nicht nur einen bequemen Nachvollzug von Hubers Vorstellungen, sondern verschafft ihm insbesondere auch Klarheit über die Frage, inwiefern der Huber-Schüler *Egger* von den Ideen seines Lehrers geprägt war. Damit der Leser auf den Beizug einer alten Gesetzesausgabe verzichten kann, wird jede einzelne der im vorliegenden Werk besprochenen Normen zitiert.