

VOM SCHUTZ DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 75 (1956), Erster Halbband, S. 55-67. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 93 ff.

[55] Der Altmeister des schweizerischen Familienrechts, Prof. August Egger, hat die Rechtsliteratur in seinem Todesjahr (1954) um zwei Aufsätze bereichert, in denen er noch einmal, wie zum Abschied, mit der ganzen Kraft seines lebensprühenden Geistes zu Grundfragen des von ihm als Kommentator betreuten Gebietes Stellung nahm¹. Im gleichen Jahr sind zwei Arbeiten erschienen, von denen jede auf ihre Art eine wertvolle Illustration zu einzelnen Gedanken Eggers bietet.

Der *Berner Kommentar zum Eherecht* erscheint in dritter Auflage. Eggers Altersgenosse und Landsmann, der allzufrüh verstorbene Prof. Max Gmür, hatte ihn vor gut 30 Jahren zum zweitenmal aufgelegt. Nunmehr besorgt Bundesgerichtsschreiber Dr. Paul Lemp die Neubearbeitung von Art. 159 ZGB an. Als geglückten Beweis seines Könnens legt er die erste Lieferung vor, die von Art. 159 bis 177 reicht, also den ganzen Titel über die "Wirkungen der Ehe im allgemeinen" umfaßt². Seine Darstellung stützt sich auf den Gmürschen Text. Doch hat er diesen vielfach ergänzt, zugleich aber in eine so konzise Form umgegossen, [56] daß die ursprünglichen Dimensionen nicht völlig gesprengt wurden. Mit besonderer Sorgfalt hat der Autor die Rechtsprechung in den Kommentartext hineinverwoben, namentlich auch diejenige der kantonalen Gerichte und Verwaltungsbehörden. Bei der Nachführung der Literaturhinweise hat er das ausländische Schrifttum stärker berücksichtigt, und zwar nicht nur das deutsche. Die so auf den neuesten Stand gebrachte und ausgeweitete Materialsammlung ist vorab für den Praktiker von hohem Nutzen. Sie vermittelt aber auch, zusammen mit den Texterweiterungen des Autors, einen aufschlußreichen *Überblick über die Auswirkungen des Eherechts des ZGB* in der Praxis. Während Gmür sich auf eine Erfahrung von nur 10 Jahren stützte und auch Egger in der 2. Auflage seines Kommentars erst die Rechtsanwendung von gut 20 Jahren verwerten konnte, liegt nun immerhin eine Erfahrung von mehr als 40 Jahren vor, die sich, wie ein Blick in den Kommentar Lemp zeigt, gerade in den letzten Jahren erheblich vergrößert hat. Zwar darf die Bedeutung eines Gesetzbuches nicht einzig anhand der behördlichen Rechtsanwendung abgeschätzt werden, gar nur anhand der publizierten Entscheide. Aber gewisse Feststellungen über seine Wirkkraft lassen sich doch treffen.

In unserem kleinen Land erfordern die *internationalen* Fälle einen beträchtlichen geistigen

¹ Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung. – Zum heutigen Stand des Ehescheidungsrechtes; Erörterungen zu Hans Hinderlings Schweizerischem Ehescheidungsrecht. ZSR NF Bd. 73, S. 1 ff. und 81 ff.

² Lemp Dr. Paul: Familienrecht, erste Abteilung: Das Eherecht, 2. Halbband, 1. Lieferung. 173 S. (Bern 1954, Stämpfli & Cie.). Brosch. Fr. 16.65.

Kraftaufwand. Im Bereich der persönlichen Wirkungen wird das Kollisionsrecht, dem Lemp eine ausführliche Darstellung widmet (S. 12-23), an Bedeutung noch übertroffen durch die Frage nach dem Bürgerrecht der Ehefrau, die allerdings öffentlich-rechtlicher Natur ist. Lemp bietet hiezu einen sehr willkommenen Überblick über die durch das neue Bürgerrechtsgesetz geschaffene Rechtslage (S. 54-66), ferner ein Literaturverzeichnis von fast beängstigendem Ausmaß (S. 48-53).

Was sich sodann im eigentlichen Anwendungsgebiet der kommentierten Bestimmungen an forensischem Rechtsstoff angesammelt hat, läßt sich samt und sonders in den Problembereich des *Schutzes der ehelichen [57] Gemeinschaft* einordnen, ausgenommen etwa die Rechtsprechung zu Art. 168 Abs. 2, wo die Gesichtspunkte des Prozeß- und Güterrechts vorherrschen. Doch ist die eherechtliche Tragweite des verarbeiteten Materials verschieden:

Eine erste Gruppe bildet die Judikatur zu denjenigen Bestimmungen, die einen *präventiven Schutz* der ehelichen Gemeinschaft bezwecken. Hier scheint die Inanspruchnahme des Richters auf weite Strecken spärlich zu sein. So liegen über die Entziehung der Schlüsselgewalt und deren Aufhebung (Art. 164 und 165) fast keine veröffentlichten Entscheide vor, desgleichen nicht über die ehemännliche Bewilligung zur Berufsausübung (Art. 167), die im Schrifttum so ausgiebig besprochen wurde; ein bezeichnendes Beispiel dafür, wie sich gesellschaftlich wichtige Wandlungen, in casu die Zunahme der Zahl der berufstätigen Frauen, im Gesetz und in der Rechtsanwendung oft wenig widerspiegeln (vgl. auch den Hinweis von Egger, a.a.O., S. 35 f.). Zu andern Bestimmungen ist die Judikatur zwar reicher. Aber sie betrifft Fälle, in denen der Schutz der Ehe sozusagen harmlosen Charakter hat. Es handelt sich um vermögensrechtliche Beziehungen, und zwar um solche, die das persönliche Verhältnis unter den Ehegatten meist nur mittelbar berühren, wie das Verbot der Zwangsvollstreckung. Zudem kommt es zur Rechtsanwendung regelmäßig nicht wegen eines Streites unter den Ehegatten, sondern wegen eines Streites mit Dritten oder gar in einem nicht streitigen Verfahren (Art. 177). Was insbesondere den Art. 177 angeht, so führt der reiche Zitatenschatz zur Frage, ob es der gesetzgeberische Zweck lohnt, den Rechtsverkehr mit der ständigen Unsicherheit über die häufig nicht erkennbare Genehmigungsbedürftigkeit bedeutsamer Rechtsgeschäfte zu belasten. Jedenfalls ist es unerfreulich, daß den vormundschaftlichen Organen nichts anderes übrig bleibt, als im Zweifel die Genehmigungsbedürftigkeit zu bejahen. Das gilt z. B. für alle Verkäufe von Mannesgut an die Frau, bei denen das eingebrachte Frauengut für den Kaufpreis (mit-)haftet oder die Frau auf Anrechnung an [58] den Kaufpreis (Hypothekar-)Schulden übernimmt. Lemp hält hier mit Recht (entgegen Egger und einer verbreiteten Praxis) an dem von Gmür vertretenen Standpunkt fest, daß solche Geschäfte weder nach Abs. 2 noch nach Abs. 3 von Art. 177 der Genehmigung unterliegen (N. 21 und 73 zu Art. 177).

Die zweite Judikaturgruppe umfaßt die eigentlichen *Ehestreitigkeiten*. Hierher gehören die Eheschutzfälle nach Art. 169 ff. Aber auch Scheidungs- und Trennungsprozesse geben den Gerichten oft Anlaß, sich auf die Art. 159 ff. zu berufen. Freilich selten zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, etwa um die Abweisung einer Scheidungsklage zu begründen. Was im Gesetz in edlem Schwung der Sprache niedergelegt ist, muß in der Prosa des Alltags dazu dienen, die gerichtlichen Feststellungen darüber, was die Ehegatten hätten tun sollen, zu untermauern; an eine Befolgung der gesetzlichen Pflichten in der Zukunft ist gewöhnlich nicht mehr zu denken. Ein geradezu groteskes Schicksal erleidet die Vorschrift über die gegenseitige Beistandspflicht der Ehegatten (Art. 159 Abs. 3). Sie wird vor Gericht weitaus am häufigsten angerufen, um Begehren auf Leistung eines Kostenvorschusses für die Führung eines Scheidungs- oder Trennungsprozesses zu begründen (N. 23-30 zu Art. 159). – Auch im Eheschutzverfahren nach Art. 169 ff. ist der Schutz der ehelichen Gemeinschaft prekär. Wie schon das Gesetz erwarten läßt (Art. 170), beschäftigen sich die Eheschutzrichter namentlich mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und der Regelung der damit zusammenhängenden Fragen, insbesondere der Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der Frau (Art. 160 Abs. 2). Das sind alles Maßnahmen, die sich darauf beschränken, eine schon bedenkliche Ehesituation hinzunehmen und wenn möglich Schlimmeres zu verhüten. Für Maßnahmen des positiven Eheschutzes, die unmittelbar darauf gerichtet sind, eine

gefährdete Ehe wieder "ins Geleise" zu bringen, finden sich in der Judikatur keine Belege. Der Gesetzgeber selbst hat hier dem Richter eine Grenze gesetzt. Denn als einzige [59] Maßnahme, die einen pflichtvergessenen Ehegatten zur Umkehr bewegen soll, hat er die richterliche Mahnung zugelassen (Art. 169 Abs. 2). Wie oft der Richter dazu kommt, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, und wie sie sich auswirkt, ist naturgemäß keiner Entscheidsammlung zu entnehmen. Wir wissen aber aus Mitteilungen von Eheschutzrichtern (vgl. neuestens Troesch, ZBJV 89, 214 ff.), daß die Mahnung vielerorts zu einem bedeutsamen Bestandteil des Eheschutzverfahrens geworden ist. Im Hinblick darauf hält auch Lemp fest, daß sich die Eheschutzvorschriften des ZGB bewährt haben (N. 2 zu Art. 169)

Nach diesem Rundgang durch die Judikatur fragt sich der Leser, worin eigentlich der "verstärkte Schutz der ehelichen Gemeinschaft" besteht, den Gmür und Lemp (N. 1 der Vorbemerkungen) als einen Hauptvorteil des ZGB gegenüber dem persönlichen Eherecht der früheren kantonalen Gesetzbücher bezeichnen. Im Grunde genommen wirkt sich eine einzige, allerdings bedeutsame Neuerung des ZGB in diesem Sinne aus, eben das Recht eines Ehegatten, den pflichtvergessenen Ehepartner außerhalb eines Scheidungs- oder Trennungsverfahrens vor den Richter zu rufen und durch diesen mahnen zu lassen. Alle übrigen Neuerungen des ZGB, an die man denken kann, betreffen entweder nur Randfragen oder zielen nicht auf eine Besserung der persönlichen Verhältnisse unter den Ehegatten ab. Der positive Eheschutz nimmt in der Rechtswirklichkeit noch eine sehr bescheidene Stellung ein.

Den gleichen Eindruck vermittelt die zweite Veröffentlichung, auf die hier hingewiesen werden soll, die tüchtige Berner Dissertation von *Padrutt* über die *Ehestörungsklage*³, die offenbar durch das bekannte Bundesgerichtsurteil vom 2. Oktober 1952 (BGE 78 II 289 ff.) angeregt wurde. *Padrutt* faßt die Ehestörung im engeren Sinn ins Auge, nämlich die Störung, die von einem Dritten ausgeht [60] und "in den Sexualbereich der Ehe" eingreift (S. 9 Anm. 3). Zur Diskussion stehen somit die allzu bekannten Tatbestände des Ehebruchs und des ehewidrigen Verhaltens, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Rechtslage zwischen dem Drittsörer und dem unbeteiligten Ehegatten. *Padrutt* weist in einem historischen Überblick und insbesondere in einer ausführlichen rechtsvergleichenden Darstellung (S. 54 bis 105) darauf hin, wie sehr diese Rechtslage auch andere Rechtsordnungen beschäftigt hat (die Abkürzung von "Rechtsordnung" in "RO" hätte er sich ersparen können). Vom System des schweizerischen Zivilrechts aus gesehen, verletzt die Ehestörung regelmäßig, wenn auch nicht notwendigerweise (S. 47 ff.), die "persönlichen Verhältnisse" des unbeteiligten Ehegatten, vorab dessen Treuebeziehung zum Ehepartner, die ein gegenüber jedermann geschütztes Gut darstellt, mittelbar aber auch dessen Gemütsleben und Ehre (S. 42 ff.; S. 52). Art. 28 ZGB ist daher an sich anwendbar. Werden aber die Rechtsbehelfe, die sich auf Art. 28 ZGB stützen (und, in Verbindung damit, auf Art. 41 und 49 OR), durch die Sondervorschriften über den Eheschutz (Art. 169 ff. ZGB) allgemein oder in bestimmter Hinsicht ausgeschlossen? Das ist die *Hauptfrage*. Das Bundesgericht hat sie für die einzelnen Klagearten verschieden beantwortet. Die Schadenersatz- und Genugtuungsklage läßt es zu, schon in einem früheren Entscheid (43 II 309 ff.) und auch jetzt wieder (78 II 291 f. und 297 ff.). Diese Seite der Frage darf daher als abgeklärt gelten, trotz des gegenteiligen Standpunktes, den das Zürcher Obergericht in dem vom Bundesgericht beurteilten Falle eingenommen hatte (die Begründung wurde nicht veröffentlicht; *Padrutt* setzt sich mit ihr eingehend auseinander, S. 119 ff.). Dagegen erachtet das Bundesgericht die Klage auf Unterlassung künftiger Ehestörungen als unzulässig, selbst dann, wenn sie nur auf das Verbot ehebrecherischer Beziehungen gerichtet ist. Gegen diese Ansicht zieht *Padrutt* ins Feld (übrigens unter Zustimmung von Lemp, der die Stellungnahme des Bundesgerichts als nicht [61] überzeugend bezeichnet, N. 18 zu Art. 159). Seine Darlegungen sind etwas stark als "These" aufgebaut. Der Leser errät den Standpunkt, den der Autor vertreten wird, schon von Anfang an, was die Wirkung der guten Argumente eher schwächt als erhöht. Doch lohnt es sich, den Gedankengang im einzelnen zu verfolgen.

³ *Padrutt*, Dr. Willy: Die Ehestörungsklage. Abhandlungen zum schweiz. Recht Nr. 309. XII + 157 S. (Bern 1954, Stämpfli & Cie.). Brosch. Fr. 12.50.

Das Schwergewicht des bundesgerichtlichen Urteils beruht (wohl zu Unrecht) auf Erwägungen *vollstreckungs-* und *strafrechtlicher* Natur (78 II 292 ff., Erw. 3 und 4). Padrutt hält demgegenüber fest (S. 143 f.), daß die Erwägungen des Bundesgerichts jedenfalls ein räumlich bestimmtes Unterlassungsgebot nicht ausschließen (z. B. das Gebot an den Dritten, die eheliche Wohnung nicht zu betreten). Er verweist in dieser Hinsicht auf die neueste deutsche Rechtsprechung, die einen gegenständlich umschriebenen Schutzbereich der Ehe anerkennt (S. 63 ff.)⁴. Aber auch ein allgemeines Urteil, das dem Dritten jede ehestörende Handlung untersagt, erachtet er als zulässig. Zwar läuft es auf ein Verbot jeglichen Verkehrs zwischen den ehestörenden Personen hinaus. Aber darin liegt die angemessene Reaktion der Rechtsordnung auf das widerrechtliche Verhalten des Ehestörers. Wer "rechtswidrig in eine Ehe eindringt, geht damit selbst das Risiko einer entsprechenden Beschränkung in seiner persönlichen Freiheit ein" (S. 145). Dieses Argument ist ebenso einfach als schlüssig. Das Bedenken des Bundesgerichts, daß dem Ehestörer auch Erlaubtes verboten würde, wirkt demgegenüber zimperlich und hält kaum stand. Infolgedessen steht auch die weitere Überlegung des Bundesgerichtes, daß der Verstoß gegen ein allgemeines Unterlassungsgebot erst nach einem zweiten Zivilprozeß mit Sanktion belegt werden könnte, auf schwachen Füßen. Padrutt führt sodann aus, daß die Vollstreckung eines Unterlassungsurteils durch das [62] ordentliche Mittel der Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) entgegen der Annahme des Bundesgerichts nicht durch Art. 214 StGB (Strafbarkeit des Ehebruchs nur nach Scheidung der Ehe) ausgeschlossen wird (S. 151 ff.). Er wendet sich vor allem dagegen, daß die Strafe für die Mißachtung eines richterlichen Gebotes der Bestrafung des Ehebruchs gleichgestellt wird. Daran ist sicher soviel richtig, daß nicht einzusehen ist, warum aus einer Bestimmung des Strafrechts ein selbständiges Argument gegen den Bestand eines zivilrechtlichen Anspruches abgeleitet werden soll. Entweder besteht dieser Anspruch auf Grund des Zivilrechts, und dann ist er auch nach Art. 292 StGB vollstreckbar, oder er besteht schon nach Zivilrecht nicht. Das Zivilrecht, nicht das Vollstreckungs- oder Strafrecht, entscheidet über die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage. Art. 214 StGB liefert höchstens ein Hilfsargument für diese Entscheidung.

Zivilrechtlich hängt alles von der Beantwortung der erwähnten Hauptfrage ab, ob die Unterlassungsklage des Art. 28 ZGB durch das Eheschutzrecht ausgeschlossen wird. In dieser Hinsicht ist den Ausführungen Padrutts zu entnehmen, daß die Gesetzesmaterialien nach keiner Richtung hin einen sichern Schluß erlauben (S. 138 ff.). Zwar bemerkte Eugen Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf (2. Auflage, S. 162), "daß dem gekränkten Ehegatten neben dem Eheschutzverfahren auch die übrigen heute schon bekannten Rechtsmittel zur Verfügung stehen". Aber nach dem Kontext ist zweifelhaft, ob er dabei auch an die immerhin ungewohnte Unterlassungsklage dachte. Andererseits steht fest, daß die in der parlamentarischen Beratung vorgenommene Beschränkung der Eheschutzmaßnahmen auf die "vom Gesetz" vorgesehenen Maßregeln nicht im Hinblick auf Drittstörungen beschlossen wurde. Der Gesetzgeber hat die Abwehr einer Drittstörung überhaupt nicht näher ins Auge gefaßt. Daher muß das Verhältnis des Art. 28 zu Art. 169 ZGB ausschließlich auf Grund *teleologischer* Betrachtung entschieden werden. Unter diesem [63] Gesichtspunkt bringt Padrutt beachtliche Argumente gegen eine Einschränkung des Art. 28 durch Art. 169 vor: Das Eheschutzverfahren spielt sich einzig unter den Ehegatten ab. Der Drittstörer kann gar nicht in dieses Verfahren einbezogen werden. Umgekehrt führt ein Unterlassungsgebot, das gegenüber einem Dritten auf Grund von Art. 28 ergeht, zu keinem rechtlichen Zwang gegen den mitschuldigen Ehegatten. Der vom Gesetz angestrebte Schutz der Ehe und der Persönlichkeit wird nur dann erreicht, wenn man den Dritten nicht einfach gewähren läßt. Die Ehestörungsklage bildet "geradezu das notwendige Korrelat zum Eheschutzverfahren, weil alle richterlichen Mahnungen eheintern nutzlos sind, solange ein fremder Eindringling sein ehewidriges Gebaren ungehemmt fortsetzen kann" (S. 125).

Diese Argumente sind durch die Erwägungen des Bundesgerichts *nicht* (zum voraus) *widerlegt* worden. Zwar trifft es zu, daß der Gesetzgeber die Befugnisse des Eheschutzrichters "im Interesse

⁴ Vgl. hiezu sowie über die Rechtslage in (West-)Deutschland im allgemeinen: *Boehmer*, Die Ehestörungsklage, in "Ehe und Familie", Zeitschr. f. d. gesamte Familienrecht, Bielefeld, 2. Jg. (1955) S. 7 ff.

der persönlichen Freiheit" auf die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen beschränkt hat (78 II 296 f.). Aber hiebei stand ihm nur die persönliche Freiheit des pflichtvergessenen Ehegatten vor Augen. Daher folgt aus seiner Stellungnahme sicher nicht zwingend, daß die persönliche Freiheit des Ehestörers in gleicher Weise zu schonen ist oder daß die zwangsläufige Rückwirkung tatsächlicher Art, die ein Urteil gegen den Störer für den schuldigen Ehegatten hat, einer rechtlichen Zwangsmaßnahme, die sich gegen diesen Ehegatten selber richtet, gleichzusetzen ist. Derartige Schlüsse könnten sich erst aus einer Interessenabwägung ergeben, die im bundesgerichtlichen Urteil fehlt. Nicht gerechtfertigt ist es ferner, wenn das Bundesgericht die Abwehr gegen den Dritbstörer einfach einer "eigens zum Schutz der Ehe bestimmten Maßnahme" gleichsetzt und sie damit in den ausschließlichen Anwendungsbereich von Art. 169 verweist. Denn die Ehestörung begründet immerhin auch eine individualrechtliche Beziehung zwischen dem Störer und dem in seiner [64] Persönlichkeit verletzten Ehegatten. Die Frage ist gerade die, ob die Sanktion gegen die Verletzung der persönlichen Verhältnisse wegen ihrer Rückwirkung auf die Ehe des Verletzten auszuschließen ist. Dieser Ausschluß versteht sich um so weniger von selbst, je dürftiger der Eheschutz ist. Somit bleibt die Abgrenzung zwischen Persönlichkeits- und Eheschutz, die das Bundesgericht vorgenommen hat (78 II 296 f., Erw. 5), an der Oberfläche haften und wirkt daher formalistisch. Das Schweigen des Gesetzes hätte zu tiefer greifenden Erwägungen Anlaß geboten, so wie sie Egger in anderem Zusammenhang, bei der Anwendung des immerhin viel klareren Art. 142 Abs. 2, vom Richter erwartet (a.a.O., S. 95): "Er geht auf die grundlegenden allgemeinsten Normen zurück und gewinnt aus ihnen die Sondernorm zur Lösung des Konfliktes. Er geht dabei dem Konflikt auf den Grund und bewertet die Interessen, die er vollkommen sachgemäß umfassend einbezieht."

Wie diese *Interessenabwägung* ausfallen würde, steht allerdings nicht zum voraus fest. Einmal fragt es sich auch unter diesem Gesichtspunkt, ob nicht zwischen den verschiedenen Unterlassungsbegehren, die sich denken lassen, unterschieden werden muß. Jedenfalls stößt eine Klage, die sich darauf beschränkt, dem Ehestörer den Zutritt zur ehelichen Wohnung verbieten zu lassen, kaum auf grundsätzliche Bedenken. Das Individualinteresse des verletzten Ehegatten ist hier zu offenkundig. Die Erwägungen des Bundesgerichts, die auf Grund von Art. 169 "Maßnahmen gegenüber Dritten" schlechthin ausschließen, sind daher zum mindesten zu allgemein gehalten. Für die schweizerische Rechtsprechung besteht kein Grund, zurückhaltender zu sein als die deutsche (Padrutt S. 63), dazu noch ausgerechnet gestützt auf die Eheschutzvorschriften!

Weit schwerer fällt die *Stellungnahme zur allgemeinen Unterlassungsklage*, mit der sich das Bundesgericht einzig zu befassen hatte. Die "Besinnung auf die Grundwerte unserer Rechtsordnung" (Egger a.a.O., S. 95) führt hier nicht zu einem eindeutigen Schluß. Denn das [65] Eherecht des ZGB beruht nicht auf einer klaren Wertordnung. Es hat "zwei Seelen in seiner Brust". Eugen Huber hat ihm einen *idealistisch-volkserzieherischen* Zug gegeben, gedrängt vom Gedanken, daß das Gesetz dazu beitragen soll, die sittlichen Zustände zu verbessern. Diese Zielsetzung, die von Egger und andern Autoren übernommen wurde, kommt etwa in Sätzen wie den folgenden zum Ausdruck: "Die Rekonstruktion der Familie stellt sich als eine der höchsten Aufgaben des modernen Gesetzgebers dar⁵." "Der Sinn und Geist des neuen Rechts ... geht auf mögliche Festigung der familienrechtlichen Gemeinschaften" (Egger a.a.O., S. 47). Aber im Gesetz zeigt sich auch ein zweiter Grundzug, der *freiheitliche*, der Gedanke der möglichsten Nichteinmischung des Staates in höchstpersönliche Angelegenheiten, der auf zwei Komponenten beruht: Auf der praktisch-nüchternen Einstellung des schweizerischen Volkscharakters, die nicht viel erwartet von staatlichem Zwang in Dingen, bei denen es auf das seelische Empfinden und auf den (guten oder bösen) Willen des Einzelnen ankommt; auch Egger spricht übrigens von der geringen Macht des Gesetzgebers (a.a.O., S. 43). Sodann auf der individualistisch-säkularisierten Geisteshaltung unseres Zeitalters, die auf der ganzen Linie zu einem großangelegten Rückzug der Staatsgewalt aus dem Gebiet der geschlechtlichen Sittlichkeit geführt hat. Diese Haltung erträgt die

⁵ Eugen Huber in den Erläuterungen zum Teilentwurf über die Wirkungen der Ehe, vom Dezember 1893, S. 53; ähnlich Erläuterungen zum Vorentwurf, 2. Aufl., S. 101.

Berufung auf "Humanität und Christentum" als "Grundwerte unserer Rechtsordnung" (Egger a.a.O., S. 95) nur dann, wenn sie der persönlichen Freiheit dient, nicht aber dann, wenn es gilt, die Durchsetzung sittlicher Anforderungen an den Einzelnen mit staatlicher Hilfe zu begründen. Der freiheitliche Charakter des Eherechtes steht allerdings mit dem idealistischen Zug nicht überall in Gegensatz. Aber in wichtigen Punkten hat er diesen [66] zurückgedrängt, so gerade im Eheschutzverfahren. Die Beseitigung der von Huber vorgeschlagenen allgemeinen Befugnis des Richters, "die zum Schutz der Gemeinschaft erforderlichen Maßnahmen" zu ergreifen, war einem prinzipiellen Widerstand entsprungen, der nicht einmal das richterliche Mahnrecht verschont hatte (vgl. die Angaben bei Gmür, 2. Aufl., N. 7 zu Art. 169). Man kann es daher verstehen, daß das Bundesgericht auf diese Tendenz abstellte und im Zusammenhang damit auch der Zurückhaltung des Strafgesetzgebers in der gleichen Materie (Art. 214 StGB) großes Gewicht beimaß. Überlegt man schließlich, daß die Bundesverfassung zwar das Recht zur Ehe besonders schützt, aber nicht die Ehe selbst (wie jetzt das Bonner Grundgesetz), so kann man nicht behaupten, das Bundesgericht habe wider den Geist des Gesetzes verstoßen, wenn es dem Gedanken der persönlichen Freiheit den Vorrang gab. Es hat sich damit einfach für die eine der zwei Grundhaltungen entschieden, aus denen heraus die im Gesetz nicht ausdrücklich gelösten Fragen beantwortet werden können. Allerdings vermag die Entscheidung auch den nicht zu freuen, der sie für vertretbar hält. Um der Freiheit willen wird ein Unwürdiger geschont, einem Berechtigten der Rechtsschutz verweigert. Die "Schutzlosigkeit vieler innerer Werte" (Padrutt S. 2 Anm. 1) wird einmal mehr offenbar.

Diese Feststellung mahnt zur Bescheidenheit und muß jene ernüchtern, die sich durch allgemeine Äußerungen in den Gesetzesmaterialien und im Schrifttum zu hochgespannten Erwartungen über die Wirkkraft des Zivilgesetzbuches verleiten ließen. Soll man sich mit dem gegenwärtigen Rechtszustand abfinden? Lassen wir Egger darauf antworten. Er hat zwar unseres Wissens zur Frage der Ehestörung nicht Stellung genommen. Aber er hat sich allgemein für eine Weiterentwicklung des Eheschutzes ausgesprochen: "Eine Revision des Gesetzes wird ihn gewiß nicht ausschalten, sondern ihn ausbauen und noch wirksamer gestalten" (a.a.O., S. 45). Der tote Meister hat damit die [67] Nachwelt auf eine Aufgabe hingewiesen, von der niemand bestreiten kann, daß sie zeitgemäß ist. Ihre Erfüllung muß das gemeinsame Anliegen von Rechtsprechung, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft sein.