

Die ehepartnerliche Zustimmung zu Rechtsgeschäften mit Dritten. Eine kritische Bestandesaufnahme

Alexandra Zeiter, Dr. iur., Rechtsanwältin,
Lehrbeauftragte an der Universität Luzern, Zürich

Stichwörter: Familienrecht, Ehwirkungen, Familienwohnung, Vertragsrecht, Mietrecht, Bürgschaft, Sicherungsgeschäfte, Partnerschaftsgesetz.

Mots clefs: Droit de la famille, effets généraux du mariage, logement de la famille, droit des contrats, droit du bail, cautionnement, opérations de garantie, loi sur le partenariat.

I. Einführung

Normen, die zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts die Zustimmung des Ehepartners verlangen, kennt das Privatrecht seit je und in grosser Zahl. Sie entstammen allerdings nicht einem einheitlichen Gesetzgebungsprogramm, sondern fanden und finden vielmehr zu unterschiedlichen Zeitpunkten und im Rahmen diverser Gesetzesrevisionen Eingang in die Rechtsordnung. Die jüngste Revision einer solchen ehepartnerlichen Zustimmungsnorm erfolgte kürzlich in der Sommersession 2005, als das Parlament bei der bürgschaftsrechtlichen Zustimmungsnorm (Art. 494 OR) die ersatzlose Streichung von Art. 494 Abs. 2 OR vorgenommen hat.¹ Der Abschluss einer Bürgschaftsverpflichtung einer verheirateten Person bedarf künftig in jedem Fall und unabhängig davon, ob sie im Handelsregister eingetragen ist, der Zustimmung des Ehegatten.

Gegenstand nachfolgender Ausführungen bildet weniger diese konkrete Gesetzesrevision als vielmehr die allgemeine Problematik einer solchen einzelfallbezogenen Vorgehensweise, die nicht nur in der Gesetzgebung, sondern auch in der Rechtsanwendung zu beobachten ist. Anhand eines Vergleichs der diversen ehepartnerlichen Zustimmungsnormen (II) soll aufgezeigt werden, dass diese Vorgehensweise zu inter- sowie intrasystematischen Inkohärenzen führt, die gleichsam auf zwei Ebenen festzustellen sind: Einerseits bestehen sie im Bestand der Zustimmungsnormen selber (III), andererseits zeigen sie sich in der konkreten Ausgestaltung der bestehenden Zustimmungsnormen (IV).

1 Vgl. im Einzelnen nachfolgend III/1b. Zur Schlussabstimmung vgl. Amtl.Bull. NR 2005, 969; Amtl.Bull. StR 2005, 665.

Schliesslich wird dargelegt, dass die bis heute vertretene Ablehnung einer analogen Anwendung der Ehepartnerlichen Zustimmungsnormen auf andere Familienformen nicht mehr gerechtfertigt ist. Insbesondere muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass mit der Einführung des Partnerschaftsgesetzes, das mit Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 angenommen wurde und voraussichtlich am 1. Januar 2007 in Kraft treten wird,² der Anwendungsbereich der Ehepartnerlichen Zustimmungsnormen auf eingetragene Partnerschaften ausgeweitet wird (V).

II. Ehepartnerliche Zustimmungsnormen im Dienst des Familienschutzes

1. Übersicht über die Vielfalt der Zustimmungsnormen

«Jeder Ehegatte kann mit dem andern oder mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt.» Art. 168 ZGB statuiert in seinem ersten Teilsatz den heute an sich selbstverständlichen *Grundsatz*, dass der Ehestatus die Rechtsgeschäftsfähigkeit nicht beschränkt. Ehegatten können sich aller rechtsgeschäftlichen Handlungsformen bedienen und geniessen untereinander sowie mit Dritten die autonome Gestaltungsfreiheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr.³

Den Schritt zur vollständigen autonomen Gestaltungsfreiheit der Ehegatten wollte der Gesetzgeber indes nicht gehen. Art. 168 ZGB zweiter Teilsatz lässt eine gesetzgeberische *Durchbrechung* des Grundsatzes zu, sofern sich diese aus familienpolitischen Erwägungen rechtfertigt. Da der Gesetzgeber von dieser Kompetenz in mehrfacher Weise Gebrauch gemacht hat, haben die Ehegatten nicht nur die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Schranken,⁴ sondern zusätzlich die ehe- und familienspe-

2 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004.

3 Obwohl aArt. 177 ZGB die Rechtsgeschäftsfreiheit nicht ausdrücklich statuiert hat, war sie bereits vor der Eherechtsrevision im Jahre 1984 unbestritten, allerdings unter dem Vorbehalt, dass bestimmte Rechtsgeschäfte der vormundschaftsbehördlichen Zustimmung bedurften. Vgl. BernerKomm/LEMP, aArt. 177 ZGB, N 4 f., und aArt. 181 ZGB, N 20 ff.; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1261; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 168 ZGB, N 2; BERGER, Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Fribourg 1987, 32 ff.

4 Rechtsgeschäfte dürfen weder gegen zwingendes Recht, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen (Art. 19 und Art. 20 OR) noch die Rechts- oder Handlungsfähigkeit der Parteien übermässig einschränken (Art. 27 ZGB). Weitere Schranken ergeben sich etwa aus dem Erbrecht, wonach bei Verfügungen von Todes wegen (Art. 522 ZGB) oder bestimmten Zuwendungen (Art. 527 ZGB) die Pflichtteilsschranken (Art. 471 ZGB) zu beachten sind. Auch die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit (Art. 13 i. V.m. Art. 16 ZGB) ist trotz den Ehevoraussetzungen (Art. 94 Abs. 1 ZGB) zu beachten, denn auch eine verheiratete Person kann urteilsunfähig sein.

zifischen schuldrechtlichen Sondernormen zu beachten:⁵ Neben dem generell gehaltenen Rücksichtnahmegebot in Art. 159 ZGB, das jeden Ehegatten verpflichtet, die Eheverträglichkeit von Rechtsgeschäften zu prüfen,⁶ interessieren diejenigen Normbildungen, welche die Gültigkeit eines an sich nicht familienrechtlich relevanten (familienneutralen bzw. ausserfamiliären) Rechtsgeschäfts einer verheirateten mit einem Dritten von der ehепartnerlichen Zustimmung des verheirateten Vertragspartners abhängig machen. Solche Zustimmungsnormen finden sich zum einen im *Privatrecht*:

- Das *Eherecht* kennt Zustimmungsnormen bei den allgemeinen Ehwirkungen (etwa Art. 169 ZGB für Rechtsgeschäfte in Bezug auf Familienwohnungen oder Art. 178 ZGB, wonach das Eheschutzgericht die Verfügungsbefugnis eines Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen von der ehепartnerlichen Zustimmung abhängig machen kann) sowie im Güterrecht (z.B. Art. 201 Abs. 2⁷ bzw. Art. 228 ZGB für ausserordentliche Verwaltungs- und Verfügungshandlungen für Vermögenswerte in Mit- bzw. Gesamteigentum, Art. 229 ZGB betreffend Ausübung eines Berufs oder Gewerbes mit Mitteln des Gesamtguts oder Art. 208 bzw. Art. 230 ZGB für gewisse Schenkungen bzw. Erbausschlagungen und -annahmen).⁸
- Das *Obligationenrecht* kennt ein Zustimmungserfordernis etwa bei der Bürgschaftsverpflichtung (Art. 494 OR) oder bei der Kündigung einer (Familien-)Mietwohnung (Art. 266m OR). Das Schenkungsrecht bejaht die Verfügungsfähigkeit eines verheirateten Schenkers nur so weit, als ihm das eheliche Güterrecht (namentlich Art. 208 Abs. 1 i.V.m. Art. 220 ZGB) oder das Erbrecht (insbesondere Art. 470 ff. ZGB) keine Schranken auferlegt (Art. 240 Abs. 1 OR). Der ehепartnerlichen Zustimmung bedarf es auch bei der Verpfändung von Ansprüchen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (Art. 331d Abs. 5 OR) oder beim Barbezug dieser Ansprüche (Art. 331e Abs. 5 OR). aArt. 226b OR verlangte für die Gültigkeit von Abzahlungs- und Vorauszahlungsgeschäften (vgl. aArt. 228 OR) ebenfalls die ehепartnerliche Zustimmung.⁹

5 Zur Katalogisierung der verschiedenen Schranken vgl. auch BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 168 ZGB, N 17 ff.; KOBEL, Eherechtliche und schuldrechtliche Leistungen unter Ehegatten, Bern 2001, N 1.39 ff.; SCHMID, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen im Verhältnis zu Dritten, Diss., St. Gallen 1996, 46 ff.

6 Eine Verletzung von Art. 159 ZGB führt jedoch nur zu eheinternen Sanktionen in der Form von Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 171–179 ZGB. Vgl. allerdings EMMENEGGER, In guten wie in schlechten Zeiten: Vertragsrechtliche Wirkungen des ehelichen Kooperationsprinzips, FS Gauch, Zürich 2004, 395, 399 ff., die das Kooperationsprinzip in Art. 159 ZGB zur allgemeinen Auslegungs-, Anpassungs- und Kontroll determinante erklärt.

7 Vgl. im Unterschied dazu aber Art. 646 Abs. 3 ZGB.

8 Nicht zu den ehепartnerlichen Zustimmungsnormen zählen jene Bestimmungen, welche die Zustimmung nicht als Gültigkeitserfordernis des Rechtsgeschäfts vorsehen, sondern «lediglich» die Höhe des Haftungssubstrats variieren lassen (z.B. Art. 233 und 234 i.V.m. Art. 227 und 228 ZGB), sowie jene, welche an die Zustimmung die Solidarhaftung der Ehegatten knüpfen (z.B. Art. 166 ZGB).

9 Zur Aufhebung dieser Bestimmungen vgl. nachfolgend III/1b.

- Bei den *Nebengesetzen* ist das BGBB¹⁰ zu erwähnen, das die Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes in bestimmten Fällen von der Ehepartnerlichen Zustimmung abhängig macht (Art. 40 BGBB).¹¹ Oder die GBV¹² verlangt bei der Grundbucheintragung die Zustimmung, sofern eine Familienwohnung Gegenstand des Kaufvertrags bildet (Art. 13a GBV).

Zum anderen kennt auch das *öffentliche Recht* Ehepartnerliche Zustimmungsnormen. So lässt etwa das Freizügigkeitsgesetz Barauszahlungen von Austrittsleistungen an eine verheiratete Person nur zu, wenn der Ehegatte schriftlich zustimmt (Art. 5 Abs. 2 FZG).¹³ Ebenso erlaubt Art. 30c Abs. 5 BVG eine Verwendung von Mitteln aus der beruflichen Vorsorge zum Erwerb von Wohneigentum bei einer verheirateten Person nur, sofern die Zustimmung des Ehepartners vorliegt.

2. *Mittelbare Interessenbeteiligung als Rechtfertigung der Zustimmungsnormen*

Gegenstand und Ziel der an einem Rechtsgeschäft Beteiligten ist regelmässig die Gestaltung ihrer eigenen Rechtssphäre. Diese wird durch das Rechtsgeschäft denn auch unmittelbar betroffen und neu geordnet. Gleichzeitig können die Rechtsgeschäfte in die Rechts-¹⁴ und Interessenssphäre Dritter einwirken und dadurch eine *Fernwirkung* erzeugen.¹⁵ Erreicht diese Fernwirkung eine bestimmte Intensität, ist aufgrund dieser mittelbaren Rechts- oder Interessenbeteiligung ein Schutz des Dritten vor solchen «ausstrahlenden» Rechtsgeschäften notwendig. Ein mögliches Schutzinstrumentarium bilden die gesetzlichen Zustimmungsnormen.¹⁶

10 Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR. 211.412.11).

11 Bei der Einführung des BGBB hat der Gesetzgeber in besonderem Ausmass Familienpolitik betrieben (vgl. SCHÖBI, Familienpolitik, Bäuerliches Bodenrecht, Eine Annäherung in drei Aufsätzen, Bern 1994, 67). Neben dem erwähnten Zustimmungserfordernis (Art. 40) wurde der Ertragswert eingeführt, zum Schutz der Familie ein Veräusserungsverbot vorgesehen (Art. 23), bestimmte Familienmitglieder wurden mit diversen Kaufs- (Art. 24 Abs. 1 und 25) und Vorkaufsrechten (Art. 42 und 43) ausgestattet, und es wurden Sondervorschriften im Zusammenhang mit der Bewilligung des Erwerbs für Familienangehörige geschaffen (Art. 62 lit. b).

12 Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (SR. 211.432.1).

13 Kann die Zustimmung nicht eingeholt werden, oder wird sie ohne triftigen Grund verweigert, kann das Gericht die Auszahlung ohne Zustimmung des Partners bewilligen (Art. 5 Abs. 3 FZG).

14 Dazu zählen beispielsweise jene Rechtsgeschäfte, von denen beschränkte dingliche Rechte oder Anwartschaften berührt werden. Vgl. auch VOGT, Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft, Zürich 1982, 52 ff.; THIELE, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Habil., Köln/Berlin/Bonn/München 1966, 143 f.

15 VOGT (Fn. 14), 43 ff.; THIELE (Fn. 14), 143. Anstatt von Fernwirkung wird auch von Reflexwirkung gesprochen.

16 Neben Zustimmungsnormen steht dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen, Drittinteressen mit absoluten (Verpflichtungs- oder Veräusserungs-)Verboten zu schützen oder durch Schadenersatzansprüche abzusichern; vgl. THIELE (Fn. 14), 30.

Das Gesagte gilt auch für ausserfamiliäre Rechtsgeschäfte von Ehegatten. Diese sind zwar an sich final auf den Austausch von Waren, Geld oder Dienstleistungen und nicht primär auf die Ausprägung der ehelichen Gemeinschaft ausgerichtet. Dennoch vermögen bestimmte ausserfamiliäre Rechtsgeschäfte dergestalt in den *Ausstrahlungsbereich der Ehe* bzw. der Familie und damit mittelbar in die Interessensphäre des am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Ehegatten einzugreifen, dass diesem entweder Vermögenssubstrat entzogen, durch Veränderungen an diesem Substrat dessen Rechtsposition modifiziert oder seine existenzielle Grundlage in sonstiger Weise beeinflusst wird.¹⁷ Mit der Anordnung von ehепartnerlichen Zustimmungsnormen zu ausserfamiliären Rechtsgeschäften (als Folge einer mittelbaren Interessenbeteiligung) versucht der Gesetzgeber, den Ehепartner und die Familie vor dieser Einwirkungsgefahr zu schützen. Er verfolgt damit einen *Familienschutz i.w.S.*, der sich in zweierlei Hinsicht manifestiert:

- einerseits als *ökonomischer (finanzieller) Familienschutz*, dessen Augenmerk auf das eheliche Vermögenssubstrat gerichtet ist und die Familie vor einem Vermögensverlust oder Verarmungsrisiko bewahren soll. Er findet seine Ausgestaltung insbesondere in den güter-, schenkungs- und sicherungsrechtlichen Zustimmungen;
- andererseits als *existenzieller (nicht finanzieller) Familienschutz*, konkretisiert durch die Zustimmungsnormen, die den Schutz der Familienwohnräume als notwendige (Über-)Lebensgrundlage zum Inhalt haben.

Ehепartnerliche Zustimmungsnormen stellen damit vordergründig zwar eine Durchbrechung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie der Vertragsparteien und der Verkehrssicherheit (insbesondere des Vertrauensschutzes) dar. Sie finden ihre innere Rechtfertigung jedoch *in der Privatautonomie des am Rechtsgeschäft unbeteiligten Ehegatten*.

III. Inkohärenzen im Bestand der Zustimmungsnormen

Bei der Frage, ob eine kontextbezogene Anordnung einer Zustimmungsnorm überhaupt notwendig ist, orientiert sich der Gesetzgeber an den jeweils geltenden Wertvorstellungen und damit am jeweils bestehenden familienspezifischen Schutzbedürfnis. Durch diese einzelfall- und zeitbezogene Gesetzgebungstechnik werden gleich- oder ähnlich gerichtete Rechtsgeschäfte nicht nach einheitlichen (oder zumindest ähnlichen) Massstäben gemessen. Dies hat zur Konsequenz, dass einzelne Rechtsgeschäfte nur bei Vorliegen der ehепartnerlichen Zustimmung gültig sind,

17 THIELE (Fn. 14), 24 f., 28 ff., 144; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 51 N 4; VOGT (Fn. 14), 43 ff., insb. 46 ff.; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 168 ZGB, N 5 f.

andere hingegen keinerlei Beschränkungen unterliegen. Diese Systeminkohärenz im Familienschutz manifestiert sich eindrücklich am Beispiel der Personalsicherungsgeschäfte (1). Sie lässt sich aber auch bei den Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit Familienwohnräumen feststellen (2).

1. Personalsicherungsgeschäfte

a) Art. 494 OR und andere Sicherungsgeschäfte

De lege lata ist die *Bürgschaftsverpflichtung* die einzige Personalsicherheit, deren Gültigkeit von Formerfordernissen im Allgemeinen (Art. 493 OR) und von einer Ehepartnerlichen Zustimmung im Speziellen abhängt (Art. 494 OR). Nach Art. 494 Abs. 1 OR bedarf die Bürgschaft einer verheirateten Person zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des Ehegatten. Nachträgliche Abänderungen einer Bürgschaft bedürfen der Zustimmung, sofern der Haftungsbetrag erhöht, eine einfache Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft umgewandelt wird¹⁸ oder die Änderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten¹⁹ bedeutet (Art. 494 Abs. 3 OR).²⁰ Die Bürgschaft ist allerdings lediglich eine von mehreren rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten, die Position des Gläubigers ökonomisch zu verstärken.²¹ Dasselbe Ziel kann auch mit *anderen Sicherungsgeschäften* wie etwa der kumulativen Schuldübernahme (Art. 143 ff. OR) oder dem Garantievertrag (Art. 111 OR) erreicht werden. Im Unterschied zur Bürgschaft unterliegen diese Rechtsgeschäfte allerdings keinen Formvorschriften.²²

Der Gesetzgeber stützt sich bei der *Begründung* der Einführung der Ehepartnerlichen Zustimmungsnorm im Bürgschaftsrecht auf die mittelbare Interessenbeteiligung:²³ Die Ehe verbinde die Ehegatten auch zur wirtschaftlichen Gemeinschaft, weshalb die Folgen eines Rechtsgeschäfts auch die Interessen des Ehegatten betreffen würden. Durch das Zustimmungserfordernis werde primär die finanzielle

18 BGE 106 II 161, 162 ff. = Pra 1981, 10 ff.

19 Die Verminderung liegt z.B. in der Freigabe von Pfändern oder mithaftenden Personen. Die Beurteilung der Erheblichkeit erfolgt einzelfallbezogen und unter Berücksichtigung aller Umstände (ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 19 f.).

20 Diesen Änderungen ist gemein, dass sie eine Mehrbelastung des Bürgen bedeuten, welcher der Ehegatte allenfalls nicht zugestimmt hätte (GUHL, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942, 39). Art. 494 Abs. 3 OR bezieht sich hingegen nicht auf weitere Erschwerungen wie die Verlängerung der Bürgschaft oder die Erstreckung der Fälligkeit der Hauptschuld. Vgl. dazu SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel 1979, 393, Fn. 11.

21 So ausdrücklich BGE 129 III 702, 705, in Bezug auf die kumulative Schuldübernahme und die Bürgschaft.

22 Auch die Wechselbürgschaft kennt keine besonderen Formvorschriften (Art. 1020 ff. OR). Vgl. auch BYDLINSKI, Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken, 249, 250 m.H.

23 Vgl. vorgehend II/2.

Grundlage der Ehegemeinschaft durch unüberlegt eingegangene Bürgschaften geschützt,²⁴ es diene aber zusätzlich der Absicherung güterrechtlicher Ansprüche und der Vermeidung allfälliger eheinterner Streitigkeiten.²⁵

Tatsächlich kann das Instrument der ehepartnerlichen Zustimmung vor Verarmung schützen oder die Gefahr der Verarmung zumindest eindämmen.²⁶ *Ungerechtfertigt* ist hingegen die *unterschiedliche Behandlung* der anderen Personalsicherungsgeschäfte, welche die Ehegemeinschaft denselben oder sogar grösseren ökonomischen Gefahren aussetzen als die Bürgschaft. Während der Gläubiger bei der Bürgschaft «lediglich» einen akzessorischen Schuldner gewinnt und sich erst an den Bürgen halten kann, wenn er vom Hauptschuldner nicht befriedigt wird, erhält er bei der kumulativen Schuldübernahme einen gleichrangigen Schuldner, den er neben dem Hauptschuldner als selbstständigen Schuldner und direkt belangen kann. Beim Garantievertrag darf der Garant zwar ähnlich dem Bürgen erst in Anspruch genommen werden, wenn feststeht, ob und in welchem Umfang die Leistung des Dritten ausbleibt; im Unterschied zur Bürgschaft ist die Garantieverpflichtung jedoch nicht akzessorisch.²⁷

Diese Widersprüchlichkeiten anerkennt auch das Bundesgericht. In BGE 129 III 702²⁸ setzte es sich mit der Abgrenzung zwischen einer Bürgschaft und einer kumulativen Schuldübernahme auseinander und wertete es als Inkohärenz der Rechtsordnung, «dass das gleiche wirtschaftliche Ziel der Verstärkung der Gläubigerposition mit zwei (bzw. mehreren) rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden kann»²⁹. Daraus ergebe sich ein Spannungsverhältnis zwischen der aus der Vertragsfreiheit fliessenden Wahlfreiheit zwischen zwei Rechtsinstituten und dem Erfordernis, einer Umgehung von Formvorschriften entgegenzutreten. Die *Auflösung dieser Inkohärenz* erfolgt in Anwendung der von der Lehre erarbeiteten Grundsätze: Sofern sich die Parteien explizit gegen die Bürgschaft und für ein anderes formloses Sicherungsgeschäft entschieden haben, soll der Parteiwille geschützt und ein Eingriff in die Privatautonomie verneint werden. Haben sich die Parteien

24 Sten.Bull. NR 1940, 64, 69; HASENBÖHLER, Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 2; BYDLINSKI (Fn. 22), 249, 252.

25 HASENBÖHLER (Fn. 24), 2 f.

26 Dem Schutzzweck entsprechend müssten korrekterweise Bagatellfälle vom Anwendungsbereich des Art. 494 OR ausgenommen werden. Dieselbe Kritik äusserte bereits BYDLINSKI (Fn. 22), 249, 257. Diesen Vorschlag hat der Gesetzgeber jedoch kürzlich explizit abgelehnt: Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl 2004 4961.

27 Zu den Abgrenzungen vgl. auch BGE 129 III 702, 704 m.H.; 113 II 434, 436 ff.; 111 II 276, 279; VIONNET/VON DER CRONE, Sicherungsversprechen und Vertrauensprinzip, SZW 2004, 386, 390.

28 Besprochen von VIONNET/VON DER CRONE (Fn. 27), 386 ff., ARNET, Bemerkungen zu BGE 129 III 702, AJP 2004, 883 ff., und ABEGG, Familienbürgschaften als privatrechtliches Problem – BGE 129 III 702: von Willensfreiheit zu Waffengleichheit und Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung, FamPra.ch 2005, 209 ff.

29 BGE 129 III 702, 705.

über den Vertragstyp nicht geäußert, ist mittels Auslegung der hypothetische Parteiwille zu eruieren.³⁰ Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist das Eigeninteresse des Schuldners als massgebendes Kriterium heranzuziehen. Fehlt dieses, was typischerweise bei einer Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden angenommen werden kann, ist von einer Bürgschaft auszugehen, mit der Konsequenz, dass die Formerfordernisse von Art. 493 und Art. 494 OR zu beachten sind.³¹ Diese Auslegung ist sinnvoll, dient sie doch nicht nur dem Bürgenschutz, sondern in demselben Mass auch dem Schutz der Familie.

b) Jüngste gesetzgeberische Wertungsschwankungen

Bei den Revisionen der letzten Jahre im Bereich der Sicherungs- und Kreditgeschäfte zeigen sich die gesetzgeberischen Wertungsschwankungen besonders deutlich. Nach Art. 494 OR kann *de lege lata* in zwei Fällen von der Ehepartnerlichen Zustimmung abgesehen werden: zum einen, wenn die Ehe durch richterliches Urteil getrennt ist (Abs. 1 i.f.), zum anderen, wenn der verheiratete Bürge im Handelsregister als Inhaber einer Einzelfirma, als Mitglied einer Kollektivgesellschaft, als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft, als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft, als Mitglied der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft oder als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen ist (Abs. 2) oder zur Eintragung verpflichtet wäre.³²

Wie gesehen,³³ hat sich das Parlament für eine *ersatzlose Streichung von Art. 494 Abs. 2 OR* ausgesprochen. So hat der Ständerat als zweite entscheidende Kammer in der Sommersession 2005 der auf der parlamentarischen Initiative Chevrier vom 15. Dezember 2001 beruhenden Teilrevision zugestimmt.³⁴ Die Ehepartnerliche Zustimmung muss neu ausnahmslos vorliegen, unabhängig von einem allfälligen Handelsregistereintrag der sich verbürgenden Person. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass einerseits als Unterscheidungsmerkmal ein rein formales Kriterium diene, das letztlich wenig über die Geschäftserfahrenheit des kreditneh-

30 BGE 129 III 702, 706 f. m.H. Zur Anwendung des Vertrauensprinzips vgl. ausführlich VIONNET/VON DER CRONE (Fn. 27), 386, 389 ff.

31 Nach Bundesgericht liegt im fehlenden Eigeninteresse auch der Grund, dass die Bürgschaft besonders Formerfordernissen unterstellt ist: BGE 129 III 702, 710.

32 Auf die Ausnahmebestimmung kann sich auch berufen, wer sich freiwillig eingetragen hat. Sie gilt hingegen nicht für Kommanditäre, Mitglieder der Verwaltungs- oder Geschäftsführung einer Genossenschaft und Prokuristen der genannten Handelsgesellschaften. Vgl. SCYBOZ (Fn. 20), 393; BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 17; ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 11 f. Die Genossenschafter wurden in den parlamentarischen Beratungen explizit von der Regelung ausgeschlossen: Sten.Bull. StR 1941, 139.

33 Vorgehend I.

34 Zu den Debatten im Ständerat: Amtl.Bull. StR 2005, 152 ff., 616 f.; im Nationalrat: Amtl.Bull. NR 2003, 1218 ff.; 2004, 2117 ff.; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates vom 8. September 2004, BBl 2004 4965.

menden Ehegatten auszusagen vermöge. Andererseits gehe die der Ausnahme zugrunde liegende Annahme fehl, dass unternehmerisch tätige Personen das Familienvermögen weniger stark gefährden würden. Ein genügender Familienschutz könne nur erreicht werden, wenn auf eine abstrakte Gefahr der Familie abgestellt würde.³⁵

Diese Erweiterung erstaunt insofern, als derselbe Gesetzgeber im Jahr 2001 bei der Transformierung der Vorschriften des *Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrags* (aArt. 226a–228 OR) ins neue Konsumkreditgesetz³⁶ die ehепartnerliche Zustimmungsnorm von aArt. 226b Abs. 1 OR³⁷ ersatzlos gestrichen hatte. Der bundesrätliche Entwurf übernahm zwar die Bestimmung und schlug sogar die Ausdehnung des Zustimmungserfordernisses auf sämtliche Kreditverpflichtungen vor (Art. 10a E-KKG). Das Parlament entschied sich jedoch nicht nur gegen die Ausdehnung, sondern strich auch den übernommenen Artikel. Dieser Entscheid wurde im Wesentlichen damit begründet, dass das Zustimmungserfordernis dem bei der eherechtlichen Revision von 1984 getroffenen Grundsatzentscheid der ehепartnerlichen Selbstbestimmung zuwiderlaufe.³⁸ Damit wurde im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Konsumkreditgesetzes vollständig auf einen Familienschutz verzichtet.

2. Rechtsgeschäfte betreffend Familienwohnräume

Grundnorm bildet Art. 169 Abs. 1 ZGB, wonach ein Ehegatte unabhängig vom Güterstand³⁹ nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen beschränken kann. Obwohl sich grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte, welche die Rechte an der Familienwohnung entweder aufheben oder deren Ausübung in unzumutbarer Weise beschränken, unter Art. 169 ZGB subsumieren lassen, sind Inkohärenzen festzustellen.

a) Zustimmungsbedürftigkeit bei den Dauerschuldverträgen?

Die Zustimmungsbedürftigkeit bei den verschiedenen auf Dauer ausgerichteten Verträgen ist unterschiedlich geregelt. Für eine *gemietete Familienwohnung* wiederholt Art. 266m OR die eherechtliche Zustimmungsnorm von Art. 169 ZGB.

35 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 1. Juli 2004, BBl 2004 4959; vgl. auch die verschiedenen Voten der Parlamentarier während der Parlamentsdebatten (Fn. 34). Vgl. bereits die Kritik bei BYDLINSKI (Fn. 22), 249, 252.

36 Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (SR 221.214.1).

37 Nach aArt. 226b OR bedurfte es der schriftlichen, vorgängig oder spätestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgegebenen Zustimmung des Ehegatten einer verheirateten Vertragspartei für Verpflichtungen über CHF 1000.–, solange die Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führten.

38 Kommissionsprotokolle zum Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001, Bern 2001.

39 Statt vieler ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 9; RUOSS, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, ZSR 1988 I, 75, 78.

Das *Pachtrecht* verweist zwar für den Kündigungsschutz von Wohnraumpachten⁴⁰ grundsätzlich auf das Mietrecht (Art. 300 Abs. 1 OR), schliesst aber die Anwendung der Bestimmungen über die Wohnung der Familie, namentlich von Art. 273a OR, explizit aus (Art. 300 Abs. 2 OR). Trotz des eindeutigen Wortlauts von Abs. 2 lehnen Bundesgericht und Lehre auch die Anwendung von Art. 266m–266o OR ab und begründen ihren Entscheid damit, dass Art. 273a OR mit Art. 266m und Art. 266n OR derart verbunden sei, dass die letzteren beiden Normen lediglich die Anwendung von Art. 273a OR sichern wollen.⁴¹

Das Bundesgesetz über die *landwirtschaftliche Pacht* (LPG) kennt weder eine dem Art. 169 ZGB und Art. 266m OR entsprechende eigene Bestimmung, noch verweist es auf die mietrechtlichen Vorschriften. Nach herrschender Lehre und kantonaler Rechtsprechung liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, das eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf landwirtschaftliche Pachtverhältnisse verbietet.⁴²

Das *Bundesgericht* hatte sich in BGE 125 III 425⁴³ mit der Frage der analogen Anwendung von Art. 266n OR auf landwirtschaftliche Pachtverhältnisse auseinander zu setzen. Aufgrund der Spiegelbildlichkeit der Bestimmungen von Art. 266m OR und Art. 266n OR⁴⁴ kann die bundesgerichtliche Entscheidung *mutatis mutandis* auf Art. 266m OR übertragen werden. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens und bedient sich zur Begründung im Wesentlichen dreier Argumentationslinien:⁴⁵ Erstens seien bei der Einführung des LPG Art. 169 ZGB und aArt. 271a OR (Art. 266m OR) bereits in Kraft gewesen. Hätte der Gesetzgeber eine analoge Regelung beabsichtigt, so wäre eine entsprechende Bestimmung aufgenommen worden.⁴⁶ Zweitens verweist das Bundesgericht

40 Eine Wohnraumpacht liegt vor, wenn im Rahmen eines Pachtvertrags für den Eigenbedarf des Pächters eine Wohnung mitverpachtet wird. Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1419.

41 BGE 125 III 425, 431 = Pra 2000, 178; ZürcherKomm/HIGI, Art. 300 OR, N 6, und 18 i.V.m. Art. 276 OR, N 50; SCHMID (Fn. 5), 97.

42 OGer LU, LGVE 1999 I, 20, 22 f. (= ZBGR 2001, 80, 81 ff.); TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 2650; ZürcherKomm/HIGI, Art. 300 OR, N 4 i.V.m. Art. 276a OR, N 16 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 33; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 26; SCHMID (Fn. 5), 91; a.M. BERGER (Fn. 3), 63; DESCHENAUX/STEINAUER, *Le nouveau droit matrimonial*, Bern 1987, 96.

43 Pra 2000, 178.

44 Art. 266n OR regelt den umgekehrten Fall, d.h. die Kündigung des Vermieters, und verlangt die separate Zustellung an den Nichtmieter-Ehegatten.

45 Vorab prüft das Bundesgericht den Wortlaut des Gesetzes, kommt aber zum Schluss, dass der grammatikalischen Auslegung des Art. 1 Abs. 4 LPG kein eindeutiges Resultat entnommen werden könne: BGE 125 III 425, 428 f.

46 Das historische Element in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des LPG führt zu keinem befriedigenden Resultat: BGE 125 III 425, 429 ff. Es stellt dabei die Entstehung des LPG in den erweiterten

auf Art. 300 Abs. 2 OR, für den die analoge Anwendung ebenfalls verneint wird.⁴⁷ Und drittens verbiete der Zweck des LPG insgesamt einen Analogieschluss, denn das LPG habe dem Umstand, dass die gepachtete Liegenschaft nicht nur als Arbeitsplatz diene, sondern auch die wirtschaftliche und familiäre Existenz des Pächters bedeute, bereits dadurch Rechnung getragen, dass es in Abweichung des Mietrechts einerseits eine anfängliche Mindestdauer von neun Jahren (Art. 7 Abs. 1 LPG) sowie andererseits eine Mindestfrist zur Kündigung von einem Jahr festgelegt habe (Art. 16 Abs. 2 LPG). Damit geniesse der Pächter gegenüber dem Mieter einen viel besseren Schutz, weshalb sich kein besonderer Schutz der Familienwohnung entsprechend den Art. 266m–266o OR aufdränge.⁴⁸

Obwohl dem Bundesgericht im Resultat gefolgt werden kann, ist seine *Argumentation wenig überzeugend*. Insbesondere lässt sich aus dem Umstand, dass beim Erlass des LPG bereits ähnliche Regelungen existierten, weder für noch gegen ein qualifiziertes Schweigen ein Rückschluss ziehen. Ebenso könnte das Schweigen während der Entstehungsarbeiten dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Gesetzgeber mit den bestehenden Regeln gar nicht auseinander gesetzt hat. Zudem schützen die vom Bundesgericht beim dritten Argument vorgebrachten Bestimmungen nur den Pächter, aber gerade nicht dessen Ehegatten und dessen Recht auf eine Familienwohnung. Selbst bei langen Kündigungsfristen kann der Pächter eigenmächtig und ohne Wissen des Ehepartners das Pachtverhältnis und damit die Familienwohnung kündigen. Der Schutz, wie er mit Art. 169 ZGB bzw. Art. 266m OR angestrebt wird, ist in diesen Konstellationen nicht gewährleistet.

Nach meinem Dafürhalten rechtfertigt sich die unterschiedliche Behandlung der *ordentlichen und der landwirtschaftlichen Pacht* von mietrechtlichen Verhältnissen (und damit ein Ausschluss der analogen Anwendung von Art. 266m OR) jedoch aus einer anderen Überlegung. Bei ordentlichen sowie landwirtschaftlichen Wohnraumpachten werden das Nutzungsrecht am Wohnraum und ein arbeitsrechtliches Verhältnis miteinander gekoppelt, was zu einem Spannungsverhältnis zwischen den familiären Interessen und dem Selbstbestimmungsrecht des Pächter-Ehegatten führt. Dem individuellen Selbstbestimmungsrecht wurde bei der Eherechtsrevision

Kontext der Entstehungsgeschichte des Miet- und Pachtrechts während der letzten zwanzig Jahre: BGE 125 III 425, 430 f. Vgl. auch BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 33; OGer LU, LGVE 1999 I, 20, 22 (= ZBGR 2001, 80, 82).

47 BGE 125 III 425, 430 f.

48 Vgl. schliesslich noch das weitere, auch von der Lehre angeführte Argument, dass Art. 1 Abs. 4 LPG zwar einen generellen Gesetzesvorbehalt zugunsten des Obligationenrechts enthalte, Art. 16 ff. LPG aber selber die Beendigung der Pacht und Art. 26 ff. LPG die gerichtliche Pächterstreckung regeln. Deshalb seien die mietrechtlichen Bestimmungen in Art. 266m–266o OR nicht anwendbar: OGer LU, LGVE 1999 I, 20, 22 ff. (= ZBGR 2001, 80, 82 f.); BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 26, 33; STUDER/HOFER, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Brugg 1987, 128; RONCORONI, Der Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, in: HANGARTNER (Hrsg.), Das neue Mietrecht, St. Gallen 1991, 125 f.; SCHMID (Fn. 5), 91.

von 1984 ein besonderes Gewicht zugemessen. Seither genießt jeder Ehegatte die Freiheit, den Beruf seiner Wahl auszuüben.⁴⁹ Dieses Entscheidungsrecht als Persönlichkeitsrecht geht dem Bedürfnis des anderen Ehegatten an der Beibehaltung der Familienwohnung vor, weshalb der Pächter selber und ohne ehepartnerliche Zustimmung über seine berufliche Tätigkeit und die dafür erforderliche Rauminfrastruktur entscheiden kann.⁵⁰ Nur wenn das Schwergewicht des Vertragsinhalts auf der Wohnnutzung liegt, mithin die mietrechtliche (oder beschränkt dingliche) gegenüber der arbeitsrechtlichen Komponente deutlich überwiegt, finden die Bestimmungen über die Familienwohnung in Art. 266m–266o OR Anwendung.⁵¹ Diese Erwägungen lassen sich auf *sämtliche Dienstwohnungsverhältnisse*, die mit einem arbeitsrechtlichen Vertrag verknüpft sind, übertragen.⁵²

b) Zustimmungsbedürftigkeit bei weiteren Rechtsgeschäften

Art. 169 ZGB umfasst nicht nur Miet- und Veräusserungsgeschäfte, sondern auch andere Rechtsgeschäfte, welche die Rechte an den Wohnräumen beschränken können. Bei der Auslegung des Begriffs der «anderen Rechtsgeschäfte» hat insbesondere die Frage zu Kontroversen geführt, ob auch die *pfandrechtliche Belastung* einer Liegenschaft, deren Bestandteil die Wohnräume der Familie bilden, der Zustimmung des andern Ehegatten bedürfe. Die Mehrheit⁵³ spricht sich bei einer Errichtung bzw. Erhöhung von Hypotheken nur dann für eine Zustimmung des Ehegatten aus, wenn entweder ein Umgehungsgeschäft vorliegt oder tatsächlich eine akute Gefahr des Wohnungsverlustes besteht. Eine ernsthafte Gefahr liege vor, sofern eine Zwangsversteigerung aufgrund der finanziellen Verhältnisse unvermeid-

49 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1237. Im alten Eherecht konnte die Ehegattin einen Beruf oder ein Gewerbe nur mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung ihres Ehegatten ausüben.

50 ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 25; mit Einschränkungen BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 33; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, N 17.20. Die aus Art. 159 und Art. 167 ZGB fließende Pflicht zur Rücksichtnahme auf familiäre Interessen vermag daran nichts zu ändern. A.M. LACHAT/STOLL/BRUNNER, Das Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 1999, N 4.2.9.

51 BGE 125 III 425, 431; Botschaft (Fn. 40), BBl 1985 I 1476; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 33; ZürcherKomm/HIGI, Art. 276 OR, N 50; SCHMID (Fn. 5), 91. In diesem Sinn hat z.B. das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im Zusammenhang mit der Familienwohnung eines Pfarrers entschieden, weil die Benützung der Wohnung ans Dienstverhältnis gekoppelt bleibe: VerwGer BE, BVR 1998, 292, 296. A.M. BERGER (Fn. 3), 80.

52 Zur Kündigung von Dienstwohnungen vgl. auch COCCHI, Die Kündigung von Dienstwohnungen, mp 1995, 51 ff.

53 Statt vieler OGer ZH, ZR 2004, 97, 101; EITEL, Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer der Familienwohnräume nach Art. 169 Abs. 1 ZGB, recht 1993, 215, 217 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 46a; SCHNYDER, Der Schutz der Familienwohnung im Schweizer Recht, in: HENRICH/SCHWAB (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, Bielefeld 1995, 103, 108.

bar erscheine. Dabei plädieren gewisse Autoren für ein Abstellen auf die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall,⁵⁴ andere gehen von absoluten Zahlen als Richtwerte zur Annahme eines Umgehungsgeschäfts aus.⁵⁵ Daneben bestehen «Extrempositionen», die entweder jedes Grundpfandgeschäft für zustimmungsbedürftig erachten⁵⁶ oder die Anwendbarkeit von Art. 169 ZGB für derartige Vorgänge grundsätzlich ablehnen⁵⁷.

Die Auslegung hat sich stets am Normzweck zu orientieren. Art. 169 ZGB verlangt nicht für jedes Rechtsgeschäft, das eine Familienwohnung betrifft, die Zustimmung des Ehegatten, sondern nur für jene Rechtsgeschäfte, die eine *potenzielle Gefährdung der existenziellen Grundlage* der Familienwohnung darstellen und die Ausübung der Rechte an den Familienwohnräumen in unzumutbarer Weise einschränken. Namentlich ist Art. 169 ZGB nicht auf den Schutz der finanziellen (ökonomischer Familienschutz), sondern der existenziellen Grundlage (existenzieller Familienschutz) der Familie ausgerichtet. Die teleologische Auslegung führt dazu, dass jene Meinungen, die für eine Hypothekarbelastung in jedem Fall die ehепartnerliche Zustimmung verlangen, abzulehnen sind, weil sie dem Normzweck keine Rechnung tragen. Dasselbe gilt für die Auffassung, wonach in keinem Fall eine ehепartnerliche Zustimmung für eine Hypothekarbelastung erforderlich sei. Richtigerweise bedarf es immer dann der ehепartnerlichen Zustimmung, wenn bei einer Grundpfandbelastung der Verlust der Familienwohnräume droht. Vermutungsweise können Richtwerte zur Beurteilung der Gefahr dienen, die allerdings im Einzelfall unter Hinweis auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, die eine Pfandverwertung ohne weiteres abzuwenden vermögen, widerlegt werden können.

54 BERGER (Fn. 3), 83; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.31.

55 Vertreten werden die verschiedensten Lösungen. Nach SCHNYDER (Fn. 53), 103, 108 Fn. 9, oder HASENBÖHLER, Zur neurechtlichen Regelung der gemeinschaftlichen Wohnung und der Sicherung gefährdeter Vermögensansprüche von Ehegatten, in: Eherecht in der praktischen Auswirkung, Fortbildungsseminar der juristischen Fakultät der Universität Basel und des Basler Juristenvereins vom 19. Oktober 1990, Zürich 1991, 7, 15, ist ab einer Belastung von 80% des Verkehrswerts die ehепartnerliche Zustimmung erforderlich. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BernerKomm, Art. 169 ZGB, N 46a, verlangen eine Zustimmung ab 60% des Verkehrswerts. Nach EITEL (Fn. 53), 215, 219, muss eine Belastung bis zum Verkehrswert ohne Zustimmung möglich sein. DESCHENAUX/STEINAUER (Fn. 42), 102, wiederum lassen eine zustimmungsfreie Belastung für die erste Hypothek zu. Das OGer BE, BN 1996, 291, 291 f., nahm bei einer Belastung, die mehr als 50% des Kaufpreises betrug, eine Überschreitung des üblichen Rahmens an.

56 Z.B. OGer SO, SOG 2001, 8 ff.; WEBER, Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung, AJP 2004, 30, 38; SCHÜPBACH, L'exécution forcée menée par un tiers contre un conjoint à raison d'une obligation patrimoniale, FS Engel, Lausanne 1989, 331, 334 f.

57 BUCHER, Die Wohnung der Familie im neuen Recht, BTJP 1987, 37, 46.

c) Materielles Recht und Rechtsdurchsetzung

Eine weitere Einschränkung der Rechte an der Familienwohnung ergibt sich aus der fehlenden Kohärenz zwischen Privatrecht und Rechtsdurchsetzung. Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1993⁵⁸ kann sich ein Ehegatte von Gesetzes wegen (Ausnahme: Gütergemeinschaft) nicht gegen eine Betreibung gegen den Ehegatten wehren. Er ist weder zur Beschwerde noch zum Rekurs im Sinne von Art. 17 ff. SchKG legitimiert, weshalb er auch nicht einredeweise geltend machen kann, dass er der Pfandbelastung des als Familienwohnung dienenden Miteigentumsanteils keine Zustimmung im Sinne von Art. 169 ZGB erteilt habe. Dieses Urteil verdeutlicht, dass der Schutz der Familie nie umfassend sein kann, solange verschiedene Gesetze unterschiedliche Zwecke verfolgen. Eine extensive familienfreundliche Politik auf Privatrechtsebene nützt wenig, wenn der Schutz bei der tatsächlichen Durchsetzung versagt bleibt.

3. Fazit

Die genannten Beispiele zeigen zum einen, dass lediglich ein beschränkter und punktueller Familienschutz besteht. Der finanzielle Familienschutz, dargestellt an den Personalsicherungsgeschäften, kann auf zulässige Weise umgangen und vermögensgefährdende Rechtsgeschäfte können problemlos ohne Wissen des mittelbar betroffenen Ehegatten abgeschlossen werden. Der existenzielle Familienschutz, gezeigt an den die Familienwohnräume betreffenden Rechtsgeschäften, scheint angesichts der Grundnorm in Art. 169 ZGB zwar umfassender, wird aber dennoch in mehrfacher Weise durchbrochen und bleibt letztlich ebenfalls punktuell.

Zum anderen ist festzustellen, dass die Systeminkohärenz im Bestand der Zustimmungsnormen in erster Linie der Gesetzgebung zuzuschreiben ist. Dies zeigen insbesondere die Beispiele der Entwicklung der Sicherungs- und der Kreditgeschäfte in den letzten paar Jahren und der fehlende Schutz bei der Rechtsdurchsetzung bei Rechtsgeschäften betreffend Familienwohnungen. Der Rechtsanwendung bleibt aufgrund des Numerus clausus der Zustimmungstatbestände grundsätzlich kein Raum für die Abänderung des Bestands.⁵⁹ Bei der Prüfung, ob sich bei einem Rechtsgeschäft ausnahmsweise eine analoge Anwendung einer bestehenden Zustimmungsnorm aufdrängt, hat sie sich jeweils am Schutzzweck dieser Zustimmungsnorm zu orientieren.

58 BGE 119 III 100.

59 StaudingerKomm/GURSKY, 13. Aufl., Berlin 1995, Vorbem. zu §§ 182 ff. BGB, N 1.

IV. Inkohärenzen in der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Zustimmungsnormen

Den ehепartnerlichen Zustimmungsnormen ist zwar gemein, dass das Zusammenspiel zwischen Rechtsgeschäft und Zustimmung dergestalt geordnet ist, dass der handelnde Ehegatte allein das Rechtsgeschäft vornimmt, sein Ehegatte dieses fremde Rechtsgeschäft durch die vom Gesetz verlangte Einverständniserklärung billigt, dadurch aber nicht Vertragspartei wird.⁶⁰ In ihrer konkreten Ausgestaltung sind allerdings nicht nur Inkohärenzen in Bezug auf die Anforderungen an die Zustimmung selber (1) und auf die Rechtswirkung bei fehlender oder verweigerter Zustimmung (2) festzustellen. Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der Konstellationen, in denen von einer Zustimmung abgesehen werden kann (3).⁶¹

1. Anforderungen an die Zustimmung

a) Formelle Anforderungen⁶²

Art. 494 OR verlangt für die Zustimmung zur Bürgschaftsverpflichtung die einfache Schriftlichkeit i.S.v. *Art. 12 ff. OR*. Urkundeneinheit ist nicht erforderlich.⁶³ Die Zustimmung nach *Art. 169 ZGB* im Allgemeinen sowie *Art. 266m OR* in Bezug auf die Kündigung von Mietverträgen im Speziellen hat «explizit» vorzuliegen; mithin genügt zwar Mündlichkeit, nicht aber Stillschweigen oder bloss konkludentes Verhalten.⁶⁴

Wenn die Ehegatten ein landwirtschaftliches Grundstück gemeinsam bewirtschaften oder wenn es sich um einen Miteigentumsanteil handelt, verlangt *Art. 40 Abs. 1 BGG* für die gültige Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes die

60 StaudingerKomm/GURSKY (Fn. 59), Vorbem. zu §§ 182 ff. BGB, N 1; THIELE (Fn. 14), 145 ff.

61 Obwohl die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats bei der laufenden Revision des *Art. 494 OR* ausdrücklich eine Vereinheitlichung dieser Zustimmungsnormen anzustreben versuchte: vgl. Bericht BBI 2004 4958.

62 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Zustimmungen nach *Art. 201 bzw. 228 ZGB* sowie nach *Art. 166 ZGB* ebenfalls an keine bestimmte Form gebunden sind: statt vieler BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Art. 201 ZGB*, N 33.

63 SCYBOZ (Fn. 20), 394; ZürcherKomm/BECK, *Art. 494 OR*, N 29. Die Schriftlichkeit wurde auch für die Zustimmung zu Abzahlungs- und Teilzahlungsverträgen verlangt (a*Art. 226b OR*).

64 Botschaft (Fn. 3), BBI 1979 II 1264; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, *Art. 169 ZGB*, N 63; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Art. 169 ZGB*, N 49; BERGER (Fn. 3), 70; so grundsätzlich auch BUCHER (Fn. 57), 37, 41; ZürcherKomm/HIGI, *Art. 266m OR*, N 21. Aus Beweisgründen empfiehlt sich für alle Zustimmungsnormen die Schriftlichkeit. Statt vieler ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, *Art. 169 ZGB*, N 63; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Art. 169 ZGB*, N 49; HASENBÖHLER (Fn. 55), 7, 16; BUCHER (Fn. 57), 37, 41; BERGER (Fn. 3), 69. Es wäre zu überlegen, ob nicht aus Rechtssicherheitsgründen und zum Schutz aller Beteiligten, sowohl des verheirateten Vertragspartners und seines Ehegatten als auch des Vertragspartners, die einfache Schriftlichkeit i.S.v. *Art. 14 OR* vorzusehen wäre.

ehepartnerliche Zustimmung. Befindet sich die Familienwohnung im landwirtschaftlichen Gewerbe, bedarf es aufgrund des Verweises in *Art. 40 Abs. 3 BGG* auf *Art. 169 ZGB* in jedem Fall der ehepartnerlichen Zustimmung, und zwar unabhängig davon, ob die Bewirtschaftung durch beide Ehegatten erfolgt oder nicht.⁶⁵ In der Lehre wird für beide Fälle, zwar ohne Begründung, die einfache Schriftlichkeit verlangt.⁶⁶

Eine solche Pauschalannahme ist m.E. jedoch abzulehnen. Die Form der Zustimmung ist vielmehr für jeden Fall gesondert zu prüfen: Für *Art. 40 Abs. 3 BGG* bestimmt sich die Form aufgrund der gesetzlichen Verweisung direkt nach *Art. 169 ZGB*. Sie muss deshalb explizit vorliegen; demnach reicht auch eine mündliche Zustimmung. *Art. 40 Abs. 1 BGG* äussert sich nicht zu den formellen Anforderungen an die ehepartnerliche Zustimmung. Dies spricht zwar grundsätzlich für die Formfreiheit, wonach auch Stillschweigen oder konkludentes Verhalten genügt. Aus historischen und teleologischen Gründen drängt sich allerdings eine analoge Anwendung von *Art. 169 ZGB* auf: Zum einen verweist die Botschaft ihrerseits im Zusammenhang mit *Art. 40 BGG* insgesamt auf *Art. 169 ZGB*.⁶⁷ Zum andern verfolgt *Art. 10 BGG* in Anlehnung an *Art. 169 ZGB* die Sicherstellung des Schutzes des nicht berechtigten Ehegatten. Mithin dienen beide Vorschriften demselben Zweck i.w.S., namentlich dem Schutz der Familie. Schliesslich drängt sich die analoge Anwendung von *Art. 169 ZGB* auf *Art. 40 Abs. 3 BGG* auch aus systematischen Überlegungen auf. Weder ist es sinnvoll, die beiden Zustimmungen innerhalb derselben Bestimmung an unterschiedliche Formerfordernisse zu knüpfen, noch bestünde ein Grund, *Abs. 1* abweichend von *Art. 169 ZGB* auszulegen.

Bei der Veräusserung von Grundstücken verlangt die Grundbuchverordnung in *Art. 13a GBV*,⁶⁸ dass die Anmeldungsbelege beim Grundbuch schriftlich einzureichen sind. Aus den Belegen muss unter anderem hervorgehen, ob das Veräusserungsgeschäft der Zustimmung eines Dritten bedarf (*Art. 13a Abs. 2 GBV*), namentlich auch, ob eine ehepartnerliche Zustimmung nach *Art. 169 ZGB* und *Art. 40*

65 Vgl. PFÄFFLI, Die praktischen Auswirkungen im neuen bäuerlichen Bodenrecht (überarbeitete Fassung des am 22. März 1993 beim Verband bernischer Notare gehaltenen Referates), *ZBGR* 1993, 179, 184; Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGG) vom 19. Oktober 1988, *BBl* 1988 III 1020; vgl. auch *BGE* 125 III 425, 431 f. = *Pr* 2000, 178.

66 STUDER, in: Sekretariat des Schweizerischen Bauernverbandes (Hrsg.), *Das bäuerliche Bodenrecht*, Brugg 1995, *Art. 40 BGG*, N 13.

67 Botschaft (Fn. 65), *BBl* 1988 III 972.

68 Dieser generell formulierte Artikel hat am 1. Januar 1995 a*Art. 15a GBV* abgelöst, wonach explizit bei einer grundbuchlichen Anmeldung eines Grundstücks, das seiner Natur nach als Wohnung der Familie dienen kann, aus den Anmeldungsbelegen hervorgehen muss, dass entweder das Grundstück nicht als Wohnung der Familie dient oder es sich nicht um ein Rechtsgeschäft im Sinne von *Art. 169 ZGB* handelt. Fehlten diese Nachweise und fehlte die Zustimmung des Ehegatten zu einem entsprechenden Rechtsgeschäft, hatte der Grundbuchverwalter die Anmeldung abzuweisen.

Abs. 1 und 3 BGBB vorliegen muss. Daraus leitet die herrschende Lehre ab, dass die Zustimmung in Abweichung von Art. 169 ZGB für die Veräusserung von Familienwohnräumen schriftlich zu erfolgen hat.⁶⁹ Andere Autoren verlangen die öffentliche Beurkundung der Zustimmung, sofern der Ehegatte bei der Beglaubigung des Rechtsgeschäfts abwesend war.⁷⁰

Sowohl die öffentliche Beurkundung als auch die Schriftlichkeit der Ehepartnerlichen Zustimmung ist abzulehnen. Die Grundbuchverordnung äussert sich nicht zum Formerfordernis der Zustimmung selber, sondern verlangt nur, dass aus den eingereichten Belegen hervorgehen muss, *ob* das Rechtsgeschäft einer Zustimmung bedarf. Die Erweiterung der formellen Anforderungen mittels Auslegung darf aufgrund ihres Ausnahmecharakters nur zurückhaltend vorgenommen werden. Sie rechtfertigt sich umso weniger, wenn es sich um eine verordnungsrechtliche Vorschrift handelt, die nach erfolgter Auslegung im Widerspruch zu einer gesetzlichen Norm steht.

Schliesslich gibt es auch die Möglichkeit, *die Zustimmung der gleichen Form wie das Rechtsgeschäft selber zu unterstellen*. Dies hiesse beispielsweise für die mietrechtliche Kündigung die einfache Schriftlichkeit (Art. 266l Abs. 1 OR), für Veräusserungsgeschäfte von Familienwohnräumen oder für Bürgschaftsverpflichtungen ab CHF 2000.– die öffentliche Beurkundung (Art. 657 ZGB; Art. 493 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR).

Diese Lösung ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen: Erstens ist auf die analoge Rechtslage bei der Zustimmung zu Geschäften Unmündiger und Entmündigter zu verweisen. Im Zusammenhang mit Art. 19 ZGB ist allgemein anerkannt, dass die Zustimmung zu einem formbedürftigen Geschäft nicht dieser Formvorschrift unterliegt.⁷¹ Zweitens zeigen die Materialien zu verschiedenen Gesetzesrevisionen, dass eine Gleichschaltung der Formvorschrift zum entsprechenden Rechts-

69 Z.B. SCHMID, Familie und Grundbuch, FS Schnyder, Zürich 1995, 601, 609; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 49a; GEISER, Neues Eherecht und Grundbuchführung, BN 1987, 15, 20; HASENBÖHLER, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, 57, 71; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 63; DESCHENAUX, Das Grundbuch, Schweizerisches Privatrecht V/3/1, Basel/Frankfurt a.M. 1988, 247. Ebenso PFÄFFLI, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986, 281, 286, der das Formerfordernis der Schriftlichkeit allerdings aus Art. 169 ZGB ableitet.

70 Im Kreisschreiben der Justizdirektion des Kantons Bern vom 26. November 1987, BN 1987, 147, 148, wird die Mitwirkung bei der Verurkundung oder eine separate Zustimmungserklärung mit beglaubigter Unterschrift verlangt. Vgl. auch Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich an die Notariate und Grundbuchämter über Neues Eherecht und Grundbuch vom 16. Dezember 1987, ZGBR 1988, 135, 139.

71 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 49. Zu Art. 19 Abs. 2 ZGB statt vieler BernerKomm/BUCHER, Art. 19 ZGB, N 61 ff. m.H.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, N 07.68.

geschäft nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht.⁷² Und drittens kennt das Gesetz mehrheitlich spezielle Formvorschriften für die Zustimmung des Ehepartners. Eine einheitliche Unterstellung unter die jeweilige Formvorschrift des entsprechenden Rechtsgeschäfts würde eine Auslegung der Zustimmungsnormen *contra legem* bedeuten.

b) Inhaltliche und adressatenspezifische Anforderungen

Die *inhaltlichen Anforderungen* an die Zustimmung sind bei den einzelnen Zustimmungsnormen weitgehend identisch. Nach Art. 169 ZGB, Art. 266m OR sowie Art. 494 OR ist die Zustimmung jeweils gesondert, d.h. in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft, zu erteilen.⁷³ Zu diesem Zeitpunkt müssen hingegen nicht bereits alle Einzelheiten des Rechtsgeschäfts bekannt sein; es reicht, wenn der zustimmende Ehegatte die Tragweite des Rechtsgeschäfts und dessen mögliche Auswirkungen abzuschätzen vermag. Ausgeschlossen ist demnach eine abstrakte, im Voraus erteilte Zustimmung oder eine generelle Ermächtigung.⁷⁴ Umgekehrt ist es zulässig, die Zustimmung für mehrere Rechtsgeschäfte gleichzeitig zu erteilen, sofern diese hinreichend bestimmt sind.⁷⁵ Bei den Bürgschaften ist ergänzend anzufügen, dass der zustimmende Ehegatte von Gesetzes wegen vom Höchstbetrag der Haftung zwar Kenntnis haben muss, dieser Betrag allerdings nicht in der Zustimmungserklärung selber enthalten sein muss, ansonsten die vorgeschriebene einfache Schriftlichkeit in eine qualifizierte umgewandelt würde.⁷⁶

Umstrittener ist hingegen die Frage, gegenüber wem die Zustimmung abzugeben ist. Mögliche *Adressaten* sind der berechtigte Ehegatte oder dessen Vertragspartner. Die Zustimmung hat m.E. gegenüber dem Vertragspartner zu erfolgen.⁷⁷

72 Z.B. im Zusammenhang mit der Revision des Miet- und Pachtrechts, bei der das Parlament den bundesrätlichen Vorschlag, für die ehedpartnerliche Zustimmung die Schriftlichkeit zu verlangen, abgelehnt hat: Botschaft (Fn. 40), BBl 1985 I 1454; Amtl.Bull. NR 1989, 510.

73 Für 169 ZGB BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 47; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 60; SCHMID (Fn. 5), 106; BERGER (Fn. 3), 70; a.M. BUCHER (Fn. 57), 37, 51 f. Für Art. 494 OR ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 26; BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 7; GUHL (Fn. 20), 40; SCYBOZ (Fn. 20), 394.

74 Sie würde dem Zweck der Zustimmungsnorm, die dem anderen Ehegatten die Überprüfung der konkreten Bürgschaftsverpflichtung ermöglichen soll, widersprechen. Gl.M. GEISER (Fn. 69), 15, 20; SCHMID (Fn. 5), 106; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 60; RUOSS (Fn. 39), 75, 88 f.; HASENBÖHLER (Fn. 69), 57, 71; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.23.

75 ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 27.

76 BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 5.

77 Gl.M. SCHMID (Fn. 5), 105; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 48; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER Art. 169 ZGB, N 61; HASENBÖHLER, (Fn. 69), 57, 71; ders. (Fn. 55), 7, 16; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.24; ZürcherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 22; WEBER (Fn. 56), 30, 39; BaslerKomm/WEBER, Art. 266m/226n OR, N 3. Nach BERGER (Fn. 3), 70, RUOSS (Fn. 39), 75, 87 f., muss hingegen eine eheinterne Zustimmung genügen.

Dies widerspricht zwar Art. 19 Abs. 2 ZGB, wonach eine Zustimmung im internen Verhältnis, d.h. dem Unmündigen bzw. Entmündigten gegenüber, genügt, rechtfertigt sich aber deshalb, weil im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 ZGB dem Vertragspartner bei den ehepartnerlichen Zustimmungsnormen der Gutgläubensschutz abgesprochen wird.⁷⁸

c) Zeitliche Anforderungen

Eine Zustimmung kann dem Abschluss des Rechtsgeschäfts zeitlich vorgehen bzw. gleichzeitig erfolgen (Einwilligung)⁷⁹ oder diesem nachfolgen (Genehmigung). Das Gesetz lässt bei einer *Bürgschaft* lediglich eine Einwilligung zu, d.h. die Zustimmung hat spätestens bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags⁸⁰ vorzuliegen (Art. 494 Abs. 1 OR). Eine nachträgliche Genehmigung vermag das ungültige Geschäft nicht zu heilen.⁸¹ Selbst eine inzwischen erfolgte Scheidung oder gerichtliche Trennung ändert nichts daran.⁸² Die Bürgschaft ist nichtig. Die Zustimmung nach Art. 169 ZGB kann hingegen nach überwiegender Meinung nicht nur vor oder während, sondern auch nach Abschluss des Rechtsgeschäfts erfolgen.⁸³ Eine fehlende Zustimmung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses führt deshalb zu einem hinkenden Rechtsgeschäft, das durch ehepartnerliche Genehmigung mit Wirkung ex tunc gültig wird.⁸⁴

Diese unterschiedliche Auslegung ergibt sich nicht nur aus der grammatikalischen und der historischen Auslegung, sondern rechtfertigt sich auch aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks. Während bei der Bürgschaft durchaus die damals vom Gesetzgeber geäußerte Befürchtung besteht, «dass durch die Ermöglichung der nachträglichen Zustimmung der andere Ehegatte vor Tatsachen gestellt werden könnte, die als unzulässiger Druck zur Erlangung der Zustimmung aufgefasst wer-

78 Zum fehlenden Gutgläubensschutz vgl. nachfolgend IV/2.

79 Vgl. auch StaudingerKomm/GURSKY (Fn. 59), Vorbem. zu §§ 182 ff. BGB, N 3; LARENZ/WOLF (Fn. 17), § 51 N 8. ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 62, und BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 50, sprechen von der Mitwirkung. Der Begriff ist aber deshalb etwas missverständlich, weil darunter auch jene Verträge verstanden werden, bei denen beide Ehegatten Vertragspartei sind. HASENBÖHLER (Fn. 24), 1 f., unterscheidet denn auch zwischen der notwendigen und der freiwilligen Mitwirkung. Erstere betrifft die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, bei Letzterer werden beide Ehepartner Vertragspartei.

80 Damit ist die Abgabe der Bürgschaftserklärung, d.h. die Unterzeichnung des Bürgscheins, zu verstehen. Vgl. BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 8.

81 GUHL (Fn. 20), 39; BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 8 und 9; SCYBOZ (Fn. 20), 394; HASENBÖHLER (Fn. 24), 3.

82 ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 32.

83 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264; BERGER (Fn. 3), 71; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 62; GEISER (Fn. 69), 15, 20.

84 Z.B. BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 51. So explizit § 184 Abs. 1 BGB. Vgl. auch LARENZ/WOLF (Fn. 17), § 51 N 10.

den könnten»⁸⁵, ist die Gefährdung bei Art. 169 ZGB derart konkret, dass der nicht-berechtigte Ehepartner immer dann seine Zustimmung verweigern wird, wenn er damit den existenziellen Wohnraum der Familie sichern kann.⁸⁶

Umstritten ist bei der *Kündigung einer gemieteten Familienwohnung*, ob die ehepartnerliche Zustimmung gestützt auf Art. 266m i.V.m. Art. 266o OR spätestens bei Vornahme der Kündigung oder bei Beginn der Kündigungsfrist vorliegen muss. Auf den ersten Blick müsste es Art. 169 ZGB entsprechend reichen, wenn die Zustimmung bei Beginn der Kündigungsfrist vorliegen würde.⁸⁷ Denn Art. 266m OR wiederholt in wörtlicher Wiedergabe Art. 169 ZGB für die mietrechtlichen Verhältnisse.

Eine identische Auslegung würde aber zu *Systeminkohärenzen* innerhalb des Mietrechts führen. So verträgt sich der in Art. 169 ZGB in Kauf genommene Schwerezustand nicht mit der mietrechtlichen Kündigung als bedingungsfeindliches Gestaltungsrecht, weshalb die ehepartnerliche Zustimmung dem Vermieter spätestens gleichzeitig mit der Kündigung zugehen muss.⁸⁸ Eine nachträgliche Zustimmung innerhalb der Kündigungsfrist kann aber zur Wiederholung des Gestaltungsrechts und zur wirksamen Kündigung *ex nunc* führen, wenn der Vermieter die ungültige Kündigung nicht zurückgewiesen hat.⁸⁹ Eine nach verstrichener Kündigungsfrist eingegangene Genehmigung vermag die Kündigung jedoch nicht mehr zu heilen und ist grundsätzlich nichtig.⁹⁰ Ist aber eindeutig, dass die als Familienwohnung dienende Wohnung ohnehin aufgelöst werden soll, ist die ursprüngliche, zustimmungslose Kündigung gemeinsam mit der Zustimmung als Kündigung auf den nächstmöglichen Termin gemäss Art. 266a Abs. 2 OR zu deuten.⁹¹

Bei der *Verässerung von Familienwohnräumen* hat die Zustimmung spätestens im Zeitpunkt des Eingangs der Belege beim Grundbuchbeamten vorzuliegen. Fehlt

85 Sten.Bull. StR 1941, 138; NR 1941, 215. Mit der Einführung dieser Zustimmungsnorm wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die eheliche Gemeinschaft aufgrund unüberlegt eingegangener Bürgschaften ihrer finanziellen Grundlage beraubt wird.

86 BERGER (Fn. 3), 71 Fn. 195. Diese Auslegung ist auch auf Art. 40 BGG zu übertragen.

87 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264; BernerKomm/HASHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 51; BaslerKomm/WEBER, Art. 266m/266n OR, N 4; WEBER (Fn. 56), 30, 39; SCHMID (Fn. 5), 106.

88 LARENZ/WOLF (Fn. 17), § 51 N 9. Zur Natur der Kündigung ZürcherKomm/HIGI, Vorbem. zu Art. 266–266o OR, N 31 ff.

89 G.M. BERGER (Fn. 3), 72; wohl auch HASENBÖHLER, Die gemietete Familienwohnung, MRA 1995, 225, 238 f., und WEBER (Fn. 56), 30, 39; ebenso RUOSS (Fn. 39), 75, 89, der aber von einer Wirkung *ex tunc* ausgeht. A.M. ZürcherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 23; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.24; Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264. Diejenigen Autoren (vgl. Fn. 87), die eine Zustimmung bis zum Beginn der Kündigungsfrist zulassen, vertreten eine Wirkung *ex tunc*.

90 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 62; HASENBÖHLER (Fn. 89), 225, 239. A.M. WEBER (Fn. 56), 30, 39; RUOSS (Fn. 39), 75, 89 f.; SCHMID (Fn. 5), 106; ZürcherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 23. Letztere lassen aber bei einer verspäteten Zustimmung in jedem Fall analog Art. 266a Abs. 2 OR die Kündigung auf den nächstmöglichen Termin gelten.

91 HASENBÖHLER (Fn. 89), 225, 239; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.24.

die ehепartnerliche Zustimmung, hat der Grundbuchbeamte die Anmeldung nach Art. 24 Abs. 1^{bis} lit. a GBV abzuweisen.⁹² Es steht ihm allerdings die Möglichkeit der vorläufigen Eintragung offen, verbunden mit der Aufforderung zur Nachreichung der fehlenden Zustimmung unter kurzer Nachfristansetzung.⁹³

2. Rechtswirkung einer fehlenden oder verweigerten Zustimmung

Die Verweigerung der ehепartnerlichen Zustimmung zur *Bürgschaftsverpflichtung* (Art. 494 OR) kann ohne Begründung erfolgen. Gegen eine Verweigerung ist jeder rechtliche Zwang ausgeschlossen; es gibt weder ein Rekursrecht noch das Recht zur Anrufung eines Gerichts.⁹⁴ Bei einer Bürgschaftserklärung führt nicht nur eine überhaupt fehlende bzw. verweigerte, sondern auch eine verspätete oder (materiell oder formell) fehlerhafte Zustimmung zur Nichtigkeit der Bürgschaftserklärung. Dieselbe Bestimmung kannte auch das Teilzahlungsrecht in aArt. 226b OR.

Art. 169 Abs. 2 ZGB, Art. 266m Abs. 2 OR sowie Art. 40 Abs. 2 BGG räumen dem berechtigten Ehegatten hingegen übereinstimmend das Recht zur Anrufung des Gerichts ein, wenn die ehепartnerliche Zustimmung nicht eingeholt werden kann oder ohne triftigen Grund verweigert wird.⁹⁵ Im ersten Fall beruht das Fehlen der Zustimmung auf dem Unvermögen des Ehegatten, etwa bei Krankheit, Urteilsunfähigkeit⁹⁶ oder Abwesenheit. Im zweiten Fall verweigert der Ehegatte seine Zustimmung bewusst. In Berücksichtigung des Normzwecks von Art. 169 ZGB, Art. 266m OR sowie Art. 40 BGG ist eine Verweigerung nur dann gerechtfertigt, wenn der berechnigte Ehegatte keine angemessene und im Verhältnis zur aktuellen Familienwohnung adäquate Wohnmöglichkeit anbieten kann.⁹⁷

92 Freilich ist es dem Vertragspartner anheim gestellt, die Zustimmung des nicht berechtigten Ehegatten an eine Frist zu binden und sich bei nicht fristgerechtem Eingang der Zustimmung von seiner Bindung zu befreien (vgl. auch Art. 410 Abs. 2 ZGB analog). Vgl. ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 168 ZGB, N 62.

93 PFÄFFLI, Zur Revision der Grundbuchverordnung mit besonderer Berücksichtigung des neuen Ehe- und Erbrechts, BN 1988, 221, 224 f.; SCHMID (Fn. 69), 601, 610 m.H.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 52.

94 Eine Bestimmung, wonach das Gericht vom Erfordernis der Zustimmung hätte befreien können, wurde wieder gestrichen: Sten.Bull. NR 1941, 214; vgl. ZürcherKomm/BECK, Art. 494 OR, N 8 und 31.

95 Nach Art. 178 ZGB kann die Eheschutzrichterin die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von der Zustimmung des Ehegatten abhängig machen. Die Verfügungsbeschränkung kann demnach für bewegliche und unbewegliche Güter, unabhängig von ihrem Charakter, ausgesprochen werden. Im Zusammenhang mit der Veräusserung der Familienwohnung geht Art. 169 ZGB vor, weil dieser unabhängig von einer konkreten Gefährdung und ohne richterliche Verfügung die Zustimmung des nichtberechtigten Ehegatten verlangt.

96 Hat der urteilsunfähige Ehegatte einen gesetzlichen Vertreter, ist dessen Zustimmung einzuholen. Vgl. BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 62a.

97 BERGER (Fn. 3), 90; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 63; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 76.

Eine *gerechtfertigt verweigerte oder fehlende Zustimmung* führt bei den unter Art. 169 ZGB subsumierbaren Rechtsgeschäften gestützt auf Art. 20 OR⁹⁸ bzw. bei der Kündigung von Mietwohnräumen gestützt auf Art. 266o OR zur Nichtigkeit.⁹⁹ Ein allfälliger guter Glaube des Vertragspartners wird im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 ZGB nicht geschützt.¹⁰⁰ Der Vertragspartner der verheirateten Person hat die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts selbst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn die verheiratete Partei bei Vertragsabschluss zwar behauptet hat, die ehепartnerliche Zustimmung liege vor, es sich aber um eine Fehlinformation gehandelt hat. Es bleibt einzig die Schranke des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 ZGB.¹⁰¹

Bei *ungerechtfertigter Verweigerung der Zustimmung* ermächtigt das Gericht den Ehegatten zum alleinigen Handeln mit Wirkung *ex tunc*, sofern das Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen und nicht an bestimmte (gesetzlich oder vertraglich vereinbarte) Fristen gebunden ist.¹⁰²

Grundsätzlich gilt die Nichtigkeitsfolge auch bei den Veräusserungsgeschäften. Gemäss Art. 965 ZGB muss der Grundbuchverwalter die Legitimation des Verfügenden prüfen. Mithin hat er abzuklären, ob der Verfügende überhaupt zur Verfügung berechtigt ist, wenn ja, ob es sich um eine Familienwohnung handelt, und wenn wiederum ja, ob die ehепartnerliche Zustimmung oder eine entsprechende richterliche Handlungsermächtigung vorliegt.¹⁰³ Da der Grundbuchverwalter nur

98 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264; GEISER (Fn. 69), 15, 20; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 62; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 51 und 59.

99 Da sich der Anwendungsbereich von Art. 266o OR auf bestimmte mietrechtsrelevante Willenserklärungen beschränkt, ergibt sich die Nichtigkeit einer Art. 169 ZGB zuwiderlaufenden Rechtshandlung nicht aus dieser spezialgesetzlichen Norm, sondern aus dem allgemeinen Art. 20 OR. Aufgrund des beiden Normen zugrunde liegenden identischen Nichtigkeitsbegriffs sind die Rechtsfolgen gleich. Vgl. zur unterschiedlichen gesetzgeberischen Motivation des Art. 266o OR im Vergleich zu Art. 20 OR ausführlich ZürcherKomm/HIGI, Art. 266o OR, N 7 ff.

100 BGE 118 II 489, 490 f.; 115 II 361, 363; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 59; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 73; SCHMID (Fn. 5), 107 f.; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), 17.18; a.M. BERGER (Fn. 3), 76 f., 86. So explizit die Rechtsfolge in Art. 266o OR, wonach die fehlende Zustimmung (bzw. der fehlende Beweis der vorliegenden Zustimmung) ohne Berufungsmöglichkeit auf den Grundsatz von Treu und Glauben zur Nichtigkeit der Kündigung führt. Vgl. auch ZürcherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 6, und Art. 266o OR, N 15. Anders hingegen bei Art. 166 sowie Art. 228 ZGB.

101 ZürcherKomm/HIGI, Art. 266o OR, N 17.

102 Vgl. Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1264; WEBER (Fn. 56), 30, 39. In Ausnahmesituationen kann der Ehegatte gestützt auf Art. 166 Abs. 2 Ziff. 2 OR für alle Rechtsgeschäfte betreffend Familienwohnräume ohne ehепartnerliche Zustimmung handeln, allerdings unter den Voraussetzungen, dass erstens die Zeit zur Anrufung des Gerichts tatsächlich zu kurz ist sowie zweitens keine Interessen des nichtberechtigten Ehepartners an der Aufrechterhaltung der Familienwohnräume bestehen: BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 66; WEBER (Fn. 56), 30, 39; SCHMID (Fn. 5), 107; a.M. RUOSS (Fn. 39), 75, 90.

103 Erläuterungen des Eidgenössischen Grundbuchamtes zur Teilrevision 1987 der Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV), vom 19. Oktober 1987, 48, 49 f.; GEISER (Fn. 69), 15, 20 ff.

eine beschränkte Kognitionsbefugnis hat,¹⁰⁴ kann es ausnahmsweise auch zur Eintragung eines Verpflichtungsgeschäfts kommen, das aufgrund fehlender ehепartnerlicher Zustimmung nichtig ist. Die Eintragung vermag zwar das Verpflichtungsgeschäft nicht zu heilen, ein am Rechtsgeschäft unbeteiligter Dritter kann sich aber auf den grundbuchrechtlichen Gutglaubensschutz berufen (Art. 973 ZGB),¹⁰⁵ wodurch die Familienwohnung dem nichtberechtigten Ehegatten definitiv entzogen ist. Damit erfährt der Schutz des Art. 169 ZGB eine empfindliche Einschränkung.

3. Ausnahmen zum Zustimmungserfordernis

Gemäss Art. 494 Abs. 1 i.f. OR bedarf es – wie gesehen – nach Vorliegen eines rechtskräftigen gerichtlichen Trennungsurteils keiner Zustimmung mehr. Ungenügend ist hingegen eine faktische Trennung oder eine vom Gericht im Rahmen der Eheschutzbestimmungen ausgesprochene Berechtigung zum Getrenntleben.¹⁰⁶ Ausschlaggebend ist demnach die abstrakte Gefährdung; die konkrete Situation ist nicht massgebend.

Bei den *die Familienwohnräume betreffenden Rechtsgeschäften* ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, ob und wann von der ehепartnerlichen Zustimmung abgesehen werden kann. Umstritten ist insbesondere die Anwendbarkeit dieser Zustimmungsnormen während der Dauer der faktischen oder gerichtlichen Trennung. Das Bundesgericht hat zwar im Jahr 1988 bei der gerichtlichen Anordnung des Getrenntlebens gemäss Art. 145 ZGB oder im Rahmen von Art. 176 ZGB die Anwendbarkeit von Art. 169 ZGB abgelehnt.¹⁰⁷ Es hat jedoch in einem Entscheid aus dem Jahr 2003 bei einem Ehepaar, das seit elf Jahren nicht mehr in derselben Wohnung wohnte und wo der Ehegattin im Rahmen einer gerichtlich genehmigten Trennungsvereinbarung die Wohnung zur alleinigen Nutzung überlassen worden war, die Frage offen gelassen.¹⁰⁸

Die Antwort ergibt sich aus dem Schutzzweck dieser Normen, mithin aus der Frage, wie lange der Schutz der Familienwohnung aufrechtzuerhalten ist, und damit letztlich aus der Auslegung des Begriffs der Familienwohnung in zeitlicher Hinsicht.¹⁰⁹ Übereinstimmend mit der jüngeren Lehre und Rechtsprechung ist auf das

104 Statt vieler TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, 804 f.

105 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (Fn. 104), 808 f.

106 BernerKomm/GIOVANOLI/SCHÄTZLE, Art. 494 OR, N 5; SCYBOZ (Fn. 20), 393. Anders stellte das frühere Abzahlungs- und Vorauszahlungsrecht auf den gemeinsamen Haushalt ab.

107 BGE 114 II 396, 400; LCHAT/STOLL/BRUNNER (Fn. 50), N 4.2.9; SVIT-Kommentar, Schweizerisches Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, Art. 2661–2660 OR, N 10; differenzierend SCHMID (Fn. 5), 95 m.H.

108 BGer 4C.88/2003 vom 1. Juli 2003.

109 Der Begriff der Familienwohnung erfährt in dreifacher Hinsicht eine Einschränkung, in persönlicher (vgl. nachstehend 4), in sachlicher (dabei geht es um die Frage, welche Wohnräume im Konkreten schützenswert sind) sowie in der hier relevanten zeitlichen Hinsicht.

Rechtsschutzinteresse abzustellen, wonach der Schutz nur bei konkreter Gefährdung greift.¹¹⁰ Er besteht somit nicht während der gesamten Dauer der Ehe, sondern endet einerseits,¹¹¹ sobald die Ehegatten in gegenseitiger Übereinstimmung aus der Familienwohnung ausziehen oder den gemeinsamen Haushalt auflösen.¹¹² Andererseits fällt der Schutz von Art. 169 ZGB dahin, sobald kein schützenswertes Interesse eines Ehegatten mehr besteht. Der definitive Wegzug des berechtigten Ehepartners darf deshalb den Schutz der Familienwohnung nicht ohne weiteres aufheben.¹¹³

Ob sich diese *Unterscheidung zwischen Art. 494 OR und Art. 169 ZGB* rechtfertigt, ist fraglich. Immerhin spricht dafür, dass bei Art. 494 OR der finanzielle Familienschutz im Vordergrund steht. Da eine gerichtliche Trennung regelmässig zur Gütertrennung führt, gefährdet der Verpflichtende nach Rechtskraft des Trennungsurteils regelmässig nur noch sein eigenes Vermögen. Die Familienwohnungsnormen richten sich auf den existenziellen Familienschutz. Dieser muss demgegenüber längerfristig gewährleistet sein, in vielen Fällen gerade auch während der Trennungszeit, da der nichtberechtigte Ehegatte unabhängig von der güterrechtlichen Situation aufgrund existenzieller Notwendigkeit der Familienwohnung bedarf.

Bedenken lösen aber die in etwas breiterem Kontext zu beobachtenden, widersprüchlichen Tendenzen der Gesetzgebung in Bezug auf den Familienschutz aus: Während bei der Bürgerschaft der Schutz vor der abstrakten Gefahr mit der Initiative Chevrier in personeller Hinsicht noch ausgebaut wird, wurde von einem Familienschutz bei den Kleinkrediten gänzlich Abstand genommen.¹¹⁴ Und nachdem die Rechtsanwendung in den letzten Jahren den Schutz von Art. 169 ZGB bzw. Art. 226m OR durch Auslegung auf das Rechtsschutzinteresse zurückgestutzt hat,

110 BGE 118 II 389 = Pra 1994, 36; 114 II 396, 399; WEBER (Fn. 56), 30, 31; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 12 und 21 ff., insb. 22; TERCIER (Fn. 42), N 2126; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 33. A.M. ZücherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 15.

111 Der Beginn hängt zum einen von der Widmung durch die Ehegatten ab. Zum andern ist aus Gründen des Verkehrsschutzes zusätzlich ein für Dritte erkennbarer tatsächlicher Aufenthalt erforderlich, und zwar in der Form einer Vollziehungshandlung, d.h. durch eine irgendwie geartete Manifestation des Gebrauchswillens. Vgl. auch SCHRÖDER/BERGSCHNEIDER/PERPEET, Das Familienvermögensrecht, Bielefeld 2003, N 3.168; ZürcherKomm/HIGI, Art. 266m–Art. 266n OR, N 13. Das Tribunal Cantonal VD nannte in seinem Urteil vom 6. Juni 1991, SJZ 1992, 295, als Voraussetzung lediglich die Widmung, führte jedoch nachfolgend aus, dass die Familienwohnung dort anzunehmen sei, wo eine Person ihr privates Leben tatsächlich führe, womit es indirekt ebenfalls auf den tatsächlichen Aufenthalt abstellte.

112 WEBER (Fn. 56), 30, 31; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 11 ff.; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 34; LCHAT/STOLL/BRUNNER (Fn. 50), N 4.2.9; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.21. Vgl. BGE 114 II 396, 399, wonach eine gegenteilige Annahme dem Sinn und Zweck von Art. 169 ZGB widersprechen würde.

113 Gl.M. WEBER (Fn. 56), 30, 31; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 34; wohl auch DESCHENAUX/STEINAUER (Fn. 42), 95; a.M. HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), N 17.21.

114 Vgl. vorgehend III/1b.

versucht sie – durchaus mit Recht – den im Gegensatz zu Deutschland bis anhin gänzlich fehlenden Schutz vor Angehörigenbürgschaften mittels schuldvertraglicher Inhaltskontrolle einzuführen.¹¹⁵

4. Fazit

Während sich die Zustimmungsnorm im Bürgschaftsrecht durch eine detaillierte Regelung auszeichnet, fehlt den Zustimmungsnormen betreffend Familienwohnräumen weitgehend eine Konkretisierung des Zustimmungserfordernisses. Dies führt nicht nur zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen zwischen den einzelnen Normen, sondern auch zu umstrittenen Resultaten in Bezug auf die konkrete Bestimmung.

De lege ferenda ist zu überlegen, ob den Inkohärenzen nicht nach dem Vorbild des deutschen BGB entgegenzutreten wäre. Das BGB kennt in §§ 182–185 systemübergreifende Subsidiaritätsregeln für zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte, die zur Anwendung kommen, sofern das Gesetz nicht besondere Vorschriften für eine einzelne Zustimmungsnorm aufstellt. Sie bestimmen insbesondere, wie, wem gegenüber und bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung zu erteilen ist sowie welche Wirkungen die Zustimmung im Einzelnen entfaltet.¹¹⁶

V. Ausdehnung des Schutzes auf andere Familienformen?

Zustimmungsnormen galten *bis anhin* ausschliesslich für verheiratete Personen. So knüpften sowohl Art. 494 OR als auch Art. 169 ZGB und Art. 266m OR das Zustimmungserfordernis ausschliesslich an den Bestand der Ehe, d.h. an das Tatbestandselement des Verheiratetseins, und nicht an die Familie an.¹¹⁷ Die analoge Anwendung auf andere Nahe- oder Abhängigkeitsverhältnisse, wie beispielsweise Konkubinatspaare, Stief- oder andere Patchworkfamilien, Einelternfamilien oder Mehrgenerationen-Wohngemeinschaften, wurde von der herrschenden Lehre und

115 Vgl. statt vieler GERNHUBER, Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, 1086 ff.; TEUBNER, Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, KritV 2000, 388 ff.; EMMENEGGER, Die Frau als Bürgin – Zum Problem der weiblichen Schuldenfalle, Streit 2004, 51 ff.

116 StaudingerKomm/GURSKY (Fn. 59), Vorbem. zu §§ 182 ff. BGB, N 1; LARENZ/WOLF (Fn. 17), § 51 N 12 ff.

117 Wie dies der Begriff in der Marginalie sowie in Abs. 1 vermuten liesse. Geschützt sind damit verheiratete Paare mit oder ohne Kinder, mithin die Kern- und Kleinstfamilie: z.B. BGE 115 II 361, 364; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (Fn. 104), 285; BernerKomm/HASHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 15a; HASENBÖHLER (Fn. 55), 7, 9; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 18; HEGNAUER/BREITSCHMID (Fn. 50), 17.20.

Rechtsprechung strikte abgelehnt. Selbst nichteheliche Partnerschaften mit gemeinsamen/nichtgemeinsamen Kindern konnten sich nicht auf den Schutz der Zustimmungsnormen berufen.¹¹⁸ Der Gesetzgeber lehnte kürzlich im Zusammenhang mit der Revision des Art. 494 Abs. 2 OR erneut die Gleichstellung der nichtehelichen Partnerschaften ab mit der Begründung, dass keine Unterhaltspflicht zwischen den Konkubinatspartnern bestehe.¹¹⁹

Mit der *Einführung des Partnerschaftsgesetzes*¹²⁰ wird diese Ungleichbehandlung zumindest für die eingetragenen Partnerschaften aufgehoben: Zum einen enthält das Partnerschaftsgesetz selber *dem Eherecht entsprechende Zustimmungsnormen*: Art. 14 Abs. 1 PartG ist analog Art. 169 ZGB ausgestaltet. Zwar wird im Unterschied zu Art. 169 ZGB nicht von der Familienwohnung, sondern von der gemeinsamen Wohnung gesprochen.¹²¹ In materieller Hinsicht stimmen die Bestimmungen allerdings überein, weshalb für die Auslegung auf die zu Art. 169 ZGB von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.¹²² Nach Art. 22 PartG hat das Gericht Art. 178 ZGB entsprechend die Möglichkeit, die Verfügung eines Partners über bestimmte Vermögenswerte von der Zustimmung der Partnerin abhängig zu machen. Auch hier gelten Doktrin und Praxis zu Art. 178 ZGB.¹²³

Zum anderen wird der *Anwendungsbereich bestehender ehepartnerlicher Zustimmungsnormen* auf eingetragene Partnerschaften *erweitert*: Künftig hat der eingetragene Partner gemäss Art. 266m Abs. 3 E-OR der Kündigung der gemeinsamen Wohnung und gemäss Art. 494 Abs. 4 E-OR der Eingehung von Bürgschaften zuzustimmen;¹²⁴ ebenso muss er zustimmen bei der Verpfändung von Ansprüchen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (Art. 331d Abs. 5 E-OR) und beim Barbezug von Freizügigkeitsleistungen (Art. 331e Abs. 5 E-OR bzw. Art. 5 Abs. 2 E-FZG und Art. 30c Abs. 5 E-BVG). Ebenso gelten nach Art. 10a E-BGBB die Bestimmungen über die Familienwohnung für die eingetragene Partnerschaft sinngemäss.

118 Statt vieler i.Z.m. Art. 169 ZGB: LACHAT/STOLL/BRUNNER (Fn. 50), N 4.2.9; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169 ZGB, N 10a; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB, N 19; SCHNYDER (Fn. 53), 103, 118; KOCH, Der Schutz der Familienwohnung aus mietrechtlicher Sicht, plädoyer 1989, 44, 46; RUOSS (Fn. 39), 75, 78; SCHMID (Fn. 69), 601, 603.

119 Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl 2004 4960 f.; Amtl.Bull. NR 2004, 2117 (Ref. CHEVRIER).

120 Vgl. Fn. 2.

121 In der Botschaft wird diese begriffliche Unterscheidung damit begründet, dass die eingetragene Partnerschaft nicht auf die Gründung und den Unterhalt einer Familie angelegt ist: Botschaft zum Gesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1337 f.

122 Botschaft (Fn. 121), BBl 2003 1338.

123 Botschaft (Fn. 121), BBl 2003 1341.

Die eingetragene Partnerschaft bedeutet eine mit der Ehe vergleichbare Solidar- und Interessengemeinschaft mit umfassendem eheähnlichem Charakter. Rechtsgeschäfte eines eingetragenen Partners mit Dritten vermögen deshalb ebenso wie bei einer Ehe in den Ausstrahlungsbereich der Partnerschaft und damit in die Interessenssphäre des am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Partners einzuwirken.¹²⁵ Es ist demnach gerechtfertigt, den eingetragenen Partner ebenso vor der Einwirkungsgefahr zu schützen wie den Ehepartner und die Ehe und die eingetragene Partnerschaft mit Bezug auf die Zustimmungsnormen gleich zu behandeln.

Finden die Zustimmungsnormen ihre Rechtfertigung jedoch in der mittelbaren Interessenbeteiligung des Lebenspartners und der Einwirkungsgefahr in dessen Interessenssphäre, kann die Ablehnung der analogen Anwendung der ehепartnerlichen Zustimmungsnormen auf *Konkubinatspaare* nicht aufrechterhalten werden. Auch diese sind der Gefahr von unüberlegten und die Existenz bedrohenden Rechtsgeschäften des Partners ausgesetzt und bedürfen eines entsprechenden Schutzes. Zu denken ist beispielsweise an die Lebenspartnerin, die mit ihrem Partner und dem Vater ihrer gemeinsamen Kinder eine eheähnliche Lebensgemeinschaft führt, oder an einen Stiefvater, der mit seiner Partnerin und deren Kindern zusammenwohnt und die alleinige finanzielle Verantwortung für den Familienunterhalt trägt.

VI. Ergebnisse

Die vorgenommene Bestandesaufnahme zeigt auf, dass die bestehenden Inkohärenzen bei den ehепartnerlichen Zustimmungsnormen sowohl auf die Gesetzgebung als auch auf die Rechtsanwendung zurückzuführen sind. Dass die Rechtsordnung nicht nur ergänzungsfähig, sondern gerade auch in familienpolitischen Bereichen der Ergänzung im Gegenteil immer wieder bedürftig ist,¹²⁶ wird ebenso wenig bestritten wie die Tatsache, dass sich die Rechtsfortbildung an der geltenden

124 Mit dem Unterschied, dass es bei der eingetragenen Partnerschaft keine gerichtliche Trennung im Sinn von Art. 117 ZGB gibt.

125 Vgl. dazu II/2.

126 PEDRAZZINI, Für eine kohärente Rechtsordnung, SJZ 1990, 133.

127 Die Realien nehmen denn auch regelmässig Bezug auf die Veränderung der gesellschaftlichen Vorstellungen. Z.B. bei der Eherechtsrevision von 1984 Botschaft (Fn. 3), BBl 1979 II 1197 ff.; bei der Scheidungsrechtsrevision von 2000 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1995 I 18, oder beim jüngst verabschiedeten Partnerschaftsgesetz (vg. Fn. 2) Botschaft, BBl 2003 1291 ff. Vgl. auch FRANK, 100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 2000, 401 ff., insb. 406; HAUSHEER, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 2003, 585 ff.

Werteordnung orientiert, mithin Spiegelbild der Gesellschaft ist.¹²⁷ Die Lösung kann aber nicht in punktuellen und isolierten Einzelfall- und Einzelnormbetrachtungen bestehen. Vielmehr haben sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsanwendung – unter Rückbesinnung auf Art. 7 ZGB, der als Klammer zwischen ZGB und OR materiell zu einer weitestmöglichen Geschlossenheit des Privatrechts verpflichtet – bei ihrer Tätigkeit die Aufrechterhaltung bzw. Schaffung einer *kohärenten Rechtsordnung* anzustreben.

Der *Gesetzgeber* hat sich bei der Schaffung neuer oder bei der Modifizierung bestehender Zustimmungsnormen an den bereits existierenden Bestimmungen zu orientieren. So hat er diese begrifflich und inhaltlich gleich auszugestalten. Eine Abweichung ist nur gerechtfertigt, wenn es die Eigenart und die Zweckverfolgung des spezifischen Teilrechtsgebiets erfordern.¹²⁸ Zudem hat er nach dem Grundsatz «Gleiches soll nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden» bei gleich- oder ähnlich gerichteten Rechtsgeschäften den diesen Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Wertungsentscheid zu übernehmen. Drängt sich eine Abweichung aufgrund veränderter Wertvorstellungen auf, ist diese vorzunehmen, allerdings mit der Folge, dass die bestehende Privatrechtsordnung einer Prüfung unterzogen und bestehende Wertungswidersprüche wenn möglich eliminiert werden.

Die *Rechtsanwendung* hat zwar als Folge des Numerus clausus der Zustimmungsnormen deren Bestand zu akzeptieren. Sie hat aber bei ihrer Auslegungsarbeit ebenfalls die bestehenden Zustimmungsnormen zu berücksichtigen und eine einheitliche Auslegung anzustreben.¹²⁹ Eine Abweichung von einem einheitlichen Resultat soll nur vorgenommen werden, wenn dieses zu einem systeminternen Widerspruch führen würde.

Eine kohärente Rechtsordnung muss Ziel aller an der Rechtssetzung und Rechtsfortbildung Beteiligten sein. Denn letztlich vermag nur eine einheitliche Rechtsordnung Verkehrssicherheit, Gleichbehandlung sowie Vertrauen in die Rechtsordnung zu gewähren.

128 ZürcherKomm/LIEBER, Art. 7 ZGB, N 46 ff.; BernerKomm/FRIEDRICH, Art. 7 ZGB, N 63 ff.

129 Zur Begriffsharmonie KOLLER, Zum Begriff der «Familie» im Sozialversicherungsrecht – oder «Das Hohelied der Begriffsharmonie», AJP 1995, 1080, 1082; BernerKomm/FRIEDRICH, Art. 7 ZGB, N 56 ff., insb. 58 f. So auch BGE 118 II 50, 53.

Zusammenfassung: Das Gesetz kennt verschiedene Bestimmungen, die zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts die Zustimmung des Ehepartners verlangen. Eine Gegenüberstellung dieser ehепartnerlichen Zustimmungsnormen zeigt, dass sowohl im Bestand als auch in der konkreten Ausgestaltung dieser Regelungen verschiedene Inkohärenzen bestehen, die nur teilweise gerechtfertigt sind. Die Ursache der festgestellten Inkohärenzen liegt darin, dass sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsanwendung eine isolierte, einzelfall- und zeitbezogene Gesetzgebungs- und Auslegungstechnik verfolgen. De lege ferenda ist zu überlegen, ob nach dem Vorbild der deutschen §§ 182–185 BGB systemübergreifende einheitliche Subsidiaritätsregeln für zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte geschaffen werden sollen, die zur Anwendung kommen, sofern das Gesetz nicht besondere Vorschriften für eine einzelne Zustimmungsnorm aufstellt.

Stossend ist zudem, dass die ehепartnerlichen Zustimmungsnormen nur für Ehepartner, nicht aber für andere Familienformen gelten. Durch das Partnerschaftsgesetz wird diese Ungleichbehandlung immerhin für eingetragene Partnerschaften aufgehoben.

Résumé: La loi connaît diverses dispositions qui exigent l'accord du conjoint pour qu'un acte juridique soit valable. Une comparaison de ces dispositions révèle que leur existence et leur application concrète souffrent de diverses incohérences qui ne se justifient que partiellement. La cause des incohérences constatées réside dans le fait qu'ausi bien la législation que la jurisprudence procèdent selon une technique d'élaboration et d'interprétation isolée et rapportée à des cas et à une époque particuliers. Il y a lieu de se demander s'il ne conviendrait pas d'adopter des règles de subsidiarité uniformes s'appliquant aux actes soumis à autorisation à travers l'ordre juridique tout entier, selon le modèle des art. 182–185 BGB allemands, ces règles s'appliquant faute de disposition légale spécifique.

Il est par ailleurs choquant que les dispositions exigeant l'accord du conjoint ne s'appliquent qu'aux personnes mariées et non pas également aux autres formes de famille. Au moins, la loi sur le partenariat supprime cette inégalité de traitement s'agissant des partenariats enregistrés.