
Die einfache Gesellschaft

Referate anlässlich des Symposiums
vom Donnerstag, den 9. November 2006,
im Hotel Bellevue-Palace Bern



Stämpfli Verlag AG Bern · 2006

In Zusammenarbeit mit:
– Verband der Arbeitgeber Region Bern
– Kantonalverband Bernischer Arbeitgeber-Organisationen

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Walter Fellmann

Professor an der Universität Luzern, Rechtsanwalt und Notar
in Luzern

**Die Vertretung der einfachen Gesellschaft als
Grundfrage des Rechts der einfachen Gesellschaft** 7

Dr. Anton Egli

Rechtsanwalt, Notar und Wirtschaftsmediator in Luzern

Das Baukonsortium 41

Prof. Dr. Stephan Wolf

Professor an der Universität Bern, Fürsprecher und Notar

**Die Ehegattengesellschaft zur Haltung
eines Grundstücks.....** 55

Prof. Dr. Karin Müller

Assistenzprofessorin an der Universität Luzern, Rechtsanwältin

**Die einfache Gesellschaft – Gesamthandsverhältnis
oder Rechtssubjekt – wohin geht die Entwicklung?.....** 73

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbrei-
tung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich
vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner
Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, ver-
vielfältigt oder verbreitet werden.

Stämpfli Verlag AG Bern · 2006

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

Die Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks

*Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar,
Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitende Bemerkungen zur einfachen Gesellschaft	56
1.	Begriff	56
2.	Entstehung	56
3.	Form	56
4.	Keine Eintragung in das Handelsregister.....	57
II.	Ehegattengesellschaft im Allgemeinen	57
1.	Bedarf nach gemeinschaftlichem Eigentum der Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung.....	57
2.	Zulässigkeit der Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks.....	59
III.	Ehegattengesellschaft unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung.....	60
IV.	Ehegattengesellschaft beim Tod eines Ehegatten	63
1.	Beispiel	63
2.	Rechtslage ohne Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Abrede	63
3.	Rechtslage bei Vereinbarung einer Anwachsungsklausel zugunsten des überlebenden Ehegatten	64
	Anhang: Beispiel zur Auflösung der Ehegattengesellschaft	66
	Literatur	69

* Meiner Hilfsassistentin, Frau Fabienne Murmann, BLaw, danke ich herzlich für ihre Mitarbeit am vorliegenden Beitrag.

I. Einleitende Bemerkungen zur einfachen Gesellschaft

1. Begriff

Nach der Legaldefinition von Art. 530 Abs. 1 OR ist die einfache Gesellschaft die vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Sie stellt die Grund- und Subsidiärform im Gesellschaftsrecht dar¹. Dementsprechend soll die einfache Gesellschaft immer dann Anwendung finden, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind².

2. Entstehung

Die einfache Gesellschaft beruht als Vertrag auf der Einigung mehrerer Personen. Zur Entstehung reicht es aus, dass sich mindestens zwei Personen darüber einigen, die Erreichung eines bestimmten Zwecks gemeinsam fördern zu wollen³. Zwingender Gegenstand der Einigung sind ausschliesslich die gemeinsame Zweckverfolgung⁴ und die Tatsache der Beitragspflicht jedes Beteiligten⁵.

3. Form

Der Gesellschaftsvertrag kann formfrei abgeschlossen werden (vgl. Art. 11 OR). Der Abschluss ist auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten

¹ Siehe statt vieler BSK-HANDSCHIN, N 1 zu Art. 530 OR.

² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 73 und 33.

³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 72.

⁴ Siehe zum gemeinsamen Zweck FELLMANN, S. 294 ff., m.w.H.

⁵ BSK-HANDSCHIN, N 2 zu Art. 530; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, S. 640 N 4. Zum Ganzen auch WOLF, Subjektswechsel, S. 3.

möglich. Den Parteien muss nicht bewusst sein, dass sie eine einfache Gesellschaft bilden⁶, sofern sie nur eine rechtliche Bindung wollen⁷.

4. Keine Eintragung in das Handelsregister

Die einfache Gesellschaft kann keine Firma führen⁸. Sie ist zur Eintragung in das Handelsregister weder verpflichtet noch berechtigt⁹.

II. Ehegattengesellschaft im Allgemeinen

1. Bedarf nach gemeinschaftlichem Eigentum der Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) äussert grundsätzlich keine sachenrechtlichen Wirkungen. Vielmehr bestehen unter ihm zwei getrennte Vermögen der Ehegatten. Das Eigengut und die Errungenschaft befinden sich grundsätzlich in der je alleinigen Berechtigung von Mann und Frau. Eine Gütermasse, die beiden Ehegatten gemeinsam gehört, besteht in der Errungenschaftsbeteiligung – im Gegensatz zur Gütergemeinschaft – nicht¹⁰.

Die Errungenschaftsbeteiligung als solche führt somit nicht zu gemeinschaftlichem Eigentum der Ehegatten. Soll unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ein Objekt im gemeinschaftlichen Eigentum beider Ehegatten stehen, so ist dafür eine entsprechende rechtsgeschäftliche Begründung erforderlich. Dafür zur Verfügung stehen die Vereinbarung

⁶ BGE 116 II 710; BGE 108 II 208; ZBJV 122 S. 204 f.

⁷ Zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 74 und 76.

⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 69.

⁹ BGE 79 I 181 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 53.

¹⁰ Vgl. HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rn. 12.01 ff.

von Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) oder das Eingehen einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)¹¹.

In der Praxis besteht denn auch offensichtlich ein Bedürfnis für Ehegatten, unter dem ordentlichen Güterstand – und mithin ohne dass sie den zu den Gesamthandsverhältnissen zählenden Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 222 ff. ZGB) vereinbaren müssten – gemeinschaftliches Eigentum zu begründen¹². Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten entspricht vor allem dem Bedürfnis nach Betonung des Gemeinschaftsgedankens und der Gleichstellung von Mann und Frau¹³. So ist es im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung in einigen Kantonen insbesondere üblich, dass die Ehegatten für Grundstücke, welche als Wohnung der Familie dienen, einfache Gesellschaften eingehen, welche ihren Zweck ausschliesslich in der Haltung des Grundstücks finden¹⁴. Dies trifft zum Beispiel für den Kanton Bern zu¹⁵.

¹¹ Vgl. WOLF, Grundstücke, S. 246. Zum Ganzen schon WOLF, Aspekte, S. 2 f.

¹² Dass die einfache Gesellschaft der an sich vorhandenen güterrechtlichen Alternative der Gütergemeinschaft jedenfalls teilweise vorgezogen wird, dürfte damit zusammenhängen, dass gewisse Schwerfälligkeiten und Nachteile dieses Güterstandes vermieden werden sollen. An sich könnte im Rahmen der Gütergemeinschaft das Gesamtgut – und damit das Gesamthandsverhältnis – auf ein Grundstück beschränkt werden. Solches hätte aber zur Folge, dass die Eigengüter vielfach einen bedeutend grösseren Umfang annehmen würden als unter Errungenschaftsbeteiligung, womit insbesondere am ersparten Erwerbseinkommen nicht mehr beide Ehegatten beteiligt wären. Wird dagegen im Rahmen des ordentlichen Güterstandes eine einfache Gesellschaft eingegangen, so lässt sich gemeinschaftliches Eigentum mit der Errungenschaftsbeteiligung kombinieren; zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 40 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.

¹³ So unter Bezugnahme auf die einfache Gesellschaft unter Ehegatten HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 36.

¹⁴ Siehe HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rn. 11.33.

¹⁵ Vgl. Musterurkunde VbN Nr. 621.2, wo die Ehegatten als Bauherren im Kauf- und Werkvertrag als einfache Gesellschaft auftreten.

2. Zulässigkeit der Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks

Die Frage, ob das blosses Halten und Verwalten einer Sache – etwa eines Grundstücks, insbesondere im Rahmen der hier interessierenden Ehegattengesellschaft – einen hinreichenden Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR darstelle, wird im Schrifttum kontrovers beurteilt.

In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird die Frage herkömmlicherweise verneint¹⁶. Anders erfolgt die Beurteilung aus der Optik des Eherechts:

Gemäss Art. 168 ZGB kann jeder Ehegatte mit dem anderen Rechtsgeschäfte abschliessen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die den Ehegatten zustehende Rechtsgeschäftsfreiheit umfasst auch das Eingehen einer einfachen Gesellschaft. Im Gegensatz zur traditionellen gesellschaftsrechtlichen Literatur lässt denn die herrschende Lehre zum Eherecht «die «Liegenschafts- bzw. Vermögenszuordnungsgesellschaft» unter Ehegatten ohne jedes zusätzliche Zweckerfordernis im Zusammenhang mit einer besonderen Nutzung einer Liegenschaft, d. h. auch mit dem ausschliesslichen Zweck zu, im Rahmen eines Güterstandes mit grundsätzlicher Trennung des Eigentums der Ehegatten an einer Liegenschaft Gesamteigentum zu begründen»¹⁷.

Das Bundesgericht seinerseits hat sich wiederholt mit der Ehegattengesellschaft befasst¹⁸ und diese soweit ersichtlich nie wegen eines unzureichenden Gesellschaftszwecks verworfen. In der Notariatspraxis ist die Grundstücksgesellschaft unter Ehegatten – jedenfalls in einzelnen Kantonen – weit verbreitet¹⁹.

M.E. ist das gemeinsame Innehaben, Verwalten und Nutzen von Grundstücken – oder auch von anderen Vermögensgegenständen – grundsätzlich

¹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 20. Befürwortend aber FELLMANN, S. 302 ff.

¹⁷ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 42 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB, m.w.H. Vgl. sodann auch ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, N 42 zu Art. 168 ZGB; HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 620; HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rn. 11.33; HOHL, S. 106 ff.; AEBI-MÜLLER/TRACHSEL, S. 23. Zum Ganzen FELLMANN, S. 302 ff., m.w.H.

¹⁸ Vgl. etwa BGE 119 II 119 ff.; BGer 5C.325/2001 vom 4. März 2002; BGer 4C.20/2002 vom 18. Juni 2002, insbesondere E. 3.3.; BGE 130 III 248 ff.

¹⁹ Siehe für Bern als Beispiel Musterurkunde VbN Nr. 621.2.

durchaus als legitimer Gesellschaftszweck anzuerkennen²⁰. Das hat für Drittpersonen zu gelten, aber auch für Ehegatten, obschon diesen zur Begründung von Gesamteigentum auch der Güterstand der – allenfalls beschränkten – Gütergemeinschaft offen stünde. Dabei zu verlangen ist aber selbstverständlich immer, dass die sich aus der Legaldefinition von Art. 530 OR ergebenden allgemeinen Voraussetzungen und insbesondere ein entsprechender *animus societatis* der (Ehegatten-)Gesellschafter vorliegen²¹.

III. Ehegattengesellschaft unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

Mit der Begründung einer einfachen Gesellschaft wird innerhalb der Errungenschaftsbeteiligung ein Gesamthandsverhältnis unter den Ehegatten geschaffen. Dieses untersteht den Regeln der Art. 530 ff. OR.

Das Ehegüterrecht seinerseits sieht spezifische Ausgleichsmechanismen unter den Ehegatten vor, so dass mit dem Eingehen einer Ehegattengesellschaft eine Überlagerung von gesellschaftsrechtlichen Normen mit dem Ehegüterrecht eintritt. Daraus können sich Widersprüche und gegebenenfalls von den Ehegatten nicht gewollte Konsequenzen ergeben. Die entsprechende Problematik kann hier nicht vertieft behandelt werden. Immerhin sollen einige Hinweise insbesondere zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft angebracht werden²².

Kommt es zur Auflösung der Ehe, ist regelmässig eine Auseinandersetzung sowohl hinsichtlich der Ehegattengesellschaft²³ als auch in Bezug auf den Güterstand vorzunehmen. Dabei hat die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung stattzufinden²⁴.

²⁰ Ebenso schon FELLMANN, S. 303.

²¹ Zum Ganzen WOLF, Erb und (immobilar)sachenrechtliche Aspekte, S. 55 f.; ebenso schon FELLMANN, S. 303.

²² Auf die Problematik insbesondere im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft ist schon mehrfach hingewiesen worden. Vgl. etwa HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 617 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 38; HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 1 ff.

²³ Siehe für deren Auflösungsgründe allgemein Art. 545 OR.

²⁴ Vgl. BSK-STAEHELIN, N 13 zu Art. 548/549 OR.

Die Liquidation der Ehegattengesellschaft ist nach gesellschaftsrechtlichen Regeln vorzunehmen. Vorerst sind die Schulden zu tilgen sowie die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen (Art. 549 OR). Alsdann sind die Einlagen den Gesellschaftern dem Werte nach zurückzuerstatten (Art. 548 OR). Schliesslich ist ein verbleibender Überschuss als Gewinn und ein eingetretener Fehlbetrag als Verlust unter den Ehegatten aufzuteilen (Art. 549 Abs. 1 bzw. 2 OR). Mangels anderslautender besonderer Vereinbarung haben die Ehegatten Gewinn und Verlust gemäss Art. 533 OR ohne Rücksicht auf die Grösse ihrer Beiträge zu gleichen Teilen, also je hälftig, zu tragen. Nach abgeschlossener Liquidation der Gesellschaft ist der Gesellschaftsgewinn bzw. -verlust nach den güterrechtlichen Vorschriften auf die Ehegatten bzw. ihre Gütermassen zu verteilen²⁵. Unter Errungenschaftsbeteiligung ist somit je nach Erwerbsgrund bzw. Finanzierung der Gesellschaftsanteile eine Zuordnung des Ergebnisses aus der gesellschaftsrechtlichen Liquidation zur Errungenschaft und zum Eigengut vorzunehmen²⁶.

Die eben dargestellte, in Art. 533 OR für die einfache Gesellschaft statuierte hälftige Gewinn- und Verlustbeteiligung entspricht nun allerdings nicht den für die Errungenschaftsbeteiligung in Art. 206 und 209 ZGB statuierten Grundsätzen. Diese sehen nämlich nicht eine von den Beiträgen der Ehegatten unabhängige Beteiligung nach Köpfen vor, sondern eine proportionale Beteiligung (Art. 206 Abs. 1 ZGB, Art. 209 Abs. 3 ZGB). Zudem gilt für Investitionen eines Ehegatten in Vermögensobjekte des anderen eine Nennwertgarantie (Art. 206 Abs. 1 i.f. ZGB), welche dem Gesellschaftsrecht nicht bekannt ist²⁷.

Angesichts der u.U. komplexen Überlagerung von gesellschafts- und ehegüterrechtlicher Regelung wird auch schon von der Ehegattengesellschaft abgeraten. Stattdessen sollten sich Ehegatten unter Errungenschaftsbeteiligung – oder Gütertrennung – an das Miteigentum halten, womit sich entsprechende Komplizierungen vermeiden liessen²⁸. Angefügt wird in diesem Zusammenhang, dass unter der Errungenschaftsbeteiligung ein wichtiger Unterschied zwischen Mit- und Gesamteigentum ohnehin weg-

²⁵ Vgl. zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rn. 11.37 f.; HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 622 ff.

²⁶ HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Rn. 11.38.

²⁷ Zu alledem schon WOLF, Aspekte, S. 3 f.

²⁸ Vgl. so AEBI-MÜLLER/TRACHSEL, S. 232.

falle, indem Art. 201 Abs. 1 ZGB vorsieht, dass bei Miteigentum unter den Ehegatten kein Ehegatte ohne die Zustimmung des anderen über seinen Anteil verfügen kann. Dadurch finde jedenfalls hinsichtlich der Verfügung eine Annäherung des Miteigentums an das Gesamteigentum statt, womit unter dem ordentlichen Güterstand ein echtes Bedürfnis nach einer Ehegattengesellschaft entfalle, soweit diese nur der gemeinschaftlichen Beteiligung und Verfügungsbeschränkung dienen solle²⁹.

In jedem Falle empfiehlt es sich, beim Eingehen einer einfachen Gesellschaft unter Ehegatten die Beteiligungs- und Kapitalverhältnisse ausdrücklich vertraglich zu verabreden. Eine Vereinbarung ist insbesondere für die Beteiligung anlässlich der Liquidation der Gesellschaft zu treffen³⁰. Sollten die Anliegen der Parteien dabei im Ergebnis auch eine Änderung der Vorschlagsbeteiligung erforderlich machen, ist dafür die Ehevertragsform zu wahren (vgl. Art. 216 Abs. 1 ZGB). Vor allem Notare haben die Ehegatten kraft der Rechtsbelehrungspflicht auf die angesprochenen gesellschaftsrechtlichen und güterrechtlichen Komplikationen hinzuweisen, damit in diesen Belangen nicht der Preis bezahlt werden muss für die je nach den konkreten Verhältnissen in anderer Hinsicht gegebene Attraktivität der Ehegattengesellschaft. Diese besteht insbesondere darin, dass es mit der Wahl des Rechtsverhältnisses der einfachen Gesellschaft möglich ist, für den Fall des Ablebens eines (Ehegatten-)Gesellschafters eine Akkreszenzklausele zu vereinbaren³¹. Damit wächst beim Ableben eines (Ehegatten-)Gesellschafters dessen Gesellschaftsanteil dem überlebenden unmittelbar an^{32 33}.

²⁹ AEBI-MÜLLER/TRACHSEL, a.a.O.

³⁰ Bei der Ehegattengesellschaft ist nämlich u.a. die Frage der Aufteilung eines konjunkturellen Mehrwertes des Grundstückes umstritten. Vorherrschend ist die Auffassung, dass der Gewinn nach Massgabe von Art. 533 OR unter den Ehegatten hälftig zu teilen ist, und zwar unabhängig von der Höhe der Einlagen. Damit werden – wie schon erwähnt – u.U. die in Art. 206 und 209 ZGB statuierten Grundsätze relativiert. Dazu HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 623. Ausführlich: BRÄM, S. 142 ff.; HOHL, S. 149 ff.; je m.w.H.

³¹ Vgl. für eine solche etwa Musterurkunde VbN Nr. 621.2, Ziff. V.17. lit. d., S. 27 mit Anm. 28 f.

³² Dazu HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 42, und IV. sogleich.

³³ Zum Ganzen schon WOLF, Aspekte, S. 4.

IV. Ehegattengesellschaft beim Tod eines Ehegatten

1. Beispiel

Die Ehegatten M und F bilden an dem von der Familie bewohnten Grundstück eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR. Ehemann M stirbt. Erben sind die überlebende Ehegattin F und die beiden Kinder S und T.

2. Rechtslage ohne Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Abrede

Der Tod eines (Ehegatten-)Gesellschafters stellt einen Auflösungsgrund für die Gesellschaft dar (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR), es sei denn, es werde im Gesellschaftsvertrag oder auch erst nach dem Tod eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart³⁴.

Ohne Vorliegen einer besonderen rechtsgeschäftlichen Abrede führt somit der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft. Diese tritt in Liquidation. Dazu treten die Erben in die Gesellschaft ein und erwerben eine dingliche Berechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens³⁵. Mehrere Erben treten dabei im Gesamthandsverhältnis der Erbgemeinschaft in die Gesellschaft ein³⁶.

Im Beispiel³⁷ wird mit dem Tod des Ehemannes M die einfache Gesellschaft am Grundstück aufgelöst. Die Gesellschaft ist zu liquidieren. Dabei fällt der Gesamthandanteil des verstorbenen Ehemannes M an dessen Erben F, S und T. Diese treten mit dinglicher Wirkung in die Liquidationsgesellschaft ein. Zuhanden des Grundbuchamtes ist vorab ein Erbenschein mit der Anerkennung von F, S und T als einzige Erben erforderlich. Zur

³⁴ BSK-WICHTERMANN, N 13 zu Art. 654 ZGB; WOLF, Subjektswechsel, S. 16 f.; DERS., Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 80.

³⁵ BGE 119 II 119 ff. Dazu HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 39.

³⁶ WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 80 f., m.w.H.

³⁷ IV.1. hiev.

Vornahme der erbrechtlichen Auseinandersetzung bedarf es grundsätzlich eines von allen Erben abzuschliessenden Erbteilungsvertrages.

3. Rechtslage bei Vereinbarung einer Anwachsungsklausel zugunsten des überlebenden Ehegatten

Dass die einfache Gesellschaft mit dem Tod eines Ehegatten-Gesellschafters zur Auflösung und Liquidation unter Eintritt der Erben gelangt, ist in der Regel unerwünscht. Es wird deshalb häufig die Vereinbarung getroffen, dass beim Tod eines Gesellschafters dessen Anteil dem überlebenden Gesellschafter anwächst³⁸. Eine entsprechende Abrede ist auch bei einer Zweipersonengesellschaft wie der Ehegattengesellschaft möglich. Die Gesellschaft kann diesfalls naturgemäss nicht mehr Bestand haben. Vielmehr kommt es zur Gesellschaftsliquidation durch Anwachsung³⁹. Der überlebende Ehegatte wird eo ipso Alleinberechtigter des Gesellschaftsvermögens, womit sich dessen Liquidation erübrigt⁴⁰.

Bei Vorliegen einer Anwachsungsvereinbarung zugunsten des überlebenden (Ehegatten-)Gesellschafters erlangen die Erben keinerlei unmittelbare dingliche Berechtigung an den Objekten des Gesellschaftsvermögens. Sie

³⁸ Vgl. aus der Notariatspraxis die eine Ehegattengesellschaft an einem Grundstück betreffende Musterurkunde VbN Nr. 621.2, Ziff. V.17, S. 26 f., mit folgendem auszugsweisem Wortlaut:

«Für den Fall, dass ein Gesellschafter versterben sollte, gilt zudem:

- Die Gesellschaft wird aufgelöst, d.h. sie wird mit den Erben des Verstorbenen nicht fortgesetzt.
- Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen und damit auch am Vertragsobjekt wächst dem überlebenden Gesellschafter zu Alleineigentum an (Akkreszenz). Der überlebende Ehegatte übernimmt das Vertragsobjekt zum Verkehrswert.
- Demnach fällt lediglich eine auf Geld gehende Forderung in den Nachlass des erstversterbenden Gesellschafters.
- Die güter- und erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten bleiben vorbehalten.»

³⁹ So treffend HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 42.

⁴⁰ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 85, m.w.H.

sind vielmehr auf einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch verwiesen⁴¹.

Im Beispiel⁴² besteht eine Ehegattengesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung an einem Grundstück. Damit wächst der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Ehemannes M der überlebenden Ehegattin F eo ipso an und diese wird damit aussergrundbuchlich zur Alleineigentümerin des Grundstücks. Dem Grundbuchamt ist ein Todesschein sowie der Gesellschaftsvertrag mit der Anwachsungsvereinbarung einzureichen⁴³. M wird alsdann im Grundbuch mit deklaratorischer Wirkung gestrichen. Den Erben S und T steht ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch gegen F zu⁴⁴. Eine Zustimmung der Erben zur grundbuchlichen Abwicklung ist bei Vorliegen einer Anwachsungsvereinbarung zugunsten des überlebenden Ehegatten nicht erforderlich.

Die Fortsetzungsklausel- bzw. bei einer Zweipersonengesellschaft die Anwachsungsvereinbarung bedarf nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht der für Verfügungen von Todes wegen vorgeschriebenen Formen⁴⁵. Aus Überlegungen der Beweissicherung und zwecks Herstellung eines Beleges zuhanden des Grundbuchamtes ist zur Abfassung der Klausel in Schriftform zu raten⁴⁶. Wird, was häufig der Fall ist, die einfache Gesellschaft unter Ehegatten im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundeigentum eingegangen, so wird die Anwachsungsvereinbarung regelmässig in den Grundstückkaufvertrag aufgenommen, ist mithin in der öffentlichen Urkunde enthalten⁴⁷.

Anordnungen über die Bemessung der Abfindung der Erben können in einer sog. Abfindungsklausel getroffen werden. Diese bedarf dann der Form der Verfügung von Todes wegen, wenn die Erben dadurch mehr

⁴¹ Siehe BGE 100 II 379; HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 40; BSK-STAEHELIN, N 12 zu Art. 545/546 OR; WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 85, m.w.H. in Fn. 208.

⁴² IV.1. hievor.

⁴³ WOLF, Feststellung, S. 253.

⁴⁴ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 86 f.

⁴⁵ BGE 116 II 53; HAUSHEER, Abgrenzung, S. 95 f.; BSK-STAEHELIN, N 12 zu Art. 545/546 OR.

⁴⁶ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 84, m.w.H.

⁴⁷ Vgl. so Musterurkunde VbN Nr. 621.2, Kauf- und Werkvertrag, Ziff. 17, S. 26 f.

belastet werden, als der Erblasser selber belastet worden wäre, wenn er lebzeitig aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre⁴⁸. In allen Zweifelsfällen empfiehlt es sich allerdings generell, unter Beschreibung des sichereren Weges die Formen der Verfügungen von Todes wegen einzuhalten⁴⁹.

Anhang: Beispiel zur Auflösung der Ehegattengesellschaft⁵⁰

Sachverhalt:

Markus Wenger und Eveline Wenger-Studer haben 1990 geheiratet und führen seither eine klassische Hausgattenehe. Die Ehefrau hat ihren vorehelich ausgeübten Beruf als Schneiderin aufgegeben und kümmert sich seit der Heirat ausschliesslich um die Kinder und den Haushalt.

Im Jahr 1998 entschliessen sich die Ehegatten zum Kauf eines Einfamilienhauses. Der Kaufpreis von Fr. 1 000 000.– wird im Teilbetrag von Fr. 200 000.– mit den seit dem Eheschluss angefallenen Ersparnissen des Ehemannes aus Arbeitserwerb beglichen. Die Finanzierung des verbleibenden Betrages in der Höhe von Fr. 800 000.– erfolgt mit Hilfe eines Hypothekarkredites. Die laufenden Hypothekarzinsen werden mit Mitteln aus dem Einkommen des Ehemannes bestritten.

Die Ehegatten erwerben die Liegenschaft auf der Grundlage einer einfachen Gesellschaft zu Gesamteigentum. Dem Grundstückkaufvertrag ist u.a. folgender Passus zu entnehmen: «Die Käufer sind an der einfachen Gesellschaft und damit am Gewinn, Verlust und Liquidationsergebnis zu je einem Zweitel beteiligt, auch wenn ihre Vermögensbeiträge ungleich gross sind.»

Im Jahr 2005 lassen sich die Ehegatten scheiden. Die Liegenschaft hat zum massgeblichen Zeitpunkt

a) einen Minderwert von Fr. 100 000.– und die Einlage der Frau ist durch eine Schenkung des Ehemannes finanziert worden,

⁴⁸ BGE 113 II 273; HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 43. Vgl. demgegenüber für eine Qualifikation der Abfindungsklausel als Rechtsgeschäft unter Lebenden DRUEY, § 8 N 48; BK-WEIMAR, N 111 der Einleitung zum 14. Titel.

⁴⁹ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 85, m.w.H.

⁵⁰ In Anlehnung an AEBI-MÜLLER/TRACHSEL S. 23 ff.

b) einen Minderwert von Fr. 100 000.– und die Einlage der Ehefrau ist durch ein unverzinsliches Darlehen des Ehemannes finanziert worden.

Lösung:

Variante a)

Minderwert Fr. 100 000.– und Einlage der Ehefrau durch Schenkung des Ehemannes:

Errungenschaft Ehemann im Zeitpunkt der Scheidung

Aktiven	Passiven
500 000 (½ Kaufpreis)	400 000 (½ Hypothek)
	50 000 (½ Minderwert)
	50 000 Aktivenüberschuss (Vorschlag)
500 000	500 000

Eigengut Ehefrau im Zeitpunkt der Scheidung

Aktiven	Passiven
500 000 (½ Kaufpreis)	400 000 (½ Hypothek)
	50 000 (½ Minderwert)
	50 000 Aktivenüberschuss
500 000	500 000

Der Gesellschaftsanteil der Ehefrau wird dem Eigengut zugeteilt, weil ihr die von ihr investierten Eigenmittel als Schenkung des Mannes zugeflossen sind (vgl. Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Das Eigengut hat auf die Berechnung des Vorschlages keinen Einfluss.

Der Ehemann schuldet der Ehefrau ½ des Vorschlages (Art. 215 Abs. 1 ZGB), also Fr. 25 000.–.

Die Ehefrau erfährt infolge des Umstandes, dass der Ehemann ihre Einlage mittels einer Schenkung aus seiner Errungenschaft finanziert hat, eine Besonderstellung.

Variante b)

Minderwert von Fr. 100 000.– und Einlage Ehefrau durch unverzinsliches Darlehen des Ehemannes:

Errungenschaft Ehemann im Zeitpunkt der Scheidung

Aktiven	Passiven
500 000 (½ Kaufpreis)	400 000 (½ Hypothek)
100 000 (Forderung ggü. Ehefrau)	50 000 (½ Minderwert Liegenschaft)
	150 000 Aktivenüberschuss (Vorschlag)
600 000	600 000

Errungenschaft Ehefrau im Zeitpunkt der Scheidung

Aktiven	Passiven
500 000 (½ Kaufpreis)	400 000 (½ Hypothek)
	50 000 (½ Minderwert Liegenschaft)
	100 000 (Darlehensschuld ggü. Ehemann)
50 000 Passivenüberschuss (Rückschlag)	
550 000	550 000

Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung hat jeder Ehegatte die Hälfte des Gesamtwerts seiner Errungenschaft (im vorliegenden hypothetischen Fall sind ausser der Liegenschaft keine weiteren Mittel vorhanden) an den anderen herauszugeben (Vorschlagsbeteiligung; Art. 210 i.V.m. Art. 215

ZGB). Ein Verlust (Rückschlag) wird nicht berücksichtigt, verbleibt mit anderen Worten voll demjenigen Ehegatten, in dessen Errungenschaft er eingetreten ist (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Die Ehefrau trägt ihren vollen Verlust von Fr. 50 000.–.

Zusätzlich hat sie die Darlehensschuld von Fr. 100 000.– an ihren Ehemann zurückzubezahlen.

Am in der Errungenschaft des Ehemannes eingetretenen Aktivenüberschuss partizipiert die Ehefrau zur Hälfte (Art. 215 Abs. 1 ZGB), also in der Höhe von Fr. 75 000.–.

Per Saldo ist der Liegenschafts Kauf für die Ehefrau bei der Scheidung und der dadurch ausgelösten Auflösung der einfachen Gesellschaft zu einem Verlustgeschäft in der Höhe von Fr. 75 000.– geworden.

Hätten die Ehegatten die Liegenschaft – im Übrigen ausgehend von derselben Fallanlage wie in der zuletzt dargestellten Variante b) – nicht im Rahmen einer Ehegattengesellschaft zu Gesamteigentum erworben, sondern der Ehemann zu Alleineigentum, lautete das Ergebnis wie folgt: Der Ehegattin steht diesfalls für die aus ihrem Eigengut getätigte Investition eine Ersatzforderung in voller Höhe von Fr. 100 000.– zu (Art. 206 Abs. 1 ZGB). Als Alleineigentümer trägt der Ehemann den ganzen auf der Liegenschaft eingetretenen Verlust selber.

Literatur

- REGINA AEBI-MÜLLER/DANIEL R. TRACHSEL, Grundfragen der güterrechtlichen Auseinandersetzung, in: Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrechtstage, 23./24. Februar 2006, Schriftenreihe zum Familienrecht, FAMPR.ch, Band 5, Bern 2006
- BEAT BRÄM, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken. Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Diss. Bern 1997
- VERENA BRÄM/HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (Art. 159-180 ZGB), Zürich 1998 (zitiert: ZK-BRÄM/HASENBÖHLER)
- BSK-AUTOR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002

- BSK-AUTOR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003
- WALTER FELLMANN, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, in: ZBJV 133 (1997), S. 285 ff.
- THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
- JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- HEINZ HAUSHEER, Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen zu denen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern 1991 (zitiert: HAUSHEER, Abgrenzung)
- HEINZ HAUSHEER, Anmerkungen zur Ehegattengesellschaft, ZBJV 131 (1995), S. 617 ff. (zitiert: HAUSHEER, Ehegattengesellschaft)
- HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Begünstigung des überlebenden Ehegatten, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern, Stuttgart, Wien 1999, S. 1 ff.
- HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/ESTHER KOBEL, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern 2002
- HEINZ HAUSHEER/SASKIA LINDENMEYER LIEB, Einfache Gesellschaft und Ehegüterrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, INR 1, Bern 2005, S. 1 ff.
- HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zu Art. 221–251 ZGB, Bd. II, 1. Abteilung, 3. Teilband, 2. Unterband, Bern 1996 (zitiert: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HEINZ HAUSHEER/ROLAND PFÄFFLI, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 130 (1994), S. 38 ff.
- IRENE HOHL, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss. Basel 1996
- ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004
- Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981, mit alljährlichen Nachführungen (zitiert: Musterurkunde VbN)
- PETER WEIMAR, Berner Kommentar zu Art. 457–480 ZGB, Bern 2000 (zitiert: BK-WEIMAR)

- STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136 (2000), S. 241 ff. (zitiert: WOLF, Grundstücke)
- STEPHAN WOLF, Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81 (2000), S. 1 ff. (zitiert: WOLF, Subjektwechsel)
- STEPHAN WOLF, Ehegüter- und erbrechtliche Aspekte des Grundeigentums, Weiterbildungsveranstaltung des Verbandes bernischer Notare 5./6. März 2003, Tagungsunterlagen, Bern 2003 (zitiert: WOLF, Aspekte)
- STEPHAN WOLF, Erb und (immobilar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, INR 1, Bern 2005, S. 47 ff. (zitiert: WOLF, Erb- und (immobilar)sachenrechtliche Aspekte)
- STEPHAN WOLF, Notarielle Feststellung von aussergrundbuchlichen Eigentumsübergängen, BN 16 (1998), S. 241 ff. (zitiert: WOLF, Feststellung)