

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten, eingetragenen Partnern und nichtehelichen Lebenspartnern – EU-Erbrechts- verordnung

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 21./22. Oktober 2015



Stämpfli Verlag

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten – insbesondere güter-, erb- und sachenrecht- liche Aspekte

Regina E. Aeby-Müller * / Stephan Wolf **

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung und Überblick.....	11
II.	Grundlagen: Das Verhältnis von Ehegüterrecht und allge- meinem Vermögensrecht, insbesondere Sachenrecht.....	12
1.	Einleitende Bemerkungen.....	12
2.	Errungenschaftsbeteiligung.....	12
3.	Gütergemeinschaft.....	14
4.	Gütertrennung.....	15
III.	Güterrechtliches Inventar (Hinweis).....	16
IV.	Grundsätze des Güterrechts	17
1.	Vorbemerkung	17
2.	Errungenschaftsbeteiligung.....	17
2.1.	Ordentlicher subsidiärer Güterstand der Errungenschafts- beteiligung	17
2.2.	Zuordnung und Unveränderlichkeit der Gütermassen	18
2.3.	Beteiligung beider Gütermassen eines Ehegatten (Art. 209 Abs. 3 ZGB).....	19
2.4.	Beteiligung des anderen Ehegatten (Art. 206 ZGB).....	20

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsverglei-
chung an der Universität Luzern.

** Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariats-
recht an der Universität Bern.

2.5.	Behandlung von Hypotheken und Vorbezügen	21
2.6.	Mehrstufige Abrechnungen bei nachträglichen Investitionen ..	23
2.7.	Güterrechtliche Bedeutung der Schenkung unter Ehegatten ...	24
2.8.	Problematik des Grundstückserwerbs vor Eheschliessung (Hinweis)	25
3.	Gütergemeinschaft	25
3.1.	Grundsätze	25
3.2.	Beteiligung der anderen Gütermasse (Art. 239 ZGB)	27
3.3.	Gesamtgutszuweisung	27
	a. Allgemeines	27
	b. Grundstücke	28
4.	Gütertrennung	28
V.	Miteigentum und Güterrecht.....	30
1.	Allgemeines	30
1.1.	Zum Güterrecht.....	30
1.2.	Grundbuchliche Behandlung des Erwerbs von Grundstücken zu Miteigentum	30
2.	Abhängigkeit der güterrechtlichen Auflösung von der Finanzierung	30
2.1.	Gleichmässige Finanzierung durch beide Ehegatten	30
2.2.	Ungleichmässige Finanzierung unter Beteiligung von Eigengut.....	32
2.3.	Finanzierung ausschliesslich durch Errungenschaft	32
3.	Abrechnung bei ungleichmässiger Finanzierung unter Beteiligung von Eigengut	32
3.1.	Grundsätze	32
3.2.	Beispiel	33
3.3.	Exkurs: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	37
3.4.	Spezifische vertragliche Vereinbarungen unter den Ehegatten	38

a.	Vorbemerkung.....	38
b.	Aufteilung des gesamten Mehr- und Minderwerts entsprechend den getätigten Eigenkapital-Investitionen.....	38
c.	Verzicht auf Art. 206 Abs. 1 ZGB.....	39
d.	Schenkung	39
4.	Miteigentum bei Gütertrennung.....	39
5.	Miteigentum bei Gütergemeinschaft.....	40
6.	Vor- und Nachteile des Miteigentums	41
VI.	Ehegattengesellschaft.....	41
1.	Allgemeines zur einfachen Gesellschaft.....	41
1.1.	Begriff.....	41
1.2.	Entstehung	42
1.3.	Form.....	42
1.4.	Keine Firma und keine Eintragung in das Handelsregister.....	43
1.5.	Grundbuchliche Behandlung des Erwerbs von Grundstücken als einfache Gesellschaft.....	43
2.	Zur Zulässigkeit der Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks	43
3.	Ehegattengesellschaft unter Errungenschaftsbeteiligung.....	44
3.1.	Bedarf in der Praxis	44
3.2.	Gesamthandsverhältnis innerhalb der Errungenschafts- beteiligung	45
3.3.	Abhängigkeit von der Finanzierung durch die Ehegatten.....	46
3.4.	Insbesondere das Problem der ungleichen Finanzierung der Gesellschaftsanteile	47
3.5.	Auflösung der Ehegattengesellschaft.....	48
a.	Allgemeines	48
b.	Gesellschaftsrechtliche und güterrechtliche Auseinandersetzung.....	48
3.6.	Beispiele zur Auflösung der Ehegattengesellschaft.....	50

4.	Sachen- und erbrechtliche Situation bei der Ehegattengesellschaft im Fall des Todes eines Ehegatten.....	80
4.1.	Ausgangsbeispiel.....	80
4.2.	Rechtslage ohne Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Abrede.....	80
4.3.	Rechtslage bei Vereinbarung einer Anwachsungsklausel zugunsten des überlebenden Ehegatten.....	81
5.	Vor- und Nachteile der Ehegattengesellschaft.....	83
VII.	Gemeinschaftliches Eigentum im Kontext des Ehe-, Erb- und Scheidungsrechts.....	84
1.	Einleitung.....	84
2.	Verfügungsbeschränkung.....	84
3.	Familienwohnung in der Scheidung.....	85
4.	Güter- und erbrechtliche Zugrechte bei Auflösung der Ehe durch Tod.....	86
VIII.	Weitere Aspekte der Rechtsgeschäftsplanung beim Erwerb von Grundstücken.....	87
1.	Einleitung.....	87
2.	Haftung.....	87
3.	Steuerrechtliche Aspekte.....	87
4.	Schutz vor Gläubigerzugriff.....	88
5.	(Fehlendes) Familiäres Einvernehmen.....	89
IX.	Schlussbemerkungen.....	89

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter 15. Juni 2015 (zit. AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Einfache Gesellschaft zum Erwerb von Wohneigentum bei Ehegatten und nachträglichen Investitionen, ZBJV 150 (2014), S. 668 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Einfache Gesellschaft)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn?, ZBJV 148 (2012), S. 658 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Miteigentum)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Schutz des Vermögens verheirateter Selbständig-erwerbender vor Gläubigerzugriff – Unter besonderer Berücksichtigung des Güterrechts, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrechtstage, Schriftenreihe zum Familienrecht, FamPra.ch, Bd. 10, Bern 2008, S. 187 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Gläubigerzugriff)
- AEBI-MÜLLER REGINA E./DANIEL R. TRACHSEL, Grundfragen der güterrechtlichen Auseinandersetzung, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrechtstage, Schriftenreihe zum Familienrecht, FamPra.ch, Bd. 5, Bern 2006, S. 223 ff.
- BÄDER FEDERSPIEL ANDREA, Wohneigentumsförderung und Scheidung: Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich, Diss. Freiburg, Zürich 2008 (zit. BÄDER FEDERSPIEL, Wohneigentumsförderung)
- BÄDER FEDERSPIEL, Vorbezüge aus der zweiten Säule für Wohneigentum, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, Zürich 2010, S. 127 ff. (zit. BÄDER FEDERSPIEL, Vorbezüge)

- BRÄM BEAT, Gemeinschaftliches Grundeigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Bildet Gesamteigentum als einfache Gesellschaft eine gute Alternative zum Miteigentum und zum Gesamteigentum im Güterstand der Gütergemeinschaft?, Diss. Bern 1997 (zit. BRÄM, Gemeinschaftlicher Erwerb)
- BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Teilbd. II 1c, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Zürich 1998
- BREITSCHMID PETER/RUMO-JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB, Bd. 1, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK-AUTOR)
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI/BADDELEY MARGARETA, Les effets du mariage, 2. Aufl., Zürich 2009
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- FELLMANN WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133 (1997), S. 285 ff.
- FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilbd., Artikel 530-544 OR, Bern 2006 (zit. BK-FELLMANN/MÜLLER)
- GENNA GIAN SANDRO, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, Diss. Bern 2008
- HAUSHEER HEINZ, Anmerkungen zur Ehegattengesellschaft, ZBJV 131 (1995), S. 617 ff. (zit. HAUSHEER, Ehegattengesellschaft)
- HAUSHEER HEINZ, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Breitschmid Peter (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern und Stuttgart 1991, S. 79 ff. (zit. HAUSHEER, Abgrenzung)
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014

- HAUSHEER HEINZ/LINDENMEYER LIEB SASKIA, Einfache Gesellschaft und Ehegüterrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, INR Bd. 1, Bern 2005, S. 1 ff.
- HAUSHEER HEINZ/PFÄFFLI ROLAND, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzips bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 130 (1994), S. 38 ff.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bd. II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilbd., Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159-180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bd. II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilbd., Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilbd., Allgemeine Vorschriften, Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Artikel 196-220 ZGB, Bern 1992 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bd. II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilbd., Das Güterrecht der Ehegatten, 2. Unterteilbd., Die Gütergemeinschaft, Artikel 221-246 ZGB, Die Gütertrennung, Artikel 247-251 ZGB, Bern 1996 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HOHL IRENE, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss. Basel, Basel und Frankfurt a.M. 1996
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-AUTOR)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-AUTOR)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK-AUTOR)

- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. ZGBKomm-AUTOR)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012
- REINHARDT CHRISTINA, Immobiliareigentum der Ehegatten in der Errungenschaftsbeteiligung - kritische Auseinandersetzung mit der neueren Bundesgerichtspraxis, FamPra.ch 15 (2014), S. 159 ff.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Auflösung von Miteigentum unter Ehegatten und die Wiederentdeckung von Art. 206 ZGB, Urteil des Bundesgerichts 5A_621/2013 vom 20. November 2014, Jusletter 2. März 2015
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le sort de la plus-value prise par un immeuble en copropriété d'époux qui n'ont pas financé l'acquisition dans une mesure égale, Jusletter 25. März 2013
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, L'acquisition d'un immeuble par un couple: société simple, copropriété ou communauté réduite?, in: Amstutz Marc/Chabloz Isabelle/Heinzmann Michel/Hochreutener Inge (Hrsg.), Festschrift für Walter A. Stoffel, mit Betonung auf die einfache Gesellschaft, Bern 2014, S. 1 ff.
- WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Das Erbrecht, Bd. III, 1. Abteilung, Die Erben, 1. Teilbd., Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR)
- WOLF STEPHAN, Die Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks, in: Die einfache Gesellschaft, Symposium, Bern 2006, S. 55 ff. (zit. WOLF, Ehegattengesellschaft)
- WOLF STEPHAN, Ehegüter- und erbrechtliche Aspekte des Grundeigentums, in: Verband bernischer Notare, Ehe/Konkubinat-Grundeigentum-Steuern, Weiterbildungstagung, Bern 2003 (zit. WOLF, Aspekte)

- WOLF STEPHAN, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, INR Bd. 1, Bern 2005, S. 47 ff. (zit. WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte)
- WOLF STEPHAN, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136 (2000), S. 241 ff. (zit. WOLF, Grundstücke)
- WOLF STEPHAN, Notarielle Feststellung von aussergrundbuchlichen Eigentumsübergängen, BN 1998, S. 241 ff. (zit. WOLF, Notarielle Feststellung)
- WOLF STEPHAN, Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81 (2000), S. 1 ff. (zit. WOLF, Subjektwechsel)
- WOLF STEPHAN, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (zit. WOLF, Vorschlagszuweisung)
- WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF/EGGEL)
- WOLF STEPHAN/THUT DANIEL/SCHMUKI DEBORAH, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, Ehe- und Vormundschaftsrecht, ZBJV 149 (2013), S. 649 ff.

I. Einleitung und Überblick

Gegenstand des vorliegenden Beitrages bildet das gemeinschaftliche Eigentum unter Ehegatten. Es handelt sich dabei um ein breites, ja ein eigentliches *Generalthema*, das mehrere Teilrechtsgebiete – namentlich das Sachen- bzw. Vermögensrecht, das Ehegüterrecht und das Erbrecht, allenfalls weiter besonders auch das Prozess-, das Vollstreckungs- und das Steuerrecht – *erfasst* und im Einzelnen überaus viele – oftmals scheinbar fast unendlich viele – Facetten aufweist. Eine umfassende Darstellung der sich stellenden Fragen und Probleme kann deshalb nachfolgend nicht vorgenommen werden. Es folgt eine *Beschränkung auf typische Problemlagen*, wie sie in der Praxis insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsgeschäftsplanung gehäuft auftreten. Es sollen denn namentlich Urkundspersonen und auch rechtsgeschäftsplanerisch tätige Berater für die Probleme gemeinschaftlichen Eigentums unter Ehegatten sensibilisiert werden.

Im Einzelnen behandelt werden vorab die Grundlagen des Verhältnisses von Ehegüterrecht und allgemeinem Sachenrecht¹ sowie, im Anschluss an einen Hinweis auf das güterrechtliche Inventar², die Grundsätze des Güterrechts³. Weiter folgen Ausführungen zu Miteigentum und Güterrecht⁴, zur Ehegattengesellschaft⁵, zum gemeinschaftlichen Eigentum im Kontext des Ehe-, Erb- und Scheidungsrechts⁶ und zu weiteren Aspekten der Rechtsgeschäftsplanung beim Erwerb von Grundstücken⁷. Abgerundet wird der Beitrag durch Schlussbemerkungen⁸.

1 II. sogleich.
2 III.
3 IV.
4 V.
5 VI.
6 VII.
7 VIII.
8 IX.

II. Grundlagen: Das Verhältnis von Ehegüterrecht und allgemeinem Vermögensrecht, insbesondere Sachenrecht

1. Einleitende Bemerkungen

Jeder Vermögensgegenstand – wie ein Grundstück, eine bewegliche Sache, eine Forderung, ein Immaterialgüterrecht oder ein sonstiges Recht – jedes Ehegatten *unterliegt sowohl den allgemeinen Regeln des Vermögensrechts* – d.h. dem Sachen-, Obligationen-, Immaterialgüter- oder sonst anwendbaren Vermögensrecht – *als auch den Bestimmungen des Ehegüterrechts*. Denn für verheiratete Personen gilt – im Unterschied zu nicht verheirateten Partnern – auch das Ehegüterrecht. Das Ehegüterrecht stellt den Ehegatten bekanntlich *drei Güterstände* zur Verfügung, nämlich die Errungenschaftsbeteiligung, die Gütergemeinschaft und die Gütertrennung. Das Verhältnis dieser einzelnen Güterstände zum allgemeinen Vermögensrecht – und damit namentlich auch zum Sachenrecht – ist je unterschiedlich ausgestaltet⁹. Das versteht sich von selbst, stellt doch der Gesetzgeber mit den drei Güterständen den Ehegatten gerade je unterschiedliche Regelungsalternativen für ihre individuellen Bedürfnisse zur Verfügung.¹⁰

2. Errungenschaftsbeteiligung

Die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) hat grundsätzlich keinerlei Wirkungen auf das allgemeine Vermögensrecht unter den Ehegatten¹¹. Sie äussert damit im Prinzip auch keine sachenrechtlichen Wirkungen.

Vielmehr bestehen unter Errungenschaftsbeteiligung *zwei getrennte Vermögen* der Ehegatten, nämlich das *Frauen-* und das *Mannesgut*. Die Zuweisung eines Vermögensgegenstandes – eines Grundstücks, einer beweglichen Sache, einer Forderung, eines Immaterialgüterrechts etc. – in das Vermögen eines – oder bei gemeinschaftlichem Eigentum auch beider – Ehegatten richtet sich nach der daran bestehenden *Rechtszuständigkeit*, d.h. nach allgemeinem Vermögensrecht. Bei Sachen ist dafür das Sachenrecht massgebend. Bei Grundstücken ist auf den Grundbucheintrag abzustellen. Wem das Grundstück nach Grundbucheintrag als Eigentümer zusteht, in dessen Vermögen ist das Grundstück auch güterrechtlich zuzuweisen. Forderungen sind güterrecht-

⁹ Dazu und zu den Ausführungen unter II.2.-4. insgesamt auch schon WOLF, Aspekte, S. 2-6.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.04-11.07.

¹¹ Dazu und zum Folgenden auch bereits WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 57 f.

lich dem Vermögen desjenigen Ehegatten zuzuordnen, der Gläubiger ist. Unter Errungenschaftsbeteiligung richtet sich somit das Güterrecht nach dem allgemeinen Vermögensrecht und damit für Sachen nach dem Sachenrecht¹².

Für jeden Ehegatten bestehen innerhalb seines Vermögens *zwei Gütermassen*, nämlich die *Errungenschaft* (Art. 197 ZGB) und das *Eigengut* (Art. 198 ZGB). Die beiden Gütermassen befinden sich aufgrund des Ehegüterrechts *in der je alleinigen Berechtigung von Mann und Frau*. Eine Gütermasse, die beiden Ehegatten gemeinsam gehört, besteht in der Errungenschaftsbeteiligung – im Gegensatz zur Gütergemeinschaft¹³ – nicht¹⁴.

Die *güterrechtlichen Ausgleichsmechanismen* der Errungenschaftsbeteiligung – wie Mehrwertbeteiligung (Art. 206 ZGB), Mehr- und Minderwertbeteiligung (Art. 209 ZGB), Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) und Vorschlagsbeteiligung (Art. 215 ff. ZGB) – wirken alle rein *rechnerisch*, d.h. sie begründen obligatorische Ansprüche, ohne dass ihnen sachenrechtliche Konsequenzen zukommen.

Der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung als solcher führt demnach nicht zu einer *gemeinschaftlichen Berechtigung* beider Ehegatten. Soll unter Errungenschaftsbeteiligung ein Objekt im gemeinschaftlichen Eigentum von Mann und Frau stehen, so ist dazu eine entsprechende *rechtsgeschäftliche Begründung* erforderlich. Dafür zur Verfügung stehen die Vereinbarung von *Miteigentum* (Art. 646 ff. ZGB) oder das Eingehen einer *einfachen Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR)¹⁵.

Die Begründung gemeinschaftlichen Eigentums unter Ehegatten bedarf somit im ordentlichen Güterstand des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes des Sachen- bzw. Obligationenrechts. Die Ehegatten können solche Rechtsgeschäfte nach Art. 168 ZGB auch abschliessen. Zu bedenken ist aber stets, dass bei Begründung von Mit- oder Gesamteigentum in der Errungenschaftsbeteiligung eine Überlagerung von sachen- bzw. obligationenrechtlichen Normen mit dem Ehegüterrecht eintritt, woraus sich u.U. Widersprüche und ungewollte Konsequenzen ergeben können.¹⁶

¹² Siehe zum Ganzen auch WOLF, Grundstücke, S. 246.

¹³ Dazu II.3. sogleich.

¹⁴ Vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.01.

¹⁵ Zum Ganzen schon WOLF, Grundstücke, S. 246; WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 57 f.

¹⁶ Darauf ist namentlich in Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft schon mehrfach hingewiesen worden; vgl. WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60, m.w.H.

3. Gütergemeinschaft

In der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) bestehen *drei Gütermassen*, nämlich das *Gesamtgut* und die beiden *Eigengüter* von Mann und Frau (Art. 221 ZGB). Im Unterschied zur Errungenschaftsbeteiligung¹⁷ äussert die Gütergemeinschaft unmittelbar vermögensrechtliche und damit auch sachenrechtliche Konsequenzen. Das hat seinen Grund in der Tatsache, dass die Gütergemeinschaft ein Gesamthandsverhältnis darstellt. Das *Gesamtgut* steht von Güterrechts wegen (vgl. Art. 222 ZGB) in einer *Gesamthandsberechtigung beider Ehegatten*. Demgegenüber befinden sich die beiden Eigengüter von Mann und Frau grundsätzlich in deren je individueller Berechtigung, es sei denn, die Ehegatten hätten an einem Eigengutsgegenstand rechtsgeschäftlich gemeinsames Eigentum begründet. Dazu müssten sie – wie bei der Errungenschaftsbeteiligung – Miteigentum oder Gesamteigentum als einfache Gesellschaft vereinbaren¹⁸.

Die Gegenstände des Gesamtguts fallen folglich von Güterrechts wegen und damit *ex lege* – d.h. bei gegebenen Voraussetzungen von selbst – in die *Gesamthandsberechtigung* beider Ehegatten. Deshalb kann – was namentlich für Urkundspersonen von Bedeutung ist – an Grundstücken des Gesamtgutes *aussergrundbuchlich* Gesamteigentum entstehen¹⁹ und auf diese Weise ein Eigentumserwerb für einen Ehegatten stattfinden.

Dazu folgendes *Beispiel Nr. 1*²⁰: Mann Markus (M) und Frau Franziska (F) leben unter dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB). Ehemann M erscheint alleine vor dem Notar und erwirbt aufgrund eines Kaufvertrages Eigentum an einem Grundstück. Er wird in der Folge im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragen. Dennoch fällt das Grundstück – wenn es Gesamtgutscharakter aufweist²¹ – *von Güterrechts wegen* (Art. 222 Abs. 2 ZGB) ins *Gesamteigentum* beider Ehegatten. Ehefrau F wird – auch wenn sie am Erwerbsgeschäft nicht beteiligt war und in der Folge im Grundbuch nicht als Eigentümerin eingetragen worden ist – ausserbuchlich ebenfalls Gesamteigentümerin am Grundstück. Sie kann unter Vorlage des Ehevertrages – und Nachweis des Gesamtgutscharakters des Grundstücks – die Eintragung beider Ehegatten als Gesamthänder im Grundbuch verlangen

¹⁷ Dazu II.2. soeben.

¹⁸ Zum Ganzen WOLF, Grundstücke, S. 267.

¹⁹ Siehe auch ZGBKomm-ZINGG, N. 15 zu Art. 657 ZGB.

²⁰ Vgl. schon WOLF, Aspekte, S. 5.

²¹ Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gehören grundsätzlich das ganze Vermögen und alle Einkünfte der Ehegatten zum Gesamtgut (Art. 222 Abs. 1 ZGB). Von Gesetzes wegen Eigentum bilden nur die persönlichen Gebrauchsgegenstände jedes Ehegatten sowie die Genugtuungsansprüche (Art. 225 Abs. 2 ZGB).

(Art. 665 Abs. 3 ZGB)²². Dabei handelt es sich um eine bloss deklaratorisch wirkende Anpassung des Grundbucheintrages an die ausserbuchlich mit dem Entstehen von Gesamteigentum kraft Gütergemeinschaft bereits eingetretene Rechtslage²³. Solange F ihrerseits nicht auch im Grundbuch eingetragen ist, kommt ihr trotz ihrer Gesamteigentümerstellung die formelle grundbuchliche (Mit-)Verfügungsbefugnis nicht zu (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB). Damit besteht – jedenfalls für Grundstücke, die nicht die Wohnung der Familie betreffen²⁴ – das Risiko, dass M allein über die Liegenschaft verfügt und in der Folge ein gutgläubiger Dritter daran Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte erwirbt (Art. 973 ZGB). Die Notarinnen und Notare haben darauf hinzuwirken, dass der Abschluss von Erwerbsgeschäften an Gesamtobjekten durch einen Gütergemeinschaftler allein vermieden wird. Unter anderem aus diesem Grunde ist bei jedem Erwerbsgeschäft durch eine verheiratete Person deren Güterstand abzuklären²⁵.

Dass das Gesamtgut in einer Gesamthandsberechtigung beider Ehegatten steht, hat im Weiteren auch Konsequenzen für die *Liquidation des Güterstandes*. Mittels einer integralen *Gesamtgutszuweisung* (Art. 241 Abs. 2 ZGB) an einen Ehegatten lässt sich eine Anwachsung (Akkreszenz) herbeiführen. Der entsprechend begünstigte – in der Regel der überlebende – Ehegatte wird diesfalls ipso iure Alleinberechtigter an allen Gesamtgutsgegenständen²⁶.

Im Ergebnis lässt sich somit unter Gütergemeinschaft für das Gesamtgut festhalten, dass das Güterrecht das Vermögens- und damit das Sachenrecht bestimmt. Denn das Gesamtgut befindet sich – wie dargelegt – von Güterrechts wegen in einer Gesamthandsberechtigung von Mann und Frau²⁷.

4. Gütertrennung

Die Gütertrennung – im Grunde ein «Nichtgüterstand» – hat *grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Vermögensrecht* unter den Ehegatten. Für die Gütertrennung gilt im Wesentlichen das für die Errungenschaftsbeteiligung Gesagte analog. *Gemeinschaftliches Eigentum* der Ehegatten bedarf dementsprechend der besonderen Begründung durch ein *Rechtsgeschäft* des Sachen-

²² Dazu eingehend WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 202 ff., insbesondere S. 204 f. Weiter auch WOLF, Grundstücke, S. 267 f.

²³ Vgl. zur grundbuchlichen Behandlung WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 208 f., m.w.H. Siehe auch ZGBKomm-GENNA, N. 4 zu Art. 222 ZGB.

²⁴ Für diese gilt bereits gemäss Art. 169 ZGB das Erfordernis der Zustimmung des anderen Ehegatten.

²⁵ Vgl. auch schon WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 208, Fn. 944.

²⁶ Dazu näher IV.3.3. hienach. Ausführlich WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 213 ff., m.w.H.; weiter WOLF, Grundstücke, S. 275 f.

²⁷ Zum Ganzen auch WOLF, Grundstücke, S. 267.

oder Obligationenrechts, d.h. der Vereinbarung von Miteigentum oder dem Eingehen einer einfachen Gesellschaft. Wie bei der Errungenschaftsbeteiligung²⁸ tritt diesfalls eine Überlagerung von Regeln der von den Ehegatten gewählten gemeinschaftlichen Berechtigung mit dem Ehegüterrecht ein. Die Überlagerung erweist sich aber insofern als weniger komplex, als bei Gütertrennung keine güterrechtlichen Ausgleichsmechanismen – wie bei der Errungenschaftsbeteiligung die Mehrwertbeteiligung (Art. 206 ZGB), Mehr- und Minderwertbeteiligung (Art. 209 ZGB), Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) und Vorschlagsbeteiligung (Art. 215 ff. ZGB) – greifen. Die Folgen einer gemeinsamen Berechtigung sind allerdings auch unter Gütertrennung zu bedenken²⁹.

III. Güterrechtliches Inventar (Hinweis)

Im Zusammenhang mit der Thematik des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ehegatten ist ein kurzer Hinweis auf das güterrechtliche Inventar (Art. 195a ZGB) anzubringen. Die Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung setzt namentlich voraus, dass die Zugehörigkeit eines Objektes zum Vermögen der Frau oder/und des Mannes feststeht, und dass auch bekannt ist, welcher Gütermasse der Vermögensgegenstand zuzuweisen ist. Lassen sich diese Fragen nicht klären, so gelangen die *Vermutungen des Gesetzes* zum Zuge. In der Errungenschaftsbeteiligung muss, wer behauptet, ein bestimmter Vermögenswert sei Eigentum des einen oder anderen Ehegatten, dies beweisen (Art. 200 Abs. 1 ZGB). Kann dieser Beweis nicht erbracht werden, so wird Miteigentum beider Ehegatten angenommen (Art. 200 Abs. 2 ZGB). Alles Vermögen eines Ehegatten gilt bis zum Beweis des Gegenteils als Errungenschaft (Art. 200 Abs. 3 ZGB). Unter Gütergemeinschaft gelten alle Vermögenswerte als Gesamtgut, solange nicht bewiesen ist, dass sie Eigengut eines Ehegatten sind (Art. 226 ZGB). In der Gütertrennung muss, wer behauptet, ein bestimmter Vermögenswert sei Eigentum des einen oder anderen Ehegatten, dies beweisen (Art. 248 Abs. 1 ZGB). Kann dieser Beweis nicht erbracht werden, so wird Miteigentum beider Ehegatten vermutet (Art. 248 Abs. 2 ZGB).

Die gesetzlichen *Vermutungen* sind alle richtigerweise *gemeinschafts-freundlich*, denn wer Alleineigentum bzw. Eigengut behauptet – und damit Eigentum oder eine güterrechtliche Beteiligung des anderen Ehegatten verneint –, der soll dies nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 8 ZGB) auch beweisen. Die Beweissicherung lässt sich vornehmlich mit dem Institut des

²⁸ Dazu II.2. hievor.

²⁹ Siehe zum Ganzen schon WOLF, Aspekte, S. 5 f.

güterrechtlichen Inventars (Art. 195a ZGB) erreichen³⁰. Das güterrechtliche Inventar ist dabei namentlich abzugrenzen von Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen der Ehegatten, wie sie auch etwa in einem Ehevertrag getroffen werden. Es ist diesbezüglich zu beachten, dass Ehevertrag und güterrechtliches Inventar zwei verschiedene Beurkundungsgegenstände mit je unterschiedlichen Voraussetzungen, Anwendungsgebieten und Wirkungen enthalten. Darüber sind die Parteien auch zu belehren. Dem Ehevertrag als solchem kommen nicht auch die Wirkungen des güterrechtlichen Inventars zu; namentlich schaffen die in ihm allenfalls enthaltenen Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen und Gütermassen alleine noch keine Richtigkeitsvermutung i.S.v. Art. 195a ZGB. Dafür sind vielmehr alle Voraussetzungen des güterrechtlichen Inventars zu erfüllen, namentlich ist die Jahresfrist von Art. 195a Abs. 2 ZGB zu wahren.

IV. Grundsätze des Güterrechts

1. Vorbemerkung

Ein Verständnis dafür, welche Folgen gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten nach sich zieht und wie darüber güterrechtlich abzurechnen ist, setzt die Kenntnis einiger Grundsätze des ehelichen Güterrechts voraus. Diese sollen nachfolgend in der gebotenen Kürze dargestellt werden³¹.

2. Errungenschaftsbeteiligung

2.1. Ordentlicher subsidiärer Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

Einigen sich die Ehegatten nicht durch Ehevertrag auf einen besonderen Güterstand und ist auch nicht der ausserordentliche Güterstand eingetreten, unterstehen die Ehegatten den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 181 ZGB). Bei diesem Güterstand verfügt jeder Ehegatte innerhalb seines Vermögens über *zwei getrennte Gütermassen*, nämlich *Eigengut und Errungenschaft*. Die Vermögenswerte, aus denen sie zusammengesetzt sind (vgl. Art. 197 f. ZGB), kann er innerhalb der gesetzlichen Schranken (z.B. Art. 169 ZGB)³² selbständig nutzen, verwalten und über sie verfügen

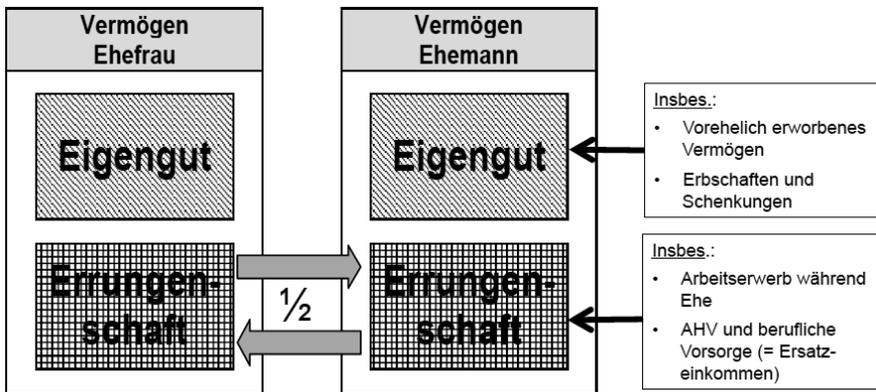
³⁰ Siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.46.

³¹ Siehe für einen gründlicheren Überblick über das eheliche Güterrecht u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, §§ 11–14.

³² Dazu VII.2. hienach.

(Art. 201 ZGB). Insofern gleicht die Errungenschaftsbeteiligung während der Dauer der Ehe der Gütertrennung.

Bei *Auflösung des Güterstandes* durch Tod oder Scheidung (vgl. Art. 204 ZGB, mit weiteren Auflösungsstatbeständen) behält jeder Ehegatte sein Eigengut und hat einen obligatorischen – d.h. nicht dinglichen – Anspruch auf die Hälfte der (positiven) Errungenschaft des anderen Ehegatten (Art. 215 ZGB; sog. *Vorschlagsbeteiligung*). Die Unterscheidung von Eigengut und Errungenschaft ist daher im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung von entscheidender Bedeutung. Vorliegend auf die Einzelheiten der Zuordnung zu den beiden Gütermassen einzugehen, würde den Rahmen des Beitrages sprengen³³.



2.2. Zuordnung und Unveränderlichkeit der Gütermassen

Aus dem Dargestellten ergibt sich, dass jeder Vermögensgegenstand von Mann und Frau – stehe er im Alleineigentum oder handle es sich um einen Miteigentums- oder Gesamteigentumsanteil, namentlich an einer einfachen Gesellschaft – einer Gütermasse des betreffenden Ehegatten zugeordnet werden muss. Bei *ausschliesslicher Finanzierung durch eine Gütermasse* ist dies unproblematisch: Das erworbene Vermögensobjekt tritt i.S. einer «Ersatzanschaffung» (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 bzw. Art. 198 Ziff. 4 ZGB) an die Stelle des dafür eingesetzten Vermögens. Sind am Erwerb oder zufolge einer späteren Investition in den gleichen Vermögenswert *beide Gütermassen* eines Ehegatten *an der Finanzierung beteiligt*, so erfolgt die Zuordnung zu einer Gütermasse entsprechend dem Übergewicht der Beteiligung zum Erwerbs-

³³ Anstatt vieler: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentierungen zu Art. 197 und 198 ZGB.

zeitpunkt³⁴. Bei gleich grosser Beteiligung beider Gütermassen zum Erwerbzeitpunkt, erfolgt in Anwendung der Vermutungen von Art. 200 Abs. 3 und Art. 209 Abs. 2 ZGB eine Zuordnung zur Errungenschaft. Gleiches gilt dann, wenn der Vermögenswert ausschliesslich fremdfinanziert wurde³⁵.

Damit der Beteiligungsanspruch nach Art. 215 ZGB nicht willkürlich geschmälert werden kann, liegt die Zuordnung zur einen oder anderen Gütermasse nicht im Belieben der Ehegatten. Die Gütermassen sind vielmehr grundsätzlich³⁶ unveränderlich, gewillkürte Umwidmungen mithin nicht zulässig³⁷. Hat eine Gütermasse zum Erwerb, Erhalt oder zur Verbesserung eines Vermögensgegenstandes der anderen Gütermasse beigetragen, wird diesem Umstand mit einer *Ersatzforderung* nach Art. 209 Abs. 3 ZGB Rechnung getragen³⁸.

2.3 Beteiligung beider Gütermassen eines Ehegatten (Art. 209 Abs. 3 ZGB)

Beteiligen sich beide Gütermassen eines Ehegatten an der Finanzierung eines von ihm zu erwerbenden Vermögensobjekts – wozu sowohl Alleineigentum wie auch ein Mit- oder Gesamtgutsanteil gehören –, so ändert dies nichts daran, dass das Objekt vollständig entweder der einen oder der anderen Gütermasse zuzuordnen ist. Dient das Zusammenwirken von Eigengut und Errungenschaft eines Ehegatten dem Erwerb, der Verbesserung oder der Erhaltung eines Vermögensgegenstandes in der anderen Gütermasse des Eigentümers, hat die mitfinanzierende Gütermasse allerdings einen entsprechenden *Ausgleichsanspruch* bzw. eine *Ersatzforderung* i.S.v. Art. 209 Abs. 3 ZGB. Damit wird erreicht, dass es nicht zu Vermögensverschiebungen zulasten einer Gütermasse kommen kann. Der Ausgleichsanspruch ist beidseitig variabel und erfasst damit konjunkturelle Wertschwankungen des Vermögenswertes in beide Richtungen, d.h. sowohl Mehr- als auch Minderwerte³⁹.

³⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.57 ff. Spätere Investitionen führen auch dann nicht zu einer Umteilung in die andere Gütermasse, wenn diese im Ergebnis den grösseren Beitrag geleistet hat, siehe dazu BGE 132 III 145 E. 2.2.

³⁵ Vgl. BGE 5A_278/2014 vom 29. Januar 2015 (zur Publikation vorgesehen) E. 4.3.1.

³⁶ Eine im vorliegenden Kontext kaum interessierende Ausnahme bildet die ehevertragliche Vereinbarung nach Art. 199 ZGB.

³⁷ Statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 7 zu Art. 196 ZGB.

³⁸ Dazu sogleich IV.2.3.

³⁹ Ausführlicher zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.65 ff., mit Rechenbeispielen.

2.4. Beteiligung des anderen Ehegatten (Art. 206 ZGB)

Hat ein Ehegatte einen im Vermögen – sei es Alleineigentum oder ein Mit- oder Gesamteigentumsanteil – des anderen Ehegatten stehenden Gegenstand ganz oder teilweise finanziert, so besteht zu seinen Gunsten von Gesetzes wegen (Art. 206 ZGB) – d.h. auch ohne entsprechende Vereinbarung – ein *Anspruch auf Rückerstattung der Investition*⁴⁰. Damit soll verhindert werden, dass eine Gütermasse zulasten des anderen Ehegatten finanziert wird. Wie im Zusammenhang mit Art. 209 Abs. 3 ZGB ist für den Anspruch ein «Beitrag» erforderlich, wobei es sich um eine Geld- oder um eine geldwerte Sach- oder Arbeitsleistung handeln kann. Der investierte Beitrag muss sodann dem Erwerb, der Verbesserung oder der Erhaltung eines konkreten Vermögensgegenstandes dienen und der Beitrag darf nicht schon mit einer sonstigen Gegenleistung – wie bspw. Lohn für die Renovationsarbeiten – abgegolten worden sein (vgl. für die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen Art. 206 Abs. 1 ZGB).

Der Anspruch nach Art. 206 ZGB umfasst nicht nur den Nennwert der Beteiligung, sondern anteilmässig auch einen *konjunkturellen Mehrwert*, der auf dem erworbenen Vermögensgegenstand eingetreten ist. Hingegen muss sich der investierende Ehegatte nicht an einem Minderwert beteiligen, der Beitrag ist m.a.W. *nennwertgeschützt*, dies im Gegensatz zur beidseitig variablen Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 3 ZGB im Verhältnis der beiden Gütermassen des Eigentümer-Ehegatten.

Beispiel Nr. 2

Mann Markus (M) kauft ein Grundstück mit einem Ferienchalet zum Preis von CHF 400'000. Der Erwerb wird wie folgt finanziert:

- CHF 150'000 stammen aus einer Erbschaft von M;
- CHF 100'000 hat M seinen während der Ehe gebildeten Ersparnissen entnommen;
- CHF 150'000 hat Ehefrau Franziska (F) aus ihren während der Ehe gebildeten Ersparnissen beigetragen.

Zehn Jahre nach dem Erwerb veräussert M das Grundstück zu einem Preis von CHF 480'000, wobei der Gewinn von CHF 80'000 auf die aktuellen Verhältnisse am Immobilienmarkt zurückzuführen ist.

Wie ist über den Erlös abzurechnen?

⁴⁰ Näher zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.80 ff., mit Rechenbeispielen.

Lösung:

- Das Grundstück steht im Alleineigentum von M (Grundbucheintrag).
- Es bildet im Vermögen von M Eigengut (Erbschaft ist Eigengut i.S.v. Art. 198 Ziff. 2 ZGB; daher Übergewicht der Beteiligung beim Eigengut).
- Der Errungenschaft von M steht aufgrund von Art. 209 Abs. 3 ZGB eine Ersatzforderung zu, wobei diese proportional zu ihrer Beteiligung (CHF 100'000 auf CHF 400'000, entsprechend 1/4 der Ausgangsinvestition) am Gewinn zu beteiligen ist. Entsprechend beträgt die Ersatzforderung der Errungenschaft CHF 120'000 (1/4 von CHF 480'000).
- F steht gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZGB eine Ersatzforderung zu, die ebenfalls proportional zur Beteiligung (CHF 150'000 auf CHF 400'000, entsprechend 3/8 der Ausgangsinvestition) vom konjunkturellen Mehrwert profitiert. Die Ersatzforderung, die ihrer Errungenschaft zuzuordnen ist, beträgt CHF 180'000 (3/8 von CHF 480'000).

Nach Begleichung der genannten Ersatzforderungen verbleibt dem Eigengut von M noch ein Nettoerlös von CHF 180'000, was dem aus Eigengut investierten Betrag zuzüglich des darauf entfallenden konjunkturellen Mehrwerts entspricht.

2.5. Behandlung von Hypotheken und Vorbezügen

Wird ein Grundstück – wie es häufig der Fall ist – mit Hilfe einer Hypothek finanziert, stellt sich einerseits die Frage, welcher Gütermasse die Grundpfandschuld zuzuordnen ist. Weil die Hypothek zum Nennwert zurückzubezahlen ist, fragt sich andererseits, welche Gütermasse den anteilmässig auf die Hypothek entfallenden Mehr- oder Minderwert erhalten darf bzw. tragen muss⁴¹.

Die Hypothek als Schuld stellt keinen vom Vermögensgegenstand losgelösten Wert dar, sondern folgt diesem. Sie wird gemäss Art. 209 Abs. 2 ZGB grundsätzlich als Ganzes derjenigen Gütermasse belastet, mit welcher sie sachlich zusammenhängt, d.h. derjenigen Vermögensmasse, der auch das Grundstück angehört⁴². Amortisationen ersetzen nur die Hypothek und ändern – unabhängig davon, aus welcher Gütermasse sie geleistet werden – an der Zuteilung nichts. Allerdings handelt es sich bei Amortisationen ggf. um nachträgliche Investitionen entweder der anderen Gütermasse des Eigentümers (Art. 209 Abs. 3 ZGB)⁴³ oder des Nichteigentümer-Ehegatten (Art. 206 ZGB)⁴⁴.

⁴¹ Siehe zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz 14.24 ff.

⁴² BGer 5C.81/2001 vom 14. Januar 2002 E. 3a.

⁴³ Dazu III.2.3. hievor.

Konjunkturelle Mehr- und Minderwerte, die mit der Hypothek erwirtschaftet werden, sind in der Regel dem Eigentümer zuzuordnen, der das mit der Hypothek verbundene Risiko trägt. Ist bloss eine Gütermasse des Eigentümers an der Finanzierung des Grundstücks bzw. des Mit- oder Gesamteigentumsanteils beteiligt, verbleibt der Mehr- oder Minderwert der betreffenden Gütermasse. Sind hingegen beide Gütermassen beteiligt, sollen beide von einem daraus resultierenden Mehrwert profitieren, da sie ja das wirtschaftliche Risiko der Hypothek gemeinsam tragen⁴⁵.

Beispiel Nr. 3

Die Ehefrau Franziska erbt eine renovationsbedürftige Liegenschaft im Wert von CHF 300'000. Sie leistet aus Errungenschaft eine Ausgleichszahlung an die Miterben von CHF 60'000. Für eine Renovation investiert der Ehemann Markus CHF 120'000 aus Errungenschaft, weitere CHF 180'000 werden mit Hilfe einer Hypothek investiert. Bei Auflösung des Güterstandes hat die Liegenschaft einen Wert von CHF 800'000.

Mit Blick auf den Erwerb durch Erbgang handelt es sich um eine Eigengutsliegenschaft der Ehefrau (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Über die Investitionen der Errungenschaften von M und F ist wie folgt abzurechnen:

	ER Frau	EG Frau	ER Mann	Hypothek	Total
Investitionen aller Gütermassen	60'000	240'000	120'000	180'000	600'000
Beteiligungsverh.	10%	40%	20%	30%	100%
Mehrwert	20'000	80'000	40'000	60'000	200'000
Beteiligungsverh.	20%	80%			100%
Verteilung mittels Hypothek erzielten Mehrwerts	12'000	48'000		⚡	
Total Ansprüche	92'000	368'000	160'000	180'000	800'000

⁴⁴ Dazu III.2.4. hievor.

⁴⁵ BGE 132 III 145 E. 2.3; 123 III 152, dazu ZBJV 1997, S. 512 ff.

Ausnahmsweise rechtfertigt sich, den mit der Hypothek verbundenen Mehrwert anders zuzuordnen. Dies trifft dann zu, wenn bei einer wertenden Betrachtungsweise die Hypothek wie eine Investition entweder der an sich nicht betroffenen Gütermasse des Eigentümers oder aber des Nicht-Eigentümers erscheint, d.h. wenn die Hypothekarzinsen dauernd und regelmässig von dieser «fälschen» Gütermasse geleistet werden, ohne dass dafür ein Rechtsgrund – namentlich ein Beitrag an den Unterhalt der Familie i.S.v. Art. 163 ZGB – vorliegt. Auf Einzelheiten kann vorliegend nicht eingegangen werden. Immerhin ist anzumerken, dass es sich dabei um eine Wertung handelt, die sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzestext ergibt. Es ist daher immer der Gesamtkontext der Liegenschaftsfinanzierung im Auge zu behalten, wozu auch das mit der Hypothek verbundene Risiko gehört⁴⁶.

Vorbezüge aus der beruflichen Vorsorge, die zum Erwerb eines Grundstücks getätigt werden, müssen bei dessen Veräusserung an die Vorsorgeeinrichtung zurückerstattet werden. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung über ein derart finanziertes Grundstück gilt nach der ganz h.L. und der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁷ Analoges wie für die Hypothek. Bei Miteigentum ist allerdings zu beachten, dass der Vorbezug nur den Miteigentumsanteil des Vorsorgenehmers betrifft⁴⁸. Entfällt die Rückerstattungspflicht zufolge Eintritts eines Vorsorgefalls, wird der Vorbezug zu Errungenschaft (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Es handelt sich um eine nachträgliche Investition der Errungenschaft, sodass eine mehrstufige Abrechnung erfolgen muss⁴⁹.

2.6. Mehrstufige Abrechnungen bei nachträglichen Investitionen

Die Beteiligungsverhältnisse der investierenden Gütermassen können sich durch nachträgliche Investitionen – z.B. anlässlich einer Renovation, Entwidmung eines WEF-Vorbezugs oder Amortisation einer Hypothek⁵⁰ – verändern. Bei einer solchen Sachlage muss mehrstufig abgerechnet werden, damit dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass die spätere Inves-

⁴⁶ Zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.39 ff.; mit ausführlichen Literaturhinweisen: BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 35 zu Art. 206 ZGB.

⁴⁷ BGE 5A_278/2014 vom 29. Januar 2015 (zur Publikation vorgesehen) E. 4.3., mit Zusammenstellung der Lehrmeinungen in E. 4.2.3; für eine Zusammenfassung des Entscheids in deutscher Sprache AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung, Rz. 17 ff.

⁴⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.69.

⁴⁹ Zur mehrstufigen Abrechnung siehe sogleich IV.2.6. Siehe zum Ganzen auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.50, und das dort erwähnte Rechenbsp. in Anhang IV.

⁵⁰ Siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.38.

tion nur während einer reduzierten Zeitdauer – und nicht von Anfang an – zur Entstehung eines Mehrwertes beigetragen hat⁵¹.

2.7. Güterrechtliche Bedeutung der Schenkung unter Ehegatten

Schenkungen unter Ehegatten werden nicht vermutet⁵². Die Mithilfe bei der Finanzierung von Alleineigentum oder eines Mit- bzw. Gesamteigentumsanteils führt daher – wie erwähnt⁵³ – zu einem Rückforderungsanspruch des investierenden Ehegatten nach Art. 206 ZGB. Allerdings ist eine Schenkung unter Ehegatten durchaus zulässig. So kann es bspw. vorkommen, dass der Alleineigentümer eines Grundstücks das Bedürfnis hat, seinem Ehepartner einen Miteigentumsanteil zu schenken, um damit dessen sachenrechtliche Position zu stärken. In der Regel wird sich dieses Vorgehen jedoch aus verschiedenen Gründen als unklug erweisen.

Erstens lässt sich eine Schenkung – sofern nicht ausdrückliche rechtsgeschäftliche Vorkehren getroffen wurden – im Scheidungsfall nicht rückgängig machen.

Zweitens führt die Schenkung beim Beschenkten zwingend zu Eigentum i.S.v. 198 Ziff. 2 ZGB. Ferner verbleiben auch Wertsteigerungen auf dem schenkungsweise übertragenen (Mit- oder Gesamt-)Eigentumsanteil als Eigentum beim Beschenkten. Diese güterrechtliche Zuordnung ist v.a. dann stossend, wenn das Grundstück ursprünglich mit Errungenschaft des anderen Ehegatten erworben wurde, sodass dieser in der güterrechtlichen Auseinandersetzung seinen (Mit- oder Gesamt-)Eigentumsanteil mit dem Beschenkten wertmässig teilen muss (Art. 215 f. ZGB). Als Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung verbleiben dem Beschenkten bei dieser Sachlage $\frac{3}{4}$ des Grundstückswerts, dem Schenker lediglich $\frac{1}{4}$. Dies wird regelmässig der Intention der Ehegatten – nämlich der materiellen Gleichberechtigung – widersprechen.

Drittens kann sich die Schenkung im Erbgang auch für den Beschenkten als nachteilig erweisen. Denn kommt der schenkungsweisen Zuwendung eines (Mit- oder Gesamt-)Eigentumsanteils Ausstattungskarakter i.S.v. Art. 527 Ziff. 1 ZGB zu, so ist sie pflichtteilsrelevant und herabsetzbar. Selbst wenn die Schenkung aus Errungenschaft erfolgt sein sollte, ist nach der – allerdings umstrittenen – Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁴ der gesamte Wert der Zuwendung herabsetzbar, obschon dem Beschenkten ohne die Schenkung

⁵¹ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz 14.22 ff.; spezifisch zur Entwidmung eines Vorbezugs BÄDER FEDERSPIEL, Vorbezüge, S. 147 ff.

⁵² Siehe etwa BGer 5A_87/2010 vom 5. Mai 2010 E. 3.1; exemplarisch aus der Literatur HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz 14.17; siehe ferner die Hinweise bei STEINAUER/FOUNTOULAKIS, S. 7, Fn 18.

⁵³ Ziff. 2.4. hievor.

⁵⁴ BGE 107 II 119; offen gelassen in BGE 127 III 396.

wertmässig die Hälfte des Vermögenswertes aus Vorschlagsbeteiligung (Art. 215 ZGB) – oder, bei einer Vereinbarung nach Art. 216 ZGB, auch mehr – zugestanden hätte⁵⁵. In der güter- und erbrechtlichen Schlussabrechnung erhält der beschenkte Ehegatte daher u.U. weniger als er ohne die Schenkung hätte beanspruchen können.

2.8. Problematik des Grundstückserwerbs vor Eheschliessung (Hinweis)

Besondere Probleme ergeben sich dann, wenn ein Grundstück – allenfalls auch kurz – vor der Eheschliessung erworben wurde und beide Ehegatten entweder im Rahmen gemeinschaftlichen Eigentums oder durch Investitionen mit der Wohnung bzw. dem Haus verbunden sind⁵⁶. An sich ist bei dieser Sachlage das im Allein- bzw. Mit- oder Gesamteigentum stehende Objekt gemäss Art. 198 Ziff. 2 ZGB dem Eigengut jedes Ehegatten zuzuordnen. Wird später über das Grundstück güterrechtlich abgerechnet, muss ggf. auf den Zeitpunkt der Eheschliessung hin eine Zwischenabrechnung erfolgen. Zu bedenken ist sodann, dass vor der Eheschliessung die Mehrwertbeteiligung i.S.v. Art. 206 ZGB nicht anwendbar ist.

3. Gütergemeinschaft

3.1. Grundsätze

Den Ehegatten stehen innerhalb des Güterstandes der Gütergemeinschaft *drei Varianten* zur Verfügung⁵⁷, nämlich die *allgemeine Gütergemeinschaft* (Art. 222 ZGB), die *Errungenschaftsgemeinschaft* (Art. 223 ZGB) und die *Ausschlussgemeinschaft* (Art. 224 ZGB). Die vereinbarte Art der Gütergemeinschaft ist auch für die konkrete Bestimmung des Umfangs der Gütermassen entscheidend. Im Einzelnen bestehen in der Gütergemeinschaft *drei Gütermassen*, nämlich das *Gesamtgut* und das *Eigengut jedes Ehegatten* (Art. 221 ZGB).

Die *Wahl* der Art der Gütergemeinschaft erfolgt *im Ehevertrag*. Zugleich findet damit grundsätzlich auch die Zuweisung der Vermögensobjekte der Ehegatten zum Gesamtgut oder zum Eigengut statt. Zwischen Gesamtgut und Eigengütern liegt ein Komplementärverhältnis vor⁵⁸. Am Gesamtgut besteht

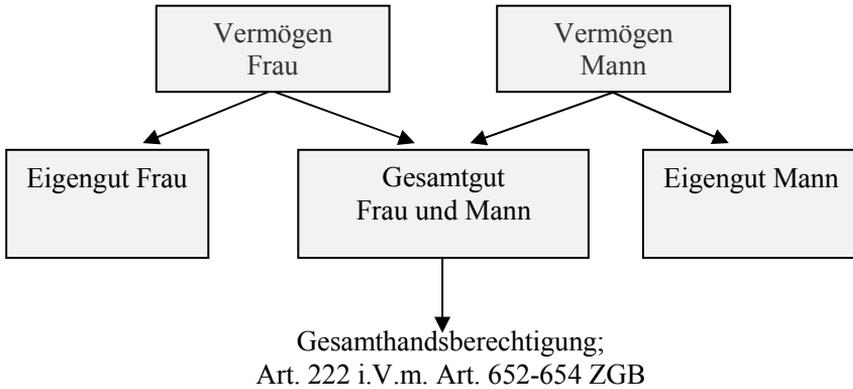
⁵⁵ Siehe zum Problem AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz. 08.45 ff.

⁵⁶ Siehe den Überblick über die Problemstellung bei HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.99 ff.

⁵⁷ Dazu und zum Folgenden ausführlich HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.04 ff.

⁵⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.10 und 13.21.

eine Gesamthandsberechtigung beider Ehegatten⁵⁹; es gehört beiden Ehegatten ungeteilt (Art. 222 Abs. 2 ZGB) und kein Ehegatte kann über seinen Anteil verfügen (Art. 222 Abs. 3 ZGB).



Die Gründe für die Wahl der Gütergemeinschaft können vorab in der auch vermögensrechtlichen Vergemeinschaftung der Ehegatten liegen, wie sie mit der gemeinsamen Gütermasse des Gesamtgutes zum Ausdruck gebracht wird. Zugunsten der Gütergemeinschaft spricht gegebenenfalls auch der Umstand, dass die Gütermasse des Gesamtgutes sehr umfangreich ausgestaltet werden kann: In der allgemeinen Gütergemeinschaft umfasst das Gesamtgut das Vermögen und die Einkünfte der Ehegatten mit Ausnahme des gesetzlichen Eigengutes (Art. 222 Abs. 1 ZGB); von Gesetzes wegen Eigengut bilden nur gerade die persönlichen Gebrauchsgegenstände der Ehegatten und Genutungsansprüche (Art. 225 Abs. 2 ZGB). Ins Gesamtgut fallen mithin auch Erbschaften und Schenkungen, welche in der Errungenschaftsbeteiligung dem Eigengut angehören würden (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Damit ist das potenzielle Substrat für eine ehevertragliche Gesamtgutszuweisung (Art. 241 Abs. 2 ZGB) grösser als für die Vorschlagsbeteiligung (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Allerdings dürfen bei der Gesamtgutszuweisung die Pflichtteilsansprüche aller Nachkommen nicht beeinträchtigt werden (Art. 241 Abs. 3 ZGB), wohingegen bei der Vorschlagszuweisung nur die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen zu beachten sind (Art. 216 Abs. 2 ZGB). Damit erweist sich die Gütergemeinschaft mit Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten namentlich dann als in Erwägung zu ziehende Variante der Begünstigung, wenn grosse Eigengüter vorhanden sind, weil diese von der Vorschlagsbeteiligung nicht erfasst werden, und/oder wenn die Ehegatten kinderlos sind, weil diesfalls keine Pflichtteilsrechte zu

⁵⁹ Dazu ausführlicher schon II.3. hievör.

beachten sind⁶⁰. Ein Argument für die Wahl der Gütergemeinschaft sein kann auch die mit der Gesamtgutszuweisung verbundene Möglichkeit der Akkreszenz (Anwachsung)⁶¹.

3.2. Beteiligung der anderen Gütermasse (Art. 239 ZGB)

Weil in der Gütergemeinschaft nur je das Eigengut von Mann und Frau sowie das Gesamtgut als gemeinsame Gütermasse vorliegen, ist die Beteiligung einer anderen Gütermasse desselben Ehegatten i.S.v. Art. 209 ZGB nicht denkbar. Möglich ist dagegen die Beteiligung einer anderen Gütermasse zwischen Gesamtgut und den beiden Eigengütern oder je zwischen den Eigengütern von Mann und Frau. Für diese Konstellationen findet sich eine Regelung in Art. 239 ZGB: Hat das Eigengut eines Ehegatten oder das Gesamtgut zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung eines Vermögensgegenstandes einer anderen Vermögensmasse beigetragen, so gelten sinngemäss die Bestimmungen über den Mehrwertanteil bei der Errungenschaftsbeteiligung. Damit wird auf Art. 206 ZGB verwiesen⁶².

3.3. Gesamtgutszuweisung

a. Allgemeines

In der Notariatspraxis kommt namentlich die *Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten* vor. Begründet die Vorschlagszuweisung (Art. 216 ZGB) – als güterrechtliches Parallelinstrument zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten – eine bloss obligatorische, rechnerische Berechtigung, welche in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu erfüllen ist, so kommt der Gesamtgutszuweisung dinglich-absolute Wirkung zu. Ist ehevertraglich Gesamtgutszuweisung vereinbart, so beendet der Tod eines Ehegatten sowohl den Güterstand als auch das Gesamthandsverhältnis. Das ganze Gesamtgut fällt unmittelbar mit dem Ableben des ersten Ehegatten an den überlebenden Ehegatten. Dieser wird ipso iure und uno actu zum alleinigen Berechtigten aller Gegenstände des Gesamtgutes (*Akkreszenz, Anwachsung*)⁶³.

Infolge der Anwachsung an den überlebenden Ehegatten fallen die Gesamtgutsobjekte nicht in die Erbschaft des vorverstorbenen Ehegatten. Dessen Erben kommt mithin keinerlei unmittelbare Berechtigung am Gesamtgut zu, dies selbst dann nicht, wenn es sich um pflichtteilsberechtigte Erben handelt.

⁶⁰ Vgl. auch AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz. 06.61.

⁶¹ Dazu IV.3.3. hienach.

⁶² BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 5 f. zu Art. 239 ZGB. Zu Art. 206 ZGB vgl. die Darstellung IV.2.4. hievor.

⁶³ Näher WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 213 ff., m.w.H. Sodann auch WOLF, Grundstücke, S. 275.

Der Herabsetzungsanspruch gewährt nämlich nur einen Anspruch auf wertmässige Herstellung des Pflichtteils (vgl. Art. 522 Abs. 1 ZGB, wonach «die Erben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten» haben, die Herabsetzung verlangen können). Der erbrechtliche Pflichtteilsschutz verhindert somit die aufgrund des Güterrechts – konkret der Gesamtgutszuweisung – stattfindende Anwachsung sämtlicher Gesamtgutsgegenstände an den überlebenden Ehegatten nicht^{64 65}. Gegenüber den ihren Pflichtteil geltend machenden Erben ist allerdings eine Abfindung in entsprechender Höhe geschuldet.

b. Grundstücke

Im Gesamtgut befindliche *Grundstücke wachsen* dem überlebenden Ehegatten unmittelbar und *aussergrundbuchlich zu Alleineigentum an*. Es bedarf dafür weder einer rechtsgeschäftlichen Vorkehr noch der Zustimmung der Erben. Als Ausweis für die Eintragung des überlebenden Ehegatten als Alleineigentümer im Grundbuch sind ein Todesschein und der die Gesamtgutszuweisung enthaltende Ehevertrag beizubringen. Mit dem Ehevertrag ist auch der Nachweis zu erbringen, dass das Grundstück ins Gesamtgut gehört. Unter Vorweis der erwähnten Belege kann der überlebende Ehegatte die Grundbuchanmeldung selber vornehmen und seine deklaratorische Eintragung als Alleineigentümer des Gesamtgutsgrundstücks im Grundbuch veranlassen (Art. 665 Abs. 3 ZGB)⁶⁶. Gestützt auf den Todesschein und den Ehevertrag ist auch die Errichtung einer notariellen Feststellungsurkunde zuhanden des Grundbuchamtes möglich. Dabei empfiehlt es sich, festzuhalten, dass dem Notar kein späterer, die Gesamtgutszuweisung wiederum aufhebender oder ändernder Ehevertrag vorgelegt worden ist^{67 68}.

4. Gütertrennung

Die Gütertrennung, die ehevertraglich vereinbart werden kann (vgl. Art. 182 ZGB) oder als ausserordentlicher Güterstand (Art. 185 ff. ZGB) von Gesetzes

⁶⁴ Zum Ganzen WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 215 f., m.w.H.; WOLF, Grundstücke, S. 275 f.

⁶⁵ Ein von der Gesamtgutszuweisung erfasstes Grundstück fällt mithin nicht in die Erbschaft. Das hat in grundstückgewinnsteuerrechtlicher Hinsicht Auswirkungen insofern, als der entsprechende Steueraufschubtatbestand nicht beansprucht werden kann, wenn der überlebende Ehegatte das Grundstück nicht behalten, sondern einem Nachkommen zuwenden möchte. Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21. Mai 2001, in: BN 2001, S. 101 ff.; weiter Musterurkunde VbN Nr. 431, S. 4, Fn. 4, m.w.H.

⁶⁶ Zum Ganzen auch bereits WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 227; WOLF, Notarielle Feststellung, S. 251 f.; WOLF, Grundstücke, S. 276; je m.w.H.

⁶⁷ WOLF, Notarielle Feststellung, S. 252.

⁶⁸ Vgl. zum konkreten Inhalt der Beurkundung Musterurkunde VbN Nr. 554.

wegen eintritt oder auf Antrag eines Ehegatten hin gerichtlich angeordnet wird, ist eigentlich ein «Nichtgüterstand», weil die *Eheschliessung* sowohl während der Dauer des Güterstandes wie auch bei dessen Auflösung *grundsätzlich keinen Einfluss auf das Vermögen der Ehegatten hat*. Diese werden m.a.W. im Wesentlichen wie unverheiratete Personen behandelt. Eine Beteiligung am während der Ehe erwirtschafteten Vermögen – entsprechend der Vorschlagsbeteiligung im ordentlichen Güterstand – entfällt.

Mit Blick auf den Erwerb von Grundeigentum ist überdies namentlich Folgendes zu beachten: Da es an einer Parallelnorm zu Art. 206 ZGB⁶⁹ fehlt, hat derjenige Ehegatte, der in das Vermögen des anderen investiert, keinen gesetzlichen Rückerstattungsanspruch aus Güterrecht. Geld- und Arbeitsleistungen zu Gunsten eines Vermögenswertes des anderen Ehegatten werden daher u.U. – sofern nicht ein Darlehen nachgewiesen werden kann⁷⁰ – nur soweit zurückerstattet, als ein «ausserordentlicher Beitrag» i.S.v. Art. 165 ZGB vorliegt; und auch bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm besteht lediglich Anspruch auf eine «angemessene Entschädigung», d.h. nicht notwendigerweise auf den ganzen investierten Betrag.

Beispiel Nr. 4

Im Sachverhalt, der BGE 138 III 348 zugrunde lag, hatte die Ehefrau als Alleineigentümerin ein Grundstück mit einem Haus erworben, das zur Familienwohnung wurde. Der Ehemann investierte einen Betrag von über CHF 100'000 und zahlreiche Arbeitsstunden in die Liegenschaft. Nach der Trennung machte der Ehemann zunächst geltend, man sei bezüglich des Hauses eine einfache Gesellschaft eingegangen. Da ihm der Nachweis eines Gesellschaftsvertrages nicht gelang, berief er sich sodann auf Art. 165 ZGB (ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt). Unter diesem Titel erhielt er schliesslich eine «angemessene Entschädigung» von CHF 40'000.

⁶⁹ Dazu III.2.4. hievor.

⁷⁰ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, S. 7, scheinen im Regelfall von einem (zinslosen) Darlehen auszugehen.

V. Miteigentum und Güterrecht

1. Allgemeines

1.1. Zum Güterrecht

Erwerben die Ehegatten ein Grundstück oder auch ein sonstiges Vermögensobjekt zu Miteigentum, so sind die Miteigentumsanteile jedes Ehegatten – wie andere Vermögenswerte – nach den üblichen, vorne⁷¹ kurz erläuterten Regeln den beteiligten Gütermassen (Eigentum und Errungenschaft jedes Ehegatten) zuzuordnen. Als Vermögenswert im Sinne des Güterrechts gilt somit der Miteigentumsanteil, nicht die Liegenschaft, die Stockwerkseigentumseinheit oder das Baurecht insgesamt. Trotz der Anwendbarkeit der allgemeinen güterrechtlichen Regeln ergeben sich, je nach konkreter Finanzierung, gewisse Besonderheiten bei der Abrechnung. Darauf ist im Folgenden einzugehen⁷². Dabei ist zu beachten, dass die Abrechnung unterschiedlich erfolgt, je nachdem, ob beide Ehegatten gleichmässig zur Finanzierung des Miteigentums beigetragen haben und wenn nicht, ob ausschliesslich Errungenschaft – und ggf. Kredite – zum Erwerb verwendet wurden.

1.2. Grundbuchliche Behandlung des Erwerbs von Grundstücken zu Miteigentum

Wird ein Grundstück von Ehegatten zu Miteigentum erworben, so wird der Anteil jedes Miteigentümers durch den entsprechenden Zusatz – «zu 1/2», «zu 1/3» etc. – zum Namen jedes Miteigentümers angegeben (Art. 96 Abs. 1 GBV). Die Miteigentümer-Ehegatten sind mit den für natürliche Personen in Art. 90 Abs. 1 lit. a GBV vorgeschriebenen Angaben zu bezeichnen.

2. Abhängigkeit der güterrechtlichen Auflösung von der Finanzierung

2.1. Gleichmässige Finanzierung durch beide Ehegatten

Keine weiteren Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn – was freilich selten zutreffen dürfte – beide Ehegatten gleichmässig zur Finanzierung des Grundstücks beigetragen haben und gleichzeitig die Miteigentumsanteile gleich gross sind. In der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist diesfalls in einem

⁷¹ Ziff. III.2.

⁷² Die Ausführungen unter diesem Kapitel beruhen auf und wurden teilweise wörtlich übernommen aus: HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.53 ff.

ersten Schritt je der hälftige Verkehrswert bzw. der Verkaufserlös des Grundstücks dem einen und dem anderen Ehegatten zuzuordnen.

Unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ist sodann in einem zweiten Schritt bei jedem Ehegatten der Miteigentumsanteil – d.h. Investition und Mehr- bzw. Minderwert – einer Gütermasse zuzuordnen, ggf. unter Festlegung einer beidseitig variablen Ersatzforderung der anderen Gütermasse (Art. 209 Abs. 3 ZGB)⁷³. Da für die Hypothek zunächst das Grundstück als Pfandobjekt und sodann beide Ehegatten als Solidarschuldner haften, rechtfertigt es sich in der Regel, den mittels der Hypothek erwirtschafteten Mehrwert auf beide Ehegatten gleichmässig und innerhalb von deren Gütermassen proportional zur Investition zu verteilen⁷⁴.

Beispiel Nr. 5

Mann (M) und Frau (F) haben vor 10 Jahren eine Stockwerkeigentumseinheit zu je hälftigem Miteigentum erworben, die zur Familienwohnung des Ehepaars wurde. Der Kaufpreis hat CHF 600'000 betragen. M hat zum Erwerb Eigengutsmittel von CHF 100'000 beigetragen, F aus Errungenschaft und aus Eigengut je CHF 50'000, insgesamt somit ebenfalls CHF 100'000. Im Übrigen wurde die Wohnung mit einer Hypothek in der Höhe von CHF 400'000 finanziert. Beim Verkauf wird ein Erlös von CHF 720'000 realisiert. Der Miteigentumsanteil ist bei M Eigengut, bei F Errungenschaft, wobei F's Eigengut eine beidseitig variable Ersatzforderung zusteht. Für die Berechnung der Ansprüche aller beteiligten Gütermassen empfiehlt sich wiederum die Tabellenform:

	Miteigentumsanteil M	Miteigentumsanteil F		Hypothek	Total
	Eigengut	ER	EG		
Investitionen	100'000	50'000	50'000	400'000	600'000
Bet.verh.	2	1	1	8	12
Mehrwert	20'000	10'000	10'000	80'000	120'000
Vert. MW Hyp.	40'000	20'000	20'000	↕	
Total	160'000	80'000	80'000	400'000	720'000

⁷³ Siehe Ziff. III.2.3 hievov.

⁷⁴ Siehe auch Ziff. III.2.5. hievov.

Ist im Anschluss an die Auseinandersetzung betreffend die Wohnung auch noch eine güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen (etwa zufolge Scheidung), so ist der Mann am Vorschlag der Ehegattin von CHF 80'000 zur Hälfte, somit zu CHF 40'000, beteiligt (Art. 215 Abs. 1 ZGB).

2.2. Ungleichmässige Finanzierung unter Beteiligung von Eigengut

Zumeist dürften die Ehegatten nicht exakt gleich hohe Beiträge an den Erwerb des Grundstücks geleistet haben. Denkbar ist auch, dass die ursprünglichen Investitionen zwar identisch waren, später aber einer der Ehegatten zusätzliche Mittel einbringt. Bei einer solchen Sachlage erweist sich die Abrechnung regelmässig als komplexer⁷⁵.

2.3. Finanzierung ausschliesslich durch Errungenschaft

Ungleiche Beiträge lassen sich nur – aber immerhin – dann vernachlässigen, wenn – kumulativ – (1.) das Grundstück ausschliesslich mit Errungenschaftsmitteln – und ggf. unter Zuhilfenahme von Hypothekendarlehen – erworben wurde, (2.) auch nachträglich keine Investitionen aus Eigengut erfolgt sind, (3.) kein von der gesetzlichen hälftigen Vorschlagsbeteiligung abweichender Ehevertrag vorliegt und (4.) keiner der Ehegatten einen Rückschlag erleidet. Diesfalls kann aufgrund der Regeln über die Vorschlagsbeteiligung (Art. 215 ZGB) über das Grundstück vereinfachend durch je hälftige Zuweisung des Verkehrswerts bzw. des Veräusserungserlöses in die Errungenschaften von Mann und Frau abgerechnet werden. Eine Berechnung der Mehr- und Minderwerte erübrigt sich. Dies gilt immer auch dann, wenn sich die Investition von Eigengut nicht mehr nachweisen lässt.

3. Abrechnung bei ungleichmässiger Finanzierung unter Beteiligung von Eigengut

3.1. Grundsätze

Hat mindestens ein Ehegatte Eigengut investiert und sind die geleisteten Beiträge nicht gleich hoch, erweist sich die Abrechnung komplexer als in den zuvor erwähnten Sachlagen, bei denen die Finanzierung entweder gleichmässig oder nur mit Errungenschaft eines oder beider Ehegatten erfolgte.

Bei ungleicher Finanzierung liegt eine *Investition des einen Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten* vor⁷⁶. Die Miteigentumsanteile beider Ehegatten werden bei dieser Betrachtungsweise – wie bereits mehrfach

⁷⁵ Siehe V. 3. hienach.

⁷⁶ Siehe zum Ganzen auch STEINAUER/FOUNTOLAKIS, S. 15 ff.

erwähnt – für die Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung als selbständige Vermögenswerte behandelt. Dies bedeutet konkret, dass die zufolge ungleicher Beiträge erfolgte Investition zurückzuerstatten ist, und zwar in Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZGB einschliesslich des darauf entfallenden Mehrwerts⁷⁷.

3.2. Beispiel

Beispiel Nr. 6

Das Ehepaar X, seit 1987 verheiratet, ohne Ehevertrag, führt eine klassische Hausgattenehe. 2002 entschliessen sich Mann M und Frau F zum Kauf eines Einfamilienhauses. Der Kaufpreis beträgt CHF 1'200'000. Die Finanzierung erfolgt in der Höhe von CHF 1'000'000 mittels Hypothekarkredites, der Restbetrag von CHF 200'000 wird aus einem Erbvorbezug vom Mann M erbracht⁷⁸. Die Liegenschaft wird zu hälftigem Miteigentum beider Ehegatten erworben. Im Jahr 2015 kommt es zur Scheidung.

- a) Wie sieht die güterrechtliche Auseinandersetzung aus für den Fall, dass die Liegenschaft im Scheidungszeitpunkt einen Mehrwert von CHF 240'000 aufweist?
- b) Wie verhält es sich für den Fall, dass die Liegenschaft einen Minderwert von CHF 360'000 aufweist?
- c) Zur Kontrolle: Wie wäre abzurechnen, wenn die Liegenschaft zu Alleineigentum von Herrn X erworben worden wäre?

Grundsätzliches zu den Fragestellungen a) und b), d.h. zum Miteigentum:

Bei der Auflösung des Güterstandes ist zunächst das Miteigentum aufzulösen. Dabei spielt es für die Berechnung der Ansprüche der einzelnen Gütermassen keine Rolle, ob einer der Ehegatten die Liegenschaft zum Verkehrswert übernimmt und den anderen Partner auszahlt, oder ob die Liegenschaft (zum Verkehrswert) veräussert wird.

Vorliegend steht der Miteigentumsanteil des Ehemannes in dessen Eigengut, da er – neben der Hypothek – ausschliesslich Eigengut (Erbvorbezug, Art. 198 Ziff. 2 ZGB) investiert hat. Der Miteigentumsanteil der Ehefrau ist hingegen vollständig fremdfinanziert und ist daher ihrer Errungenschaft zuzuordnen⁷⁹.

⁷⁷ Siehe BGer 5C.81/2001 vom 14. Januar 2002 E. 4: «Art. 206 Abs. 1 ZGB gilt auch unter Ehegatten, wenn sie Miteigentümer eines Vermögensgegenstandes sind und wenn der eine dem anderen für dessen Anteil einen unentgeltlichen Beitrag geleistet hat.»

⁷⁸ Damit ergibt sich ein Fremdfinanzierungsanteil von etwas mehr als 83 %, was je nach Konstellation früher möglich war, dies anders als heute, wo in der Regel eine Beschränkung auf 80 % greift.

⁷⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.25.

Anders formuliert: Der Ehemann hat mit Bezug auf das investierte Eigenkapital – d.h. abgesehen von der Hypothek – nicht nur seinen eigenen, sondern auch den Miteigentumsanteil der Ehefrau finanziert. Da die Hypothek auf der ganzen Liegenschaft ruht und daher, wie im Beispiel Nr. 5, je zur Hälfte den Miteigentumsanteilen beider Ehegatten zuzurechnen ist⁸⁰, flossen von der Investition des Ehemannes von insgesamt CHF 200'000 die Hälfte, nämlich CHF 100'000, in den Miteigentumsanteil der Ehefrau. Die grafische Darstellung der Finanzierung präsentiert sich daher wie folgt:

Miteigentumsanteil Ehefrau	Miteigentumsanteil Ehemann
Eigenkapital: Eigengut Ehemann	
Fremdkapital: Hypothek	

Gemäss Art. 206 ZGB ist die Investition des Ehemannes in den Miteigentumsanteil der Ehefrau zurückzuerstatten, und zwar einschliesslich des damit erwirtschafteten Mehrwerts.

Hingegen kann die Ehefrau den auf ihrem Miteigentumsanteil mittels der halben Hypothek erwirtschafteten Mehrwert zunächst behalten; da es sich um Errungenschaft handelt, muss sie die Hälfte davon allerdings im Rahmen der Vorschlagsteilung (Art. 215 ZGB) an den Ehemann entrichten.

Für die Fragestellung a), d.h. bei einem konjunkturellen Mehrwert von CHF 240'000 zum Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bzw. der Veräusserung der Liegenschaft, ist daher wie folgt abzurechnen⁸¹:

⁸⁰ Siehe dazu u.a. AEBI-MÜLLER, Miteigentum, S. 662.

⁸¹ Siehe auch die etwas anders dargestellten, im Ergebnis aber identischen Tabellen in BGE 141 III 53 E. 5.4.5 sowie in der Urteilsbesprechung von RUMO-JUNGO, Rz. 15.

Finanzierung	Miteigentumsanteil F		Miteigentumsanteil M	Hyp.	Total
	ER F	EG M	EG M		
	-	100'000	100'000	1'000'000	1'200'000
Beteiligungsverh.	-	1/12	1/12	10/12	12/12
Mehrwert*	-	20'000	20'000	200'000	240'000
Vert. Mw. Hyp.	100'000		100'000	↔	
Ergebnis aus Haus	ER F: 100'000		EG M: 340'000	1'000'000	1'440'000
Ergebnis nach Vorschlags- teilung	Vermögen Ehefrau: 50'000			Vermögen Ehemann: 390'000	

* Verteilung unter Berücksichtigung von Art. 206 Abs. 1 ZGB.

Die Ehefrau zieht hier (dank des auf der Hypothek entstandenen Mehrwerts) einen Vorteil aus der Miteigentumlösung. Denn bei Alleineigentum des Ehemannes hätte sie am Mehrwert der Liegenschaft überhaupt nicht partizipiert (siehe unten, Variante c). Anders würde es sich allerdings dann verhalten, wenn der Miteigentumsanteil des Ehemannes dessen Errungenschaft zugehören würde: Diesfalls wäre im Ergebnis der gesamte Verkehrswert der Liegenschaft gestützt auf Art. 215 ZGB hälftig unter den Ehegatten zu teilen, sodass es – solange kein Minderwert vorliegt – wirtschaftlich keine Rolle spielt, ob die Ehefrau sachenrechtlich an der Liegenschaft beteiligt war.

Variante b):

Auch in dieser Sachlage, d.h. bei Vorliegen eines Minderwerts, ist zuerst das Miteigentum aufzulösen. An die Stelle des Miteigentumsanteils tritt bei jedem Ehegatten die Hälfte des Netto-Verkaufserlöses (Erlös ./. Hypothekarschuld), d.h. jeder Ehegatte trägt als Solidarschuldner der Hypothek den auf seinem Miteigentumsanteil eingetretenen Verlust. Beide Ehegatten sind daher – vor Berücksichtigung der Forderung des Ehemannes aus Art. 206 ZGB – mit je CHF 80'000 im Minus.

Wiederum ist zu berücksichtigen, dass der Ehemann den Miteigentumsanteil der Ehefrau finanziert hat. Von seiner Investition von CHF 200'000 flossen CHF 100'000 in den Miteigentumsanteil der Ehefrau. Die Investition ist gemäss Art. 206 Abs. 1 ZGB zum Nennwert zurückzuerstatten. Dank der

Nennwertgarantie von Art. 206 ZGB hat der Ehemann mit anderen Worten einen Teil seiner Investition in das Haus gegen Verluste abgesichert, dies auf Kosten der wirtschaftlich schwächeren Ehefrau. Diese muss CHF 100'000 an ihn zurückzahlen. Unter Einbezug der Forderung der Bank erleidet sie insgesamt einen sog. Rückschlag – d.h. einen negativen Saldo der Errungenschaft – von CHF 180'000. Anders als der Vorschlag wird ein Rückschlag gemäss Art. 210 Abs. 2 ZGB nicht berücksichtigt, d.h. er verbleibt ungeteilt bei der Frau. Diese trägt – obschon sie im vorliegenden Sachverhalt ohnehin finanziell schwächer ist – einen überproportionalen Verlustanteil⁸².

In tabellarischer Darstellung sieht die Rechnung wie folgt aus:

Finanzierung	Miteigentumsanteil F		Miteigentumsanteil M EG M	Hyp.	Total
	ER F	EG M			
	-	100'000	100'000	1'000'000	1'200'000
Beteiligungsverh.	-	1/12	1/12	10/12	12/12
Minderwert	-	-30'000	-30'000	-300'000	-360'000
Nennwertgarantie	-30'000	↘			
Vert. Mw. Hyp.	-150'000		-150'000	↘	
Ergebnis aus Haus	ER F: -180'000		EG M: 20'000	1'000'000	840'000
Ergebnis nach Vorschlags- teilung	Schulden Ehefrau: 180'000			Vermögen Ehemann: 20'000	

Variante c):

Hätten sich die Ehegatten – bei identischer Finanzierung – für Alleineigentum des Ehemannes entschieden, so würde das ganze Grundstück inkl. eines allfälligen Gewinns oder Verlusts – als Eigengut vollständig bei diesem verbleiben. Ob Alleineigentum des Ehemannes für die Ehefrau günstiger oder weniger günstig ist als die Miteigentumsvariante, hängt somit davon ab, ob ein Mehr- oder ein Minderwert eintritt.

⁸² Siehe zum Problem auch AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz 08.107.

Allerdings: Erfolgt die Finanzierung ganz oder teilweise durch Errungenschaft des Ehemannes, ändert sich das Bild: Die Ehefrau könnte bei Alleineigentum des Mannes zufolge der Vorschlagsbeteiligung von einer Wertsteigerung profitieren, ohne bei einem Wertverlust das Risiko mittragen zu müssen.

Die nähere Betrachtung dieses noch vergleichsweise einfachen Rechenbeispiels ergibt daher – dies sei bereits hier vorweggenommen –, dass es keine einzig richtige Lösung gibt, die für jede Sachlage passen würde. Die Urkundsperson muss sich in diesem Zusammenhang sowohl nach dem Güterstand wie auch nach den finanziellen Verhältnissen beider Ehegatten erkundigen; sodann hat sie im Einzelfall die Parteien über die Vor- und Nachteile der möglichen Rechtsgeschäftsgestaltung zu belehren bzw. zu beraten⁸³.

3.3. Exkurs: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die dargelegten Grundsätze zur güterrechtlichen Auseinandersetzung bei Vorliegen von Miteigentum unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung sind in der Lehre soweit ersichtlich unbestritten und entsprachen lange Zeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Demgegenüber hielt das Bundesgericht in BGE 138 III 150 ohne vertiefte Begründung dafür, bei hälftigem Miteigentum sei der Gewinn ungeachtet einseitiger Investitionen stets hälftig zu teilen. In der zu beurteilenden Sachlage hatte einzig die Ehefrau (aus Eigengut) zum Erwerb der Liegenschaft beigetragen, zudem wurde eine Hypothek aufgenommen, die während des Güterstandes nicht amortisiert wurde. Bei Auflösung des Güterstandes wies die Liegenschaft einen Mehrwert von CHF 675'000 auf. Der Ehemann, der keinerlei Eigenmittel investiert hatte, wurde daran zur Hälfte berechtigt. Diese Betrachtungsweise wurde ohne weitere Erläuterung in BGer 5A_464/2012 vom 30. November 2012 bestätigt.

Die Lehre⁸⁴ hat den «Kurswechsel» heftig, einhellig und zu Recht kritisiert, da Art. 206 ZGB durch eine schematische hälftige Teilung des Gewinns systemwidrig ausser Acht gelassen wird. Die blossе Vereinbarung von Miteigentum genügt den Anforderungen an einen ausdrücklichen Ausschluss der Mehrwertbeteiligung⁸⁵ offenkundig nicht, da sich die Ehegatten über die güterrechtlichen Konsequenzen dieser Rechtsgestaltung regelmässig nicht im Klaren sind. Die routinemässige Vereinbarung von Miteigentum in gewissen

⁸³ Siehe zur Belehrungs- und Beratungspflicht auch V.6. und VI.5.

⁸⁴ Vgl. u.a. AEBI-MÜLLER, Miteigentum, S. 658 ff.; STEINAUER, Jusletter 25. März 2013; WOLF/THUT/SCHMUKI, S. 658 ff.; je m.w.H.; siehe ferner die Literaturhinweise bei BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 4 zu Art. 206 ZGB.

⁸⁵ Vgl. dazu nur BGE 131 III 252 E. 3.4: «(...) la sécurité du droit requiert que la volonté des époux d'exclure la part à la plus-value puisse être clairement établie».

Kantonen würde – folgte man der in BGE 138 III 150 vertretenen Auffassung – die differenzierte güterrechtliche Regelung gewissermassen «aushebeln».

In einem neusten Urteil hat das Bundesgericht der erwähnten Kritik Rechnung getragen. Es kehrt in BGE 141 III 53 zur früheren Rechtsprechung zurück. Eine überproportionale Beteiligung von Eigenmitteln eines Ehegatten stellt damit im Regelfall, wie dargelegt,⁸⁶ eine Investition dieses Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten dar. Die Bestimmung von Art. 206 Abs. 1 ZGB (nennwertgeschützter Rückforderungsanspruch mit Mehrwertbeteiligung) ist auf eine solche Investition anwendbar, sofern deren Anwendung nicht mittels schriftlicher Vereinbarung gemäss Art. 206 Abs. 3 ZGB ausdrücklich ausgeschlossen wurde⁸⁷.

3.4 Spezifische vertragliche Vereinbarungen unter den Ehegatten

a. Vorbemerkung

Die dargestellte Rechtslage kann sich unter Umständen als unbefriedigend bzw. dem Willen der Ehegatten nicht entsprechend erweisen. Es ist daher an dieser Stelle auf einige rechtsgeschäftliche Modifikationsmöglichkeiten hinzuweisen.

b. *Aufteilung des gesamten Mehr- und Minderwerts entsprechend den getätigten Eigenkapital-Investitionen*

Erstens kann es ein Anliegen der Ehegatten sein, den mit der Hypothek erwirtschafteten *Mehrwert* nicht hälftig zu verteilen, sondern *entsprechend den Eigenkapital-Investitionen*. Da gemäss Art. 168 ZGB beliebige Rechtsgeschäfte unter Ehegatten – auch partiarische Darlehen unterschiedlicher Ausgestaltung – zulässig sind, müsste sich eine derartige vertragliche Regelung an sich als gültig erweisen. Konkret handelt es sich dabei um einen *Ersatz der Regelung von Art. 206 ZGB*, wonach nur (aber immerhin) die tatsächliche Investition in den Vermögenswert des anderen Ehegatten (nicht aber die mit der grösseren Eigenkapital-Investition auch verbundene grössere Risikotragung gegenüber der Bank) nennwertgeschützt und mehrwertberechtigt zurückverlangt werden kann. Bedenkt man, dass auch die Gründung einer einfachen Gesellschaft mit beliebiger Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung zulässig ist⁸⁸, so kann jedenfalls einer entsprechenden vertraglichen Absprache nicht entgegengehalten werden, sie umgehe in unzulässiger Weise das Ehegüterrecht des ZGB. Aus Beweisgründen und weil es sich um eine Abweichung von der Grundregel des Art. 206 Abs. 1 ZGB handelt, drängt sich die Schrift-

⁸⁶ V.3.1.

⁸⁷ Dazu sogleich V.3.4.c.

⁸⁸ Dazu VI.3.

form auf (vgl. Art. 206 Abs. 3 ZGB). Eine entsprechende Formulierung könnte etwa folgendermassen lauten: «Für Investitionen eines Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten (ungleichmässige Finanzierung des hälftigen Miteigentums) gelten Art. 206 Abs. 1 und 2 ZGB. Der mittels Hypothek erwirtschaftete Mehr- oder Minderwert wird zwischen den Ehegatten im Verhältnis ihrer Eigenkapitalinvestitionen aufgeteilt.»

c. Verzicht auf Art. 206 Abs. 1 ZGB

Zweitens können die Ehegatten auf eine Mehr- und Minderwertbeteiligung durch ausdrückliche schriftliche Vereinbarung verzichten (Art. 206 Abs. 3 ZGB). Sie können damit insbesondere vereinbaren, dass der gesamte mit der Liegenschaft erzielte Mehr- oder Minderwert hälftig verteilt wird. Konkret bedeutet dies, dass jeder Ehegatte zunächst nur seine Investition – soweit noch vorhanden – zurücknimmt und ein Gewinn oder Verlust anschliessend hälftig aufgeteilt wird. Gerade anders als bei der erstgenannten Variante verfolgen hier die Ehegatten das Ziel einer grösstmöglichen wirtschaftlichen Gleichberechtigung.

d. Schenkung

Drittens kann die Mehrleistung eines Ehegatten in Form einer Schenkung erfolgen. Es liegt auf der Hand, dass die schenkungsweise Investition eines Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten grundsätzlich nicht zurückgefordert werden kann. Noch weitergehend ist allerdings zu bedenken, dass der geschenkte Anteil beim Empfänger zwingend Eigengut darstellt (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Gleiches gilt auch für den damit erwirtschafteten Mehrwert. Die Schenkung kann daher, wie dargelegt⁸⁹, zu einer unverhältnismässigen und – insbesondere im Scheidungsfall – unerwünschten Besserstellung des Beschenkten führen. Regelmässig ist daher davon abzuraten.

4. Miteigentum bei Gütertrennung

Unterstehen die Ehegatten dem Güterstand der Gütertrennung, fehlt es nicht nur an einer Unterscheidung von Eigengut und Errungenschaft, sondern auch an einer güterrechtlichen Parallelbestimmung zu Art. 206 ZGB, sodass einzig Sachenrecht bzw. Obligationenrecht zur Anwendung gelangt. Da auch bei Gütertrennung-Ehegatten bei ungleichen oder einseitigen Beiträgen nicht von einer Schenkung auszugehen ist, sind – nach Abzug bzw. Rückerstattung einer allfälligen Hypothek – die je geleisteten Investitionen vorab zurückzu-

⁸⁹ III.2.7. hievor.

erstaten. Ein Mehr- oder Minderwert wird – falls nichts anderes vereinbart wurde – hälftig geteilt⁹⁰.

Beispiel Nr. 7

Dem Entscheid BGer 5A_417/2012 vom 15. August 2012 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Ehegatten hatten 1980 eine Liegenschaft zu hälftigem Miteigentum erworben. Zum Erwerbspreis von CHF 615'000 hatte die Ehefrau CHF 175'000 beigetragen, der Ehemann CHF 80'000. Im Übrigen wurde die Liegenschaft mit einer Hypothek finanziert, welche der Ehemann im Laufe der Jahre vollständig zurückzahlte. Im Zusammenhang mit der Scheidung wurde die Liegenschaft für CHF 2'400'000 verkauft. Das Bundesgericht befand, der Gewinn nach Rückzahlung der beidseitigen Investitionen sei entsprechend den Miteigentumsquoten hälftig zu teilen.

Den Gütertrennungs-Ehegatten steht es allerdings frei, vertraglich eine andere Gewinnbeteiligung zu vereinbaren. So ist beispielsweise eine Regelung denkbar, wonach der Gewinn oder Verlust proportional zu den geleisteten Einlagen zu verteilen ist. Eine solche Vereinbarung dürfte formfrei zulässig sein, allerdings drängt sich aus Gründen der Beweisbarkeit mindestens Schriftlichkeit auf. Unzutreffend ist hingegen die in BGer 5A_417/2012 E. 4.3.2 geäußerte Auffassung, eine andere Gewinnverteilung als nach Miteigentumsquoten erfordere einen entsprechenden Grundbucheintrag. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Gewinnbeteiligungsabrede eines Grundbucheintrages bedürfte (bei der einfachen Gesellschaft trifft dies ja offenkundig auch nicht zu); überdies fehlt im Grundbuch eine entsprechende Rubrik. Und schliesslich geht das Bundesgericht in BGE 138 III 150 E. 5.1.4⁹¹ für eine Errungenschaftsbeteiligungs-Ehe davon aus, dass eine andere als hälftige Teilung des Gewinns durch Nachweis einer bloss internen Vereinbarung unter den Ehegatten möglich sei.

5. Miteigentum bei Gütergemeinschaft

Die Gütergemeinschaft führt an den Gegenständen des Gesamtgutes zu Gesamteigentum (Art. 222 ZGB)⁹². Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass an einzelnen Gesamtgutobjekten auch Miteigentum begründet wird. In der Folge tritt eine Überlagerung von Gesamt- und Miteigentum ein. Die beiden Miteigentumsanteile von Mann und Frau befinden sich alsdann im Gesamtgut. Die

⁹⁰ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, S. 7 f.

⁹¹ Dazu V.4.3. hievor.

⁹² Näher dazu II.3. hievor.

entsprechende Konstellation ist an sich natürlich lösbar, wenn auch kompliziert. Im Regelfall erscheint sie unter der Gütergemeinschaft als unnötig.

6. Vor- und Nachteile des Miteigentums

Der Vorteil des Miteigentums besteht in der gemeinschaftlichen Berechtigung, welche unter dem ordentlichen Güterstand insbesondere zur Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB führt. Gegenüber den güterrechtlichen und scheidungsrechtlichen Zuteilungsansprüchen⁹³ verbessert sich dadurch die Rechtsstellung des bei Alleineigentum nicht beteiligten, d.h. regelmässig des finanziell schwächeren Ehegatten. Allerdings ist zu bedenken, dass der wirtschaftlich schwächere Ehegatte ein überproportionales Verlustrisiko trägt, weil die Investition des wirtschaftlich stärker beteiligten Ehegatten durch Art. 206 Abs. 1 ZGB nennwertgeschützt ist⁹⁴. Darüber hat die Urkundsperson die Parteien gehörig aufzuklären. Gegebenenfalls drängt sich eine spezifische Vereinbarung über die Tragung von Verlustrisiken und Verteilung des Gewinns auf.

VI. Ehegattengesellschaft

1. Allgemeines zur einfachen Gesellschaft⁹⁵

1.1. Begriff

Nach der Legaldefinition des Art. 530 Abs. 1 OR stellt die einfache Gesellschaft die *vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln* dar. Im Gesellschaftsrecht bildet sie die Grund- und Subsidiärform⁹⁶. Demzufolge soll sie immer dann Anwendung finden, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind⁹⁷.

Etwas detaillierter lässt sich die einfache Gesellschaft umschreiben als auf einem Vertrag beruhende Gemeinschaft mehrerer Rechtssubjekte, welche mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln einen wirtschaftlichen oder nicht wirt-

⁹³ Dazu VII. hienach.

⁹⁴ V.4.2. hievor.

⁹⁵ Die folgenden Ausführungen beruhen im Wesentlichen und teilweise wörtlich auf WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 55 ff., S. 56 f., und sind ergänzt worden.

⁹⁶ Siehe statt vieler BSK-HANDSCHIN, N. 1 zu Art. 530 OR. Dazu auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 12 zu Art. 530 OR, und ausführlich zur Bedeutung als Subsidiärform N. 132 ff. zu Art. 530 OR.

⁹⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 76 und 34.

schaftlichen Zweck verfolgt, ohne ein kaufmännisches Unternehmen betreiben zu dürfen. Die einzelnen Gesellschafter haften primär, unbeschränkt und solidarisch für die Schulden der einfachen Gesellschaft⁹⁸.

1.2. Entstehung

Die einfache Gesellschaft beruht als Vertrag auf der *Einigung mehrerer Personen*. Zu ihrer Entstehung reicht es aus, dass sich mindestens zwei Personen darüber einigen, *die Erreichung eines bestimmten Zweckes gemeinsam fördern zu wollen*⁹⁹. Zwingender Gegenstand der Einigung bilden somit einzig die gemeinsame Zweckverfolgung¹⁰⁰ und die Tatsache der Beitragspflicht jedes Beteiligten¹⁰¹. Es handelt sich dabei um die beiden *objektiv wesentlichen Punkte* des Gesellschaftsvertrages¹⁰².

Darüber hinaus werden sich die Gesellschafter allerdings nicht selten noch über weitere, für sie *subjektiv wesentliche Punkte* – wie die Beschlussfassung, die Gewinn- und Verlustbeteiligung oder die Auflösungsmöglichkeiten – einigen wollen. Liegen solche subjektiv wesentlichen Punkte vor, so muss auch über sie eine Einigung bestehen, ansonsten der Vertrag nicht zustandekommt¹⁰³.

1.3. Form

Der Gesellschaftsvertrag kann *formfrei* abgeschlossen werden (vgl. Art. 11 OR). Der Abschluss ist auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten möglich¹⁰⁴. Den Parteien muss nicht bewusst sein, dass sie eine einfache Gesellschaft bilden¹⁰⁵, sofern sie nur eine rechtliche Bindung wollen¹⁰⁶.

Von der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrages nicht erfasst sind Erwerbsgeschäfte zugunsten der Gesellschafter. Dafür sind die allgemein vorgeschriebenen Formen – bei Grundstücken somit die öffentliche Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB bzw. für den Kaufvertrag Art. 216 Abs. 1 OR) zu wahren.

⁹⁸ So die Definition von BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 13 zu Art. 530 OR, m.w.H.

⁹⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 75.

¹⁰⁰ Siehe zum gemeinsamen Zweck FELLMANN, S. 294 ff., m.w.H.

¹⁰¹ BSK-HANDSCHIN, N. 2 zu Art. 530 OR. Zum Ganzen auch WOLF, Subjektwechsel, S. 3.

¹⁰² BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 459 zu Art. 530 OR, sodann ausführlich zum gemeinsamen Zweck N. 462 ff. und zur Förderung desselben mit gemeinsamen Kräften und Mitteln N. 523 ff.

¹⁰³ Zum Ganzen näher BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 27 f. zu Art. 530 OR, m.w.H.

¹⁰⁴ Siehe auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 533 zu Art. 530 OR; im Zusammenhang mit der Ehegattengesellschaft HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.76.

¹⁰⁵ BGE 116 II 710; BGE 108 II 208; ZBJV 122 S. 204 f.

¹⁰⁶ Zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 77 und 79; siehe weiter auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 533 zu Art. 530 OR.

ren¹⁰⁷. Dabei ist selbstverständlich möglich, den Gesellschaftsvertrag in das Erwerbsgeschäft zu integrieren¹⁰⁸.

1.4. Keine Firma und keine Eintragung in das Handelsregister

Die einfache Gesellschaft kann keine Firma führen¹⁰⁹. Zur Eintragung in das Handelsregister ist sie weder verpflichtet noch berechtigt¹¹⁰.

1.5. Grundbuchliche Behandlung des Erwerbs von Grundstücken als einfache Gesellschaft

Wird ein Grundstück von Ehegatten als einfache Gesellschafter erworben, so ist zuhanden des Grundbuchamtes das Rechtsverhältnis anzugeben (Art. 96 Abs. 3 GBV). Die beteiligten Ehegatten sind mit den für natürliche Personen vorgeschriebenen Angaben zu bezeichnen (Art. 90 Abs. 1 lit. c GBV).

2. Zur Zulässigkeit der Ehegattengesellschaft zur Haltung eines Grundstücks¹¹¹

Die Frage, ob das blosses Halten und Verwalten einer Sache – namentlich eines Grundstücks 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 verneint¹¹².

Anders erfolgt die Beurteilung aus der Optik des Eheerchts. 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 die herrschende Lehre zum Eheercht «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 Güterstan-

¹⁰⁷ Näher und m.w.H. WOLF, Subjektswechsel, S. 4.

¹⁰⁸ GENNA, S. 43 f., mit Fn. 274. Vgl. als Beispiel MU VbN Nr. 621.2, Ziff. 13.

¹⁰⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 72.

¹¹⁰ BGE 79 I 181 f. Aus dem Schrifttum MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N. 60.

¹¹¹ Die folgenden Ausführungen stammen im Wesentlichen und teilweise wörtlich aus WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 55 ff., S. 59 f., und sind ergänzt worden.

¹¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 21; BSK-HANDSCHIN, N. 12 zu Art. 530 OR, m.w.H. Befürwortend aber FELLMANN, S. 302 ff.

des mit grundsätzlicher Trennung des Eigentums der Ehegatten an einer Liegenschaft Gesamteigentum zu begründen»¹¹³.

Das Bundesgericht seinerseits hat sich wiederholt mit der Ehegattengesellschaft befasst¹¹⁴. Es hat diese – soweit ersichtlich – nie wegen eines unzureichenden Gesellschaftszwecks verworfen. In der Notariatspraxis ist die Grundstücksgesellschaft unter Ehegatten – jedenfalls in einzelnen Kantonen – weit verbreitet¹¹⁵.

U.E. ist das *gemeinsame Innehaben, Verwalten und Nutzen von Grundstücken* – oder auch von anderen Vermögensgegenständen – *als legitimer Gesellschaftszweck anzuerkennen*¹¹⁶. Das hat nicht nur für Drittpersonen zu gelten, sondern auch für Ehegatten¹¹⁷, obschon diesen zur Begründung von Gesamteigentum auch der Güterstand der – allenfalls beschränkten – Gütergemeinschaft offen stünde. Zu verlangen ist dabei aber selbstverständlich stets, dass die sich aus der Legaldefinition von Art. 530 OR ergebenden allgemeinen Voraussetzungen und insbesondere ein entsprechender animus societatis der (Ehegatten-)Gesellschafter vorliegen¹¹⁸.

3. Ehegattengesellschaft unter Errungenschaftsbeteiligung¹¹⁹

3.1. Bedarf in der Praxis¹²⁰

Die Errungenschaftsbeteiligung als solche führt nicht zu gemeinschaftlichem Eigentum unter Ehegatten¹²¹. In der Praxis besteht aber offensichtlich ein

¹¹³ 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/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.38 und 14.74 f.; HOHL, S. 106 ff.; GENNA, S. 29. Zum Ganzen auch die Darstellung bei BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 508 f. zu Art. 530 OR, m.w.H.

¹¹⁴ 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.; sodann BGE 130 III 248 ff. Weiter nunmehr auch BGer 5A_656/2013 vom 22. Januar 2014; BGer 5A_646/2012 vom 15. April 2013 E. 3.4; BGer 7B.184/2006 vom 6. Februar 2007 E. 3.2.; BGer 5A_325/2007 vom 11. Dezember 2007, auszugsweise publiziert als BGE 134 III 133 ff.

¹¹⁵ Siehe für Bern als Beispiel MU VbN Nr. 621.2, Ziff. 13.

¹¹⁶ Ebenso schon FELLMANN, S. 303, und BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 510 zu Art. 530 OR.

¹¹⁷ Gl.M. BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 273 zu Art. 530 OR.

¹¹⁸ Zum Ganzen WOLF, Erb und (immobilar)sachenrechtliche Aspekte, S. 55 f.; ebenso schon FELLMANN, S. 303.

¹¹⁹ Zum Folgenden auch schon WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60 ff.; die dortigen Ausführungen wurden teilweise wörtlich übernommen und ergänzt.

¹²⁰ Zum Folgenden insgesamt bereits WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 57 f.

Bedürfnis für Ehegatten, unter dem ordentlichen Güterstand – und mithin ohne dass sie den zu den Gesamthandsverhältnissen zählenden Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) vereinbaren müssten – *gemeinschaftliches Eigentum auch in der Variante des Gesamteigentums*¹²² zu begründen. Weil Gesamteigentum einer personenbezogenen Gemeinschaft bedarf, lässt sich dies nur mittels Eingehens einer einfachen Gesellschaft erreichen¹²³.

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 (sog. Ausschlussgemeinschaft als beschränkte Gütergemeinschaft, Art. 224 ZGB). Solches hätte aber zur Folge, dass die Eigengüter vielfach einen bedeutend grösseren Umfang annehmen würden als unter Errungenschaftsbeteiligung. Damit wären namentlich am ersparten Erwerbseinkommen nicht mehr beide Ehegatten beteiligt, dies im Gegensatz zur Errungenschaftsbeteiligung (vgl. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Gehen Mann und Frau dagegen im Rahmen des ordentlichen Güterstandes eine einfache Gesellschaft ein, so lässt sich gemeinschaftliches Eigentum mit der Errungenschaftsbeteiligung kombinieren¹²⁴. Damit kommt namentlich auch die gegenseitige Vorschlagsbeteiligung unter den Ehegatten zum Tragen.

3.2. Gesamthandsverhältnis innerhalb der Errungenschaftsbeteiligung¹²⁵

Mit dem Eingehen einer einfachen Gesellschaft wird innerhalb der Errungenschaftsbeteiligung ein Gesamthandsverhältnis unter den Ehegatten geschaffen. Dieses untersteht den Regeln der Art. 530 ff. OR¹²⁶.

Das Ehegüterrecht seinerseits sieht spezifische Ausgleichsmechanismen unter den Ehegatten vor (namentlich die Mehrwertbeteiligung nach Art. 206 ZGB und die Vorschlagsbeteiligung nach Art. 215 f. ZGB). Mit dem Eingehen

121

II.2. hievor.

122

Zum Miteigentum unter Errungenschaftsbeteiligung V.1.-4. hievor.

123

Vgl. auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 271 zu Art. 530 OR.

124

Zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 40 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB. Siehe auch GENNA, S. 34 f., und BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 272 zu Art. 530 OR.

125

Die folgenden Ausführungen beruhen teilweise wörtlich auf WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60.

126

WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 43 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.

einer Ehegattengesellschaft tritt deshalb – wie schon erwähnt¹²⁷ – eine *Überlagerung von gesellschaftsrechtlichen Normen mit dem Ehegüterrecht* ein. Daraus können sich Widersprüche und gegebenenfalls von den Ehegatten nicht gewollte Konsequenzen ergeben¹²⁸.

Das der Ehegattengesellschaft zugeordnete Vermögen ist mithin nicht ein Sondervermögen, das ausserhalb des Ehegüterrechts stehen würde. Vielmehr gehört es zum Vermögen von Mann und Frau, und es wird deshalb *auch vom Güterrecht erfasst*¹²⁹. Das bedeutet insbesondere, dass die Gesellschaftsanteile der Ehegatten güterrechtlich nach den allgemeinen Regeln (Art. 196 ff. ZGB) auch den Vermögen von Mann und Frau und den Gütermassen der Errungenschaft oder des Eigenguts zuzuordnen sind¹³⁰.

Kommt es zur Auflösung der Ehegattengesellschaft – sei es zusammen mit der Auflösung des Güterstandes oder auch unabhängig von einer solchen – so ist auch das Ergebnis aus der Ehegattengesellschaft nach den Bestimmungen des Ehegüterrechts zu behandeln¹³¹. Die Situation für die Ehegattengesellschaft erweist sich dabei grundsätzlich als gleich wie diejenige für Miteigentum unter Ehegatten; die güterrechtliche Auseinandersetzung ist statt über den Miteigentumsanteil in Bezug auf den Gesellschaftsanteil als Gesamteigentumsanteil vorzunehmen. Entscheidende Bedeutung kommt im einen wie im anderen Fall der Finanzierung durch die Ehegatten zu¹³².

3.3. Abhängigkeit von der Finanzierung durch die Ehegatten

Wie beim Miteigentum¹³³ ist auch die Zuordnung der Gesellschaftsanteile zur Errungenschaft bzw. zum Eigengut von Mann und Frau grundsätzlich von der Finanzierung durch die Ehegatten abhängig. Erfolgt die Finanzierung ausschliesslich aus den Errungenschaften der Ehegatten, so verbleiben die Gesellschaftsanteile – kraft «Wertersatzes» – ebenfalls ausschliesslich in den Errungenschaften, so dass die Vorschlagsbeteiligung gemäss Art. 215 ZGB zu einem wirtschaftlichen Ausgleich führt. Dafür weiter vorauszusetzen ist allerdings, dass bei keinem Ehegatten ein Rückschlag eingetreten ist und dass

¹²⁷ II.2. i.f. hievor.

¹²⁸ Auf die Problematik namentlich im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft ist bereits vor etlicher Zeit wiederholt hingewiesen worden; siehe beispielsweise HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 617 ff.; HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 1 ff.

¹²⁹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 44 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB. Vgl. auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 276 zu Art. 530 OR.

¹³⁰ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 44 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.

¹³¹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 45 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.
¹³² Vgl. für das Miteigentum entsprechend IV.1. und 2. hievor sowie für die einfache Gesellschaft V.3.3. sogleich.

¹³³ Dazu IV.2. hievor.

für beide Ehegatten derselbe Verteilungsschlüssel für den Vorschlag gilt¹³⁴. Komplexer erweist sich die Situation dann, wenn die Finanzierung auch durch Eigengutsmittel – sei es eines oder beider Ehegatten – erfolgt ist¹³⁵.

3.4. Insbesondere das Problem der ungleichen Finanzierung der Gesellschaftsanteile

Problematisch ist namentlich die – ganze oder auch teilweise – Finanzierung des Gesellschaftsanteils eines Ehegatten durch den anderen. Es ist dabei vorab die Frage zu prüfen, was der Finanzierung zugrunde liegt. Je nachdem ergeben sich andere Konsequenzen.

Eine *Schenkung* des zur Finanzierung dienenden Betrages führt beim beschenkten Ehegatten zu Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Das bedeutet, dass der geschenkte Gegenstand in der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Rahmen der Vorschlagsbeteiligung nicht mehr zu berücksichtigen ist.

Die Einräumung eines *verzinslichen Darlehens* führt zu einer Abrechnung nach OR (Art. 312 ff. OR)¹³⁶.

Das Zurverfügungstellen eines Betrags durch einen Ehegatten *ohne nähere Abmachung*¹³⁷ oder auch als *unverzinsliches Darlehen*^{138 139} führt zur Anwendung von Art. 206 ZGB. Der in Vermögen des anderen Ehegatten investierende Ehegatte verfügt damit über eine Ersatzforderung mit Nennwertgarantie (Art. 206 Abs. 1 ZGB i.f.). Deshalb trägt insofern der wirtschaftlich schwächere Ehegatte das Risiko alleine.

Hinzu kommt, dass nach dem dispositiven Gesellschaftsrecht ohne vertragliche Abrede *Gewinn und Verlust von den Gesellschaftern nach Hälften zu tragen sind*, unabhängig von der Höhe ihrer Beiträge (Art. 533 Abs. 1 OR). Jedenfalls bei Verlusten wirkt sich auch das zum Nachteil des finanziell schwächeren Ehegatten aus¹⁴⁰.

¹³⁴ Zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 46 der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB. Für die entsprechende Situation bei Miteigentum vgl. IV.2.3. hievor.

¹³⁵ Näher BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 47 ff. der Vorbemerkungen vor Art. 221 ff. ZGB.

¹³⁶ Vgl. Beispiel Nr. 11.

¹³⁷ Dazu Beispiel Nr. 11.

¹³⁸ Dazu BGE 131 III 252 E. 3.

¹³⁹ Vgl. Beispiel Nr. 11.

¹⁴⁰ Vgl. dazu Beispiel Nr. 9 hienach.

3.5. Auflösung der Ehegattengesellschaft

a. Allgemeines¹⁴¹

Kommt es zur Auflösung der Ehe, ist regelmässig eine Auseinandersetzung sowohl hinsichtlich der Ehegattengesellschaft¹⁴² als auch in Bezug auf den Güterstand vorzunehmen¹⁴³. Allerdings ist das nicht zwingend. Es können auch die Ehe und der Güterstand aufgelöst werden, die einfache Gesellschaft dagegen weiter bestehen bleiben, mithin unter den geschiedenen Ehegatten fortbestehen¹⁴⁴.

Regel ist aber, dass mit der Ehe auch die einfache Gesellschaft aufgelöst wird. Dabei hat die *gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung* stattzufinden¹⁴⁵.

b. Gesellschaftsrechtliche und güterrechtliche Auseinandersetzung

Die *Liquidation der Ehegattengesellschaft* richtet sich nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen¹⁴⁶. 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

¹⁴¹ Der folgende Abschnitt entstammt im Wesentlichen und teils wörtlich WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60 f.; er ist ergänzt worden.

¹⁴² Siehe für deren Auflösungsgründe allgemein Art. 545 OR.

¹⁴³ Dazu auch WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 60.

¹⁴⁴ Vgl. zur scheidungsüberdauernden Ehegattengesellschaft GENNA, S. 52.

¹⁴⁵ Das Bundesgericht sagt das so: «Bei der Auflösung der Ehegattengesellschaft sowie der Auflösung des Güterstandes (wegen Scheidung) sind zwei Phasen zu unterscheiden: Vorerst ist die einfache Gesellschaft zu liquidieren und dann das Liquidationsergebnis güterrechtlich zuzuordnen (Urteil des Bundesgerichts 5A_646/2012 vom 15. April 2013 E. 3.4 mit Hinweis auf HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 11). Das vorhandene Gesellschaftsvermögen dient in erster Linie der Tilgung gemeinschaftlicher Schulden und dem Ersatz von Auslagen und Aufwendungen (Art. 549 OR). Sodann sind die Einlagen der Gesellschafter - in Kapital, Sachwerten oder Dienstleistungen - dem Werte nach, berechnet auf den Zeitpunkt des Einbringens, zurückzuerstatten (Art. 548 OR). Ein verbleibender Überschuss ist als Gewinn, ein allfälliger Fehlbetrag, der auch die Einlagen übersteigen kann, als Verlust im Sinne von Art. 533 OR jedem Gesellschafter als Liquidationsanteil zuzuteilen, d.h. mangels anderer Vereinbarung hälftig zu teilen. Mit der Verteilung des Gewinns bzw. Verlusts ist die Liquidation der einfachen Gesellschaft abgeschlossen. Anschliessend sind die Liquidationserlöse bei jedem Ehegatten güterrechtlich zuzuweisen.» (BGer 5A_656/2013 vom 22. Januar 2014 E. 2.1). Vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER, Einfache Gesellschaft, S. 669; BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 548/549 OR.

¹⁴⁶ Dazu und zum Folgenden schon WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 61.

aufzuteilen (Art. 549 Abs. 1 bzw. 2 OR). Ohne anderslautende besondere 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 tragen¹⁴⁷. Die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung – als der erste Schritt der Gesamtauseinandersetzung – ist dabei stets dieselbe, unabhängig davon, welche Gütermassen beteiligt sind, ja sogar unabhängig davon, unter welchem Güterstand die Ehegatten stehen¹⁴⁸.

Im Anschluss an die Liquidation der Gesellschaft ist die *güterrechtliche Auseinandersetzung* vorzunehmen. In deren Rahmen ist der Gesellschaftsgewinn bzw. -verlust nach den güterrechtlichen Vorschriften auf die Ehegatten bzw. ihre Gütermassen zu verteilen¹⁴⁹.

Dabei sind die Liquidationsanteile der Ehegatten an der einfachen Gesellschaft als Vermögensgegenstand zu behandeln, der auch güterrechtlich zuzuordnen ist. Der Liquidationsanteil tritt nach Abschluss der Liquidation an die Stelle des bisherigen Gesellschaftsanteils. Er gehört derselben Gütermasse an wie dieser. Nach allgemeinen Regeln ist der Gesellschafts- bzw. Liquidationsanteil vollständig entweder dem Eigentum oder der Errungenschaft jedes Ehegatten zuzuweisen. Die Zuordnung richtet sich nach Art. 197 ff. ZGB¹⁵⁰.

Für die Zuordnung gilt – im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen – das Prinzip des Wertersatzes. Was aus Eigentum finanziert wurde, ist Eigentum, was aus Errungenschaft finanziert wurde, bildet Errungenschaft. Wurde der Gesellschaftsanteil aus beiden Gütermassen eines Ehegatten finanziert, so richtet sich die Zuordnung nach dem Grundsatz des quantitativen Übergewichts, d.h. die Zuordnung ist zu derjenigen Gütermasse vorzunehmen, welche überwiegend finanziert hat. Zugunsten der anderen Gütermasse desselben Ehegatten besteht eine beidseitig variable Ersatzforderung gemäss Art. 209 Abs. 3 ZGB. Hat ein Ehegatte keine eigenen Mittel an die einfache Gesellschaft beigesteuert, so gehört sein Gesellschafts- und auch sein Liquidationsanteil in seine Errungenschaft, dies weil er ausschliesslich fremdfinanziert worden ist¹⁵¹. Ist sein Gesellschaftsanteil vom anderen Ehegatten teilweise oder ganz finanziert worden, ohne dass Schenkung oder Gegenleistung vorliegt, so steht diesem eine Ersatzforderung nach Art. 206 ZGB zu¹⁵². Diese Ersatzforderung ist nennwertgeschützt, was

¹⁴⁷ Zum Ganzen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.79; HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 622 ff.

¹⁴⁸ AEBI-MÜLLER, Einfache Gesellschaft, S. 670.

¹⁴⁹ WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 61.

¹⁵⁰ AEBI-MÜLLER, Einfache Gesellschaft, S. 672.

¹⁵¹ Zu alledem AEBI-MÜLLER, Einfache Gesellschaft, S. 672 f.

¹⁵² Dazu schon IV.2.4. und VI.3.4. hievior.

bedeutet, dass derjenige Ehegatte, der seinen Gesellschaftsanteil vom anderen hat finanzieren lassen, auch bei Verlusten seinem Ehegatten den Nominalwert schuldet.

3.6. Beispiele zur Auflösung der Ehegattengesellschaft

*Beispiel Nr. 8: Hälftige Gesellschaftsanteile und gleich hohe Finanzierung durch Mann und Frau*¹⁵³

Mann M und Frau F haben vor 10 Jahren eine Stockwerkeigentumseinheit als einfache Gesellschaft mit je hälftigen Anteilen erworben, die zur Familienwohnung des Ehepaars wurde. Der Kaufpreis hat CHF 600'000 betragen. M hat zum Erwerb Eigengutsmittel von CHF 100'000 beigetragen, F aus Errungenschaft und aus Eigengut je CHF 50'000, insgesamt somit ebenfalls CHF 100'000. Im Übrigen wurde die Wohnung mit einer Hypothek in der Höhe von CHF 400'000 finanziert. Beim Verkauf wird ein Erlös von CHF 720'000 realisiert. Der Miteigentumsanteil ist bei M Eigengut, bei F Errungenschaft, wobei F's Eigengut eine beidseitig variable Ersatzforderung zusteht.

In einem ersten Schritt ist die einfache Gesellschaft aufzulösen, in einem zweiten Schritt sind die Ergebnisse güterrechtlich zuzuordnen. Die Darstellung im vorliegenden Beispiel beschränkt sich auf die zahlenmässige Abwicklung¹⁵⁴.

Vorerst ist die einfache Gesellschaft aufzulösen. Deren Bilanz stellt sich wie folgt dar:

¹⁵³ Das Beispiel entspricht zahlenmässig dem Beispiel Nr. 5 für Miteigentum.

¹⁵⁴ Detailliertere Erläuterungen zu den verschiedenen einzelnen Schritten der Auflösung mit Literaturnachweisen finden sich in Beispiel Nr. 9 hienach, worauf an dieser Stelle verwiesen wird.

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liegenschaft	720'000	400'000	Hypothek
		100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
		120'000	Gewinn
	<hr/>	<hr/>	
	720'000	720'000	
	<hr/>	<hr/>	

Nach Verkauf des Grundstücks und Rückzahlung der Hypothek ergibt sich folgende Zwischenbilanz für die einfache Gesellschaft:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liquide Mittel (Nettoerlös)	320'000	100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
		120'000	Gewinn
	<hr/>	<hr/>	
Bilanzsumme	320'000	320'000	
	<hr/>	<hr/>	

Ehemann und Ehefrau nehmen ihre Einlagen zurück (Art. 548 OR). Den Gewinn haben sie beide hälftig zu teilen (Art. 549 Abs. 1 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR). Daraus ergibt sich folgende Abrechnung:

Aktiven	Gesellschafterkonto des Ehemannes		Passiven
Einlagenrück- erstattung	100'000		
Gewinnanteil	60'000		
		160'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	160'000	160'000	

Aktiven	Gesellschafterkonto der Ehe- frau		Passiven
Einlagenrück- erstattung	100'000		
Gewinnanteil	60'000		
		160'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	160'000	160'000	

Anschliessend ist die güterrechtliche Zuordnung der Ergebnisse aus der Auflösung der Gesellschaft vorzunehmen. Daraus ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen der Ehegatten:

Ehemann:

Aktiven	Eigentum		Passiven
Einlagenrück- erstattung	100'000		
Gewinnanteil	60'000		
		160'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	160'000	160'000	

Die Errungenschaft des Ehemannes ist nicht beteiligt.

Ehefrau:

Aktiven	Errungenschaft		Passiven
Einlagenrück- erstattung	100'000	80'000	Ersatzforderung Eigentum (Art. 209 ZGB)
Gewinnanteil	60'000		
		80'000	Überschuss (Saldo; entspricht dem Vor- schlag)
Bilanzsumme	160'000	160'000	

Aktiven	Eigentum		Passiven
Ersatzforderung gegen Errungen- schaft (Art. 209 ZGB)	80'000		
		80'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	80'000	80'000	

Ist im Anschluss auch eine güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen (etwa zufolge Scheidung), so ist der Mann am Vorschlag der Ehegattin von CHF 80'000 zur Hälfte, somit zu CHF 40'000, beteiligt (Art. 215 Abs. 1 ZGB).

Beispiel Nr. 9 (Abrechnung bei einer Ehegattengesellschaft mit ungleicher Finanzierung nach dem dispositiven Gesetzesrecht ohne Vereinbarung)¹⁵⁵

Die Ehegatten erwerben 1988 ein Grundstück als einfache Gesellschaft, ohne dass besondere gesellschaftsvertragliche Abreden getroffen werden. Das Grundstück dient als Wohnung der Familie. Der Kaufpreis beläuft sich auf CHF 1'680'000. Er wird finanziert durch den Ehemann mit CHF 280'000 aus Eigentum und durch die Ehefrau mit CHF 40'000 aus Eigentum¹⁵⁶. Für den restanzlichen Kaufpreis von CHF 1'360'000 nehmen die Ehegatten bei der Bank B ein Hypothekendarlehen auf.

¹⁵⁵ Das Beispiel und auch alle zugehörigen Ausführungen erfolgen insgesamt und teilweise wörtlich in Anlehnung an die Beispiele bei HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 17 ff., und HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Anhang VI, S. 615 ff.

¹⁵⁶ Das Verhältnis der von Mann und Frau aufgewendeten eigenen Mittel ist somit erheblich ungleich. Eine besondere gesellschaftsrechtliche Abrede unter den Ehegatten fehlt und namentlich auch eine Vereinbarung betreffend eine (hälftige) Beteiligung an der einfachen Gesellschaft (vgl. für diesen Fall Beispiel Nr. 10 hienach). Damit liegt auch keine Investition des einen Ehegatten in den Anteil des anderen i.S.v. Art. 206 ZGB vor. Die Gesellschaftsanteile ihrerseits sind unterschiedlich gross, was allerdings an der (dispositiven) hälftigen Gewinn- und Verlustbeteiligung nichts ändert. Siehe dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Anhang VI, S. 615 ff. (missverstanden von STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Fn. 26, wo wohl übersehen worden ist, dass es im zitierten Beispiel an einer Vereinbarung der hälftigen Beteiligung gerade fehlt).

Ab 1990 werden die Hypothekarschulden aus dem Arbeitserwerb des Ehemannes – und somit aus dessen Errungenschaft – schrittweise amortisiert. Bis 2015 werden insgesamt CHF 400'000 zurückbezahlt¹⁵⁷. Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt zu diesem Zeitpunkt noch CHF 1'200'000. Der Minderwert von CHF 480'000 ist auf Altersentwertung und konjunkturelle Gründe zurückzuführen.

Die Bilanz der einfachen Gesellschaft stellt sich somit 2015 wie folgt dar:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liegenschaft	1'200'000	960'000	Hypothek
		280'000	ursprüngliche Einlage Ehemann
		400'000	nachträgliche Einlage Ehemann
		40'000	ursprüngliche Einlage Ehefrau
Verlust	480'000		
Bilanzsumme	1'680'000	1'680'000	

Im Jahre 2015 kommt es zur Scheidung und das Grundstück wird von den Ehegatten zum erwähnten Verkehrswert von CHF 1'200'000 verkauft.

Wie ist die Abrechnung über die Ehegattengesellschaft am Grundstück vorzunehmen?

¹⁵⁷

Die Amortisationszahlungen sind – wie wertvermehrnde Aufwendungen – als nachträgliche Einlagen der Ehegatten zu behandeln; vgl. HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 12, m.w.H. Sie sind deshalb – anders als Auslagen und Verwendungersatz i.S.v. Art. 537 OR – erst im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft zurückzuerstatten; so auch STEINAUER/FOUNTOULAKIS, S. 4, Fn 9, m.w.H. auch auf a.M.

Lösungsskizze:

1. Allgemeines

Die Auflösung der Ehegattengesellschaft erfolgt zugleich mit der Auflösung des Güterstandes und der Ehe durch Scheidung.

Vorzugehen ist in zwei Schritten wie folgt:

1.1. Liquidation der einfachen Gesellschaft

Liegt – wie hier – kein Gesellschaftsvertrag vor, so ist die Liquidation nach dem dispositiven Gesetzesrecht, also nach Art. 530 ff. OR, vorzunehmen.

Die Liquidation der Gesellschaft erfolgt ihrerseits in zwei Schritten, nämlich:

1. Äussere Liquidation der Gesellschaft

Dabei sind die Beziehungen zu Dritten aufzulösen, in casu hat insbesondere die Bereinigung der Hypothekarschulden stattzufinden.

2. Innere Liquidation der Gesellschaft

2.1. Vorerst sind die Ansprüche auf Auslagen- und Verwendungersatz zu tilgen. Anschliessend sind die ursprünglichen und nachträglichen Einlagen zum Nennwert zurückzuerstatten (Art. 548 Abs. 1 und 2 OR).

2.2. Verbleibt nach Tilgung der Schulden, dem Ersatz der Auslagen und Verwendungen und nach Rückerstattung der Einlagen ein Überschuss, so ist er unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen (Art. 549 Abs. 1 OR), und zwar mangels anderer Abrede zu gleichen Teilen (Art. 533 Abs. 1 OR). Ist nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen das Gesellschaftsvermögen nicht ausreichend, um die Einlagen zurückzuerstatten, so haben die Gesellschafter den Verlust zu tragen (Art. 549 Abs. 2 OR), und zwar bei Fehlen einer anderen Abrede ebenfalls zu gleichen Teilen (Art. 533 Abs. 1 OR).

1.2. Güterrechtliche Auseinandersetzung

Die Anteile der Ehegatten an der einfachen Gesellschaft bzw. die entsprechenden Liquidationsergebnisse sind den Gütermassen der Ehegatten zuzuordnen, und es ist alsdann die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen.

2. Liquidation der einfachen Gesellschaft

In unserem Beispiel ergibt sich aus der Veräusserung des Grundstücks und der Tilgung der Hypothekarschulden folgende (Zwischen-)Bilanz für die Gesellschaft:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liquide Mittel (Nettoerlös)	240'000	280'000	ursprüngliche Einlage Ehemann
		400'000	nachträgliche Einlage Ehemann
		40'000	ursprüngliche Einlage Ehefrau
Verlust	480'000		
Bilanzsumme	720'000	720'000	

Der Ehemann hat Anspruch auf Rückerstattung der ursprünglichen und nachträglichen Einlagen (Art. 548 Abs. 1 OR), er hat aber auch – mit seinen Einlagen – den Verlust hälftig zu tragen (Art. 549 Abs. 2 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR). Es stehen ihm somit als ursprüngliche bzw. nachträgliche Einlage CHF 280'000 und CHF 400'000 zu, und er hat einen hälftigen Anteil am Verlust von CHF 240'000 zu tragen.

Die Ehefrau hat entsprechend Anspruch auf Rückerstattung ihrer ursprünglichen Einlage von CHF 40'000, und sie hat einen hälftigen Anteil am Verlust von CHF 240'000 zu tragen.

Daraus ergibt sich für die beiden Gesellschafter nach Abschluss der inneren Liquidation folgende Abrechnung:

Aktiven	Gesellschafterkonto des Ehemannes		Passiven
Einlagenrück- erstattung	280'000	240'000	Verlustanteil
Einlagenrück- erstattung	400'000		
		440'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	680'000	680'000	

Aktiven	Gesellschafterkonto der Ehe- frau		Passiven
Einlagenrück- erstattung	40'000	240'000	Verlustanteil
Verlust (Saldo)	200'000		
Bilanzsumme	240'000	240'000	

Konkret bedeutet das, dass im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft der Ehemann Anspruch auf die gesamten liquiden Mittel (Verkaufserlös abzüglich Hypothekarschuld) von CHF 240'000 hat. Zusätzlich hat ihm die Ehefrau aufgrund der hälftigen Verlusttragung einen Betrag von CHF 200'000 zu bezahlen.

Bereits daraus ergibt sich, dass das Eingehen einer einfachen Gesellschaft für den wirtschaftlich schwächeren Ehegatten riskant sein kann. Wäre das Grundstück vom Ehemann zu Alleineigentum erworben worden und hätte ihm die Frau den für die Einlage verwendeten Betrag zur Verfügung gestellt, so würde sie den Nennwert zurück erhalten (Art. 206 Abs. 1 ZGB).

3. *Güterrechtliche Auseinandersetzung*

Der Verlust von CHF 480'000 ist durch Altersentwertung und konjunkturelle Gründe eingetreten. Aus Güterrecht ergeben sich folgende Ansprüche:

Der Anspruch auf Rückerstattung der Einlagen umfasst beim Ehemann seine ursprüngliche Einlage von CHF 280'000 und die nachträglich geleisteten Amortisationszahlungen von CHF 400'000. Der gesamte Anspruch auf Einlagerückzahlung steht beim Ehemann dem Eigengut zu, denn der Gesellschaftsanteil ist beim Erwerb mit Blick auf die eigenen Mittel ausschliesslich aus Mitteln des Eigenguts finanziert worden; der Zeitpunkt des Erwerbs ist für die Zuordnung des Gesellschaftsanteils zu einer der Gütermassen entscheidend.

Der mitfinanzierenden Errungenschaft des Ehemannes steht für die geleisteten Amortisationszahlungen eine variable Ersatzforderung gemäss Art. 209 Abs. 3 ZGB zu.

Die Einlage der Ehefrau von CHF 40'000 steht ebenfalls ihrem Eigengut zu.

Eine Schuld belastet diejenige Gütermasse, mit welcher sie sachlich zusammenhängt, im Zweifel aber die Errungenschaft (Art. 209 Abs. 2 ZGB).

Weil die Gesellschaftsanteile in casu den Eigengütern von Mann und Frau angehören, ist auch der Verlust bei beiden Ehegatten dem Eigengut zuzuordnen. Der Verlust resultiert aus dem Minderwert des Gesellschaftsanteils. Beim Ehemann reduziert der Minderwert auch die nach oben und unten variable Ersatzforderung gemäss Art. 209 Abs. 3 ZGB. Der Errungenschaft des Ehemannes steht für die geleisteten Amortisationen der Hypothek, welche als Schuld das Eigengut belastet, eine Ersatzforderung zu. Diese ist in seinem Eigengut als Passivum und in seiner Errungenschaft als Aktivum aufzuführen.

Der Minderwertanteil besteht beim Ehemann aus dem durch ihn zu tragenden Anteil am Gesellschaftsverlust von CHF 240'000.

Minderwertanteile sind grundsätzlich proportional auf die finanzierenden Gütermassen zu verteilen, wenn ein bestimmter Gegenstand zugleich durch beide Gütermassen des Eigentümerehegatten finanziert wurde. Hätte in casu somit die Errungenschaft bereits beim Erwerb des Grundstücks CHF 400'000 an die Tilgung des Kaufpreises beigetragen, ergäbe sich ein von der Errungenschaft zu tragender Minderwert von CHF 141'176 ($240'000 \times 400'000 / (280'000 + 400'000) = 141'176$). Vorliegend wurden die Amortisationszahlungen jedoch kontinuierlich geleistet. Deshalb ist eine Durchschnittsrechnung vorzunehmen¹⁵⁸. Bei der proportionalen Verlustverteilung ist somit nur

¹⁵⁸

BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 40 zu Art. 206 ZGB.

von der Hälfte der von der Errungenschaft erbrachten Mittel auszugehen. Das führt zu einem Minderwertanteil von CHF 100'000 ($240'000 \times 200'000 / (280'000 + 200'000) = 100'000$).

Damit ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen vor der Vorschlagsbeteiligung:

Ehemann:

Aktiven	Eigentum		Passiven
Einlagenrück- erstattung	680'000	400'000	Ersatzforderung Errungenschaft
Minderwertanteil Errungenschaft	100'000	240'000	Verlust aus Gesell- schaft
		140'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	780'000	780'000	

Aktiven	Errungenschaft		Passiven
Ersatzforderung Errungenschaft	400'000	100'000	Minderwertanteil Errungenschaft
		300'000	Überschuss (Saldo), entspricht dem Vor- schlag
Bilanzsumme	400'000	400'000	

Ehefrau:

Aktiven	Eigentum		Passiven
Einlagenrück- erstattung	40'000	240'000	Verlust aus Gesell- schaft
Verlust (Saldo)	200'000		
Bilanzsumme	240'000	240'000	

*Vorschlagsbeteiligung und Abschluss der güterrechtlichen Ausein-
setzung*

Das Eigentum der Ehefrau weist einen Negativsaldo auf von CHF 200'000.

Der Ehemann verfügt über Eigentum im Betrag von CHF 140'000. Aus seiner Errungenschaft resultiert ein Vorschlag von CHF 300'000, an dem die Ehefrau hälftig – somit mit CHF 150'000 – beteiligt ist (Art. 215 Abs. 1 ZGB).

Bei Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung ergeben sich per Saldo folgende Vermögen der Ehegatten:

Aktiven	Vermögen Ehemann		Passiven
Eigentum	140'000	150'000	Vorschlagsbeteili- gung
Errungenschaft (Vorschlag)	300'000		
		290'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	440'000	440'000	

Aktiven	Vermögen Ehefrau		Passiven
Vorschlagsbeteiligung	150'000	200'000	Eigengut
Verlust (Saldo)	50'000		
Bilanzsumme	200'000	200'000	

4. Verzicht auf die güterrechtliche Auseinandersetzung¹⁵⁹

Gelegentlich mag die Auffassung bestehen, dass die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehegattengesellschaft auf die gesellschaftsrechtliche Liquidation zu beschränken sei.

Dies bedarf eines Ehevertrages i.S.v. Art. 216 ZGB, indem ein teilweiser Vorschlagsverzicht vereinbart wird. Als Formulierung ist etwa möglich: «Mit dem Vollzug der gesetzlichen Regelung über die Auflösung der einfachen Gesellschaft erklären sich die Ehegatten in Bezug auf das erwähnte Grundstück als güterrechtlich auseinandergesetzt»¹⁶⁰.

Eine solche ehevertragliche Abrede hat zur Folge, dass das in die Gesellschaft investierte Errungenschaftsvermögen praktisch wie Eigengut behandelt wird.

Würde in unserem Beispiel ein solcher Ehevertrag vorliegen, würde nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung dem Ehemann ein Vermögen von CHF 440'000 (statt CHF 290'000) zustehen.

Der Ehefrau stünde kein Anspruch auf Beteiligung am Vorschlag des Ehemannes zu. Sie wäre nicht in der Lage, den von ihr zu tragenden hälftigen Verlustanteil von CHF 240'000 mit ihrem Anspruch auf Rückerstattung ihrer Gesellschaftseinlage von CHF 40'000 auszugleichen. Im Ergebnis verbliebe ihr sogar eine Schuld von CHF 200'000 (statt einer solchen von CHF 50'000). Für die Ehefrau ergäbe sich damit eine besonders nachteilige Lösung, die der ratio legis der Errungenschaftsbeteiligung widerspricht. Im Ergebnis dürfte eine solche Vereinbarung im Falle des Verlustes auf der Wohnung der Familie auch nicht dem Willen der Parteien entsprechen. Sie hat zur Folge, dass die Ehefrau an den vom Ehemann in die Wohnung der Familie investierten Errungenschaftsmitteln nicht partizipiert. Selbst bei Vorliegen eines Gewinnes erhält sie nur ihre Einlage zurück und den hälftigen Gewinn.

¹⁵⁹ Zum Ganzen HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 21 f.

¹⁶⁰ Formulierung nach HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 21.

*Beispiel Nr. 10 (Ehegattengesellschaft mit Vereinbarung hälftiger Anteile, aber ungleichmässiger Finanzierung)*¹⁶¹

Das Ehepaar X, seit 1987 verheiratet, ohne Ehevertrag, führt eine klassische Hausgattenehe. 2002 entschliessen sich Mann M und Frau F zum Kauf eines Einfamilienhauses. Der Kaufpreis beträgt CHF 1'200'000. Die Finanzierung erfolgt in der Höhe von CHF 1'000'000 mittels Hypothekarkredites, der Restbetrag von CHF 200'000 wird aus einem Erbvorbezug vom Mann M erbracht¹⁶². Die Liegenschaft wird von den Ehegatten als einfache Gesellschaft zu Gesamteigentum mit vereinbarten Anteilen von je einem Zweitel erworben. Eine nähere Abrede dazu wird nicht getroffen. Im Jahr 2015 kommt es zur Scheidung, weshalb auch die Ehegattengesellschaft aufgelöst wird.

- a) Wie sieht die güterrechtliche Auseinandersetzung aus für den Fall, dass die Liegenschaft im Scheidungszeitpunkt einen Mehrwert von CHF 240'000 aufweist?
- b) Wie verhält es sich für den Fall, dass die Liegenschaft einen Minderwert von CHF 360'000 aufweist?
- c) Zur Kontrolle: Wie wäre abzurechnen, wenn die Liegenschaft zu Alleineigentum von M erworben worden wäre?

Allgemeine güterrechtliche Überlegungen:

Vorliegend haben die Ehegatten je hälftige Anteile an der einfachen Gesellschaft vereinbart. Die Eigenmittel sind indessen ausschliesslich vom Mann aus seinem Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB) erbracht worden. Das bedeutet, dass auch der (hälftige) Gesellschaftsanteil der Frau teilweise vom Mann finanziert worden ist, und zwar ohne dass eine nähere Absprache darüber erfolgt wäre. Der vollständig fremdfinanzierte Anteil der Frau fällt – als reiner Kreditkauf – in deren Errungenschaft. Dem Mann steht für seine Investition in das Vermögen der Frau eine nennwertgeschützte Ersatzforderung gemäss Art. 206 ZGB zu¹⁶³.

¹⁶¹ Das Beispiel entspricht Beispiel Nr. 6 zum Miteigentum und soll einen Vergleich ermöglichen. Vorlage für die Berechnung bildet auch zu diesem Beispiel HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Anhang VI, S. 615 ff.

¹⁶² Damit ergibt sich ein Fremdfinanzierungsanteil von etwas mehr als 83 %, was je nach Konstellation früher möglich war, dies anders als heute, wo in der Regel eine Beschränkung auf 80 % greift.

¹⁶³ Hingegen liegt keine Investition i.S.v. Art. 206 ZGB vor, wenn es an einer Vereinbarung betreffend eine (hälftige) Beteiligung an der einfachen Gesellschaft fehlt. Diesfalls sind die Gesellschaftsanteile unterschiedlich gross, was allerdings an der (dispositiven) hälftigen Gewinn- und Verlustbeteiligung nichts ändert. Siehe dazu das Beispiel Nr. 9 hievor sowie HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Anhang

Variante a):

Die Liegenschaft weist einen Mehrwert von CHF 240'000 auf.

Die Bilanz der einfachen Gesellschaft stellt sich damit 2015 wie folgt dar:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liegenschaft	1'440'000	1'000'000	Hypothek
		100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
		240'000	Gewinn
Bilanzsumme	1'440'000	1'440'000	

Aus der Veräusserung des Grundstücks und der Tilgung der Hypothekarschulden oder auch aus der Übernahme der Liegenschaft unter Berücksichtigung der Hypothek durch einen Ehegatten ergibt sich folgende (Zwischen-)Bilanz für die Gesellschaft:

VI, S. 615 ff. (missverstanden von STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Fn. 26, die offenbar übersehen, dass es im zitierten Beispiel an einer Vereinbarung der hälftigen Beteiligung gerade fehlt).

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Eigene Mittel (Nettoerlös bzw. Nettoanrechnungsbetrag)	440'000	100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
		240'000	Gewinn
Bilanzsumme	440'000	440'000	

Ehemann und Ehefrau nehmen ihre Einlagen zurück (Art. 548 OR). Den Gewinn haben sie beide hälftig zu teilen (Art. 549 Abs. 1 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR). Daraus ergibt sich folgende Abrechnung:

Aktiven	Gesellschafterkonto des Ehemannes		Passiven
Einlagenrückstattung	100'000		
Gewinnanteil	120'000		
		220'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	220'000	220'000	

Aktiven	Gesellschafterkonto der Ehefrau		Passiven
Einlagenrück- stattung	100'000		
Gewinnanteil	120'000		
		220'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	220'000	220'000	

Es ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen vor der Vorschlagsbeteiligung:

Ehemann:

Aktiven	Eigentum		Passiven
Einlagenrück- stattung	100'000		
Gewinnanteil	120'000		
Nennwertgeschützte Ersatzforderung gegenüber Errun- genschaft Frau (Art. 206 ZGB)	100'000		
Mehrwertanteil gegenüber Errun- genschaft Frau (Art. 206 ZGB)	20'000		
		340'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	340'000	340'000	

Ehefrau:

Aktiven	Errungenschaft		Passiven
Einlagenrückerstattung	100'000	100'000	Nennwertgeschützte Ersatzforderung Eigengut Mann (Art. 206 ZGB)
Gewinnanteil	120'000	20'000	Mehrwertanteil Eigengut Mann (Art. 206 ZGB)
		100'000	Überschuss (Saldo, entspricht dem Vorschlag)
Bilanzsumme	220'000	220'000	

Am Vorschlag der Ehefrau von CHF 100'000 ist der Mann hälftig, mithin zu CHF 50'000.--, beteiligt (Art. 215 Abs. 1 ZGB), Der Gesellschaftsanteil verbleibt.

Nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung beläuft sich das Vermögen des Ehemannes auf CHF 390'000 (Eigengut 340'000 + Vorschlagsanspruch CHF 50'000) und dasjenige der Ehefrau auf CHF 50'000 (entsprechend dem Vorschlagsanspruch). Die Situation ist identisch mit derjenigen bei Miteigentum¹⁶⁴.

Variante b):

Die Liegenschaft weist einen Minderwert auf von CHF 360'000.

Die Bilanz der einfachen Gesellschaft stellt sich damit 2015 wie folgt dar:

¹⁶⁴ Vgl. Beispiel Nr. 6, Variante a).

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liegenschaft	840'000	1'000'000	Hypothek
		100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
Verlust	360'000		
Bilanzsumme	1'200'000	1'200'000	

Die Einlagen von Ehemann und Ehefrau von je CHF 100'000 sind damit nicht mehr gedeckt und können nicht mehr zurückerstattet werden. Es ergibt sich folgende Bilanz:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liegenschaft	840'000	1'000'000	Hypothek
Verlust	160'000		
Bilanzsumme	1'000'000	1'000'000	

Den nach Abzug der Einlagen resultierenden Verlust der Gesellschaft von CHF 160'000 haben beide Ehegatten gesellschaftsrechtlich hälftig zu tragen (Art. 549 Abs. 1 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 OR). Damit entfällt auf Mann und Frau je ein Verlustanteil von CHF 80'000.

Güterrechtlich ist zu beachten, dass dem Mann für die von ihm aus seinem Eigengut geleistete Finanzierung des Gesellschaftsanteils der Frau im Betrag von CHF 100'000 eine nennwertgeschützte Ersatzforderung gegen die Errungenschaft der Ehefrau zusteht (Art. 206 ZGB).

Damit ergibt sich folgender Stand der Gütermassen:

Ehemann:

Aktiven	Eigengut		Passiven
Nennwertgeschützte Ersatzforderung gegenüber Errungenschaft Frau (Art. 206 ZGB)	100'000	80'000	Verlustanteil
		20'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	100'000	100'000	

Ehefrau:

Aktiven	Errungenschaft		Passiven
		80'000	Verlustanteil
		100'000	Nennwertgeschützte Ersatzforderung Eigengut Mann (Art. 206 ZGB)
Verlust (entspricht dem Rückschlag)	180'000		
Bilanzsumme	180'000	180'000	

Im Ergebnis beträgt damit das Eigengut des Mannes CHF 20'000. Die Frau ihrerseits verfügt in ihrer Errungenschaft über Schulden von CHF 180'000; dies entspricht ihrem Rückschlag, den sie selber zu tragen hat (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Das Beispiel zeigt, dass der Mann hier – wie beim Miteigentum – denjenigen Teil der von ihm aufgewendeten Mittel, der zur Finanzierung des Gesellschaftsanteils seiner Frau verwendet worden ist, nämlich CHF 100'000, gegen Verluste abgesichert hat, dies auf Kosten der wirtschaftlich schwächeren Ehefrau.

Die Situation präsentiert sich hier im Ergebnis rechnerisch gleich wie bei der Miteigentumslösung¹⁶⁵. In casu ergibt sich das – trotz der besonderen Regelung von Art. 533 Abs. 1 OR für die Ehegattengesellschaft – daraus, dass Art. 206 ZGB in beiden Fällen greift; sobald hälftige Gesellschaftsanteile von den Ehegatten vereinbart werden, sieht das Ergebnis gleich aus wie bei hälftigem Miteigentum, nur treten an die Stelle der Miteigentumsanteile die Gesellschaftsanteile und die Abrechnung ist etwas komplizierter.

Variante c):

Hätten sich die Ehegatten – bei identischer Finanzierung – für Alleineigentum des Ehemannes entschieden, so würde das ganze Grundstück – inkl. eines allfälligen Gewinns oder Verlusts – als Eigengut vollständig bei diesem verbleiben. Ob Alleineigentum des Ehemannes für die Ehefrau günstiger oder weniger günstig ist als das Eingehen einer einfachen Gesellschaft, hängt somit davon ab, ob ein Mehr- oder ein Minderwert eintritt. Die Situation ist insofern gleich wie in der Miteigentumslösung.

Erfolgt die Finanzierung statt durch Eigengut ganz oder teilweise durch Erzungenschaft des Ehemannes, so könnte die Ehefrau bei Alleineigentum des Mannes zufolge der Vorschlagsbeteiligung von einer Wertsteigerung profitieren, während bei einem Wertverlust zwar ihr Vorschlagsanspruch geschmälert würde, sie aber kein Risiko mittragen müsste.

Auch hier haben die Urkundspersonen eine umfassende Analyse der Situation vorzunehmen und die Parteien gestützt auf die hauptberufliche Rechtsbelehrungspflicht bzw. im Rahmen der nebenberuflichen Rechtsberatung auf die Vor- und Nachteile sowie namentlich die Risiken hinzuweisen¹⁶⁶.

Sollte die Auffassung bestehen, dass die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehegattengesellschaft auf die gesellschaftsrechtliche Liquidation zu beschränken sei, so bedarf eine solche Vereinbarung eines Ehevertrages i.S.v. Art. 216 ZGB¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Vgl. Beispiel Nr. 6, Variante b).

¹⁶⁶ Siehe auch schon die gleichen Überlegungen beim Miteigentum V.6. hievor.

¹⁶⁷ Vgl. näher mit Formulierungsvorschlag bei Beispiel Nr. 9, Lösungsskizze, Ziff. 4 hievor.

*Beispiel Nr. 11 (Vereinbarung hälftiger Anteile, Finanzierung des Gesellschaftsanteils eines Ehegatten durch Schenkung bzw. verzinsliches/unverzinsliches Darlehen des anderen Ehegatten)*¹⁶⁸

M und F haben 1992 geheiratet und führen seither eine klassische Hausgattenehe. Im Jahr 1998 entschliessen sich die Ehegatten zum Kauf eines Grundstückes, das mit einem Einfamilienhaus überbaut ist. Der Kaufpreis von CHF 1'000'000 wird im Teilbetrag von CHF 200'000 mit den seit der Heirat angefallenen Ersparnissen des Ehemannes aus seinem Arbeitserwerb beglichen. Die Finanzierung des restanzlichen Betrages von CHF 800'000 erfolgt mit Hilfe eines Hypothekendarlehens. Die laufenden Hypothekarzinsen werden mit Mitteln aus dem Einkommen des Ehemannes bestritten.

Die Ehegatten erwerben das Grundstück auf der Basis einer einfachen Gesellschaft zu Gesamteigentum. Im Grundstückkaufvertrag findet sich entsprechend einer seinerzeitigen Musterformulierung u.a. folgende Bestimmung: «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.» Der Gesellschaftsbeitrag der Ehefrau wird vollumfänglich durch den Ehemann finanziert.

Im Jahr 2015 kommt es zur Scheidung der Ehegatten. Das Grundstück wird verkauft; es weist zum massgeblichen Zeitpunkt

- a) einen Minderwert von CHF 100'000 auf und der Anteil der Ehefrau ist durch eine Schenkung des Ehemannes finanziert worden;
- b) einen Minderwert von CHF 100'000 auf und der Anteil der Ehefrau ist durch ein unverzinsliches/verzinsliches Darlehen des Ehemannes finanziert worden.

Wie ist die Auseinandersetzung vorzunehmen?

¹⁶⁸ Beispiel und Ausführungen dazu in Anlehnung an AEBI-MÜLLER/TRACHSEL, S. 223 ff., 231 ff.; WOLF, Ehegattengesellschaft, Anhang, S. 66 ff.

Lösungsskizze:

Variante a):

Minderwert von CHF 100'000 und Finanzierung des Beitrags der Ehefrau durch Schenkung des Ehemannes:

1. Liquidation der einfachen Gesellschaft

Aus der Veräusserung des Grundstücks und der Tilgung der Hypothekarschuld ergibt sich folgende (Zwischen-)Bilanz für die Gesellschaft:

Aktiven	Gesellschaft		Passiven
Liquide Mittel (Nettoerlös)	100'000	100'000	Einlage Ehemann
		100'000	Einlage Ehefrau
Verlust	100'000		
Bilanzsumme	200'000	200'000	

Nach Abschluss der inneren Liquidation ergibt sich für die beiden Gesellschafter folgende Abrechnung:

Aktiven	Gesellschafterkonto des Ehemannes		Passiven
Einlagenrückstattung	100'000	50'000	Verlustanteil
		50'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	100'000	100'000	

Aktiven	Gesellschafterkonto der Ehefrau		Passiven
Einlagenrück- stattung	100'000	50'000	Verlustanteil
		50'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	100'000	100'000	

2. Güterrechtliche Auseinandersetzung

Es ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen vor der Vorschlagsbeteiligung:

Aktiven	Errungenschaft Ehemann		Passiven
Einlagenrück- stattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesell- schaft
		50'000	Überschuss (Saldo, entspricht dem Vor- schlag)
Bilanzsumme	100'000	100'000	

Aktiven	Eigengut Ehefrau ¹⁶⁹		Passiven
Einlagenrückerstattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesellschaft
		50'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	100'000	100'000	

Vorschlagsbeteiligung und Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung:

Der Ehemann schuldet der Ehefrau $\frac{1}{2}$ des Vorschlages (Art. 215 Abs. 1 ZGB), also CHF 25'000.

Bei Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung ergeben sich per Saldo folgende Vermögen der Ehegatten:

Aktiven	Vermögen Ehemann		Passiven
Errungenschaft (Vorschlag)	50'000	25'000	Vorschlagsbeteiligung Ehefrau
		25'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	50'000	50'000	

¹⁶⁹ Die Schenkung seitens des Mannes führt bei der Frau zu Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB).

Aktiven	Vermögen Ehefrau		Passiven
Eigengut	50'000		
Vorschlagsbeteiligung	25'000		
		75'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	75'000	75'000	

Variante b):

Minderwert von CHF 100'000 und Finanzierung des Beitrags der Ehefrau durch ein unverzinsliches bzw. ein verzinsliches Darlehen des Ehemannes:

Untervariante: Unverzinsliches Darlehen

1. *Liquidation der einfachen Gesellschaft: Vgl. Variante a) soeben.*
2. *Güterrechtliche Auseinandersetzung*

Es ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen vor der Vorschlagsbeteiligung:

Aktiven	Errungenschaft Ehemann		Passiven
Einlagenrückerstattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesellschaft
Nennwertgeschützte Ersatzforderung gegenüber Errungenschaft Ehefrau (Art. 206 Abs. 1 ZGB)	100'000	150'000	Überschuss (Saldo, entspricht dem Vorschlag)
Bilanzsumme	200'000	200'000	

Aktiven	Errungenschaft Ehefrau ¹⁷⁰		Passiven
Einlagenrückerstattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesellschaft
Passivenüberschuss, entspricht dem Rückschlag	50'000	100'000	Nennwertgeschützte Ersatzforderung Errungenschaft Ehemann (Art. 206 Abs. 1 ZGB)
Bilanzsumme	150'000	150'000	

¹⁷⁰ Der Gesellschaftsanteil der Frau ist in casu vollständig fremdfinanziert, weshalb er in ihre Errungenschaft fällt.

Vorschlagsbeteiligung und Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung:

Ein Verlust (Rückschlag) wird nicht berücksichtigt (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Am in der Errungenschaft des Ehemannes bestehenden Aktivenüberschuss von noch CHF 150'000 partizipiert die Ehefrau zur Hälfte (Art. 215 Abs. 1 ZGB), also im Betrag von CHF 75'000.

Bei Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzungen ergeben sich per Saldo folgende Vermögen der Ehegatten:

Aktiven	Vermögen Ehemann		Passiven
Errungenschaft (Vorschlag)	150'000	75'000	Vorschlagsbeteiligung Ehefrau
		75'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	150'000	150'000	

Aktiven	Vermögen Ehefrau		Passiven
Vorschlagsbeteiligung	75'000	50'000	Errungenschaft
		25'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	75'000	75'000	

Untervariante: Verzinsliches Darlehen

1. *Liquidation der einfachen Gesellschaft: Vgl. Variante a) hievor.*

2. *Güterrechtliche Auseinandersetzung*

Es ergibt sich folgender Stand für die Gütermassen vor der Vorschlagsbeteiligung:

Aktiven	Errungenschaft Ehemann		Passiven
Einlagenrückstattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesellschaft
Darlehensforderung ggü. Ehefrau (Art. 312 OR)	100'000	150'000	Überschuss (Saldo, entspricht dem Vorschlag)
Bilanzsumme	200'000	200'000	

Aktiven	Errungenschaft Ehefrau		Passiven
Einlagenrückstattung	100'000	50'000	Verlust aus Gesellschaft
Passivenüberschuss (Rückschlag)	50'000	100'000	Darlehensschuld ggü. Ehemann (Art. 312 OR)
Bilanzsumme	150'000	150'000	

*Vorschlagsbeteiligung und Abschluss der güterrechtlichen Ausein-
setzung:*

Ein Verlust (Rückschlag) wird nicht berücksichtigt (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Am in der Errungenschaft des Ehemannes bestehenden Aktivenüberschuss von noch CHF 150'000 partizipiert die Ehefrau zur Hälfte (Art. 215 Abs. 1 ZGB), also im Betrag von CHF 75'000.

Bei Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzungen ergeben sich per Saldo folgende Vermögen der Ehegatten (im Ergebnis rechnerisch gleich wie in der Untervariante des unverzinslichen Darlehens):

Aktiven	Vermögen Ehemann		Passiven
Errungenschaft (Vor- schlag)	150'000	75'000	Vorschlagsbeteili- gung Ehefrau
		75'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	150'000	150'000	

Aktiven	Vermögen Ehefrau		Passiven
Vorschlagsbeteili- gung	75'000	50'000	Errungenschaft
		25'000	Überschuss (Saldo)
Bilanzsumme	75'000	75'000	

4. Sachen- und erbrechtliche Situation bei der Ehegattengesellschaft im Fall des Todes eines Ehegatten¹⁷¹

4.1. Ausgangsbeispiel

Beispiel Nr. 12

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. Seine Erben sind die überlebende Ehegattin F und die beiden Kinder Sohn S und Tochter T.

4.2. Rechtslage ohne Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Abrede

Der Tod eines (Ehegatten-)Gesellschafters bildet einen Auflösungsgrund für die Gesellschaft (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 vereinbart¹⁷². Ohne Vorliegen einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Abrede führt somit der Tod eines Gesellschafters zur *Auflösung der Gesellschaft*. Diese tritt in Liquidation.

Die *Erben* treten in die Gesellschaft ein und erwerben eine *dingliche Berechtigung* an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens¹⁷³. Mehrere Erben folgen dabei ihrem Erblasser im Gesamthandsverhältnis der Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) in die Gesellschaft nach¹⁷⁴.

Im *Beispiel Nr. 12*¹⁷⁵ wird mit dem Tod des Ehemannes M die einfache Gesellschaft am Grundstück aufgelöst. Die Gesellschaft ist zu liquidieren. Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Ehemannes M fällt dabei an dessen Erben F, S und T. Diese treten mit dinglich-absoluter Wirkung (Art. 560 ZGB) in die Liquidationsgesellschaft ein.

Zuhanden des Grundbuchamtes ist vorab ein Erbenschein mit der Anerkennung von F, S und T als einzige Erben (Art. 559 Abs. 1 ZGB) erforderlich. Zur Vornahme der erbrechtlichen Auseinandersetzung bedarf es grundsätzlich

¹⁷¹ Die folgenden Ausführungen beruhen insgesamt – teilweise wörtlich – auf WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 63 ff., mit dortigen Verweisungen.

¹⁷² BSK-WICHTERMANN, N. 13 zu Art. 654 ZGB; WOLF, Subjektswechsel, S. 16 f.; DERS., Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte, S. 80.

¹⁷³ BGE 119 II 119 ff. Dazu HAUSHEER/PFAFFLI, S. 39.

¹⁷⁴ Zu alledem WOLF, Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte, S. 80 f., m.w.H.

¹⁷⁵ VI.4.1. soeben.

eines von allen Erben abzuschliessenden Erbteilungsvertrages (Art. 634 ZGB)¹⁷⁶.

4.3. 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 unerwünscht¹⁷⁷. Es wird deshalb häufig die Vereinbarung getroffen, dass beim Tod eines Gesellschafters dessen Anteil dem überlebenden Gesellschafter anwächst. Eine solche *Fortsetzungs- bzw. Anwachsungsklausel*¹⁷⁸ wird in der Praxis etwa wie folgt formuliert:

«Verstirbt ein Gesellschafter, wird die Gesellschaft 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. In den Nachlass des erstversterbenden Gesellschafters fällt lediglich eine Geldforderung.»¹⁷⁹

Der überlebende Ehegatte wird damit eo ipso Alleinberechtigter des Gesellschaftsvermögens, womit sich dessen Liquidation erübrigt¹⁸⁰.

Die Erben ihrerseits erlangen bei Vorliegen einer Anwachsungsvereinbarung zugunsten des überlebenden (Ehegatten-)Gesellschafters keinerlei unmittelbar dingliche Berechtigung an den Objekten des Gesellschaftsvermögens. Sie sind vielmehr auf einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch verwiesen¹⁸¹.

¹⁷⁶ Zum Ganzen allgemein auch WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 80-82.

¹⁷⁷ Das gilt nicht nur für die Ehegattengesellschaft, sondern auch und ganz besonders für die Bauherrengemeinschaft.

¹⁷⁸ Bei mehr als zwei Gesellschaftern spricht man von einer Fortsetzungsklausel. Eine entsprechende Abrede ist aber auch bei einer Zweipersonengesellschaft wie der Ehegattengesellschaft möglich. Die Gesellschaft kann diesfalls naturgemäss nicht mehr Bestand haben. Vielmehr kommt es zur Gesellschaftsliquidation durch Anwachsung; so HAUSHEER/PFÄFFLI, S. 42. Deshalb wird hier für den Fall der Zweipersonengesellschaft von Anwachsungsklausel gesprochen. Vgl. allgemein für die Fortsetzungsklausel auch WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 83 ff.

¹⁷⁹ Musterurkunde VbN Nr. 621.2, Ziff. V.13. lit. d., S. 21.

¹⁸⁰ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 85, m.w.H.

¹⁸¹ Siehe BGE 100 II 379. Aus der Literatur: 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.

Wenn im *Beispiel Nr. 12*¹⁸² hinsichtlich des Grundstücks eine Ehegattengesellschaft mit Anwachsungsvereinbarung besteht, so wächst der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Ehemannes M der überlebenden Ehegattin F an. Diese wird folglich aussergrundbuchlich zur Alleineigentümerin des Grundstücks.

Dem Grundbuchamt ist als Ausweis ein Todesschein sowie der Gesellschaftsvertrag mit der Anwachsungsvereinbarung einzureichen¹⁸³. M wird alsdann im Grundbuch mit deklaratorischer Wirkung gestrichen. F ist damit Alleineigentümerin. Den Erben S und T steht ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch gegen F zu¹⁸⁴. Eine Zustimmung der Erben zur grundbuchlichen Abwicklung ist bei Vorliegen einer Anwachsungsvereinbarung zugunsten des überlebenden Ehegatten nicht erforderlich¹⁸⁵. Gestützt auf diese Belege kann der Notar auch eine entsprechende Feststellungsurkunde zuhanden des Grundbuchamtes errichten¹⁸⁶.

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 Formen¹⁸⁷. Aus Überlegungen der Beweissicherung und zwecks Herstellung eines Beleges zuhanden des Grundbuchamtes ist die Abfassung der Klausel in Schriftform unbedingt zu empfehlen¹⁸⁸. Wird – wie es häufig der Fall ist – die einfache Gesellschaft unter Ehegatten im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundeigentum eingegangen, so wird die Anwachsungsvereinbarung regelmässig in den Grundstückskaufvertrag aufgenommen, ist mithin in der öffentlichen Urkunde enthalten¹⁸⁹.

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 belastet werden, als der Erblasser selber belastet worden wäre, wenn er lebzeitig aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre¹⁹⁰. In allen Zweifelsfällen empfiehlt es sich

¹⁸² VI.4.1. hievor.

¹⁸³ Vgl. auch WOLF, Notarielle Feststellung, S. 253.

¹⁸⁴ Zu alledem WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 86 f.

¹⁸⁵ Zum Ganzen auch bereits WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 64 f.

¹⁸⁶ Vgl. als Beispiel Musterurkunde VbN Nr. 557.

¹⁸⁷ BGE 116 II 53; HAUSHEER, Abgrenzung, S. 95 f.; BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 545/546 OR.

¹⁸⁸ Zum Ganzen WOLF, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte, S. 84, m.w.H.

¹⁸⁹ Vgl. so Musterurkunde VbN Nr. 621.2, Kauf- und Werkvertrag, III.13.d., S. 21.

¹⁹⁰ 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.

freilich, unter Beschreibung des Grundsatzes des sichereren Weges die Formen der Verfügungen von Todes wegen einzuhalten¹⁹¹.

5. Vor- und Nachteile der Ehegattengesellschaft

Der Vorteil der einfachen Gesellschaft besteht insbesondere darin, dass es mit ihr möglich ist, für den Fall des Ablebens eines (Ehegatten-)Gesellschafters eine Akkreszenzklausel zu vereinbaren. Diese führt zu einer Anwachsung des Gesellschaftsvermögens und damit auch von Grundstücken an den überlebenden Ehegatten, ohne dass die Erben zustimmen bräuchten^{192 193}. Wenn dabei aber die gesellschafts- und güterrechtlichen Konsequenzen besonders für den Fall der Auflösung der Ehegattengesellschaft nicht bedacht werden, können sich – namentlich im Falle der Scheidung – nicht vorhergesehene und wohl auch nicht übereinstimmend gewollte Ergebnisse einstellen. Diese Konsequenzen sind auf jeden Fall vorgängig zu beachten und es trifft den Notar auch eine entsprechende Belehrungspflicht. Im Allgemeinen wird es sich empfehlen, beim Eingehen einer einfachen Gesellschaft unter Ehegatten die Beteiligungs- und Kapitalverhältnisse ausdrücklich vertraglich zu regeln. Eine Vereinbarung ist insbesondere für die Beteiligung anlässlich der Liquidation der Gesellschaft zu treffen¹⁹⁴. 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)¹⁹⁵. Bei nur einseitiger Aufbringung der Eigenmittel durch einen Ehegatten allein, ist allenfalls von vornherein Alleineigentum des entsprechenden Ehegatten vorzuziehen.

¹⁹¹ Zum Ganzen WOLF, Ehegattengesellschaft, S. 65 f.; weiter bereits WOLF, Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte, S. 85, m.w.H.

¹⁹² VI.4.3. soeben.

¹⁹³ Diesbezüglich dieselbe Wirkung lässt sich im Güterstand der Gütergemeinschaft mit einer integralen Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten erreichen; dazu IV.3.3. hievor.

¹⁹⁴ 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. Dazu HAUSHEER, Ehegattengesellschaft, S. 623; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.79. Ausführlich: BRAM, Gemeinschaftlicher Erwerb, S. 142 ff.; HOHL, S. 149 ff.; je m.w.H.

¹⁹⁵ Dazu schon die Ausführungen zu Beispiel Nr. 9 hievor i.f.; sodann HAUSHEER/LINDENMEYER LIEB, S. 21 f.

VII. Gemeinschaftliches Eigentum im Kontext des Ehe-, Erb- und Scheidungsrechts

1. Einleitung

Neben den erörterten spezifischen güter-, sachen- und gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ist beim Erwerb von Grundstücken durch Ehepaare an die allgemeinen Bestimmungen des Ehe- und des Scheidungsrechts zu denken. Hervorzuheben ist namentlich die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 169 ZGB sowie die Auswirkungen einer Scheidung auf die Nutzung der Familienwohnung, Art. 121 ZGB.

2. Verfügungsbeschränkung

Dass bei gemeinschaftlichem Eigentum grundsätzlich¹⁹⁶ immer beide Mit- bzw. Gesamteigentümer über das Grundstück verfügen müssen, versteht sich von selbst. Aber auch bei Alleineigentum eines Ehegatten bleibt der andere nicht völlig schutzlos. Handelt es sich beim betreffenden Grundeigentum um die «Wohnung der Familie», schränkt Art. 169 ZGB das Verfügungsrecht des Eigentümers ein.

Familienwohnung im Sinne der erwähnten Norm ist «jene Wohnung, die nach dem Willen der Ehegatten dauernd als gemeinsame Unterkunft dient oder bestimmungsgemäss dienen sollte»¹⁹⁷. In der Regel wird dies nur auf eine Wohnung zutreffen, nämlich jene, in der sich der Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens abspielt. Hingegen sind Zweit- und Ferienwohnungen nicht durch Art. 169 ZGB geschützt¹⁹⁸. Wie das Bundesgericht festhält, soll Art. 169 ZGB verhindern, dass derjenige «Ehegatte, der die dinglichen oder obligatorischen Rechte an der Familienwohnung innehat, den anderen Ehegatten gegen dessen Willen der für ihn lebenswichtigen Wohnung beraubt»¹⁹⁹. Konkret besteht der Schutz darin, dass bestimmte Rechtsgeschäfte, welche den Verlust oder eine Minderung der Rechte nach sich ziehen könnten, nur mit Zustimmung des Nicht-Eigentümers zulässig sind. Der Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte ist im Einzelnen allerdings umstritten²⁰⁰. Während die Veräusserung zweifellos dazu gehört, gilt Gleiches nicht unbedingt auch für die Belastung mit einer Hypothek. Art. 169 ZGB sollte

¹⁹⁶ Abweichungen sind im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages allerdings denkbar.

¹⁹⁷ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 14 zu Art. 169 ZGB.

¹⁹⁸ Anstatt vieler: DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, S. 129 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 08.103.

¹⁹⁹ BGE 114 II 396 E. 5.a.; vgl. auch BGE 136 III 257 E. 2.1

²⁰⁰ Zusammenfassend BSK-SCHWANDER, N. 15 f. zu Art. 169 ZGB, m.w.H.

allerdings dann zur Anwendung kommen, wenn die hypothekarische Belastung «eine echte Gefahr für die Familienwohnung darstellt», nämlich dann, wenn sie «eine derartige Höhe erreicht, dass eine Zwangsverwertung des Grundstücks in greifbare Nähe rückt oder wenn sie zwar unter der üblichen Belastungsgrenze liegt, aber offensichtlich dennoch geeignet ist, der Familie die Familienwohnung zu entziehen»²⁰¹.

3. Familienwohnung in der Scheidung

Im Zusammenhang mit einer Scheidung, kann es für einen Ehegatten und/oder für die Kinder besonders wichtig sein, in der bisherigen Wohnung bleiben zu dürfen. Vor diesem Hintergrund dient Art. 121 ZGB dem Schutz des Ehegatten, der wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen Gründen auch nach der Scheidung auf die Familienwohnung angewiesen ist. Steht die Familienwohnung im Alleineigentum eines Ehegatten, kann das Gericht dem anderen Partner ein befristetes Wohnrecht nach Art. 776 ff. ZGB einräumen. Ob ein wichtiger Grund für ein solches Vorgehen vorliegt, ist nach einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden. Dabei können nicht nur objektive Kriterien (wie bspw. Arbeitsweg, Kontinuität für die Kinder, besondere Einrichtung für die Bedürfnisse eines Ehegatten) sondern auch Affektionsinteressen von Bedeutung sein²⁰². Das Wohnrecht ist entgeltlich (Art. 121 Abs. 3 ZGB spricht von einer «angemessenen Entschädigung») und muss von Gesetzes wegen befristet werden. Ein nachträglicher wichtiger Grund kann zu einer vorzeitigen Aufhebung des Rechts führen.

Steht das Grundstück im Mit- oder Gesamteigentum der Ehegatten, führt die Scheidung in aller Regel zu einer Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Für den Fall des Miteigentums bestimmt Art. 205 Abs. 2 ZGB, dass derjenige Ehegatte, der ein überwiegendes Interesse nachzuweisen vermag, die ungeteilte Zuweisung des Vermögenswertes gegen Entschädigung verlangen kann. Gegenüber der blossen Einräumung eines Wohnrechts führt dies zu einer Verstärkung der Stellung desjenigen Ehegatten, der nach Auflösung der Gemeinschaft auf die Wohnung angewiesen ist. Zudem kann von Bedeutung sein, dass Art. 205 Abs. 2 ZGB – anders als Art. 121 ZGB – nicht nur auf die Familienwohnung Anwendung findet, sondern auf beliebige Vermögenswerte im Miteigentum beider Ehegatten. Im vorliegenden Kontext ist etwa an eine Ferienliegenschaft zu denken.

Eine Parallelnorm zu Art. 205 Abs. 2 ZGB bei Auflösung des Gesamteigentums fehlt. Die Lehre geht aber überwiegend davon aus, dass die genannte

²⁰¹

BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 46a zu Art. 169 ZGB, m.w.H.

²⁰²

HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.23 f.

Bestimmung bei Auflösung der Ehegattengesellschaft analog anwendbar ist²⁰³.

4. Güter- und erbrechtliche Zugrechte bei Auflösung der Ehe durch Tod

Eine weitere gesetzliche Vorkehr zum Schutz des Nicht-Eigentümerehegatten besteht darin, dass bei Auflösung der Ehe durch Tod der überlebende Ehegatte sowohl güter- wie auch erbrechtlich ein «Zugsrecht» mit Bezug auf die Familienwohnung besitzt.

Der güterrechtliche Anspruch auf Beteiligung am Vorschlag besteht zwar in einem Wert- und nicht in einem Sachanspruch, was dann ungünstig ist, wenn sich die Liegenschaft, die der überlebende Ehegatte übernehmen möchte, sich im Alleineigentum des Vorverstorbenen befand. Gemäss Art. 219 ZGB kann der überlebende Ehegatte allerdings in dieser Situation auf Anrechnung an seinen Beteiligungsanspruch entweder die Einräumung eines Wohnrechts oder aber, wo die Umstände es rechtfertigen, die Zuteilung des Eigentums verlangen (Art. 219 ZGB)²⁰⁴. Derjenige Ehegatte, der zu Lebzeiten bereits Mit- oder Gesamteigentümer der Liegenschaft war, ist insofern noch etwas besser gestellt, als er sich für die Zuteilung des Alleineigentums auf Art. 205 Abs. 2 ZGB berufen kann²⁰⁵ oder aber auf eine gesellschaftsrechtliche Anwachungsklausel²⁰⁶.

Zum güterrechtlichen Anspruch auf Zuteilung der ehelichen Wohnung bzw. des ehelichen Hauses tritt der erbrechtliche Teilungsanspruch von Art. 612a ZGB. Diese Bestimmung ist dann von Bedeutung, wenn der überlebende Ehegatte aus Güterrecht nur einen Nutzungsanspruch erwerben könnte oder sein obligatorischer Ausgleichsanspruch zu gering ist, als dass eine Zuteilung nach Art. 219 ZGB in Frage kommt. Der erbrechtliche Zuweisungsanspruch setzt nach seinem Zweck voraus, dass der überlebende Ehegatte zur Beibehaltung der bisherigen Lebensweise auf die Wohnung bzw. das Haus angewiesen ist²⁰⁷.

²⁰³ Anstatt vieler: BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11 zu Art. 205 ZGB, m.w.H.; das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht beantworten müssen, vgl. BGer 5A_283/2011 vom 29. August 2011 E. 2.2.1.

²⁰⁴ Siehe dazu u.a. BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 10 ff. zu Art. 219 ZGB.

²⁰⁵ Hievor V.6.

²⁰⁶ Hievor VI. 4.1.

²⁰⁷ Siehe dazu auch AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz. 03.15, m.w.H. Ausführlich zu den Voraussetzungen der Zuweisung neuerdings BK-WOLF/EGGEL, N. 12 ff. zu Art. 612a ZGB, besonders zum Eigenbedarf des überlebenden Ehegatten N. 20 zu Art. 612a ZGB.

VIII. Weitere Aspekte der Rechtsgeschäftsplanung beim Erwerb von Grundstücken

1. Einleitung

Abgesehen von den dargelegten ehe- und güterrechtlichen Aspekten der Planung ist – je nach konkreter Ausgangslage – weiteren Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen nachfolgend einige davon in geraffter Form dargestellt werden.

2. Haftung

Die Wahl von Allein- oder gemeinschaftlichem Eigentum hat Rückwirkungen auf die Haftung. Dies betrifft einerseits die Haftung für Hypothekarkredite: Bei gemeinschaftlichem Eigentum müssen beide Mit- bzw. Gesamteigentümer nicht nur mit dem Grundstück, sondern darüber hinaus auch persönlich für den Kredit einstehen. Für den finanziell schwächeren Ehegatten kann dies zu einem überproportionalen Risiko werden, insbesondere in Zeiten der Ehekrise, bspw. wenn der wirtschaftliche stärkere Ehegatte die Familienwohnung verlässt und die Ansprüche der Bank nicht mehr befriedigt. Umgekehrt hat das gemeinschaftliche Eigentum den Vorteil, dass bei Veränderungen der vertraglichen Grundlage der Hypothekarkredite stets beide Ehegatten einbezogen werden müssen, während bei Alleineigentum ein (eingeschränkter) Schutz nur nach Art. 169 ZGB besteht²⁰⁸.

Andererseits sollte jeder (Mit- bzw. Gesamt-)Eigentümer an die nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 684 ff. i.V.m. Art. 679 f. ZGB sowie an die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 f. OR denken. Zumindest Letztere wird allerdings regelmässig durch eine entsprechende Haftpflichtversicherung gedeckt sein.

3. Steuerrechtliche Aspekte

Die Wahl von Allein- bzw. gemeinschaftlichem Eigentum kann sodann mit Bezug auf das Steuerrecht von Bedeutung sein. Auch hier lässt sich nicht unabhängig von den konkreten Umständen die eine oder andere Art des gemeinsamen Eigentums empfehlen. Allerdings lohnt es sich im *Einzelfall* zu klären, welche Steuerfolgen sich beim Erwerb und der späteren Veräusserung des Grundeigentums ergeben können. Beispielsweise kann es steuerlich höchst unvorteilhaft sein, nach der gewinnbringenden Veräusserung eines im

²⁰⁸ Hievor VII.2.

Alleineigentum eines Ehegatten stehenden Grundstücks den Erlös für den gemeinschaftlichen Erwerb eines neuen Grundstücks zu verwenden, weil der bisherige Alleineigentümer diesfalls – je nach Erwerbspreis des neuen Grundstücks – u.U. nicht den gesamten Grundstücksgewinn in seinen hälftigen Anteil am neuen Grundstück reinvestieren kann, womit die Grundstücksgewinnsteuer vorzeitig fällig wird²⁰⁹.

4. Schutz vor Gläubigerzugriff

Das Haftungssubstrat der Gläubiger von Ehegatten, die dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung unterstehen, umfasst nach Art. 202 ZGB das gesamte Vermögen des Schuldner-Ehegatten – und dies ungeachtet der Geldflüsse, die im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung stattfänden²¹⁰. Gemeinschaftliches Eigentum kann in diesem Kontext *sowohl Vor- wie auch Nachteile* bringen. Wird bspw. aus ideellen Gründen Miteigentum begründet, obschon die Finanzierung der Liegenschaft überwiegend aus Eigengut eines Ehegatten erfolgt, so droht der Ersatzanspruch nach Art. 206 ZGB im Rahmen des Konkurses des anderen, wirtschaftlich schwächeren Ehegatten verloren zu gehen²¹¹. Denn faktisch gewährt der hauptsächlich finanzierende Ehegatte dem anderen Miteigentümer ein ungesichertes Darlehen²¹². Ist ein Ehegatte selbständig erwerbstätig und einem erhöhten unternehmerischen Risiko ausgesetzt, kann sich daher aufdrängen, mindestens das Vermögen des anderen Ehegatten dem Gläubigerzugriff zu entziehen. Auf eine *Investition in Vermögenswerte (Alleineigentum, Miteigentums- oder Gesellschaftsanteile) des Selbständigerwerbenden* ist daher zu verzichten. Die Optimierung des Schutzes vor Gläubigerzugriff sollte allerdings nicht so weit gehen, dass die gefundene Lösung bei Auflösung der Ehe – namentlich im Scheidungsfall – zu anderweitigen Nachteilen führt. Dies würde bspw. bei einer Schenkung der im Eigentum des Unternehmers stehenden Liegenschaft an den anderen Ehegatten zutreffen, lässt sich doch eine solche Zuwendung in der Ehekrise nicht beliebig rückabwickeln²¹³.

²⁰⁹ Vgl. zum Ganzen AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz. 08.110ff. und 08.124, je m.w.H.

²¹⁰ AEBI-MÜLLER, Gläubigerzugriff, S. 191.

²¹¹ AEBI-MÜLLER, Gläubigerzugriff, S. 192.

²¹² AEBI-MÜLLER, Gläubigerzugriff, S. 208.

²¹³ Vgl. AEBI-MÜLLER, Optimale Begünstigung, Rz. 08.72 ff.; DIES., Gläubigerzugriff, S. 193 und 211; exemplarisch zu einer simulierten Schenkung eines Miteigentumsanteils BGer 5C.279/2006 vom 31. Mai 2007.

5. (Fehlendes) Familiäres Einvernehmen

Ein weiterer Gesichtspunkt der Planung betrifft die Frage, wie der überlebende Ehegatte bei fehlendem familiärem Einvernehmen möglichst optimal abgesichert werden kann. Kann aufgrund der konkreten Familienkonstellation nicht mit einem raschen, unstrittigen Abschluss der erbrechtlichen Teilung gerechnet werden, wird – neben gezielten güter- und erbrechtlichen Vorkehren – bspw. eine gesellschaftsrechtliche *Anwachsungsklausel* in den Vordergrund rücken, welche den überlebenden Ehegatten aussergrundbuchlich und ohne Mitwirkung der Miterben zum Alleineigentümer macht²¹⁴. Zudem drängt sich eine *sorgfältige Dokumentation* der Vermögensflüsse auf, damit allfällige Ansprüche (z.B. aus Art. 206 ZGB) tatsächlich durchgesetzt werden können. Empfehlenswert ist sodann, wie bereits erwähnt²¹⁵, die Erstellung eines *güterrechtlichen Inventars*.

IX. Schlussbemerkungen

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten regelmässig ein überaus komplexes Thema darstellt. Zentral ist die Erkenntnis, dass es keine Patentlösungen und keine allgemein gültige Antworten gibt, sondern dass vielmehr *jeder Einzelfall für sich unter den für die betroffenen Ehegatten jeweils massgebenden Aspekten* – wie etwa persönliche und familiäre Situation, wirtschaftliche Situation, namentlich Herkunft der Mittel für die Finanzierung, Absichten der Ehegatten, Zukunftsplanung, erbrechtliche Situation, Steuerrecht usw. – *konkret zu prüfen ist*. Was die rechnerische Situation betrifft, lässt sich insofern auch nicht einfach pauschal auf die in diesem Beitrag enthaltenen Beispiele abstellen, die subjektiv ausgewählt nur gewisse typische Konstellationen abdecken, denn letztlich hängt alles von den im einzelnen Fall gegebenen Parametern – wie sie in einer nahezu beliebigen Vielzahl denkbar sind – ab²¹⁶.

Des Weiteren lässt sich festhalten²¹⁷, dass die Begründung von gemeinschaftlichem Eigentum aus ideellen Gründen zwar gerechtfertigt sein kann, und oftmals ist das gerade der Hauptzweck dieser Rechtsinstitute. Freilich sind mit dem Erwerb eines Grundstücks zu Alleineigentum eines – des hauptsächlich oder vollständig finanzierenden – Ehegatten oftmals keine nennenswerten Nachteile verbunden, weil der Gesetzgeber im Rahmen des Ehe-, Schei-

²¹⁴ Dazu VI.4.3. hievor.

²¹⁵ III. hievor.

²¹⁶ Siehe in diesem Sinne auch STEINAUER/FOUNTOULAKIS, S. 20.

²¹⁷ Zum Folgenden insgesamt und teilweise wörtlich auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.97.

dungs-, Güter- und Erbrechts interessenmässig in vielerlei Hinsicht vorgesorgt hat. Es ist Aufgabe der Urkundspersonen, die Ehegatten darüber sowie über die Chancen und Risiken des gemeinschaftlichen Eigentums *zu belehren und zu beraten*. Illustrativ dafür ist der Entscheid BGer 5A_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3 betreffend einen Ehevertrag, wo das Bundesgericht unterstreicht, bei solchen Verträgen seien «die Anforderungen an die notarielle Belehrung hoch und i.d.R. eine eigentliche notarielle Rechtsberatung notwendig». Analoges muss für Grundstückserwerbsgeschäfte gelten, welche im praktischen Ergebnis weitreichende güterrechtliche und sonstige rechtliche Konsequenzen haben. Der blosser Verweis auf Musterurkunden nach dem Motto «das haben wir hier immer so gemacht» dürfte den heutigen Sorgfaltsmassstäben nicht (mehr) genügen und könnte für Urkundspersonen zu einem ernsthaften Haftungsrisiko werden.

Im direkten Vergleich zwischen Miteigentum und Gesamteigentum²¹⁸ kraft Ehegattengesellschaft ist bei Letzterer die grosse Flexibilität in der vertraglichen Gestaltung hervorzuheben; mit dieser kann auch einer unterschiedlichen wirtschaftlichen Stärke der Ehegatten Rechnung getragen werden. Einen weiteren Vorzug der Ehegattengesellschaft bildet die Möglichkeit der Vereinbarung einer Anwachsungsklausel, welche es dem überlebenden Ehegatten erlaubt, das Grundstück zu Alleineigentum zu erwerben, ohne darüber eine güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung vornehmen zu müssen. Die Ehegattengesellschaft kann aber auch zu unnötigen Verkomplizierungen und je nach wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten zu besonderen Risiken für den einzelnen – namentlich den finanzschwächeren – Ehegatten führen. Die entsprechenden Punkte sind diesfalls zu prüfen und ausdrücklich zu regeln, je nach Situation in einem Gesellschafts- oder Ehevertrag bzw. in einer sonstigen Vereinbarung.

²¹⁸ Dazu wiederum und teilweise wörtlich HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.98.