

Résumé: S'agissant de la question de la reprise d'une activité lucrative par le conjoint créancier de l'entretien, la présomption selon laquelle celle-ci ne peut plus être raisonnablement imposée au-delà de 45 ans sert de ligne directrice depuis des décennies. Dans une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a de manière formelle et à maintes reprises souligné que la limite d'âge tendait à être augmentée à 50 ans. La Haute Cour se réfère à sa propre jurisprudence, mais à y regarder de plus près, celle-ci ne permet pas d'attester cette tendance de façon absolue. Même si les répercussions de cette jurisprudence ne doivent pas être surestimées étant donné qu'il faut également tenir compte des circonstances du cas concret, il serait néanmoins souhaitable que cette jurisprudence puisse également s'appuyer sur des arguments convaincants et des critères tirés de la réalité.

Immobiliareigentum der Ehegatten in der Errungenschaftsbeteiligung – kritische Auseinandersetzung mit der neueren Bundesgerichtspraxis

Christina Reinhardt, lic. iur., Advokatin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Basel

Stichwörter: Ordentlicher Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Immobilienbesitz der Ehegatten, Liegenschaften, Alleineigentum, Miteigentum, Gesamteigentum, Ehegattengesellschaft, güterrechtliche Auseinandersetzung, güterrechtliche Ersatzforderungen, konjunktureller Mehrwert bzw. Minderwert.

Mots clefs: Régime ordinaire de la participation aux acquêts, propriété immobilière des époux, immeubles, propriété exclusive, copropriété, propriété commune, communauté conjugale, liquidation du régime matrimonial, récompenses dans le régime matrimonial, plus-value ou moins-value conjoncturelle.

I. Grundsatz der Unabänderlichkeit der Gütermassen in der Errungenschaftsbeteiligung

Die güterrechtliche Regelung der Errungenschaftsbeteiligung im ZGB folgt dem Prinzip der Unabänderlichkeit der Gütermassen.¹ Jeder Vermögenswert der Ehegatten ist einer Gütermasse zuzuordnen und bleibt für die ganze Dauer des Güterstandes in dieser Gütermasse. Das güterrechtliche Surrogationsprinzip² verschafft dem Grundsatz der Unabänderlichkeit auch Nachachtung, wenn der betreffende Vermögenswert veräussert wird, diesfalls gehört der Veräusserungserlös oder der damit erworbene neue Vermögenswert an seiner Stelle in dieselbe Gütermasse. Die Ersatzforderungen einer Gütermasse gegenüber einer anderen Gütermasse gemäss Art. 206 und 209 ZGB führen das Prinzip der Unabänderlichkeit der Gütermassen bei blossen Finanzierungsbeiträgen fort, indem sie den auf die andere Gütermasse entfallenden Anteil wertmässig der betreffenden Gütermasse erhalten. Aus dem Prinzip der Unabänderlichkeit der Gütermassen folgt auch, dass die Wertveränderung eines Vermögensgegenstandes in derjenigen Gütermasse anfällt, zu der der jeweilige Ver-

1 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 196 N 2 f.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 196 ZGB, N 21; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 196 ZGB, N 7.
2 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 197 N 28 f.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB, N 106 ff.; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197 ZGB, N 36 ff.

mögenswert gehört bzw. bei bloss partieller Finanzierungsbeteiligung die Ersatzforderung prozentual an der Wertveränderung teilhat.³

II. Varianten des Liegenschaftseigentums in der Ehe

Für die Zuordnung der Liegenschaft ins Eigentum des einen oder anderen Ehegatten ist ausschliesslich die grundbuchliche Registrierung als Grundeigentümer massgeblich, ungeachtet der Herkunft der investierten Mittel.⁴ Die Herkunft der investierten Kapitalien entscheidet in einem zweiten Schritt über die Zuweisung zu den güterrechtlichen Massen.

Die Ehegatten können jeder für sich Eigentümer von Liegenschaften sein, ob bereits vorehelich oder aufgrund eines Erwerbs während der Ehe. Die Ehegatten können aber auch gemeinschaftliches Eigentum an einer Liegenschaft haben, sei es als Miteigentum gemäss Art. 646 ff. ZGB oder als Gesamteigentum gemäss Art. 652 ff. ZGB.⁵ Abgesehen von den eher seltenen Fällen, in welchen die Ehegatten während des vorehelichen Zusammenlebens bereits gemeinschaftliches Liegenschaftseigentum begründen, dürfte es sich bei gemeinschaftlichem Eigentum hauptsächlich um während der Ehe erworbene Immobilien handeln. Den Ehegatten steht dabei die Wahl zwischen beiden gemeinschaftlichen Eigentumsformen offen, sie entscheiden sich beim Erwerbsakt mehr oder weniger bewusst für eine Variante. Je nach Region ist die eine bzw. andere Form des gemeinschaftlichen Eigentums üblicher,⁶ sodass die Usanzen und die entsprechende Empfehlung des Notars oft die Wahl massgeblich mitbeeinflussen dürfte. Nichtsdestotrotz handelt es sich aber um eine Wahlentscheidung der Ehegatten, die die entsprechende Zuordnung mit all ihren Konsequenzen nach sich zieht und ziehen soll.

3 Bei Ersatzforderungen der anderen Gütermasse desselben Ehegatten gemäss Art. 209 ZGB besteht Teilhabe sowohl am Mehr- als auch am Minderwert, bei Ersatzforderungen einer Gütermasse des anderen Ehegatten gemäss Art. 206 ZGB beschränkt sich die Beteiligung auf Mehrwerte, während eine Teilhabe am Minderwert aufgrund der Nennwertgarantie im letzten Teilsatz von Art. 206 Abs. 1 ZGB ausgeschlossen ist.

4 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 196 N 4 ff.

5 Im Verhältnis zwischen Miteigentum und Gesamteigentum besteht eine Vermutung zugunsten des Miteigentums, vgl. BaslerKomm/WICHTERMANN, Art. 652 ZGB, N 15 und Art. 646–654a ZGB, N 12 ff. Bei Immobiliareigentum sollte allerdings immer dem Grundbuch zu entnehmen sein, ob es sich um Mit- oder Gesamteigentum handelt, vgl. auch CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 196 N 5. Zum Vergleich zwischen Mit- und Gesamteigentum an Liegenschaften bei Ehegatten vgl. insbesondere auch BRÄM, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Bern 1997.

6 Sehr häufig ist die Ehegattengesellschaft mit Gesamteigentum beispielsweise in der Nordwestschweiz anzutreffen. In der Ostschweiz ist Miteigentum dagegen gebräuchlicher und – wie die nachfolgend kritisierten Bundesgerichtsentscheide zeigen – wohl auch in der Westschweiz.

Je nach der gewählten Eigentumsvariante bestimmt sich die Verfügungsberechtigung während der Dauer dieses Immobiliareigentums: So hat der alleinige Eigentümer – vorbehaltlich der Bestimmungen zum Schutze der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB⁷ – freie Verfügungsmacht, er kann die Liegenschaft ohne jede Mitsprache seines Ehegatten belehnen, vermieten oder verkaufen. Beim Miteigentum, das die jeweiligen Eigentumsanteile grundsätzlich als eigenständige verkehrsfähige Objekte gewährleistet,⁸ kann jeder Miteigentümer in den Grenzen der Rechtsordnung über seinen Anteil verfügen, ihn namentlich ohne Mitsprache des anderen gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB veräussern, wobei allerdings aufgrund von Art. 682 ZGB ein Vorkaufsrecht des anderen Miteigentümers besteht und der Schutz der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB ebenfalls zu Einschränkungen führen kann. Eine zusätzliche Beschränkung der Verfügungsberechtigung des Miteigentümers ergibt sich aus Art. 201 Abs. 2 ZGB.⁹

Demgegenüber sind bei Gesamteigentum Verfügungen nur einstimmig durch alle Gesamteigentümer gemeinsam möglich. Ehegatten entscheiden sich deshalb oft dafür, ihr Haus als eine einfache Gesellschaft gesamthänderisch zu erwerben, um jedem von ihnen ein umfassendes Vetorecht zu verschaffen und das Einstimmigkeitsprinzip umfassend zu verankern. Ehegatten, die diesen Aspekt in den Vordergrund rücken, um ihr Familiendomizil willkürlichen Verfügungen eines von beiden zu entziehen, verkennen allerdings, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung Alleingänge bereits weitestgehend ausschliessen.

Die Wahl der konkreten Eigentumsgestaltung entscheidet auch über die jeweiligen Ansprüche im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auflösung. So bestimmt sich nach dem Eigentum, wer sachenrechtlich die Liegenschaft für sich beanspruchen kann. Grundsätzlich ist dies der alleinige Eigentümer und gemäss Art. 205 Abs. 2 ZGB derjenige Miteigentümer mit dem überwiegenden Interesse, soweit er den an-

7 Ungeachtet seiner alleinigen dinglichen Berechtigung kann der Alleineigentümer ohne Zustimmung des anderen Ehegatten die Familienwohnung nicht veräussern oder anderweitig die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Einer Errichtung oder Erhöhung von Grundpfandrechten steht die Bestimmung nicht entgegen, solange nicht in Umgehungsabsicht eine Überbelastung geschaffen wird, die eine Zwangsverwertung und damit eine indirekte Veräusserung zur Folge hat, vgl. BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 169 ZGB, N 16.

8 CHK-GRAHAM-SIEGENTHALER, ZGB 646 N 3 ff.

9 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 201 ZGB, N 27 ff. halten die Bestimmung bei Grundeigentum (namentlich auch bei der Familienwohnung) für ebenfalls anwendbar, weisen aber darauf hin, dass damit lediglich das Verfügungsrecht eingeschränkt sei, nicht aber Verpflichtungsgeschäfte ausgeschlossen würden, was – je nach der praktizierten Kontrolle der Zustimmung des Ehegatten im Rahmen der grundbuchlichen Eintragung – die Bedeutung der Beschränkung bei Liegenschaftsbesitz faktisch beträchtlich relativieren würde. BRÄM dagegen schränkt nicht auf das Verfügungsgeschäft ein und fordert ausserdem vom Grundbuchverwalter eine konsequente Kontrolle, vgl. BRÄM (Fn. 5), 95.

deren Ehegatten entschädigen kann.¹⁰ Umstritten ist, ob auch die Gesamteigentümer die Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB, somit die ungeteilte Zuweisung gegen Entschädigung bei überwiegendem Interesse, beanspruchen können; die überwiegende Lehrmeinung¹¹ bejaht dies, eine höchstrichterliche Klärung steht aber noch aus.

III. Güterrechtliche Zuweisung der Liegenschaft

Die güterrechtliche Zuweisung bestimmt sich nach der Herkunft der investierten Mittel. Die güterrechtliche Zuweisung erfolgt für jede Liegenschaft oder jeden eigenständigen Liegenschaftsanteil integral zu einer einzelnen Gütermasse, allfällige Investitionen anderer Gütermassen werden mit Ersatzforderungen ausgeglichen. Die im Zeitpunkt des Erwerbs überwiegende Gütermasse entscheidet über die Zuweisung, ungeachtet späterer Mehrinvestitionen der anderen Gütermasse.¹²

Somit gehören ererbte, eingebrachte oder geschenkte Liegenschaften von vorneherein ins Eigengut des Eigentümerehegatten. Bei mit Mitteln sowohl aus Eigengut und Errungenschaft erworbenen Liegenschaften entscheidet das wirtschaftliche Übergewicht der investierten Eigenmittel, Fremdmittel (Hypotheken¹³ und Pensionskassenbezüge¹⁴) wirken bei der Zuteilung zur einen oder anderen Gütermasse neutral. Für die aus der anderen Gütermasse investierten Mittel wird eine beidseits variable Ersatzforderung gemäss Art. 209 ZGB eingesetzt, ebenso werden den Gütermassen des anderen Ehegatten mehrwertberechtigte Ersatzforderungen gemäss Art. 206 ZGB gutgeschrieben, wenn er in das Eigentum seines Ehepartners investiert hat. Bei Miteigentum ist die güterrechtliche Zuweisung für jeden Miteigentumsanteil einzeln nach denselben Prinzipien vorzunehmen. Beim Gesamteigentum sind es nicht die Liegenschaftsanteile, sondern der jeweilige Liquidationsanteil, der – gegebenenfalls mit Ersatzforderungen – einer Gütermasse zugewiesen wird.

Die Partizipation an Gewinn einer Liegenschaft bestimmt sich nach der güterrechtlichen Massenzuweisung der Finanzierungsbestandteile, sind doch sowohl Ersatzforderungen der anderen Gütermasse desselben Ehegatten gemäss Art. 209 ZGB als auch Ersatzforderungen der Gütermassen des anderen Ehegatten gemäss Art. 206 ZGB mehrwertberechtigt. Lediglich der auf die Fremdmittel entfallende Gewinn wird ungeachtet von Investitionen des anderen Ehegatten ausschliesslich dem Eigentümerehegatten bzw. dessen beiden Gütermassen im Verhältnis der jeweiligen Inves-

10 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 205 N 4 ff.

11 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 205 N 6; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB, N 32; BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 205 ZGB, N 11. Vgl. zudem Urteil des BGer, 29. 8. 2011, 5A_283/2011, das die Frage zwar offen liess, aber die Literatur dazu umfassend zusammenstellte.

12 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 196 N 7 ff.

13 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 196 N 10.

14 CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 197 N 15.

titionsbeiträge zugewiesen. Die Tragung eines allfälligen Verlusts dagegen richtet sich ausschliesslich nach den Eigentumsverhältnissen und nicht nach der Herkunft der investierten Mittel, profitieren doch Investitionen des anderen Ehegatten von der Nennwertgarantie gemäss Art. 206 ZGB.¹⁵ Selbstverständlich wird der vom Eigentümer zu tragende Verlust wiederum entsprechend der Investitionsbeiträge auf dessen Gütermassen aufgeteilt. Je nach gewählter Eigentumsvariante kann das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung markant variieren.¹⁶

IV. Fazit

Die gesetzliche Regelung verwirklicht eine faire, gut austarierte Verteilung der Vorteile und Risiken beim Liegenschaftsbesitz der Ehegatten: Derjenige Ehegatte, der Eigentümer ist, hat – vorbehaltlich der Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung – die volle Verfügungsmacht, trägt aber auch das Verlustrisiko. Ein Ehegatte, der mit seinen Gütermassen in Grundbesitz des Ehepartners investiert, gibt mit der Kontrolle über seine Gelder dank der Nennwertgarantie des Art. 206 ZGB auch das Verlustrisiko ab. Da er aber mit seinen Geldern die Investition erst möglich macht und das Güterrecht jeden Vermögensbestandteil während der ganzen Dauer der Errungenschaftsbeteiligung samt den wertmässigen Veränderungen der ursprünglichen Gütermasse erhält, wird er – sofern keine abweichende schriftliche Regelung gemäss Art. 206 Abs. 3 ZGB getroffen wurde – im Rahmen der güterrechtlichen Aufteilung entsprechend seinem Investitionsbeitrag am realisierten Gewinn beteiligt. Sein Risiko beschränkt sich auf die Inkassorisiken gegenüber seinem Ehepartner. Die Ehegatten haben somit die Wahl, mit der gewählten Eigentumsaufteilung die Kontrollmöglichkeiten über das Grundeigentum und parallel dazu die Risikoverteilung zu gestalten: wählen sie die Form der einfachen Gesellschaft mit Gesamteigentum, verschaffen sie beiden dieselbe umfassende Rechtsposition und damit auch

15 Die Nennwertgarantie bezieht sich auf die Summe aller Investitionen in verschiedene Vermögenswerte, die Mehrwertbeteiligung wird aufgrund einer Globalabrechnung ermittelt. Dementsprechend kann, wenn die Investitionen gesamthaft einen Mehrwert erbracht haben, sehr wohl auch bei Ersatzforderungen nach Art. 206 ZGB eine Investition des anderen Ehegatten an einem Mindervorteil beteiligt sein. Vgl. dazu BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 206 ZGB, RN 41 ff. und CHK-RUMO-JUNGO, ZGB 206 N 17.

16 Vgl. beispielhafte Berechnungen der jeweiligen güterrechtlichen Auseinandersetzungen in den Varianten Alleineigentum Ehemann, Alleineigentum Ehefrau, hälftiges Miteigentum und Gesamteigentum aufgrund des Sachverhalts des Entscheids des BGer, 31. 11. 2012, 5A_464/2012, FamPra.ch 2013, 718 ff. Die Variante Gesamthandeneigentum entspricht der ersten Berechnungstabelle, die die fälschlicherweise vom Bundesgericht für hälftiges Miteigentum praktizierte Berechnung wiedergibt. Die zweite Tabelle zeigt die Berechnung bei Alleineigentum des Ehemannes, die dritte Tabelle gibt die Variante Alleineigentum der Ehefrau wieder und in der vierten Tabelle ist die Miteigentumsvariante abgebildet.

eine je hälftige Gewinn- und Verlustteilung ungeachtet der investierten Mittel. Entscheiden sie sich für Miteigentum, tragen beide die Risiken im Umfang ihres Miteigentumsanteils mit, während die Gewinnverteilung sich nach den eingesetzten Mitteln richtet. Bei Alleineigentum eines Ehegatten schliesslich sind die gesamten Risiken beim Eigentümer, während die Gewinnchancen nach den investierten Kapitalien aufgeteilt werden.

Umso bedenklicher erscheinen die jüngsten Entscheide der zweiten Zivilkammer des Bundesgerichts,¹⁷ die diese Grundsätze missachten. Entsprechend wurden diese Urteile in der Literatur heftig kritisiert.¹⁸ Das Bundesgericht verwechselt offenkundig hälftiges Miteigentum mit einer einfachen Gesellschaft und Gesamteigentum der Ehegatten. Darauf lässt beispielsweise die Bemerkung des Bundesgerichts schliessen, dass vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung das Miteigentumsverhältnis liquidiert werden müsse. Für ein Gesamthandsverhältnis wäre dies zutreffend, kann dort doch nur der jeweilige Liquidationsanteil der Ehegatten in die güterrechtliche Auseinandersetzung einbezogen werden, was zwangsläufig die vorherige Liquidation der einfachen Gesellschaft voraussetzt. Auch dass das Bundesgericht in den Erwerbsvertrag, mit welchem die Liegenschaft zu je hälftigem Miteigentum erworben wurde, selbstverständlich eine Abrede über die hälftige Aufteilung des Gewinns ungeachtet der Finanzierungsbeiträge hineininterpretiert und damit eindrücklich verkennt, dass eine Aufhebung der Mehrwertbeteiligung für Ersatzforderungen gemäss Art. 206 Abs. 3 ZGB der ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung bedarf, ist nur mit der Anwendung der Regeln über das Gesamthandsverhältnis und die Ehegattengesellschaft erklärbar. Zwar ist denkbar, dass in beiden vom Bundesgericht beurteilten konkreten Fällen trotz der Ausgestaltung als je hälftiges Miteigentum eine nicht formbedürftige Abrede zur Eingehung einer einfachen Gesellschaft betreffend die Liegenschaft von den Ehegatten getroffen wurde, auch wenn der jeweilige Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür hergibt. Diesfalls müssten aber – angesichts der Formbedürftigkeit des Immobiliarsachenrechts – die beiderseitigen Miteigentumsanteile mit notariellem Akt ins Gesamteigentum der Parteien überführt werden, erst damit würde das beiderseitige Liegenschaftseigentum formell korrekt als Gesellschafterbeitrag in die einfache Gesellschaft eingebracht und müsste in der Folge bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach vorgängiger Liquidation mit dem beiderseitigen Liquidationsanteil in die Gütermassen eingeordnet werden. Man kann

17 BGer, 17.2.2012, 5A_352/2011 = BGE 138 III 150 = Pra 2012 Nr. 101 = FamPra.ch 2012, 731 ff. sowie BGer, 31.11.2012, 5A_464/2102, FamPra.ch 2013, 475 ff.

18 AEBI-MÜLLER, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn?, ZBJV 2012, 658 ff.; AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter 13.8.2012; STEINAUER, 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 25.3.2013; WOLF/THUT/SCHMUKI, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 2013, 658 ff.; REINHARDT, FamPra.ch 2013, 166 ff.; REINHARDT, FamPra.ch 2013, 718 ff.

es also drehen und wenden wie man will, mangels grundbuchlicher Erfassung als Gesamteigentum verbietet sich die Anwendung der Vorschriften über die Aufhebung der Ehegattengesellschaft und es muss die güterrechtliche Erfassung der jeweiligen Miteigentumsanteile nach den allgemeinen Güterrechtsregeln erfolgen. Und es sind – vorbehaltlich einer abweichenden schriftlichen Vereinbarung, die in beiden Bundesgerichtsfällen nicht vorlag – entsprechend den Finanzierungsbeiträgen Ersatzforderungen mit Mehrwertbeteiligung den anderen Gütermassen zuzurechnen. Es bleibt zu hoffen, dass die offenkundig falsche Praxis des Bundesgerichts bald korrigiert wird.

Zusammenfassung: Die konkrete Eigentumsausgestaltung (Alleineigentum, Miteigentum, Gesamteigentum) der Ehegatten an Immobilien bestimmt die Verfügungsberechtigung und weitgehend die Verlustbeteiligung. Demgegenüber richtet sich die Beteiligung am Mehrwert in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Unabänderlichkeit der Gütermassen nach den investierten Mitteln. Einzig eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung vermag gemäss Art. 206 Abs. 3 ZGB eine abweichende Mehrwertverteilung rechtfertigen. Eine solche Abrede gemäss Art. 206 Abs. 3 ZGB kann faktisch auch in der Vereinbarung einer einfachen Gesellschaft bestehen. Bei der einfachen Gesellschaft wird nach dem dispositiven Recht ungeachtet der jeweiligen Finanzierungsbeiträge der Gewinn oder Verlust hälftig unter den Ehegatten geteilt.

Résumé: Le régime concret de propriété (propriété exclusive, copropriété, propriété commune) des époux pour les immeubles détermine le pouvoir de disposition et, dans une large mesure, la participation aux pertes. Par contre, la participation à la plus-value dépend des fonds investis conformément au principe de l'appartenance immuable des biens à une masse. Seule une convention écrite explicite peut justifier une autre répartition de la plus-value en vertu de l'art. 206 al. 3 CC. Un tel accord selon l'art. 206 al. 3 CC peut en fait aussi résider dans la conclusion d'un contrat de société simple. Selon le droit dispositif, les bénéfices ou les pertes sont partagés par moitié entre les époux dans le cadre d'une société simple, et ce indépendamment des contributions financières de chacun.