

Die Errungenschaftsbeteiligung und -gemeinschaft am Beispiel der Schweiz*

Prof. Dr. Roland Fankhauser, LL.M.

Rechtsanwalt; Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Juristische Fakultät, Universität Basel.

I. Einleitende Bemerkungen

Wenn an diesem Symposium von der Errungenschaftsbeteiligung und der Errungenschaftsgemeinschaft in der Schweiz gesprochen werden soll, dann ist klar, dass dies einerseits nicht getan werden kann, ohne die mehrheitlich zwar bekannten, aber dennoch einleitend zu rekapitulierenden Grundzüge des schweizerischen Güterrechts darzulegen. Andererseits werde ich nicht umhin kommen, trotz des eigentlichen Übersichtstitels auch aus schweizerischer Optik das Thema der Tagung in die Betrachtungen einfließen zu lassen. Es soll auch gleich vorweggenommen werden: Die seit einigen Jahren in Deutschland geführte Diskussion¹ über die Notwendigkeit eines Gemeinschaftsgüterstandes ist in der Schweiz noch nicht angekommen, einmal abgesehen von einem entsprechenden, von der in Deutschland geführten Diskussion inspirierten Postulat, die Errungenschaftsgemeinschaft auch für ein schweizerisches Familienrecht der Zukunft vorzusehen.² Zu den Gründen für diese fehlende Problematisierung dann später.

II. Grundsätzliches zum schweizerischen Güterrecht

1. Güterrechtsunabhängiges Erbrecht

Vorab ist die aus schweizerischer Sicht geltende Selbstverständlichkeit zu erwähnen, dass güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung unabhängig zueinander stehen. Der erbrechtlichen Auseinandersetzung geht beim verheirateten Erblasser stets eine güterrechtliche vor. Was nach Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung noch im Vermögen des Erblassers verbleibt, fällt in den Nachlass. Die gesetzlichen Erbquoten sind stets gleich, unabhängig, welche güterrechtlichen Regeln anwendbar sind. Allerdings kann mit ehevertraglicher Gestaltung der Nachlass bzw. dessen Zusammensetzung und damit im Ergebnis auch der konkrete Umfang der späteren Erbquoten verändert werden. Derartige güterrechtliche Nachlassgestaltung erfolgt einerseits durch die Zuweisung der gesamten Errungenschaft an den überlebenden Ehegatten,³ andererseits durch die Änderung des Güterstandes (meist Vereinbarung der Gütergemeinschaft).

2. Der sogenannte (oder angebliche?) *numerus clausus* der Güterstände

Stets wird betont,⁴ das schweizerische Güterrecht werde beherrscht durch einen *numerus clausus* an Güterständen. Richtig daran ist zumindest, dass das schweizerische Güterrecht typologisch drei gesetzliche Güterstände kennt, die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB), die Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB)

und die Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB). Ordentlicher Güterstand ist gemäß Art. 181 ZGB die Errungenschaftsbeteiligung. Die Gütergemeinschaft kann nur vertraglich begründet werden. Die Gütertrennung schließlich, welche primär der sogenannte außerordentliche Güterstand darstellt, kann kraft gerichtlicher Anordnung oder *ex lege* eintreten oder durch Vertrag vereinbart werden. Diese Güterstände können nur insofern ehevertraglich abgeändert werden, als dies durch das Gesetz für zulässig erklärt wird (Art. 182 Abs. 2 ZGB). Dies ist aber für die einzelnen Güterstände ganz unterschiedlich geregelt. Die Gütertrennung kann gar nicht abgeändert werden. Bei der Errungenschaftsbeteiligung ist dies nur in ganz beschränktem Umfang möglich. Der wichtigste Bereich ist die Abänderung der Vorschlagsbeteiligung,⁵ d.h., wie die positive Errungenschaft bei Auflösung des Güterstandes aufzuteilen ist. Häufig sind Eheverträge, welche dem überlebenden Ehegatten die gesamte Errungenschaft bzw. beide Vorschläge zuweisen, womit bereits güterrechtlich ein Teil des Vermögens – je nach Zusammensetzung sogar das ganze – an den überlebenden Ehegatten transferiert werden kann. Dies ist nur soweit zulässig, als der Pflichtteil von nicht gemeinsamen Kindern nicht verletzt wird (Art. 216 Abs. 2 ZGB). Weitere Abänderungsmöglichkeiten sind untergeordnet und betreffen den Ertrag von Eigentum⁶ und die für die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes dienenden Vermögenswerte, welche ehevertraglich als Eigentum bestimmt werden können.⁷ Ganz anders hingegen die Situation bei der Gütergemeinschaft, wo wir noch sehen werden, größtmögliche Abänderungsfreiheit besteht (Art. 223 f. ZGB). Am Rande sei bemerkt, dass im Bereich der eingetragenen Partnerschaft für

* Weitestgehend unveränderte und nur mit den notwendigsten Fußnoten versehene Fassung des mündlichen Vortrags vom 19. Februar 2016 anlässlich des Symposiums „Braucht das deutsche Familienrecht einen fünften Güterstand?“ in Düsseldorf.

1 Vgl. statt vieler die Hinweise bei Stephan Meder, FS Brudermüller, 459, sowie die Beiträge in Brudermüller/ Dauner-Lieb/ Meder (Hrsg.), Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, Göttingen 2013.

2 Ingeborg Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten vom August 2013 zum Postulat 12.3607 Fehr „Zeitgemäßes kohärentes Zivil-, insbesondere Familienrecht“ zH des Bundesamtes für Justiz, 24 Fn. 102, abgedruckt in Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2014, 966 ff. Heinz Hausheer, Gesichtspunkte bei der Reform des ehelichen Güterrechts, ZBJV 1975, 1, 18, musste aber bereits 1975 im Kontext der Vorarbeiten zur Revision des Güterrechts eingestehen, dass unbestreitbar die Errungenschaftsgemeinschaft für sich beanspruchen könne, „dem Gedanken von der Ehe als engster Lebens- und damit Schicksalsgemeinschaft“ stark entgegenzukommen.

3 Art. 216 Abs. 1 ZGB.

4 Vgl. Sutter-Somm/ Kobel, Familienrecht, Zürich 2009, Rz. 275; Orell Füssli Kommentar-Genna, Art. 181 ZGB N 5.

5 Art. 216 Abs. 1 ZGB.

6 Dieser stellt gemäß Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB Errungenschaft dar, sofern nicht gemäß Art. 199 Abs. 2 ZGB der Ertrag ehevertraglich zu Eigentum erklärt wurde.

7 Art. 199 Abs. 1 ZGB.

gleichgeschlechtliche Paare nach h.L. im Rahmen des Vermögensvertrags grundsätzlich unbegrenzte Vertragsfreiheit besteht.⁸

Bei Lichte besehen ist dieses tradierte Verständnis eines güterrechtlichen numerus clausus bzw. einer Typengebundenheit stark zu relativieren, sind doch gerade bei der Gütergemeinschaft die Ehegatten praktisch völlig frei, wie sie das Gesamtgut und das Eigengut ehevertraglich gestalten wollen. Hinzu kommt, dass es den Ehegatten grundsätzlich⁹ unbenommen ist, untereinander Rechtsgeschäfte abzuschließen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 168 ZGB).

3. Güterrechtsirrelevantes Vermögen

Im Rahmen dieser Übersicht bleibt schließlich anzumerken, dass ein ganz wesentlicher Teil des bei typischen Mittelstandsfamilien angesparten Vermögens gar nicht dem Güterrecht untersteht. Es handelt sich um das sog. zwangsgesparte gebundene Vermögen. Es sind dies jene Vorsorgeguthaben, welche durch Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge in der staatlichen und beruflichen Vorsorge geäufnet wurden. Diese Guthaben unterstehen separaten Regelungen und sind weitestgehend der Disposition der Ehegatten entzogen. Namentlich kann in diesem Bereich von den Ehegatten kein Vorausverzicht auf die Teilung vereinbart werden.

III. Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

1. Die Grundzüge der Errungenschaftsbeteiligung

Mit der Gesamtrevision des Güterrechts per 1. Januar 1988 ist die Errungenschaftsbeteiligung zum ordentlichen Güterstand geworden. Dieser Güterstand unterteilt das Vermögen jedes Ehegatten in zwei Gütermassen, die Errungenschaft und das Eigengut. Die Errungenschaftsbeteiligung ist ein reiner Abrechnungsgüterstand und zeitigt auf das Eigentum der Ehegatten sowie die Nutzungsberechtigung keinen Einfluss. Nach Art. 201 ZGB verwaltet und nutzt jeder Ehegatte seine Errungenschaft und sein Eigengut selbst. Der andere Ehegatte hat grundsätzlich weder Mitspracherechte noch eigene Verfügungsmöglichkeiten über das Vermögen des anderen. Nicht ohne Grund wird zuweilen auch von einer Gütertrennung mit Ausgleichsmechanismus gesprochen.¹⁰ Die Gütermasse des Eigenguts setzt sich im Wesentlichen aus dem vorehelichen und dem während der Ehe unentgeltlich (meist durch Erbschaft) angefallenen Vermögen zusammen,¹¹ während die Gütermasse der Errungenschaft jenes Vermögen ist, welches während der Ehe entgeltlich erworben wurde,¹² wichtigster Anwendungsfall hier der Arbeitserwerb. Jeder Vermögenswert wird gesamthaft entweder dem Eigengut oder der Errungenschaft eines Ehegatten zugewiesen.¹³ Waren verschiedene Gütermassen an diesem Erwerb beteiligt, dann geschieht dies nach dem Kriterium des quantitativen Übergewichts.¹⁴ Die andere Gütermasse besitzt dann eine Ersatzforderung, genau so, wenn später Investitionen getätigt werden. Auch Passiven sind den beiden Gütermassen zuzuteilen, hier nach dem Kriterium des größten sachlichen Zusammenhangs (Art. 209 Abs. 2 ZGB). Bei Auflösung des Güterstandes bzw. bei der sogenannten Auseinandersetzung besitzt jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte des positiven Saldos der Errungenschaft (des Vorschlags) des anderen und die beiden Forderungen werden

verrechnet (Art. 215 ZGB). Besteht bei einem Ehegatten ein negativer Saldo, ein sog. Rückschlag, dann ist dieser nicht zu berücksichtigen, der andere Ehegatte hat sich daran nicht zu beteiligen (Art. 210 Abs. 2 ZGB). Bei Mehr- oder Minderwerten partizipieren allfällig investierende andere Gütermassen über die bereits erwähnten Ersatzforderungen (gemäß Art. 206 bzw. Art. 209 Abs. 3 ZGB).

Sowohl im Güterrecht als auch in der sonstigen Rechtsordnung wird jener Ehegatte geschützt, der eben keine Nutzungs- oder Eigentumsrechte auf das Vermögen des anderen Ehegatten besitzt, sondern auf eine obligatorische Beteiligungsforderung verwiesen ist. Deshalb möchte ich Ihnen nachfolgend kurz eine Übersicht über diese Schutzvorschriften zu Gunsten der Beteiligungsgläubigerin verschaffen.

2. Schutzvorkehrungen der Beteiligungsgläubigerin¹⁵

a. Im Güterrecht

aa) Zwischen den Ehegatten gilt – wenn kein Alleineigentum eines Ehegatten bewiesen werden kann – die **Miteigentumsvermutung** von Art. 200 Abs. 2 ZGB und bei Vermögenswerten im Miteigentum besteht ein grundsätzliches Alleindispositionsverbot (Art. 201 Abs. 2 ZGB). Diese Rechtsfolge ist insbesondere für Mobilien bzw. für den Hausrat von Relevanz.¹⁶

bb) Jeder Ehegatte kann bei Gericht die Gütertrennung verlangen, was zur Auflösung des Güterstandes und vor allem zur Fixierung des Stichtages für den Bestand der Errungenschaftsgüter führt (vgl. unten lit. cc). Ein solches Begehren ist zulässig, wenn nach Art. 185 ZGB Abs. 1 ZGB ein wichtiger Grund vorliegt, wobei in Abs. 2 der nämlichen Bestimmung exemplarisch die Gefährdung der (finanziellen) Interessen des Geschalters durch den Geschaltsgegner (Ziff. 2) oder auch die simple Auskunftsverweigerung zum Einkommen, Vermögen oder Schulden (Ziff. 4) aufgeführt werden.

cc) Der **Stichtag**¹⁷ für den Bestand der Errungenschaft wird auf den Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage bzw. des Begehrens auf Gütertrennung abgestellt, weshalb spätere Verfügungen über eheliche Güter kalkulatorisch unbeachtlich bleiben.

8 Von Gesetzes wegen haben die Partner getrennte Vermögen, Art. 18 Partnerschaftsgesetz (PartG); zu den Möglichkeiten eines abweichenden Vermögensvertrags vgl. *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2015, § 37 Rz. 10 ff.

9 Zu den Grenzen vgl. Basler Kommentar-Isenring/Kessler, Art. 168 ZGB N 2 ff.

10 *Sutter-Somm/Kobel*, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 2004, 776, 797.

11 Das Eigengut wird abschliessend im Katalog von Art. 198 ZGB aufgeführt (ohne Legaldefinition).

12 So die Legaldefinition in Art. 197 Abs. 1 ZGB.

13 *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (Fn. 8), § 32 Rz. 7.

14 *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (Fn. 8), a. a. O.

15 Nachfolgende Darlegungen erfolgen nur übersichtsartig ohne vertiefte Auseinandersetzung.

16 Die Alleineigentumsvermutungen aus Grundbucheintrag und Besitz gehen der Vermutung von Art. 200 Abs. 2 ZGB zwar vor (BGE 117 II 124), doch wird beim Hausrat regelmässig Mitbesitz angenommen (BGE 116 II 32).

17 Für den Bestand der Güter gilt gemäss Art. 207 Abs. 1 ZGB als Stichtag die Auflösung des Güterstandes, welche bei der Scheidung oder bei der Anordnung der Gütertrennung auf den Einreichungszeitpunkt der Klage bzw. des Begehrens zurückbezogen wird (Art. 204 Abs. 2 ZGB).

dd) Jeder Ehegatte partizipiert zwar rechnerisch zur Hälfte am positiven Saldo der Errungenschaft des anderen Ehegatten (sog. Vorschlag), hingegen muss er sich nicht an einem negativen Saldo, dem sog. Rückschlag, beteiligen.

ee) Sofern der eine Ehegatte vor dem maßgebenden Stichtag (oben lit. cc) bereits über seine Errungenschaft verfügt hat, sieht Art. 208 ZGB unter bestimmten Voraussetzungen (zustimmungslose Schenkung innerhalb der letzten 5 Jahre oder Vermögensentäusserungen mit Schädigungsabsicht) eine rechnerische **Hinzurechnung** vor.¹⁸

ff) Wie bereits erwähnt, hat eine mitinvestierende Gütermasse gegenüber der anderen Gütermasse eine Ersatzforderung, welche wiederum proportional an konjunkturellen Minder- und Mehrwerten des Vermögensgegenstandes partizipiert. Sofern diese Querinvestition aber von einer Gütermasse des einen Ehegatten in eine Gütermasse des anderen Ehegatten erfolgte, wird gemäß Art. 206 Abs. 1 ZGB der Nennwert der Investition garantiert bzw. eine Beteiligung an einem allfälligen Minderwert ausgeschlossen (sog. einseitig variable Ersatzforderung).

b. Außerhalb des Güterrechts

aa) **Dispositionen über Haus/Wohnung der Familie** können nur mit ausdrücklicher Zustimmung des anderen Ehegatten erfolgen (Art. 169 ZGB). Eine gleiche Schutzrichtung weist Art. 266n OR auf, wonach die Kündigung der Mietwohnung bzw. die Kündigungsandrohung nur gültig ist, wenn sie auch dem (obligatorisch nicht berechtigten) Ehegatten zugestellt wird.

bb) Jeder Ehegatte hat die Möglichkeit, gestützt auf Art. 178 ZGB beim Gericht eine **Beschränkung der Verfügungsbefugnis** des anderen Ehegatten zu verlangen.

cc) Der nicht erwerbstätige und haushaltsbesorgende Ehegatte kann einen **Beitrag zur freien Verfügung** beanspruchen (Art. 164 ZGB), womit ein Ausgleich des finanziellen Gefälles zwischen den Ehegatten bezweckt wird.¹⁹

dd) Für verschiedene Vermögensdispositionen bzw. Verpflichtungen²⁰ ist die Zustimmung des Ehegatten notwendig, dies insbesondere im Bereich der Altersvorsorge.²¹

ee) Schließlich ist auf Art. 121 Abs. 3 ZGB hinzuweisen, wonach das Gericht im Rahmen der Scheidungsfolgen dem dinglich nicht berechtigten Ehegatten (der damit keinen güterrechtlichen Zuweisungsanspruch besitzt) ein (angemessen zu entschädigendes) Wohnrecht einräumen kann.

3. Nachteile der Errungenschaftsbeteiligung

In der schweizerischen Lehre fokussiert sich – soweit ersichtlich – die Kritik an der Errungenschaftsbeteiligung im Wesentlichen auf die durch die vermeintlich genauen Abrechnungsregeln hervorgerufene Scheinsicherheit. Das Gesetz gibt zwar einen (in Einzelfragen in der Lehre mitunter umstrittenen) Berechnungsmodus vor, doch dieser ist ganz wesentlich von beweisrechtlichen Fragen beherrscht.²² Zu beweisen sind (nicht selten nach jahrzehntelanger Ehe) die Investitionen in andere Gütermassen sowie die Verkehrswerte der Vermögenswerte, wobei diese jeweils *ex post*, nicht selten für verschiedene Zeitpunkte zu eruieren wären. Es erstaunt deshalb nicht, dass, wenn güterrechtliche Auseinandersetzungen bis ans höchste Bundesgericht ausgefochten

werden, sämtliche Instanzen und auch die Parteivertreter (diese dann mehrfach) zu unterschiedlichen rechnerischen Ergebnissen gelangen.²³ Seit längerem gibt es deshalb die Forderung, auch im Güterrecht mehr gerichtliches Ermessen zuzulassen,²⁴ was ehrlicher wäre, als eine mathematische Scheinsicherheit zu versprechen. Dies erscheint auch deshalb richtig, weil letztlich auch die Beweiswürdigung von gerichtlichem Ermessen abhängt.²⁵ Wie ermessensfeindlich das Güterrecht ist, zeigt auch die äußerste Zurückhaltung der Rechtsprechung, wenn es darum geht, mittels Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) unbillige güterrechtliche Ergebnisse zu korrigieren.²⁶ Kaum je wird das sogenannte dingliche Gefälle moniert,²⁷ das hier in Deutschland eine prominente Rolle in der Diskussion spielt.

IV. Die vertraglichen Güterstände der Gütergemeinschaft

1. Die Gütergemeinschaft und die Unterform der Errungenschaftsgemeinschaft

Die Gütergemeinschaft gemäß Art. 221 ff. ZGB vereinigt das Vermögen und die Einkünfte der Ehegatten zum Gesamtgut, mit Ausnahme des Vermögens, das von Gesetzes wegen Eigengut darstellt. Dazu gehören nach Art. 225 Abs. 2 ZGB die Gegenstände zum persönlichen Gebrauch sowie die Genugtuungsansprüche. Im Rahmen der ordentlichen Verwaltung, deren Bereich m.E. recht eng gezogen wird, kann jeder Ehegatte alleine über das Gesamtgut verfügen. Soweit es um außerordentliche Verwaltungshandlungen geht, bedarf es der Zustimmung des anderen Ehegatten. Diese ist auch erforderlich, wenn ein Ehegatte eine Erbschaft ausschlagen will oder eine überschuldete Erbschaft annehmen möchte (Art. 230 ZGB). Das Haftungssubstrat wiederum bildet für sog. Vollschulden (vgl. Art. 223 ZGB) das Eigengut

¹⁸ Vergleichbar mit § 1375 Abs. 2 BGB.

¹⁹ Basler Kommentar-Isenring/Kessler, Art. 164 ZGB N 1.

²⁰ Bürgschaft (Art. 494 Abs. 1 OR).

²¹ Vorbezug oder Verpfändung von Vorsorgeguthaben zum Erwerb von Wohneigentum der 2. Säule (Art. 331d Abs. 5 OR, Art. 331e Abs. 5 OR); Zustimmung für Auszahlung Kapitalabfindung statt Altersrente (Art. 37 Abs. 5 BVG); Zustimmung für Barauszahlung der Vorsorgeguthaben (Art. 5 FZG).

²² Vgl. Sutter-Somm/Kobel (Fn. 10), FamPra.ch 2004, 776, 791.

²³ Vgl. ebenso Dominik Dietzi, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft, Bern 2012, 411 Fn. 2679, wonach die Ergebnisse jeweils auch (aus der Sicht des als Richter tätigen Autors) zufällig erscheinen würden.

²⁴ Vgl. Sutter-Somm/Kobel (Fn. 10), FamPra.ch 2004, 776, 809 f.

²⁵ Vgl. auch BGer 5A_37/2011 Erw. 3.2.1., wonach bei einem durch Eigengut und Errungenschaft gespiesenen Bankkonto die natürliche Vermutung gelte, dass zur Deckung der laufenden Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft die Errungenschaft und nicht das Eigengut beansprucht werde, letzteres also von einer solchen Vermutung profitiert.

²⁶ Es ist ein einziger publizierter kantonaler Entscheid bekannt, wo im Rahmen des Güterrechts die Vorschlagsteilung wegen Rechtsmissbrauchs abgelehnt wurde (KGer FR, FamPra.ch 2004, 382: fünftägig gelebte Ehe mit güterrechtlicher Auseinandersetzung nach zehn Monaten).

²⁷ Anne Röthel, Die Zugewinnngemeinschaft als europäisches Modell?, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Die Zugewinnngemeinschaft – ein europäisches Modell? 7. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2008, 57, 65.

und das gesamte Gesamtgut, während für Eigenschulden das Eigengut und die Hälfte des Gesamtgutes haften. Die Ehegatten haben, wie bereits erwähnt, größtmögliche Freiheit bei der ehevertraglichen Ausgestaltung des Gesamtgutes. Beispielsweise können sie das Gesamtgut auf jenes Vermögen beschränken, welches unter der Errungenschaftsbeteiligung Errungenschaft bilden würde (Art. 223 ZGB, sog. Errungenschaftsgemeinschaft). Es steht ihnen aber auch offen, nach irgendwelchem Gutdünken pauschal oder konkret bestimmte Vermögenswerte vom Gesamtgut auszunehmen, womit letztlich mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände und der Genugtuungsforderungen Gesamtgut und Eigengut vollständig autonom festgelegt werden können. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft gibt es im Gütergemeinschaftsrecht identische Bestimmungen für Ersatzforderungen zwischen den Gütermassen wie bei der Errungenschaftsbeteiligung und für den Mehrwertanteil wird auch auf die betreffenden Bestimmungen verwiesen (Art. 239 ZGB). Die Gütergemeinschaft wird oft „Schönwettergüterstand“ genannt,²⁸ was aus meiner Sicht unzutreffend ist, weil sich bei Auflösung des Güterstandes durch Scheidung, Trennung oder Eintritt der Gütertrennung diese zu einer Errungenschaftsgemeinschaft wandelt, weil dann jeder vom Gesamtgut zurücknehmen darf, was unter der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut wäre (Art. 242 Abs. 2 ZGB).

2. Verbreitung der Gemeinschaftsgüterstände

Gemäß meiner Einschätzung²⁹ wird die Gütergemeinschaft in der Praxis eher selten (und wohl kaum je wegen einer gewünschten dinglichen Berechtigung) vereinbart. Ich sehe namentlich drei Motivlagen im Vordergrund: Erstens wird mit der rückwirkenden Vereinbarung der Gütergemeinschaft für den späteren Erbfall der komplizierten Rechnerei der Errungenschaftsbeteiligung aus dem Weg gegangen, womit spätere Rechtsstreitigkeiten zwischen überlebendem Ehegatten und restlichen Erben vermieden werden können. Zweitens kann mit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft und Gesamtgutszuweisung das gesamte Vermögen unabhängig von der Herkunft in den Nachlass verschoben werden, womit für das gesamte Vermögen das umfangreichere erbrechtliche Instrumentarium zur Verfügung steht. Dies spielt vor allem dort eine Rolle, wo die Nachlassgestaltung auf rekombinationsfamiliäre Konstellationen Rücksicht nehmen muss. Schließlich kann nicht geleugnet werden, dass mit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft bereits die Hälfte des vorehelichen oder durch Erbschaft angefallenen Vermögens vom Nachlass weg zum überlebenden Ehegatten verschoben werden kann, was zuweilen auch nachlassplanerischen Wünschen entspricht.

V. Mögliche Gründe der (größtenteils) fehlenden Diskussion in der Schweiz

1. Genügender Schutz der Beteiligungsgläubigerin?

Naheliegender wäre anzunehmen, die oben dargelegten Normen zum Schutz der Beteiligungsgläubigerin würden die Notwendigkeit einer schützenden dinglichen Berechtigung relativieren. Es kann hier nicht der Ort sein, um diese Schutzbestimmungen einer

einlässlichen Wirksamkeitskontrolle zu unterziehen. Immerhin seien stichwortartig und beispielhaft Zweifel angebracht: Die Messlatte bei der Hinzurechnung nach Art. 208 ZGB wird beispielsweise sehr hoch angesetzt, so dass sie in der Praxis kaum greift.³⁰ Das Stichtagprinzip erweist sich als stumpfe Waffe, weil eine einseitige Scheidungsklage erfolgreich erst nach zweijährigem Getrenntleben eingesetzt werden kann (Art. 114 ZGB) und auch das definitive Getrenntleben für sich nicht zu einer Gütertrennung berechtigt.³¹ Die Miteigentumsvermutung wird dadurch relativiert, dass für Ersatzforderung die Beweislast bei demjenigen gilt, der eine Investition in der anderen Gütermasse geltend macht.³² Und auch die Nennwertgarantie bei Ersatzforderungen zwischen Ehegatten wirkt sich i.d.R. im Ergebnis nicht aus, weil Minderwerte im Rahmen einer sog. Globalrechnung³³ mit Mehrwerten von anderen Vermögensgegenständen verrechnet werden können.

2. Güterrechtsexterne Gründe

Des Weiteren ist zu bemerken, dass bei durchschnittlichen finanziellen Verhältnissen ein Großteil des von den Ehegatten ersparten Vermögens sich im Kreislauf der Altersvorsorge (2. und 3. Säule) befindet, damit zweckgebunden ist und dort meist spezialgesetzlich für Dispositionen die Zustimmung des Ehegatten erforderlich ist (vgl. oben Fn. 22). In Bezug auf die Immobilien von Ehegatten ist festzustellen, dass ganz überwiegend dies in Praxis in gemeinschaftlichem Eigentum erworben wird, auch wenn nur ein Ehegatte Mittel investiert hat.

3. Gravierendere Mängel des jetzigen Systems

Schließlich ist zu vermuten, dass die von der schweizerischen Rechtspraxis und -wissenschaft als Nachteile der Errungenschaftsbeteiligung ausgemachten Problemkreise (vgl. oben Ziff. III.3.) die Sicht auf die fehlende dingliche Teilnahme und die damit verbundenen Konsequenzen bislang größtenteils verdeckt haben. In diesem Sinne fördert diese Veranstaltung die Reflexion über eigene nationale Positionen und Postulate nachhaltig, was uneingeschränkt zu begrüßen ist.

28 Paul Eitel, Unternehmensrecht II – Nachfolge und Umstrukturierung, Litera B, 58; zu konzidieren ist, dass dies meistens im Kontext der Haftung erwähnt wird, weil für unerlaubte Handlungen des einen Ehegatten neben dessen Eigengut auch die Hälfte des Gesamtgutes haftet, vgl. Berner Kommentar-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 221 ZGB N 36.

29 Eine informelle Nachfrage bei einigen Basler Notaren mit jahrzehntelanger Erfahrung ergab, dass noch nie jemand eine Errungenschaftsgemeinschaft beurkundet hatte. Dies deckt sich auch mit der Einschätzung bei Dietzi (Fn. 23), 414 Fn. 2695.

30 Vgl. zur Kritik Rumo-Jungo/Fankhauser, Prozessrechtliche Fragen des Güterrechts, in: Schwenger/Büchler (Hrsg.), Sechste Schweizer Familienrechtstage, Zürich 2012, 140, 147 ff.

31 BGer 5A_945/2014.

32 Rumo-Jungo/Fankhauser (Fn. 30), 140, 145, m.w.N.

33 FamKomm Scheidung-Steck, Art. 206 ZGB N 25.