

Unternehmerische Tätigkeit oder Ehe – was länger währt, ist zum voraus nicht absehbar. Um den Fortbestand der eigenen unternehmerischen Tätigkeit im Scheidungsfall zu sichern, empfiehlt sich der Abschluss eines Ehevertrages.

OLIVER ARTER

DER EHEVERTRAG – GESTALTUNGSMITTEL FÜR UNTERNEHMER

Sichern der eigenen unternehmerischen Tätigkeit im Scheidungsfall*

1. AUSGANGSLAGE

Wer ein Unternehmen aufbaut oder übernimmt, denkt selten an sich später vielleicht verändernde familiäre Umstände. Statistiken belegen jedoch, dass heute ca. die Hälfte aller geschlossenen Ehen wieder geschieden wird [1]. Was passiert, wenn ein Unternehmer plötzlich mit einer bevorstehenden ehelichen Auseinandersetzung konfrontiert wird? Allfällige naheheliche Unterhaltsleistungen gegenüber dem Ehegatten [2] und Unterhaltsleistungen für Kinder [3] sind das eine. Das andere ist die sogenannte güterrechtliche Auseinandersetzung. Ein während der Ehe aus erarbeiteten Mitteln errichtetes Unternehmen fällt – beim ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung – in die sogenannte Errungenschaft. Diese wird bei einer Scheidung zwischen beiden Ehegatten ohne andere Abmachung hälftig aufgeteilt. Ein Auskauf des Ehepartners kann teuer werden oder die finanziellen Mittel sogar übersteigen. Scheidungen können deshalb zum ungewollten Unternehmensverkauf führen. Und wenn das Unternehmen von den Eltern übernommen oder geerbt wurde? Auch hier besteht Regelungsbedarf, weil dem Ehegatten im Laufe der Zeit Ansprüche zukommen können.

2. GÜTERSTAND DER ERRUNGENSCHAFTSBETEILIGUNG

2.1 Errungenschaftsbeteiligung im allgemeinen. Ehegatten unterstehen den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung, sofern sie nicht durch Ehevertrag einen anderen Güterstand vereinbaren oder der ausserordentliche Güterstand der Gütertrennung [4] eintritt [5]. Der Güterstand

der Errungenschaftsbeteiligung umfasst vier Vermögensmassen: die Errungenschaft und das Eigengut jedes Ehegatten [6]. Während der Ehe nutzt und verwaltet jeder Ehegatte seine Errungenschaft und sein Eigengut und verfügt darüber [7]. Der Unterscheidung kommt damit primär bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung praktische Bedeutung zu.

2.2 Errungenschaft. Zur Errungenschaft jedes Ehegatten gehören die Vermögenswerte, welche dieser während der Dauer des Güterstandes entgeltlich [8] erwirbt [9]. Die Errungenschaft eines Ehegatten umfasst insbesondere den Arbeitserwerb, die Leistungen von Personalfürsorgeeinrichtungen, Sozialversicherungen und Sozialfürsorgeeinrichtungen, die Entschädigungen wegen Arbeitsunfähigkeit, die Erträge seines Eigengutes [10] und seiner Errungenschaft [11] sowie Ersatzanschaffungen für Errungenschaft [12]. Weiter gehören zur Errungenschaft, wenn auch nicht gesetzlich erwähnt, Geldbeträge im Rahmen des ehelichen Unterhaltes [13], Beiträge zur freien Verfügung an den Ehegatten, welcher den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem anderen im Beruf oder Gewerbe hilft [14], Entschädigungen an einen Ehegatten für ausserordentliche Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten [15] oder Unterhaltsleistungen Dritter [16]. Allgemein gilt zudem, dass alles, was nicht als Eigengut gemäss gesetzlicher Umschreibung anzusehen ist, Errungenschaft darstellt.

2.3 Eigengut. Eigengut eines jeden Ehegatten sind Gegenstände, welche dem Ehegatten ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch [17] dienen, Vermögenswerte, welche einem Ehegatten zu Beginn des Güterstandes gehören oder ihm später durch Erbgang oder sonstwie unentgeltlich zufallen, Genugtuungsansprüche sowie Ersatzanschaffungen für Eigengut [18].

2.4 Errungenschaft und Eigengut bei unternehmerischer Tätigkeit

2.4.1 Lohn, Unternehmensgewinn und Kapitalertrag. Der Arbeitserwerb umfasst Einkünfte aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit. Auch bei unternehmerischer



OLIVER ARTER, LIC. IUR.,
RECHTSANWALT, FRORIEP
RENGGLI, ZÜRICH,
OARTER@FRORIEP.CH

Tätigkeit fällt der Arbeitserwerb des Unternehmers der Errungenschaft zu [19]. Hierzu gehören etwa die Einkünfte als Lohn, Provisionen oder allfällige weitere Lohnbestandteile [20]. Neben diesem Entgelt aus der beruflichen Tätigkeit fällt der Unternehmensgewinn, soweit er auf unternehmer-

«Alles, was nicht als Eigengut gemäss gesetzlicher Umschreibung anzusehen ist, stellt Errungenschaft dar.»

rische Tätigkeit zurückzuführen ist, als Arbeitserwerb in die Errungenschaft des Ehegatten [21]. Dies gilt auch, wenn die Entschädigung in der Unternehmung investiert bleibt und damit ein Zuwachs des Wertes des Geschäftsvermögens einhergeht [22]. Ebenfalls zur Errungenschaft, allerdings nicht als Arbeitserwerb, sondern als Ertrag des Eigengutes [23] oder der Errungenschaft selber, gehört der auf Kapitalertrag zurückzuführende Geschäftsgewinn [24]. Abgrenzungskriterium zwischen dem Unternehmensgewinn, welcher auf unternehmerische Tätigkeit zurückzuführen ist, und dem auf Kapitalertrag zurückzuführenden Geschäftsgewinn ist, ob die Geldleistung lediglich für die Hingabe von Kapital erfolgt oder mit der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist [25].

2.4.2 Wertsteigerungen als Kapitalgewinn

2.4.2.1 Mehrwert. Komplexer als die gerade dargestellte Zuordnung von Unternehmensgewinnen und Kapitalerträgen ist die Zuordnung von Wertsteigerungen eines Unternehmens, wenn der Ehegatte Arbeit und Kapital für seine Tätigkeit einsetzt. In ein Unternehmen investiertes Kapital kann zu einem Mehrwert führen, welcher nicht Vermögensertrag darstellt; dieser Kapitalgewinn wird entweder durch die persönliche Arbeitsleistung des Ehegatten geschaffen oder beruht auf marktbedingten Wertschwankungen [26].

Handelt es sich beim investierten Kapital um Eigengut [27], ist zwischen dem sogenannten konjunkturellen und industriellen Mehrwert zu unterscheiden.

2.4.2.2 Konjunktureller Mehrwert. Der konjunkturelle Mehrwert eines Unternehmens ergibt sich «ohne jedes Zutun» und ist auf Angebot und Nachfrage am Markt zurückzuführen [28]. Zum konjunkturellen Mehrwert gehören Wertschwankungen von Wertschriften, welche einem Unternehmen gehören, nicht der unternehmerischen Tätigkeit an sich dienen [29] und im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit auch nicht besonders bewirtschaftet werden [30]. Konjunkturelle Mehrwerte stellen weiter marktbedingte Wertzuwächse bei Geschäftsliegenschaften dar [31]. Konjunktureller Mehrwert ist zudem die aufgrund von ordentlicher Verwaltung erzielte Wertschöpfung [32], d. h. alles, was im Rahmen der gewöhnlichen oder ordentlichen Verwaltung eines Ehegatten an Zuwachs bei der unternehmerischen Tätigkeit entstanden ist [33]. Entscheidend für die Qualifikation als konjunktureller Mehrwert ist, dass keine professionelle Bewirtschaftung oder Tätigkeit erfolgt, die über das ordentliche Mass der Verwaltung hinausgeht [34]. Da mit konjunkturellen

Mehrwerten keine Arbeitsleistung einhergeht, verbleibt diese in der Gütermasse, welcher sie zuzurechnen ist [35]. Gehört das für ein Unternehmen eingesetzte Kapital zum Eigengut, verbleibt auch der konjunkturelle Mehrwert in diesem [36]. Ein Ehegatte, welcher ein Unternehmen erbt, selber in diesem aber kaum tätig ist, muss deshalb Wertsteigerungen nicht teilen.

2.4.2.3 Industrieller Mehrwert. Anders verhält es sich beim industriellen Mehrwert eines Unternehmens, also dem Mehrwert, welcher sich auf Grund des Einsatzes des unternehmerisch tätigen Ehegatten ergibt [37]. Im Gegensatz zum konjunkturellen Mehrwert handelt es sich beim industriellen Mehrwert um Wertzuwachs, der aufgrund der besonderen Tätigkeit des einen Ehegatten, welche über das gewöhnliche Mass der Verwaltung hinausgeht, geschaffen wird [38]. Der industrielle Mehrwert hat seine Grundlage in der wirtschaftlichen Tätigkeit des einen Ehegatten und stellt mithin seinen Arbeitserwerb dar; als solcher fällt dieser der Errungenschaft zu [39]. Zum Arbeitserwerb des Unternehmers gehören deshalb nicht nur die oben bereits erwähnten, üblichen Lohnbestandteile, sondern auch der unternehmerisch geschaffene Goodwill, soweit er auf die Tätigkeit des Ehegatten zurückzuführen ist [40]. Allerdings ist eine Einschränkung zu beachten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt, dass beim Verkauf der Aktien einer Unternehmung, «welche zum grössten Teil Eigengut eines Ehegatten war, der realisierte Mehrwert nicht zu einer Ersatzforderung der Errungenschaft gegenüber dem Eigengut führt, sofern dieser Ehegatte für seinen Arbeitseinsatz durch seiner Errungenschaft zugefallene Bezüge aus dem Unternehmen angemessen entschädigt wurde [41].»

Eine angemessene Entschädigung ist gegeben,

«wenn der aus dem eigenen Unternehmen bezogene Lohn mit der Entschädigung der entsprechenden Arbeitsleistung durch einen Dritten vergleichbar ist und auch die Wertsteigerung des Unternehmervermögens im Rahmen dessen bleibt, was auf eine entspre-

«Ein Ehegatte, welcher ein Unternehmen erbt, selber in diesem aber kaum tätig ist, muss deshalb Wertsteigerungen nicht teilen.»

chende von einem Dritten gegen Entschädigung zu leistende Tätigkeit zurückzuführen wäre [42].»

Wenn die Arbeitstätigkeit durch entsprechende Bezüge abgegolten wurde, so besteht

«kein Raum für eine Teilhabe am industriellen Mehrwert, der zu Gunsten der Errungenschaft über die Arbeitsentschädigung hinaus abzugelten wäre [43].»

Industrielle Mehrwerte sind deshalb im Rahmen der Errungenschaft nicht zu berücksichtigen, wenn die Tätigkeit des Ehegatten angemessen entschädigt wird und die Wert-

steigerung des Unternehmens im Rahmen dessen bleibt, was auch auf eine entsprechende, durch einen Dritten gegen Entschädigung geleistete Tätigkeit zurückgeführt werden könnte [44].

3. GÜTERRECHTLICHE AUSEINANDERSETZUNG OHNE EHEVERTRAG

3.1 Allgemeines. Die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgt in diversen Schritten. In einem ersten Schritt ist die Trennung des Vermögens der Ehegatten vorzunehmen [45].

«Ob ein Ehegatte überhaupt naheheliche Unterhaltsleistungen an den anderen Ehegatten zu erbringen hat, ergibt sich aufgrund einer Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls.»

Anschliessend ist der Vorschlag [46] unter Berücksichtigung allfälliger Mehrwertanteile [47] zu ermitteln und die Beteiligung der Ehegatten am Vorschlag zu bestimmen [48]. Schliesslich sind die verschiedenen Forderungen der Ehegatten zu verrechnen und der verbleibende Anspruch des einen Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten zu erfüllen. Die Fälligkeit [49] tritt mit Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein [50].

3.2 Rücknahme von Vermögenswerten und Begleichung gegenseitiger Schulden. Bei einer güterrechtlichen Auseinandersetzung, beispielsweise im Scheidungsfall [51], nimmt zuerst jeder Ehegatte seine Vermögenswerte zurück, die sich im Besitz des anderen Ehegatten befinden [52]. Stehen Vermögenswerte im Miteigentum der Ehegatten, so kann – dies im Gegensatz zur sachenrechtlichen Bestimmung, wonach diese körperlich zu teilen oder zu verkaufen sind – das Gericht auf Antrag eines Ehegatten diesem die Sache gegen volle Entschädigung zu Alleineigentum zuweisen, sofern dieser daran ein überwiegendes Interesse nachweisen kann [53]. Zudem haben die Ehegatten ihre gegenseitigen Schulden, nicht nur solche eherechtlicher Natur [54], sondern beispielsweise auch aus gewährten Darlehen, zu regeln [55].

3.3 Mehrwertanteil. Hat ein Ehegatte zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung von Vermögensgegenständen des anderen ohne entsprechende Gegenleistung beigetragen und besteht im Zeitpunkt der Auseinandersetzung ein Mehrwert, so steht ihm ein Anteil an diesem Mehrwert im Umfang seines Beitrages zu, welcher sich nach dem gegenwärtigen Wert der Vermögensgegenstände berechnet [56]. Unter bestimmten Voraussetzungen führen also Beiträge des einen Ehegatten zu einer Beteiligung am Wert der Vermögensgegenstände des anderen Ehegatten [57]. Mögliche Beiträge können in Geld, als Sach- oder als Arbeitsleistung erbracht

werden [58], müssen aber in einer gewissen Bedeutung stehen, damit sie zu berücksichtigen sind.

3.4 Hinzurechnung, Ersatzforderung und Vorschlagsberechnung

3.4.1 Hinzurechnung. Anschliessend wird der sogenannte Vorschlag berechnet. Dazu werden vorerst Errungenschaft und Eigengut jedes Ehegatten nach ihrem Bestand im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ausgeschieden [59]. Zur Errungenschaft hinzugerechnet werden allfällige unentgeltliche Zuwendungen, welche ein Ehegatte während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes ohne Zustimmung des anderen Ehegatten gemacht hat, ausgenommen die üblichen Gelegenheitsgeschenke, sowie Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des anderen zu schmälern [60].

3.4.2 Ersatzforderungen. Sind Schulden der Errungenschaft aus dem Eigengut oder Schulden des Eigengutes aus der Errungenschaft eines Ehegatten bezahlt worden, so besteht bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine Ersatzforderung [61]. Eine solche besteht zudem, wenn Mittel der einen Vermögensmasse zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung von Vermögensgegenständen der anderen Vermögensmasse beigetragen haben; ist ein Mehr- oder Minderwert eingetreten, so entspricht die Ersatzforderung dem Anteil des Beitrages und wird nach dem Wert der Vermögensgegenstände im Zeitpunkt der Auseinandersetzung oder der Veräusserung berechnet [62].

3.4.3 Vorschlagsberechnung. Was vom Gesamtwert der Errungenschaft, einschliesslich der hinzugerechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen, nach Abzug der darauf lastenden Schulden verbleibt, bildet den Vorschlag – ein Rückschlag wird nicht berücksichtigt [63].

3.5 Vorschlagsteilung. Jedem Ehegatten steht nach dispositiver Gesetzesbestimmung die Hälfte vom Vorschlag des anderen zu [64].

4. SCHEIDUNGSRECHTLICHE FOLGEN OHNE SCHEIDUNGSKONVENTION

4.1 Grundsatz. Ob ein Ehegatte überhaupt naheheliche Unterhaltsleistungen an den anderen Ehegatten zu erbringen hat, ergibt sich aufgrund einer Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls. Der Ausgangs- und Bezugspunkt für die Berechnung des gebührenden Unterhaltes bildet die bisher gelebte Ehe [65]. Im Sinne von Art. 125 ZGB besteht je nach gewählter «Aufgabenteilung während der Ehe» [66] und je nach «Dauer der Ehe» [67] ein «Anspruch auf Fortführung der Lebensstellung während der Ehe» [68]. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Ehe nicht

«einem jederzeit kündbaren Vertrag gleichgesetzt werden, nach dessen Auflösung die Ehegatten nur so zu stellen wären, wie wenn die Ehe niemals bestanden hätte. Eine langandauernde, kinderreiche oder aus anderen Gründen lebensprägende Ehe kann Ver-

trauen schaffen, das nach der Scheidung nicht enttäuscht werden darf und einen grundsätzlichen Anspruch darauf gibt, die während der Ehe zuletzt gelebte Lebenshaltung fortzuführen» [69].

Im Falle des nahehelichen Unterhaltes legt das Scheidungsgericht regelmässig eine Rente fest [70]. Ausnahmsweise kann aber auch eine einmalige Abfindung vorgesehen werden [71].

4.2 Voraussetzungen für nahehelichen Unterhalt. Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufzukommen, hat ihm der andere gegebenenfalls einen angemessenen Beitrag zu leisten [72]. Ob, und wenn ja, in welcher Höhe ein Beitrag zu leisten ist, hängt von diversen Kriterien ab, insbesondere der Aufgabenteilung während der Ehe, der Dauer der Ehe, der Lebensstellung während der Ehe, dem Alter und der Gesundheit der Ehegatten, dem Einkommen und Vermögen der Ehegatten, dem Umfang und der Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder, der beruflichen Ausbildung und den Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie dem mutmasslichen Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person sowie den Anwartschaften aus der Eidg. Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen [73]. Ein Beitrag kann ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre, insbesondere, weil die berechtigte Person ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt, ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt oder gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundenen Person eine schwere Straftat begangen hat [74].

5. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN

Eine Scheidung hat mehrere Konsequenzen. Einerseits findet, wie bereits dargestellt, die güterrechtliche Auseinandersetzung statt, die in einer gesetzlich vorgegebenen Abrechnung über die vorehelichen und ehelichen Vermögenswerte besteht [75]. Andererseits bestehen spezifische scheidungsrechtliche Folgen [76], insbesondere betreffend den nahehelichen Unterhalt.

Sowohl hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung als auch des nahehelichen Unterhalts können die Ehegatten Verträge – nämlich Eheverträge oder Scheidungskonventionen – schliessen. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten

besteht allerdings ein wesentlicher Unterschied: Während die Scheidungskonvention der richterlichen Überprüfung untersteht [77], bedürfen reine Eheverträge keiner gerichtlichen Genehmigung [78]. Scheidungskonventionen werden deshalb selten geschlossen und nachfolgend nicht behandelt [79]. Eheverträgen kommt aber eine grosse praktische Bedeutung zu.

6. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN MITTELS EHEVERTRAG

6.1 Abschluss

6.1.1 Vor oder nach der Heirat. Ein Ehevertrag kann vor oder nach der Heirat geschlossen werden [80]. Mittels Ehevertrag können die Brautleute oder Ehegatten ihren Güterstand innerhalb gesetzlicher Schranken wählen, aufheben oder ändern [81].

6.1.2 Urteilsfähigkeit und öffentliche Beurkundung. Wer einen Ehevertrag schliessen will, muss urteilsfähig sein [82]. Unmündige oder Entmündigte brauchen die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters [83]. Der Ehevertrag muss öffentlich beurkundet und von den vertragschliessenden Personen sowie gegebenenfalls vom gesetzlichen Vertreter unterzeichnet werden [84].

6.1.3 Änderungsmöglichkeit. Die Ehegatten können jederzeit durch Ehevertrag wieder ihren früheren oder einen anderen Güterstand vereinbaren [85].

6.2 Wesentliche ehevertragliche Bestimmungen

6.2.1 Erklärung von Vermögenswerten zu Eigengut

6.2.1.1 Vermögenswerte zur Ausübung eines Berufes oder zum Betrieb eines Gewerbes. Die Ehegatten können durch Ehevertrag Vermögenswerte der Errungenschaft, die für die Ausübung eines Berufes oder zum Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind, zu Eigengut erklären [86]. Bezweckt wird damit der Ausschluss der Vorschlagsbeteiligung auf unternehmerisch investiertem Kapital [87]. Zu Eigengut erklärt werden kann sowohl gegenwärtige als auch künftige Errungenschaft [88]. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass es sich um Vermögenswerte handelt, welche sich zur Ausübung eines Berufes oder zum Betrieb eines Gewerbes eignen [89]. Auch ganze Unternehmen können dem Eigengut zugewiesen werden [90]. Voraussetzung ist aber stets, dass es sich um Kapital für die wirtschaftliche Tätigkeit des einen Ehegatten handelt und nicht um solches, welches der reinen Vermögensverwaltung dient [91]. Nicht unter diese Bestimmung fällt die Ar-

beitsentschädigung des wirtschaftlich tätigen Ehegatten an sich, welche der Errungenschaft zu verbleiben hat [92].

6.2.1.2 Erträge aus dem Eigengut. Überdies können die Ehegatten durch Ehevertrag vereinbaren, dass Erträge aus dem Eigengut [93] nicht in die Errungenschaft fallen [94]. Diese Möglichkeit steht für sämtliche Vermögenserträge offen, kann aber auch nur für einen Teil davon, beispielsweise für bestimmte zeitliche Perioden, bestimmte Sachen oder Vermögenswerte oder in summenmässiger Beschränkung, vorgesehen werden [95]. Bei unternehmerischer Tätigkeit gilt: Zum Eigengut erklärt werden kann wohl der Unternehmensertrag, nicht aber das, was als angemessene Entschädigung der unternehmerischen Tätigkeit zuzuordnen ist [96].

6.2.2 Änderung des Mehrwertanteils. Durch schriftliche Vereinbarung können die Ehegatten ebenso allfällige Mehrwertanteile ausschliessen oder ändern [97].

6.2.3 Änderung der Vorschlagsbeteiligung. Von Gesetzes wegen steht jedem Ehegatten oder seinen Erben die Hälfte des Vorschlages des anderen zu [98]. Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden [99]. Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nicht gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen [100]. Bei Scheidung, Trennung, Ungültigkeitsklärung der Ehe oder gerichtlicher Anordnung der Güter-

trennung gelten Vereinbarungen über die Änderung der gesetzlichen Beteiligung am Vorschlag nur, wenn der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht [101].

6.3 Güterstand der Gütertrennung. Wenn Ehegatten diese Möglichkeiten nicht weit genug gehen, können sie mittels Ehevertrag auch den Güterstand der Gütertrennung vorsehen [102]. Die Gütertrennung ist kein eigentlicher Güterstand, weil die Eheschliessung und die Auflösung der Ehe hier zu keinen Wirkungen auf das Vermögen der Ehegatten führen [103]. Die Beendigung des Güterstandes der Gütertrennung führt zu keiner güterrechtlichen Auseinandersetzung, da keine güterrechtlichen Ansprüche [104] bestehen [105].

7. FAZIT

Wer unternehmerisch tätig ist, sollte sich über den Abschluss eines Ehevertrages Gedanken machen. Dieser kann im Scheidungsfall den Fortbestand der eigenen unternehmerischen Tätigkeit sichern. Wesentlich sind beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Klauseln, mittels derer Vermögenswerte zur Ausübung eines Berufes oder zum Betrieb eines Gewerbes sowie Erträge aus dem Eigengut, zumindest sofern das Unternehmen betreffend, zu Eigengut erklärt werden. Zudem sind allfällige Mehrwertanteile auszuschliessen und die Beteiligung am Vorschlag zu regeln. Eine Alternative stellt die Vereinbarung des Güterstandes der Gütertrennung dar. ■

Anmerkungen: *Der Autor bedankt sich für die Durchsicht des Textmanuskripts sowie für wertvolle Hinweise bei Dr. iur. Florian S. Jörg, M. C. J., Rechtsanwalt, Zürich, sowie lic. iur. Tanja Schellenberg, Zürich. Zudem bedankt sich der Autor für die Abschlussredaktion bei Eva Wettstein, Zürich. **1)** Diese Zahl basiert auf statistischen Erhebungen im Jahre 2007. Die Scheidungshäufigkeit hat in den letzten Jahren in der Schweiz markant zugenommen. Im Jahre 1970 betrug die Scheidungsziffer noch 15,4%, im Jahre 1980 27,3%, im Jahre 1990 33,2% und im Jahre 1999 50,5% (die Zahlen für das Jahr 2000 weichen auf Grund des neuen Scheidungsrechts ab). Im Jahre 2006 betrug die Scheidungsziffer 51,7%, im Jahre 2007 49,1%. Vgl. zum Ganzen die Erhebungen des Bundesamtes für Statistik, abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/06.html>. **2)** Art. 125 ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB). **3)** Art. 276 ff. ZGB. Der Kindesunterhalt ist vom Unterhalt des geschiedenen Ehegatten zu trennen. Vgl. dazu BGE 115 Ia 325. Bei der Bemessung des Kindesunterhalts sind neben den Bedürfnissen des Kindes – diese umfassen die Grundbedürfnisse wie Nahrung, Bekleidung, Unterhalt, aber auch geistige und emotionale Anliegen und therapeutische sowie pflegerische Leistungen im Krankheitsfall – auch die Lebensstellung und die Leistungsfähigkeit der Eltern zu berücksichtigen. Vgl. Art. 285 Abs. 1 ZGB. **4)** Vgl. Art. 185 ZGB: «Die Gütertrennung wird auf Begehren eines Ehegatten vom Gericht angeordnet, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor: → wenn der andere Ehegatte überschuldet ist oder sein Anteil am Gesamtgut gepfändet wird; → wenn der andere Ehegatte die Interessen des Geschwister oder der Gemeinschaft gefährdet; → wenn der andere Ehegatte in ungerechtfertigter Weise die erforderliche Zu-

stimmung zu einer Verfügung über das Gesamtgut verweigert; → wenn der andere Ehegatte dem Geschwister die Auskunft über sein Einkommen, sein Vermögen und seine Schulden oder über das Gesamtgut verweigert; → wenn der andere Ehegatte dauernd urteilsunfähig ist. Ist ein Ehegatte dauernd urteilsunfähig, so kann sein gesetzlicher Vertreter auch aus diesem Grund die Anordnung der Gütertrennung verlangen.» **5)** Art. 181 ZGB. **6)** Art. 196 ZGB. **7)** Art. 201 ZGB; Wissmann Kurt: Das neue Ehegüterrecht: Vom altrechtlichen zum neurechtlichen Ehevertrag, ZBGR 1986, 321, 332. **8)** D. h. insbesondere Rechtsgeschäfte mit Austauschcharakter – dies etwa im Gegensatz zu Schenkungen. **9)** Art. 197 Abs. 1 ZGB. **10)** Das Kriterium der Unentgeltlichkeit ist hier obsolet. **11)** Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.) (BasK-Bearbeiter): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), Basel/Genf/München 2002; BasK-Hausheer/Aebi-Müller, N 42 zu Art. 197 ZGB. **12)** Art. 197 Abs. 2 ZGB. **13)** Art. 163 ZGB, Art. 173 ZGB, Art. 176 ZGB. **14)** Art. 164 Abs. 1 ZGB. **15)** Art. 165 Abs. 1 ZGB. Vgl. auch Art. 165 Abs. 2 ZGB, wenn ein Ehegatte aus seinem Einkommen oder Vermögen mehr an den Unterhalt der Familie beigetragen hat, als er verpflichtet war. **16)** Art. 276 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 277 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB, Art. 319 Abs. 1 ZGB, Art. 323 Abs. 2 ZGB. **17)** Also auch wenn sie während der Ehe entgeltlich angeschafft werden. **18)** Art. 198 ZGB. **19)** Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. **20)** Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007, N 12.12; BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 14 zu Art. 197 ZGB. **21)** Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas (BerK-Hausheer/Reusser/Geiser): Berner Kommentar, Das Eherecht, 3. Teilband (Art. 196–220 ZGB), Bern 1992; BerK-Hausheer/Reusser/Geiser,

N 36 zu Art. 197 ZGB. **22)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 12.14. **23)** Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB. **24)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 36 zu Art. 197 ZGB. **25)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 36 zu Art. 197 ZGB. **26)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 37 zu Art. 197 ZGB. **27)** Bei der Errungenschaft fällt der Wertzuwachs ohne Weiteres in die Errungenschaft. **28)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 12.13. **29)** BGE 123 III 156; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 12.13. **30)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 40 zu Art. 197 ZGB. **31)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 40 zu Art. 197 ZGB. **32)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 40 zu Art. 197 ZGB. **33)** Jörg, Florian S.: Wertveränderungen einer Aktiengesellschaft bei Auflösung des ordentlichen Güterstandes, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 20. **34)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 12.13. Vgl. auch BGer., Urteil vom 14. März 2005, 5C.74/2004. **35)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 14 zu Art. 197 ZGB. **36)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 37 zu Art. 197 ZGB. **37)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 14 zu Art. 197 ZGB. **38)** Jörg (Anm. 33), 21. **39)** Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; vgl. auch BGE 112 II 385. **40)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 14 zu Art. 197 ZGB. **41)** BGE 131 III 559, 561. Vgl. zum Ganzen auch Lüthe, Elisabeth: Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Güterstand, Freiburg 1981, 124 ff. **42)** BGE 131 III 559, 565. **43)** BGE 131 III 559, 565. **44)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 41 zu Art. 197 ZGB. **45)** Dazu Ziff. 3.2. **46)** Dazu Ziff. 3.4. **47)** Dazu Ziff. 3.3. **48)** Dazu Ziff. 3.5. **49)** Vgl. aber die Härteklausele in Art. 218 ZGB. **50)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 12.191 f. **51)** Dasselben Prinzipien gelten auch im Todesfall. **52)** Art. 204 ZGB, Art. 205 ZGB. **53)** Art. 205 Abs. 2 ZGB. **54)** D. h. geleistete Beiträge für den Unterhalt der Familie, Beiträge

zur freien Verfügung an den Ehegatten, welcher den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem anderen im Beruf oder Gewerbe hilft und Entschädigungen an einen Ehegatten für ausserordentliche Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten. **55)** Art. 205 Abs. 3 ZGB. **56)** Art. 206 Abs. 1 ZGB. Ein Minderwert wird nicht berücksichtigt; die Forderung entspricht dem ursprünglichen Beitrag. **57)** BGer., Urteil vom 2. März 2006, 5C.201/2005; BGer., Urteil vom 7. Februar 2003, 5C.229/2002. **58)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 5 zu Art. 206 ZGB. **59)** Art. 207 Abs. 1 ZGB. **60)** Art. 208 Abs. 1 ZGB. **61)** Art. 209 Abs. 1 ZGB. **62)** Art. 209 Abs. 3 ZGB. **63)** Art. 210 ZGB. Vgl. auch Art. 211 ZGB, wonach bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Vermögensgegenstände zu ihrem Verkehrswert einzusetzen sind. **64)** Art. 215 Abs. 1 ZGB. **65)** BGer., Urteil vom 12. April 2006, 5C.308/2005. **66)** Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. **67)** Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. **68)** Art. 125 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB, BGer., Urteil vom 12. April 2006, 5C.308/2005. **69)** BGer., Urteil vom 12. April 2006, 5C.308/2005. **70)** Art. 126 Abs. 1 ZGB. **71)** Art. 126 Abs. 2 ZGB. **72)** Art. 125 Abs. 1 ZGB. **73)** Art. 125 Abs. 2 ZGB. **74)** Art. 125 Abs. 3 ZGB. **75)** BGer., Urteil vom 12. April 2006, 5C.308/2005. **76)** Bezüglich des Namens vgl. Art. 119 ZGB, der Aufhebung des gesetzlichen Erbrechts sowie der Unmöglichkeit, aus Verfügungen von Todes wegen, welche die Ehegatten vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, Ansprüche zu erheben vgl. Art. 120 ZGB, der Wohnung der Familie vgl. Art. 121 ZGB, des Anspruchs auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 für die Ehedauer zu ermittelnden Austritts-

leistung des anderen Ehegatten vgl. Art. 122 ZGB. **77)** Vgl. Art. 140 ZGB: «Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ist erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. ... Das Gericht spricht die Genehmigung aus, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen haben und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist.» **78)** Geiser, Thomas: Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, in: Geiser, Thomas/Koller, Thomas/Reusser, Ruth/Wiegand, Wolfgang/Walter, Hans Peter (Hrsg.): Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 217 ff. Vgl. auch BGE 121 III 393: «Auch ein vor der Heirat abgeschlossener Ehevertrag kann hinsichtlich der Regelung von Nebenfolgen für den Fall der Scheidung der Genehmigungspflicht unterliegen. Der von den Parteien getroffene Regelung ist die richterliche Genehmigung zu versagen, wenn die Vereinbarung unklar ist und die der Ehefrau zuerkannnten Leistungen unbillig sind.» Nicht klar ist bis heute, welche Tragweite dieser Bestimmung unter dem neuen Scheidungsrecht zukommt. Vgl. dazu Schwenzer, Ingeborg: Anmerkung zu BGer., Urteil vom 10. 11. 1995 – 5 C.117/1995, AJP 1996, 1156 ff. **79)** Oftmals finden sich aber Bestimmungen über den nachehelichen Unterhalt in Eheverträgen. Auch diesbezüglich gilt, dass die entsprechenden Bestimmungen nur bei gerichtlicher Genehmigung für die Vertragsparteien verbindlich sind. Zur Genehmigung bei gleichzeitigem Abschluss eines Ehevertrages und einer Scheidungskon-

vention vgl. BGer., Urteil vom 4. Dezember 2003, 5C.114/2003. **80)** Art. 182 Abs. 1 ZGB. Wird ein Ehevertrag unter Brautleuten geschlossen, steht dieser unter der Bedingung, dass die Ehe tatsächlich geschlossen wird. **81)** Art. 182 Abs. 2 ZGB. **82)** Art. 183 Abs. 1 ZGB. **83)** Art. 183 Abs. 2 ZGB. **84)** Art. 184 ZGB. **85)** Art. 187 Abs. 1 ZGB. **86)** Art. 199 Abs. 1 ZGB. **87)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 2 zu Art. 199 ZGB. **88)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 7 zu Art. 199 ZGB. **89)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 6 zu Art. 199 ZGB. **90)** BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 6 zu Art. 199 ZGB. **91)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 10 zu Art. 199 ZGB. **92)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 13 zu Art. 199 ZGB; BerK-Hausheer/Reusser/Geiser (Anm. 21), N 23 zu Art. 199 ZGB. **93)** Vgl. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB. **94)** Art. 199 Abs. 1 ZGB. **95)** BasK-Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 11), N 12 ff. zu Art. 199 ZGB. **96)** BGE 131 III 559. Vgl. dazu oben Ziff. 2.4.2.3 Industriel-Mehrwert. **97)** Art. 206 Abs. 3 ZGB. **98)** Art. 215 Abs. 1 ZGB. **99)** Art. 216 Abs. 1 ZGB. **100)** Art. 216 Abs. 2 ZGB. **101)** Art. 217 ZGB. **102)** Art. 247 ff. ZGB. **103)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 13.49. **104)** Ausgenommen Art. 251 ZGB: «Steht ein Vermögenswert im Miteigentum und weist ein Ehegatte ein überwiegendes Interesse nach, so kann er bei Auflösung des Güterstandes neben den übrigen gesetzlichen Massnahmen verlangen, dass ihm dieser Vermögenswert gegen Entschädigung des andern Ehegatten ungeteilt zugewiesen wird.» **105)** Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Anm. 20), 13.49 ff.

RÉSUMÉ

De l'intérêt du contrat de mariage pour l'entrepreneur

Celui qui crée ou qui reprend une entreprise pense rarement à ce qu'il en adviendrait en cas de modification de sa situation familiale. Or on sait qu'aujourd'hui près de la moitié des mariages finissent par un divorce. Dans ce cas de figure, que se passe-t-il pour l'entrepreneur? Il y a bien entendu la question des éventuelles obligations d'entretien envers l'ex-conjoint et envers les enfants, mais là n'est pas notre propos. Nous nous intéressons ici à la liquidation du régime matrimonial. Dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, une entreprise créée au moyen de ressources produites durant le mariage est considérée comme un acquêt. En cas de divorce, et sauf accord contraire entre les époux, les acquêts sont partagés par moitié entre eux. Un rachat de la part de l'ex-conjoint peut s'avérer très coûteux, voire dépasser les moyens financiers. C'est ainsi qu'un divorce peut déboucher sur la vente non désirée de l'entreprise. La situation

est encore plus compliquée lorsque l'entreprise a été transmise à l'un des époux par ses parents, soit de gré à gré, soit par héritage, car avec le temps, le conjoint acquiert aussi des droits sur cet actif.

Mais les époux peuvent conclure un contrat de mariage par lequel ils conviennent que les biens d'acquêts affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise font partie des biens propres. Le but est de faire en sorte que le capital investi dans l'entreprise soit exclu du partage du bénéfice de l'union conjugale. Les époux peuvent déclarer comme biens propres tous les acquêts présents, mais aussi futurs, la seule condition étant que les biens en question soient véritablement affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise. Il est même possible de convenir que la totalité d'une entreprise fait partie des biens propres, mais là encore, il faut que le capital investi soit affecté à l'exercice de l'activité

économique du conjoint concerné et non à la seule gestion du patrimoine. Ces dispositions ne peuvent cependant pas s'appliquer à la rémunération du travail du conjoint qui exerce l'activité économique, celle-ci restant acquise aux biens d'acquêts. Par ailleurs, les époux peuvent convenir par contrat de mariage que des revenus de biens propres ne formeront pas des acquêts et cette disposition est applicable à tous les revenus de la fortune. Mais dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, la règle suivante doit être observée: le bénéfice de l'entreprise peut être affecté aux biens propres conventionnels, à l'exception de la partie qu'il faut considérer comme la rémunération adéquate de l'activité économique du conjoint concerné. Une autre possibilité serait d'adopter le régime de la séparation de biens.

OA/FR/PB