

B 2258 E

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von
Notar Dr. Franz Josef Dumoulin/Bonn
Notar Gerhard Lindheimer/Frankfurt
und Notar Dr. Christoph Reithmann/Wolfratshausen

6
—
1991

C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG

Heft 6 · Juni 1991 · Seite 417–504

III. Erbrecht

BGB §§ 2325, 516, 1360

Verdeckte Schenkung unter Ehegatten

BGH, Urt. v. 15. 3. 1989 – IV a ZR 338/87 498

Buchbesprechungen

Werthmann, Die unbenannte Zuwendung im Privatrechtssystem (Jaeger) – Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Neukirchen) – Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Schmidt) – Höver, Gebührentabellen mit den ermäßigten Gebühren für die neuen Bundesländer 501

PACTUM

Das System zur Arbeitsabwicklung im Notariat

PACTUM ist ausschließlich für die Anwendung im Notariat entwickelt worden.

PACTUM basiert auf einer relationalen Datenbank.

PACTUM ist modular aufgebaut und kann entsprechend auch modularweise eingesetzt werden.

Folgende **PACTUM** Module stehen zur Verfügung:

- **Urkundenvorbereitung**
- **Urkundenrolle**
- **Namenskartei**
- **Erbvertragsregister**
- **Erstellung des Kostenregisters**
- **Führung des Kostenregisters**
- **automatische Durchführung des Buchungs- und Mahnverfahrens**
- **Verwaltung der Anderkonten**
- **Urkunden-gesteuerte Nachbearbeitung, (automatischer Vollzug)**
- **Überwachungsverfahren für Entwürfe**
- **Automatisierter Ablauf von Beglaubigungen**
- **Verw. der Datenbank für mehrere Notare**
- **Verw. Arbeitsbereiche der Sachbearbeiter**
- **allg. Textverarbeitung**
- **Einnahme-Überschufsbuchung**
- **Finanzbuchhaltung**

Auf Wunsch führen wir Ihnen das System gerne in Ihrem Notariat vor.

PACTUM ein Produkt der:



Behnke
Datentechnik

Kutschweg 7, 5378 Nettersheim-Pesch, Telefon (02484) 1826

Schriftleiter der Deutschen Notar-Zeitschrift (Zitierweise DNNotZ): Notar Dr. Rainer Kanzleiter, presserechtlich verantwortlicher Hauptschriftleiter, Notar Dr. Michael Bohrer, LL.M. und Dr. Hanns-Jacob Pflüger, Schriftleiter, sämtlich: Burgmauer 53, 5000 Köln 1, Telefon 0221/234316; Telefax 0221/246812. Manuskripte werden in zweifacher Ausfertigung erbeten. **Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahmeerklärung des Autors muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines photomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein Honorar hieraus steht dem Autor zu. **Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. **Bezugsbedingungen:** Die DNNotZ erscheint monatlich und kann durch Buchhandel oder Verlag bestellt werden; **Bezugspreis** 1991: Halbjährlich DM 61,60 (darin DM 4,03 MwSt.), Einzelheft: DM 10,80 (darin DM 0,71 MwSt.). Jeweils zusätzlich Versandkosten. **Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderhalbjahres erfolgen. **Adressänderungen:** Bei Adressänderungen bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angeben. **Verlag:** C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), Wilhelmstraße 9, 8000 München 40, Telefon 089/38189-0, Telex 5215085 beck d, Telefax 089/38189398, Postgütekonto München 6229-802. **Anzeigenverwaltung:** Verantwortlich für den Anzeigenneil Fritz Leberer, Bockenheimer Landstraße 92, 6000 Frankfurt/M. 1, **Postanschrift:** Postfach 11 0241, 6000 Frankfurt/M. 11, Telefon 069/756091-0, Telefax 069/748683. **Anzeigenpreis:** Je mm Höhe, 1spaltig 68 mm breit) DM 4,-. Zur Zeit gelten die Preise und Bezugsbedingungen der Anzeigenpreisliste Nr. 22. **Druck:** C. H. Beck'sche Buchdruckerei, Bergerstraße 3, 8860 Nördlingen.

ARNO DAS MÄDCHEN FÜR ALLES IN IHREM NOTARIAT



Mit **ARNO**, der

kompletten

Computerlösung,

stellen Sie

Ihre beste

Sekretärin ein.

**SIEMENS
NIXDORF**

VERTRAGS
PARTNER



RALF SCHIRM GMBH

IM RÖMIGERGRUND 36 · 7907 LANGENAU-GÖTTINGEN
TELEFON 07345-5069 · TELEFAX 07345-21948

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer
von Notar Dr. Franz Josef Dumoulin, Bonn,
Notar Gerhard Lindheimer, Frankfurt,
und Notar Dr. Christoph Reithmann, Wolfrahshausen

6/91

Heft 6, Juni 1991
Seite 417-504

MITTEILUNGEN

XX. Kongreß der Internationalen Union des Lateinischen Notariats vom 27. 4. bis 2. 5. 1992 in Cartagena/Kolumbien

In der Zeit vom 27. 4.-2. 5. 1992 findet in Cartagena der XX. Kongreß der U.I.N.L. statt. Der Kongreß wird folgende Themen beraten:

1. Mitwirkung des Notars im Rahmen der nicht-streitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit, 2. EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, 3. Umweltschutz und notarielle Praxis, 4. Bedeutung und Wirkung der Vorlage ausländischer Urkunden beim Notar.

Nähere Einzelheiten zu dieser Versammlung der U.I.N.L. sowie Informationen zu der geplanten Vor- sowie Nachkongreßreise können Sie einem der nächsten Hefte entnehmen.

Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

1. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht

Vertragsgestaltung der GmbH und der Personengesellschaft anhand typischer Fälle

Zeit/Ort: 5.-7. 9. 1991, 6550 Bad Kreuznach, Steigenberger Hotel Kurhaus
Referenten: Notar Prof. Dr. Gerni Langenfeld, Karlsruhe, Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Tagungsbeitrag: 625,- DM/500,- DM (für Notarassessoren und junge Anwälte),
400,- DM (für Juristen aus den neuen Bundesländern)

2. Intensivkurs für Anwaltsnotare

Grundstückskauf- und Übertragungsverträge, letztwillige Verfügung

Vertragsgestaltung - Abwicklung - Kosten

Zeit/Ort: 9.-13. 9. 1991, 7506 Bad Herrenalb, Kulmb-Hotel

Referenten: Notar Prof. Dr. Günter Biambring, Köln, Notariatsbürovorsteher Fritz Reibold, Darmstadt, Notar Dr. Holger Schmidt, Viersen

Tagungsbeitrag: 850,- DM

3. Intensivkurs zu Ehegattenverträgen

Lebzeitige und letztwillige Rechtsgeschäfte von Ehegatten anhand typischer Fälle

26.-28. 9. 1991, 8730 Bad Kissingen, Steigenberger-Kurhaushotel
 Referenten: Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Karlsruhe, RA und Notar Jochen Riemann, Kiel

Tagungsbeitrag: 625,- DM/500,- DM (für Notarassessoren und junge Anwälte),
 400,- DM (für Juristen aus den neuen Bundesländern)

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. -
 Fachinstitut für Notare -, Postfach 101109, 4630 Bochum, Telefon 0234/15081, Telefax
 0234/13808, Bankverbindung: Dresdner Bank AG Bochum (BLZ 43080083) Konto-Nr.
 802950700.

Preisindex für die Lebenshaltung im April 1991

Mitgeteilt vom Statistischen Bundesamt.

	1985=100	1980=100	1976=100	1970=100	1962=100
a) Alle privaten Haushalte	109,5	132,3	154,6	217,2	266,2
b) 4-Personen-Haushalte von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen	110,1	133,6	156,6	220,0	267,4
c) 4-Personen-Haushalte von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen	109,3	132,0	153,0	213,9	261,1
d) 2-Personen-Haushalte von Renten- und Sozialhilfempfangern mit geringem Einkommen	109,9	133,1	153,3	216,9	273,3

Die neuesten Index-Zahlen auf der Basis 1985 teilt das Statistische Bundesamt auch unter der Fernsprechnummer 06 11/752888 (Anruf-Beantworter) mit.

AUFSÄTZE

Prof. Dr. Ingeborg Schwuzer, LL.M., Basel/Schweiz

Grundlinien des materiellen und internationalen Ehegüterrechts der Schweiz*

I. Einleitung

Am 1. 1. 1988 ist in der Schweiz das neue Eherecht in Kraft getreten. Neben der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im allgemeinen Recht der Eheschließungen war eines der Hauptanliegen der Reform die Einführung eines neuen ordentlichen Güterstandes, der Errungenschaftsbeteiligung, die vor allem einen besseren Schutz der Hausfrau bei Auflösung des Güterstandes gewähren soll. Weitere gravierende Änderungen haben sich für Fälle mit Auslandsberührung mit dem Inkrafttreten des neuen schweizerischen IPR-Gesetzes (IPRG) am 1. 1. 1989 ergeben.

II. Grundprinzipien des neuen Ehegüterrechts

1. Allgemeines

Mit der Reform ist an die Stelle der alten Güterverbindung¹ die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196ff. ZGB) als ordentlicher Güterstand getreten². Als sog. vertragliche Güterstände kennt auch das neue Schweizer Recht die Gütergemeinschaft (Art. 221ff. ZGB) sowie die Gütertrennung

* Abgekürzt zitierte Materialien und Literatur: Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) v. 11. 7. 1979 (zit.: BotschaftEhE); Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) v. 10. 11. 1982 (zit.: Botschaft IPRG); *Deschenaux/Steinuer*, Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987 (zit.: *Deschenaux/Steinuer*); *Dessenmontet* (Hrsg.), Le Nouveau Droit du Mariage, Travaux de journées d'étude de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne des 7 et 8 mars 1986, Lausanne 1986 (zit.: *Dessenmontet*); *Druet*, Grundriß des Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1987 (zit.: *Frank*); *Haascher/Reuser/Geiser*, Kommentar zum Ehegesetz, Bd. I, Bern 1986 (zit.: *Haascher*); *Haascher/Reuser/Geiser*, Kommentar zum Erbrecht, Bd. I, Bern 1988 (zit.: *Haascher/Reuser/Geiser*); *Hegnauer*, Grundriß des Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1987 (zit.: *Hegnauer*); *Hüwiler/Kaufmann* (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Berner Tage für die juristische Praxis 1987, Bern 1988, (zit.: BTJP 1987); Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts, Zürich 1984 (zit.: Lausanner Kolloquium); *Nägeli-Hofmann*, Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1989 (zit.: *Nägeli-Hofmann*); *Piolet*, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Bern 1987 (zit.: *Piolet*).

1) Vgl. hierzu zusammenfassend *Piolet*, S. 15 ff.; *Nägeli-Hofmann*, S. 83 ff., Rdn. 550 ff.

2) Zur Übergangsregelung vgl. Art. 9 a ff. SchIT; vgl. hierzu *Hegnauer*, S. 206 ff., Rdn. 22.18 ff.; *Deschenaux/Steinuer*, S. 551 ff.; *Kaufmann*, BTJP 1987, S. 117 ff.; *Reuser* in *Haascher*, S. 135 ff.; *Steinuer* in *Dessenmontet*, S. 147 ff.; *Piolet*, S. 174 ff.; *Frank*, S. 12 ff.

(Art. 247 ff. ZGB). Außerordentlicher Güterstand ist nach wie vor die Gütertrennung³. Er tritt teils von Gesetzes wegen⁴, teilweise aufgrund richterlicher Anordnung⁵ ein.

2. Ehevertragliche Regelung

Im neuen Ehegüterrecht besteht ebenso wie im alten Ehevertragsfreiheit (Art. 181, 182 ZGB). Für den Abschluß des Ehevertrages wurde am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung festgehalten (Art. 184 ZGB), enthalten ist jedoch die nach altem Recht erforderliche Zustimmung der Vormundschaftsbehörde.

Durch Ehevertrag können die Ehegatten einen der im ZGB vorgesehenen vertraglichen Güterstände wählen; möglich sind jedoch auch bestimmte Änderungen im Rahmen des neuen ordentlichen Güterstandes⁶ sowie im Rahmen des vertraglichen Güterstandes der Gütergemeinschaft⁷.

Mit der Reform ist das Güterrechtsregister alten Rechts (Art. 248 ff. ZGB) aufgehoben worden; damit wurde auch die nach altem Recht problematische Unterscheidung zwischen internem und externem Güterstand überflüssig. Statt durch Publizität sucht das Gesetz die Interessen von Gläubigern der Ehegatten zum einen dadurch zu wahren, daß durch Begründung, Änderung eines Güterstandes oder durch güterrechtliche Auseinandersetzung ein Vermögen, aus dem bis dahin die Gläubiger Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden darf (Art. 193 ZGB)⁸, zum anderen durch eine entsprechende Regelung der Haftung bei der Gütergemeinschaft.

3. Überlassung der Verwaltung

Abgesehen von der Verwaltung des Gesamtgutes bei der Gütergemeinschaft (Art. 227, 228 ZGB) verwaltet nach neuem Recht jeder Ehegatte sein Vermögen allein (Art. 201, 232, 247 ZGB). Es steht jedem Ehegatten jedoch frei, dem anderen die Verwaltung seines Vermögens im Wege schuldrechtlicher Vereinbarungen zu übertragen. Soweit die Ehegatten nicht etwas anderes – wie beispielsweise einen Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag – vereinbart haben, gelten nach Art. 195 Abs. 1 ZGB insoweit die

3) Vgl. hierzu *Reusser* in *Hausheer*, S. 35, 43; *Hegnauer*, S. 220 ff., Rdn. 24.01 ff.; *Henniger*, Der außerordentliche Güterstand im neuen Eherecht, Freiburg i. U. 1989, passim.

4) Vgl. Art. 155 ZGB: Richtliche Trennung; Art. 188 ZGB: Konkurs eines Ehegatten bei Gütergemeinschaft.

5) Vgl. Art. 145 Abs. 2 ZGB: Scheidungsverfahren; Art. 185 ZGB: Wichtige Gründe in der Person eines Ehegatten; Art. 189 ZGB: Zwangsvollstreckung gegen einen Ehegatten bei Gütergemeinschaft.

6) Vgl. Art. 199, 201 Abs. 2, 206 Abs. 3, 216, 217, 219 ZGB.

7) Vgl. Art. 222–224, 239, 241, 242 Abs. 2 und 3, 243 ff. ZGB.

8) Vgl. hierzu *Näf-Hofmann*, S. 384 ff., Rdn. 2223 ff.; *Deschenaux/Stehner*, S. 202 ff.

Vorschriften des Auftragsrechts⁹. Daraus folgt insbesondere, daß ungeachtet der für den Auftrag gewählten Form, d. h. selbst wenn dieser Teil eines Ehevertrages ist, die Überlassung der Verwaltung jederzeit frei widerruflich ist (Art. 404 Abs. 1 OR).

III. Errungenschaftsbeteiligung

1. Allgemeine Prinzipien

Nach den Erfahrungen zum alten Eherecht werden wohl auch nach neuem Recht mehr als 90% aller Eheleute keinen Ehevertrag abschließen und deshalb unter dem neuen ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung leben, so daß dessen Grundprobleme von besonderem Interesse sind. Die Errungenschaftsbeteiligung geht von der vermögensmäßigen Trennung der Ehegatten während der Ehe aus, sieht jedoch einen gegenseitigen Beteiligungsanspruch am Zugewinn bei Auflösung des Güterstandes vor. Vom Grundmodell her entspricht sie deshalb der deutschen Zugewinngemeinschaft, wenngleich sich im Detail bedeutende Unterschiede ergeben.

Nach Art. 201 Abs. 1 ZGB verwaltet und nutzt jeder Ehegatte sein Vermögen selbst. Schranken sind ihm insoweit allerdings durch Vorschriften aus dem Recht der allgemeinen Ehwirkungen auferlegt. Vor allem kann ein Ehegatte nach Art. 169 Abs. 1 ZGB nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen ein Rechtsgeschäft vornehmen, durch das die Rechte an den Wohnräumen der Familie aufgehoben oder beschränkt werden¹⁰, auch wenn er Alleineigentümer ist. Steht ein Vermögenswert im Miteigentum beider Ehegatten – was nach Art. 200 Abs. 2 ZGB immer dann vermutet wird, wenn Alleigentum eines Ehegatten nicht nachweisbar ist –, so bedarf jeder Ehegatte ebenfalls der Zustimmung des anderen, um über seinen Anteil verfügen zu können (Art. 201 Abs. 2 ZGB). Während das Zustimmungserfordernis für Rechtsgeschäfte bezüglich der Familienwohnung unabdingbar ist, können die Ehegatten für Verfügungen über Miteigentumsanteile Abweichendes vereinbaren.

Entsprechend dem Prinzip genereller Trennung der Vermögensmassen während der Ehe haftet jeder Ehegatte für seine Schulden mit seinem Vermögen. Eine wechselseitige Verpflichtung der Ehegatten besteht nach Art. 166 ZGB soweit es sich um Rechtsgeschäfte zur Deckung der laufenden Bedürfnisse der Familie während des Zusammenlebens handelt oder eine Ermächtigung durch den anderen Ehegatten oder den Richter vorliegt¹¹.

9) Vgl. hierzu im einzelnen *Deschenaux/Stehner*, S. 217 ff.

10) Vgl. hierzu *Näf-Hofmann*, S. 22 ff., Rdn. 141 ff.; *Deschenaux/Stehner*, S. 93 ff.; für weitere Schranken vgl. *Hegnauer*, S. 231, Rdn. 25.15.

11) Vgl. hierzu *Hausheer/Reusser/Geiser*, Art. 166; *Näf-Hofmann*, S. 52 ff., Rdn. 316 ff.; *Frank*, S. 98 ff.; *Deschenaux/Stehner*, S. 72 ff.

2. Errungenschaft und Eigengut

Über die vertikale Trennung der Vermögensmassen zwischen den Ehegatten hinaus nimmt das Gesetz eine horizontale Trennung der Vermögensmassen bei jedem einzelnen Ehegatten vor: Es ist zu unterscheiden zwischen Eigenem und Errungenschaft. Relevant wird diese Differenzierung freilich nicht, solange der Güterstand besteht; praktische Bedeutung kommt ihr ausschließlich für die Berechnung des Vorschlags bei Auflösung des Güterstandes zu. Die Zuordnung zu den jeweiligen Vermögensmassen bestimmt sich nach Art. 197, 198 ZGB.

Die Vermögensgegenstände, die zum Eigengut zu rechnen sind, umschreibt Art. 198 ZGB abschließend. Zum Eigengut zählen zunächst alle Vermögenswerte, die einem Ehegatten zu Beginn des Güterstandes gehören. Später hinzukommende Vermögenswerte fallen ins Eigengut, wenn der Ehegatte sie aufgrund Erbganges oder unentgeltlich erwirbt. Darüber hinaus rechnen zum Eigengut Gegenstände, die einem Ehegatten ausschließlich zum persönlichen Gebrauch dienen, Schmerzensgeldansprüche sowie Ersatzanschaffungen und Surrogate für Eigengut.

Zur Errungenschaft gehören alle Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes entgeltlich erwirbt (Art. 197 Abs. 1 ZGB). Beispielhaft, aber nicht abschließend erwähnt Art. 197 Abs. 2 ZGB zunächst den Arbeiterwerb und Leistungen mit Lohnersatzfunktion (Pension, Sozialversicherungsleistungen, Entschädigungen wegen Arbeitsunfähigkeit)¹². Darüber hinaus fallen in die Errungenschaft die Erträge des Eigengutes sowie Ersatzanschaffungen und Surrogate für Vermögenswerte, die bereits zur Errungenschaft gehörten. Nicht unter den Begriff der Errungenschaft zu fassen sind jedoch Anwartschaften auf künftige Altersversorgung¹³. Der Schweizer Gesetzgeber will diese Problematik erst im Rahmen der anstehenden Reform des Scheidungsrechts, die noch in diesem Jahrzehnt zu Ende gebracht werden soll, in Angriff nehmen.

Ein Vermögenswert ist einheitlich der Errungenschaft oder dem Eigengut zuzuordnen. Wurde der Erwerb aus beiden Vermögensmassen finanziert, so entscheidet die größere Sachnähe, im Zweifel geht die Zuordnung zur Errungenschaft vor (Art. 200 Abs. 3 ZGB). Der anderen Vermögensmasse steht jedoch insoweit bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine Ersatzforderung zu (Art. 209 Abs. 1 ZGB).

Die Zuordnung der Vermögenswerte zum Eigengut oder zur Errungenschaft nach Art. 197, 198 ZGB ist grundsätzlich zwingend. Art. 199 ZGB

¹² *Piolet*, S. 126, will freilich nur den Teil der Leistungen zur Errungenschaft gerechnet wissen, deren Prämien während des Güterstandes entrichtet wurden. Dies erscheint angesichts der Lohnersatzfunktion dieser Leistungen kaum vertretbar. Wie hier die h.M., vgl. *Haasheer/Caiser* in *Haasheer*, S. 79, 100; *Näf-Hofmann*, S. 215 ff., Rdn. 1217 ff.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 272 f.

¹³ Vgl. *Haasheer/Caiser* in *Haasheer*, S. 79, 100 f.; *dis.*, *SJZ* 1986, 237 ff.; a. A. *Piolet*, S. 127; *ders.*, *SJZ* 1986, 365 ff.

gestattet den Ehegatten allerdings, bestimmte Vermögenswerte, die von Gesetzes wegen der Errungenschaft zuzuordnen sind, durch Ehevertrag zu Eigengut zu erklären¹⁴. Dies ist einmal möglich in bezug auf Berufs- oder Gewerbevermögen (Art. 199 Abs. 1). Mit der Zuweisung zum Eigengut werden die zum Geschäft gehörenden Vermögenswerte von der Vorschlagsbeteiligung ausgeklammert. Unter Vermögenswerten, die für die Ausübung eines Berufs oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind, fallen auch Aktien und Gesellschaftsanteile, sofern der Ehegatte an maßgebender Stelle der Gesellschaft tätig ist und es sich nicht um eine bloße Kapitalanlage handelt¹⁵. Des weiteren können durch Ehevertrag die Erträge des Eigengutes dem Eigengut zugewiesen werden (Art. 199 Abs. 2 ZGB). Diese Möglichkeit ist insbesondere dort relevant, wo ein Ehegatte ein großes Vermögen in die Ehe einbringt und die Erträge aus diesem Vermögen die Einkünfte aus Arbeiterwerb übersteigen. Der Arbeiterwerb als solcher kann jedoch auch durch Ehevertrag nicht der Errungenschaft entzogen werden.

3. Auseinandersetzung

Die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgt in drei Phasen: die Trennung der Vermögenswerte von Mann und Frau, die Berechnung des Vorschlags und schließlich die Bestimmung der Beteiligung.

a) Trennung der Vermögenswerte

Nach Art. 205 Abs. 1 ZGB ist bei Auflösung des Güterstandes zunächst das Mannesgut vom Frauengut zu trennen. Im Falle von Miteigentum kann der Richter einem Ehegatten die Sache zu Alleineigentum zuweisen, sofern dieser ein überwiegendes Interesse nachweisen kann (Art. 205 Abs. 2 ZGB); dem anderen Ehegatten steht jedoch in diesem Fall ein Anspruch auf Entschädigung zu.

Des weiteren sind in dieser Phase die gegenseitigen Schulden zu regulieren (Art. 205 Abs. 3 ZGB). Zu denken ist dabei einmal an Schulden aus zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Rechtsgeschäften, vor allem jedoch auch an Entschädigungsansprüche wegen außerordentlicher Beiträge eines Ehegatten nach Art. 165 ZGB¹⁶. Danach kann ein Ehegatte, der im Beruf oder Gewerbe des anderen mitgearbeitet und damit mehr als den auf ihn fallenden Unterhaltsbeitrag erbracht hat, hierfür eine angemessene Entschädigung verlangen. Dasselbe gilt, wenn ein Ehegatte aus seinem Einkommen

¹⁴ Vgl. hierzu i. e. *Näf-Hofmann*, S. 233 ff., Rdn. 1321 ff.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 261 ff.; *Schwager* in *Haasheer*, S. 181, 187 ff.

¹⁵ Vgl. *Haasheer* in *Haasheer*, S. 55, 62; *Schwager* in *Haasheer*, S. 181, 188.

¹⁶ Vgl. hierzu im einzelnen *Näf-Hofmann*, S. 38 ff., Rdn. 225 ff.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 65 ff.; *Hasenböhler*, Festschrift für *Vischer* (1983), S. 387 ff.; *Haasheer*, Festschrift für *Vischer* (1983), S. 399, 410 ff.; *Piolet*, ZSR 108 NF (1989), S. 317, 323 ff.; *Caiser*, *BJM* 1990, 57 ff.; *G. Huber*, Außerordentliche Beiträge eines Ehegatten (Art. 165 ZGB), Diss. Freiburg i. U. 1990, passim.

oder Vermögen über seinen Anteil hinausgehende Unterhaltsbeiträge geleistet hat, wie etwa im Falle der Finanzierung des Studiums des einen durch den anderen Ehegatten.

Die Schuldenregulierung erfolgt grundsätzlich nach dem Nominalwertprinzip. Davon macht freilich das neue Recht mit der in Art. 206 ZGB neu geschaffenen sog. variablen Ersatzforderung eine bedeutende Ausnahme¹⁷. Danach wird ein Ehegatte, der zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung eines im Eigentum des anderen Ehegatten stehenden Vermögensgegenstandes beigetragen hat, über einen Anspruch auf Rückzahlung hinaus auch an einem eventuell eingetretenen Mehrwert entsprechend seiner eigenen Leistung beteiligt¹⁸.

Voraussetzung für die Mehrwertbeteiligung ist eine Investition; der Beitrag darf weder als Schenkung erbracht worden sein, noch darf der investierende Ehegatte eine entsprechende Gegenleistung hierfür erhalten haben¹⁹.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die variable Ersatzforderung bei Grundstücken. Sie greift insbesondere ein, wenn ein Ehegatte zum Erwerb eines Grundstückes, der Errichtung eines Hauses oder dessen Renovierung durch finanzielle Mittel oder auch durch Arbeitsleistung beigetragen hat. Umstritten ist, ob auch gewöhnliche Unterhaltsarbeiten zu einer Mehrwertbeteiligung führen können²⁰. Besondere Schwierigkeiten bereitet auch der Fall, daß ein Ehegatte Leistungen auf ein am Grundstück des anderen durch Grundpfand gesichertes Darlehen erbringt. Soweit es sich um Amortisationen handelt, ist von einem Beitrag zum Erwerb des Grundstückes und damit einer Mehrwertbeteiligung auszugehen; soweit lediglich die Zinsen getilgt werden, erscheint diese Auffassung, jedenfalls dann problematisch, wenn es sich um die Familienwohnung handelt und damit die Zinstilgung als Beitrag zum Unterhalt der Familie zu betrachten ist²¹.

Der investierende Ehegatte ist bei der Auseinandersetzung am Mehrwert des Vermögensgegenstandes in dem Verhältnis beteiligt, das im Zeitpunkt der Investition zwischen dem Beitrag und dem Wert des erworbenen, verbesserten oder erhaltenen Gegenstandes bestand. Wurde der entsprechende Vermögensgegenstand vor Auflösung des Güterstandes veräußert, so berechnet sich die Forderung nach dem bei der Veräußerung erzielten Erlös (Art. 206 Abs. 2 ZGB).

17) Vgl. zum folgenden insbesondere: *Deschenaux/Steinauer*, S. 337 ff.; *Njff-Höfmann*, S. 253 ff., R.dn. 1447 ff.; *Hausheer/Geiser* in *Hausheer*, S. 79, 80 ff.; *Hausheer* in *Dessenmontet*, S. 57 ff.; *Photet*, Festschrift für *Hegnauer* (1986), S. 349 ff.; *ders.*, ZSR 108 NF (1989), S. 317, 329 ff.; *Steinauer*, Festschrift für *Hegnauer* (1986), S. 535 ff.

18) Bei einer Wertminderung verbleibt es beim Nominalwertprinzip, vgl. Art. 206 Abs. 1 a.E. ZGB.

19) Zur oftmals schwierigen Abgrenzung zu einem stillschweigenden Arbeitsvertrag vgl. insbesondere *Photet*, ZSR 108 NF (1989), S. 317, 329 ff.

20) Vermeinend: *Botschaft EheR*, S. 124; bejahend: *Hegnauer*, S. 243, R.dn. 26.54.

21) Vgl. einerseits: *Hausheer/Geiser* in *Hausheer*, S. 79, 92; *Photet*, Festschrift für *Hegnauer* (1986), S. 349, 352; andererseits: *Steinauer*, Festschrift für *Flattet* (1985), S. 381, 388 ff.

Die Vorschriften zur variablen Ersatzforderung können von den Ehegatten abbedungen werden. Soweit es sich lediglich um eine konkrete Investition handelt, genügt hierfür die einfache Schriftform (Art. 206 Abs. 3 ZGB). Soll dagegen der Mehrwertanteil generell für alle Investitionen ausgeschlossen werden, so hat dies in Form des Ehevertrages zu erfolgen²².

b) Berechnung des Vorstrahls

Nach der Trennung der Vermögenswerte zwischen den Ehegatten muß innerhalb des Vermögens jedes Ehegatten festgestellt werden, was zum Eigentum bzw. zur Errungenschaft gehört.

Auch hier hat der Gesetzgeber für den Fall Vorsorge getroffen, daß mit Mitteln der einen Vermögensmasse die andere gemehrt wurde. Entsprechend der variablen Ersatzforderung nach Art. 206 ZGB ordnet Art. 209 ZGB auch für diesen Fall eine Mehrwertbeteiligung an. Im Gegensatz zur Mehrwertbeteiligung nach Art. 206 ZGB ist diese Bestimmung unabdingbar. Darüber hinaus findet zwischen Eigentum und Errungenschaft nicht nur eine Beteiligung am Mehrwert, sondern auch an einem eventuell eingetretenen Minderwert statt.

Im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bestehende Schulden belasten die Vermögensmasse, mit der sie sachlich am engsten zusammenhängen, im Zweifel jedoch die Errungenschaft (Art. 209 Abs. 2 ZGB).

Hat ein Ehegatte während der Ehe eine Kapitalleistung aus einer Vorsorgeeinrichtung oder wegen Arbeitsunfähigkeit erhalten, so wird diese nur insoweit der Errungenschaft zugerechnet, als sie sich als Lohnersatz für die Zeit bis zur Auflösung des Güterstandes darstellt. Der Teil, der einer entsprechenden Rente nach Auflösung des Güterstandes entspricht, wird jedoch dem Eigentum zugerechnet (Art. 207 Abs. 2 ZGB).

Umgekehrt sind Vermögenswerte, deren sich ein Ehegatte durch gewisse Handlungen entäußert hat, der Errungenschaft hinzuzurechnen (Art. 208 ZGB)²³. Hierzu zählen – ähnlich wie nach § 1375 Abs. 2 BGB – unentgeltliche Zuwendungen während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes sowie sämtliche Vermögensveräußerungen in Benachteiligungsabsicht.

Während es für die Zugehörigkeit eines Vermögenswertes zu einer bestimmten Vermögensmasse auf den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ankommt, ist für die Wertbemessung der Errungenschaft der Zeitpunkt der Auseinandersetzung maßgeblich (Art. 214 Abs. 1 ZGB). Grundsätzlich sind die Vermögenswerte mit ihrem Verkehrswert einzusetzen

22) Vgl. *Botschaft EheR*, S. 125; *Deschenaux/Steinauer*, S. 351; *Hausheer/Geiser* in *Hausheer*, S. 79, 93; einen generellen Ausschluss halten für unzulässig: *Schwager* in *Hausheer*, S. 181, 195; *Hegnauer*, S. 246, R.dn. 26.61.

23) Vgl. hierzu insbesondere *Njff-Höfmann*, S. 286 ff., R.dn. 1644 ff.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 375 ff.; *Offt*, Festschrift für *Hegnauer* (1986), S. 289 ff.; *Kaufmann*, ZBJV 1988, 131 ff.

(Art. 211 ZGB)²⁴. Eine Ausnahme hiervon macht Art. 212 ZGB für landwirtschaftliche Gewerbe, die von einem Ehegatten als Eigentümer weiterbewirtschaftet oder von seinem Ehegatten oder einem Nachkommen übernommen werden. Diese sind grundsätzlich nur mit dem Ertragswert anzusetzen²⁵. Der Eigentümer des landwirtschaftlichen Gewerbes oder seine Erben können Ansprüche gegen den anderen Ehegatten freilich nur erheben, soweit sich diese auch bei Anrechnung des Gewerbes zum Verkehrswert ergeben würden (Art. 212 Abs. 2 ZGB).

Was vom Gesamtwert der Errungenschaft, einschließlich der hinzurechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen nach Abzug der auf ihr lastenden Schulden verbleibt, bildet nach Art. 210 ZGB den sog. Vorschlag, an dem der andere Ehegatte im Rahmen der Auseinandersetzung zu beteiligen ist.

c) Bestimmung der Beteiligung

Nach Art. 215 ZGB ist grundsätzlich jeder Ehegatte hälftig am Vorschlag des anderen zu beteiligen, wobei die Forderungen von Gesetzes wegen gegeneinander aufgerechnet werden. Die gesetzliche Vorschlagsbeteiligung gilt gleichermaßen bei der Auflösung der Güterstandes durch Tod und durch andere Gründe. Der Gesetzgeber hat eine Lösung, wie sie das deutsche Recht in § 1371 BGB vorsieht, als zu schematisch verworfen²⁶.

Durch Ehevertrag können die Ehegatten vom Modell der gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung abweichen, Art. 216 Abs. 1 ZGB²⁷. Die Ehegatten sind frei, für die verschiedenen Fälle der Auflösung des Güterstandes unterschiedliches zu vereinbaren. Soweit sie jedoch nichts anderes ausdrücklich vereinbaren, gilt eine ehevertragliche Änderung der Vorschlagsbeteiligung freilich nur für den Fall der Auflösung des Güterstandes durch Tod eines Ehegatten (Art. 217 ZGB).

Ehevertragliche Änderungen können den Vorschlag beider oder nur eines Ehegatten betreffen. Möglich ist etwa die Änderung der Bruchteile, Verzicht des einen auf Teilhabe am Vorschlag des anderen, die Kombination von Bruchteilen mit festen Höchst- oder Mindestbeträgen oder die Zuwendung eines festen Betrages oder eines bestimmten Vermögenswertes an eine Seite und des Restes an die andere²⁸.

Eine Schranke findet die Gestaltungsfreiheit durch Ehevertrag insoweit, als durch die Vereinbarung die Pflichtteilsansprüche nicht gemeinsamer Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigt werden dürfen (Art.

24) Vgl. hierzu ausführlich *Druet*, Festschrift für *Hegnauer* (1986), S. 15 ff.

25) Für Gegenausnahmen vgl. Art. 213 ZGB.

26) Vgl. Botschaft EheR., S. 130 f.

27) Die Vereinbarung einer Beteiligung am Rückschlag ist allerdings nicht möglich, vgl. *Schwager* in *Hausheer*, S. 181, 191.

28) Einzelheiten bei *Schwager* in *Hausheer*, S. 181, 191 f.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 391 ff.; *Niff-Hofmann*, S. 327 ff., R.dn. 1907 ff.

216 Abs. 2 ZGB)²⁹. Für diese ist der Pflichtteil anhand der gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung zu berechnen. Gemeinsame Kinder und Eltern als Pflichtteilsberechtigte werden hingegen vor einer Aushöhlung ihres Pflichtteils durch ehevertragliche Vorschlagsbeteiligung nicht geschützt.

d) Durchführung des Ausgleichs

Eine allgemeine Härteklause, wie sie das deutsche Recht in § 1381 BGB vorsieht, wurde vom Schweizer Gesetzgeber bewußt nicht aufgenommen³⁰. Nach Art. 218 Abs. 1 ZGB kann jedoch der Richter dem Schuldner der Beteiligungsforderung und des Mehrveranteils Zahlungsfristen einräumen. Soweit das Vermögen des verpflichteten Ehegatten oder seine Erbschaft die Beteiligungsforderung nicht deckt, können Ansprüche gegen Dritte, die Zuwendungen empfangen haben, die nach Art. 208 ZGB der Errungenschaft hinzuzurechnen sind, geltend gemacht werden (Art. 220 ZGB).

Wird der Güterstand durch Tod eines Ehegatten aufgehoben, so kann der überlebende Ehegatte zur Beibehaltung seiner bisherigen Lebensweise unter Anrechnung auf seine güterrechtlichen Forderungen die Zuteilung dinglicher Rechte am Eigentum oder an der Errungenschaft des Erblassers verlangen, und zwar das Eigentum an Hausratsgegenständen, die Nutznießung, ein Wohnrecht oder ggf. auch das Eigentum am Familienheim oder der Familienwohnung (Art. 219 ZGB).

IV. Gütergemeinschaft³¹

Beim vertraglichen Güterstand der Gütergemeinschaft hat der Gesetzgeber in weiten Bereichen an die Bestimmungen des alten Rechtes angeknüpft. Es bestehen drei Vermögensmassen, nämlich das Gesamtgut und das Eigentum jedes Ehegatten (Art. 221 ZGB). Zu welcher Vermögensmasse ein Vermögenswert gehört, ist in erster Linie Sache ehevertraglicher Bestimmung.

Bei der Grundform, der allgemeinen Gütergemeinschaft, umfaßt das Eigentum jedes Ehegatten von Gesetzes wegen die Gegenstände, die ihm ausschließlich zum persönlichen Gebrauch dienen, sowie Schmerzensgeldansprüche (Art. 225 Abs. 2 ZGB). Hinzutreten unentgeltliche Zuwendungen, wenn der Dritte bestimmt hat, daß diese nicht in das Gesamtgut fallen (Art. 225 Abs. 1 ZGB). Alle übrigen Vermögenswerte gehören zum Gesamtgut. Im Rahmen der beschränkten Gütergemeinschaft (Art. 223 f. ZGB) steht es den Ehegatten frei, bestimmte Vermögenswerte oder Arten

29) Vgl. für Einzelheiten *Steinauer*, *Mélanges Engel* 1989, S. 403 ff.; *Piolet*, *SJZ* 1990, 37 ff.

30) Vgl. Botschaft EheR., S. 131.

31) Vgl. *Niff-Hofmann*, S. 337 ff., R.dn. 1952 ff.; *Deschenaux/Steinauer*, S. 438 ff.; *Güterstand in Dessemontet*, S. 91 ff.; *Hegnauer*, S. 262 ff., R.dn. 28.01 ff.; *Geiser* in *Hausheer*, S. 111, 112 ff.; *Zellweger*, *SJZ* 1985, 210 ff.

von Vermögenswerten dem Eigengut zuzuweisen, sofern nur wenigstens ein Vermögenswert im Gesamtgut verbleibt.

Das Eigengut wird von jedem Ehegatten selbst verwaltet (Art. 232 ZGB); für das Gesamtgut kann jeder Ehegatte im Rahmen der ordentlichen Verwaltung die Gemeinschaft verpflichten und über das Gesamtgut verfügen (Art. 227 Abs. 2 ZGB), für Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung ist gemeinsames Handeln oder jedenfalls die Einwilligung des anderen erforderlich (Art. 228 Abs. 1 ZGB). Über die sachenrechtlichen Vorschriften hinausgehend wird weitgehender Verkehrsschutz dadurch wirksam, daß Dritte die Einwilligung des anderen Ehegatten voraussetzen dürfen, sofern ihnen nichts Gegenteiliges bekannt sein muß (Art. 228 Abs. 2 ZGB).

Für die Haftung unterscheidet das Gesetz zwischen sog. Eigenschulden, für die jeder Ehegatte nur mit seinem Eigengut und der Hälfte des Wertes des Gesamtgutes haftet (Art. 234 ZGB), und sog. Vollschulden, wo der Gläubiger außer auf das Eigengut unmittelbar auf das Gesamtgut zugreifen kann (Art. 233 ZGB). Derartige Vollschulden entstehen zum einen aufgrund Vertretung der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 166 ZGB oder Verwaltung des Gesamtgutes sowie anderer gesamtschuldnerischer Verpflichtung, zum anderen wenn ein Geschäftsbetrieb zwar nicht zum Gesamtgut, sondern zum Eigengut eines Ehegatten gehört, aber entweder für die Führung des Betriebes Mittel des Gesamtgutes verwendet werden oder die Erträge ins Gesamtgut fallen.

Für die güterrechtliche Auseinandersetzung ist zu unterscheiden zwischen der Auflösung durch Tod oder Vereinbarung eines anderen Güterstandes auf der einen und den übrigen Fällen der Auflösung auf der anderen Seite.

Im ersten Fall wird das Gesamtgut hälftig geteilt (Art. 241 Abs. 1 ZGB). Der Ehevertrag kann jedoch eine andere Teilung vorsehen (Art. 241 Abs. 2 ZGB), wodurch freilich nicht die Pflichtteilsansprüche der Nachkommen beeinträchtigt werden können (Art. 241 Abs. 3 ZGB). Damit sind – im Gegensatz zur Errungenschaftsbeteiligung – nicht nur die Pflichtteilsrechte nicht gemeinsamer, sondern auch jene von gemeinsamen Nachkommen geschützt. Dies erscheint nur dort gerechtfertigt, wo das Gesamtgut auch eingebrachte Güter umfaßt, nicht jedoch bei der Errungenschaftsgemeinschaft. Ob man die Divergenz durch eine Analogie zu Art. 216 Abs. 2 ZGB auflösen kann, erscheint freilich derzeit noch als offene Frage³², weshalb Ehegatten, die sich im hohem Maße gegenseitig begünstigen wollen, von der Gütergemeinschaft abzuraten ist.

Bei der Auflösung der Gütergemeinschaft auf andere Weise, d. h. namentlich bei Scheidung oder Eintritt der gerichtlichen oder gesetzlichen Güter-

32) Vgl. Geiser in *Hansheer*, S. 111, 131; *Hégnauer*, S. 272: „blanker Irrtum des historischen Gesetzgebers“; kritisch auch schon *Wiegand*, *Der Bernische Notar* 1984, S. 265, 297.

trennung, wird die Gütergemeinschaft praktisch automatisch zur Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 242 ZGB). Jeder Ehegatte nimmt vom Gesamtgut zurück, was unter der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut wäre; das übrige Gesamtgut wird hälftig geteilt. Abweichungen von dieser Regel müssen im Ehevertrag ausdrücklich vorgesehen werden.

V. Internationales Privatrecht³³

Für die internationale Zuständigkeit in güterrechtlichen Streitigkeiten hat der Gesetzgeber in Art. 51 IPRG den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges gewählt. Für Streitigkeiten bei Auflösung des Güterstandes durch Tod ist der Nachlaßrichter³⁴, bei gerichtlicher Auflösung oder Trennung der Ehe der Scheidungsrichter³⁵, bei den übrigen Güterrechtsstreitigkeiten der Eheschutzrichter³⁶ zuständig. Praktisch bedeutet dies, daß Güterrechtsstreitigkeiten primär vor den Wohnsitz³⁷, subsidiär vor den Heimatrechtsstreitigkeiten³⁸ gebracht werden. Ausnahmsweise kommt bei erbrechtlichen Streitigkeiten auch eine Zuständigkeit des Richters am Lageort von Grundstücken in Betracht³⁹. Diese Gerichtsstände sind jedoch nicht ausschließlich; da es sich insoweit um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, steht es den Parteien frei, einen anderen Gerichtsstand (Art. 5 IPRG) oder auch die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes (Art. 7, 177 IPRG) zu vereinbaren⁴⁰.

Die güterrechtlichen Verhältnisse unterstehen primär dem von den Ehegatten gewählten Recht (Art. 52 IPRG). Dabei können sie entweder das Recht des Staates wählen, in dem sie beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschließung haben werden⁴¹, oder das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer von ihnen besitzt. Zusammen mit der erbrechtlichen *professio juris*⁴² lassen sich so Erb- und Güterrechtsstatut aufeinander abstimmen. Auch eine Teilrechtswahl für Vermögenswerte, die im Ausland belegen sind, dürfte – obgleich sie im Rahmen der güterrechtlichen Vorschriften des IPRG nicht ausdrücklich vorgesehen ist – zulässig sein⁴³.

33) Vgl. hierzu A. Bucher in *Lausanner Kolloquium*, S. 115 ff.; *ders.*, *ZBGR* 1988, 65 ff.; *Hasenböhler*, *BJM* 1989, 225, 233 ff.; *von Overbeck*, *Rev. crit. dr. int. privé* 1988, S. 237, 253 ff.; *von Overbeck/Rossel*, *Sem. Jud.* 1990, 265 ff.; *Völken*, *Der Bernische Notar* 1989, S. 433 ff.; vgl. auch schon *Sturm*, *FamRZ* 1984, 744 ff.

34) Vgl. Art. 86–89 IPRG.

35) Vgl. Art. 59, 60, 63, 64 IPRG.

36) Vgl. Art. 46, 47 IPRG.

37) Vgl. Art. 51 i. V. mit Art. 46, 59, 86 Abs. 1 IPRG.

38) Vgl. Art. 51 i. V. mit Art. 47, 60, 87 IPRG.

39) Vgl. Art. 86 Abs. 2, 88 Abs. 1 IPRG.

40) Vgl. *Völken*, *Der Bernische Notar* 1989, S. 433, 483; A. Bucher, *ZBRG* 1988, 65, 67.

41) Zur Kritik hieran vgl. A. Bucher in *Lausanner Kolloquium*, S. 115, 119.

42) Vgl. Art. 90 Abs. 2, 91 Abs. 2 IPRG.

43) Vgl. *Völken*, *Der Bernische Notar* 1989, S. 433, 448; a. A. Bucher in *Lausanner Kolloquium*, S. 115, 119, 123.

In der Praxis wird die Rechtswahl wohl zumeist im Rahmen eines Ehevertrages erfolgen⁴⁴; dies ist jedoch nicht unabdingbare Voraussetzung, vielmehr genügt auch die einfache Schriftform (Art. 53 Abs. 1 IPRG). Im übrigen bestimmt sich die Wirksamkeit der Rechtswahl nach der *lex causae*.

Die Rechtswahl kann nach Art. 53 Abs. 2 IPRG jederzeit getroffen oder geändert werden. Falls die Ehegatten nichts anderes vereinbaren, wirkt eine nach Eheschließung getroffene Rechtswahl auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurück. Eine einmal getroffene Rechtswahl behält ihre Gültigkeit bis die Ehegatten ein anderes Recht wählen oder die Rechtswahl aufheben (Art. 53 Abs. 3 IPRG), und zwar selbst dann, wenn der ursprüngliche Bezugspunkt, d. h. Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit, inzwischen weggefallen ist.

Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, so ist das Güterrechtsstatut nach Art. 54 IPRG im Wege einer dreistufigen Anknüpfung objektiv zu bestimmen.

In erster Linie ist das Recht des Staates anwendbar, in dem beide Ehegatten ihren Wohnsitz haben bzw. zuletzt gemeinsam gehabt haben (Art. 54 Abs. 1 IPRG). Anwendbar ist das materielle Ehegüterrecht dieses Staates, ein *renvoi* wird im Gegensatz zum deutschen Recht nicht berücksichtigt⁴⁵. Dieses Recht bleibt solange anwendbar, bis die Ehegatten einen neuen gemeinsamen Wohnsitz in einem anderen Staat begründen. Bei gemeinsamer Wohnsitzverlegung in einen anderen Staat wechselt auch das Güterrechtsstatut, d. h. es ist – ebenfalls im Gegensatz zum deutschen Recht – wandelbar (Art. 55 Abs. 1 IPRG). Darüber hinaus wirkt der Wechsel des Güterrechtsstatuts auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurück. Die Ehegatten haben freilich verschiedene Möglichkeiten, diesen Rechtswechsel und seine Rückwirkung auszuschließen. Sie können die Weitergeltung des früheren Rechts schriftlich vereinbaren, was einer Rechtswahl gleichkommt; einem materiell-rechtlichen Ehevertrag kommt dieselbe Wirkung zu (Art. 55 Abs. 2 IPRG). Die Ehegatten können aber auch ihre güterrechtlichen Verhältnisse dem neuen Statut unterstellen und lediglich dessen Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Eheschließung durch schriftliche Vereinbarung ausschließen (Art. 55 Abs. 1 Satz 2 IPRG).

Hatten die Ehegatten zu keinem Zeitpunkt Wohnsitz im selben Staat, so untersteht das Güterrecht dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten (Art. 54 Abs. 2 IPRG). Dabei genügt es freilich nicht, daß ein Ehegatte kraft der Heirat automatisch die Staatsangehörigkeit des anderen erwarb; bei Mehrstaatern ist auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen⁴⁶.

44) Zur Form des Ehevertrages vgl. Art. 56 IPRG; alternative Anknüpfung an *lex causae* oder *lex loci actus*.

45) Vgl. Botschaft IPRG, S. 91.

46) Vgl. Art. 23 Abs. 2 IPRG; zur Anwendbarkeit im Rahmen des Art. 54 Abs. 2: Botschaft IPRG, S. 91.

Für den extrem seltenen Fall, wo weder gemeinsamer Wohnsitz noch gemeinsame Staatsangehörigkeit vorhanden sind, verweist Art. 54 Abs. 3 IPRG nicht lediglich auf die *lex fori*⁴⁷, sondern es gilt die Gütertrennung schweizerischen Rechts.

Aus den Übergangsbestimmungen (Art. 196 IPRG) ergeben sich folgende praktische Konsequenzen: Haben Ehegatten mit Wohnsitz in der Schweiz keinen Ehevertrag geschlossen, so gilt für sie seit 1. 1. 1989 das Recht der schweizerischen Errungenschaftsbeteiligung. Eheverträge, die im Ausland geschlossen wurden, sind seit Inkrafttreten des IPRG ausschließlich nach diesem zu beurteilen, d. h. sie sind nach Art. 56 IPRG formgültig, wenn sie entweder dem auf den Ehevertrag anwendbaren oder dem Recht des Abschlusses entsprechen⁴⁸. Daraus ergibt sich, daß auch ein von einem deutschen Notar beurkundeter Ehevertrag ohne weiteres in der Schweiz anerkannt wird.

Wolfgang Jaeger, Vors. Richter am OLG Düsseldorf

Zur rechtlichen Deutung ehebezogener (sog. unbenannter) Zuwendungen und zu ihrer Rückabwicklung nach Scheitern der Ehe

– zugleich zum Urteil des BGH v. 17. 1. 1990 – XII ZR 1/89* –

I. Einleitung

1. Wenige Einzelprobleme aus dem Bereich der Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten nach gescheiterter Ehe haben Rechtsprechung und Literatur in den letzten 25 Jahren so sehr beschäftigt wie die Frage, ob, gegebenenfalls inwieweit und in welcher Form Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen während der ehelichen Lebensgemeinschaft (über den Unterhalt hinaus) gemacht hat, nach der Auflösung der Lebensgemeinschaft, insbesondere nach der Ehescheidung, zurückgewährt werden müssen. Rechtsstillsächlich handelt es sich bei diesem Fragenkreis typischerweise um folgende gegenständliche Zuwendungen¹: die Verschaffung (durch alleinige Übernahme der Kaufpreiszahlung) oder Übertragung von Eigen-

47) Mißverständlich insoweit Botschaft IPRG, S. 91.

48) Vgl. *Völkern*, Der Bernische Notar 1989, S. 433, 452.

* Abgedruckt in diesem Heft S. 492; ferner: FamRZ 1990, 600; NJW-RR 1990, 386. – 48) Vgl. *Völkern*, Der Bernische Notar 1989, S. 433, 452.

Paragrafen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das BGB.

1) Dieser Aufsatz behandelt nur die Problematik der Zuwendung von Vermögenssubstanz, nicht die Sonderprobleme bei Arbeitsleistungen eines Ehegatten, die den Ehepartner bereichern, aber im System unseres BGB nicht als „Zuwendungen“ begriffen werden; vgl. BGH, FamRZ 1982, 910/911; *Lang*, Anm. zu BGH, LM, § 242 (Bb) BGB Nr. 102.