



REFERAT

„UNTERNEHMER/IN UND UNTERNEHMEN IM SCHEIDUNGSFALL – VORBEUGEN IST BESSER ALS HEILEN“

Ort: Treuhandkammer, Sektion Aargau, 4. Mai 2010, Lenzburg

1. Einleitung und grundsätzliche Fragen
2. Scheidungsrisiko und Scheidungsplanung
3. Schwerpunkt: Güterrechtliche Regelungen
4. Der „Horrorfall“
5. Absicherung über Güterstand
 - 5.1. Grundsatz
 - 5.2. Zeitpunkt
 - 5.3. Errungenschaftsbeteiligung
 - 5.4. Gütertrennung
 - 5.5. Errungenschaftsbeteiligung mit Eigengutszuweisung nach Art. 199 ZGB
 - 5.6. Gütergemeinschaft
6. Vorausscheidungskonvention
 - 6.1. Was ist das?
 - 6.2. Mögliche Regelungen
 - 6.3. Fazit
7. Weiterer Schutz- und Regelungsbedarf
 - 7.1. Grundsätzliches
 - 7.2. Darlehen, Schenkung und Gesellschaftsvertrag
 - 7.3. Mitarbeit im Betrieb
 - 7.4. Sorgfalt bei Verwaltung/Dokumentation
8. Schlusswort

1. Begrüßung / Einleitung

Werter Vorstand und
Werte Mitglieder der Treuhandkammer

Als ich von Ihrem Vorstand angefragt wurde, ob ich nicht zum Themenkomplex „Unternehmen und Ehescheidung“ referieren würde, habe ich mich nicht nur geehrt gefühlt sondern mich auch darüber gefreut, dass in Zeiten angeblich zunehmender Konkurrenz zwischen Treuhandschaft und Unternehmensberatung auf der einen Seite und Anwaltschaft auf der anderen Seite offensichtlich doch Bereitschaft zur Zusammenarbeit und zum Erfahrungsaustausch besteht.

Es ist für mich absolut klar, dass Sie, welche den Unternehmer und das Unternehmen quasi von Anfang an begleiten und beraten, für diesen und den Schutz des Unternehmens vor dem Scheidungsrisiko eine ganz zentrale Bedeutung haben, während ich als Familienrechtsspezialist in der Regel nur in komplexeren Fällen konsultiert und als Scheidungsanwalt selber erst spät (und oftmals zu spät) in die Problematik involviert bin - und dann in einem aufwändigen Kampf, d.h. im Trennungs- und Scheidungsverfahren selber, das retten muss, was noch zu retten ist.

Es geht mir heute namentlich darum, Sie für diese Funktion und Aufgabe neu oder wieder zu sensibilisieren, nämlich den Unternehmer und die Unternehmerin auch auf das Scheidungsrisiko und die im Scheidungsfall drohenden Folgen aufmerksam zu machen und ihn bezüglich des Unternehmensschutzes und der entsprechenden Möglichkeiten – rechtzeitig – zu beraten.

Im heutigen Referat will ich Ihnen im einzelnen aufzeigen, dass in der Tat das Scheidungsrisiko und die Scheidungsplanung genauso wichtig sind, wie etwa rechtzeitige Regelungen für den Todesfall oder die Unternehmensnachfolge, dass dies namentlich im Bereich von KMUs gilt, die nach wie vor weit überwiegend einem verheirateten Unternehmer gehören oder unter dessen massgeblichem Einfluss stehen und dass es durchaus Möglichkeiten gibt, das Unternehmen und mit ihm den Unternehmer und die Unternehmerin vor dem Scheidungsrisiko zu schützen. An einem Modellfall, den ich provokativ als „Horrorfall“ bezeichne, werde ich Ihnen auch schildern, welche verheerenden Folgen das Unterbleiben von Regelungen für den Scheidungsfall und also die quasi ungeplante Scheidung für den betroffenen Unternehmer und sein Unternehmen haben kann.

Vorausschicken muss ich zwei klärende Bemerkungen:

- Der Einfachheit halber spreche ich nachfolgend nicht immer vom Unternehmer und der Unternehmerin. Es versteht sich von selbst, dass letztere und ihr Unternehmen

genauso Schutz benötigen, d.h. die Problematik geschlechtsneutral einfach jeden Unternehmensinhaber betrifft.

- Klarzustellen gilt es ferner, dass nach wie vor die weit überwiegende Zahl aller Scheidungen durch eine Scheidungskonvention und somit einverständlich geregelt werden, dass es also eher selten zum eigentlichen Scheidungskampf mit vernichtenden Folgen für das involvierte Unternehmen kommt. Eine Scheidungsplanung und entsprechende Regelungen erleichtern aber auch solche Konventionslösungen und haben daher grundsätzlich ihre Berechtigung.

2. Scheidungsrisiko und Scheidungsplanung

Allgemein bekannt ist, dass die Scheidungsquote nach wie vor am steigen und sehr hoch ist. Wie die aktuellsten Statistiken zeigen, wird heute effektiv bereits jede zweite Ehe geschieden. Damit steht die Schweiz im europäischen Vergleich beinahe an der Spitze. Von Bedeutung ist für unsere Problematik zudem, dass die durchschnittliche Dauer einer geschiedenen Ehe 14 ½ Jahre beträgt, in welcher Phase eben sehr oft ein Unternehmen neu gegründet oder substanziell erweitert wird. Entsprechend existenziell ist dann die Zäsur, die mit der Scheidung des Unternehmensinhabers verbunden ist.

Berücksichtigen wir zudem die grossen Anzahl der KMUs (oder auch grösseren Firmen) in der Schweiz, die von einem in aller Regel verheirateten Unternehmer geführt oder massgeblich beherrscht werden, so ist mit Sicherheit folgendes fest zu halten: Es gibt ein Unternehmensrisiko „Ehescheidung“ und es gibt entsprechend ein Bedürfnis nach einer „Scheidungsplanung“, d.h. einem Schutz des Unternehmens vor diesem Risiko.

Die Realität sieht allerdings etwas anders aus: Wie der eigene Tod wird auch die Möglichkeit einer Scheidung nur allzu gern verdrängt und unterbleiben daher oft jegliche Absicherungsmassnahmen. In meiner Praxis stelle ich denn auch immer wieder fest, dass selbst in anderen Bereichen durchaus risikobewusste Unternehmer und Unternehmerinnen im verständlichen Vertrauen auf das Eheversprechen oder das – anfängliche – Eheglück weder über einen Ehevertrag noch über irgendwelche anderen, die Rechte und Pflichten im Scheidungsfall regelnden Vereinbarungen, verfügen. Auffällig ist allerdings, dass Klienten, die bereits einmal die Erfahrungen mit einer Ehescheidung und einem allenfalls skrupellosen Gegenanwalt gemacht haben, erheblich stärker sensibilisiert sind und sich vor einer Zweitheirat schützen.

3. Schwerpunkt „güterrechtliche Regelung“

Bekanntlich drohen im Scheidungsfall auf drei Ebenen finanzielle Folgen. Die eine ist das Unterhaltsrecht, d.h. die Verpflichtung zur Finanzierung des laufenden Bedarfs auf Seiten des abscheidenden Ehegatten und der Kinder, die zweite ist der Verlust

an Vorsorgeguthaben zu Folge Splitting der Anwartschaften der 1. und 2. Säule und das dritte sind die Ansprüche am vorhandenen ehelichen Vermögen, zu welchem nicht zwingend aber sehr oft eben auch das Unternehmen oder eine massgebliche Beteiligung an demselben gehören.

Damit ich nicht meine Stunde überziehe – was Anwälte sonst bekanntlich immer machen –, konzentriere ich mich auf die letztere, d.h. die güter- und vermögensrechtliche, Problematik, die für den Schutz des Unternehmens selber zentral ist und bezüglich welcher durchaus taugliche Schutzmöglichkeiten bestehen.

Ich werde Ihnen daher schwergewichtig die Vorteile eines geeigneten, die güterrechtlichen Ansprüche ausschliessenden oder einschränkenden Ehevertrages und allenfalls weitergehende Absicherungen mittels Abschluss einer Vorausscheidungskonvention aufzeigen, mit welcher zumindest versucht werden kann, auch die Unterhaltsverpflichtungen im Scheidungsfall zu optimieren. Ergänzend – also nur kurz – werde ich mich zu zusätzlichen oder weitergehenden Regelungen und Vorkehrungen äussern, die sich aus meiner Sicht aufdrängen.

4. Der „Horrorfall“

Um Ihnen vorerst bildhaft aufzuzeigen, was für Folgen eine sich allein nach dem Gesetz richtende Scheidung haben kann, habe ich einen Modellfall entwickelt, den Sie auch im Handout finden und der die durchaus existenziellen finanziellen Verpflichtungen des Unternehmers im Scheidungsfall klar macht. Bevor ich Ihnen diesen Fall vortrage, gilt es nochmals klarzustellen, dass erstens Ehefrauen wie Frau Anna Gierig „eher“ die Ausnahme sind und dass durchaus auch andere Scheidungsgründe denkbar sind als die in meinem Fall vermeintlich ursächliche Bürogehilfin. Der Modellfall ist andererseits keinesfalls abwegig und ich habe ähnliche Fälle und Entwicklungen in der Praxis durchaus schon erlebt.

(„Horrorfall“)

Ich nehme an, dass Sie von diesem Modellfall gebührend schockiert sind: Ihre Klienten würden es mit Sicherheit sein. Die entscheidende Frage ist nun, ob dieses Desaster für unseren Unternehmer Tom Schleiffer überhaupt und inwiefern hätte verhindert werden können. Die Antwort kann ich vorwegnehmen: Hätte er sich rechtzeitig mit seinem Scheidungsrisiko befasst (und allenfalls das vorliegende Referat gekannt), d.h. wäre er auch entsprechend beraten worden, so hätte er in der Tat vieles verhindern und mit grosser Wahrscheinlichkeit sein Unternehmen retten können. Es hätte nicht mehr als den rechtzeitigen Abschluss eines Ehevertrages, allenfalls ergänzt mit einer Vorausscheidungskonvention, und einige weitere aus Beweisgründen schriftlich geschlossene Vereinbarungen erfordert, um Tom Schleiffer und sein Unternehmen zu schützen, ohne dass – dies erscheint mir durchaus auch wichtig – dadurch die Bedürfnisse und Interessen unserer Frau Anna

Gierig unbillig oder unzumutbar beeinträchtigt worden wären. Wozu hätten wir also Herrn Tom Schleiffer raten müssen?

5. Die Wahl des Güterstandes mittels Ehevertrag

5.1. Grundsatz

Das Gesetz sieht für Eheleute die Möglichkeit vor, einen vom gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung abweichenden Güterstand zu wählen und damit güter- und vermögensrechtliche Ansprüche im Scheidungsfall gänzlich auszuschliessen oder einzuschränken. Diese Güterstandswahl muss in einem notariell beurkundeten Ehevertrag erfolgen. Aus Sicht des Unternehmensschutzes stehen dabei der Güterstand der Gütertrennung und der eingeschränkten Errungenschaftsbeteiligung mit Eigengutszuweisung nach Art. 199 ZGB im Vordergrund.

5.2. Zeitpunkt

Mit Vorteil wird ein solcher Ehevertrag natürlich bereits vor der Heirat abgeschlossen, spätestens aber in einem Zeitpunkt vor der Gründung oder Expansion eines Unternehmens und namentlich bevor der Ehesegen schief hängt. Danach wird nämlich die Ehefrau kaum mehr bereit sein, das Unternehmen in den Vordergrund zu stellen und auf ihre wohlerworbenen Rechte zu verzichten. Denkbar ist einzig, dass man die Ehefrau mit dem uralten Trick, wonach sie andernfalls für die Geschäftsrisiken und Geschäftsschulden des Unternehmers mithaftet, auch nachträglich dazu bewegen kann, einen das Unternehmen schützenden (und sie benachteiligenden) Ehevertrag zu unterschreiben. Nach meinen Erfahrungen und Aussagen diverser Treuhänder und Notare funktioniert dieser Trick immer noch, auch wenn die Begründung schlicht und einfach falsch ist: Auch unter dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung haftet die Ehefrau nicht für Schulden des Ehemannes oder dessen Unternehmen, dies weder mit ihrem Vermögen noch – ausserhalb der üblichen ehelichen Beistandspflicht – ihrem Einkommen.

5.3. Errungenschaftsbeteiligung

Die gesetzliche güterrechtliche Regelung, d.h. der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, ist das, was meinem Modellfall zu Grunde lag. Danach verbleibt jedem Ehegatten vom per Scheidung vorhandenen Vermögen das als Eigengut ungeteilt, was er bereits in die Ehe eingebracht oder als Schenkung oder Erbvorbezug während der Ehe unentgeltlich erhalten hat sowie – das wird sehr oft vergessen – was aus diesem Vermögen angeschafft wurde (Ersatzsurrogation). Für in anderes Vermögen investiertes Eigengut steht dem Ehegatten eine

Ersatzforderung zu, die allenfalls auch einen Mehrwert umfasst, nach Art. 206 Abs. 1 ZGB aber dann nominalwertgeschützt ist, wenn die Investition in einen Vermögenswert des anderen Ehegatten erfolgt. Jener trägt also das Minderwertrisiko allein.

An der Errungenschaft, d.h. dem, was der eine oder andere Ehegatte während der Ehe an zusätzlichem Vermögen erwirtschaftet hat (beinhaltend auch die Säule 3a), ist der andere Ehegatte wertmässig zur Hälfte beteiligt.

Es ist klar, dass diese gesetzliche Regelung an sich ihre Berechtigung hat, wo sich anfänglich wirtschaftlich gleich starke Ehepartner gegenüberstehen, welche in der Folge mit einer klassischen Rollenverteilung leben, wonach der eine (heute immer noch in der Regel der Ehemann) arbeitet und sich der andere um Haushalt und Kinder kümmert und daher selber kein Vermögen aufbauen kann. Für den Unternehmern und dessen Unternehmen kann diese gesetzliche Regelung aber – wie im Horrorfall aufgezeigt – ruinös sein.

5.4. Gütertrennung

Der Güterstand der Gütertrennung ist quasi das Gegenteil zum gesetzlichen Güterstand. Danach verwaltet und behält auch im Scheidungsfall jeder Ehegatte das, was er per Heirat besass oder während der Ehe an zusätzlichem Vermögen erwirtschaftet hat. Der andere Ehegatte hat keinerlei güterrechtliche Beteiligungs- oder Abfindungsansprüche.

Die Gütertrennung ist der ideale Güterstand, um den Unternehmer und das Unternehmen zu schützen, weil diesfalls der andere Ehegatte keinerlei Ansprüche am Unternehmen hat und dasselbe auch aus einem strittigen Scheidungsverfahren weitestgehend herausgehalten werden kann. Auch an den aus dem Unternehmen gezogenen Einkünften, den daraus geäußerten Ersparnissen (inkl. Säule 3a) und den damit angeschafften Vermögenswerten ist der andere Ehegatte in keiner Art und Weise beteiligt oder berechtigt.

Bei der klassischen Hausfrauenehe hat dies zur Folge, dass nachgerade das gesamte eheliche Vermögen dem Unternehmern verbleibt und die Ehefrau an Vermögen nichts beanspruchen kann.

Natürlich muss man sich fragen, ob im Falle einer Hausfrauen- oder Zuverdienernehe die Gütertrennung nicht ungerecht ist und ob nicht den Interessen der Ehefrau mit Ausgleichslösungen Rechnung getragen werden muss. Diese können bspw. darin bestehen, dass die Ehefrau für ihre reale oder fiktive Mitarbeit im Betrieb mit einem auch effektiv ausbezahlten Lohn entschädigt wird, mit welchem sie erstens selber Vermögen ansparen und zweitens auch noch Vorsorgeguthaben aufbauen kann. Denkbar ist weiter, dass man den Verzicht der Ehefrau auf güterrechtliche

Ansprüche mit einer vertraglich festgelegten - durchaus namhaften aber eben noch vertretbaren und kalkulierten - Kapitalabfindung ausgleicht.

In keinem Fall vergessen werden darf gerade bei Gütertrennung der Umstand, dass nach nunmehr klarer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Altersvorsorge beider Ehegatten und entsprechende Rückstellungen zum Lebensunterhalt gehören. Spart der Unternehmergatte nur in der 3. Säule, so ist bei der Gütertrennung die Ehefrau daran ja nicht beteiligt. Sie erhält also bei der Scheidung weder Vermögen noch Vorsorgeguthaben. In solchen Fällen hat sie Anspruch auf eine vom Richter nach Ermessen festzulegende Kapitalabfindung (Ersatz des unterbliebenen Vorsorgeguthabens) oder auf einen namhaften Zuschlag auf den Unterhaltsbeiträgen auch für die ehelich erlittenen Vorsorgenachteile. Dieser nach Ermessen festgelegte Betrag kann ganz erheblich sein und zum Voraus kaum prognostiziert werden. Es ist also sicherlich besser, zumindest im Bereich der Altersvorsorge schon während der Ehe für einen laufenden Ausgleich zu sorgen.

Unterhaltsrechtlich ist sie ohnehin abgesichert. Sie hat jedenfalls bei langer, lebensprägender Ehe Anspruch auf Beibehaltung des gebührenden Lebensstandards (unter Anrechnung ihrer zumutbaren Eigenversorgung) und somit auf Deckung des (ungedeckten) eigenen Bedarfs und desjenigen der Kinder über Unterhaltsbeiträge des Ehegatten. Werden Ehefrauen auf diesen Umstand hingewiesen, an welchem die Gütertrennung rein gar nichts ändert, so beseitigt dies sehr oft den Widerstand gegen eine auf den ersten Blick allzu einseitige Lösung.

5.5. Eigengutszuweisung nach Art. 199 ZGB

Quasi der Mittelweg zwischen dem unternehmensgefährdenden gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung und der trotz aller Ausgleichungen im Einzelfall ungerechten Gütertrennung ist der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Eigengutszuweisung nach Art. 199 ZGB. Nach dieser Bestimmung kann das Gewerbe, der Betrieb oder die Firma, welche der Unternehmergatte betreibt, in sein Eigengut gewiesen werden, obwohl sie an sich Errungenschaft darstellen würden. Überdies können die Ehegatten – wiederum durch Ehevertrag – vereinbaren, dass auch die Erträge aus dem Eigengut nicht in die Errungenschaft fallen.

Der Vorteil dieser Regelung liegt auf der Hand: Das Unternehmen und dessen Erträge sind und bleiben Eigengut, d.h. der andere Ehegatte ist daran nicht berechtigt und hat keinerlei Abfindungsansprüche, wogegen anderes Vermögen, welches aus dem Einkommen des Ehegatten gespart oder angeschafft wird, bei der Scheidung geteilt werden muss.

Werden auch noch die Erträge eines solchen ins Eigengut gewiesenen Unternehmens von der Errungenschaft ausgeschlossen, so ist der Schutz des Unternehmergegens noch weitergehend, wobei sich allerdings in der Praxis erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben können, weil auch mit dieser ergänzenden Zuweisung ins Eigengut der eigentliche Arbeitserwerb und das, was daraus gespart und angeschafft wird, der Errungenschaft nicht entzogen werden kann. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird dabei zusätzlich zum effektiv ausbezahlten Unternehmerlohn das der zu teilenden Errungenschaft zugewiesen (bzw. dieser hierfür eine Ersatzforderung zugesprochen), was bei der Ausübung der Tätigkeit des Unternehmers durch einen Dritten diesem marktüblich mehr hätte bezahlt werden müssen. Der Unternehmergeatte kann also die Beteiligungsansprüche des anderen an der Errungenschaft nicht dadurch zusätzlich schmälern, dass er nur ein bewusst bescheidenes Einkommen bezieht oder auf Gewinnentnahmen, Dividenden, oder ähnliches verzichtet und die Unternehmensgewinne weitgehend im Unternehmen stehen lässt.

Wird nach Abschluss eines solchen Ehevertrages, der in der Regel dem Ehegatten wesentlich leichter zu „verkaufen“ ist als die absolut wirkende Gütertrennung, in der Folge vom Unternehmer dauernd eine marktübliche Entschädigung bezogen, so sind das Unternehmen und dessen Mehrwert in der Scheidung genauso wie bei der Gütertrennung geschützt, wogegen die Ehefrau hälftige Beteiligungsansprüche am Wert aller mit dem Unternehmerlohn erworbenen und den daraus angesparten Vermögenswerten erhält, so bspw. an einer aus dem ersparten Einkommen erworbenen Liegenschaft oder an daraus gesparten Guthaben der 3. Säule.

Die Ausformulierung entsprechender Regelungen, welche bspw. auch nachträgliche Erhöhungen der Beteiligung an einer Unternehmung aus deren Erträgen umfassen sollten, muss möglichst klar, detailliert und umfassend sein, damit es im Scheidungsfall nicht doch zu unliebsamen Auseinandersetzungen über die Abgrenzung zwischen Errungenschaft und Eigenguterträgen bzw. entsprechenden Ersatzforderungen kommt. Als Anhang 4 zum Handout finden Sie einen Vorschlag für einen entsprechenden Ehevertrag, den einer meiner Fachanwaltskollegen entworfen hat.

5.6. Gütergemeinschaft

Nur kurz erwähnen will ich den dritten vom Gesetz zur Verfügung gestellten Güterstand, nämlich die Gütergemeinschaft. Diese ist in der Regel aus Sicht des Unternehmergegatten und des Unternehmensschutzes kaum geeignet. Allerdings gibt es die Gütergemeinschaft auch in der Sonderform der Ausschlussgemeinschaft nach Art. 224 ZGB, welche ebenfalls die Aussonderung des Unternehmens und damit dessen Nichtberücksichtigung im Scheidungsfall erlaubt, im Todesfall des Unternehmergegatten aber für dessen restliches Vermögen eine optimale Begünstigung der überlebenden Ehefrau auch bei ausserehelichen Kindern zulässt. Dieses Güterstandsmodell eignet sich daher namentlich bei Patchwork-Verhältnissen

d.h. beim Vorhandensein vorehelicher Kinder, denen ja das im Falle einer Gütertrennung oder einer Zuweisung nach Art.199 ZGB voll in den Nachlass fallende Unternehmen auch erbrechtlich nicht oder nur eingeschränkt entzogen werden darf. Bei der Gütergemeinschaft kann im Einzelfall also trotz unternehmensschützender Regelung für den Scheidungsfall im Falle des Versterben des Unternehmers mehr zugewiesen werden als unter den anderen Güterständen. Weiter auf diese bei entsprechender Konstellation durchaus mit zu berücksichtigende Möglichkeit einzugehen, würde den Rahmen dieses Referates sprengen.

6. Vorausscheidungskonvention

6.1. Was ist das?

Was eine Scheidungskonvention ist, dürften alle Anwesenden wissen. Darin werden unmittelbar vor oder im Verlauf eines Scheidungsverfahrens die gegenseitigen Ansprüche unterhalts-, güterrechtlicher- und vorsorgerechtlicher Natur einverständlich geregelt und auf Antrag der Ehegatten vom Scheidungsgericht genehmigt, d.h. zum entsprechenden Urteil erklärt.

Die Vorausscheidungskonvention beinhaltet eigentlich dasselbe, also Regelungen zu allen oder einzelnen Nebenfolgen der Ehescheidung, wird aber zum Voraus, d.h. quasi auf Vorrat, abgeschlossen.

In aller Regel geschieht dies schon zu Beweissicherungszwecken im Rahmen eines bspw. bei der Heirat oder danach (aber ohne einen bereits konkreten Scheidungshorizont) abgeschlossenen Ehevertrages, in welchem nicht nur ein Güterstand (mit allen bereits aufgezeigten Folgen) gewählt, sondern zum Voraus Regelungen aller oder einzelner Nebenfolgen für eine allfällige spätere Ehescheidung getroffen werden.

6.2. Mögliche Regelungen

In der Schweizerischen Rechtsordnung ist die Zulässigkeit solcher Vorausscheidungskonventionen umstritten. Dabei geht es nicht vorab darum, ob der Abschluss einer solchen Vorausscheidungskonvention generell zulässig ist, was das Bundesgericht mit dem Entscheid BGE 121 III 393 ff definitiv bejaht hat, sondern vielmehr darum, ob im Gegensatz zur in jedem Fall rechtsverbindlichen ehevertraglichen Wahl des Güterstandes konkrete Vereinbarungen zum Ausschluss oder zur Höhe von Unterhaltsansprüchen, zum Vollzug oder zur Höhe vermögensrechtlicher Ansprüche bzw. Ersatzabfindungen und zum Ausgleich von Vorsorgeguthaben für die Parteien oder den Scheidungsrichter nicht oder nur beschränkt verbindlich sind, d.h. der nochmaligen Bestätigung durch beide Ehegatten im Rahmen des späteren Scheidungsverfahrens bedürfen oder vom

Scheidungsrichter zu genehmigen sind bzw. dieser abweichende (gerechtere) Regelungen anordnen kann.

Der hiavor zitierte Bundesgerichtsentscheid hat die entscheidende Frage der Verbindlichkeit einer solchen Vorauskonvention im späteren Scheidungsverfahren leider nicht oder nicht in klarer Weise beantwortet, vielmehr wird er auch von der Lehre unterschiedlich interpretiert und bleibt es daher bis auf weiteres bei einer mehr als zu bedauernden Rechtsunsicherheit.

Klar ist bis heute einzig, dass zum vornherein getroffene Regelungen bezüglich der Kinder (bzw. deren Unterhalt) und über die Ausgleichung von Vorsorgeguthaben der 2. Säule (Art. 122 ZGB), namentlich also ein Verzicht auf solche Ansprüche, absolut unzulässig sind.

Zulässig dürften dem gegenüber Vorausregelungen sein, in welchen die sich aus dem gewählten Güterstand ergebenden Ansprüche (Vollzug der güterrechtlichen Auseinandersetzung) zum Voraus geregelt werden, es sei denn, diese Vereinbarungen führen im konkreten Scheidungsfall zu krass ungerechten und von der ehevertraglich gewählten richtigen Aufteilung massiv abweichenden Ergebnissen. Das Vermögensrecht der Ehegatten unterliegt im Scheidungsfalle nämlich deren Dispositionsfreiheit, d.h. entsprechende Regelungen können und dürfen vom Scheidungsrichter nur dann nicht genehmigt werden, wenn ein Irrtum vorliegt und / oder wenn sie krass und stossend ungerecht sind.

Derzeit absolut offen ist die Frage der Zulässigkeit bzw. Verbindlichkeit von Unterhaltsregelungen in solchen Vorausscheidungskonventionen. Namentlich ist unklar, ob solche Regelungen nur dann überhaupt gültig sind, wenn sie von beiden Ehegatten (also auch vom Benachteiligten) in der Scheidung bestätigt werden (was man ja kaum erwarten darf), wogegen sie mit Sicherheit der richterlichen Genehmigung bedürfen und diese Genehmigung nicht erwartet werden kann, wenn die Unterhaltsregelung dem widerspricht, was von Gesetzes wegen gelten würde (Art. 125 ZGB). Ein Unterhaltsverzicht könnte beispielsweise zur Folge haben, dass der verzichtende Ehegatte der Sozialhilfe anheim fällt, obwohl der andere in ausgezeichneten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt. Gerade in solchen Fällen verweigern die Gerichte die erforderliche Genehmigung sogar von Scheidungskonventionen, die erst im Verfahren selber abgeschlossen werden.

6.3. Aktuelles Fazit zur Zulässigkeit

Als Fazit würde ich derzeit davon ausgehen, dass eine Vorausscheidungskonvention im Bereich des Ehegattenunterhaltes und des Vollzugs der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht nur denkbar und an sich zulässig ist, sondern auch sinnvoll sein kann, wenn man sich tatsächlich zum Voraus auf gütliche Regelungen einigen kann. Zumindest werden Regelungen, in welchen der später benachteiligte Ehegatte auf Unterhalt gänzlich verzichtet, oder sich bereits für die Dauer der Ehe

verpflichtet, frühest möglich (oder bei einem festgelegten Alter von Kindern) wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder er sich zum Vornherein dabei behaften lässt, selbst bei weitergehenden Ansprüchen nach Art. 125 ZGB nicht den gebührenden höheren Bedarf sondern nur den Notbedarf zu beanspruchen, auch dann, wenn der Scheidungsrichter von einer Bestätigungs- und Genehmigungspflicht ausgeht, dessen Wertung beeinflussen und damit einen Entscheid zu Gunsten des Unternehmergegatten, der sich auch unterhaltsrechtlich vor übermässigen Forderungen schützen will, begünstigen.

Im Anhang zum Handout finden sie ein Beispiel für eine solche Vorausscheidungskonvention, die ich auf ausdrücklichen Wunsch der Ehefrau (und Unternehmerin) schon 1997 entworfen hatte und welche auch unterzeichnet wurde. Ob sie je zum Tragen kam, weiss ich leider nicht.

Mit Blick auf die Zukunft wage ich die Prognose, dass solche Vorausscheidungskonventionen zunehmend Rechtsschutz finden werden, weil sie eben einem Bedürfnis – nämlich nach Planung der Scheidung und deren Folgen – entsprechen (vgl. anglikanischer Rechtsbereich: Hollywoodscheidung). In Deutschland, wo das Gesetz selber einen Vorausverzicht auf jegliche finanziellen Ansprüche ausdrücklich zulässig erklärt, ist allerdings eine gegenteilige Tendenz erkennbar, nämlich dass zu weitgehende, krass ungerechte Verzichtsregelungen im Scheidungsverfahren vom Gericht korrigiert werden (vom Bundesverfassungsgericht bereits bestätigt).

7. Weiterer Schutz- und Regelungsbedarf

7.1. Grundsätzliches

Die Erfahrung zeigt, dass im Scheidungsfalle der Schutz des Unternehmergegatten an sich oder ein zusätzlicher Schutz oft daran scheitern, dass man schriftliche Verträge als unnötig erachtet, obwohl im Streitfalle nur mit diesen der erforderliche Beweis für das erbracht werden kann, was vereinbart ist.

7.2. Darlehen, Schenkung und Gesellschaftsvertrag

Auch wenn dies in guten Ehezeiten nicht üblich ist, sollten Zuwendungen unter den Ehegatten oder Investitionen des einen Ehegatten in Vermögenswerte des andern schriftlich und mit der Unterschrift beider Ehegatten festgehalten und auch der Rechtsgrund sowie die Modalitäten einer allfälligen Rückforderung klar – und mit dem möglichen Scheidungsfall im Hinterkopf – vereinbart werden. Ich denke hier namentlich an klare Darlehensverträge, schriftliche Schenkungsversprechen oder die Regelungen gemeinschaftlichen Eigentums in einem auch die Auflösung der Ehe umfassenden Gesellschaftsvertrag. Ein solcher erscheint mir namentlich bei

gesamthandschaftlichem Liegenschaftseigentum und noch mehr bei gemeinsamer Führung eines Betriebes (bspw. Gemeinschaftspraxis zweier verheirateter Anwälte) nachgerade zwingend, um das Schicksal des Betriebes im Scheidungsfalle zu regeln (Fortführungsrecht, Fortsetzungsklausel, Bewertung und Berechnung des Abfindungsanspruchs, etc.).

7.3. Mitarbeit im Betrieb

In der Praxis – auch Ihrer Beratungspraxis – durchgesetzt haben dürfte sich das Wissen darum, dass die Mitarbeit des Ehegatten im Betrieb des anderen sinnvollerweise arbeitsvertraglich geregelt wird, um sich im Scheidungsfalle eine Auseinandersetzung über das Vorhandensein einer stillschweigend begründeten Gesellschaft oder kaum kalkulierbare Entschädigungsforderungen nach Art. 165 ZGB zu ersparen.

7.4. Sorgfalt bei der Verwaltung des Vermögens (und der Belege)

Aufs Nachdrücklichste zu empfehlen ist es zudem gerade dort, wo noch die gesetzliche Errungenschaftsbeteiligung gilt, daran zu denken, dass dereinst im Scheidungsfalle Alleineigentum an einem Vermögenswert oder dessen Zugehörigkeit zum nicht zu teilenden Eigengut bewiesen werden müssen, andernfalls die gesetzlichen Vermutungen für Miteigentum bzw. Errungenschaft gelten. Auch insoweit gilt, dass schon mancher bereut hat, vor Liebe blind gewesen zu sein und deshalb darauf verzichtet zu haben, Belege für das per Heirat bereits vorhandene Vermögen und dessen spätere Verwendung, Unterlagen über Zuwendungen aus Schenkung oder Erbschaft und den Verbleib dieser Mittel oder die Dokumente über die Bezahlung von das Vermögen des anderen Ehegatten betreffende Schulden nicht oder nicht sicher aufbewahrt zu haben.

Wo immer möglich empfehle ich zudem, das Eigengut und die Errungenschaft innerhalb des Vermögens des einen Ehegatten getrennt zu verwalten und Vermischungen zu vermeiden bzw. - zumindest - die Dokumente über Vermögenszu- und -abgänge aufzubewahren. Dass diese Unterlagen später, d.h. in der Scheidung, bei Banken oder Steuerbehörden noch beschafft werden können, ist häufig ein Trugschluss.

Diese Empfehlung richtet sich beispielhaft an Unternehmer, die zwar keinen klärenden Ehevertrag abgeschlossen haben, aber ihr Unternehmen bei der Heirat bereits hatten oder dieses ganz oder teilweise geerbt oder geschenkt erhielten, in welchem Fall das Unternehmen ja dennoch zum Eigengut gehört. Es spielt im Scheidungsfalle eine grosse oder gar existenzielle Bedeutung, ob man dazumal nachweisen kann, ob bzw. in welchem Umfang das Unternehmen bereits per Heirat bestand, wie dessen Expansion finanziert wurde und ob man es von den Eltern oder aus einem Erbfall vergünstigt, d.h. mit einer teilweisen Schenkung, erhalten hat.

All jenen Unternehmern und Unternehmerinnen, denen eine entsprechende Beratung nichts mehr nützt, weil sie längst verheiratet sind und der nachträgliche Abschluss eines Ehevertrages am Widerstand des anderen Ehegatten scheitert, gilt es zumindest zu raten, wenigstens zukünftige Veränderungen und Investitionen auch mit Blick auf das Scheidungsrisiko zu planen, die Beweislast nicht zu vergessen und gegebenenfalls möglichst frühzeitig fachmännische Beratung zu suchen.

8. Zusammenfassung und Schlusswort

Als Scheidungsanwalt habe ich wie eingangs erwähnt mit dem zu arbeiten, was im konkreten Scheidungsfall vorhanden ist, d.h. zu retten (oder zu heilen), was noch zu retten ist. Das vorliegende Referat hat auch mir wieder einmal aufgezeigt, wie entscheidend für den Schutz des Unternehmens und des Unternehmers die Beratung, die Planung und eine rechtzeitige Regelung der eherechtlichen Verhältnisse sind. Ich hoffe, dass ich auch Ihnen mit diesem Referat aufzeigen konnte, dass **„vorbeugen tatsächlich besser ist - weil wirksamer-, als heilen“**.

lic. iur. Martin Kuhn
Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Familienrecht

Geissmann Rechtsanwälte
Mellingerstrasse 2a
Postfach 2078
5402 Baden
www.geissmannlegal.ch
kuhn@geissmannlegal.ch

- Anhänge:**
- (1) Scheidungsstatistiken
 - (2) Der Horrorfall
 - (3) Übersicht über die Güterstände
 - (4) Ehevertrag mit Zuweisung nach 199 ZGB
 - (5) Ehevertrag mit Vorausscheidungskonvention

DER „HORRORFALL“

Als sich Frau Anna Gierig – aus behütetem und vermögendem Elternhaus stammend - und Herr Tom Schleifer mit 22 Jahren kennen- und lieben lernen, ist sie als kaufmännische Angestellte bei einer Bank tätig und er als ausgebildeter Schreiner im Betrieb seines Vaters angestellt. Nach 3-jähriger Konkubinatszeit heiraten sie 1985. Nach entsprechenden Anstrengungen kommen 1988 und 1990 zwei Kinder zur Welt. Mit der Geburt des ersten Kindes entfällt das bisherige doppelte Einkommen, gibt doch Frau Gierig ihre Erwerbstätigkeit auf. Herr Schleifer, der einen durchaus verständnisvollen Vater hat, bezieht ein etwas erhöhtes Angestellteinkommen, mit welchem die Familie ein bescheidenes, aber geregelteres Auskommen hat.

1996 beschliesst der Vater und Inhaber des Schreinereibetriebes sich aus dem Geschäft zurückzuziehen. Tom Schleifer kauft seinem Vater die Schreinerei zum Preis von CHF 300'000.00 ab. CHF 100'000.00 werden über den Barbezug seines 2. Säule-Guthabens und CHF 200'000.00 über einen Erbvorbezug von Frau Anna Gierig, die aus vermögendem Elternhaus stammt, finanziert.

Tom Schleifer spezialisiert sich in der Folge mit seiner Einzelfirma auf den biologischen Holz- und Küchenbau und hat mit dieser Nischenpolitik grossen Erfolg. Schon bald expandiert er bis zu einer Grösse von 20 Angestellten. Sein eigenes Einkommen hat er in diesen ersten Jahren als Unternehmer kaum erhöht. Allerdings hat er sich der Pensionskasse seiner Firma angeschlossen und dort eine grosszügige Regelung gewählt, welche er mit steuerlich vorteilhaften Höhereinkäufen zusätzlich alimentiert. Frau Gierig hat ab dem Zeitpunkt der Firmenübernahme durch ihren Ehemann zunehmend im Betrieb mitgearbeitet und kümmert sich zur Hauptsache um die Administration.

Im Jahre 2002 kommt eher überraschend ein drittes Kind zur Welt. Frau Gierig arbeitet dennoch unverändert mit einem schwankenden, durchschnittlich 50%igen, Pensum weiter. Sie verlangt aber für die nunmehr 5-köpfige Familie die Anschaffung eines Einfamilienhauses, das dann statt der prognostizierten CHF 800'000.00 letztendlich mehr als 1 Million kostet, weil Frau Gierig der eine oder andere Luxus unverzichtbar erscheint. Die Mehrkosten von CHF 200'000.00 müssen als zusätzliches Eigenkapital über einen Vorbezug aus dem zwischenzeitlich wieder angesparten Pensionskassenguthaben von Tom Schleifer und über einen weiteren Erbvorbezug über CHF 100'000.00 von Anna Gierig sowie über das deshalb zu erhöhende Einkommen des Ehemannes finanziert werden.

Der Hausbau und die von Frau Gierig durchgesetzten luxuriösen Ausbauten trüben allerdings das Eheglück massiv. Jedenfalls gerät Tom Schleifer bereits 2005 in die verständnisvollen, jugendlichen Arme einer Bürogehilfin, was dummerweise auch seine Ehefrau – nicht etwa als letzte – erfährt. Diese lässt sich diesen Vertrauensbruch nicht bieten und zieht die Notbremse: Frau Gierig verlangt die sofortige Trennung mit Anordnung der Gütertrennung sowie die Scheidung. Leider

finanziert ihr der geliebte Vater einen erfahrenen Scheidungsanwalt, der keinerlei Grund sieht, für seine verletzte und rachsüchtige Mandantin nicht den letzten Franken herauszupressen: Was heisst dies für Tom Schleifer und sein Unternehmen, nachdem die Ehegatten weder die Investition der Erbvorbezüge der Ehefrau beim Firmenkauf und beim Hausbau vertraglich geregelt haben, sie an einen Ehevertrag nicht einmal gedacht hatten und sie auch die Mitarbeit von Frau Gierig im Betrieb weder vertraglich geregelt noch abgegolten hatten?

Klar ist vorab, dass Tom Schleifer bei der Trennung das der Ehefrau und den Kindern zugewiesene Einfamilienhaus sofort zu verlassen hat. Klar ist auch, dass die Ehefrau mit dem Hinweis auf den Betreuungsbedarf des noch kleinen Kindes ab sofort jede eigene Erwerbstätigkeit und eine weitere Fremdbetreuung der Kinder durch die Mutter des verhassten Ehemannes ablehnt. Sie verlangt also für sich und die Kinder die volle Deckung des gebührenden Lebensstandards über Unterhaltszahlungen, welche namentlich deshalb eine beträchtliche Höhe haben, weil der Richter bei der Ermittlung des gebührenden Lebensstandards vom zuletzt bezogenen Einkommen des Ehemannes ausgeht. Bereits die Finanzierung der entsprechend hohen Unterhaltszahlungen trifft Tom Schleifer und sein Geschäft massiv, ist er doch plötzlich zu Bezügen aus der Substanz gezwungen, die – nota bene mit ungeliebten steuerlichen Folgen – zuerst seine bescheidenen eigenen Ersparnisse und dann auch die Reserven der Firma anzehren.

Knüppeldick kommt es in der Scheidung: Weil Tom Schleifer unverändert mit der ehemaligen Bürohilfe liiert ist, hat sich die Rachsucht von Frau Gierig auch in der Trennungszeit nicht abgekühlt. Sie weist ihren Scheidungsanwalt an, den vormals geliebten Ehemann und dessen Firma soweit als möglich zu vernichten. Dieser beantragt daher dem Scheidungsgericht neben unverändert hohen Unterhaltszahlungen folgendes:

- Eine Entschädigung nach Art. 165 ZGB für die langjährige unentgeltliche Mitarbeit von Frau Gierig im Geschäft, welche er ausgehend vom durchschnittlichen Arbeitspensum von 50%, einem fiktiven Lohn von zumindest CHF 3'000.00 sowie der 9-jährigen Dauer der Mitarbeit auf mindestens CHF 300'000.00 beziffert.
- Den vollen Vorsorgeausgleich nach Art. 122 und 124 ZGB beinhaltend die Hälfte des noch vorhandenen Pensionskassenguthabens des Ehemannes inkl. der in der Liegenschaft investierten CHF 100'000.00, welcher Anspruch mit dem in der Pensionskasse effektiv noch vorhandenen Guthaben nicht gedeckt werden kann und daher - wie die vorbezogenen und im Geschäft investierten CHF 100'000.00 - über eine Entschädigung nach Art. 124 ZGB aus freiem Vermögen abzugelten seien.
- Die Zuweisung der überwiegend aus ihrem Erbvorbezug finanzierten Liegenschaft zu Alleineigentum, welche gemäss vom Anwalt eingeholtem Gutachten nurmehr CHF 800'000.00 an Verkehrswert besitze, weshalb Herr Schleifer zusätzlich verpflichtet sei, eine Entschädigung im Umfang der Hälfte des verlorenen

Eigengutes von Frau Gierig, also CHF 50'000.00, zu bezahlen (Ersatzforderung nach Art. 206 ZGB).

- Bezüglich der Firma beruft sich Frau Gierig vorab darauf, dass es sich effektiv um eine Gesellschaft beider mitarbeitender Ehegatten handle, weshalb sie deren richterlich anzuordnende Liquidation und die Auszahlung ihres Eigengut darstellenden Erbvorbezuges von CHF 200'000.00 als Gesellschaftseinlage sowie die Hälfte des Liquidationserlöses verlange. Eventualiter sei die Firma zwar dem Ehemann zu belassen, dieser aber zu verpflichten, ihr die beim Kauf investierten CHF 200'000.00 zzgl. 2/3 des Mehrwertes und die Hälfte des zum Fortführungswertes zu bestimmenden restlichen Firmenwertes als ihren Anteil an der Errungenschaft des Ehemannes auszuzahlen.

Es kann und muss offen bleiben, welche dieser Forderungen Frau Gierig letztendlich durchsetzen konnte – effektiv aber einen Grossteil derselben – und was die diversen Verfahren (Eheschutz, Sicherstellung, Scheidung, Liquidation, etc.), die mehrere Jahre dauerten, Tom Schleifer zusätzlich gekostet haben. Offen bleiben muss auch, ob sich Frau Gierig mit ihrem „Krieg“ und ihrem „bösen“ Anwalt letztendlich nicht selber schadete, weil mit der Liquidation bzw. dem letztendlich unvermeidlichen Verkauf seiner Firma auch die Leistungsfähigkeit von Herrn Schleifer erheblich sank, was nicht ohne Auswirkungen auf die Unterhaltsforderungen der Ehefrau und der Kinder blieb. Klar ist aber, dass Herr Schleifer seine nach wie vor gut ausgelastete und erfolgreiche Firma liquidieren bzw. diese mangels Liquidität und zur Finanzierung der Abfindungs- und Abgeltungsansprüche der Ehefrau verkaufen musste. Herr Schleifer dürfte heute als Angestellter in einer Drittfirma arbeiten, einen Grossteil seines Einkommens als Unterhalt an die Ehefrau und die Kinder abliefern und mit den Schulden für die noch nicht voll bezahlten rechtskräftig zugesprochenen Abfindungsansprüchen der geschiedenen Ehefrau belastet sein. Sein Auskommen im Alter ist nach dem früheren Barbezug und dem Splitting der Vorsorgeguthaben in der Ehescheidung mehr als fraglich.

Glücklicherweise hat sich Herr Schleifer sein bescheidenes Naturell erhalten können, weshalb er nur selten von seiner früheren Firma und deren goldener Zukunft träumt.

04.05.2010/Ku