



<b>Fall-Nr.:</b>	FO.2013.25
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	05.04.2016
<b>Entscheiddatum:</b>	05.04.2016

### **Entscheid Kantonsgericht, 05.04.2016**

**Bei einer Scheidung ist auch bei einer von den Ehegatten als einfache Gesellschaft zu Gesamteigentum erworbenen Liegenschaft die Alleinzuweisung an den einen Ehegatten gestützt auf Art. 205 Abs. 2 ZGB (analog) zulässig (Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 5. April 2016, FO.2013.25).**

Aus den Erwägungen:

II.

9. a) Die eheliche Liegenschaft wurde von den Parteien am ... als einfache Gesellschaft zu Gesamteigentum erworben. Die darauf lastenden Hypothekarschulden bei der Z. Bank betragen Fr. 519'000.00 und es besteht hierfür eine Solidarschuldnerschaft von Ehefrau und Ehemann.

Vor Vorinstanz beantragte die Ehefrau, die Liegenschaft sei ihr gestützt auf Art. 205 Abs. 2 ZGB zu Alleineigentum zuzuteilen. Die Vorinstanz liess die Frage der Anwendbarkeit dieser Bestimmung offen, da die für eine Alleinzuteilung erforderliche Voraussetzung, dass der überenahmewillige Ehegatte den andern für seinen Anteil zu entschädigen habe, ohnehin nicht erfüllt sei. Denn die gerichtlich angeordnete Schätzung von X. gehe von einem Verkehrswert von Fr. 900'000.00 aus, während die Finanzierungslösung der Ehefrau auf einem maximalen Anrechnungswert von Fr. 700'000.00 basiere. Deshalb liquidierte die Vorinstanz die zwischen den Parteien bestehende einfache Gesellschaft (Gesamteigentum an den Liegenschaften Nr. a und Nr. b Grundbuchamt C) und wies den Nettoerlös daraus den Parteien hälftig zu.

b) Die Ehefrau verlangt auch im Berufungsverfahren die Zuweisung der Liegenschaft zu Alleineigentum. Sie legt dar, es sei in der Lehre zwar in der Tat umstritten, ob



Art. 205 Abs. 2 ZGB bei Liegenschaften im Gesamteigentum anwendbar sei. Massgebend könne aber nur sein, was der Gesetzgeber mit der entsprechenden Bestimmung beabsichtigt habe. Die Anwendungsfälle von Art. 205 Abs. 2 ZGB würden in der Praxis zur Hauptsache Familienwohnungen betreffen. In die gleiche Richtung zielen auch Art. 121 Abs. 3 ZGB, welcher auf Familienwohnungen im Alleineigentum eines Ehegatten oder im gemeinsamen Eigentum (Mit- oder Gesamteigentum) der Ehegatten anwendbar sei. Wenn Art. 121 Abs. 3 ZGB auch bei Gesamteigentum zur Anwendung gelangen könne, sei nicht einzusehen, weshalb Art. 205 Abs. 2 ZGB ausschliesslich bei Miteigentum Gültigkeit haben solle. Da Art. 205 Abs. 2 ZGB offensichtlich diejenige Person schützen wolle, die ein überwiegendes Interesse an der Nutzung des im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gegenstandes habe, meistens der Familienwohnung, wäre es mehr als stossend, wenn eine durch die Ehegatten vor Jahren vorgenommene Wahl einer Eigentumsart zum vollständigen Verlust des Rechts auf Zuweisung zu Alleineigentum führen würde.

Der Ehemann fordert eine Liquidierung der ehelichen Liegenschaften und Aufteilung des zu erzielenden Gewinns. Art. 205 Abs. 2 ZGB spreche bewusst und explizit nur von im Miteigentum stehenden Vermögenswerten. Sowohl die Botschaft vom 11. Juli 1979 als auch jene vom 15. November 1995 würden stets zwischen den dem Miteigentumsrecht unterstehenden Bestimmungen von Art. 205 ff. ZGB und denjenigen der Gütergemeinschaft nach Art. 234 ff. ZGB unterscheiden und im Zusammenhang mit Art. 205 Abs. 2 ZGB immer nur auf die Miteigentumsverhältnisse, jedoch nie auf Gesamteigentum verweisen. Art. 205 Abs. 2 ZGB sei nicht auf Gesamteigentumsverhältnisse anwendbar.

In seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2015 zum vom Kantonsgericht eingeholten Obergutachten stellt der Ehemann neu noch das Eventualbegehren der Alleinzuteilung der Liegenschaft an ihn für den Fall, dass das Gericht am Schätzwert von Fr. 660'000.00 festhalten sollte.

c) Wie bereits von der Vorinstanz und auch den beiden Rechtsvertretern ausführlich dargelegt, ist die Frage umstritten, ob Art. 205 Abs. 2 ZGB auch bei Gesamteigentum, das die Ehegatten als einfache Gesellschaft erworben haben, anwendbar ist. Die Kommentatoren des Familienrechts neigen dazu, eine Anwendbarkeit zu bejahen (BK-



Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 205 ZGB, N 32, und Vorbem. zu Art. 221 ff. ZGB, N 43; BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 205, N 11 und 14; Fam-Komm Scheidung/Steck, Art. 205 ZGB, N 8; Hausheer/Lindenmeyer Lieb, Einfache Gesellschaft und Ehegüterrecht, in: Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, S. 10; Hohl, Gesellschaft unter Ehegatten, Diss. Basel 1996, S. 170 und S. 176), diejenigen des Gesellschaftsrechts eher zur Verneinung (BSK OR II-Staehelin, Art. 548/549, N 4; BK-Fellmann/Müller, Art. 530 OR, N 278; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 530 OR, N 121). Das Bundesgericht hatte bereits zwei ähnlich gelagerte Fälle zur Beurteilung, musste jedoch bei beiden die Frage, ob Art. 205 Abs. 2 ZGB bei Gesamteigentum im Rahmen einer Ehegattengesellschaft anwendbar sei, nicht beantworten. Im jüngeren Fall (BGer 5A\_283/2011, E. 2.2) waren beide Ehegatten mit der Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB einverstanden, im älteren Fall kam das Bundesgericht – wie auch vorliegend die Vorinstanz – zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Zuweisung nach Art. 205 Abs. 2 ZGB – mangels voller Entschädigung des anderen Ehegatten – ohnehin nicht erfüllt wären (BGer 5C.325/2001, E. 4). In letzterem Fall machte das Bundesgericht allerdings materielle Ausführungen. So hielt es fest, dass nach Art. 651 Abs. 2 ZGB vorzugehen sei, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine ungeteilte Zuweisung im Sinne von Art. 205 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt seien (E. 3). Es sprach im Zusammenhang mit Art. 205 Abs. 2 ZGB ausdrücklich nicht von "Miteigentum", sondern allgemein von "gemeinschaftlichem Eigentum". Weiter führte es aus, Rechtsprechung und Lehre würden darin übereinstimmen, dass die ungeteilte Zuweisung lediglich eine die sachenrechtlichen Aufhebungsarten ergänzende und diesen – bei Erfüllung der spezifischen Voraussetzungen – vorgehende, dritte Art der Aufhebung gemeinschaftlichen Eigentums sei. Aufgrund dieser Ausführungen drängt sich die Annahme auf, dass das Bundesgericht einer Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB nicht von vornherein ablehnend gegenübersteht (vgl. auch BGer 5A\_26/2015).

d) Es ist davon auszugehen, dass sich Ehegatten beim Kauf einer (ehelichen) Liegenschaft bei der Frage, ob dies zu Gesamteigentum (was bei der Errungenschaftsbeteiligung die Gründung einer einfachen Gesellschaft bedingt) oder Miteigentum erfolgen soll, von der – mehr oder weniger ausführlichen – Beratung durch den Notar bzw. Grundbuchbeamten leiten lassen. Der Konsequenz, dass je nach Eigentumsverhältnis eine andere Handhabung im Scheidungsfall vorliegt, werden sich



die wenigsten bewusst sein. Wie der Vertreter der Ehefrau zu Recht festhält, wäre es stossend, wenn aufgrund einer (zufälligen) Wahl der Eigentumsart das Recht auf Zuweisung zu Alleineigentum verunmöglicht wäre. Entgegen dem Ehemann ist vorliegend nicht von einer bewussten Entscheidung zugunsten von Gesamteigentum – oder gar von einem bewussten Verzicht auf die Möglichkeit der Alleinzuweisung nach Art. 205 Abs. 2 ZGB – auszugehen. ...

e) Im vorliegenden Fall wohnt die Ehefrau zusammen mit den zwei Söhnen, D. aus der Beziehung mit dem Ehemann und E. aus einer früheren Beziehung, in der betreffenden Liegenschaft (vgl. zur Bedeutung von Sohn E. hienach Erw. ...). Eine Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB würde somit dazu führen, dass den Kindern – welche durch die Scheidung notabene ohnehin belastet sind – auch noch das langjährige Zuhause genommen würde. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass im Fall von Miteigentum dem die Kinder betreuenden Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt werden soll, eine solche Konsequenz abzuwenden, ihm dies im Fall von auf einer Ehegattengesellschaft beruhendem Gesamteigentum hingegen verwehrt bleibt. Art. 205 Abs. 2 ZGB ist Ausdruck der ehelichen Beistandspflicht und der nahehelichen Solidarität (vgl. BBI 1996 I 1, 61; Hohl, a.a.O., S. 170 und S. 176), und diese Prinzipien gelten unbesehen der von den Ehegatten für ihre Familienliegenschaft gewählten Eigentumsform. Von einer bewussten gesetzgeberischen Beschränkung der Möglichkeit der Alleinzuweisung auf Miteigentumsverhältnisse ist daher nicht auszugehen; sie ergibt sich auch nicht aus den vom Ehemann genannten Materialien (vgl. BBI 1996 I 1, 97 bzw. BBI 1979 II 1191, 1313; vgl. Hohl, a.a.O., S. 171, wonach die gesetzliche Formulierung von Art. 205 Abs. 2 ZGB allein aus der Tatsache resultiert, dass der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung selbst kein Gesamteigentum kenne). Bei im Rahmen einer Gütergemeinschaft bestehendem Gesamteigentum ist die Möglichkeit der Alleinzuweisung denn auch gesetzlich festgehalten (Art. 245 ZGB) und es ist nicht ersichtlich, dass dies den Ehegatten verwehrt sein sollte, nur weil sie nicht für ihr ganzes Vermögen, sondern einzig für ihre Liegenschaft Gesamteigentum begründen wollen und ihnen dies nur mittels einer einfachen Gesellschaft möglich ist (vgl. auch Hohl, a.a.O., S. 105 und S. 171). Die Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB widerspricht entgegen dem Ehemann auch nicht der gesetzlichen Konzeption des Gesamteigentums bzw. der Auflösung desselben. Die Gegner der



Alleinzuweisungsmöglichkeit scheinen davon auszugehen, zur Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB könne man nur gelangen, wenn man – was unzutreffend sei – das im Rahmen einer Ehegattengesellschaft bestehende Gesamteigentum generell (nur) nach den sachenrechtlichen Bestimmungen auflöse. Die Liquidation der Ehegattengesellschaft habe aber nach der Liquidationsordnung des Rechts der einfachen Gesellschaft zu erfolgen und die Vorschriften des Sachenrechts über die Aufhebung von Mit- und Gesamteigentum fänden keine Anwendung, weshalb auch für eine Rückverweisung auf [Art. 205 Abs. 2 ZGB](#) kein Raum bestehe (vgl. BK-Fellmann/Müller, Art. 530 OR, N 278). Dem ist wohl insofern zuzustimmen, als für die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung in erster Linie die für die einzelnen Gemeinschaften – hier die einfache Gesellschaft – aufgestellten besonderen Grundsätze gelten (so auch das Bundesgericht in BGer 5A\_656/2013, E. 2.1). Soweit diese Lücken offen lassen, finden aber auch hier kraft des Verweises von Art. 654 Abs. 2 ZGB subsidiär die Miteigentumsregeln Anwendung (so z.B. ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 652 bis 654 ZGB, N 14). Angesichts dessen, dass die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwar ausserhalb der güterrechtlichen Auseinandersetzung, aber nicht ausserhalb des ehe- bzw. scheidungsrechtlichen Kontextes steht, spricht nichts dagegen, die mit der (nach-)ehelichen Solidarität begründete Alleinzuweisungsmöglichkeit im Sinn einer zumindest analogen Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB auch auf die im Gesamteigentum stehende Liegenschaft einer Ehegattengesellschaft anzuwenden. Das von den Gegnern vorgebrachte Argument, bei der Phase der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung dürften – sozusagen aus Prinzip – noch keine eherechtlichen Bestimmungen zum Zuge kommen (vgl. z.B. Diehl, a.a.O., S. 431 und insb. Fn. 19), erscheint demgegenüber formalistisch.

Auch für die Durchführung der gesellschafts- und güterrechtlichen Auseinandersetzung ergeben sich dabei keine grundsätzlichen Probleme: Die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung kann und hat folglich auch bei (analoger) Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB nach wie vor in erster Linie nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu erfolgen (vgl. insb. Art. 533, Art. 545 und Art. 548 f. OR). Der Unterschied besteht einzig darin, dass keine Veräusserung der Liegenschaft an einen Dritten erfolgt, sondern jene dem einen Ehegatten-Gesellschafter zugewiesen wird (vgl. Hausheer/Lindenmeyer Lieb, a.a.O., S. 10 f., insb. auch Fn. 15), wobei für die Feststellung der



Ansprüche der Ehegatten anstelle des Verkaufserlöses der geschätzte Verkehrswert massgeblich ist.

f) Auch der Ehemann scheint im Übrigen die Möglichkeit einer Alleinzuteilung entgegen seinen Ausführungen in der Berufungsantwort nicht völlig auszuschliessen, hat er Entsprechendes (mit Zuteilung an ihn) doch anfänglich vor Vorinstanz selber beantragt (und im Berufungsverfahren in der Stellungnahme zum Obergutachten als Eventualantrag gestellt). Zudem ist wie erwähnt nicht von einer bewussten, sondern von einer zufälligen Entscheidung der Ehegatten zugunsten von Gesamteigentum auszugehen. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung einerseits und der erwähnten Gegebenheiten des vorliegenden Falls andererseits erscheint es damit gerechtfertigt, Art. 205 Abs. 2 ZGB auch auf die im Gesamteigentum stehende Liegenschaft der Parteien anzuwenden.