

Der Durchgriff im Familienrecht

DISSERTATION

der Universität St.Gallen,

Hochschule für Wirtschafts-,

Rechts- und Sozialwissenschaften,

Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Luzius Kaufmann

von

Muolen (St.Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Martin Eggel

und

Prof. Dr. Stephan Wolf

Dissertation Nr. 5545

Copy Blitz AG, St. Gallen 2025

--

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, 20. Mai 2025

Der Rektor:

Prof. Dr. Manuel Ammann

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 1. Januar 2025 an der Universität St. Gallen als Dissertation eingereicht. Das Manuskript wurde im September 2024 fertiggestellt. Später erschienene Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Prof. Dr. Martin Eggel. Er stand mir während der gesamten Dissertationsphase stets mit Rat und Tat zur Seite und war mir sowohl fachlich als auch menschlich eine unverzichtbare Stütze. Ebenfalls möchte ich Herrn Prof. Dr. Stephan Wolf für die Erstellung des Zweitgutachtens danken. Danken möchte ich auch der Präsidentin des Kreisgerichts See-Gaster, Frau lic. iur. Bettina Mächler, für ihre stete Unterstützung in allen Höhen und Tiefen des Dissertationsprojekts. Meinen guten Kollegen, Frau MLaw Simone Brunner, Herrn Rechtsanwalt Alex Kapsahili, Frau Rechtsanwältin Christine Räss und Frau Rechtsanwältin Melanie Rickenbach, sei die kritische Durchsicht des Manuskripts verdankt. Dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht danke ich für einen unvergesslichen Forschungsaufenthalt in Hamburg. Ich danke auch dem Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen für die unkomplizierte Aufnahme und die vielen spannenden Stunden, die ich dort verbringen durfte.

Zuletzt haben meine Eltern, Prof. Dr. Martin Kaufmann und Prof. Gabriela Eugster, den grössten Dank verdient. Ohne ihre unerschütterliche Unterstützung wäre die Erstellung dieser Dissertation nicht möglich gewesen. Ihnen sei diese Dissertation denn auch gewidmet.

St. Gallen, 1. Januar 2025

Luzius Kaufmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	I
Inhaltsübersicht	II
Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	XI
Materialien- und Hilfsmittelverzeichnis	LX
Abkürzungsverzeichnis	LXI
Kurzzusammenfassung	LXX
Abstract	LXXI
Kapitel 1 Einleitung und Gegenstand der Arbeit	1
Kapitel 2 Begrifflichkeiten	3
Kapitel 3 Dogmatische Grundlagen	7
3.1 Überblick	7
3.2 Trennungsprinzip	7
3.3 Echter Durchgriff	10
3.4 Zurechnungsdurchgriff (Unechter Durchgriff)	22
3.5 Zwischenfazit	30
Kapitel 4 Unterhalt	32
4.1 Überblick	32
4.2 Voraussetzungen eines Durchgriffs im Unterhaltsrecht	33

– Inhaltsübersicht –

4.3	Beherrschungsgrad zur Annahme eines Durchgriffs.....	48
4.4	Berechnungsmethoden der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ..	67
4.5	Sparquote der beherrschten Kapitalgesellschaft	85
4.6	Prüfprogramm.....	87
4.7	Beweislast und Beweisanforderungen	88
4.8	Abänderung des gerichtlich festgesetzten Unterhalts	97
Kapitel 5	Güterrecht	101
5.1	Überblick.....	101
5.2	Behandlung thesaurierter Gewinne.....	101
5.3	Unentgeltliche Entäusserungen durch die beherrschte Kapitalgesellschaft.....	124
5.4	Zur Vermögensentäusserung mit Schädigungsabsicht im Speziellen	142
5.5	Regelung von Schulden gegenüber der beherrschten Kapitalgesellschaft.....	146
Kapitel 6	Informationsbeschaffung und prozessuale Geltendmachung eines Durchgriffs.....	148
6.1	Überblick.....	148
6.2	Bezifferung des Rechtsbegehrens	149
6.3	Rechtserhebliche Tatsachen	153
6.4	Prozessuale Informationsbeschaffung	159
6.5	Informationsanspruch gemäss Art. 170 ZGB.....	169
6.6	Das Verhältnis von prozessualem und materiellem Informationsanspruch	175
6.7	Informationsbeschaffung im Eheschutzverfahren	177

– Inhaltsübersicht –

Kapitel 7	Sicherung und Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften	180
7.1	Überblick.....	180
7.2	Sicherungsmassnahmen gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften.....	180
7.3	Vollstreckung von Unterhaltsforderungen	183
Kapitel 8	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	187
8.1	Überblick.....	187
8.2	Zuordnung einer juristischen Person zum Eigengut	187
8.3	Zuordnung der Erträge des Eigenguts.....	193
8.4	Regelung der Informationspflicht von Kapitalgesellschaften	197
8.5	Vereinbarung über die Bewertung der Kapitalgesellschaft	200
8.6	Solidarschuldnerschaft der beherrschten Gesellschaft	203
Kapitel 9	Zusammenfassung.....	204

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Inhaltsübersicht	II
Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	XI
Materialien- und Hilfsmittelverzeichnis	LX
Abkürzungsverzeichnis	LXI
Kurzzusammenfassung	LXX
Abstract	LXXI
Kapitel 1 Einleitung und Gegenstand der Arbeit	1
Kapitel 2 Begrifflichkeiten	3
Kapitel 3 Dogmatische Grundlagen	7
3.1 Überblick	7
3.2 Trennungsprinzip	7
3.3 Echter Durchgriff	10
3.3.1 Voraussetzungen	10
3.3.2 Wirtschaftliche Identität	11
3.3.3 Rechtsmissbrauch	14
3.3.4 Rechtsfolgen eines echten Durchgriffs	20
3.4 Zurechnungsdurchgriff (Uechter Durchgriff)	22
3.4.1 Die deutschen Wurzeln des Zurechnungsdurchgriffs	22

– Inhaltsverzeichnis –

3.4.2	Die Rezeption in der Schweiz	25
3.4.3	Würdigung des Dargestellten	28
3.5	Zwischenfazit	30
Kapitel 4	Unterhalt	32
4.1	Überblick	32
4.2	Voraussetzungen eines Durchgriffs im Unterhaltsrecht	33
4.2.1	Grundlage des Unterhaltsanspruchs	33
4.2.2	Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (verfassungsmässig-systematische Auslegung)	34
4.2.3	Das Trennungsprinzip (systematische Auslegung)	36
4.2.4	Der teleologische Einkommensbegriff	36
4.2.5	Dogmatik in Deutschland	42
4.2.6	Rechtsprechung	43
4.2.7	Gegenüberstellung von systematischer und teleologischer Auslegung	45
4.3	Beherrschungsgrad zur Annahme eines Durchgriffs	48
4.3.1	Dogmatische Überlegungen	48
4.3.2	Beherrschung mit der Mehrheit der Gesellschaftsanteile	50
4.3.3	Beherrschung mit einer hälftigen Beteiligung	53
4.3.4	Beherrschung ohne namhafte Beteiligung	58
4.3.5	Verneinung der Beherrschung	66
4.4	Berechnungsmethoden der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ..	67
4.4.1	Dogmatische Überlegungen	67
4.4.2	Einordnung des Dargestellten	70
4.4.3	Konkrete Berechnung	74
4.4.4	Massgeblicher Zeitraum	78
4.4.5	Einzelne Positionen	80
4.5	Sparquote der beherrschten Kapitalgesellschaft	85

– Inhaltsverzeichnis –

4.6	Prüfprogramm.....	87
4.7	Beweislast und Beweisanforderungen	88
4.7.1	Grundsätze	88
4.7.2	Beweisvereitelung im Allgemeinen.....	91
4.7.3	Beweisvereitelung beim Fehlen einer Buchhaltung im Familienrecht.....	93
4.8	Abänderung des gerichtlich festgesetzten Unterhalts.....	97
Kapitel 5	Güterrecht	101
5.1	Überblick.....	101
5.2	Behandlung thesaurierter Gewinne.....	101
5.2.1	Vorbemerkungen	101
5.2.2	Aspekte in der Lehre und Rechtsprechung.....	103
5.2.3	Einordnung der Rechtsprechung	105
5.2.4	Massgebliche Beteiligungshöhe.....	110
5.2.5	Berechnung der Errungenschaft nach der Rechtsprechung.	112
5.3	Unentgeltliche Entäusserungen durch die beherrschte Kapitalgesellschaft.....	124
5.3.1	Vorbemerkungen und Einordnung des Themas.....	124
5.3.2	Grundsatz der freien Verwaltung des eigenen Vermögens...	124
5.3.3	Dogmatische Überlegungen.....	126
5.3.4	Überlegungen in der Rechtsprechung	128
5.3.5	Würdigung des Dargestellten	131
5.3.6	Gesellschaftsanteile in der Errungenschaft.....	134
5.3.7	Unentgeltliche Zuwendung.....	135
5.3.8	Beherrschungsverhältnis.....	138
5.3.9	Umfang der Hinzurechnung	140
5.3.10	Rückforderung der unentgeltlichen Entäusserung	140

– Inhaltsverzeichnis –

5.4	Zur Vermögensentäusserung mit Schädigungsabsicht im Speziellen	142
5.4.1	Vorbemerkungen und Einordnung des Themas.....	142
5.4.2	Dogmatische Überlegungen.....	142
5.4.3	Wertminderung der beherrschten Kapitalgesellschaft	143
5.4.4	Schmälerungsabsicht	144
5.4.5	Würdigung des Dargestellten.....	146
5.5	Regelung von Schulden gegenüber der beherrschten Kapitalgesellschaft.....	146

Kapitel 6 Informationsbeschaffung und prozessuale Geltendmachung eines Durchgriffs.....148

6.1	Überblick.....	148
6.2	Bezifferung des Rechtsbegehrens	149
6.3	Rechtserhebliche Tatsachen	153
6.3.1	Für die Voraussetzung des Durchgriffs rechtserhebliche Tatsachen	153
6.3.2	Für die Festlegung des Unterhalts relevanten Tatsachen.....	157
6.3.3	Für die Festlegung der güterrechtlichen Ausgleichsforderung relevanten Tatsachen	158
6.4	Prozessuale Informationsbeschaffung	159
6.4.1	Adressat der Mitwirkungspflicht	159
6.4.2	Verweigerungsrechte von Parteien	161
6.4.3	Verweigerungsrechte von Dritten und Vollstreckung	162
6.4.4	Gutachten eines Sachverständigen	166
6.5	Informationsanspruch gemäss Art. 170 ZGB	169
6.5.1	Vorbemerkungen	169
6.5.2	Gegenstand des Auskunftsanspruchs.....	170
6.5.3	Adressat des Auskunftsanspruchs	172

– Inhaltsverzeichnis –

6.5.4	Verweigerungsrechte Dritter und Vollstreckung	173
6.6	Das Verhältnis von prozessuellem und materiellem Informationsanspruch	175
6.7	Informationsbeschaffung im Eheschutzverfahren	177

Kapitel 7 Sicherung und Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften180

7.1	Überblick.....	180
7.2	Sicherungsmassnahmen gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften.....	180
7.3	Vollstreckung von Unterhaltsforderungen	183

Kapitel 8 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.....187

8.1	Überblick.....	187
8.2	Zuordnung einer juristischen Person zum Eigengut	187
8.2.1	Vorbemerkungen	187
8.2.2	Unternehmen als Vermögensgegenstand.....	188
8.2.3	Ausübung eines Berufs bzw. Betrieb eines Gewerbes	191
8.3	Zuordnung der Erträge des Eigenguts	193
8.3.1	Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag	193
8.3.2	In Bezug auf beherrschte Kapitalgesellschaften	195
8.4	Regelung der Informationspflicht von Kapitalgesellschaften.....	197
8.4.1	Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag	197
8.4.2	Dogmatische Überlegungen.....	198
8.4.3	Regelungsfähige Modalitäten.....	199
8.5	Vereinbarung über die Bewertung der Kapitalgesellschaft	200
8.5.1	Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag	200
8.5.2	Freie Bestimmung des Bewertungszeitpunktes	200
8.5.3	Freie Bestimmung der Bewertungsmethode.....	201

– Inhaltsverzeichnis –

8.6 Solidarschuldnerschaft der beherrschten Gesellschaft..... 203

Kapitel 9 Zusammenfassung204

Literaturverzeichnis

A MARCA JEAN-CHRISTOPHE, Couple et entreprise: questions choisies, in: Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra (Hrsg.), Patrimoine de la famille, Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, Genf 2016, S. 203 ff.

ABBET STÉPHANE, Les décisions du tribunal de première instance en procédure civile suisse: typologie, procédures et voies de droits, ZWR 2012, S. 351 ff.

ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung im Konzern?, ZBJV 142/2006, S. 1 ff.

Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. PraKomm-BEARBEITER).

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die Dokumentationspflicht des Arztes, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2016, Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Zürich 2016, S. 13 ff. (zit. AEBI-MÜLLER).

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorgehen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. AEBI-MÜLLER, Begünstigung).

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, Familienrecht – Eherecht (Eheschutz und Ehescheidung; insbes. Unterhaltsrecht) und Kindesrecht, ZBJV 158/2022, S. 372 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung).

AEBI-MÜLLER REGINA E./JETZER LAURA, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, AJP 2011, S. 287 ff.

– Literaturverzeichnis –

AEBI-MÜLLER REGINA E./LUEGER ALEXANDER, Lebensversicherungen und ihre Behandlung im Ehegüter- und Erbrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zur ehedüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 23./24. Oktober 2019, Bern 2019, S. 149 ff.

AEBI-MÜLLER REGINA E./TRACHSEL DANIEL R., Grundfragen der güterrechtlichen Auseinandersetzung, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrecht§Tage, 23./24. Februar 2006 in Basel, Bern 2006, S. 223 ff.

AEPLI URS, Rechtsprobleme bei der Vererbung von Grossaktionärsstellungen, Diss. Zürich, Zürich 1973.

AFFOLTER MICHAEL, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, AJP 2020, S. 833 ff.

AHRENS JAN-MICHAEL, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, Diss. Freiburg i. Br., Frankfurt a. M. 2001.

ALBERS-SCHÖNBERG MAX, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich, Zürich 1980 (=SSHW 44).

ALTHAUS STEFANIE/BOHNENBLUST EVA VIOLA, Der massgebliche Wert in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, FamPra.ch 2020, S. 670 ff.

ALTORFER JÜRIG/DUSS FABIAN/FELBER MICHAEL, Die steuerliche Gewinnermittlung unter neuem Rechnungslegungsrecht, ASA 83, S. 521 ff.

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

ANTOGNINI DANIEL, Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts, Diss. Zürich, Zürich 2022 (=ZStP 309).

ARNDT CHRISTINE, Die Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Der Familienprozess, Beweis – Strategien – Durchsetzung, Zürich 2020, S. 65 ff. (zit. ARNDT, Auskunftspflicht).

– Literaturverzeichnis –

ARNDT CHRISTINE, Die Sparquote, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 43 ff. (zit. ARNDT, Sparquote).

ARNDT CHRISTINE, Neue Konturen des Primats der Eigenversorgung, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie, Planungsmöglichkeiten – 11. Symposium zum Familienrecht 2021, Zürich 2022, S. 93 ff. (zit. ARNDT, Eigenversorgung).

ARNDT CHRISTINE/LANGNER PAUL, Neuere Entwicklungen im Recht des nahehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen, in: Buecher Andrea/Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrecht§Tage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, S. 177 ff.

Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB, PartG, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK ZGB I-BEARBEITER).

Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK ZGB II-BEARBEITER).

AUBERT GABRIEL, Les plateformes Uber: désactiver le droit du travail?, in: Portmann Wolfgang/Aubert Gabriel/Müller Roland A./Rudolph Roger (Hrsg.), Festschrift für Adrian von Kaenel, Zürich 2022, S. 7 ff.

BACHMANN SUSANNE, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen, Zürich 1995.

BADDELEY MARGARETA, L'entreprise dans le contexte du droit matrimonial, FamPra.ch 2009, S. 289 ff.

BAECHLER ROMAN, Die Stufenklage, sic! 2017, S. 1 ff.

– Literaturverzeichnis –

BÄHLER DANIEL, Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Schneller Weg zum Recht, Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren, Bern 2020 (=CIVPRO 15), S. 93 ff. (zit. BÄHLER, Eheschutz).

BÄHLER DANIEL, Scheidungsunterhalt – Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken, FamPra.ch 2007, S. 461 ff. (zit. BÄHLER).

BÄHLER DANIEL, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, FamPra.ch 2015, S. 271 ff. (zit. BÄHLER, Unterhaltsberechnungen).

Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. SHK ZPO-BEARBEITER).

BALLMER DAVID, Der Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung – ein Modell für die Schweiz?, recht 2018, S. 25 ff.

BÄR ROLF, Die kaufmännische Unternehmung im neuen Ehe- und Erbrecht, in: Kaufmann Albert H./Huwiler Bruno (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1987, Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung und seinen Auswirkungen auf das Scheidungs-, Miet-, Handels-, Steuer- und Betreibungsrecht, Bern 1988, S. 179 ff.

BASTONS BULLETI FRANÇOISE, Zeitpunkt der Bezifferung einer unbezifferten Forderungsklage, ZPO-online.ch 2023-N6, Auswahl vom 31. März 2023.

BAUMANN MAJA R., Die Familienholding, Diss. Zürich, Zürich 2005 (=SSHW 244).

BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich 2013 (=LBR 75).

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.

BAUSCHATZ PETER, Steuerrecht der Betriebsaufspaltung, in: Carlé Dieter (Hrsg.), Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl., Köln 2014, S. 89 ff.

BAYER WALTER, § 13, in: Lutter/Hommelhoff Kommentar GmbH-Gesetz, Bearbeitet von Walter Bayer, Peter Hommelhoff und Detlef Kleindiek, 21. Aufl., Köln 2023.

– Literaturverzeichnis –

BECEREN BÜSRA, Unternehmenszuwendung zu Lebzeiten des Erblassers, unter besonderer Berücksichtigung von Nutzniessungsrechten an Aktien, Diss. Zürich, Zürich 2021.

BECK ALEXANDER, Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976.

B EGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996, S. 469 ff.

B ERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, ZBJV 144/2008, S. 269 ff.

B ERGT JOSEF, Verantwortlichkeit der Leitungs- und Kontrollorgane in der liechtensteinischen Aktiengesellschaft, Unter Berücksichtigung des schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss. Liechtenstein, Zürich 2020.

B ERNHARD RETO/HUG ANDRÉ, Bewertung eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Eigengut eines Ehegatten: Ersatzforderung der Errungenschaft auf Vorräte und Investitionen?, successio 2014, S. 58 ff.

B ERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.

B ERTSCHINGER MICHAEL, Die handelsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht, Diss. St. Gallen, Bern 2020 (=IFF 117).

B EYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Zürich 2004 (=SSHW 234).

B IAGGINI GIOVANNI, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

B INDER ANDREAS, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR 2008, S. 66 ff.

B INZ MARK K., Betriebsaufspaltung bei Dienstleistungsunternehmen, DStR 1996, S. 565 ff.

B ITTER GEORG, § 13, in: Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Band I, 13. Aufl., Köln 2023 (zit. BITTER, § 13).

– Literaturverzeichnis –

BITTER GEORG, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, Diss. Hamburg, Köln 1999 (zit. BITTER).

BLAAS SONJA, Entstehung und Nachweis der angebotspflichtigen Gruppe, Diss. Bern, Bern 2016 (=ASR 821).

BLOCH BENJAMIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 2C_276/2009 vom 22. September 2009 i.S. S AG (Beschwerdeführerin 1) und R AG (Beschwerdeführerin 2) gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Beschwerdegegnerin), SZW 2010, S. 161 ff.

BLOCH OLIVIER, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, avec un aperçu du droit des marchés financiers, 3. Aufl., Genf 2021.

BLUM OLIVER, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR 2014, S. 463 ff.

BLUMENSTEIN ERNST, System des Steuerrechtes, 3. Aufl., Zürich 1971.

BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechtes, 8. Aufl., Zürich 2023.

BÖCKLI PETER, Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz, Eigenkapitaltest und Solvenztest im kritischen Vergleich, SZW 2009, S. 1 ff. (zit. BÖCKLI, Eigenkapitalschutz).

BÖCKLI PETER, NEUE OR-RECHNUNGSLEGUNG, ST 11/12, S. 821 ff. (zit. BÖCKLI, Rechnungslegung).

BÖCKLI PETER, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. BÖCKLI).

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).

BOHNET FRANÇOIS, Alléguer et conclure en procédure matrimoniale, in: Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra (Hrsg.), La procédure en droit de la famille, 10e Symposium en droit de la famille 2019, Genf 2020, S. 1 ff.

Bohnet François/Guillod Olivier (Hrsg.), Commentaire pratique, Droit matrimonial, Basel 2016 (zit. CPra-BEARBEITER).

– Literaturverzeichnis –

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure civile*, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-BEARBEITER).

BOHNET FRANÇOIS/JEANNERET YVAN, *Preuve et vérité en procédures pénales et civiles suisses*, in: Thévenaz Alain (Hrsg.), *Les preuves*, Volume III, Bern 2014.

BOHNET FRANÇOIS/JÉQUIER GUILLAUME, *L'entreprise et la personne morale en procédure civile*, in: Bohnet François/Hari Olivier (Hrsg.), *La personne morale et l'entreprise en procédure*, Basel 2014, S. 33 ff.

BORK REINHARD, *Zurechnung im Konzern*, ZGR 1994, S. 237 ff.

BORNHAUSER PHILIP R., *Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis*, Diss. Zürich, Zürich 2012 (=ZStP 243).

BOSMAN ALEIDUS GERARD, *Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten*, Diss. Zürich, Zürich 1984 (=SSHW 76).

BOSSHARDT MARTINA/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/TELLENBACH DELFIE, *Rechtsprechungspanorama Erbrecht*, AJP 2023, S. 1404 ff.

BRACHER NICOLAS, *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess*, Diss. Basel, Basel 2011 (=BSR 105).

BRACK CHRISTOF/EGLI PHILIPP/STOCKER CLAUDIO, *Unternehmen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung*, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge – Güterrecht – Unterhalt*, 8. Symposium zum Familienrecht 2015 der Universität Freiburg, Zürich 2016, S. 93 ff.

BRÄM VERENA, *Zürcher Kommentar, Art. 159 - 180 ZGB, Scheidungsrecht, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen*, 3. Aufl., Zürich 1998.

BRAND PATRIC A., *Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen*, Diss. Bern, Zürich 2015 (=SSHW 326).

BRANDENSTEIN PIERRE/KÜHN MICHAEL, *Voraussetzungen der personellen Verflechtung von Ehegatten bei der Betriebsaufspaltung*, NZG 2002, S. 904 ff.

– Literaturverzeichnis –

BRÄNDLI GIAN, Die Eigengutszuweisung nach Art. 199 ZGB – Anwendungsbereich, Chancen, Risiken und Alternativen, FamPra.ch 2023, S. 44 ff. (zit. BRÄNDLI, Eigengutszuweisung).

BRÄNDLI GIAN, Die güterrechtliche Zuordnung von Aktien, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie, Planungsmöglichkeiten – 11. Symposium zum Familienrecht 2021, Zürich 2022, S. 107 ff. (zit. BRÄNDLI, Aktien).

BRÄNDLI GIAN/HURNI NORA/WISMER KATRIN, Einfachere Berechnung des Kindesbarunterhalts nach BGer 5A_311/2019?, AJP 2021, S. 303 ff.

BRAUN CAROLINE, Thesaurierte Gewinne als unterhaltsrechtliches Einkommen, NJW-Spezial 2020, S. 388 ff.

BREITSCHMID PETER, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG anhand von Entscheiden des Zürcher Obergerichts, AJP 1999, S. 1007 ff.

BREITSCHMID PETER/EGGEL MARTIN/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

BREITSCHMID PETER/MEYER-VÖGELI ANNINA, Entwicklungen im Erbrecht/Le point sur le droit successor, SJZ 120/2024, S. 273 ff.

BROEMEL KARL/KLEIN CHRISTOPH, Neue BFH-Rechtsprechung zur Betriebsaufspaltung und erweiterten gewerbesteuerlichen Kürzung: Teilweise Abkehr vom sog. Durchgriffsverbot, DStR 2022, S. 857 ff.

BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS/PESENTI FRANCESCA, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Aufl., Zürich 2022.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Band I: Art. 1-196, Band II: Art. 197-408, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. DikeKomm ZPO I-BEARBEITER bzw. DikeKomm ZPO II-BEARBEITER).

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017.

– Literaturverzeichnis –

Büchler Andrea (Hrsg.) FamKomm, Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006 (zit. FamKomm PartG-BEARBEITER).

BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 2015, S. 1 ff.

Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. Kuko ZGB-BEARBEITER).

BÜHLER CHRISTOPH B., Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Alexander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 989 ff. (zit. BÜHLER).

BÜHLER SIMON, OTC-Handel mit nichtkotierten Aktien, Diss. Zürich, Zürich 2016 (=ZStP 270) (zit. BÜHLER, Handel).

BUNDI MARCO/SONDEREGGER DANAË, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 102/2006, S. 406 ff.

BURCKHARDT BERTOSSA JACQUELINE/TRACHSEL DANIEL, Nachlassplanung bei komplexen Familienverhältnissen: Ein Workshopbericht, in: Fankhauser Roland/Büchler Andrea (Hrsg.), Neunte Schweizer Familienrechtstage, 18./19. Januar 2018 in Basel, Bern 2018, S. 99 ff.

CAFLISCH SILVIO, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1961.

COING HELMUT, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen, NJW 1977, S. 1793 ff.

DAENIKER DANIEL, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikums Gesellschaften, Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, SJZ 101/2005, S. 381 ff.

DAENIKER DANIEL/HASLER DANIEL, M&A und Governance bei Familiengesellschaften, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich 2017, S. 85 ff.

DÄNZER RAPHAEL, Der hypothetische Unternehmenswert im Güterrecht, FamPra.ch 2021, S. 1 ff.

– Literaturverzeichnis –

Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 3. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK LugÜ-BE-ARBEITER).

DAUAG APOLLO DIMITRI, Der Zivilprozess gegen den Cloud Provider, Unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Zürich 2022 (=ZPR 39).

DAUMKE MICHAEL/KESSLER JÜRGEN, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Oldenburg 2000.

DAZIO GIOVANNI/VON DER CRONE HANS CASPAR, Das Vorrecht auf Dividende bei Vorzugsaktien und Vorzugspartizipationsscheinen, SZW 2021, S. 236 ff.

DE PORET BORTOLASO OMBLINE, Le Calcul des Contributions d'entretien, SJ 2016 II, S. 141 ff.

DENNLER MARKUS, Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich, Entlebuch 1984.

DERUNGS MERENS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, SZW 2019, S. 321 ff.

DESCHENAUX HENRI, Einleitung und Personenrecht, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band II/2, Basel 1967.

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI/BADDELEY MARGARETA, Les effets du mariage, 3. Aufl., Bern 2017.

DIAS RAOUL, Der Verein als herrschendes Unternehmen im Konzern, Unter besonderer Berücksichtigung der Sportvereine und Sportorganisationen, Diss. Bern, Zürich 2010 (=SSHW 289).

DIEM HANS-JAKOB, Der selektive Aktienrückkauf, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, S. 119 ff.

DOBLER SARAH/VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.111/2004 vom 9. November i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen X., Y. und Z. (Beklagte und Berufungsbe-klagte), SZW 2005, S. 211 ff.

– Literaturverzeichnis –

DOLDER MATTIAS/DIETHELM PASCAL, Eheschutz (Art. 175 ff. ZGB) – ein aktueller Überblick, AJP 2003, S. 655 ff.

DOLGE ANNETTE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Dolge Annette (Hrsg.), Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 43 ff.

DRUEY JEAN NICOLAS, Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Meditation, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenau Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 21 ff. (zit. DRUEY, Aktienrecht).

DRUEY JEAN NICOLAS, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980, S. 273 ff. (zit. DRUEY, Konzernrecht).

DRUEY JEAN NICOLAS, Konzerntransparenz, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1017 ff. (zit. DRUEY, Konzerntransparenz).

DRUEY JEAN NICOLAS, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 1 ff. (zit. DRUEY, Leitungsrecht).

DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume 2, Basel 2018.

DUCREY PATRIK, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) – kartellrechtliche Aspekte, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, S. 127 ff.

DUMMERMUTH RAPHAEL/BISCHOF NINA/KNÖPFLI OLIVER/SCHWARZENBERGER MAXIMILIAN, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie,

Planungsmöglichkeiten – 11. Symposium zum Familienrecht 2021, Zürich 2022, S. 216 ff.

EGGEL MARTIN, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern, Bern 2013 (=ASR 795).

EGGER KAROLYN, La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif, *not@lex* 2022, S. 85 ff.

EGLER CARLO, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Unter besonderer Berücksichtigung der neuen Anti-Geldwäschereibestimmungen des GwG und der Art. 697i ff. OR, Diss. Zürich, Zürich 2018 (=SSHW 343).

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER).

EIGENMANN ANTOINE, Successions numériques, in: Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (Hrsg.), *Journée de droit successorale 2021*, Bern 2021, S. 41 ff.

EITEL PAUL, Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Schmid Jörg/Seiler Hansjörg (Hrsg.), *Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag*, Zürich 2006, S. 91 ff. (zit. EITEL).

EITEL PAUL, Länderbericht Schweiz II: Bürgerliches und bäuerliches Unternehmenserbrecht – de lege lata und de lege ferenda, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Reformen des Erbrechts in Europa*, Zürich 2023, S. 21 ff. (zit. EITEL, Reformen).

EITEL PAUL, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, *ZBJV* 134/1998, S. 729 ff. (zit. EITEL, Zuwendungen).

EITEL PAUL/BIERI MARJOLEIN, Der Durchgriff und sein Durchbruch ins Erbrecht, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), *Equus und aequus – et cetera, Liber amicorum für Benno Studer zum 70. Geburtstag*, Zürich 2019, S. 5 ff.

– Literaturverzeichnis –

EITEL PAUL/HORAT FELIX, Erbrecht 2021-2023 – Rechtsprechung und Literatur, successio 2023, S. 318 ff.

ELMIGER FABIENNE, Das Unternehmen in der Erbteilung, Die Teilungsart (Art. 607-619 ZGB), Diss. Luzern, Zürich 2012 (=LBR 68).

EMMERICH VOLKER, Anhang § 13 Konzernrecht, in: Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Band I, 13. Aufl., Köln 2023.

ENZMANN JESSICA, Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage, Zürich 2023 (=IMPULSE #78).

EPINEY-COLOMBO EMANUELA, Aide-mémoire pour le calcul de la contribution d'entretien (méthode tessinoise), FamPra.ch 2005, S. 271 ff.

ERK NADJA, Gläubigerschutzvorschriften bei Vermögensverschiebungen, AJP 2012, S. 143 ff.

ESCHER ELISABETH, Wertveränderung und eheliches Güterrecht, Diss. Bern, Bern 1989 (=ASR 520).

FAHRLÄNDER LUKAS, Der revidierte schweizerische Insiderstraftatbestand, Diss. Zürich, Zürich 2015 (=SSF 120).

Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. FamKomm I-BEARBEITER bzw. FamKomm II-BEARBEITER).

FANKHAUSER ROLAND/KÄMPF CHRISTINA, Der Streit um den Wert des Grundstücks, FamPra.ch 2016, S. 598 ff.

FASEL URS, Erbrecht – Entwicklungen 2022, njus.ch 2023, S. 1 ff.

FASTRICH LORENZ, § 13, in: Noack Ulrich/Servatius Wolfgang/Haas Ulrich (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 20, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Aufl., München 2022.

FAVRE LISE, Une possibilité méconnue en matière de contrat de mariage: l'article 199 CC, ZBGR 78/1997, S. 137 ff. (zit. FAVRE, possibilité).

– Literaturverzeichnis –

FAVRE PASCAL G., La Constitution de Biens Propres Conventionnels, Favoriser la pérennité d'une entreprise, ST 1-2/09, S. 86 ff. (zit. FAVRE, constitution).

FELLMANN WALTER, Geschäftsführung, Vertretung und Haftung bei den Personengesellschaften, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, S. 113 ff. (zit. FELLMANN, Rechtsfragen).

FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Bern 2006.

FEUZ CHRISTOPH, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Diss. Bern, Zürich 2017 (=SSHW 340).

FISCH RAPHAEL, Technik der Unterhaltsbemessung, FamPra.ch 2019, S. 450 ff.

FISCHER PETER, Überlegungen zum sog. Durchgriff im Zivil- und Steuerrecht, in: Kirchhof Paul/Schmidt Karsten/Wolfgang Schön/Vogel Klaus (Hrsg.), Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl, Köln 2006, S. 339 ff.

FISCHER-WINKELMANN WOLF/MAIER ROBERT P., Einkünfte aus Gesellschaftsbeteiligungen, FamRZ 1996, S. 1391 ff.

FLÜGE HANSPETER, Die Einmanngesellschaft – Rechtsinstitut oder täuschende Fiktion?, SAG 1960/61, S. 233 ff.

FOLLPRACHT STÉPHANIE, Vereinheitlichung der familienrechtlichen Unterhaltsberechnungspraxis und die Anspruchsgrundlagen des Unterhaltsanspruchs, SJZ 119/2023, S. 224 ff. (zit. FOLLPRACHT, Vereinheitlichung).

FOLLPRACHT-WIETLISBACH STÉPHANIE, Das neue Unterhaltsrecht, Anwaltsrevue 2021, S. 469 ff.

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1995.

FORSTMOSER PETER/UNTERSANDER OLIVER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Handelsgesellschaften und Genossenschaften – und im Wertpapierrecht, SJZ 95/1999, S. 470 ff.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/D'ANDRÈS JOËL, Entwicklungen im Familienrecht/Le point sur le droit de la famille, SJZ 114/2018, S. 138 ff.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/WISNIAK MARLENA, Résumé des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille, in: Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra (Hrsg.), Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, 9e symposium en droit de la famille 2017, Genf 2018, S. 177 ff.

FOURNIER ANNICK, L'imputation de la connaissance, Étude de droit privé suisse, Diss. Freiburg, Zürich 2021 (=AISUF 424).

GÄCHTER THOMAS, Die Einpersonen-AG aus der Sicht des Sozialversicherungsrechts, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2006, S. 93 ff.

GANI RAPHAËL, Le secret fiscal en matière d'impôts directs et d'impôts successoraux: aperçu du droit interne suisse, ASA 79, S. 649 ff.

GASS ROLAND, Noch einmal: Unterliegen Schenkungen der Ausgleichung und der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB?, BJM 2001, S. 235 ff.

Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 1-7 ZGB, Einleitung, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BEARBEITER).

GAURON-CARLIN SABRINA, Les procédures de première instance, in: Reiser Anne/Gauron-Carlin Sabrina (Hrsg.), La procédure matrimoniale, Regards croisés de praticiens sur la matière, Tome 2, Genf 2019 (=qi? 27), S. 1 ff.

GEHRER CAROLE LEA, Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Eine Untersuchung der an der SWX kotierten Schweizer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich, Zürich 2003 (=SSHW 225).

Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), ZPO Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, navigator.ch, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK ZPO-BEARBEITER).

GEISER THOMAS, Know-how – Herkömmliche und neue Bedürfnisse bei der Gestaltung von Eheverträgen, AJP 1993, S. 1154 ff. (zit. GEISER, Bedürfnisse).

– Literaturverzeichnis –

GEISER THOMAS, Rechtsprechungspanorama Eherecht, AJP 2019, S. 103 ff. (zit. GEISER, Rechtsprechungspanorama).

GEISER THOMAS, Rechtsprechungspanorama Familienrecht, AJP 2021, S. 76 ff. (zit. GEISER, Rechtsprechungspanorama 2021).

GEISER THOMAS, Unternehmensnachfolge, in: Waldburger Robert/Sester Peter/Peter Christoph/Baer Charlotte M. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 183 ff. (zit. GEISER, Unternehmensnachfolge).

Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER).

Geiser Thomas/Gremper Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007 (zit. ZK PartG-BEARBEITER).

Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER).

GERMANN SANDRO, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich, Zürich 2015 (=SSHW 327).

GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen, Bern 1996 (zit. GLANZMANN).

GLANZMANN LUKAS, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, S. 229 ff. (zit. GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen).

GLANZMANN LUKAS/WOLF MARKUS, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, S. 264 ff.

GÖKSU TARKAN, Informationsrechte der Erben, AJP 2012, S. 953 ff. (zit. GÖKSU, Informationsrechte).

GÖKSU TARKAN, Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2021, successio 2022, S. 320 ff. (zit. GÖKSU, Rechtsprechung).

GÖKSU TARKAN, Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 26/2011, S. 91 ff. (zit. GÖKSU, Urkundenedition).

GÖKSU TARKAN, Wieviel Einkommen, welches Vermögen – Auskunftspflicht und Editionsspflichten von Ehegatten und Dritten, in: Rumo-Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Der neue Familienprozess, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Zürich 2012, S. 109 ff. (zit. GÖKSU).

GOTSCHEV GEORG G., Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten Gruppe gemäss Börsengesetz, Diss. Zürich, Zürich 2005 (=SSHW 240).

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Beziehungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022.

GRASSL ALFRED/BECK MARTIN, Bewertung von Versicherungsunternehmen, in: Drukarczyk Jochen/Ernst Dietmar (Hrsg.), Branchenorientierte Unternehmensbewertung, München 2010, S. 139 ff.

GRIGOLEIT HANS CHRISTOPH, Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2020.

GROBÉTY LAURENT, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, Diss. Freiburg, Zürich 2018 (=AISUF 387).

GRONER ROGER, Beweisrecht, Diss. Bern, Bern 2011 (zit. GRONER).

GRONER ROGER, Wann haftet ein Aktionär – und warum?, SJZ 101/2005, S. 1 ff. (zit. GRONER, Aktionär).

GRÜTTER MYRIAM/TRACHSEL DANIEL R., Aktuelle Aspekte des Eheschutzes, FamPra.ch 2004, S. 858 ff.

GUIDOUM SAMMY, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Konzeptionelle Aspekte, Voraussetzungen und Verletzungsfolgen, Diss. St. Gallen, Zürich 2023 (=SSHW 360).

GUILLOD OLIVIER/A MARCA JEAN-CHRISTOPHE, Exécution forcée des contributions d'entretien et questions de mise en œuvre, in: Fountoulakis Christiana/Pichonnaz Pascal/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Droit de la famille et nouvelle procédure, 6e Symposium en droit de la famille, Genf 2012, S. 113 ff.

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979. Güngerich Andreas (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO I-BEARBEITER bzw. BK ZPO II-BEARBEITER).

GUSKI ROMAN, Haftungsbeschränkung à la carte? Vergleichende Bemerkungen zur Durchgriffshaftung im deutschen und französischen Gesellschaftsrecht, in: Cachard Olivier/Nau Liliane (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Droit privé européen: l'unité dans la diversité, München 2012, S. 311 ff.

Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020 (zit. FHB ZPO-BEARBEITER).

HABSCHIED WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.

HAMMERMANN ECKART, Vorbemerkung vor § 1601, in: Westermann Harm Peter/Grunewald Barbara/Maier-Reimer Georg (Hrsg.), Erman Kommentar BGB, Band III, 17. Aufl., Köln 2023.

Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK AG I-BEARBEITER).

HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994 (zit. HANDSCHIN, Konzern).

HANDSCHIN LUKAS, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, S. 998 ff. (zit. HANDSCHIN, Konzernverantwortungsinitiative).

HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. HANDSCHIN).

– Literaturverzeichnis –

HANDSCHIN LUKAS/JUCKER BEAT, Die Vermutung der Überschuldung – Ein Beitrag zu Gehalt und prozessualen Aspekten der Überschuldungsanzeige (Art. 725 Abs. 2 OR), in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 189 ff.

Handschin Lukas/Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 660-697m OR, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK AG II-BEARBEITER).

HANDSCHIN LUKAS/KENEL LUCA, Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1035 ff.

HANDSCHIN LUKAS/TRUNIGER CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich 2019.

HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Zürcher Kommentar, Art. 530-551 OR, Die einfache Gesellschaft, 4. Aufl., Zürich 2009.

HANDSCHIN LUKAS/ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE/BADER SIMON, Gesellschaftsrecht in a Nutshell, 4. Aufl., Zürich 2022.

HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2024.

HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften, Gesellschafts- und schuldrechtliche Ausgestaltung von KMU, Diss. Zürich, Zürich 2013 (=SSHW 314).

HASENBÖHLER FRANZ, Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, Bemerkungen zu einer umstrittenen Massnahme, BJM 1986, S. 57 ff. (zit. HASENBÖHLER, Verfügungsbeschränkungen).

HASENBÖHLER FRANZ, Zürcher Kommentar, Art. 159-180 ZGB, Scheidungsrecht, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-HASENBÖHLER).

HASENBÖHLER FRANZ/YAÑEZ SONIA, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich 2015.

– Literaturverzeichnis –

HASLEBACHER KIRIL, Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht, Die Grenzen des Konzerneinflusses, Diss. Bern, Zürich 2023 (=SSHW 361).

HASLER DANIEL, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Diss. Bern, Bern 2007 (=ASR 733).

HAUBENSAK VANESSA CAROLINE, Umsetzung der Vollstreckung und Sicherung nach dem Lugano-Übereinkommen in das Schweizer Recht, De lege lata und de lege ferenda, Diss. Basel, Zürich 2017 (=ZPR 26).

HAUSHEER HEINZ, Arbeitsleistungen in Beruf und Gewerbe unter Ehegatten de lege lata et ferenda, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderling Hans/Tschudi Hans P. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 399 ff. (zit. HAUSHEER, Arbeitsleistungen).

HAUSHEER HEINZ, Scheidungsunterhalt vor Bundesgericht – Zwischen Willkürüberprüfung und Annahmeverfahren?, ZBJV 147/2011, S. 355 ff. (zit. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt).

HAUSHEER HEINZ, Zum Generationenwechsel im Familienunternehmen und dem Zusammenspiel des Erbrechts mit dem ehelichen Güterrecht und dem Gesellschaftsrecht de lege lata et ferenda, in: Forstmoser Peter/Schluop Walter R. (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 203 ff. (zit. HAUSHEER, Familienunternehmen).

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2, in: Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

HAUSHEER HEINZ/DRUEY JEAN NICOLAS, Erb- und güterrechtliche Hindernisse in der Nachfolgeplanung des Unternehmers, Ein Gespräch zwischen Prof. Dr. Heinz Hausheer, Bundesrichter, Lausanne/Bern, und Prof. Dr. Jean Nicolas Druey, St. Gallen, SAG 1982, S. 70 ff.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinat, 7. Aufl., Bern 2022.

– Literaturverzeichnis –

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003.

HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im [A]llgemeinen, Art. 159-180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999 (zit. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. [159-180]).

HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art 196-220 ZGB, Bern 1992 (zit. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. [181-220]).

Hausheer Heinz/Spycher Annette (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 3. Aufl., Bern 2023 (zit. Handbuch-BEARBEITER).

HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275 ZGB (mit Supplement), Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB, 4. Aufl., Bern 1997.

HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000.

HEIDER KARSTEN, § 1, in: Goette Wulf/Habersack Mathias/Kalss Susanne (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 6. Aufl., München 2024.

HEISCH MARTIN, Abtretungsmodelle im Zivilprozess, Die gebündelte Anspruchsdurchsetzung mittels Inkassozeession, objektiver Klagenhäufung und Prozessfinanzierung, Diss. Zürich, Zürich 2022 (=ZStV 195).

HEISS BEATE/HEISS HANS, Kapitel 3, in: Born Winfried (Hrsg.), Unterhaltsrecht, ein Handbuch für die Praxis, 65. Aufl., München 2024.

HENNINGER JULIA, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge am Beispiel der Familienaktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich 2019 (=AISUF 394) (zit. HENNINGER).

– Literaturverzeichnis –

HENNINGER JULIA, Güterrechtliche Instrumente zur Entschärfung der Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge, *successio* 2021, S. 188 ff. (zit. HENNINGER, Güterrecht).

HERMANN TANJA/HOCHSTEIN LARS, Methodik zur Evaluation der zumutbaren Erwerbstätigkeit der Eltern, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christina (Hrsg.), *Der Familienprozess, Beweis – Strategien – Durchsetzung: 10. Symposium zum Familienrecht 2019*, Universität Freiburg, Zürich 2020, S. 267 ff.

HERZOG MARTINA JOHANNA, Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften, Unter Berücksichtigung der Rechtslage und Praxis in grossen Genossenschaften, Diss. Bern, Zürich 2021(=SSHW 356).

HERZOG SABINE/JAHNEL WERNER, *Nachlassplanung*, Zürich 2022.

HODEL ANDREA/LIATOWITSCH PETER, Eherecht und KMU, in: Bächler Andrea/Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), *Achte Schweizer Familienrechtstage*, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, S. 225 ff.

HODEL PASCAL, Zeitpunkt der Darlegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage, *ZZZ* 60/2022, S. 446 ff.

HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Tome I – Introduction et théorie générale, 2. Aufl., Bern 2016.

HÖLSCHER LUISE, Käuferbezogene Unternehmensbewertung, Diss. Erlangen-Nürnberg, Frankfurt a. M. 1998.

Honsell Heinrich (Hrsg.), *Kurzkommentar, Obligationenrecht*, Art. 1-1186 OR, Basel 2014 (zit. Kuko OR-BEARBEITER).

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK OR II-BEARBEITER).

HOPF MICHEL, Aktienrechtliches Einsichtsrecht und Prozessuale Mitwirkungspflichten, *ST* 9/12, S. 675 ff.

HÖSLY BALZ/FERHAT NADIRA, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, *successio* 2016, S. 100 ff.

HUBER MELANIE, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Basel, Zürich 2016 (=ZPR 22).

– Literaturverzeichnis –

HUBER-LEHMANN MELANIE, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich 2018 (=ZPR 28).

HURNI CHRISTOPH, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Vergleichende Studie zu einem neuen Institut des Fusionsgesetzes, Diss. Bern und Bologna, Zürich 2008 (=VSIR 60).

HÜTTICHE TOBIAS, Erbrecht und Unternehmensbewertung, successio 2019, S. 310 ff.

HÜTTICHE TOBIAS/MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Unternehmensbewertung und Rechtsprechung, Anwaltsrevue 2018, S. 319 ff.

HÜTTEMANN RAINER/MEINERT CARSTEN, Nicht betriebsnotwendiges Vermögen, in: Fleischer Holger/Hüttemann Rainer (Hrsg.), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Köln 2019, S. 227 ff.

HUWILER BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: Zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), ZSR-Beiheft 16, Basel 1994, S. 57 ff.

IMBACH SANDRA, Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente infolge Arbeitslosigkeit?, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, S. 169 ff.

JAGMETTI LUCA, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich, Zürich 2007 (=SSHW 267).

JEANDIN NICOLAS, Aspects judiciaires relatifs à l'octroi du séquestre, JdT 2006 II, S. 51 ff. (zit. JEANDIN).

JEANDIN NICOLAS, Incidence des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Journée de la responsabilité civile 2010, Genf 2011, S. 71 ff. (zit. JEANDIN, preuve).

JEANDIN NICOLAS, La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile, in: Thévenoz Luc/Bovet Christian (Hrsg.), Journée 2002 de droit bancaire et financier, Bern 2003, S. 107 ff. (zit. JEANDIN, production).

– Literaturverzeichnis –

JENNY MARIE, La protection de l'offrant dans les offres publiques d'acquisition, La sécurité juridique à l'épreuve de la pratique, Diss. Genf, Genf 2018.

JETZER LAURA, Die ärztliche Dokumentationspflicht und der Beweis des Behandlungsfehlers, ZBJV 148/2012, S. 309 ff.

JÖRG FLORIAN S., Die Einzelunternehmung, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, S. 79 ff. (zit. JÖRG).

JÖRG FLORIAN S., Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 19 ff. (zit. JÖRG, Entwicklungen).

JÖRG FLORIAN S., Wertveränderungen einer Aktiengesellschaft bei Auflösung des ordentlichen Güterstandes, Diss. St. Gallen, Bern 1997 (zit. JÖRG, Wertveränderungen).

JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), Bern 2015.

JUCKER BEAT, Zur Beweisvereitelung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, SJZ 112/2016, S. 169 ff.

JUNG PETER, Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Habil. Freiburg i. Br., Tübingen 2002 (zit. JUNG).

JUNG PETER, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, S. 79 ff. (zit. JUNG, Kapitalgesellschaften).

JUNG PETER, Relativierung der Verselbständigung von Gesellschaften im Vertragsrecht, in: Bächler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 895 ff. (zit. JUNG, Relativierung).

JUNGO ALEXANDRA, Beweis der nachehelichen Unterhaltsforderung – oder: wer trägt die Beweislast für die (fehlende) Sparquote?, FamPra.ch 2020, S. 939 ff. (zit. JUNGO).

– Literaturverzeichnis –

JUNGO ALEXANDRA, Güterrechtliche Planung rund um die Scheidung, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie, Planungsmöglichkeiten – 11. Symposium zum Familienrecht 2021, Zürich 2022, S. 1 ff. (zit. JUNGO, Planung).

JUNGO ALEXANDRA, Nachehelicher Unterhalt: Wer trägt wofür die Beweislast?, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 173 ff. (zit. JUNGO, Beweislast).

JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK ZGB-JUNGO).

JUTZI THOMAS, Unternehmenspublizität, Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Habil. Bern, Bern 2017.

KÄCH ALICE, Der Wert eines Familienunternehmens und seine Nachfolgeplanung, in: Vasella Juana/Morand Anne-Sophie (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich 2018, S. 185 ff.

KÄGI URS, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2012 (=SSHW 309).

KÄLIN OLIVER, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich 2016.

KAUFMANN MARTIN, Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen, FamPra.ch 2011, S. 899 ff.

KEHL DIETER, Der sogenannte Durchgriff, Eine zivilistische Studie zur Natur der juristischen Person, Habil. Zürich, Dietikon 1991.

KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011.

KOBIERSKI MARLENE, Der Durchgriff im Gesellschaft- und Steuerrecht, Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Bern, Bern 2012 (=SSW 22).

KOCH JENS, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53, Aktiengesetz, 18. Aufl., München 2024.

KOKOTEK ROLAND, Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB, Diss. Zürich, Zürich 2012 (=ZStP 245).

KOLLER PIUS, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_425/2020, 5A_435/2020 vom 15. Dezember 2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A.A. und B.A. gegen C.A. und D.A. sowie D.A. gegen A.A., B.A. und C.A., Erbteilung, AJP 2023, S. 769 ff. (zit. KOLLER, Erbteilung).

KOLLER PIUS, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, AJP 2021, S. 19 ff. (zit. KOLLER).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL, Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, S. 417 ff.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/WIRZ CHIARA IMELDA, Rechtsbegehren im Haftpflichtrecht, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, Bern 2016 (=CIVPRO 11), S. 29 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, navigator.ch, 4. Aufl., Zürich 2022 (zit. OFK OR-BEARBEITER).

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, navigator.ch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER).

KÜBLER FRIEDRICH/ASSMANN HEINZ-DIETER, Gesellschaftsrecht, Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen – Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 2006.

KUCKENBURG BERND/PERLEBERG-KÖLBEL RENATE, Thesaurierte Gewinne im Familienrecht, FuR 2008, S. 479 ff.

KUHN OTTMAR, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964.

KUHNER CHRISTOPH/MALTRY HELMUT, Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Heidelberg 2017.

KUMMER MAX, Art. 8, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966 (zit. KUMMER, Art. 8).

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 (zit. KUMMER, Zivilprozessrecht).

KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil. Bern, Bern 2001 (zit. KUNZ, Minderheitenschutz).

KUNZ PETER V., Grundlagen zum Konzernrecht, Bern 2016 (zit. KUNZ, Konzernrecht).

KUNZ PETER V., Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken, GesKR 2017, S. 172 ff. (zit. KUNZ, Konzernverträge).

KUNZ PETER V., Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012 (zit. KUNZ, Rundflug).

KUNZ PETER V., Tätigkeiten sowie Rechtsrisiken der Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, S. 121 ff. (zit. KUNZ, Tätigkeiten).

KUNZ PETER V., Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019 (zit. KUNZ, Wirtschaftsrecht).

– Literaturverzeichnis –

LANGENEGGER ROLF, Unternehmensbewertung, in: Lardi Mauro/Dürr David/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge/Succession d'entreprise, Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung/Manuel interdisciplinaire sur le règlement de la succession, 2. Aufl., Zürich 2022, S. 209 ff.

LANZ RAPHAEL, Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, Diss. Bern, Bern 2000 (=ASR 644).

LAUTENBACH-KOCH ANNEGRET, Klage auf Scheidung (begründete Eingabe, einstufige Unterhaltsberechnung, überdurchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse, selbständige Erwerbstätigkeit), in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen zum Familienrecht, Band IV, 2. Aufl., Zürich 2022, S. 149 ff.

LAUTENBACH-KOCH ANNEGRET/MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Rechtliche Aspekte bei der Unternehmensbewertung und Unternehmensbewertung im Güterrecht, TREX 2016, S. 348 ff.

LEHMANN MICHAEL, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, Eine juristische und ökonomische Analyse, ZGR 1986, S. 345 ff.

Lengauer Daniel/Eggen Mirjam/Straub Rodolfo (Hrsg.), Fachhandbuch Kapitalmarktrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2021 (zit. FHB Kapitalmarktrecht-BEARBEITER).

LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Droit du divorce, Conditions – effets – procédure (avec la collaboration de Patrick Stoudmann), Bern 2021.

LEUENBERGER CHRISTIAN, Die materielle kapitalmarktstrafrechtliche Regulierung des Insiderhandels de lege lata und de lege ferenda in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung verschiedener moraltheoretischer und ökonomischer Konzepte sowie eines Vergleichs mit dem US-amerikanischen Bundesrecht, Diss. Basel, Zürich 2010 (=SSHW 296).

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.

– Literaturverzeichnis –

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel, Basel 2005 (=BSR 79).

LIEDER JAN, § 13, in: Heidinger Andreas/Leible Stefan/Schmidt Jessica (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Aufl., München 2023.

LIENHARD ANDREAS, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, ZZZ 53/2021, S. 389 ff. (zit. LIENHARD).

LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich 2013 (=ZPR 15) (zit. LIENHARD, Prozessleitung).

LINDERER SIEGLINDE, Kapitel 45, in: Born Winfried (Hrsg.), Unterhaltsrecht, ein Handbuch für die Praxis, 65. Aufl., München 2024.

LING PETER, Die Substanziierungslast bei Stufenklagen – Neues aus dem Bundesgericht, LSR 2018, S. 102 ff.

LOCHER PETER/GIGER ERNST/PEDROLI ANDREA, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 2. Aufl., Basel 2022.

LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss. St. Gallen, Zürich 2011 (=SGRW 21).

LORENZ TABEA, Die Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Diss. St. Gallen, Zürich 2019 (=ZPR 32).

LÖTSCHER CORDULA, Die Prozesstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel, Basel 2016 (=BSR 129).

LÜTHI ANDREAS, Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Diss. Zürich, Zürich 1986 (=ZStV 68).

LUTTER MARCUS, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, S. 244 ff.

MAIER PHILIPP, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, S. 72 ff. (zit. MAIER).

MAIER PHILIPP, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2007, S. 1223 ff. (zit. MAIER, Aspekte).

MAIER PHILIPP, Berechnung ehelicher und nachehelicher Unterhaltsbeiträge, AJP 2020, S. 1276 ff. (zit. MAIER, Unterhaltsbeiträge).

MAIER PHILIPP, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamPra.ch 2014, S. 302 ff. (zit. MAIER, Berechnung).

MAIER PHILIPP, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung im Ehegüterrecht bei strittigen Scheidungen, ZZZ 51/2020, S. 193 ff. (zit. MAIER, Rechtsbehelfe).

MAIER PHILIPP, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, Ein Kasuistikhandbuch mit Fallbeispielen, Zürich 2023 (zit. MAIER, Unterhaltsfestsetzung).

MAIER PHILIPP/HAMPEL SARA, Behauptungs- und Beweislast bei güterrechtlichen Auseinandersetzungen in strittigen Scheidungsprozessen, FamPra.ch 2020, S. 951 ff. (zit. MAIER/HAMPEL, Auseinandersetzungen).

MAIER PHILIPP/HAMPEL SARA, Substanziierungsobliegenheiten im Ehegüterrecht, ZZZ 50/2020, S. 103 ff. (zit. MAIER/HAMPEL).

MAIER PHILIPP/WALDNER-VONTOBEL ANDREA, Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts, FamPra.ch 2021, S. 871 ff.

MAISSEN ADRIANO, Die Zwangsvollstreckung nach Art. 343 ZPO, ZZZ 21-22/2010, S. 37 ff.

MARKUS ALEXANDER R., Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR Cst.-BEARBEITER).

MARTIN FRANÇOISE, Sociétés anonymes de famille, Structure, maintien et optimisation de la détention du capital, 2. Aufl., Genf 2013.

MATSCHKE MANFRED JÜRGEN/BRÖSEL GERRIT/TOLL CHRISTIAN, Unternehmensbewertung, 5. Aufl., Heidelberg 2024.

MAURER MATTHIAS/HANDLE MARCO, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, S. 287 ff.

MEIER ISAAK, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, S. 57 ff. (zit. MEIER).

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. MEIER, Zivilprozessrecht).

MEIER ISAAK, Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, S. 11 ff. (zit. MEIER, Forderungsklage).

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023.

MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Évaluation d'une entreprise dans le cadre du régime matrimonial: Variations de valeur dans le cadre de la participation aux acquêts, TREX 2020, S. 47 ff. (zit. MEIER-MAZZUCATO).

MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Steuern Schweiz, Grundriss zu den eidgenössischen und kantonalen Steuern mit Beispielen und Darstellungen, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. MEIER-MAZZUCATO, Grundriss).

MERKT HANNO, § 13, in: Fleischer Holger/Goette Wulf (Hrsg.), Münchner Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., München 2022.

MERKT HANNO/SPINDLER GERALD, Fallgruppen der Durchgriffshaftung und verwandte Rechtsfiguren, in: Lutter Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, S. 208 ff.

MERZ HANS, Wertsteigerungen in die Güterverbindungsehe eingebrachter Eigengüter des Güterstandes, SAG 1987, S. 13 ff.

MEYER KARIN, Unterhaltsberechnung: Ist jetzt alles klar?, FamPra.ch 2021, S. 896 ff. (zit. MEYER).

MEYER SIMON, Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Begriff, Rechtsbeziehungen, Haftung, Zürich 2013 (=SSHW 313) (zit. MEYER, Unternehmensverkauf).

MINNIG YANNICK, Der industrielle Mehrwert im Kontext von Art. 206 ZGB, FamPra.ch 2021, S. 913 ff. (zit. MINNIG).

MINNIG YANNICK, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss. Bern, Bern 2018 (=ASR 828) (zit. MINNIG, Grundfragen).

MONFERRINI ISABELLE, Immaterielle Werte in der Rechnungslegung, Diss. Zürich, Zürich 2016 (=ZStP 271).

MONSCH MARTIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, SZW 2013, S. 445 ff.

MONTAVON PASCAL/BALLENEGGER CÉDRIC/REICHLIN JEREMY/DAPPLES ASTRID/MAILLARD MATHILDE/MONTAVON MICHAEL, Abrégé de droit civil, Art. 1^{er} à 640 CC/LPart/LPD/LN, 4. Aufl., Genf 2020.

MORDASINI CLAUDIA M./STOLL DIEGO, Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand (1/2), FamPra.ch 2021, S. 527 ff.

MORDASINI CLAUDIA M./SUTTER-SOMM THOMAS, Güterrechtliche Behandlung des Konzerns im Eigentum eines Ehegatten, FamPra.ch 2018, S. 277 ff.

MOSER CHRISTIAN, Abwehrbeschlüsse der Generalversammlung, Diss. Zürich, Zürich 2021 (=SSHW 355) (zit. MOSER).

MOSER FRIEDRICH GERHARD, Die erbrechtliche Ausgleichung gemischter Schenkungen, 2. Aufl., Bern 1973 (zit. MOSER, Ausgleichung).

MOXTER ADOLF, Grundsätze ordnungsmässiger Unternehmensbewertung, Heidelberg 2012.

– Literaturverzeichnis –

MULLER CAROLE, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, Zürich 2015 (=IMPULSE #8).

MÜLLER JÖRG/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

MÜLLER LUKAS, Optimierung von Lohn und Dividende des Unternehmers, AJP 2017, S. 1194 ff.

MÜLLER ROLAND/BOMATTER ANDRÉ, Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG, AJP 2012, S. 975 ff.

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Band I, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

MÜLLER-FREIENFELS WOLFRAM, Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, S. 522 ff.

NÄF-HOFMANN MARLIES/NÄF-HOFMANN HEINZ, Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch, Wirkung der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht, 2. Aufl., Zürich 1998.

NATSCH REGINA, Die Genossenschaft im Konzern, Diss. Bern, Bern 2002 (=ASR 670).

NICKL WERNER, Die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des beherrschenden Gesellschafters einer GmbH, FamRZ 1988, S. 132 ff.

NIEPMANN BIRGIT/SEILER CHRISTIAN, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Anfang 2020, NJW 2020, S. 2597 ff.

NIRK RUDOLF, Zur Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung, in: Lutter Marcus/Mertens Hans-Joachim/Ulmer Peter (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin 1985, S. 443 ff.

NOBEL PETER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit. NOBEL, Aktienrecht).

NOBEL PETER, Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1217 ff. (zit. NOBEL).

– Literaturverzeichnis –

Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK AG-BEARBEITER).

NÖLLE JENS-UWE, Grundlagen der Unternehmensbewertung, in: Schacht Ulrich/Fackler Matthias (Hrsg.), Praxishandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 9 ff.

NÖSBERGER THOMAS/BOEMLE MAX, KONZEPTION DES NEUEN RECHNUNGSLEGUNGSRECHTS, ST 1-2/14, S. 11 ff.

NYFFELER FABIA, Der Volljährigenunterhalt, Voraussetzungen, Bemessung und Durchsetzung, Diss. Freiburg, Zürich 2023 (=AISUF 433).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. Kuko ZPO-BEARBEITER).

Oetiker Christian/Weibel Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK LugÜ-BEARBEITER).

OHLUND ERIC/TEITLER-FEINBERG EVELYN, KONZERNRECHNUNG NACH IFRS, ST 5/12, S. 305 ff.

OULEVEY XAVIER/LEVRAT JÉRÔME, La société anonyme, Genf 2022.

PAHUD JOËL, Le séquestre et la protection provisoire des créances péuniaires, Dans le contexte interne et international, Diss. Freiburg, Zürich 2018 (=AISUF 385).

PANNATIER KESSLER DELPHINE/CHAPUS-RAPIN GÉRALDINE/EIGENMANN ANTOINE, Ayant droit économique et succession, in: Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (Hrsg.), Journée de droit successoral 2023, Bern 2023, S. 17 ff.

PASSARDI MARCO, Steuerliche Konsequenzen der Rechnungslegung, TREX 2014, S. 348 ff.

PASSARDI MARCO/RUPP MARKUS, Questions d'évaluation d'entreprise lors de la Succession d'entreprise, EF 2/24, S. 76 ff.

PATRY ROBERT/VON STEIGER WERNER, Grundlagen des Handelsrechts, Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil, Besonderer Teil, Die

– Literaturverzeichnis –

Personengesellschaften, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band VIII/1, Basel 1976.

PERLEBERG-KÖLBEL RENATE, Thesaurierte Gewinne im Familienrecht, FuR 2016, S. 221 ff.

PERRET MARCO, Die privatrechtliche Sanierung eines Unternehmens, Delege-lata-Analyse sowie Empfehlungen de lege ferenda, Diss. Luzern, Zürich 2021 (=LBR 155).

PETER HENRY/BOVEY PASCAL, Droit suisse des OPA, Bern 2013.

PFAFF DIETER, Stille Reserven – Verzerrtes Bild der Vermögens- Finanz- und Ertragslage, ST 6-7/15, S. 456 ff.

Pfaff Dieter/Glanz Stephan/Stenz Thomas/Zihler Florian (Hrsg.), veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. PK Rechnungslegung-BEARBEITER).

PFISTERER STEFANIE, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Diss. Zürich, Zürich 2011 (=ZStP 240).

PHILIPPE ARNAUD, Droit des sociétés cotées à l'actionnariat concentré, Enjeux, gouvernance et perspectives, Diss. Genf, Genf 2021.

PICENONI VITO, Die Behandlung von Grundstücksgeschäften in der Ausgleichung und Herabsetzung, ZBGR 59/1978, S. 65 ff.

Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, art. 1-456 CC, 2. Aufl., Basel 2023 (zit. CR CC I-BEARBEITER).

Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil II, art. 457-977 CC, art. 1-61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. CR CC II-BEARBEITER).

PIOTET PAUL, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Bern 1987 (zit. PIOTET).

PIOTET PAUL, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band IV/2, Basel 1981 (zit. PIOTET, SPR IV/2).

– Literaturverzeichnis –

POPP MATTHIAS, Zur persönlichen Besteuerung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens bei der Unternehmensbewertung, Der Konzern 05/2020, S. 177 ff.

POWELL JULIAN/SOLÈR LADINA, Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei Wegzug eines unterhaltspflichtigen Elternteils ins Ausland, Fam Pra.ch 2021, S. 35 ff.

PRAZ EMILIE M., L'entreprise de l'un des époux en droit matrimonial, Diss. Freiburg, Zürich 2018 (=AISUF 375).

RAISER THOMAS/VEIL RÜDIGER, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., München 2015.

RAMELET ADRIEN, Le droit de consulter le dossier en procédure administrative, pénale et civile, Etude comparative de droit fédéral, Diss. Lausanne, Bern 2021.

REHBINDER ECKARD, Konzernausussenrecht und allgemeines Privatrecht, Habil. Frankfurt a. M., Bad Homburg 1969 (zit. REHBINDER, Konzernausussenrecht).

REHBINDER ECKARD, Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, in: Lutter Marcus/Stimpel Walter/Wiedemann Herbert (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979 (zit. REHBINDER).

REICH MARKUS, Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020.

REISER ANNE, Un procès comme les autres, in: Reiser Anne/Gauron-Carlin Sabrina (Hrsg.), La procédure matrimoniale, Regards croisés de praticiens sur la matière, Tome 1, Genf 2019 (=qi? 26), S. 1 ff.

REISER NINA/TOBLER YANNIS, Börsenrechtliche Meldepflicht nach Art. 120 FinfraG bei kollektiven Kapitalanlagen, SZW 2023, S. 489 ff.

REN QIANXIAO, Die Ersatzvornahme im schweizerischen Zivilrecht, Unter Berücksichtigung der betreffenden Probleme im chinesischen Zivilrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2021 (=AISUF 416).

RENGGLI KARL/KISSLING RAPHAEL/CAMPOUNOVO RICO A./HONOLD TOBIAS/KEEL THOMAS, Die eingeschränkte Revision, 3. Aufl., Schaffhausen 2023.

– Literaturverzeichnis –

RIEMER HANS-MICHAEL, Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993.

RITTNER FRITZ, Die werdende juristische Person, Habil. Bonn, Tübingen 1973.

Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK OR-BEARBEITER).

Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere inkl. Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK Rechnungslegung-BEARBEITER).

RODUNER EVELYN/SCHMOKER ANDREA, Hinzurechnung nach Art. 208 ZGB, FamPra.ch 2023, S. 64 ff.

ROUILLER NICOLAS/BAUEN MARC/BERNET ROBERT/LASSERE ROUILLER COLETTE, La société anonyme suisse, Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal, 3. Aufl., Genf 2022.

ROUILLER NICOLAS/LASSERRE ROUILLER COLETTE, Le refus de la succession d'entreprise par les associés: l'exclusion d'un héritier de la société, in: Lardi Mauro/Dürr David/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Unternehmensnachfolge/Succession d'entreprise, Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung/Manuel interdisciplinaire sur le règlement de la succession, 2. Aufl., Zürich 2022, S. 149 ff.

RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich, Zürich 2002 (=SSHW 218).

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2012, S. 197 ff.

RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss. St. Gallen, Zürich 2009 (=ZPR 1).

RUEDIN ROLAND, Droit des sociétés, 2. Aufl., Bern 2007.

– Literaturverzeichnis –

RÜETSCHI SVEN, Vorfagen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel, Zürich 2011 (=ZPR 12).

RUMO-JUNGO ALEXANDRA/FANKHAUSER ROLAND, Prozessrechtliche Fragen des Güterrechts, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Sechste Schweizer Familienrechtstage, 26./27. Januar 2012 in Zürich, Bern 2012, S. 148 ff.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA/MAJID NADJA, Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter- und Erbrecht, *successio* 2013, S. 323 ff.

Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2024 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER).

SALADIN JELENA, Der Zuwendungswille (*animus donandi*) und seine beweisrechtliche Lage, Zürich 2022 (=IMPULSE #66).

SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich, Zürich 2009 (=SSHW 280).

SCHÄDEL NICOLAI, Wirtschaftsrecht für Hightech Start-ups, Heidelberg 2020.

SCHANZE ERICH, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Diss. Frankfurt a. M., Frankfurt a. M. 1975.

SCHÄREN SIMON, Unterstellungsfragen im Rahmen der Genehmigungs- und Bewilligungspflicht gemäss Kollektivanlagengesetz, unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des Rechts der EG, Luxemburgs und Liechtensteins, Diss. Bern, Zürich 2011 (=SSFM 99).

SCHAUB MARTIN, Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen, Diss. Zürich, Zürich 2010 (=SSIR 134).

SCHENKER URS, Die Position von Minderheitsaktionären bei öffentlichen Angeboten, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 161 ff. (zit. SCHENKER).

SCHENKER URS, Unternehmenskauf, Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016 (zit. SCHENKER, Unternehmenskauf).

SCHENKER URS/SCHENKER OLIVIER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Übersichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, Bern 2023.

SCHLOSSER RALPH, Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils, in: de Werra Jacques (Hrsg.), La protection des secrets d'affaires/The Protection of Trade Secrets, Genf 2013, S. 65 ff.

SCHMID ROLAND, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 42/2017, S. 129 ff. (zit. SCHMID, Verfahren).

SCHMID ROLAND, Verfahrens- und Beweisfragen bei Personenschadensfällen, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Prozesskosten, Schadensschätzung, Verfahrens- und Beweisfragen bei Personenschäden, Zürich 2015, S. 163 ff. (zit. SCHMID, Beweisfragen).

SCHMID URSULA, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen im Verhältnis zu Dritten, Diss. St. Gallen, Lachen 1996 (zit. SCHMID).

SCHMIDT KARSTEN, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.

SCHÖBI CHRISTIAN, Art. 42 Abs. 2 OR: Substanziieren vs. Schätzen – eine Annäherung an die Rechtsfigur der «perte d'une chance»? , in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, S. 447 ff.

SCHÖN ETIENNE, Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Diss. Zürich, Zürich 2000 (=SSHW 96).

SCHÖNLE HERBERT, Die Einmann- und Strohmannengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Freiburg, Freiburg 1957.

SCHOTT ANSGAR, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich, Zürich 2002 (=ZStP 178).

SCHRÖDER ANDREAS, BGE 133 III 664, Urteil des Bundesgerichts 5C.8/2007 vom 10. September 2007, successio 2008, S. 225 ff.

SCHUCANY GIOVANNI, Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1949.

– Literaturverzeichnis –

SCHUMACHER MIKE, Durchgriff in der Betriebshaftpflichtversicherung, HAVE 2022, S. 239 ff.

Schütz Jürg Gian (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Bern 2015 (zit. SHK OR-BEARBEITER).

SCHWARZ ANGELICA MARIA, Die handels- und steuerrechtliche Behandlung von Daten, Unter besonderer Berücksichtigung von verrechnungspreislichen Aspekten im internationalen Konzernverhältnis, Diss. Zürich, Bern 2019.

SCHWEIZER MARK, Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2016, Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Zürich 2016, S. 121 ff. (zit. SCHWEIZER, Beweiserleichterungen).

SCHWEIZER MARK, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, S. 163 ff. (zit. SCHWEIZER, Aspekte).

SCHWEIZER MARK, Substanziieren – wozu?, SJZ 108/2012, S. 557 ff. (zit. SCHWEIZER).

SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 21-22/2010, S. 3 ff. (zit. SCHWEIZER, Beweisabnahme).

SCHWIZER ANGELO, Trusts in Ehescheidungen: Güterrechtliche Fragen, AJP 2012, S. 1119 ff. (zit. SCHWIZER, Trusts).

SCHWIZER ANGELO, Unternehmen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung: Die Frage der angemessenen Entschädigung des Unternehmerehegatten, in: Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Galler Eherechtstagung 2022, St. Gallen 2022 (zit. SCHWIZER).

SCHWIZER ANGELO/OERI HANS-PETER, «Neues» Unterhaltsrecht?, AJP 2022, S. 3 ff.

– Literaturverzeichnis –

SEEBERGER LIONEL HARALD, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg, Freiburg 1992 (=AISUF 119).

SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Diss. Basel, Zürich 2013 (=BSR 101).

SENN DANIEL, Die Beteiligung wirkungsbetreffender Dritter im Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, Zürich 2018 (=IMPULSE #39).

SETHE ROLF, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, S. 423 ff.

SETHE ROLF/EGLE CARLO, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 111/2015, S. 522 ff.

Sethe Rolf/Favre Olivier/Hess Martin/Kramer Stefan/Schott Ansgar (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG, Zürich 2017 (zit. SK FinfraG-BEARBEITER).

SETHE ROLF/LÜTOLF DANIEL, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201 ff.

SIDIROPOULOS ALEXIA, Die Haftung des Spitals, unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechts und der Organisationshaftung, Diss. Luzern, Bern 2019.

SIFFERT RINO, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Handelsregister, Art. 927-943 OR, Bern 2021.

SIMONEK MADELEINE, Unternehmenssteuerrecht, Grundlagen für das Studium und die Praxis, Zürich 2019.

SIMONEK MADELEINE/EITEL PAUL/MÜLLER KARIN, Unternehmensrecht II, Nachfolge und Umstrukturierung, Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2022.

SOMMER CHRISTA, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich, Zürich 2010 (=SSHW 298).

– Literaturverzeichnis –

SPAHR STÉPHANE, Art. 613, in: Eigenmann Antoine/Rouiller Nicolas (Hrsg.), *Commentaire du droit des successions* (Art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR), 2. Aufl., Bern 2023.

SPIEKER ULRICH, Die Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens, in: Dose Hans-Joachim (Hrsg.), *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 10. Aufl., München 2019, N. 300 ff.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER).

SPYCHER ANNETTE, Das «caput controversum» im Zusammenhang mit in Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträgen – «handle with care», in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (Hrsg.), *Brücken bauen*, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 919 ff.

SPYCHER ANNETTE/MAIER MORENO, Irrungen Wirrungen um den Betreuungsunterhalt, *FamPra.ch* 2021, S. 569 ff.

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich 2019.

STALDER CHRISTIAN, *Rechtsbegehren in familienrechtlichen Verfahren*, *FamPra.ch* 2014, S. 43 ff.

STANISCHEWSKI FLORA, *Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich 2015 (=IMPULSE #7).

STAUB ALDO, *Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide*, Zürich 2022.

STÄUBER RICHARD, *Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess*, Diss. St. Gallen, Zürich 2011 (=ZPR 10).

STEINAUER PAUL-HENRI, L'art. 613 al. 3 CC à la lumière de l'arrêt ATF 143 III 425, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019 (zit. STEINAUER, art. 613).

– Literaturverzeichnis –

STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit successoral, in: Ling Peter (Hrsg.), Les successions dans les entreprises, travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2006, S. 1 ff. (zit. STEINAUER, successoral).

STEINAUER PAUL-HENRI, Le titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band II/1, Basel 2008 (zit. STEINAUER).

STEINER JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Zürich 2019 (=ZPR 31).

STEININGER THOMAS ALEXANDER, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. Zürich, Zürich 2011 (=ZStP 238).

STETTLER MARTIN/WAELTI FABIEN, Le régime matrimonial: les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC), Freiburg 1992.

STEUDLER MELTEM, Die Kausalität von Informationspflichtverletzungen, Am Beispiel der Kapitalanlagegeschäfte, Diss. Zürich, Zürich 2021 (=SSFM 137).

STOFFEL WALTER A./SAUTIER CAMILLE, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern, SZW 2019, S. 509 ff.

STOJILJKOVIĆ MLADEN, Zur Substanziierungslast der nicht beweisbelasteten Partei, ZZZ 57/2022, S. 3 ff.

STROHAL FRIEDRICH, Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen bei Selbständigen, 5. Aufl., München 2017.

STUDER BENNO, Bäuerliches Erbrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux, Zürich 2014, S. 451 ff.

STURNY THIEMO/MARTIUS ALEXANDER, Durchgriff und Ausschluss der Rückforderung von unrechtmässig ausgeschüttetem Gewinn – Besprechung des Urteils des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 5. Januar 2007 (BJM 2008 S. 259-264), GesKR 1/2009, S. 102 ff.

SUMMERMATTER DANIEL, Zur Abänderung von Kinderalimenten, Fam Pra.ch 2012, S. 38 ff.

– Literaturverzeichnis –

SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, Rechtsbegehren und Sachverhaltsermittlung in familienrechtlichen Verfahren, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 557 ff.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-BEARBEITER).

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021.

TANNER MARTIN, Das Revisionsverfahren nach Art. 328-333 ZPO, ZZZ 47/2019, S. 191 ff.

TANNÒ CHRISTIAN, Break-up fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlussverträgen, nach schweizerischem, deutschem, britischem und US-amerikanischem Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich, Zürich 2012 (=SSHW 307).

TAPPY DENIS, Conclusions et voies de recours, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), Les conclusions en procédures civile et pénale, Basel/Neuenburg 2021, S. 75 ff.

TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984.

Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, art. 530-1186 CO, art. 20-33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR CO II-BEARBEITER).

TEUBNER GUNTHER, Die 'Politik des Gesetzes' im Recht der Konzernhaftung, in: Baur Jürgen F./Hopt Klaus J./Mailänder Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, S. 261 ff.

THORENS-ALADJEM SOPHIE, Le point de vue du juge de première instance, in: Reiser Anne/Gauron-Carlin Sabrina (Hrsg.), La procédure matrimoniale, Regards croisés de praticiens sur la matière, Tome 1, Genf 2019 (=qj? 26), S. 162 ff.

– Literaturverzeichnis –

TREZZINI FRANCESCO, Bemerkung zu Urteil 4C.378/1999, SZPP 2005, S. 167 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 112/2011, S. 113 ff.

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich 2021.

TSCHUDI MARKUS PATRIK, Der Direktanspruch des Berechtigten gegenüber Dritten, Ein Beitrag zur rechtssystematischen Einordnung und dogmatischen Begründung von Direktansprüchen im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg, Zürich 2020 (=AISUF 410).

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich 2023.

VETTERLI ROLF, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, S. 785 ff.

VISCHER MARKUS M., «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, S. 1485 ff. (zit. VISCHER).

VISCHER MARKUS, Gesellschafterbindungsverträge bei der GmbH, SJZ 119/2023, S. 119 ff. (zit. VISCHER, Gesellschafterbindungsverträge).

VOCK DOMINIK/MEISTER-MÜLLER DANIELE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.

VÖGELI ANNINA, Möglichkeiten und Grenzen von fair division im schweizerischen Erbrecht, Diss. Zürich, Zürich 2019 (= ZStP 292).

VOGT HANS-UELI, Aktienrecht – Entwicklungen 2008, Bern 2009.

VOGT HANS-UELI/SCHIWOW EMANUEL/WIEDMER KARIN, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten – Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 2009, S. 1359 ff.

– Literaturverzeichnis –

VOISARD STÉPHANE, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative, Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, Diss. Freiburg, Zürich 2014 (=AISUF 333).

VON BÜREN ROLAND, *Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht*, ZBJV 131/1995, S. 57 ff. (zit. VON BÜREN, *Erfahrungen*).

VON BÜREN ROLAND, *Haftung aus Konzernvertrauen – Die Geschichte vom Schaf im Wolfspelz*, in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 637 ff. (zit. VON BÜREN).

VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., *Grundriss des Aktienrechts, Mit Berücksichtigung der laufenden Revision*, 3. Aufl., Zürich 2011.

VON DER CRONE HANS CASPAR, *Aktienrecht*, 2. Aufl., Bern 2020.

VON DER CRONE HANS CASPAR/GOTTINI MELANIE, *Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht*, SZW 2016, S. 512 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/MAUCHLE YVES, *Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR*, SZW 2015, S. 199 ff.

VON GREYERZ KASPAR, *Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse*, Band VIII/2, Basel 1982.

VON PLANTA ANDREAS, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Diss. Basel, Basel 1981 (=BSR 3).

VON STEIGER WERNER, *Zur Problematik eines „Unternehmensrechts“*, SAG 1981, S. 1 ff.

VON WERDT NICOLAS, *Der Rechtsschutz im Eheschutz*, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), *Brennpunkt Familienrecht*, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 593 ff.

VOUILLOZ FRANÇOIS, *La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC)*, AJP 2009, S. 830 ff.

– Literaturverzeichnis –

WAGEN ELENA MARA, Die rechtsmissbräuchliche Ingangsetzung eines Strafverfahrens, unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Medien, Diss. Zürich, Zürich 2019.

WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER).

WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel, Basel 2009 (=BSR 96).

WALTER HANS PETER, Art. 8, in: Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. WALTER).

WALTER STEPHANIE, Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen, Diss. St. Gallen, Zürich 2019 (=Law & Management Wissenschaft 3) (zit. WALTER, Allokation).

WALTHER FRIDOLIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2018, ZBJV 156/2020, S. 181 ff.

WASER ASTRID, Entwicklungen in der Fusionskontrolle, in: Diem Hans-Jakob (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXI, Zürich 2019, S. 97 ff.

WATTER ROLF, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996, S. 135 ff.

Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK FinfraG-BEARBEITER).

Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Bauer Thomas/Winzeler Christoph (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-BEARBEITER).

– Literaturverzeichnis –

WEBER ROGER, Anweisung an die Schuldner, Sicherstellung der Unterhaltsforderung und Verfügungsbeschränkung, AJP 2002, S. 235 ff. (zit. WEBER, Anweisung).

WEBER ROLF H., Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band II/4, Basel 1999 (zit. WEBER, SPR II/4).

WENDT LUKAS, Die Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft im schweizerischen, deutschen und italienischen Recht, Zürich 2020 (=IMPULSE #57).

WICK MARKUS, Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. Basel, Zürich 1996.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/GROLIMUND PASCAL, Scheidung in internationalen Verhältnissen, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Sechste Schweizer Familienrechtstage, 26./27. Januar 2012 in Zürich, Bern 2012, S. 201 ff.

WIDMER PIERRE, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Diss. Bern, Bern 1971(=ASR 408).

WIEDERKEHR ALFRED, Die Berücksichtigung der Wertsteigerungen der eingebrachten Güter bei der Vorschlagberechnung, Diss. Zürich, Winterthur 1966.

WIETLISBACH STÉPHANIE, Allein-, Mit- oder Gesamteigentum? Die Liegenschaft in der güterrechtlichen Auseinandersetzung bei Scheidung, Diss. Zürich, Bern 2020 (=FamPra.ch Schriften zum Familien und Erbrecht 27) (zit. WIETLISBACH).

WIETLISBACH STÉPHANIE, Fallstricke im Zusammenhang mit der Liegenschaft in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, Anwaltsrevue 2020, S. 397 ff. (zit. WIETLISBACH, Fallstricke).

WINISTÖRFER MARC M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Diss. Luzern, Zürich 2021 (=LBR 160) (zit. WINISTÖRFER).

WINISTÖRFER MICHÈLE, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Diss. Zürich, Zürich 2000 (zit. WINISTÖRFER, Zuwendung).

– Literaturverzeichnis –

WINTER MICHAEL, Horizontale Haftung im Konzern, Diss. Köln, Köln 2003.

WISSMANN KURT, Das neue Ehegüterrecht, Vom altrechtlichen zum neu-rechtlichen Ehevertrag, ZBGR 67/1986, S. 321 ff.

WOLF FRANZ A., Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *successio* 2012, S. 280 ff. (zit. WOLF, Gewerbe).

WOLF STEPHAN, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136/2000, S. 241 ff. (zit. WOLF, Grundstücke).

WOLF STEPHAN, Verfügungen unter Lebenden vs. «unzulässige» Umgehung der Verfügungsbeschränkung – wann greift die Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB?, ZBJV 150/2014, S. 435 ff. (zit. WOLF, Verfügungen).

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK ZGB-WOLF/EGGEL).

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band IV/1, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1).

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht/Traité de droit privé suisse, Band IV/2, Basel 2015 zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2).

WOLF STEPHAN/HUFSCHMID SELINA, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2023 – Erbrecht, ZBJV 160/2024, S. 220 ff.

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Basel, Zürich 2018 (=ZPR 27).

Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018 (zit. DikeKomm KG-BEARBEITER).

ZOGG SAMUEL, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, S. 47 ff. (zit. ZOGG).

– Materialien- und Hilfsmittelverzeichnis –

ZOGG SAMUEL, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019, S. 1 ff. (zit. ZOGG, Unterhaltsklagen).

ZOLLINGER MARKUS, Das (kaufmännische) Unternehmen, Eruerung des zivilrechtlichen Begriffs des (nach kaufmännischer Art geführten) Gewerbes unter Berücksichtigung kartell-, straf-, steuer- sowie sozialversicherungsrechtlicher Unternehmens- und Erwerbstätigkeitsbegriffe, Diss. Zürich, Zürich 2019 (=SSHW 347).

ZUMBRUNN WERNER, Private Lebensversicherungen in der Erbteilungspraxis, AJP 2006, S. 1207 ff.

ZÜRCHER WOLFGANG, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Bern, Bern 1993 (=ASR 547).

Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 4. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK DBG-BEARBEITER).

ZWEIFEL MARTIN/CASANOVA HUGO/BEUSCH MICHAEL/HUNZIKER SILVIA, Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, Direkte Steuern, 2. Aufl., Zürich 2018.

Materialien- und Hilfsmittelverzeichnis

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBI 1979 II 1191 (zit. Botschaft neues Eherecht).

Unternehmensbewertung im Erbrecht, Bericht des Bundesrates vom 1. April 2009 (zit. Bericht BR Unternehmensbewertung).

Diese Dissertation wurde mit Hilfe von DeepL Write sprachlich überarbeitet.

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
AbR	Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden, Sarnen
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen
AG	Aktiengesellschaft
AG Flensburg	Urteil des Amtsgerichts Flensburg
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz/Travaux de la Faculté de droit de L'Université de Fribourg, Zürich
AJP	Aktuelle juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle, Zürich
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue, Revue de L'Avocat, Bern
aOR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 2011 (SR 220) in der Fassung vom 31. Dezember 2022
AppGer BS	Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt
art.	article
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Bern
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBI	Bundesblatt
BFH	Urteil des Deutschen Bundesfinanzhofs

– Abkürzungsverzeichnis –

BFS	Bundesamt für Statistik
BG ZH	Bezirksgericht Zürich
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Publizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofs
BJM	Basler juristische Mitteilungen, Bern
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A: Privatrecht, Basel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung, Zürich
CC	vgl. ZGB
CIVPRO	Schriften des Instituts für internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern, Bern
CJ GE	Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf
CO	vgl. OR
CPC	vgl. ZPO
d.h.	das heisst
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DStR	Zeitschrift für Deutsches Steuerrecht, München

– Abkürzungsverzeichnis –

E.	Erwägung
EF	Expert Focus, Zürich
f.	und folgende Seite/und folgende Randziffer/und folgender Artikel
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts, Bern
FamRZ	Zeitschrift für das ganze Familienrecht, Bielefeld
ff.	und folgende Seiten/und folgende Randziffern/und folgender Artikel
FG Hessen	Urteil des Finanzgerichts des Landes Hessen
FG Münster	Urteil des Finanzgerichts Münster
FG Niedersachsen	Urteil des Finanzgerichts des Landes Niedersachsen
FG Saarland	Urteil des Finanzgerichts des Saarlandes
FG Sachsen	Urteil des Finanzgerichts des Landes Sachsen
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (SR 958.1)
FinfraV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 3. Dezember 2015 (SR 958.111)
Fn.	Fussnote
FuR	Familie und Recht, Hürth
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen, Zürich
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
h.L.	herrschende Lehre

– Abkürzungsverzeichnis –

Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung, Zürich
HGer ZH	Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IFF	Schriftenreihe des Instituts für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics der Universität St. Gallen, Bern
IMPULSE	IMPULSE zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zürich
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
KassGer ZH	Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KGer BL	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Land
KGer FR	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Freiburg
KGer GR	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden
KGer SG	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen
KGer SZ	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz

– Abkürzungsverzeichnis –

KGer ZG	Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Luzern
lit.	Litera
LSR	Life Science Recht, Juristische Zeitschrift für Pharma, Biotech und Medtech, Bern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständig- keit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Nummer(n), Randnote(n), Randziffer(n)
njus.ch	Schriftenreihe njus.ch, Bern
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, Zürich
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, München
nZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. De- zember 2008 (SR 272) in der Fassung vom 1. Ja- nuar 2025
OGer AG	Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau
OGer BE	Urteil des Obergerichts des Kantons Bern
OGer LU	Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern
OGer NW	Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden
OGer OW	Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden
OGer SO	Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn
OGer TG	Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau

– Abkürzungsverzeichnis –

OGer ZG	Urteil des Obergerichts des Kantons Zug
OGer ZH	Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich
OLG Brandenburg	Urteil des Oberlandesgerichts des Landes Brandenburg
OLG Celle	Urteil des Oberlandesgerichts Celle
OLG Dresden	Urteil des Oberlandesgerichts Dresden
OLG Hamm	Urteil des Oberlandesgerichts Hamm
OLG Karlsruhe	Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe
OLG Koblenz	Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz
OLG Zweibrücken	Urteil des Oberlandesgerichts Zweibrücken
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 2011 (SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden, Chur
qi?	Quid iuris?, Genf
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern
RJN	Le Recueil de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence, Sion
S.	Seite(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft: Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht/Société anonyme suisse: revue de droit commercial et économique, Zürich
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)

– Abkürzungsverzeichnis –

SGRW	St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft, Zürich
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Basel
SJ	La Semaine Judiciaire, Genf
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence, Zürich
sogen.	Sogenannt
SSFM	Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Zürich
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich
SSIR	Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Zürich
SSW	Schriften zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Bern
ST	Der Schweizer Treuhänder, Zürich
StB SG	Steuerbuch des Kantons St. Gallen
StG SG	Steuergesetz des Kantons St. Gallen vom 9. April 1988 (sGS 811.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
successio	successio – Zeitschrift für Erbrecht/Revue de droit des successions, Zürich
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/Swiss Review of Business and Financial Market Law, Zürich
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, Basel
TA TI	Urteil des Tribunale d'appello des Kantons Tessin
TC NE	Urteil des Tribunal Cantonal des Kantons Neuenburg

– Abkürzungsverzeichnis –

TC VD	Urteil des Tribunal Cantonal des Kantons Waadt
TREX	Der Treuhandexperte, Zürich
u.U.	unter Umständen
VGer LU	Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern
VGer SG	Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen
VGer ZH	Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
vgl.	vergleiche
VSIR	Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich
z.B.	zum Beispiel
Z.T.	zum Teil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Zürich
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPR	Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern

– Abkürzungsverzeichnis –

ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich
ZVW	Zeitschrift für Vormundtschaftswesen, Zürich
ZWR	vgl. RVJ
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Zürich

Kurzzusammenfassung¹

Nach dem Trennungsprinzip sind juristische Personen selbständige Rechtssubjekte. Der unechte Zurechnungsdurchgriff schränkt die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person ein, indem Vorgänge in der Kapitalgesellschaft dem Gesellschafter persönlich zugerechnet werden, ohne dass dies zu einer ausgedehnten Haftung führt.

Bei Anwendung des unechten Durchgriffs ist der Gewinn einer beherrschten Kapitalgesellschaften in die Berechnung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien bei der Festsetzung des Unterhalts einzubeziehen. Sie sind so zu stellen, als ob sie ihr Unternehmen in Form einer Personengesellschaft oder als Einzelunternehmen betreiben würden.

Güterrechtlich gehören zudem thesaurierte Gewinne von beherrschten Kapitalgesellschaften zur Errungenschaft eines Ehegatten, insbesondere wenn genügend nicht betriebsnotwendige Aktiven vorhanden sind. Es stellt sich zudem die Frage einer Hinzurechnung, wenn beherrschte Kapitalgesellschaften unentgeltliche Zuwendungen machen.

Darüber hinaus können beherrschte Kapitalgesellschaften im familienrechtlichen Verfahren häufig zur Mitwirkung bei der gerichtlichen Informationsbeschaffung verpflichtet werden. Das Familienrecht kennt keine ausreichenden Vollstreckungsmechanismen, um Unterhaltsansprüche gegen die beherrschte Kapitalgesellschaft durchzusetzen, was Auswirkungen auf den künftigen Unterhalt haben kann.

Die Ehegatten haben in Bezug auf die beherrschte Gesellschaft einen vertraglichen Gestaltungsspielraum. So können namentlich die Anteile und/oder die Erträge einer beherrschten Kapitalgesellschaft dem Eigengut zugeordnet werden. Ferner können die Parteien die Bewertung der Anteile an der beherrschten Kapitalgesellschaft vertraglich regeln.

¹ Für eine detailliertere Zusammenfassung vgl. Kapitel 9.

Résumé

Selon le principe de séparation, les personnes morales sont des entités juridiques indépendantes. Le principe de l'imputation imparfaite limite l'indépendance juridique d'une personne morale en imputant personnellement à l'associé les opérations effectuées dans la société de capitaux, sans que cela n'entraîne une responsabilité étendue.

En cas d'application de la règle de la transparence imparfaite, le bénéficiaire d'une société de capitaux contrôlée doit être pris en compte dans le calcul de la capacité économique des parties lors de la fixation de la contribution d'entretien. Elles doivent être placées dans la même situation que si elles exploitaient leur entreprise sous la forme d'une société de personnes ou d'une entreprise individuelle.

Sous le régime matrimonial, les bénéfices thésaurisés de sociétés de capitaux contrôlées font en outre partie des acquêts d'un époux, notamment lorsqu'il existe suffisamment d'actifs non nécessaires à l'exploitation. La question de l'ajout se pose en outre lorsque des sociétés de capitaux dominées font des donations à titre gratuit.

En outre, les sociétés de capitaux contrôlées peuvent souvent être obligées, dans le cadre de la procédure de droit de la famille, de coopérer à la recherche d'informations par le tribunal. Le droit de la famille ne prévoit pas de mécanismes d'exécution suffisants pour faire valoir les créances alimentaires à l'encontre de la société de capitaux contrôlée, ce qui peut avoir des répercussions sur la pension alimentaire future.

Les époux disposent d'une marge de manœuvre contractuelle en ce qui concerne la société contrôlée. Ainsi, les parts et/ou les revenus d'une société de capitaux contrôlée peuvent être attribués aux biens propres. En outre, les parties peuvent régler par contrat l'évaluation des parts de la société de capitaux contrôlée.

Abstract

According to the separation principle, legal entities are independent legal entities. The non-genuine pass-through restricts the legal independence of a legal entity by attributing transactions in the corporation to the shareholder personally without this leading to extended liability.

When applying the non-genuine pass-through, the profit of a controlled corporation must be included in the calculation of the economic capacity of the parties when determining the allowance. They are to be treated as if they were operating their business in the manner of a partnership or as a sole proprietorship.

Under matrimonial property law, retained profits from controlled corporations are also part of a spouse's estate, especially if there are sufficient non-operating assets. There is also the question of an addition if controlled corporations make unremunerated gifts.

In addition, controlled corporations can often be obliged to co-operate in obtaining information in court in family law proceedings. Family law does not recognise sufficient enforcement mechanisms to enforce maintenance claims against the controlled corporation, which can have an impact on future maintenance.

The spouses have contractual flexibility with regard to the controlled company. In particular, the shares and/or income of a controlled corporation can be allocated to the spouses' own property. Furthermore, the parties can contractually regulate the valuation of the shares in the controlled corporation.

Kapitel 1 Einleitung und Gegenstand der Arbeit

Der Begriff «Durchgriff» bezeichnet die Möglichkeit, sich über die bestehenden Grenzen zwischen natürlicher Person und einer Kapitalgesellschaft² hinwegzusetzen. Auch in der familienrechtlichen Praxis stellt sich oft die Frage, unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, zur Ermittlung familienrechtlicher Ansprüche diese Trennung zwischen natürlicher Person und Kapitalgesellschaft zu durchbrechen und auf die dahinterstehenden Kapitalgesellschaften durchzugreifen. Diese Arbeit untersucht die verschiedenen Facetten und Anwendungsbereiche des Durchgriffs im Familienrecht, analysiert die rechtlichen Grundlagen sowie die einschlägige Rechtsprechung und beleuchtet die praktischen Implikationen für alle Betroffenen. Ziel ist es, ein umfassendes Verständnis für die rechtlichen Mechanismen und deren Auswirkungen im Kontext familiärer Beziehungen zu vermitteln. 1.1

Dazu werden zunächst in einem ersten Grundlagenteil die wichtigsten Begrifflichkeiten geklärt.³ Danach sind die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen wie das Trennungsprinzip zu erläutern, welche Arten von Durchgriffen unterschieden werden und was deren dogmatische Begründungen sind.⁴ 1.2

Ausgehend von den erläuterten dogmatischen Grundlagen werden die beiden wichtigsten familienrechtlichen Anwendungsfälle des Durchgriffs dargestellt. Der erste grosse familienrechtliche Anwendungsfall eines Durchgriffs bildet die Berechnung des massgeblichen familienrechtlichen Unterhalts. Es stellt sich namentlich die Frage, unter welchen Umständen und in welcher Höhe der Gewinn einer Kapitalgesellschaft die 1.3

² In dieser Arbeit wird der Fokus auf die Rechtsformen AG und GmbH gelegt. Andere Gebilde wie Trusts und Stiftungen werden nicht weiter behandelt.

³ Vgl. Kapitel 2.

⁴ Vgl. Kapitel 3.

– Kapitel 1: Einleitung und Gegenstand der Arbeit –

Leistungsfähigkeit der familienrechtlichen Parteien beeinflusst.⁵ Der zweite Hauptanwendungsfall des Durchgriffs im Familienrecht ist der Mit-einbezug der Kapitalgesellschaft und deren thesaurierten Gewinne in der güterrechtlichen Auseinandersetzung.⁶

1.4

Nachdem die dargestellten familienrechtlichen Anwendungsfälle des Durchgriffs auch diverse Folgefragen aufwerfen, werden im Anschluss auch diese beleuchtet. So ist zunächst nach den prozessualen Instrumenten zur Geltendmachung eines Durchgriffs zu fragen.⁷ Die Problematik des Durchgriffs im Familienrecht ergibt sich aber auch, wenn familienrechtliche Forderungen gegenüber einer natürlichen Person vollstreckt werden sollen, diese aber ihr Haupteinkommen aus einer beherrschten juristischen Person bezieht.⁸ Zuletzt wird dann noch die Frage beantwortet, inwiefern die gesetzlichen Folgen eines Durchgriffs im Familienrecht vertraglich modifiziert werden können.⁹ Am Ende sind die Ergebnisse kurz zusammengefasst darzustellen.¹⁰

⁵ Vgl. Kapitel 4.

⁶ Vgl. Kapitel 5. Dabei wird vom Normalfall der Errungenschaftsbeteiligung ausgegangen. Die anderen Güterstände bilden nicht Teil dieser Arbeit.

⁷ Vgl. Kapitel 6.

⁸ Vgl. Kapitel 7.

⁹ Vgl. Kapitel 8.

¹⁰ Vgl. Kapitel 9.

Kapitel 2 Begrifflichkeiten

Zu Beginn dieser Arbeit ist es notwendig, einige Begriffe zu klären, die im Folgenden regelmässig verwendet werden: 2.1

Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist eine *Gesellschaft* «die vertragliche Verbindung von zwei oder mehr Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln». Der Begriff Gesellschaft umfasst sowohl Rechtsgemeinschaften (einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft) als auch Körperschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft und Verein). Rechtsgemeinschaften und Körperschaften unterscheiden sich unter anderem dadurch, dass letztere eine eigene Rechtspersönlichkeit haben.¹¹ Gesellschaften grenzen sich insbesondere von Vermögenszusammenfassungen wie Stiftungen und Anlagefonds ab, die nicht auf einem Zusammenschluss von Personen beruhen.¹² 2.2

Zu den *Personengesellschaften* zählen die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. Diese unterscheiden sich von den Kapitalgesellschaften dadurch, dass die Mitglieder grundsätzlich¹³ und zumindest subsidiär persönlich für die Verbindlichkeiten der Personengesellschaft haften (vgl. insbesondere Art. 544 Abs. 3 OR, 2.3

¹¹ OGer ZH NP180032 vom 27. Mai 2019 E. 4; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 2, N. 26; ELMIGER, S. 82; FELLMANN, Rechtsfragen, S. 114 f.; FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, N. 143; GERMANN, N. 5 ff.; HANDSCHIN/ZELLWEGE-GUTKNECHT/BADER, S. 4; ZK AG I-JUNG, Vor Art. 620, N. 164 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 4 ff.; RIEMER, 1. Kapitel, N. 37 ff.; SANWALD, S. 15; WEBER, SPR II/4, S. 58.

¹² FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, N. 18; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 80, N. 2; CHK OR-JUNG, Art. 530, N. 3; KUNZ, Wirtschaftsrecht, N. 8; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1, N. 6 ff.; RIEMER, 1. Kapitel, N. 21; RUEDIN, N. 546; SANWALD, S. 10; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 17, N. 3.

¹³ Davon ausgenommen sind die Kommanditäre gemäss Art. 608 Abs. 1 OR.

– Kapitel 2: Begrifflichkeiten –

Art. 568 OR und Art. 604 OR).¹⁴ Zudem besitzt die Personengesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit.¹⁵

2.4

Kapitalgesellschaften, zu denen die vorliegend zu untersuchenden AG und GmbH¹⁶ zählen, zeichnen sich dadurch aus, dass nur das Geschäftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Das finanzielle Risiko der Gesellschafter und Anteilseigner ist somit auf das Gesellschaftskapital beschränkt (vgl. insbesondere Art. 620 Abs. 1 OR und Art. 772 Abs. 1 OR).¹⁷ Kapitalgesellschaften haben eine eigene Rechtspersönlichkeit und zählen zu den juristischen Personen.¹⁸

¹⁴ Für die einfache Gesellschaft: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 4, N. 47 ff.; FELLMANN/MÜLLER, Art. 544, N. 112 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 544, N. 44 f.; BSK OR II-VOGT, Art. 544, N. 67; für die Kollektivgesellschaft, wo die Gesellschafter subsidiär haften: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 5, N. 40 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 568, N. 7 ff.; SHK OR-KRAUSKOPF/GIRÓN, Art. 568, N. 2; BSK OR II-VOGT, Art. 568, N. 1; für den Komplementär der Kommanditgesellschaft: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 6, N. 32 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 604, N. 2; SHK OR-KRAUSKOPF/GIRÓN, Art. 604, N. 2; BSK OR II-VOGT, Art. 604, N. 1.

¹⁵ BGE 95 II 547 E. 2; ELMIGER, S. 82; FELLMANN, Rechtsfragen, S. 115; FELLMANN/MÜLLER, Vor Art. 530, N. 76; HASLER, S. 13 (mit einer vertieften Auseinandersetzung mit der Dogmatik); KUNZ, Wirtschaftsrecht, N. 34; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 89 ff.; PATRY/VON STEIGER, S. 290 und Fn. 30; SANWALD, S. 57; WEBER, SPR II/4, S. 58.

¹⁶ Die Kommandit-AG wird mangels Relevanz nicht weiter behandelt.

¹⁷ Für die AG: BÖCKLI, Aktienrecht, § 7, N. 28; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 10; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 369 ff.; BK AG-JUTZI/HERZOG, § 2, N. 7; für die GmbH: HANDSCHIN/TRUNIGER, § 1, N. 2; BSK OR II-HASLER/HÄUSERMANN/GÖBEL, Art. 772, N. 17. Im Allgemeinen: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 9 ff.; detailliert zum Trennungsprinzip vgl. auch Kapitel 3.2.

¹⁸ Für die AG: BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 11; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 15; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 1; VON DER CRONE, N. 36; für die GmbH: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 15 und § 18, N. 1; HANDSCHIN/TRUNIGER, § 1, N. 2; BSK OR II-

– Kapitel 2: Begrifflichkeiten –

Im Unterschied zu den Gesellschaften ist ein *Einzelunternehmen* eine einzelne natürliche Person, die ein Gewerbe betreibt. Das Einzelunternehmen hat keine eigene Rechtspersönlichkeit; die Inhaberin oder der Inhaber ist die Rechtsträgerin bzw. der Rechtsträger des Unternehmens.¹⁹ Gemäss Art. 931 Abs. 1 OR muss sich ein Einzelunternehmen grundsätzlich ab einem jährlichen Umsatz von Fr. 100'000.00 im Handelsregister eintragen lassen. 2.5

Ein *Unternehmen* ist eine Zusammenfassung bzw. funktionale Einheit von wirtschaftlichen Mitteln (Personen- und Sachmittel), die von einer einheitlichen Leitung eingesetzt werden und auf Wertschöpfung ausgerichtet sind.²⁰ Im Unterschied zur Gesellschaft ist das Unternehmen keine Rechtseinheit, sondern eine betriebswirtschaftliche Struktur. Die Rechtsträger des Unternehmens sind eine oder mehrere juristische und/oder natürliche Personen.²¹ 2.6

HASLER/HÄUSERMANN/GÖBEL, Art. 772, N. 8. Im Allgemeinen: JUNG, Kapitalgesellschaften, S. 79; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 9 ff.; vgl. auch Kapitel 3.2.

¹⁹ BGE 74 II 224 E. 2; CJ GE ACJC/1476/2014 vom 18. November 2014 E. 6.1.3; HGer ZH HG150151 vom 5. August 2015 E. 2.16; BSK OR II-ECKERT/ENZLER, Art. 931, N. 1; HASLER, S. 61 f.; JÖRG, S. 79 f.; ZKAG I-JUNG, Art. 625, N. 31; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 26, N. 2 ff.; SIFFERT, Art. 931, N. 6 ff.

²⁰ BECEREN, S. 13; BK AG-BRÄNDLI/PETER, § 16, N. 3 f.; CAFLISCH, S. 53; DRUEY, Konzernrecht, N. 65; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N. 52 ff.; EITEL, Reformen, S. 27 ff.; HENNINGER, N. 28 ff.; HURNI, S. 90 f.; JÖRG, S. 85; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N. 2 ff.; REHBINDER, Konzernausserrecht, S. 72; SCHÖN, S. 11; VON STEIGER, S. 3; ZOLLINGER, N. 460 ff. (mit den ausführlichen Erläuterungen, dass je Rechtsgebiet unterschiedliche Unternehmensbegriffe verwendet werden, im Kernbereich aber immer eine wirtschaftliche Anknüpfung stattfindet); ZÜRCHER, S. 133.

²¹ BEYELER, S. 6; DRUEY, Aktienrecht, S. 27 f.; DRUEY, Konzerntransparenz, S. 1031; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N. 56 ff.; EITEL, Reformen, S. 27 ff.; HENNINGER, N. 28 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N. 2;

Gemäss Art. 2 lit. a HRegV betreibt ein *Gewerbe*, wer «eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit» ausübt. Nach der h.L. wird das Gewerbe auch als juristische Erfassung des Unternehmens bezeichnet.²²

SCHENKER, Unternehmenskauf, S. 19 ff.; STEININGER, S. 76; TANNÒ, Fn. 50; ZOLLINGER, N. 557 ff.

²² BGer 4A_97/2016 vom 11. August 2016 E. 2.3; DRUEY, Aktienrecht, S. 26; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N. 71; EITEL, Reformen, S. 27 ff.; HENNINGER, N. 28 ff.; HURNI, S. 90; JÖRG, S. 84 f.; JUNGO, Planung, S. 14 f. (einzig mit dem Hinweis, dass das Gewerbe im Unterschied zum Unternehmen auch noch Beteiligungen an «Unternehmen» beinhaltet); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4, N. 39; PERRET, S. 7 ff.; ZOLLINGER, N. 411.

Kapitel 3 Dogmatische Grundlagen

3.1 Überblick

Im Schweizer Recht gilt der Grundsatz, dass Kapitalgesellschaften als juristische Personen eigenständig und unabhängig von ihren Gesellschaftern sind (*Trennungsprinzip*).²³ Die Tragweite dieser Trennung ist zunächst zu erläutern.²⁴ Diese Unabhängigkeit der Kapitalgesellschaft gilt nicht absolut. Es gibt Fälle, in denen durch einen sogenannten Durchgriff in die rechtliche Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft eingegriffen wird. Der «klassische» Durchgriff bedeutet, dass die Kapitalgesellschaft für die Schulden des Gesellschafters haftbar gemacht wird und umgekehrt. Dies wird als *echter (Haftungs-)Durchgriff* bezeichnet.²⁵ Daneben gibt es Fälle, in denen Rechtsfolgen weiterhin beim Gesellschafter der Kapitalgesellschaft eintreten, jedoch Sachverhalte der Kapitalgesellschaft zur Rechtsanwendung beim Gesellschafter herangezogen werden (und umgekehrt). Dies wird ein *unechter (Zurechnungs-)Durchgriff* genannt.²⁶

3.1

3.2 Trennungsprinzip

Gemäss dem in Art. 53 ZGB statuierten Grundsatz sind juristische Personen aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben. Das bedeutet, dass juristische Personen – gleich wie natürliche Personen – eigenständige Träger von Rechten und Pflichten sind.²⁷ Die juristische Person ist sowohl gegenüber

3.2

²³ Vgl. Kapitel 2.

²⁴ Vgl. Kapitel 3.2.

²⁵ Vgl. Kapitel 3.3.

²⁶ Vgl. Kapitel 3.4.

²⁷ Vgl. Kapitel 2; ferner: BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 55 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N. 12 ff.; EGGEL, Fn. 529; GERMANN, N. 6 f.; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Vor Art. 52-59, N. 2 f.; KÄLIN, S. 5; CHK ZGB I-

ihren Funktionsträgern als auch von ihren Anteilseignern (insbesondere vermögensmässig) getrennt und bildet ein eigenes, unabhängiges Rechtssubjekt (sog. *Trennungsprinzip*).²⁸ Die Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft bleibt auch dann bestehen, wenn deren Interessen wirtschaftlich identisch mit denen ihrer Gesellschafter sind, z.B. bei Einpersonenkapitalgesellschaften.²⁹ Diese rechtliche Selbständigkeit und das Trennungsprinzip gelten somit auch für Konzerngesellschaften und Alleinaktionäre.³⁰ Weiter kann die Kapitalgesellschaft mit ihren Anteilseignern Rechtsgeschäfte abschliessen und gegenseitige Ansprüche geltend machen.³¹

NIGGLI, Art. 53, N. 1; NOBEL, S. 1235 f.; RIEMER, Art. 52, N. 1; VON DER CRONE, N. 43 f. und 2274 ff.; CR CC I-XOUDIS, Intro. art. 52, N. 3.

²⁸ BGE 137 III 550 E. 2.3.1; 138 III 755 E. 8.3; DENNLER, S. 6 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 39; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 115; KOBIEFSKI, S. 122 ff.; KUNZ, Konzernrecht, N. 240; DERS., Tätigkeiten, S. 126; DERS., Wirtschaftsrecht, N. 240; BK AG-NOBEL, § 10, N. 77; WICK, S. 2 ff.

²⁹ BGE 117 IV 259 E. 3.b; 141 IV 104 E. 3.1 f.; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11, N. 98; CAFLISCH, S. 247 f.; FEUZ, N. 272 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 39; GÄCHTER, S. 99; GERMANN, N. 389 ff.; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 116; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 63; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 17 ff.; SCHUMACHER, S. 240; SETHE, S. 444.

³⁰ BGE 138 III 775 E. 8.3; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 58; BRÄM, Art. 164, N. 40; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 39; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 115; KUNZ, Wirtschaftsrecht, N. 197; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 17 ff.; SCHOTT, S. 235; SOMMER, S. 294 f.; VON DER CRONE, N. 2219.

³¹ Wobei je nach Konstellation spezielle Regeln zur Anwendung kommen (vgl. Art. 718b OR). Ebenfalls ist diesbezüglich die Treuepflicht der Organe der Kapitalgesellschaft zu beachten: BÖCKLI, Aktienrecht, § 9, N. 722 ff.; FEUZ, N. 265 und Fn. 1510; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 42; HANDSCHIN/TRUNIGER, Fn. 341; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 122; KUNZ, Konzernverträge, S. 173; DERS., Konzernrecht, N. 611; SANWALD, S. 75.

– Kapitel 3: Dogmatische Grundlagen –

Die soeben erwähnte juristische Eigenständigkeit wirkt sich vermögensmässig im Kern so aus, dass die juristische Person einzig mit ihrem Geschäftsvermögen für ihre Verbindlichkeiten haftet und deren Gesellschafter grundsätzlich nicht für Schulden der juristischen Person belangt werden können.³² Die nämliche Haftungsbeschränkung bedeutet im Umkehrschluss auch, dass die juristische Person vermögensfähig ist und ihr Vermögen von demjenigen ihrer Gesellschafter getrennt ist. Die juristische Person ist kein «zweites Portemonnaie» der Gesellschafter; nur sie selbst kann über ihr Vermögen verfügen.³³

Das Trennungsprinzip besagt weiter, dass bei der Rechtsanwendung nur die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft berücksichtigt werden und diejenigen der Gesellschafter grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.³⁴

Diese Trennung kann nur in Ausnahmefällen mittels eines Durchgriffs aufgehoben bzw. eingeschränkt werden.³⁵ Hierbei ist zwischen echtem

³² Vgl. Kapitel 2. Zur Durchbrechung mittels eines Haftungsdurchgriffs vgl. Kapitel 3.3.

³³ BGE 92 II 160 E. 1; 117 IV 259 E. 4; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11, N. 98; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1, N. 21 ff.; HANDSCHIN/TRUNIGER, § 5, N. 14; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 53, N. 1 und 6; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 296 f.; JUNG, Relativierung, S. 896; SOMMER, S. 294; VON GREYERZ, S. 52 f.; WENDT, S. 22.

³⁴ OGer SO ZKBER.2018.82 vom 23. April 2019 E. ii.5.2; ABEGGLEN, S. 8 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 7, N. 125; FOURNIER, N. 1058; HASLEBACHER, N. 261 ff. und 322; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 125; DERS., Relativierung, S. 903; KUNZ, Konzernrecht, N. 250; DERS., Wirtschaftsrecht, N. 248 ff. Zur Relativierung dieses Grundsatzes mittels eines (unechten) Zurechnungsdurchgriffs vgl. Kapitel 3.4.

³⁵ BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS/GOHARI, Art. 794, N. 4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 55; DENNLER, S. 24 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 20; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 64; Kuko OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, Art. 625, N. 2; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 115 ff.; KEHL, S. 4; KOBIERSKI, S. 190; KUNZ, Konzernverträge, S. 173; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 63; NOBEL,

(Haftungs-)Durchgriff³⁶ und unechtem (Zurechnungs-)Durchgriff³⁷ zu unterscheiden. Dies wird im Folgenden näher erläutert.

3.3 Echter Durchgriff

3.3.1 Voraussetzungen

- 3.6 Bei einem echten Durchgriff wird die formale Trennung³⁸ zwischen zwei (natürlichen oder juristischen) Personen aufgehoben, wenn die Berufung auf die Dualität zweier Personen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich³⁹ ist und eine wirtschaftliche Identität zwischen den

Aktienrecht, § 4, N. 278; SETHE/LÜTOLF, S. 213; VON DER CRONE, N. 2274; WEBER, SPR II/4, S. 102 f.

³⁶ Vgl. Kapitel 3.3.

³⁷ Vgl. Kapitel 3.4.

³⁸ Vgl. Kapitel 3.2.

³⁹ BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS/GOHARI, Art. 794, N. 6; BÖCKLI, Aktienrecht, N. 456 ff.; CR CO II-CHAPPUIS/JACCARD, art. 794, N. 16; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 259; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 218 ff.; KOBIEFSKI, S. 112 f.; KOLLER, S. 21 f.; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 52b; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, N. 63 ff.; SETHE/LÜTOLF, S. 214 f.; VON DER CRONE, N. 2287 ff.

Personen besteht.⁴⁰ Diese Begriffe⁴¹ und die Folgen eines Durchgriffs⁴² sind sogleich zu erläutern.

3.3.2 Wirtschaftliche Identität

Eine *wirtschaftliche Identität*⁴³ liegt vor, wenn mehrere (natürliche oder juristische) Personen dieselben wirtschaftlichen Ziele verfolgen und unter einheitlicher Leitung stehen.⁴⁴ Letzteres setzt voraus, dass eine Person

3.7

⁴⁰ BGE 144 III 541 E. 8.3.1 und 8.3.2 mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung; dem Entscheid «Lehrbuchcharakter» attestierend: WALTHER, S. 184; ähnlich: BREITSCHMID, S. 1014 (der explizit darauf hinweist, dass eine wirtschaftliche Identität für sich alleine noch nicht für die Annahme eines Durchgriffs ausreicht); CR CC I-CHAPPUIS, art. 2, N. 45; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 47 ff.; Kuko OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, Vor Art. 620-625, N. 19; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 256 ff.; BSK ZGB I-JAKOB, Art. 52, N. 9; KOLLER, S. 20 ff.; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 52 ff.; MONSCH/VON DER CRONE, S. 449; BSK ZGB I-REITZE, Vor Art. 52-59, N. 7; RIEMER, Art. 52, N. 32; SETHE/LÜTOLF, S. 213; STURNY/MARTIUS, S. 103 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 15, N. 12; CR CC I-XOUDIS, Intro. art. 52-59, N. 12.

⁴¹ Vgl. Kapitel 3.3.2 und 3.3.3.

⁴² Vgl. Kapitel 3.3.4.

⁴³ JUNG weist zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung und Lehre von «wirtschaftlicher Identität» schreiben, aber auch ähnliche Begrifflichkeiten wie «wirtschaftliche Einheit» oder «Einheit der wirtschaftlichen Interessen» verwendet werden, ohne dass damit etwas anderes gemeint ist (ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 209; ähnlich KOLLER, S. 21; MONSCH/VON DER CRONE, S. 448 und 452 ff.; VON DER CRONE, N. 2278). Nicht einverstanden mit dem Begriff «Identität» sind DRUEY/VOGEL, die argumentieren, dass eine juristische Einheit nur selten nicht als solche in Erscheinung trete (DRUEY/VOGEL, S. 71).

⁴⁴ BEYELER, S. 4 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N. 109; DRUEY/VOGEL, S. 5 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, N. 8; HANDSCHIN, Konzern, S. 30; HANDSCHIN/TRUNIGER, § 27, N. 3; HASLEBACHER, N. 185 ff.; JÖRG,

die Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft kontrolliert und eine Finanzverantwortung hat; ein reiner «Anlagegesellschafter» kommt deshalb für einen Durchgriff nicht in Frage.⁴⁵ Begründet wird dies damit, dass eine Haftung immer auch eine gewisse Kontrolle voraussetzt und die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile durch eine zu weitgehende Durchgriffshaftung eingeschränkt würde.⁴⁶

- 3.8 Eine einheitliche Leitung wird normalerweise durch eine mindestens überhäufige Beteiligung am Kapital oder an den Stimmrechten (im Falle von Stimmrechtsaktien) erreicht.⁴⁷ In bestimmten Fällen reicht auch eine grössere Minderheitsbeteiligung aus, wenn zusätzliche Elemente wie ein gestreutes Aktionariat oder eine Stimmenmehrheit im Verwaltungsrat hinzukommen. Die einheitliche Leitung kann auch durch vertragliche, freundschaftliche, verwandtschaftliche oder familiäre Verflechtungen begründet werden.⁴⁸ Die Zulässigkeit, Dauer und Spontanität (geplant oder nicht) der

Entwicklungen, S. 30; RUBLI, S. 26 ff.; SOMMER, S. 302; VON DER CRONE, N. 2127 ff.; ZOLLINGER, N. 430 ff. Näheres zu diesen Kriterien vgl. sogleich.

⁴⁵ BGE 71 II 275 f.; 145 III 351 E. 4.3.2; BAUMANN, Fn. 1034; BEYELER, S. 118 f.; DRUEY/VOGEL, S. 79 («Einfluss nehmende Person»); ERK, S. 156; GERMANN, N. 399; GRONER, Aktionär, S. 4 f.; HASLEBACHER, N. 216; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 225; KOBIERSKI, S. 169; VON BÜREN, S. 640 f. (der gleichzeitig ausführt, dass eine Mehrheitsbeteiligung ohne einheitliche Leitung eine reine Holdingstruktur darstelle); WICK, S. 8.

⁴⁶ GRONER, Aktionär, S. 3; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 371 (mit dem gleichzeitigen Hinweis auf die deutsche Lehre); MONSCH/VON DER CRONE, S. 455.

⁴⁷ Böckli, Aktienrecht, § 7, N. 4 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 60, N. 8; Harder Schuler, S. 47; Haslebacher, N. 226; Monsch/von der Crone, S. 453; Rouiller/Bauen/Bernet/Lassere Rouiller, N. 649; Sommer, S. 301 f.; Steinger, S. 211; von der Crone, N. 2146 ff.; von Planta, S. 9.

⁴⁸ BGer 5A_160/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 5.2.1, wonach eine Beteiligung von 40 % für sich noch nicht für eine wirtschaftliche Identität ausreicht, sondern zusätzliche Elemente (z.B. einziger Verwaltungsrat der fraglichen Kapitalgesellschaft zu sein) dazutreten müssen; DRUEY/VOGEL, S. 50; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, N. 8; KUNZ, Wirtschaftsrecht,

nämlichen Beziehung ist irrelevant.⁴⁹ Vereinzelt wird sogar eine Sperrminorität zur Begründung einer wirtschaftlichen Identität als ausreichend betrachtet.⁵⁰ Indessen gehen die Meinungen in der Lehre auseinander, ob auf die effektive Leitung (Leitungsprinzip)⁵¹ oder die reine Möglichkeit zur einheitlichen Leitung – beispielsweise aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung oder anderer Einflussmöglichkeiten – (Kontrollprinzip)⁵² abzustellen ist.⁵³ Unabhängig davon, welcher Theorie gefolgt wird, besteht bei

N. 193 f.; RUBLI, S. 11 f.; STEININGER, S. 211; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N. 1558.

⁴⁹ BGE 144 III 541 E. 8.3.2; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; AMONN/WALTHER, § 51, N. 7; EGLE, Fn. 1044; GRONER, Aktionär, S. 4 f.; KOLLER, S. 24; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 52a; MONSCH/VON DER CRONE, S. 448; SETHE/LÜTOLF, S. 213; VON DER CRONE, N. 2278; einschränkend WICK, S. 14, der familiäre, verwandtschaftliche und freundschaftliche Beziehungen nur als verstärkend einordnet, diese jedoch für sich alleine keine wirtschaftliche Identität begründen können.

⁵⁰ KOBIERSKI, S. 169.

⁵¹ HGer ZH HG110023 vom 26. November 2012 E. iii.4.5.2a; BRAND, N. 81 ff. und 199 ff.; BK AG-BRÄNDLI/PETER, § 16, N. 25; BÜHLER, FN. 7; DENNLER, S. 34 f.; DRUEY/VOGEL, S. 71; FOURNIER, N. 1026; RUBLI, S. 27 ff.; VON BÜREN, S. 641; VON PLANTA, S. 9 ff.; ZOLLINGER, N. 506.

⁵² ALBERS-SCHÖNBERG, S. 33 f.; BOSMAN, S. 52; DRUEY, Leitungsrecht, Fn. 5; EGLE, Fn. 1644 m.H.a. BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.4 (dem sich aber nichts Spezifisches entnehmen lässt); HANDSCHIN, Konzern, S. 42 ff. sowie 109; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 209; KUNZ, Minderheitenschutz, § 14, N. 16; MONSCH/VON DER CRONE, S. 448 und 452 ff.; VON DER CRONE, N. 2278.

⁵³ Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich die Theorien im Ergebnis nicht massgeblich unterscheiden, da wohl kaum ein beherrschender Gesellschafter eine Beherrschungsmöglichkeit ungenutzt lässt und die Kapitalgesellschaft sich selbst überlässt (BRAND, N. 87; DRUEY, Leitungsrecht, S. 3; HANDSCHIN, Konzern, S. 31; HASLEBACHER, N. 246 ff.; BK AG-NOBEL, § 10, N. 20).

Einmann-Kapitalgesellschaften typischerweise eine wirtschaftliche Identität zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter.⁵⁴ Ebenso besteht normalerweise eine wirtschaftliche Identität, wenn mehrere Personen an einer Kapitalgesellschaft beteiligt sind und ein Hauptgesellschafter⁵⁵ einen beherrschenden Einfluss ausübt.⁵⁶

- 3.9 Auf das, was eine einheitliche Leitung im Familienrecht bedeutet, wird insbesondere in Kapitel 4.3 und 5.2.4 zurückzukommen sein.

3.3.3 Rechtsmissbrauch

- 3.10 Neben der wirtschaftlichen Identität erfordert der Durchgriff nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre einen

⁵⁴ Kuko OR-BERNADONI, Art. 775, N. 9; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 51; DRUEY/VOGEL, S. 69; GERMANN, N. 399; LANZ, S. 86; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24, N. 31; NOBEL, S. 1235 f.; Kuko OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, Art. 625, N. 2; SOMMER, S. 296. Zur Einmangesellschaft beachte insbesondere BGE 149 III 145 E. 4.3.3, wo beschrieben wird, dass im Falle einer Einmann-Kapitalgesellschaft die Dualität von Kapitalgesellschaft und Gesellschafter eine juristische Fiktion sei, die den realen Gegebenheiten in keiner Weise entspreche und daher von einem Haftungsdurchgriff durchbrochen werden könne.

⁵⁵ Von einem Hauptgesellschafter (oder einer quasi-Einmangesellschaft) wird dann ausgegangen, wenn dieser zwar nicht alleiniger Anteilseigner ist, trotzdem aber die Kapitalgesellschaft beherrscht (BGE 71 II 275 f.; 72 II 67 E. 3.c, 81 II 455 E. 2.a; 92 II 160 E. 1 f.; 96 II 439 E. 2; 122 III 195; HGer ZH vom 17. Februar 2005, in: ZR 104/2005, S. 257 ff. E. 4.3; FLÜGE, S. 235 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 28; ZK AG I-JUNG, Art. 625, N. 117; SCHÖNLE, S. 15 ff.; SCHUCANY, S. 34; SOMMER, S. 291).

⁵⁶ BGE 149 III 145 E. 4.3.3; BGer 4C.381/2001 vom 2. Mai 2002 E. 3.a; 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 4.3.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 55, 76 und 78; GERMANN, N. 399; GRONER, Aktionär, S. 4 f.; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 256; SCHUMACHER, S. 242; VON PLANTA, S. 140.

*Rechtsmissbrauch*⁵⁷ gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB.⁵⁸ Auch wenn eine abschliessende Definition des Rechtsmissbrauchs wegen seines Ausnahmeharakters⁵⁹ nur schwer möglich ist, verbietet das Rechtsmissbrauchsverbot die Anwendung des formellen Rechts im Einzelfall nur dann, wenn das Ergebnis offensichtlich gegen grundlegende rechtlich geschützte

⁵⁷ In französischsprachigen Urteilen erwähnt das Bundesgericht jeweils, dass alternativ zum Rechtsmissbrauch auch die Verletzung legitimer Interessen Dritter zum Durchgriff führen könne (BGer 5A_506/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.2.2; 4A_155/2017 vom 12. Oktober 2017 E. 5.1; 4A_379/2018 vom 3. April 2019 E. 4.1; 4A_600/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.1; 4A_85/2021 vom 8. Juli 2021 E. 5.3; 4A_341/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 7.1; 5A_819/2022 vom 10. Oktober 2023 E. 4.2; zur Kenntnis nehmend: ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 211; PRAZ, N. 162). LANZ weist richtigerweise darauf hin, dass dies jeweils [für die Haftung] nur eine leere Floskel sei (LANZ, S. 90 f.). Wie noch zu zeigen sein wird (Kapitel 4.2.6), meint das Bundesgericht mit der erwähnten Wendung den Zurechnungsdurchgriff, für den gerade kein Rechtsmissbrauch verlangt wird (im erbrechtlichen Kontext: BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER/TELLENBACH, S. 1413; EITEL/HORAT, S. 327; KOLLER, Erbteilung, S. 773).

⁵⁸ Vgl. Kapitel 3.3.1; BGE 144 III 541 E. 8.3 und 8.4; 145 III 351 E. 4.2; 149 III 145 E. 4.3.3; BGer 5A_342/2020 vom 4. März 2021 E.4.1; DENNLER, S. 36 f.; DRUEY/VOGEL, S. 61; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 256 und 258; KOBIERSKI, S. 111 f.; KOLLER, S. 24 f.; CR CO II-LOMBARDINI/BRAIDI, art. 620, N. 7; MONSCH/VON DER CRONE, S. 448; VON DER CRONE, N. 2289; a.A. DESCHENAUX, S. 164 f.; VON PLANTA, S. 155 f., welche den Durchgriff als reines Problem der Auslegung der Vorschriften über die juristischen Personen sehen (zur ähnlichen Innentheorie vgl. sogleich Fn. 61); ebenso LANZ, S. 100 ff., der von einer Normanwendungstheorie ausgeht, wonach in deren Rahmen die jeweilige Sach- oder Haftungsnorm dahingehend ausgelegt werden muss, ob die Dualität von juristischer Person mitgemeint ist oder nicht [damit meint er wohl den Zurechnungsdurchgriff; vgl. Kapitel 3.4].

⁵⁹ So insbesondere CJ GE ACJC/1007/2022 vom 20. Juli 2022 E. 5.1.2; AUBERT, S. 13; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 24; WAGEN, S. 11.

Werte und die Absicht des Gesetzgebers verstösst.⁶⁰ Gemäss der in der Schweiz vorherrschenden Aussentheorie bildet das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Schranke der Rechtsausübung und wirkt normberichtigend.⁶¹ Die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots

⁶⁰ BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER/TELLENBACH, S. 112 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 41 und 52; KOLLER, S. 24 f.; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 24; CHK ZGB I-MIDDENDORFER, Art. 2, N. 15; Kuko ZGB-PFAFFINGER, Art. 2, N. 9; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2, N. 1 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 6, N. 15 ff.

⁶¹ Die *Aussentheorie* geht davon aus, dass das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB einen eigenen normberichtigenden Anwendungsbereich hat, während dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB lediglich interpretative und ergänzende Funktion zugeschrieben wird. Demnach dient Art. 2 Abs. 1 ZGB nie dazu, einer Norm die Anwendung zu verwehren (vgl. ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 21 ff.; CR CC I-CHAPPUIS, art. 2, N. 5; EGGER, S. 88 f.; GÄCHTER, S. 45 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 6; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 6, N. 13).

Demgegenüber geht die *Innentheorie* davon aus, dass das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB sich nicht vom Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) unterscheidet und das Rechtsmissbrauchsverbot keinen eigenen Anwendungsbereich hat. Vielmehr ist in Fällen, in denen ein nicht vertretbares Auslegungsergebnis einer Norm erzielt wird, die entsprechende Norm soweit teleologisch zu reduzieren, bis das zweckentsprechende Ergebnis erreicht wird. Das Verbot, sich missbräuchlich zu verhalten, ist jeder einzelnen Norm per se innewohnend und es bedarf keiner zusätzlichen Norm mehr, welche dies bestimmt (DESCHENAUX, S. 146 ff.; EGGER, S. 87; GÄCHTER, S. 45 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 59; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N. 13; HUWILER, S. 74 ff.; LANZ, S. 160 ff.; MINNIG, Grundfragen, N. 4.35; MONSCH/VON DER CRONE, S. 449).

Weitere Autoren sehen zwischen Aussen- und Innentheorie keinen Widerspruch, da im Ergebnis gemäss beiden Theorien einem formellen Recht die Durchsetzung versagt wird, das substanziellen Prinzipien der

verlangt stets eine Einzelfallbetrachtung und eine konkrete Rechtsanwendung. Das Rechtsmissbrauchsverbot kann nicht *generell* bestimmten Rechtsnormen die Anwendung versagen.⁶² Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nur subsidiär bzw. als Notbehelf anzuwenden, wenn alle anderen Mittel (insbesondere die Gesetzesauslegung) zu einem Ergebnis führen, das den Grundprinzipien der Rechtsordnung widerspricht.⁶³ Der Rechtsmissbrauch ist nach rein objektiven Kriterien zu beurteilen; auf einen subjektiven Vorsatz oder ein Verschulden kommt es nicht an.⁶⁴

Rechtsordnung zuwiderläuft (BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 25 f.; MINNIG, Grundfragen, N. 4.36).

⁶² ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 244; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 41 und 63 m.H.a. die Rechtsprechung; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 28; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 213; KOBIERSKI, S. 119; LOOSER, § 13, N. 116 ff.; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2, N. 4; WAGEN, N. 70.

⁶³ KGer BL vom 10. Dezember 2019, in: BJM 2021, S. 111 ff. E. AB.b.1; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 14 und 27; DESCHENAUX, S. 154; GÄCHTER, S. 286; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 53; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2, N. 28 und 30; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 208; CHK ZGB I-MIDDENDORFER, Art. 2, N. 1; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2, N. 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 6, N. 13.

⁶⁴ BGE 113 II 31 E. 2.c; HGer ZH HG200195 vom 30. Juni 2022 E. 2.3; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 18, N. 97; GRONER, Aktionär, S. 4 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 48; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 211; LANZ, S. 96; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 6, N. 19.

- 3.11 Bezüglich des echten Durchgriffs hat die Lehre und Rechtsprechung einige Fallgruppen gebildet, bei denen Rechtsmissbrauch typischerweise angenommen wird:
- 3.12 - *Unterkapitalisierung*: Eine offensichtliche Unterkapitalisierung der beherrschten Kapitalgesellschaft wird als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn die Kapitalgesellschaft allein – d.h. ohne Beherrscher – nicht bestehen kann und insofern auf die Finanzierung (mittels Fremdkapital) durch den Beherrscher angewiesen ist. Die Missbräuchlichkeit wird darin gesehen, dass die beherrschte Kapitalgesellschaft ohne Finanzierung durch den Beherrscher nicht in der Lage ist, ihren gesellschaftsrechtlichen Zweck zu erfüllen und es bei einer allfälligen Fremdfinanzierung zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Abwälzung des finanziellen Risikos auf die Gläubiger kommt.⁶⁵
- 3.13 - *Sphären- und Vermögensvermischung*: Eine Sphären- und Vermögensvermischung liegt vor, wenn die Vermögensgegenstände von zwei Personen nicht mehr auseinandergehalten werden können, z.B. wenn die Geschäftsbücher nicht ordentlich geführt werden und dadurch die Zuordnung eines Vermögensgegenstandes erschwert wird. Die Rechtsmissbräuchlichkeit dieser Konstellation wird damit begründet, dass es die Konsequenz der Haftungsbeschränkung einer juristischen Person ist, dass diese zur Wahrung der Interessen ihrer Gläubiger auch auf ihrer vermögensrechtlichen Selbständigkeit bestehen muss.⁶⁶

⁶⁵ BGE 144 III 541 E. 8.3.2; BGer 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; CJ GE ACJC/600/2023 vom 9. Mai 2023 E. 2.2.7; GRONER, Aktionär, S. 5 ff.; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 219 f. (der allerdings auch bemerkt, dass die Gesellschafter keine rechtliche Pflicht trifft, eine Kapitalgesellschaft mit genügend Kapital auszustatten); KOBIERSKI, S. 112 f.; KOLLER, S. 22 f.; LANZ, S. 95; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 259; STOFFEL/SAUTIER, S. 510; VON DER CRONE, N. 2288.

⁶⁶ BGE 102 III 165 E. II.1; BGer 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 5.1; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 5; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11, N. 124; GRONER, Aktionär, S. 5; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 222; KOBIERSKI,

– Kapitel 3: Dogmatische Grundlagen –

- *Instrumentalisierung*: Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn eine juristische Person dazu benutzt wird, statutarische, gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen (z.B. ein Konkurrenzverbot) zu umgehen.⁶⁷ 3.14
- *Institutsmissbrauch*: Es wird zudem die Auffassung vertreten, dass auch die Verfolgung von Sonderinteressen durch eine Kapitalgesellschaft zugunsten ihres Beherrschers und die dadurch bedingte Fremdsteuerung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sei.⁶⁸ 3.15

S. 113; LANZ, S. 95; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 259; MONSCH/VON DER CRONE, S. 457; SCHUMACHER, S. 241; STOFFEL/SAUTIER, S. 510; VON DER CRONE, N. 2289.

⁶⁷ BGE 144 III 541 E. 8.3.6; GRONER, Aktionär, S. 5; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 256; SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N. 128; KOBIERSKI, S. 113; LANZ, S. 95; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 256; TSCHUDI, N. 660; VON DER CRONE, N. 2290 (der gleichzeitig darauf hinweist, dass der Umgehung zunächst mittels extensiver und teleologischer Auslegung zu begegnen ist).

⁶⁸ BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.; 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2.; KGer GR ZK2 2021 43 vom 2. September 2022 E. 3.2.1.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, N. 48; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 224; KOBIERSKI, S. 113; KOLLER, S. 22; LANZ, S. 95; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 620, N. 256; SCHUMACHER, S. 241. VON DER CRONE macht (zu Recht) darauf aufmerksam, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Identität bereits den Aspekt der Verfolgung von Sonderinteressen beinhaltet, weshalb eine erneute Prüfung dieses Aspekts unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs nicht erforderlich ist (VON DER CRONE, N. 2291).

- 3.16 In allen Fällen muss die kontrollierende Person von ihrem eigenen rechtsmissbräuchlichen Verhalten profitieren, da ohne finanzielle Partizipation kein Anreiz bestünde, die Kapitalgesellschaft zu eigenen Zwecken zu missbrauchen.⁶⁹

3.3.4 Rechtsfolgen eines echten Durchgriffs

- 3.17 In der Regel führt die Bejahung eines echten Durchgriffs dazu, dass der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft haftet (*Haftungsdurchgriff*).⁷⁰ Ein umgekehrter Haftungsdurchgriff, bei dem die Kapitalgesellschaft für die Schulden ihres Gesellschafters haftet, erfordert die Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen.⁷¹ In der Lehre und Rechtsprechung werden an einen solchen umgekehrten Haftungsdurchgriff insbesondere deshalb strengere Anforderungen gestellt, weil durch den umgekehrten Haftungsdurchgriff die Rechte von Gläubigern und anderen Gesellschaftern der haftbar gemachten Kapitalgesellschaft tangiert werden.⁷²

⁶⁹ BGE 71 II 275 f. («im eigenen Interesse»); 121 III 319 E. 5.a.aa; BGer 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4.a; ERK, S. 156; GERMANN, N. 399; GRONER, Aktionär, S. 4 f. Die Erforderlichkeit der Verfolgung von Eigeninteressen durch den Beherrscher heraushebend: DRUEY/VOGEL, S. 72; KÄLIN, S. 219; OFK OR-PLÜSS, Art. 620, N. 28.

⁷⁰ BGE 144 III 541 E. 8.3.4; CR CO II-CHAPPUIS/JACCARD, art. 794, N. 16; DENNLER, S. 90 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 68; Kuko OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, Vor Art. 620-625, N. 18; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 227; KEHL, S. 39 ff.; KOBIESKI, S. 177 ff.; KOLLER, S. 20 f.; CR CO II-LOMBARDINI/BRAIDI, art. 620, N. 7.

⁷¹ BGE 145 III 351 E. 4.3.2 und 4.3.3; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 680, N. 64; BLOCH, S. 160; GRONER, Aktionär, S. 4; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 257; ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 232 ff.; KEHL, S. 7; KOBIESKI, S. 35; KOLLER, S. 20; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 52a; CR CO II-LOMBARDINI/BRAIDI, art. 620, N. 10; TSCHUDI, N. 661; VON DER CRONE, N. 2274.

⁷² BGE 85 II 111 E. 3; 145 III 351 E. 4.2; OGer ZH vom 13. April 2004, in: ZR 104/2005, S. 22 ff. E. 13; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 36;

Ein umgekehrter Haftungsdurchgriff kommt nur dann in Betracht, wenn der Schuldner Alleingesellschafter oder Quasi-Alleingesellschafter⁷³ ist⁷⁴ und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt.⁷⁵ Der echte Durchgriff

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 87 ff.; FORSTMOSER/UNTERSANDER, S. 475; GRONER, Aktionär, S. 4; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2, N. 52c; VISCHER, Gesellschafterbindungsverträge, S. 130 f.; kritisch: KOBIERSKI, S. 75 f.

⁷³ Bejaht, als der Aktionär 100 % der Anteile hielt und einziger Gläubiger war (BGE 102 III 165 E. II.3; BGer 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 4.1; AppGer BS AG.2021.607 vom 16. November 2021 E. 2.1); ebenfalls bejaht, als der Aktionär 95 % der Anteile hielt und einziger zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat war (BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 4.1 und 4.2). Ferner KassGer ZH vom 13. Januar 1992, in: ZR 90/1991, S. 276 ff. E. 6 ff. (80 % Anteilsbesitz). Ein umgekehrter Haftungsdurchgriff wurde allerdings auch schon bei 71% Anteilsbesitz abgelehnt (BGE 145 III 351 E. 4.3.2). Offengelassen in BGer 4A_384/2008 vom 9. Dezember 2008 E. 4.3, ob ein umgekehrter Durchgriff auch ohne Aktienbesitz und nur mit einer Kontrolle der Kapitalgesellschaft angenommen werden kann. Zu den Familienstiftungen – die in dieser Dissertation nicht weiter behandelt werden – vgl. BGer 5A_498/2007 und BGer 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.1 und 2.2; OGer OW vom 5. Juli 2007, in: AbR 2006/07, S. 45 ff.

⁷⁴ Im Ergebnis auch KGer GR ZK1 18 36 vom 15. April 2019 E. 9.2, wonach Einkünfte zu Gunsten der beherrschten Kapitalgesellschaft nicht der Schuldneranweisung (vgl. dazu Kapitel 7.3) unterliegen, da diese selbst nicht Unterhaltsschuldnerin ist. Eine wirtschaftliche Identität zwischen Unterhaltsschuldner und beherrschter Kapitalgesellschaft reicht für sich allein nicht aus, um auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft zuzugreifen. Vielmehr müssten die Voraussetzungen für einen umgekehrten Haftungsdurchgriff gegeben sein.

⁷⁵ BGE 132 III 489 E. 3.2; 144 III 541 E. 8.4; 145 III 351 4.2; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.1; 5A_425/2020 vom 15. Dezember 2022 E. 4.3.3; OGer BE ZK 20 547 vom 25. Mai 2021 E. 17; BÖCKLI, Aktienrecht, § 7, N. 58; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 22; EITEL/BIERI, S. 10 (zum Erbrecht); ERK, S. 156; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 52; GRONER, Aktionär, S. 5; HANDSCHIN/TRUNIGER, § 2, N. 12; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2,

aus familienrechtlichen Gesichtspunkten wird insbesondere in den Kapiteln 5.3.10 und 7 relevant werden.

3.4 Zurechnungsdurchgriff (Unechter Durchgriff)

3.4.1 Die deutschen Wurzeln des Zurechnungsdurchgriffs

3.19 Bei dem in Deutschland etablierten Zurechnungsdurchgriff wird «juristischen Personen eine einzelne Zurechnungsposition versagt oder [man] rechnet ihr entgegen dem generellen Zurechnungsverbot das Handeln des Mitglieds im Einzelfall zu oder umgekehrt.»⁷⁶ Ein Zurechnungsdurchgriff ist dann ergänzend, wenn die Rechtsanwendung auch ohne diesen Durchgriff möglich wäre, jedoch aufgrund der entsprechenden Zurechnung ein Resultat erzielt wird, das besser dem Sinn und Zweck der Norm entspricht. Ist eine Zurechnung von bestimmten Umständen für die Rechtsanwendung erforderlich (z.B. Staatsangehörigkeit bei juristischen Personen), liegt ein notwendiger Zurechnungsdurchgriff vor.⁷⁷ Im Folgenden ist die dogmatische Begründung des Zurechnungsdurchgriffs in Deutschland näher zu betrachten.

3.20 Als erster hat sich MÜLLER-FREIENFELS mit dem Zurechnungsdurchgriff auseinandergesetzt. Er argumentierte, dass bevor die juristische Selbstständigkeit⁷⁸ einer juristischen Person wegen Rechtsmissbräuchlichkeit

N. 258; SETHE, S. 451; VOGT, S. 167; VON DER CRONE, N. 2280; WEBER, SPR II/4, S. 193.

⁷⁶ REHBINDER, S. 579 f.; in diesem Sinne: BAYER, N. 12 ff.; BITTER, S. 94 ff.; DAUMKE/KESSLER, S. 248; FISCHER, S. 344; GRIGOLEIT, § 1, N. 35 ff.; HEIDER, N. 52 ff.; JUNG, S. 558; MERKT/SPINDLER, S. 210 f.; RAISER/VEIL, § 39, N. 20. Vgl. im Gegensatz Kapitel 3.2, wonach die ausschliessliche Zurechnung von Sachverhalten einer juristischen Person zu dieser Teil des Trennungsprinzips ist.

⁷⁷ JUNG, S. 558.

⁷⁸ Vgl. Kapitel 3.2.

partiell ausser Acht gelassen werden könne,⁷⁹ anhand des Sinn und Zwecks der entsprechenden Norm ermittelt werden müsse, ob diese überhaupt eine Trennung zwischen juristischer Person und ihren Gesellschaftern vorsehe.⁸⁰ In diesem Kontext sei eine Abwägung vorzunehmen, welche höherwertigen Interessen einer Trennung zwischen juristischer Person und ihren Gesellschaftern entgegenständen, welche Interessen die Norm schütze und wo die Grenzen des vom Gesetzgeber gewollten Gesetzesschutzes lägen. Erst wenn der Sinn und Zweck einer Rechtsnorm überschritten werde, dürfe mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs⁸¹ die juristische Selbständigkeit einer juristischen Person (partiell) aufgehoben werden.⁸²

Ausgehend von diesen Überlegungen wird nach heutiger (deutscher) Lehre ein Zurechnungsdurchgriff damit begründet, dass die juristische Person selbst nur eine Schöpfung der Rechtsordnung ist, weshalb die juristische Person nur insoweit Bestand hat, als es das geltende Recht überhaupt vorsieht.⁸³ Folglich lässt sich die Frage, ob die rechtliche Selbständigkeit einer Kapitalgesellschaft Beachtung findet, nach der Normanwendungstheorie durch eine teleologische Auslegung der einschlägigen Sachnorm beantworten. Die Auslegung gibt Aufschluss darüber, ob die Norm die Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person respektiert oder aber sowohl auf die Verhältnisse bei der Kapitalgesellschaft als auch beim

3.21

⁷⁹ Vgl. Kapitel 3.3.

⁸⁰ Zur Gegenüberstellung der bereits erwähnten Innentheorie (vgl. Fn. 61) und dem Zurechnungsdurchgriff vgl. Kapitel 3.4.3.

⁸¹ Vgl. Kapitel 3.3.3.

⁸² MÜLLER-FREIENFELS, S. 537 ff.; zum Trennungsprinzip vgl. Kapitel 3.2.

⁸³ GRIGOLEIT, § 1, N. 38; JUNG, S. 558; LEHMANN, S. 361 f.; RAISER/VEIL, § 39, N. 5; REHBINDER, S. 582; SCHANZE, S. 103; vgl. auch KUHN, S. 199 ff.; LUTTER, S. 254; MÜLLER-FREIENFELS, S. 530; RITTNER, S. 272 ff.; SCHMIDT, S. 223; die von einer relativen Rechtsfähigkeit der juristischen Person ausgehen.

Gesellschafter abstellt.⁸⁴ Der Zurechnungsdurchgriff stellt folglich keine Ausnahmebestimmung oder einen Notbehelf dar, sondern ist integraler Bestandteil der Rechtsordnung. Er geht über den Einzelfall hinaus und ist folglich generell anwendbar.⁸⁵

3.22 Der Zurechnungsdurchgriff zeichnet sich dadurch aus, dass er nur den Zuordnungs- und Zurechnungsumfang einer Norm erweitert und nicht die Rechtsfolgen ausdehnt, sondern lediglich bestimmte Eigenschaften der Gesellschaft für die Rechtsanwendung auf den Gesellschafter heranzieht.⁸⁶ Da die Grundlage für den Zurechnungsdurchgriff die Gesetzesauslegung bildet, wird dogmatisch nicht von einer Durchbrechung, sondern von einer gesetzlichen Einschränkung des Trennungsprinzips ausgegangen.⁸⁷ Folglich wird der Zurechnungsdurchgriff der Kategorie des unechten Durchgriffs zugeordnet, da im Rahmen dieses Durchgriffs keine fremde Verpflichtung auf einen Dritten ausgedehnt wird.⁸⁸

⁸⁴ COING, S. 1795 f.; EMMERICH, N. 68 und 80 ff.; FASTRICH, N. 10; GRIGOLEIT, § 1, N. 38; JUNG, S. 558; LIEDER, N. 342; MÜLLER-FREIENFELS, S. 531 ff.; RAISER/VEIL, § 39, N. 20; REHBINDER, S. 581 und 586 ff.; SCHANZE, S. 102 ff.; im Ergebnis auch: SCHMIDT, S. 226 ff.

⁸⁵ BITTER, S. 97; COING, S. 1796 f.; EMMERICH, N. 80 ff.; GRIGOLEIT, § 1, N. 37; KÜBLER/ASSMANN, S. 493 f.; MÜLLER-FREIENFELS, S. 535 ff.; RAISER/VEIL, § 39, N. 3 und 5; REHBINDER, S. 581 ff.; SCHMIDT, S. 226 und 228 ff.; vgl. auch LUTTER, S. 250; WINTER, S. 202.

⁸⁶ BITTER, S. 95 ff.; EMMERICH, N. 68; FISCHER, S. 344; JUNG, S. 558 ff.; RAISER/VEIL, § 39, N. 5 ff.; REHBINDER, S. 580 und 586; SCHMIDT, S. 224 ff.; sinngemäss: FASTRICH, N. 15; HEIDER, N. 52; LIEDER, N. 339 ff.

⁸⁷ BITTER, S. 97 f.; COING, S. 1796; EMMERICH, N. 80a; GUSKI, S. 315; SCHMIDT, S. 223; sinngemäss: BAYER, N. 12 ff.; BITTER, S. 97 f.; BORK, S. 257 f.; JUNG, S. 559; REHBINDER, S. 580; WINTER, S. 202 (für die Normanwendungstheorie im Allgemeinen).

⁸⁸ FASTRICH, N. 13; MERKT/SPINDLER, S. 210 f. Die Frage der Terminologie vollständig ignorierend: BAYER, N. 12 ff.; BITTER, S. 94 ff.; COING, S. 1797 (der sogar in Zweifel zieht, ob es sich bei der Normanwendungslehre und damit dem Zurechnungsdurchgriff überhaupt um einen Durchgriff handelt); ähnlich:

Die Zuordnung des Zurechnungsdurchgriffs zur Gesetzesauslegung impliziert jedoch, dass keine allgemein gültigen Kriterien für diesen aufgestellt werden können. Ein solcher kann jedoch regelmässig nur dann vorgenommen werden, wenn Gesellschafter eine erhebliche Beteiligung an der Kapitalgesellschaft halten oder dort einen sonstigen wesentlichen Einfluss ausüben.⁸⁹ Nach JUNG ist jedoch die Zusammenrechnung der Vermögensmassen der Gesellschaft und des Gesellschafters zur Ermittlung der finanziellen Auswirkungen an besonders strenge Voraussetzungen zu knüpfen, da eine solche Zurechnung für den Betroffenen mittelbare finanzielle Nachteile mit sich bringen kann.⁹⁰ Ein Zurechnungsdurchgriff verlangt gemäss der Normanwendungstheorie kein rechtsmissbräuchliches Verhalten.⁹¹

3.23

3.4.2 Die Rezeption in der Schweiz

Aufbauend auf der soeben dargestellten⁹² deutschen Lehre wurde in der schweizer Literatur der Zurechnungsdurchgriff mehrfach (implizit) aufgegriffen. So beschreibt etwa VON DER CRONE eine «durch die äussere Form hindurchdringende»⁹³ teleologische Auslegung einer bestimmten

3.24

BORK, S. 240; EMMERICH, N. 58; JUNG, S. 558 ff.; MÜLLER-FREIENFELS, S. 525 ff.; NIRK, S. 453; RAISER/VEIL, § 39, N. 5 ff.; SCHMIDT, S. 223.

⁸⁹ EMMERICH, N. 68; HEIDER, N. 52 ff.; JUNG, S. 559 f.; LIEDER, N. 343; RAISER/VEIL, § 39, N. 20; REHBINDER, S. 586 ff.; TEUBNER, S. 277 ff.; vgl. auch die Beispiele in BAYER, N. 13 ff.; BITTER, § 13, N. 75 ff.; EMMERICH, N. 69 ff.; MERKT, § 13, N. 365 ff.; SCHMIDT, S. 226 ff. Was das im Familienrecht konkret bedeutet, wird unter Kapitel 4.3 (Unterhalt) und 5.2.4 (Güterrecht) dargelegt.

⁹⁰ JUNG, S. 560 f.

⁹¹ BITTER, S. 94 ff.; DERS., § 13, N. 75; COING, S. 1797; GRIGOLEIT, § 1, N. 38; JUNG, S. 558 ff.; LIEDER, N. 339; LUTTER, S. 250; MERKT/SPINDLER, S. 211; MÜLLER-FREIENFELS, S. 535 ff.; RAISER/VEIL, § 39, N. 20; REHBINDER, S. 583 ff.; SCHMIDT, S. 223 und 226 ff.

⁹² Vgl. Kapitel 3.4.1.

⁹³ VON DER CRONE, N. 2275.

Gesetzesnorm, sodass ein Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht erforderlich ist.⁹⁴ Auch die Anhänger der unter Kapitel 3.3⁹⁵ bereits erwähnten Innentheorie greifen den Zurechnungsdurchgriff vereinzelt auf und beschreiben diesen als das (teleologische) Auslegungsergebnis einer Rechtsnorm. Demnach entspricht es dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm, die rechtliche Eigenständigkeit zwischen einer juristischen Person gegenüber ihren Gesellschaftern⁹⁶ (teilweise) ausser Acht zu lassen. Die angewendete Sachnorm definiert somit selbst, in welchen Fällen das Trennungsprinzip gilt und wann die Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person als (bewussten) gesetzgeberischen Entscheid unberücksichtigt bleibt.⁹⁷ In Konsequenz der fehlenden Grenzziehung zwischen Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern durch eine bestimmte Rechtsnorm ist ein Zurechnungsdurchgriff nicht als Durchbrechung des Trennungsprinzips zu werten. Die Dualität von juristischer Person und ihren Gesellschaftern wird somit nicht im Einzelfall durchbrochen, sondern generell-abstrakt ignoriert.⁹⁸ Ein

⁹⁴ Dies im Unterschied zum echten Durchgriff (vgl. Kapitel 3.3). ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 328 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N. 37; DRUEY/VOGEL, S. 80 und 86 f.; EITEL/BIERI, S. 16; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; VON DER CRONE, N. 2275 f.

⁹⁵ Vgl. Fn. 61.

⁹⁶ Vgl. Kapitel 3.2.

⁹⁷ ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 329; BLOCH/VON DER CRONE, S. 164 f. (die von einer unechten Umgehung schreiben, aber wohl einen unechten Durchgriff meinen); DRUEY, Konzerntransparenz, S. 1084 f.; KOBIEFSKI, S. 125 ff.; MONSCH/VON DER CRONE, S. 450 f.; NOBEL, S. 1235 ff.; STEINAUER, N. 513; VISCHER, S. 1493 und Fn. 99; VOGT/SCHIWOW/WIEDMER, S. 1364 (zum informationsrechtlichen Durchgriff im Konzern); VON DER CRONE, N. 2275 f.; WEBER, SPR II/4, S. 106.

⁹⁸ BALLMER, S. 38; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2, N. 329; DENNLER, S. 54 f. und 102 ff.; DRUEY/VOGEL, S. 87; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 92 ff.; KEHL, S 20 ff.; LOCHER/GIGER/PEDROLI, Einführung zu Art. 49 ff., N. 20.

Zurechnungsdurchgriff liegt ebenfalls vor, wenn die Auslegung eines Vertrags ergibt, dass eine beherrschende Kapitalgesellschaft aufgrund einer Sphärenvermischung mit einer von ihr beherrschten Kapitalgesellschaft selbst Vertragspartei ist.⁹⁹

Für die Kapitel 4-6 dieser Arbeit interessiert der (umgekehrte)¹⁰⁰ ergänzende Zurechnungsdurchgriff. Dieser wird für das Schweizer Recht so umschrieben, dass der Kapitalgesellschaft «bestimmte Umstände ihrer Gesellschafter zu[ge]rechnet und für massgeblich erklärt [werden], obwohl eine Aussage über die Anwendung der betreffenden Regelung aufgrund der rein sachbezogenen Prägung der Tatbestandsmerkmale (...) auch ohne Rückgriff auf die hinter der Gesellschaft stehenden Personen möglich wäre.»¹⁰¹ Ein Zurechnungsdurchgriff verlangt immer eine (unterschiedlich intensive) Beziehung zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter.¹⁰² Da der Zurechnungsdurchgriff aber eine sich im konkreten Fall stellende Auslegungsproblematik ist und keinen Rechtsmissbrauch voraussetzt,¹⁰³ können aber darüber hinaus keine allgemein gültigen Voraussetzungen für diesen aufgestellt werden. Stattdessen ist anhand jeder

3.25

⁹⁹ BGE 137 III 550 E. 2.3.1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N. 55, Fn. 61 und 152; DRUEY/VOGEL, S. 87; MONSCH/VON DER CRONE, S. 455.

¹⁰⁰ Umgekehrt deshalb, weil dem Gesellschafter Aspekte der Kapitalgesellschaft zugerechnet werden. Zum umgekehrten Haftungsdurchgriff vgl. Kapitel 3.3.4.

¹⁰¹ ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 257; ähnlich OGer SO ZKBER.2018.82 vom 23. April 2019 E. ii.5.2; AHRENS, S. 185; BERGT, S. 196; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 72; Kuko OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, Vor 620-625, N. 19; BSK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620, N. 15; PFISTERER, N. 296; WICK, S. 269 f.

¹⁰² ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 247 f., wo statuiert wird, dass ein Zurechnungsdurchgriff stets mindestens eine Sperrminorität voraussetzt. Damit dürfte in den meisten Fällen eine wirtschaftliche Identität (vgl. Kapitel 3.3.2) zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter gemeint sein.

¹⁰³ Vgl. Kapitel 3.4.1.

auszulegenden Rechtsnorm zu ermitteln, ob und unter welchen Voraussetzungen diese die Eigenschaften von juristischen Personen einer natürlichen Person zurechnet.¹⁰⁴

- 3.26 Was das im Familienrecht konkret bedeutet, wird insbesondere in den nachfolgenden Kapiteln 4.3 (Unterhalt) und 5.2.4 (Güterrecht) näher erörtert.

3.4.3 Würdigung des Dargestellten

- 3.27 Bei einer Gegenüberstellung der schweizer Innentheorie¹⁰⁵ und der deutschen Normanwendungstheorie¹⁰⁶ zeigt sich, dass beide Theorien bei der Auslegung einer Norm ansetzen und somit die anfangs beschriebene strenge formelle Trennung zwischen einer juristischen Person und ihren Gesellschaftern¹⁰⁷ aufweichen. Die deutsche Normanwendungstheorie unterscheidet sich jedoch von der schweizerischen Innentheorie insofern, als dass Erstere ein Nebeneinander von Zurechnungsdurchgriff und echtem Durchgriff¹⁰⁸ anerkennt,¹⁰⁹ welcher auf einem Rechtsmissbrauchsverbot aufbaut. Die Innentheorie hingegen erachtet das im Gesetz verankerte

¹⁰⁴ Vgl. dazu Kapitel 3.4.1. ZK AG I-JUNG, Art. 620, N. 259 und 241 f.; KEHL, S. 8 ff.; WEBER, SPR II/4, S. 106; WICK, S. 269; anders OGer SO ZKBER.2018.82 vom 23. April 2019 E. ii.5.2; PFISTERER, N. 289 und Fn. 792; VISCHER, S. 1493, die ohne weitere Begründung annehmen, dass ein Haftungsdurchgriff und ein Zurechnungsdurchgriff dieselben Voraussetzungen haben und sich nur in der Rechtsfolge unterscheiden.

¹⁰⁵ Vgl. Fn. 61 und Kapitel 3.4.2.

¹⁰⁶ Vgl. Kapitel 3.4.1.

¹⁰⁷ Zum Trennungsprinzip vgl. Kapitel 3.2.

¹⁰⁸ Vgl. Kapitel 3.3.

¹⁰⁹ Dementsprechend ist die Norm in einem ersten Schritt auszulegen und zu prüfen, ob sie Sachverhalte der Kapitalgesellschaft dem Gesellschafter zurechnet (und umgekehrt). Wird dies verneint, ist sodann zu prüfen, ob im Einzelfall die Dualität von Kapitalgesellschaft und Gesellschafter durch einen echten Durchgriff aufzuheben ist (vgl. Kapitel 3.4.2).

Rechtsmissbrauchsverbot nicht als konstitutiv, da die Anwendungsschranke bereits in der Sachnorm selbst enthalten ist.

Die methodische Dualität zur Annahme eines Durchgriffs von Gesetzesauslegung und Rechtsmissbrauch – wie es die Normanwendungstheorie vorsieht – überzeugt, soweit sie für diese Arbeit von Relevanz ist. Dies ist im Folgenden zu erläutern: 3.28

In der aktuellen Durchgriffsdiskussion in der schweizer Lehre wird der Durchgriff als ein anspruchsbegründender Tatbestand behandelt, durch den ein Anspruch eines Dritten gegenüber dem Gesellschafter auf die Kapitalgesellschaft begründet wird (und umgekehrt). Der Haftungsdurchgriff führt somit zu einer grundsätzlich nicht vorgesehenen Solidarhaftung der Kapitalgesellschaft für die Schulden des Gesellschafters (und umgekehrt).¹¹⁰ Die ausschliessliche Haftung der Kapitalgesellschaft für Gesellschaftsschulden (und *vice versa* für die Gesellschafterschulden) ist der Kerninhalt des Trennungsprinzips,¹¹¹ dessen Durchbrechung der Ausnahmefall bleiben muss und nicht mittels einer generell-abstrakten Auslegung vorgenommen werden darf. 3.29

Im Gegensatz dazu hat die reine Hinzurechnung von Tatsachen der juristischen Person zum Gesellschafter keine direkten Konsequenzen für die juristische Person (und umgekehrt). Das Vermögen der Kapitalgesellschaft bleibt unangetastet und es treten nur solche Rechtsfolgen bei jenem Anteilseigner ein, die ohnehin bei ihm einzutreten haben. Im Vergleich zum Haftungsdurchgriff stellt dies eine weniger gravierende Einschränkung des Trennungsprinzips dar.¹¹² 3.30

Im Ergebnis wird durch den Haftungsdurchgriff das vermögensrechtliche Trennungsprinzip aufgehoben und die Haftung auf einen Dritten 3.31

¹¹⁰ Ähnlich: DRUEY/VOGEL, S. 62, die beschreiben, dass der Durchgriff im eigentlichen Sinne nur eine Überlagerung von Umständen auf einen Dritten darstellt, aber keine eigener Tatbestand ist.

¹¹¹ Vgl. Kapitel 3.2.

¹¹² Vgl. Kapitel 3.2.

ausgedehnt. Demgegenüber bleibt beim Zurechnungsdurchgriff die vermögensrechtliche Trennung zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter insoweit unangetastet, als keine Ausdehnung der Haftung erfolgt und der ursprüngliche Normadressat alleiniger Adressat bleibt. Dieser unterschiedlich starke Eingriff ins Trennungsprinzip beim Haftungsdurchgriff und beim Zurechnungsdurchgriff bedeutet aber auch, dass hinsichtlich ihrer Voraussetzungen zu differenzieren ist. Der Zurechnungsdurchgriff ist unter weniger restriktiven Voraussetzungen zuzulassen, wenn dadurch der Normzweck besonders gut erreicht werden kann, während der Haftungsdurchgriff wegen der Schwere des Eingriffs in das Trennungsprinzip die Ausnahme bleiben muss und daher Rechtsmissbrauch erfordert. Es ist daher sachgerecht, nur beim Haftungsdurchgriff einen Rechtsmissbrauch zu verlangen, während beim Zurechnungsdurchgriff auf dieses Kriterium verzichtet werden kann. Für den Zurechnungsdurchgriff bleibt allein relevant, ob und unter welchen Umständen die anzuwendende Sachnorm eine Erstreckung der Sachverhaltsgrundlage auf eng verbundene Kapitalgesellschaften (und umgekehrt) vorsieht.¹¹³

3.5 Zwischenfazit

3.32 Es ist an dieser Stelle ein Zwischenfazit zu ziehen. Für diese Arbeit interessieren sowohl der unechte Zurechnungsdurchgriff¹¹⁴ als auch der echte Haftungsdurchgriff¹¹⁵. Diese Durchgriffe beeinträchtigen zwar beide das Trennungsprinzip,¹¹⁶ unterscheiden sich aber in ihrer Wirkungsweise. Der unechte (Zurechnungs-)Durchgriff beschlägt nur die Anspruchsvoraussetzungen, indem er die Sachverhaltsbasis einer Norm auf Vorgänge ausdehnt, die beim Gesellschafter stattfinden, die Rechtsfolgen aber unberührt lässt – diese treten immer noch ausschliesslich bei der

¹¹³ Die genauen Voraussetzungen für das Familienrecht werden unter Kapitel 4.3 (Unterhalt) und 5.2.4 (Güterrecht) erläutert.

¹¹⁴ Vgl. Kapitel 3.4.

¹¹⁵ Vgl. Kapitel 3.3.

¹¹⁶ Vgl. Kapitel 3.2.

Kapitalgesellschaft ein (und umgekehrt). Der echte Haftungsdurchgriff dehnt demgegenüber Rechtsfolgen (insbesondere die Haftung) von der Kapitalgesellschaft auf deren Gesellschafter aus (und umgekehrt).

Beide Durchgriffe haben gemeinsam, dass sie eine Verbindung bzw. wirtschaftliche Identität¹¹⁷ zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter voraussetzen.¹¹⁸ Der wesentliche Unterschied dieser Durchgriffsarten besteht allerdings darin, dass der unechte umgekehrte Zurechnungsdurchgriff – im Unterschied zum echten Haftungsdurchgriff – kein rechtsmissbräuchliches Verhalten voraussetzt, sondern vielmehr das Ergebnis einer teleologischen Gesetzesauslegung ist.¹¹⁹

3.33

¹¹⁷ Vgl. Kapitel 3.3.2.

¹¹⁸ Vgl. Kapitel 3.3.2 und 3.4. Auf die Intensität dieser Beziehung im Familienrecht wird im Verlaufe der Arbeit zurückzukommen sein (vgl. insbesondere Kapitel 4.3 (Unterhalt) und 5.2.4 (Güterrecht)).

¹¹⁹ Vgl. Kapitel 3.3.3 und 3.4.

Kapitel 4 Unterhalt

4.1 Überblick

4.1

Im Unterhaltsrecht ist das Einkommen einer der wesentlichsten Bemessungsfaktoren, und zwar sowohl das Einkommen des Unterhaltsgläubigers als auch das Einkommen des Unterhaltsschuldners. Deshalb stellt sich die Frage, ob und wie der Gewinn einer Kapitalgesellschaft, an der eine der Parteien Anteilsrechte hält, bei der Festsetzung des Unterhalts miteinbezogen werden muss.¹²⁰ Dazu muss geklärt werden, ob das schweizerische Unterhaltsrecht einen Zurechnungsdurchgriff kennt. Dazu ist eine Auslegung der einschlägigen Bestimmungen erforderlich.¹²¹ Im Falle der Bejahung eines solchen Zurechnungsdurchgriffs ist zunächst zu klären, welche Art von Verbindung zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Anteilseigner bestehen muss, damit der Gewinn der fraglichen Kapitalgesellschaft überhaupt in die Unterhaltsberechnung einfließen darf.¹²² Sofern die Beziehung zwischen Kapitalgesellschaft und Verfahrenspartei als ausreichend intensiv eingestuft wird, ist weiter zu erläutern, wie sich der in die Unterhaltsberechnung miteinzubeziehende Gewinn berechnet¹²³ und welche Bedeutung dies für die Sparquote der Parteien¹²⁴ hat. Alsdann wird die Problematik der Beweislast und der Beweisvereitelung im Kontext mit Kapitalgesellschaften in familienrechtlichen Verfahren erörtert.¹²⁵ Abschliessend wird darauf eingegangen, unter welchen Voraussetzungen Unterhaltsbeiträge unter Einbezug eines Gewinns einer

¹²⁰ Zum prozessualen Miteinbezug der Kapitalgesellschaft vgl. Kapitel 6 und 7.

¹²¹ Vgl. Kapitel 4.2.

¹²² Vgl. Kapitel 4.3.

¹²³ Vgl. Kapitel 4.4.

¹²⁴ Vgl. Kapitel 4.5.

¹²⁵ Vgl. Kapitel 4.7.

beherrschten Kapitalgesellschaft im Nachhinein abgeändert werden können.¹²⁶

4.2 Voraussetzungen eines Durchgriffs im Unterhaltsrecht

4.2.1 Grundlage des Unterhaltsanspruchs

Die verschiedenen Formen des familienrechtlichen Unterhalts – ehelicher Unterhalt, nachehelicher Unterhalt und Kindesunterhalt – weisen eine gemeinsame Grundlage auf, nämlich die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Parteien als wesentlicher Bestandteil der Unterhaltsfestsetzung (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB; Art. 173 ff. i.V.m. 163 ZGB; Art. 285 Abs. 1 ZGB). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, unter welchen Umständen der Gewinn einer juristischen Person zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit einer Person miteinbezogen werden muss. Im familienrechtlichen Unterhaltsprozess stehen sich nach dem klaren Gesetzeswortlaut (Art. 111 ff. i.V.m. Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB (nachehelicher Unterhalt); Art. 173 ff. i.V.m. Art. 163 ZGB (ehelicher Unterhalt) und Art. 279 i.V.m. Art. 285 ZGB (Kindesunterhalt)) nur natürliche Personen gegenüber. Sollen im Rahmen der Einkommensermittlung der Parteien Sachverhaltselemente juristischer Personen herangezogen werden, wäre dies ein Anwendungsfall eines umgekehrten ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs von der Kapitalgesellschaft auf den Anteilseigner. Dazu sind die entsprechenden Normen zur Unterhaltsfestsetzung auszulegen.¹²⁷ Im Folgenden werden die massgeblichen Elemente zur Auslegung der erwähnten Bestimmungen dargelegt.¹²⁸

4.2

¹²⁶ Vgl. Kapitel 4.8.

¹²⁷ Vgl. Kapitel 3.4.3.

¹²⁸ Da die historische Auslegung keinen spezifischen Erkenntnisgewinn bringt, wird diese Methode nicht weiter behandelt.

4.2.2 Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (verfassungskonforme-systematische Auslegung)

4.3 Als erstes ist zu prüfen, ob die Bundesverfassung Anhaltspunkte für die Auslegung der erwähnten Bestimmungen enthält. Art. 27 Abs. 1 und 2 BV umfasst die verfassungsmässig geschützte Wirtschaftsfreiheit, «insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.» Ein Teil der Wirtschaftsfreiheit ist das Recht, frei zu entscheiden, unter welcher Rechtsform ein Unternehmen betrieben werden soll.¹²⁹ Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit impliziert die Verpflichtung, alle Gewerbebetriebe – ungeachtet der Rechtsform – gleich zu behandeln. Diesbezüglich ist sicherzustellen, dass der Wettbewerb zwischen Konkurrenten nicht verzerrt wird.¹³⁰ In diesem Kontext ist auf Art. 167 ZGB zu verweisen, der (in Konkretisierung der verfassungsmässig geschützten Wirtschaftsfreiheit) zum Ausdruck bringt, dass die wirtschaftliche Betätigung Teil der Persönlichkeit der Ehegatten ist. Diese können frei entscheiden, in welcher Form (Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit) und zu welchen Modalitäten sie sich wirtschaftlich betätigen möchten.¹³¹

¹²⁹ BGE 131 I 223 E. 1.1; 138 II 440 E. 16; DUBÉY, N. 2827; HÄNNI/STÖCKLI, N. 47; CR Cst.-MARTENET, art. 27, N. 52; BK AG-NOBEL, § 1, N. 70; MÜLLER/BOMATTER, S. 981; MÜLLER/SCHÉFER, S. 1060; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, N. 52; WINISTÖRFER, S. 145.

¹³⁰ BGE 121 I 129 E. 3.b; 143 II 598 E. 5.1; 148 II 121 E. 7.1; DUBÉY, N. 2283; BIAGGINI, Art. 27, N. 23; HÄNNI/STÖCKLI, N. 53; CR Cst.-MARTENET, art. 27, N. 73; MÜLLER/SCHÉFER, S. 1057 f.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N. 62; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, N. 28 ff.; WINISTÖRFER, S. 159 ff.

¹³¹ CPra-BARRELET, art. 167, N. 6; BRÄM, Art. 167, N. 3 und 12; BRÄNDLI, Aktien, S. 108; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 253 ff.; Kuko ZGB-FANKHAUSER, Art. 167, N. 2 ff.; ZK ZGB-HASENBÖHLER, Art. 167, N. 12; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 167, N. 6; CR CC I-LEUBA, art. 167, N. 1 und 3; CHK ZGB I-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 167, N. 1; TERCIER, N. 493 ff.

In seiner Auslegung von Art. 167 ZGB (ohne konkrete Erwähnung von Art. 27 BV) postuliert BRÄNDLI, dass ein Ehegatte frei sein müsse, seine selbständige Erwerbstätigkeit entweder in Form einer Personengesellschaft oder aber als Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft auszuüben.¹³² Diese Schlussfolgerung kann aus der Perspektive der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV bestätigt werden. Bei der familienrechtlichen Unterhaltsfestsetzung ist folglich Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 BV zwingend zu beachten und den verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten sowie eine möglichst rechtsformneutrale Ausgestaltung zu verwirklichen. Eine unzulässige Ungleichbehandlung von Konkurrenten und Rechtsformen läge vor, wenn Unternehmern auf demselben Markt je nach Rechtsform ihres Unternehmens unterschiedliche Unterhaltspflichten auferlegt würden. Denn die familienrechtlichen Unterhaltspflichten des Unternehmers führen dazu, dass der Unternehmer finanzielle Mittel aus dem Unternehmen entnehmen muss, um sie für den Unterhalt der Familie zu verwenden. Diese Mittel können folglich nicht mehr in das Unternehmen (re-)investiert werden. Die Unterhaltspflicht hat somit Auswirkungen auf die Investitions- und Ausschüttungspolitik des Unternehmens. Der stärker belastete Unternehmer stünde damit vor der Wahl, auf geschäftsfördernde Investitionen zu verzichten oder Fremdkapital aufzunehmen, während der Konkurrent in einer familienrechtlich weniger belasteten Rechtsform die eigenen Mittel gewinnbringend reinvestieren könnte oder nicht im selben Umfang auf Fremdkapital zurückgreifen müsste.

4.4

Die systematische (verfassungskonforme) Auslegung führt zum Ergebnis, dass aufgrund von Art. 27 BV Gewerbetreibende unabhängig ihrer Rechtsform möglichst gleich zu behandeln sind. Dementsprechend ist auch bei der systematischen Auslegung des familienrechtlichen Einkommensbegriffs zu berücksichtigen, dass Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform möglichst gleich zu behandeln sind. Sofern die Rechtsprechung am Einbezug des gesamten Gewinns von Einzelunternehmen bzw.

4.5

¹³² BRÄNDLI, Aktien, S. 108.

Personengesellschaften festhält,¹³³ müssen dieselben Grundsätze unter dem Aspekt der Gleichbehandlung von verschiedenen Rechtsformen¹³⁴ auch für Kapitalgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit gelten.

4.2.3 Das Trennungsprinzip (systematische Auslegung)

- 4.6 Aus systematischer Perspektive ist weiter das Trennungsprinzip zwischen einer juristischen Person und ihren Gesellschaftern zu berücksichtigen. Sachverhalte, die bei der juristischen Person eingetreten sind, dürfen demgemäss grundsätzlich nicht deren Gesellschaftern zugerechnet werden. Aus systematischer Perspektive ist eine Zurechnung des Gewinns einer juristischen Person zum familienrechtlichen Einkommen eines Gesellschafters daher abzulehnen.¹³⁵

4.2.4 Der teleologische Einkommensbegriff

- 4.7 Dem vorstehend dargelegten,¹³⁶ in sich unschlüssigen Auslegungsergebnis, kann der teleologische Einkommensbegriff im Familienrecht gegenübergestellt werden. Dazu kann auf bewährte, von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte Prinzipien zum Familienunterhaltsrecht zurückgegriffen werden.
- 4.8 Im Rahmen des Familienrechts wird der Einkommensbegriff bewusst weit definiert, wobei eine Orientierung an wirtschaftlichen Kriterien erfolgt, die auch im Steuerrecht Anwendung finden.¹³⁷ Folglich ist «die Gesamtheit

¹³³ Vgl. Kapitel 4.2.4.

¹³⁴ Vgl. Kapitel 4.2.2.

¹³⁵ Vgl. Kapitel 3.2.

¹³⁶ Vgl. Kapitel 4.2.2 und 4.2.3.

¹³⁷ KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 13.2; OGer LU vom 17. Februar 2005, in: FamPra.ch 2005, S. 618 ff., 619; OGer ZG Z2 2022 9 vom 28. Oktober 2022 E. 5; OGer ZH LE190045 vom 6. April 2020 E. D.6.7.4; BRÄM, Art. 163, N. 67 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163, N. 22; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N. 23; KOKOTEK, N. 98.

derjenigen Wirtschaftsgüter, welche einem Individuum während eines bestimmten Zeitabschnitts zufließen, und die es ohne Schmälerung seines Vermögens zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse und für seine laufende Wirtschaft verwenden kann», zur Festsetzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit heranzuziehen.¹³⁸ Insofern ist der tatsächliche Mittelzufluss massgeblich und nicht etwa der Rechtstitel, unter dem die Mittel dem Berechtigten zufließen.¹³⁹ Dazu zählen zunächst die Einkünfte, die aus einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit stammen, unabhängig davon, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenerwerbstätigkeit handelt. Ebenso sind Gewinnbeteiligungen, Kapitalerträge (auch steuerfreie),¹⁴⁰ Liegenschaftserträge, Erträge aus Nutzniessung sowie die übrigen Vermögenserträge als Einkommen zu berücksichtigen.¹⁴¹

¹³⁸ BRÄM, Art. 163 ZGB, N. 68, mit Verweis auf BLUMENSTEIN, S. 144. Zum Steuerrecht (an welches das Familienrecht anlehnt): BGE 139 II 363 E. 2; 140 II 353 E. 2.1; CJ GE ATA/778/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 4; VGer SG vom 27. Oktober 2015, in: GVP 2015 Nr. 30 E. 3.1; BERTSCHINGER, S. 69; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 204 m.H.a. die (ältere) Rechtsprechung; LOCHER/GIGER/PEDROLI, Art. 16, N. 9; REICH, S. 113; BSK DBG-REICH/WEIDMANN, Art. 16, N. 7.

¹³⁹ KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 13.2; OGer NW ZA 20 14 vom 16. März 2021 E. 3.3; KGer SG vom 14. Juni 2007, in: GVP 2007 Nr. 47, S. 150; OGer ZH LE190045 vom 6. April 2020 E. D.6.7.4; BACHMANN, S. 125 ff.; BRÄM, Art. 163, N. 65 ff.; FamKomm I-BÜCHLER/RAVEANE, Art. 125, N. 20; FISCH, S. 457; BSK ZGB I-FOUNTOLAKIS, Art. 285, N. 14 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163, N. 22; HEGNAUER, Art. 285, N. 53; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N. 23; KOKOTEK, N. 98; MAIER, Berechnung, S. 334 ff.; DERS., Unterhaltsbeiträge, Fn. 32; FamKomm I-SCHWEIGHAUSER, Art. 285, N. 127 ff.

¹⁴⁰ KGer GR ZK1 15 173 vom 26. Juli 2017 E. ii.7.3; KGer SG vom 14. Juni 2007, in: GVP 2007 Nr. 47, S. 150; im Ergebnis auch AppGer BS ZB.2021.15 vom 22. Dezember 2021.

¹⁴¹ BGE 147 III 265 E. 7.1; KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 13.2; OGer ZG Z2 2022 9 vom 28. Oktober 2022 E. 5.5; OGer ZH LE210001 vom 8. Dezember 2021 E. 6.1.5.2; LY220004 vom 23. Januar 2023 E. iii.7.1;

Das Familiengericht ist dabei nicht an die steuerliche Qualifikation gebunden.¹⁴²

4.9

Von dem soeben erwähnten effektiven Einkommen kann abgewichen werden, «falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient.»¹⁴³ Schöpft eine Partei ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht voll aus, ist ihr das mögliche und zumutbare hypothetische Einkommen anzurechnen.¹⁴⁴ Das Kriterium der Zumutbarkeit wird vom Bundesgericht anhand objektiver Faktoren wie Ausbildung, Kinderbetreuungspflichten,¹⁴⁵

CHK ZGB I-ARNDT, Art. 125, N. 14; FamKomm I-BÜCHLER/RAVEANE, Art. 125, N. 20 ff.; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125, N. 7 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 16; KOKOTEK, N. 99; MAIER, Unterhaltsfestsetzung, N. 160 ff. und 632 ff.

¹⁴² CJ GE ACJC/1407/2016 vom 21. Oktober 2016 E. 4.2.1.

¹⁴³ BGE 128 III 4 E. 4.a (mit dem Hinweis, dass dieses Prinzip in sämtlichen familienrechtlichen Unterhaltsarten gilt).

¹⁴⁴ BGE 79 II 137 E. 3; 110 II 117 E. 2.a; 119 II 316 E. 4.a; 143 III 233 E. 3.4; 147 III 265 E. 7.4; BGer 5D_183/2017 vom 13. Juni 2018 E. 4.1; 5A_1005/2017 vom 23. August 2018 E. 3.2.1; 5A_35/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; 5A_244/2018 vom 26. August 2019 E. 3.5.2; 5A_340/2018 vom 15. Januar 2019 E. 4; 5A_1005/2018 vom 28. Juni 2019 E. 5.2.2; KGer BL 400 20 225 vom 22. Dezember 2020 E. 6.3; KGer FR 101 2019 369 vom 11. März 2020 E. 3.2.2; 101 2022 305 vom 30. Januar 2023 E. 2.1.1; CJ GE ACJC/498/2021 vom 7. April 2021 E. 4.2.1; ACJC/1528/2022 vom 22. November 2022 E. 4.1.3; OGer ZH LC210009 vom 28. Oktober 2021 E. II.6.3.1; FamKomm I-AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER, Allg. Bemerkungen Art. 276-293, N. 66; AFFOLTER, S. 836 f.; CHK ZGB I-ARNDT, Art. 125, N. 19; DUMMERMUTH/BISCHOF/KNÖPFLI/SCHWARZENBERGER, S. 225; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 173, N. 10; HERMANN/HOCHSTEIN, N. 160; MAIER, Berechnung, S. 348 f.; DERS., Unterhaltsbeiträge, S. 1294; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 28; NYFFELER, N. 241; POWELL/SOLÈR, S. 36.

¹⁴⁵ Vgl. zum sogen. Schulstufenmodell BGE 144 III 481 E. 4.7.6.

Alter¹⁴⁶ und Gesundheitszustand einer Partei sowie der allgemeinen konjunkturellen und arbeitsmarktlichen Lage definiert. Die Zumutbarkeit wird jedoch auch dadurch beeinflusst, ob sich die Familie in guten finanziellen Verhältnissen befindet oder nicht. Dabei können die Einkommenserhebungen wie das Salarium des Bundesamts für Statistik herangezogen werden.¹⁴⁷ Zusätzlich muss die Erzielung eines solchen hypothetischen Einkommens auch möglich sein, wobei die beruflichen Qualifikationen, der Zustand des Arbeitsmarkts und die Wirtschaftslage ausschlaggebend sind.¹⁴⁸ Es ist unerheblich, aus welchem Grund die Betroffenen ein zu tiefes effektives Einkommen erzielen. Die Rechtsprechung und Lehre betonen, dass die Erzielung eines hypothetischen Einkommens keinen pönalen Charakter hat und auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten voraussetzt.¹⁴⁹ Vielmehr obliegt es den Parteien, insbesondere den Eltern minderjähriger Kinder, ihre Erwerbstätigkeit in beruflicher und örtlicher Hinsicht so zu gestalten, dass sie ihre Erwerbskraft möglichst

¹⁴⁶ Zur Aufgabe der sog. 45er-Regel vgl. BGE 147 III 308 E. 5.

¹⁴⁷ Zum Ganzen: BGer 5A_119/2021 vom 14. September 2021 E. 4.1; OGer ZH LY160049 vom 3. Mai 2017 E. III.2.1; AFFOLTER, S. 836 ff.; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 13 ff.; BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, Art. 285, N. 18; CHK ZGB I-HARTMANN, Art. 285, N. 6; Handbuch-HAUSHEER/SIEBER, 5. Kapitel, N. 83 ff.; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N. 24; MAIER, Berechnung, S. 349; SPYCHER/MAIER, S. 575 ff.

¹⁴⁸ BGer 5A_730/2019 vom 27. Oktober 2020 E. 4.2; 5A_1049/2019 vom 25. August 2021 E. 5 ff.; OGer ZH LE180016 vom 11. September 2018 E. 4.2.a; LE210027 vom 19. August 2021 E. 4.2.1; AFFOLTER, S. 841 ff.; ARNDT, Eigenversorgung, S. 97 ff.; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 14 ff.; Handbuch-HAUSHEER/SIEBER, 5. Kapitel, N. 95 ff.; NYFFELER, N. 241; SPYCHER/MAIER, S. 576 f.

¹⁴⁹ BGE 128 III 4 E. 4.a; OGer AG ZSU.2023.168 vom 30. Oktober 2023 E. 4.2; KGer BL vom 10. Dezember 2002, in: FamPra.ch 2003, S. 732 ff. E. 2.a; KGer GR ZF 08 52 vom 15. Oktober 2008 E. 39.b; OGer NW ZA 20 14 vom 16. März 2021 E. 3.3; AFFOLTER, S. 842; BRÄM, Art. 163, N. 83; DOLDER/DIETHELM, S. 658; Handbuch-HAUSHEER/SPYCHER, 5. Kapitel, N. 97; MAIER, Berechnung, S. 341.

gewinnbringend einsetzen können. Dabei sind die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung und die Realisierung beruflicher Wunschvorstellungen von untergeordneter Bedeutung.¹⁵⁰

- 4.10 Der teleologische Einkommensbegriff fordert also von den Unterhaltspflichtigen und -berechtigten, dass sie neben dem effektiv erzielten Einkommen das höchstmögliche Einkommen erzielen, oder dass ihnen das erzielbare Einkommen angerechnet wird. Im Falle unternehmerisch tätiger Unterhaltspflichtiger und -berechtigter bedeutet dies, dass sie diejenige Rechtsform wählen müssen, welche das grösstmögliche Einkommen für die Familie generiert. Werden Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften bzw. Einzelunternehmen einander gegenübergestellt, bestehen in der Gewinnberechnung bestimmte (grundlegende) Unterschiede: Kapitalgesellschaften sind verpflichtet, ausreichend Reserven zu bilden (Art. 671 und Art. 801 OR).¹⁵¹ Zudem dürfen Ausschüttungen nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden (Art. 675 und Art. 798 OR).¹⁵² Ein Rechtsanspruch der Gesellschafter auf eine regelmässige Ausschüttung besteht nicht.¹⁵³ Demgegenüber besteht für

¹⁵⁰ BGer 5A_513/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 4; 5A_90/2017 vom 24. August 2017 E. 5.3.1; 5A_273/2018 vom 25. März 2019 E. 6.3.1.2; AppGer BS ZB.2020.27 vom 15. Dezember 2020 E. 2.1; OGer ZH LY200021 vom 20. Mai 2021 E. 3 mit dem folgerichtigen Hinweis, dass es dem Pflichtigen daher nicht zustehe, auf erzielbares Einkommen zu verzichten; AFFOLTER, S. 836; OFK ZGB-GMÜNDER, Art. 285, N. 3; MAIER, Berechnung, S. 315; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 34a; MORDASINI/STOLL, S. 552; STAUB, N. 328.

¹⁵¹ Vgl. ebenfalls Kapitel 4.4.1 zur Frage, ob nur der ganze oder nur der ausschüttbare Gewinn in die Unterhaltsberechnung miteinbezogen werden muss. Zur selben Frage im Ehegüterrecht vgl. Kapitel 5.2.5.

¹⁵² Eingehend dazu vgl. Kapitel 4.4.2.

¹⁵³ BGE 91 II 298 E. 10; 99 II 55 E. 3; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 660/661, N. 15 ff.; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660, N. 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8, N. 668 ff. (der einschränkt, dass die Dividende nicht aus sachfremden Motiven verweigert werden darf); DAZIO/VON DER CRONE, S. 242 ff.;

Einzelunternehmen und Personengesellschaften keine Verpflichtung zur Bildung von Reserven. Die Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft haben grundsätzlich Anspruch darauf, jährlich ihren Gewinnanteil ausbezahlt zu erhalten (Art. 559 Abs. 1 OR).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass ein und dasselbe Unternehmen (aus der hier interessierenden abstrahierten Optik) als Einzel- oder Kollektivgesellschaft einen (buchhalterisch) höheren Gewinn erwirtschaftet als eine Kapitalgesellschaft. Zudem haben die Kollektivgesellschafter einen Anspruch auf Auszahlung ihres Gewinnanteils, während die Kapitalgesellschafter keinen Anspruch auf Gewinnausschüttung haben. Übertragen auf das familienrechtliche Gebot der bestmöglichen Ausschöpfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bedeutet dies, dass ein Einkommen in der Höhe als zumutbar und möglich gilt, wie es erzielt werden könnte, wenn die Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Personengesellschaft ausgeübt würde. Führt hingegen jemand sein Unternehmen als Kapitalgesellschaft, so stellt dies aus familienrechtlicher Sicht möglicherweise¹⁵⁴ einen freiwilligen Verzicht auf ein mögliches Einkommen dar, was zu einer Anrechnung des verzichteten Einkommens führt. Die teleologische Auslegung legt nahe, dass auch der Gewinn einer juristischen Person in die familienrechtliche Einkommensberechnung einzubeziehen ist.

4.11

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39, N. 118; KNOBLOCH, S. 241 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 596 (die fordern, dass die Nichtausschüttung einer Dividende auf vernünftigen Überlegungen beruhen muss); CHK OR-TSCHUDIN, Art. 660, N. 6 f.

¹⁵⁴ Würde der gesamte Gewinn einer Kapitalgesellschaft in Form von Arbeitslohn oder Gewinnausschüttung an den Kapitalgesellschafter weitergeleitet, läge ein Einkommensverzicht nur im Umfang der Reservenbildung vor.

4.2.5 Dogmatik in Deutschland

- 4.12 Da der Zurechnungsdurchgriff von Deutschland auf die Schweiz überschwappte¹⁵⁵ und das dortige Familien- und Gesellschaftsrecht mit dem hiesigen zumindest vergleichbar sind, erscheint es angezeigt, kurz die deutsche Lösung des Problems darzustellen.
- 4.13 In Deutschland wurde das Konzept der *unterhaltsrechtlichen Ausschüttungsobliegenheit* entwickelt.¹⁵⁶ Demnach ist ein Unterhaltspflichtiger dazu verpflichtet, den Gewinn einer Gesellschaft in dem Umfang auszuschütten, wie dies rechtlich möglich und zumutbar ist.¹⁵⁷ Unter rechtlicher Möglichkeit wird verstanden, dass die gesellschaftsrechtliche Macht vorhanden sein muss, um derartige Ausschüttungsbeschlüsse überhaupt zu fällen. Dies ist in der Regel beim Mehrheitsgesellschafter der Fall. Die Zumutbarkeit ist anhand einer Interessensabwägung zwischen den «berechtigten Interessen der einzelnen Gesellschafter an einer hohen Gewinnausschüttung gegenüber dem Interesse der Gesellschaft an einer Rücklagenbildung, den Bedürfnissen der Selbstfinanzierung und

¹⁵⁵ Vgl. Kapitel 3.4.1.

¹⁵⁶ BGH IVb ZR 678/80 vom 7. April 1982 E. II.1.b ff.; OLG Dresden 20 WF 728/19 vom 29. August 2019 E. 23 ff.; OLG Hamm 2 UF 43/08 vom 30. Oktober 2008 E. 37 ff.; AG Flensburg 94 F 244/16 vom 24. April 2020 E. 35; BRAUN, S. 388; FISCHER-WINKELMANN/MAIER, S. 1395 f.; HAMMERMANN, § 1603, N. 91; HEISS/HEISS, N. 541; KUCKENBURG/PERLEBERG-KÖLBEL, S. 481 ff.; LINDERER, N. 62; NICKL, S. 133 ff.; NIEPMANN/SEILER, N. 25; PERLEBERG-KÖLBEL, S. 221 ff.; SPIEKER, N. 313.

¹⁵⁷ OLG Hamm 2 UF 43/08 vom 30. Oktober 2008 E. 37 ff.; AG Flensburg 94 F 244/16 vom 24. April 2020 E. 35; BRAUN, S. 387; FISCHER-WINKELMANN/MAIER, S. 1394 ff.; HAMMERMANN, § 1603, N. 91; NICKL, S. 34 f.; PERLEBERG-KÖLBEL, S. 222; SPIEKER, N. 313; vgl. auch OLG Celle 10 UF 177/99 vom 2. Mai 2001 E. A.I.3.a (Gleichbehandlung zwischen Kapitalgesellschaften und Einzelunternehmen); LINDERER, N. 61 (fiktive Vollausschüttung); NIEPMANN/SEILER, N. 25 (Grenzen der unternehmerischen Freiheit).

Zukunftssicherung der Gesellschaft» zu bestimmen.¹⁵⁸ In der deutschen Lehre wird dennoch betont, dass diese Rechtsprechung letztlich auf eine Gleichbehandlung mit Einzelunternehmern abzielt,¹⁵⁹ auch wenn sich Letztere unterhaltsrechtlich den Gesamtgewinn anrechnen lassen müssen.¹⁶⁰ Im Rahmen einer Gesamtwürdigung wird auf diese Lösung zurückzukommen sein.¹⁶¹

4.2.6 Rechtsprechung

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesgericht den Durchgriff im Familienrecht grundsätzlich bejaht.¹⁶² Das Bundesgericht begründet, dass ungeachtet der formalen Dualität der Personen¹⁶³ entsprechend der wirtschaftlichen Realität Personenidentität vorliegt, wenn die Berufung auf die Dualität von Kapitalgesellschaft und Anteilseigner einen

4.14

¹⁵⁸ SPIEKER, N. 313; ebenso: OLG Hamm 2 UF 43/08 vom 30. Oktober 2008 E. 37 ff.; OLG Zweibrücken 2 UF 35/07 vom 8. Februar 2008 E. II.3.c; AG Flensburg 94 F 244/16 vom 24. April 2020 E. 35; BRAUN, S. 388; FISCHER-WINKELMANN/MAIER, S. 1395 ff.; HEISS/HEISS, N. 541; NICKL, S. 134 f.; NIEPMANN/SEILER, N. 25; PERLEBERG-KÖLBEL, S. 222.

¹⁵⁹ OLG Celle 10 UF 177/99 vom 2. Mai 2001 E. A.1.II.a; AG Flensburg 94 F 244/16 vom 24. April 2020 E. 35; BRAUN, S. 388; FISCHER-WINKELMANN/MAIER, S. 1397; HEISS/HEISS, N. 541; NICKL, S. 133 ff.; PERLEBERG-KÖLBL, S. 222; SPIEKER, N. 313.

¹⁶⁰ OLG Brandenburg 10 UF 22/16 vom 22. Mai 2018 E. II.2; OLG Koblenz 13 WF 561/17 vom 14. Juli 2017 E. 1; HAMMERMANN, § 1361, N. 34 ff.; HEISS/HEISS, N. 540 ff.; MüKo BGB-LANGEHEINE, § 1603, N. 21 ff.; LINDERER, N. 28 ff.; MüKo BGB-MAURER, § 1578, N. 285 ff.; SPIEKER, N. 163 ff.; STROHAL, N. 184 ff.

¹⁶¹ Vgl. Kapitel 4.2.7. Zur Ausschüttungsobliegenheit in der Schweiz vgl. Kapitel 4.4.1.

¹⁶² Zur umfassenden Darstellung der Rechtsprechung vgl. Kapitel 4.3.

¹⁶³ Vgl. Kapitel 3.2.

Rechtsmissbrauch¹⁶⁴ darstellt oder eine offensichtliche Beeinträchtigung legitimer Interessen zur Folge hat.¹⁶⁵ Letzteres ist gemäss Bundesgericht im unterhaltsrechtlichen Kontext einschlägig, denn die Verringerung des Einkommens durch die formale Anstellung eines Unternehmers in der von ihm beherrschten juristischen Person hat einen direkten Einfluss auf die Höhe des Unterhaltsbeitrags, was ein legitimes Interesse der Unterhaltsgläubiger und -schuldner darstellt.¹⁶⁶

4.15 Gemäss dieser Rechtsprechung ist die wirtschaftliche Identität¹⁶⁷ zwischen dem Anteilseigner und seiner Kapitalgesellschaft allein ausschlaggebend. Im Gegensatz zum Haftungsdurchgriff¹⁶⁸ wird beim Durchgriff im Familienrecht kein Rechtsmissbrauch verlangt und daher auch nicht geprüft, sondern es wird eine Verletzung legitimer Interessen angenommen.¹⁶⁹ Die Rechtsprechung nimmt somit beim Durchgriff im Unterhaltsrecht stets einen unechten Zurechnungsdurchgriff¹⁷⁰ an.

4.16

¹⁶⁴ Zu den Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs, die einen echten Durchgriff rechtfertigen, vgl. Kapitel 3.3.3.

¹⁶⁵ Vgl. insbesondere Fn. 57; BGE 112 II 503 E. 3.b; 121 III 319 E. 5a.aa. Zur Berechnung des miteinzubeziehenden Gewinns vgl. Kapitel 4.4.

¹⁶⁶ BGer 5A_696/2011 vom 28. Juni 2012 E. 4.1.3; 5A_392/2014 vom 20. August 2014 E. 2.2. Ähnlich Kapitel 4.2.4.

¹⁶⁷ Vgl. Kapitel 3.3.2.

¹⁶⁸ Vgl. Kapitel 3.3.

¹⁶⁹ Den Rechtsmissbrauch im familienrechtlichen Kontext erwähnt, ohne ihn weiter geprüft zu haben: CJ GE ACJC/530/2015 vom 8. Mai 2015 E. 4.1.1; ACJC/75/2021 vom 19. Januar 2021 E. 3.1.2. Zur Rechtsprechung vgl. Kapitel 4.3.

¹⁷⁰ Vgl. Kapitel 3.4.

Darüber hinaus haben einzelne Gerichte bereits angedeutet, dass erzielbares Einkommen als hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.¹⁷¹ Weiter lässt die Rechtsprechung erkennen, dass die Gleichbehandlung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft uneingeschränkt zu erfolgen hat und es unterhaltsrechtlich keinen Unterschied macht, ob ein Unternehmen in Form einer Kapital- oder einer Personengesellschaft geführt wird.¹⁷²

4.2.7 Gegenüberstellung von systematischer und teleologischer Auslegung

Im Folgenden werden die zuvor erarbeiteten Grundsätze zur systematischen und teleologischen Auslegung des familienrechtlichen Einkommensbegriffs einander gegenübergestellt und im Sinne des Zurechnungsdurchgriffs untersucht, ob es gerechtfertigt ist, die Einkommensberechnungsgrundlage auf den Gewinn von Kapitalgesellschaften auszudehnen, die mit einer Verfahrenspartei verbunden sind.¹⁷³

4.17

Das *systematische Element* lässt in Nachachtung des Trennungsprinzips den Schluss zu, dass eine Ausdehnung des Einkommensbegriffs im Familienrecht auf den Gewinn von Kapitalgesellschaften nicht angezeigt ist. In Konsequenz dessen wäre lediglich das effektiv erzielte Einkommen (d.h. ausgezahlter Lohn und Gewinnausschüttungen) für die Unterhaltsberechnung massgeblich. Eine darüberhinausgehende Einkommensanrechnung, insbesondere des unausgeschütteten Gewinns einer

4.18

¹⁷¹ BGer 5A_628/2009 vom 23. Dezember 2009 E. 3.2; explizit in TC NE vom 7. September 2020, in: RJN 2020, S. 200 ff. E. 5.b; OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.3.

¹⁷² BGer 5A_203/2009 vom 27. August 2009 E. 2.4; 5A_506/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.2.2; 5A_819/2022 vom 10. Oktober 2023 E. 4.2; TC NE CACIV.2018.125 vom 4. Oktober 2019 E. 4.b; CACIV.2022.37 vom 21. Juni 2022 E. 5.2.1; TC VD CACI 2018/474 vom 22. August 2018 E. 3.1.2. Ähnlich in Kapitel 4.2.2.

¹⁷³ Zur Art der Verbindung vgl. Kapitel 4.3.

juristischen Person, wäre mit dem Trennungsprinzip unvereinbar, da der Gewinn allein von der Kapitalgesellschaft erzielt wurde, diese jedoch nicht Adressatin der Unterhaltsverpflichtung ist.¹⁷⁴

4.19 Die *teleologische Auslegung*¹⁷⁵ entspricht der *systematisch-verfassungskonformen*¹⁷⁶ Auslegung, wonach der Gewinn einer juristischen Person für die Unterhaltsfestsetzung beim Pflichtigen miteinbezogen werden muss. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist eine unterschiedliche Behandlung von Unternehmen in Form einer Personengesellschaft und Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft im Unterhaltsrecht im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Unterhaltspflichtigen und die Interessen der Unterhaltsberechtigten nicht zulässig. Folglich wäre es unzulässig, den Gewinn einer Personengesellschaft bzw. eines Einzelunternehmens bei der Unterhaltsfestsetzung zu berücksichtigen, während er bei einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt bliebe. Zudem ist ein Unterhaltsschuldner verpflichtet, das grösstmögliche Einkommen zugunsten seiner Familie zu erzielen, was durch den Betrieb eines Unternehmens als Personengesellschaft oder Einzelunternehmen erfolgt. Der Gewinn einer Kapitalgesellschaft ist den Parteien folglich aus dieser Perspektive als Einkommen anzurechnen.

4.20 Der *deutsche Ansatz*¹⁷⁷ nimmt eine unterhaltsrechtlichen Ausschüttungsobliegenheit an. Demnach sind Gewinne auszuschütten, sofern es rechtlich möglich und zumutbar ist. Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung wird untersucht, ob die Ausschüttungen betriebswirtschaftlich zumutbar sind. Diese Zumutbarkeit wird allerdings nur bei Kapitalgesellschaften geprüft. Der deutsche Ansatz ist daher nicht zielführend, da er auch eine Ungleichbehandlung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften bzw. Einzelunternehmen beinhaltet.

¹⁷⁴ Vgl. Kapitel 4.2.3. Zur Gesamtwürdigung vgl. sogleich.

¹⁷⁵ Vgl. Kapitel 4.2.4.

¹⁷⁶ Vgl. Kapitel 4.2.2.

¹⁷⁷ Vgl. Kapitel 4.2.5.

In einer Gesamtschau ist die Zurechnung des Gewinns einer juristischen Person zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners und -gläubigers zu befürworten. Dafür spricht einerseits das teleologische Argument. Gemäss etablierten familienrechtlichen Prinzipien muss ein Unterhaltspflichtiger oder -berechtigter sowohl seine Arbeitskraft als auch sein Kapital möglichst gewinnbringend einsetzen. Dieses Prinzip ist auch in Bezug auf Kapitalgesellschaften anzuwenden, die von einem Unterhaltsschuldner oder -gläubiger beherrscht werden und es ist nicht zulässig, dass sich diese hinter Kapitalgesellschaften verbergen und damit die familienrechtlichen Prinzipien umgehen können. Andererseits ist auch das Familienrecht verfassungsmässig verpflichtet, Kapital- und Personengesellschaften gleich zu behandeln. Eine unterschiedliche Behandlung desselben Unternehmens in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft lässt sich nicht mit dem Trennungsprinzip begründen, da durch eine Ungleichbehandlung Wettbewerbsverzerrungen geschaffen würden. Diese beiden starken Argumente überwiegen das Trennungsprinzip im Bereich des Unterhaltsrechts. Auch der deutsche Ansatz einer Ausschüttungsobliegenheit ist aus Gleichbehandlungsgründen abzulehnen: Dieser wäre nur dann zielführend, wenn sowohl bei Kapital- als auch bei Personengesellschaft die betriebswirtschaftliche Zumutbarkeit einer Ausschüttung geprüft würde. Zudem ist es nicht praktikabel und führt zu Rechtsunsicherheit, wenn ein Familiengericht betriebswirtschaftliche Überlegungen in dem Sinne anstellen müsste, ob eine Zurückbehaltung der Gewinne geschäftlich begründet ist oder nicht.

4.21

Die im vorherigen Absatz dargestellten *familienrechtlichen* Argumente lassen ausserfamilienrechtliche Gesichtspunkte unberücksichtigt. Es gibt mehrere gute und rechtlich legitime Gründe, ein Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft zu betreiben. Dazu gehören zunächst eine vereinfachte Nachfolgeplanung oder aber etwa eine Haftungsbeschränkung, die der Unternehmer erreichen will. Ebenso können steuerliche Überlegungen für eine Kapitalgesellschaft sprechen. Dieser gesellschaftsrechtlichen (und wirtschaftlichen) Konzeption kann sich auch das Familienrecht nicht vollends verschliessen und fingieren, die beiden Rechtsformen seien absolut gleichwertig. Deshalb können auch nicht unbesehen die

4.22

gesellschaftsrechtlichen Vorgaben bezüglich der Personengesellschaft bzw. des Einzelunternehmens in familienrechtlichen Verfahren auf Kapitalgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit übertragen werden. Dies hat jedoch bei der Berechnung des familienrechtlich relevanten Einkommens zu erfolgen, wobei an dieser Stelle auf die Ausführungen in Kapitel 4.4 verwiesen wird.

4.3 Beherrschungsgrad zur Annahme eines Durchgriffs

4.3.1 Dogmatische Überlegungen

4.23 Im vorangehenden Kapitel 4.2.7 wurde dargelegt, dass ein Durchgriff im Familienrecht unter anderem auf dem Gedanken beruht, dass Unterhaltspflichtige und -berechtigte das maximal mögliche Einkommen erzielen müssen. Dies impliziert die Wahl jener Rechtsform, welche das höchstmögliche Einkommen für die Familie generiert. Unterbleibt eine derartige Wahl, ist dem Unterhaltspflichtigen oder -berechtigten das höchstmögliche Einkommen als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Dies kann bedeuten, dass der Gewinn der beherrschten juristischen Person als unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen anzurechnen ist.¹⁷⁸ In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ab welchem Grad der Beherrschung einer juristischen Person durch einen Unterhaltspflichtigen oder -berechtigten der Gewinn dieser juristischen Person als dessen Einkommen angerechnet wird. Die zuvor dargelegten dogmatischen Überlegungen¹⁷⁹ bieten auch in diesem Kontext einen Lösungsansatz: Die Erzielung eines hypothetischen Einkommens muss stets möglich sein.¹⁸⁰ In der Konsequenz setzt die Anrechnung des Gewinns der Kapitalgesellschaft als unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen voraus, dass der Beteiligte auch effektiv die Macht hat, den Gewinn der Kapitalgesellschaft zu entnehmen und zu seinen persönlichen Gunsten zu verwenden. Andernfalls

¹⁷⁸ Ausführlich vgl. Kapitel 4.2.4.

¹⁷⁹ Vgl. Kapitel 4.2.2-4.2.7.

¹⁸⁰ Vgl. Kapitel 4.2.4.

entspricht das effektiv erzielte Einkommen dem maximal erzielbaren Einkommen, sodass für eine Aufrechnung kein Raum mehr besteht. Folglich ist zur Bestimmung des massgeblichen Beherrschungsgrads zu eruieren, ob der Beteiligte aufgrund seiner (Macht-)Position in der Kapitalgesellschaft in der Lage ist, zusätzliches Einkommen aus der Kapitalgesellschaft zu beziehen und damit sein Einkommen zu maximieren.¹⁸¹

In der Rechtsprechung findet sich die inhaltsleere Floskel, wonach ein (familienrechtlicher) Durchgriff entweder auf Aktienbesitz, vertraglichen Bindungen oder auf verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Beziehungen beruhen kann.¹⁸² Im Folgenden soll anhand einer Übersicht aufgezeigt werden, was dies konkret bedeutet.

4.24

¹⁸¹ Vgl. Kapitel 3.3.2 zur wirtschaftlichen Identität zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter. In welchen Konstellationen eine solche im Familienrecht bejaht wurde, vgl. Kapitel 4.3.2-4.3.5.

¹⁸² BGer 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2; 5A_379/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 2.1; 4A_384/2008 vom 9. Dezember 2008 E. 4.1; 5A_498/2011 vom 17. November 2011 E. 7; KGer SG FS.2020.37 vom 21. Februar 2022 E. 4.c.aa; OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. 3.4; LE200019 vom 4. November 2020 E. 3.1.2; BRÄM, Art. 163, N. 78.

4.3.2 Beherrschung mit der Mehrheit der Gesellschaftsanteile

4.3.2.1 Überblick über die Rechtsprechung

- 4.25 Ein grundlegendes Beispiel für ein Beherrschungsverhältnis ist die Situation, in der eine Person über die Mehrheit der Beteiligungsrechte verfügt. Die folgenden Konstellationen wurden bereits Gegenstand der Rechtsprechung:
- 4.26 - Ein Ehegatte wurde als beherrschend klassifiziert, wenn er sämtliche Aktien der betreffenden Kapitalgesellschaft besass und die einzige Person war, die als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift fungierte.¹⁸³
- 4.27 - In Bezug auf die Holdinggesellschaften, welche wiederum Alleineigentümer diverser Tochtergesellschaften waren, stellte das Bundesgericht fest, dass der Ehegatte als Alleinaktionär sowohl die Holdings als auch die Tochtergesellschaften beherrschte.¹⁸⁴

4.28

¹⁸³ BGer 5P.235/2001 vom 20. November 2001 E. 4; 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2; 5A_379/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 2.1; 5A_11/2008 vom 18. März 2008 E. 5.1; 5A_384/2008 vom 9. Dezember 2008 E. 4.1; 5A_858/2009 vom 10. März 2010 E. 2.1; 5A_498/2011 vom 17. November 2011 E. 7; 5A_696/2011 vom 28. Juni 2012 E. 4.1.2; 5A_776/2012 vom 13. März 2013 E. 3.3.4; 5A_392/2014 vom 20. August 2014 E. 2.2; 5A_366/2015 vom 20. Oktober 2015 E. 3.1 und 3.2; KGer FR 101 2020 62 vom 29. April 2020 E. 2.3.1; CJ GE ACJC/1552/2018 vom 2. November 2018 E. 3.2.1; ACJC/1315/2022 vom 6. Oktober 2022 E. 3.1.7; KGer GR ZK1 18 127 vom 5. Mai 2020 E. 12.2; TC NE vom 7. September 2020, in: RJN 2020, S. 200 ff. E. 5.d; CACIV.2022.37 vom 21. Juni 2022 E. 5.2.1; KGer SG FS.2020.37 vom 21. Februar 2022 E. 4.c.aa; TA TI 11.2018.35 vom 27. September 2019 E. 5.e; TC VD TD18.000257-220418-220420461 vom 13. September 2022 E. 6.1.3; OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III.3.4; LZ160010 vom 6. März 2018 E. C.2.4.b.dd; LE190011 vom 10. September 2019 E. II.5.4; LE200019 vom 4. November 2020 E. III.3.1.2.

¹⁸⁴ BGer 5A_248/2012 vom 28. Juni 2012 E. 3.1.

– Kapitel 4: Unterhalt –

- Der Ehegatte war Inhaber einer Einzelunternehmung sowie Alleinaktionär, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer einer Holding-AG. Letztere war ihrerseits an diversen anderen Kapitalgesellschaften beteiligt, teilweise im Umfang bis zu 100 %. Der Ehegatte bezog von der Holding-AG einen Lohn, dessen Höhe in Absprache mit ihm und ohne Verwaltungsratsbeschluss jeweils vom Treuhänder, der auch für die Revision zuständig war, festgelegt wurde. Des Weiteren wies die Holding-AG beim Ehegatten Darlehensschulden in Höhe von rund 30 Millionen Franken auf. Das Obergericht Zürich bejahte eine Beherrschung, obgleich der Treuhänder bei der Lohnfestsetzung mitwirkte.¹⁸⁵
- Ein Ehegatte erwarb eine Kapitalgesellschaft von seinem Vater und wurde in der Folge Alleinaktionär dieser Gesellschaft. Dieser Ehegatte machte geltend, dass sein Vater im Geschäft freie Hand habe und vereinbart worden sei, dass keine Dividende ausgeschüttet werde. Das Obergericht Zürich befand eine solche Abrede für unbeachtlich und den Ehemann damit als beherrschend.¹⁸⁶ 4.29
- Das Obergericht Zürich qualifizierte einen Ehegatten, der 14 von 20 Stammanteilen einer GmbH hielt und Vorsitzender der Geschäftsführung war, als beherrschend. Dies wurde damit begründet, dass er selbständig über sein Einkommen bestimmen könne.¹⁸⁷ 4.30

4.31

¹⁸⁵ OGer ZH LY180058 vom 20. Januar 2020 E. IV.6.3.

¹⁸⁶ OGer ZH LZ160010 vom 6. März 2018 C.2.4.

¹⁸⁷ OGer ZH LE170064 vom 6. März 2018 E. III.A.1.4; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.1.

- Ein Ehemann hielt rund 49 % und die H. Stiftung rund 20 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft. Das Kantonsgericht Graubünden rechnete die von der H. Stiftung gehaltenen Anteile an der Kapitalgesellschaft dem Ehemann zu mit der Begründung, dass dieser diskretionärer Erstbegünstigter sei. Er beherrsche daher die Kapitalgesellschaft, da er insgesamt rund 69 % aller Aktien kontrolliere.¹⁸⁸
- 4.32 - Verwendet ein Ehegatte das Gesellschaftsvermögen einer Kapitalgesellschaft dazu, Lebenshaltungskosten oder private Investitionen zu decken, wird ungeachtet der gehaltenen Anteile vermutet, dass die Kapitalgesellschaft von einem Ehegatten beherrscht wird.¹⁸⁹

4.3.2.2 Würdigung der Rechtsprechung

- 4.33 Es lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung ein Beherrschungsverhältnis nahezu ausnahmslos auf einen mehrheitlichen Aktienbesitz stützt. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass dies die häufigste Fallkonstellation darstellt, und zum anderen auch juristisch keinen Interpretationsspielraum lässt. In Übereinstimmung mit den in Kapitel 4.3.1 dargestellten Grundsätzen kann ein Mehrheitsgesellschafter gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und 4 OR bzw. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 und 5 OR mit seiner Stimmenmehrheit in der Generalversammlung sowohl die Gewinnausschüttung als auch den Verwaltungsrat bestimmen. In dieser Konstellation verfügt eine Person folglich über umfassende Kontrolle über eine Kapitalgesellschaft und ist in der Lage, ihr Einkommen selbst zu bestimmen.¹⁹⁰

¹⁸⁸ KGer GR ZK1 11 16 vom 29. Oktober 2015 E. II.8.e. Die Beherrschung einer Stiftung wird in dieser Dissertation nicht mehr weiter vertieft.

¹⁸⁹ KGer GR ZK1 17 45 vom 13. Februar 2018 E. II.8.2; KGer GR vom 18. Oktober 2018, in: PKG 2018, S. 28 ff., 38.

¹⁹⁰ Zur konkreten Berechnung vgl. Kapitel 4.4.

4.3.3 Beherrschung mit einer hälftigen Beteiligung

4.3.3.1 Überblick über die Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde eine Beherrschung bislang nicht nur bei der Mehrheit der Beteiligungsrechte angenommen, sondern auch dann, wenn eine Person genau oder ungefähr 50 % der Gesellschaftsanteile auf sich konzentrierte. 4.34

- Ein Ehemann war zu 50 % an einer Treuhand-AG beteiligt und reichte dem Gericht einen nicht unterzeichneten Lohnausweis ein. Das Bundesgericht führte zunächst aus, dass der Lohnausweis aufgrund der fehlenden Unterzeichnung sowie der im Vergleich zum Vorjahr erheblichen Einkommensreduktion keine Aussagekraft besitze. Auch wenn er lediglich hälftiger Eigentümer sei, müsse davon ausgegangen werden, dass er selbstständig über seinen Lohn bestimmen könne, da sich ein Beherrschungsverhältnis auch aus freundschaftlichen Beziehungen, insbesondere zu einem Mitgesellschafter, ergeben könne.¹⁹¹ 4.35
- Nach Auffassung des Obergerichts Zürich beherrscht der Ehemann die Kapitalgesellschaft, wenn er zusammen mit einem Geschäftspartner je 50 % der Aktien hält. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Kapitalgesellschaft regelmässig den Lebensunterhalt des Ehemanns finanziert und der Privathaushalt des Ehemanns mit der Kapitalgesellschaft verflochten ist.¹⁹² 4.36
- Das Zürcher Obergericht qualifizierte einen Ehegatten, der zusammen mit einem Geschäftspartner je 49 % der Aktien (zusammen 98 %) hielt, als beherrschend.¹⁹³ 4.37

Das Kantonsgericht Freiburg *verneinte* eine Beherrschung in der Konstellation, in der zwei Aktionäre zu je 50% an der Kapitalgesellschaft beteiligt 4.38

¹⁹¹ BGer 5A_379/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 2.1.

¹⁹² OGer ZH LQ100103 vom 20. Dezember 2012 E. IV.C.a.2.2.

¹⁹³ OGer ZH LC110055 vom 12. März 2012 E. V.6.b.

waren und sich über die Ausübung eines Kaufrechts zu Lasten des Ehegatten stritten. Eine Ausschüttung oder Darlehensgewährung wurde in diesem Fall als unwahrscheinlich erachtet.¹⁹⁴

4.3.3.2 Würdigung der Rechtsprechung

- 4.39 Die Rechtsprechung hat sich bisher nur am Rande mit der Konstellation befasst, in der sich zwei oder mehr Gesellschafter gegenüberstehen, von denen keiner über eine Kapital- oder Stimmenmehrheit verfügt. Diese Konstellation ist nun näher zu beleuchten und zu prüfen, in welchen Konstellationen eine Beherrschung (im familienrechtlichen Sinn) vorliegt:
- 4.40 Ein erster Anhaltspunkt für die familienrechtliche Beherrschung in soeben erwähnter Konstellation kann dem Übernahmerecht entnommen werden. Dort stellt sich regelmässig die Frage, ob zwei oder mehr Gesellschafter, von denen keiner über eine Kapital- oder Stimmenmehrheit verfügt, gemeinsam beherrschend sind. Gemäss Art. 120 FinfraG (Meldepflicht), Art. 135 FinfraG (Angebotspflicht), Art. 33 FinfraV-FINMA und Art. 12 FinfraV-FINMA können Absprachen zwischen mehreren Minderheitsaktionären mit dem Ziel der Beherrschung eine Melde- bzw. Angebotspflicht auslösen. Eine gemeinsame Beherrschung ist demnach anzunehmen, wenn der Wille des einzelnen Aktionärs hinter das Gruppeninteresse zurücktritt und das Ziel verfolgt wird, eine Kapitalgesellschaft mit vereinten Kräften zu beherrschen. Die gemeinsam Beherrschenden treten mit einer Stimme auf (wie ein einziger Aktionär). Das koordinierte Verhalten muss langfristig ausgerichtet sein und sich auf wesentliche Aspekte des Unternehmens wie die Unternehmensstrategie, die Aktionärsstruktur oder die Zusammensetzung des Verwaltungsrats beziehen. Ein unterschiedliches Abstimmungsverhalten in untergeordneten Fragen kann die gemeinsame Beherrschung nicht erschüttern.¹⁹⁵

¹⁹⁴ KGer FR 101 2014 280 vom 16. Juli 2015 E. 4.c.bb.

¹⁹⁵ Zum Ganzen: SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135, N. 51 ff.; BLAAS, N. 205; FORSTMOSEK/KÜCHLER, S. 237 f.; GEHRER, S. 180 ff.; PK Rechnungslegung-GLANZ/ZIHLER, Art. 963, N. 56; JENNY, S. 363 ff.; SK FinfraG-

Es stellt sich die Frage, ob diese börsenrechtliche Konstruktion auf das Familienrecht übertragen werden kann. Denn die entsprechenden Vorschriften des FinfraG bezwecken in erster Linie die Herstellung von Transparenz und den Schutz von Minderheitsaktionären.¹⁹⁶ Demgegenüber soll der familienrechtliche Durchgriff sicherstellen, dass alle Mittel, die der Familie zur Verfügung stehen könnten, in die Unterhaltsberechnung einbezogen werden und eine Gleichbehandlung von Kapital- und Personengesellschaften hergestellt wird.¹⁹⁷ Entscheidendes familienrechtliches Kriterium ist, dass eine Person so viel Einfluss auf eine Kapitalgesellschaft hat, dass sie ihr eigenes Einkommen steuern kann. Dies bedeutet, dass der Unternehmerehegatte einen so starken Einfluss auf die Kapitalgesellschaft haben muss, dass er seine Vorstellungen hinsichtlich der Lohnpolitik und/oder der (verdeckten) Gewinnausschüttung durchsetzen kann.¹⁹⁸

4.41

Die börsenrechtliche Regelung kann aber im Sinne eines Erfahrungssatzes ins Familienrecht übertragen werden, indem eine koordinierte Beherrschung voraussetzt, dass mindestens zwei Gesellschafter (still) übereinkommen, eine Kapitalgesellschaft gemeinsam zu beherrschen und fortan mit einer Stimme zu sprechen, um die gemeinsamen Interessen bestmöglich durchzusetzen. Für das Familienrecht gilt ebenso wie für das Börsenrecht, dass eine solche Vereinbarung dauerhaft und in zentralen Punkten

4.42

JUTZI/SCHÄREN, Art. 121, N. 8 ff.; FHB Kapitalmarktrecht-LENGNAUER, N. 9.115 f.; MOSER, N. 295; PETER/BOVEY, N. 298; PHILIPPE, N. 135 f.; CHK OR-SPOERLÉ, Art. 697], N. 22; FHB Kapitalmarktrecht-STADELMANN, N. 8.147 ff.

¹⁹⁶ Generell in Art. 1 Abs. 2 FinfraG, spezifisch in BGE 130 II 530 E. 5.3.1 (zum Minderheitenschutz); 136 II 304 E. 7.4; BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.5; BÜHLER, Handel, N. 275; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 120, N. 2; SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER, Art. 135, N. 6; BSK FinfraG-HOFSTETER/SCHILTER-HEUBERGER/BRÖNNIMANN, Art. 135, N. 6; REISER/TOBLER, S. 497 f.; SCHENKER, S. 165; BSK FinfraG-WEBER/BAISCH, Art. 120, N. 2.

¹⁹⁷ Vgl. vorstehend Kapitel 4.2.2-4.2.7.

¹⁹⁸ Vgl. Kapitel 4.3.1.

bestehen muss. Diese koordinierte Kontrolle kann sich z.B. darin äussern, dass die Gesellschafter gegenseitig das Geschäftsgebaren des anderen (z.B. den Bezug verdeckter Privatbezüge) tolerieren, solange die eigenen Bezüge ebenfalls akzeptiert werden.¹⁹⁹

4.43 Eine Beherrschung kann auch im familienrechtlichen Kontext durch einen Aktionärsbindungsvertrag entstehen, in dem bestimmten Personen bestimmte Rechte eingeräumt werden, die über ihre Aktionärsstellung hinausgehen. Dabei reicht eine negative Kontrolle (z.B. Vetorechte) noch nicht aus, um einen beherrschenden Einfluss im familienrechtlichen Sinne auszuüben, da das entscheidende Kriterium die Möglichkeit der Ertragsmaximierung ist. Mit Vetorechten können Entscheidungen zwar nur blockiert, nicht aber getroffen werden. Vetorechte können aber auch positivdominierend eingesetzt werden. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, indem das Vetorecht eines Gesellschafters dazu genutzt wird, um seine Forderungen in einem anderen Bereich durchzusetzen.

4.44 Ein kritischer Blick auf die obige Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte bisher eine Beherrschung immer dann bejaht haben, wenn sich zwei anteilmässig gleichwertige und einander wohlgesonnene Geschäftspartner gegenüberstanden und möglicherweise noch verdeckte Privatbezüge erfolgten.²⁰⁰ Im Lichte der vorstehenden Grundsätze erscheint diese Rechtsprechung richtig. Denn in diesen Fällen haben die Beteiligten durch den Bezug verdeckter Privatbezüge zum Ausdruck gebracht, dass sie in der Lage sind, ihr Einkommen eigenständig durch Privatbezüge zu erhöhen, was vom Geschäftspartner zumindest geduldet wird. Es ist also davon auszugehen, dass der Anteilseigner seinen Einfluss nutzen könnte, um sein Einkommen bis zur Höhe des eigenen Gewinnanteils zu steigern. Dabei ist es unerheblich, aus welcher Quelle die selbstbestimmbaren Einkünfte bezogen werden können.

4.45 Befinden sich aber zwei Gesellschafter mit je 50 % der Anteile im Streit und blockieren sie sich gegenseitig in den jeweiligen Organen, so kann

¹⁹⁹ Zu den verdeckten Privatbezügen vgl. Kapitel. 4.4.5.

²⁰⁰ Vgl. Kapitel 4.3.3.1.

– Kapitel 4: Unterhalt –

keine Partei ihre finanziellen Forderungen durchsetzen und gilt daher nicht als beherrschend. So hat auch das Kantonsgericht Freiburg²⁰¹ zu Recht entschieden, dass ein Ehegatte, der mit einem Geschäftspartner im Streit liegt und diese sich gegenseitig blockieren, nicht beherrschend im Sinne des Familienrechts sei.

²⁰¹ Vgl. Kapitel 4.3.3.1.

4.3.4 Beherrschung ohne namhafte Beteiligung

4.3.4.1 Überblick über die Rechtsprechung

- 4.46 Es gibt aber auch Fälle, in denen die schweizerischen Gerichte unterhaltsrechtlich eine Zurechnung des Gewinns der Kapitalgesellschaft an den Unterhaltspflichtigen vorgenommen haben, ohne dass dieser über namhafte Beteiligungsrechte verfügte:
- 4.47 - Ein Ehemann kontrollierte zu Beginn des Verfahrens 170 von 180 Aktien einer AG. Im Laufe des Verfahrens veräusserte er einen Teil seiner Aktien. Am Ende verfügte er noch über 88 Aktien und seine neue Partnerin über 52 Aktien (insgesamt 140 Aktien). Das Bundesgericht qualifizierte den Ehemann als beherrschend, da er aufgrund der partnerschaftlichen Beziehung zu seiner Lebenspartnerin nach wie vor über die Aktienmehrheit verfügte und somit allein bestimmend war.²⁰²
- 4.48 - Ein Ehemann verkaufte 92 % der Aktien der AG, bei der er angestellt war, an seine neue Partnerin und machte geltend, er sei nicht mehr beherrschender Gesellschafter. Da er sämtliche Vollmachten behielt und die AG weiterhin die persönlichen Schuldzinsen des Ehemanns bezahlte, qualifizierte das Bundesgericht den Verkauf als Scheingeschäft und ging von einer fortdauernden Beherrschung durch den Ehemann aus. Dies gelte, so das Bundesgericht, umso mehr, als die neue Hauptaktionärin (und Lebensgefährtin des Ehemanns) im Service tätig sei und keine leitende Funktion inne habe.²⁰³

²⁰² BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 3.3.

²⁰³ BGer 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.3.

- Ein Ehemann leistete das Stammkapital für die Gründung einer Kapitalgesellschaft. Kurze Zeit später war sein Cousin zusammen mit einem Dritten alleiniger Inhaber der Gesellschaftsanteile. Das Bundesgericht qualifizierte den Ehemann als wahren Eigentümer der Gesellschaft, da er als Geschäftsführer tätig war, die Eigentümer nicht vom Fach waren oder im Ausland lebten, die finanzielle Leistung des Stammkapitals durch diesen nicht nachgewiesen werden konnte und die Gründung der Gesellschaft nur einen Monat vor dem Eheschutzverfahren erfolgt war.²⁰⁴ 4.49
- Der Ehemann war als Finanzintermediär bei der H. GmbH tätig. I., der Schwager des Ehemanns und Bruder der Ehefrau, war als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen. Das Kantonsgericht bejahte die beherrschende Stellung des Ehemanns, da dieser über das für die H. GmbH wesentliche Know-how verfügte und I. selbst nicht operativ tätig war. Folglich habe er in dieser Kapitalgesellschaft eine so starke Stellung inne, dass er über die Lohnzahlungen mitbestimmen könne.²⁰⁵ 4.50
- Im Dezember 2009 gründete der Ehemann, A., die A. GmbH. Er war alleiniger Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigt. Im Jahr 2012 wurde A. Geschäftsführer der D. GmbH. Im Januar 2013 wurde über das Vermögen der A. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Im März 2013 wurde die D. GmbH in A.' GmbH umfirmiert und der Ehegatte als Geschäftsführer gelöscht. Seitdem war der Bruder von A. Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter. A. und sein Bruder zahlten sich das gleiche Gehalt aus. Das Obergericht Zürich qualifizierte den Ehemann aufgrund der bestehenden engen Verbindung zur A. und A.' GmbH als beherrschend.²⁰⁶ 4.51

²⁰⁴ BGer 5A_498/2011 vom 17. November 2011 E. 7 und 8.

²⁰⁵ KGer GR ZK1 13 19 vom 20. März 2013 E. I.3.a.

²⁰⁶ OGer ZH PC160010 vom 30. Juni 2016 E. II.4.3.1.

4.3.4.2 Würdigung der Rechtsprechung

- 4.52 Bei einer Minderheitsbeteiligung hat der Pflichtige – mangels Einfluss in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat – normalerweise keine Kontrolle über die Kapitalgesellschaft.²⁰⁷ Dennoch kann es Fälle geben, in denen die Rechtsprechung eine Beherrschung auch bei einer Minderheitsbeteiligung bejaht:
- 4.53 Bei Minderheitsbeteiligungen kann sich die Beherrschung zunächst aus einer bedeutenden Minderheitsbeteiligung ergeben, wenn die übrigen Anteile breit gestreut sind.²⁰⁸
- 4.54 Häufiger dürfte jedoch der Fall der *faktischen Beherrschung* sein. Diese liegt vor, wenn jemand einen beherrschenden Einfluss ausübt, ohne über Kapital, Stimmrechte oder eine Mehrheit der Anteile zu verfügen. Dieser beherrschende Einfluss ergibt sich aus faktischen Gegebenheiten (z.B. wesentliche Vertragsbeziehungen oder durch wirtschaftliche Abhängigkeit), die eine mittelbare Beherrschung der Geschäftspolitik der Kapitalgesellschaft bzw. ihrer Gesellschafter vermitteln.²⁰⁹ Diese Einflussnahme darf nicht nur auf der freiwilligen Mitwirkung Dritter beruhen, sondern muss

²⁰⁷ Zur Erfordernis der Beherrschung vgl. Kapitel 4.3.1. Für andere Rechtsbereiche: BGer 4C.35/2007 vom 18. April 2007 E. 3.2 (zur aktienrechtlichen Vinkulierung); EGLE, N. 503 (zum GwG); EITEL, Reformen, S. 29 (zur Erbrechtsrevision über die Unternehmensnachfolge); HERZOG/JAHNEL, N. 2.78 (zum Erbrecht); KÄCH, S. 197 (für die Bewertung von Aktien); LANGENEGGER, S. 224 (für die Bewertung von Aktien); SCHENKER, Unternehmenskauf, S. 23 f. (für das Übernahmerecht); DikeKomm KG-SÜSLÜ, Art. 4, N. 177 f. (für das Kartellrecht); WASER, S. 109 (zum Kartellrecht).

²⁰⁸ DAENIKER/HASLER, S. 126; DIAS, S. 86; DIEM, S. 120; DRUEY/VOGEL, S. 50; GOTSCHEV, N. 353; CHK Rechnungslegung-LIPP/IMARK, Art. 960d, N. 17; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, N. 3.395; OHLUND/TEITLER-FEINBERG, S. 307; RUBLI, S. 11; STEININGER, S. 34 und 211; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N. 1558.

²⁰⁹ Vgl. sogleich unten.

konstant und dauerhaft sein.²¹⁰ Die faktische Beherrschung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Einfluss einer Person so gross ist, dass die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft in der Ausübung ihrer gesellschaftsrechtlichen Aufgaben nicht mehr frei in ihren Entscheidungen sind und ihren eigenen geschäftlichen Willen nicht mehr umsetzen können.²¹¹

Eine faktische Beherrschung kann sich auch aus der Bereitstellung unersetzlicher Betriebsgrundlagen ergeben, die auch von Dritten nicht beschafft werden können.²¹² Unersetzliche Betriebsgrundlagen sind

4.55

²¹⁰ Für diverse Rechtsgebiete: BGer 5P.117/2002 vom 10. April 2002 E. 3.c (bei der Belastung eines Geschäftskontos für private Auslagen); FAHRLÄNDER, N. 138 (der als Beispiel einer faktischen Beherrschung einen einzigen Abnehmer nennt); HASLEBACHER, N. 190; LEUENBERGER, S. 304 f. (wo als Beispiel einer faktischen Beherrschung die Besetzung des einzigen VR Sitzes genannt wird; zustimmend: BLAAS, S. 33 f.); OHLUND/TEITLER-FEINBERG, S. 307 (unbestimmt worauf die faktische Beherrschung beruhen sollte); FHB Kapitalmarktrecht-STADELMANN, N. 8.152 (enge soziale oder geschäftliche Beziehungen); VON BÜREN, Erfahrungen, S. 81 (bei einer wirtschaftlichen Abhängigkeit aufgrund von Lizenzverträgen, Alleinvertriebsverträgen, Alleinbezugsverträgen, Darlehen und Sicherheiten usw.; zustimmend: SCHÄREN, S. 92); WASER, S. 109. Vgl. ferner Fn. 212.

²¹¹ Zum deutschen Steuerrecht: BFH IV R 20/98 vom 15. Oktober 1998; IX B 117/01 vom 23. Januar 2002 E. II.1; FG Hessen 13 K 287/06 vom 24. März 2010; FG Niedersachsen 2 K 562/05 vom 20. Juni 2007; FG Saarland 2 K 1223/03 vom 13. September 2007 E. 1.c; BRANDENSTEIN/KÜHN, S. 905; BROEMEL/KLEIN, S. 863; SPIEKER, N. 280 (Letzterer im Kontext der Einkommensermittlung beim Unterhaltsrecht). Einen alleinigen Einfluss auf die kaufmännische oder technische Geschäftstätigkeit reicht noch nicht für eine faktische Beherrschung (BFH II R 26/18 vom 23. Februar 2021 E. 3.b.aa; BAUSCHATZ, N. 371 ff.).

²¹² Im Allgemeinen: BK AG-BRÄNDLI/PETER, § 16, N. 12; EGGLE, N. 496; HANDSCHIN, Konzernverantwortungsinitiative, S. 1000 f.; KUNZ, Rundflug, S. 199 f.; DERS., Wirtschaftsrecht, N. 218; NATSCH, S. 76 ff.; NOBEL, S. 1232; SCHAUB,

insbesondere spezielles Know-how²¹³ oder Verträge (z.B. über Lizenzen, Nutzung von Immaterialgüterrechten, Abnehmer- oder Lieferantenverträge).²¹⁴ Zur Bestimmung der Betriebsnotwendigkeit ist zu fragen, ob diese Betriebsgrundlagen (gleich welcher Art) so wichtig sind, dass das Unternehmen ohne die entsprechende Ressource nicht ausgeübt oder fortgeführt werden kann. Darüber hinaus ist die entsprechende Ressource nur dann betriebsnotwendig, wenn sie nicht frei ersetzbar ist und der Betrieb bei Wegfall dieser Ressource nicht in gleichem Umfang weitergeführt werden kann.²¹⁵

4.56 Ausgehend von den obigen Ausführungen können sich in der Praxis beispielhaft folgende Konstellationen für die Bereitstellung unersetzlicher Betriebsgrundlagen ergeben, bei denen eine faktische Beherrschung zu bejahen ist:

4.57

S. 38; SOMMER, S. 303 (insbesondere Fn. 1663); VON BÜREN, Erfahrungen, S. 81 f.

²¹³ Vgl. insbesondere OLG Karlsruhe 8 U 27/05 vom 10. Januar 2006 E. II.B.2.b (wonach der Arbeitnehmer mit Spezialkenntnissen, der eine Kapitalgesellschaft verlässt und zur Konkurrenz geht, seiner ehemaliger Arbeitnehmerin erheblichen Schaden zufügen kann); ähnlich für das deutsche Steuerrecht: FG Hessen 13 K 287/06 vom 24. März 2010; FG Niedersachsen 9 K 18/19 vom 1. Dezember 2021 E. 16; BINZ, S. 567 f.

²¹⁴ HANDSCHIN, Konzern, S. 72 ff.; HERZOG, S. 21 f.; KUNZ, Konzernrecht, N. 232; DERS., Wirtschaftsrecht, N. 218; NATSCH, S. 7; SCHÄREN, S. 91 f.; SOMMER, Fn. 1663; VON BÜREN, S. 78 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N. 1561; ferner: DUCREY, S. 132; NOBEL, S. 1231.

²¹⁵ BFH IV R 135/86 vom 24. August 1989 E. 5.b; XI R 18/90 vom 12. Februar 1992; I R 96/08 vom 7. April 2010 E. 27.bbb; FG Sachsen 8 K 1387/11 vom 13. Juni 2012.

– Kapitel 4: Unterhalt –

- Die geschäftliche Identität einer Kapitalgesellschaft beruht im Wesentlichen auf einer Person. Dies ist z.B. der Fall, wenn eine Person eine Kapitalgesellschaft gegründet und aufgebaut hat (und unter Umständen sogar Namensgeber ist). Der beherrschende Einfluss dieser Person besteht darin, dass die Kapitalgesellschaft so eng mit dieser Person verbunden ist, dass ein Ausscheiden dieser Person aus der Kapitalgesellschaft die Geschäftstätigkeit durch einen Reputationsverlust erheblich beeinträchtigen würde.
- Zu denken ist auch an den Fall, dass die Beziehung zwischen der Kapitalgesellschaft und wichtigen Kunden oder Lieferanten auf einer besonderen persönlichen Beziehung (sei es Freundschaft, Vertrauen, ...) zwischen zwei Personen beruht und daher faktisch keine institutionelle Verbindung zur Kapitalgesellschaft besteht. Der beherrschende Einfluss zeigt sich darin, dass ein Ausscheiden dieser Person auch mit dem Ausscheiden wichtiger Kunden bzw. Lieferanten verbunden wäre, was wiederum zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Geschäftsgangs führen würde. 4.58
- Unersetzlich kann eine Person in einer Kapitalgesellschaft auch dann sein, wenn sie dort eine besondere Funktion ausübt, die nicht ohne Weiteres intern oder extern besetzt werden kann. Zu denken ist etwa an eine Kapitalgesellschaft, in der eine einzige qualifizierte Person (z.B. ein Arzt in einer Arztpraxis-AG) die Geschäftsführung innehat und ansonsten nur Hilfspersonen beschäftigt werden. Der beherrschende Einfluss ergibt sich daraus, dass bei einem Ausscheiden dieser Person aus der Kapitalgesellschaft diese ihre Geschäftstätigkeit einstellen müsste, da sie nicht sofort einen gleichwertigen Ersatz beschaffen könnte. 4.59

4.60

- Denkbar ist auch, dass eine Person aufgrund ihrer Stellung in der Kapitalgesellschaft mit dieser einen Vertrag über notwendige Betriebsgrundlagen abgeschlossen hat (z.B. eine Restaurant-GmbH mietet eine Immobilie in guter Lage von einem Angestellten, der nicht an der Gesellschaft beteiligt ist). Diese Person kann insofern einen beherrschenden Einfluss ausüben, als bei ihrem Ausscheiden aus der Kapitalgesellschaft auch der entsprechende Vertrag hinfällig würde.

4.61 Im Übrigen geht die deutsche Rechtsprechung im Sinne eines Erfahrungssatzes – der auch für die Schweiz gelten dürfte – davon aus, dass grundsätzlich alle Beteiligten (auch Partner von Gesellschaftern oder Geschäftsführern) die von ihnen ausgeübte Stellung auch dann tatsächlich ausüben, wenn ihre Bezugsperson fachlich überlegen ist. Eine faktische Beherrschung kann in dieser Konstellation nur dann angenommen werden, wenn der nicht geschäftsführende Anteilseigner sowohl im kaufmännischen als auch im technischen Bereich des ihm gehörenden Unternehmens mangels Erfahrung oder Fachkenntnis völlig unbedarft ist.²¹⁶ Darüber hinaus kann eine faktische Beherrschung nur dann angenommen werden, wenn die entsprechende (faktisch beherrschende) Person die Geschäftsführung auch tatsächlich ausübt.²¹⁷

4.62 Auch wenn diese Personen nicht kapitalmässig an der betreffenden Kapitalgesellschaft beteiligt sind, können sie aufgrund ihrer faktisch beherrschenden Stellung – ähnlich einer Nutzniessung – finanziell von der

²¹⁶ BFH VIII R 198/84 vom 9. September 1986 E. II.2.a ff.; FG Münster 3 K 533/17 F vom 11. Oktober 2018 E. 3.1.c. Eine Beherrschung des Geschäftsführers für sich allein wird nur angenommen, wenn er alleine über das Wirtschaftsgut bestimmen kann und die Gesellschafter (je nach Gesellschaftsform) kein Widerrufsrecht gegen den Geschäftsführer haben (BFH VIII R 24/01 vom 1. Juli 2003 E. II.2.b.cc).

²¹⁷ BFH VIII R 82-98 vom 15. März 2000 E. 2. Diese Rechtsprechung ist zwar im deutschen Steuerrecht entwickelt worden. Die ihr zugrunde liegenden (gesellschaftlichen) Sachverhaltsannahmen gelten jedoch rechtsgebietsübergreifend.

Kapitalgesellschaft profitieren, z.B. durch die Weiterleitung von Gewinnausschüttungen durch den formellen Anteilseigner, durch überhöhte Privatbezüge oder durch ein offensichtlich nicht marktübliches Gehalt der tatsächlich beherrschenden Person.²¹⁸

Die Rechtsprechung hat bisher einen beherrschenden Einfluss ohne (wesentliche) Beteiligung immer dann bejaht, wenn jemand Familienangehörige als Gesellschafter vorschiebt und gleichzeitig selbst die Gesellschaft leitet.²¹⁹ Diese Rechtsprechung erscheint mir zutreffend. Wird die Kapitalgesellschaft allein von einem Ehegatten geführt, der selbst nicht an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist, so hängt das Gedeihen der Kapitalgesellschaft allein davon ab, wie der operativ tätige Ehegatte die Geschäfte führt. Denn in einer solchen Konstellation könnte dieser Ehegatte durch einen Arbeitsplatzwechsel der Kapitalgesellschaft zumindest erheblichen Schaden zufügen. Damit hat er gegenüber dem Gesellschafter einen bedeutenden Einfluss, den er zur Maximierung seines Einkommens nutzen muss. Ich halte daher die bisherige Rechtsprechung zur faktischen Beherrschung ohne Anteile für richtig und ist entsprechend fortzuführen.

4.63

²¹⁸ Solch verdeckte Gewinnausschüttungen haben auch gesellschafts- und steuerrechtliche Risiken (BGE 140 III 602 E. 9.3; ZK AG II-MABILLARD, Art. 678, N. 72; VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 201 ff.).

²¹⁹ Vgl. Kapitel 4.3.4.1.

4.3.5 Verneinung der Beherrschung

4.3.5.1 Überblick über die Rechtsprechung

- 4.64 Es gibt aber auch Fälle, in denen die Rechtsprechung ein Beherrschungsverhältnis verneint hat:
- 4.65 - Ein Ehegatte hielt 45 % der Aktien einer Holding-AG, während sein Vater und sein Bruder zusammen die restlichen 55 % der Aktien kontrollierten. Die Holding-AG war zu 83,33 % an einer Tochtergesellschaft beteiligt, der Ehemann persönlich zu 16,67 %, so dass der Ehemann direkt und indirekt rund 54 % der Aktien der Tochtergesellschaft kontrollierte. Bei beiden Gesellschaften wurde der Ehegatte als nicht beherrschend eingestuft. Bei der Tochtergesellschaft wurden dem Ehegatten nur die direkt kontrollierten Gesellschaftsanteile zugerechnet.²²⁰
 - 4.66 - Das Kantonsgericht Freiburg verneinte ein Beherrschungsverhältnis, da der Ehemann nur 2 von 13 Aktien hielt.²²¹
 - 4.67 - Das Appellationsgericht Basel-Stadt verneinte die beherrschende Stellung eines Inhabers von 6 der 20 Stammanteile, der selbst nicht Arbeitnehmer der betreffenden GmbH war.²²²
 - 4.68 - Das Obergericht Zürich führte aus, dass wenn der Ehegatte alle Anteile verkauft hat und es sich beim Verkauf nicht um ein Scheingeschäft handelt, gilt er nicht mehr als beherrschend.²²³

4.3.5.2 Würdigung der Rechtsprechung

- 4.69 Die oben dargestellte Rechtsprechung ist uneingeschränkt nachvollziehbar. Kann ein Gesellschafter mangels Stimmen- oder Kapitalmehrheit

²²⁰ OGer ZH LE200019 vom 4. November 2020 E. IV.6.

²²¹ KGer FR 101 2018 363 vom 23. Januar 2020 E. 1.4.3.

²²² AppGer BS AG.2019.343 vom 6. Mai 2019 E. 3.3.2.1.

²²³ OGer ZH LY120040 vom 18. Juli 2013 E. II.3.1.

oder anderer beherrschender Elemente keinen (beherrschenden) Einfluss²²⁴ auf eine juristische Person ausüben, kommt auch eine Zurechnung des (unverteilten) Gesellschaftsgewinns nicht in Betracht. Die Gesellschaftsbeteiligung ist dann nur noch als normale Vermögensanlage anzusehen.²²⁵

4.4 Berechnungsmethoden der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

4.4.1 Dogmatische Überlegungen

Die Folge der Annahme eines Durchgriffs gemäss Kapitel 4.3 ist, dass das Einkommen der Parteien so berechnet wird, wie wenn sie selbständig erwerbstätig wären. Es wird also der Gewinn der Kapitalgesellschaft berücksichtigt, an der die Parteien beteiligt sind.²²⁶ Dies hat grundsätzlich nach

4.70

²²⁴ Vgl. Kapitel 4.3.1.

²²⁵ Der (ausgeschüttete) Vermögensertrag ist grundsätzlich zum unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen dazuzurechnen. Wenn eine Person ihr Vermögen nicht oder mit einem zu niedrigen Ertrag anlegt, kann ihr ein hypothetischer Vermögensertrag angerechnet werden (z.B. BGer 5A_14/2008 vom 28. Mai 2008 E. 5). Dabei handelt es sich aber nicht um eine Form des Durchgriffs, weshalb diese Problematik hier nicht weiter behandelt wird.

²²⁶ BGer 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2; 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2; 5A_392/2014 vom 20. August 2014 E. 2.2; 5A_683/2021 vom 3. Mai 2022 E. 4.3; KGer FR 101 2020 126 vom 29. April 2020 E. 2.3.1; CJ GE ACJC/1315/2022 vom 6. Oktober 2022 E. 3.1.7; ACJC/1386/2022 vom 19. Oktober 2022 E. 2.1.3 ff.; ACJC/1620/2022 vom 6. Dezember 2022 E. 2.1.3; KGer GR ZK1 18 127 vom 5. Mai 2020 E. 12.2; TC VD 2020/148 vom 16. April 2020 E. 3.2.1; 2023/139 vom 30. März 2023 E. 3.2.1; OGer ZH LY160050 vom 18. April 2017 E. II.B.3.1.3; LZ180022 vom 29. März 2019 E. III.B.2.2.4; LY180058 vom 20. Januar 2020 E. IV.3.2.3.1; BÄHLER, S. 477; BRÄM, Art. 163, N. 78; OFK ZGB-BRIANZA, Art. 125, N. 11; FamKomm I-BÜCHLER/RAVEANE, Art. 125, N. 34c; EPINEY-COLOMBO, S. 273; BSK ZGB I-

handelsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen.²²⁷ Will das Gericht von der handelsrechtlichen Bilanz abweichen, bedarf dies einer besonderen Begründung.²²⁸ Denn es liegt grundsätzlich in der unternehmerischen Verantwortung, welche Aufwendungen getätigt werden. Es geht bei der Gewinnermittlung nicht um die Berechnung eines «Existenzminimums der Gesellschaft».²²⁹

4.71 Nach Lehre und Rechtsprechung wird der anteilige Gewinn in die Einkommensermittlung einbezogen, unabhängig davon, ob er tatsächlich ausgeschüttet wurde oder nicht.²³⁰ Dabei kann auf zwei Arten vorgegangen werden. Entweder wird die Kapitalgesellschaft unterhaltsrechtlich wie eine Personengesellschaft oder ein Einzelunternehmen behandelt. In diesem Falle wäre der *erzielte Gewinn* massgeblich. Oder aber es wird unterstellt, dass die Kapitalgesellschaft ihren gesamten Gewinn ausschüttet

FOUNTOULAKIS, Art. 285, N. 16; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125, N. 15; MAIER, Berechnung, S. 342 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b; PRAZ, N. 309 ff.

²²⁷ OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.3.

²²⁸ Eine Abweichung vom ausgewiesenen Gewinn kann insbesondere durch unzulässige Abschreibungen und Rückstellungen oder durch verdeckte Privatbezüge begründet sein. Siehe dazu Kapitel 4.4.5.

²²⁹ OGer ZH LY160030 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.hh.

²³⁰ OGer ZH LE130028 vom 26. November 2013 E. 3.4.b; LE160021 vom 23. September 2016 E. II.A.6.2.4; LE170064 vom 6. März 2018 E. III.A.1.4; LE190011 vom 10. September 2019 E. II.5.4; vgl. aber OGer ZH LE190001 vom 19. Juli 2019 E. III.2.2, wo die Verrechnung der Gewinnausschüttung mit einem Kontokorrent des Ehegatten als Grund genommen wird, den Gewinn nicht miteinzubeziehen. Der letztgenannte Entscheid ist m.E. falsch, da unterstellt wird, dass ein Geschäftsgewinn unterhaltsrechtlich nur dann berücksichtigt wird, wenn er tatsächlich ausgeschüttet wird.

(Ausschüttungsfiktion) und nur der *ausschüttbare Gewinn* wäre unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen.²³¹

Bei der Beantwortung der Frage ist zu berücksichtigen, wie die Zurechnung des Gewinns der Kapitalgesellschaft als Einkommen dogmatisch einzuordnen ist. Der familienrechtliche Durchgriff beruht darauf, dass der Unterhaltspflichtige sein Einkommen zu Lasten des Unterhaltsberechtigten mindert. Dies deshalb, weil der Unterhaltspflichtige auch selbständig erwerbstätig sein könnte und deshalb unterhaltsrechtlich auch so zu behandeln ist.²³² Der ganze *erzielte Gewinn* der Kapitalgesellschaft ist ihm daher als hypothetisches Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zuzurechnen.²³³ Zur Gewinnberechnung hat das Bundesgericht einmal festgehalten, dass sich das Einkommen eines Selbständigerwerbenden nicht ändert, wenn er seine selbständige Erwerbstätigkeit in eine Kapitalgesellschaft umwandelt.²³⁴ Wenn also jemand wie ein Selbständigerwerbender zu behandeln ist, muss auch der Gewinn wie bei einem Selbständigerwerbenden berechnet werden, unabhängig von der verwendeten Rechtsform.²³⁵ Das Bundesgericht scheint damit auf den erzielten Gewinn

4.72

²³¹ Gemäss Art. 675 Abs. 2 und 3 OR dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Die Dividende darf erst festgesetzt werden, wenn die Zuweisung an die gesetzliche Gewinnreserve und die freiwilligen Gewinnreserven erfolgt sind. Zudem müssen sämtliche negativen Eigenkapitalkonti beseitigt worden sein und die Dividendenausschüttung darf nicht zu Liquiditätsengpässen führen (eingehend dazu vgl. Kapitel 4.4.2). Der erzielte Gewinn ist daher regelmässig höher als der ausschüttbare Gewinn.

²³² Vgl. Kapitel 4.2.

²³³ Vgl. Kapitel 4.4.3. Zur Qualifizierung als hypothetisches Einkommen vgl. BGer 5A_628/2009 vom 23. Dezember 2009 E. 3.2; explizit in TC NE vom 7. September 2020, in: RJN 2020, S. 200 ff. E. 5.b; OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.3.

²³⁴ BGer 5A_811/2012 vom 18. Februar 2013 E. 3.2.

²³⁵ Vgl. im Ergebnis Fn. 234. BGer 5A_203/2009 vom 27. August 2009 E. 2.4; a.A. CJ GE ACJC/1460/2013 vom 13. Dezember 2013 E. 6.2.2, wo

abzustellen mit der Begründung, dass Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften bzw. Einzelunternehmen bei der Berechnung der familienrechtlichen Leistungsfähigkeit gleich zu behandeln sind. Soweit ersichtlich, geht einzig das Kantonsgericht Freiburg von einer Ausschüttungsfiktion aus, mit der Folge, dass nur der ausschüttbare Gewinn für die Berechnung der Leistungsfähigkeit herangezogen werden kann.²³⁶

- 4.73 Dabei ist es unerheblich, ob die unmittelbar vom Ehegatten gehaltene Kapitalgesellschaft selbst operativ tätig ist oder nicht. Denn bei Holdinggesellschaften ist auf die gesamte Gruppe und nicht nur auf die Muttergesellschaft abzustellen.²³⁷ Ein Verlustausgleich zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften ist nicht zulässig.²³⁸

4.4.2 Einordnung des Dargestellten

- 4.74 Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung zur Berechnung des massgebenden Gewinns davon aus, dass die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person bei der Gewinnberechnung gänzlich ausser Acht zu lassen sei und die Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit auch rechnerisch wie eine Personengesellschaft zu behandeln sei.²³⁹ Wie bereits in Kapitel 4.2.7 angedeutet, kann dieser Auffassung nur teilweise

ausgeführt wird, dass solange die Gründung der Kapitalgesellschaft nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte, die spezifischen Vorschriften berücksichtigt werden müssen. Vgl. auch zum Güterrecht Kapitel 5.2.5. Zur Frage der Berücksichtigung von aktienrechtlichen Reservebildungen im Unterhaltsrecht vgl. Kapitel 4.4.2.

Vgl. allerdings auch BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 3.2, wo festgehalten wird, dass die spezifischen Rechnungslegungsvorschriften einer AG (Art. 957 ff. OR) berücksichtigt werden müssen.

²³⁶ KGer FR 101 2014 280 vom 16. Juli 2015 E. 4.c.bb; 101 2020 62 und 126 vom 29. April 2020 E. 2.3.2.

²³⁷ OGer ZH LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.f.

²³⁸ KGer GR ZK1 18 36 vom 15. April 2019 E. 10.4.2.

²³⁹ Vgl. Kapitel 4.4.1.

zugestimmt werden. So werden die Kapitalgesellschaften bei grösseren Unternehmen namentlich wegen ihrer haftungsbeschränkenden Eigenschaft bevorzugt.²⁴⁰ Dies ist ein gewichtiger Aspekt, von dem auch die Unternehmerfamilie profitiert, indem das private Familienvermögen vor dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger geschützt wird. Ohne diese Haftungsbeschränkung wäre der gewissenhafte Personengesellschafter oder Einzelunternehmer gehalten, private Vorkehrungen zur Abfederung des Haftungsrisikos zu treffen, wie z.B. die Bildung von Rücklagen oder der Abschluss teurer Betriebs- oder Berufshaftpflichtversicherungen. Dies wirkt sich wiederum finanziell nachteilig auf die Familie aus, da ansonsten produktives Kapital gebunden wird oder zusätzliche Absicherungskosten entstehen. Die alleinige Haftung der Kapitalgesellschaft ist daher auch für die Unternehmerfamilie finanziell vorteilhaft. In der Konsequenz muss dies bedeuten, dass, wenn die Unternehmerfamilie von den finanziellen Vorteilen einer Kapitalgesellschaft profitiert, ihr auch die mit einer Kapitalgesellschaft verbundenen finanziellen Nachteile (wie z.B. die Bildung von Reserven) entgeggehalten werden können.

Das Motiv der Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften ist auf einer grundsätzlichen Ebene nachvollziehbar, auf einer rechnerischen Ebene jedoch nicht umsetzbar. Denn wie soeben ausgeführt unterscheiden sich diese Gesellschaftsformen in ihren Kernmerkmalen derart, dass die Vorschriften für Personengesellschaften bzw. Einzelunternehmen nicht unbesehen auf Kapitalgesellschaften übertragen werden können. Daher wird hier dezidiert die Auffassung vertreten, dass auch das Unterhaltsrecht die speziell auf Kapitalgesellschaften zugeschnittenen Rechnungslegungsvorschriften akzeptieren muss. Alles andere käme einer Benachteiligung der Kapitalgesellschaften gegenüber den Personengesellschaften gleich, was dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit²⁴¹ widerspräche.

4.75

4.76

²⁴⁰ Vgl. Kapitel 3.2 und 4.2.7.

²⁴¹ Vgl. Kapitel 4.2.2.

Anstelle einer generellen Zurechnung des Gewinns der Kapitalgesellschaft nach den Regeln für Selbständigerwerbende – dort wird auf den gesamten und nicht nur auf den ausschüttbaren bzw. ausgeschütteten Gewinn abgestellt²⁴² – ist eine Ausschüttungsfiktion anzunehmen. D.h. es würde unterstellt, dass der ausschüttbare Gewinn²⁴³ jeweils von der Kapitalgesellschaft ausgeschüttet wird und der Vermögensertrag einer familienrechtlichen Partei sich entsprechend hypothetisch erhöht.²⁴⁴ Das familienrechtlich vorwerfbare Verhalten bestünde dann darin, dass eine beherrschende Partei die ihr rechtlich möglichen Ausschüttungsbeschlüsse nicht fasst und es damit unterlässt, ihr Einkommen im Rahmen der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Ordnung zu maximieren. Das völlige Ignorieren der Existenz von Kapitalgesellschaften erscheint m.E. als zu weitgehend und führt zu einer Ungleichbehandlung von Unternehmern, die ihr Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft anstatt einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens führen. Dies gilt umso mehr, als bei der Vollstreckung von Unterhaltsansprüchen das Geld von der Kapitalgesellschaft – trotz derzeit anderer Fiktion im Familienrecht – zuerst an den Gesellschafter überwiesen werden muss.²⁴⁵ Eine solche Übertragung des Gelds von einer Kapitalgesellschaft auf ihren

²⁴² Zum Einkommen von Selbständigerwerbenden vgl. BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2; 5A_24/2018 vom 21. September 2018 E. 4.1; 5A_678/2018 vom 19. Juni 2019 E. 4.2.4; GAURON-CARLIN, S. 62 f.; OFK ZGB-GMÜNDER, Art. 285, N. 3; MAIER, Aspekte, S. 1237; MAIER, Berechnung, S. 341 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b; MAIER/WALDNER-VONTOBEL, S. 875; PRAZ, N. 280 ff.

²⁴³ Vgl. dazu sogleich.

²⁴⁴ Würde eine Ausschüttungsfiktion angenommen, müsste dies auch steuerlich berücksichtigt werden, indem der ausschüttbare Betrag um die latente Steuerlast reduziert würde (vgl. insbesondere Art. 18b DBG und Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG bzw. Art. 31^{bis} StG SG und Art. 33 Abs. 1^{bis} StG SG zur Teilbesteuerung von Einkünften aus Beteiligungen).

²⁴⁵ Vgl. Kapitel 7.3.

Gesellschafter erfolgt in der Regel in Form von Gewinnausschüttungen²⁴⁶ und unterliegt stets den sogleich darzustellenden²⁴⁷ gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsbeschränkungen. Es wäre ein in sich inkonsistentes System, wenn Erträge angenommen würden, die gar nicht an ihren Gesellschafter ausbezahlt werden könnten.²⁴⁸ Im Folgenden soll daher dargestellt werden, wann der Gewinn einer Kapitalgesellschaft überhaupt ausschüttbar ist:

Gemäss Art. 675 Abs. 2 OR dürfen Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden». Zudem dürfen sie erst nach Zuweisung an die gesetzliche Gewinnreserve ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 3 OR). Konkret bedeutet dies, dass weder aus dem Aktienkapital noch aus der gesetzlichen Gewinnreserve eine Dividende ausgeschüttet werden darf. Ebenso darf der Bilanzgewinn nur insoweit ausgeschüttet werden, als er vorab zur Bildung von gesetzlichen (5 % des Jahresgewinns) und freiwilligen Gewinnreserven gemäss Art. 671-673 OR verwendet wird und sämtliche negativen Eigenkapitalkonti beseitigt sind. Nur der darüberhinausgehende Betrag darf

4.77

²⁴⁶ Denkbar ist auch, dass sich der Kapitalgesellschafter einen höheren Lohn auszahlt. Ein solcher höherer Lohn als Personalaufwand würde zwar direkt den anrechenbaren Gewinn mindern, wäre aber ohnehin familienrechtlich als Einkommen zu berücksichtigen.

²⁴⁷ Vgl. untenstehender Absatz.

²⁴⁸ Im Unterschied zur deutschen Regelung (vgl. Kapitel 4.2.5) ist auf eine betriebswirtschaftliche Prüfung der Ausschüttung zu verzichten, denn es ist nicht Aufgabe des Familiengerichts, über die Geschäftsstrategie zu befinden. Überdies würde eine solche Prüfung neue Ungleichheiten zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften begründen.

ausgeschüttet werden.²⁴⁹ Gewinnausschüttungen dürfen zudem nicht zu Liquiditätsengpässen führen.²⁵⁰

- 4.78 Das Bundesgericht geht bekanntlich von einer anderen Berechnungsgrundlage aus, weshalb diese nachfolgend dargestellt wird.

4.4.3 Konkrete Berechnung

- 4.79 Die Rechtsprechung hat sich bereits zu einzelnen Grundsätzen und Positionen geäußert, wie diese bei der Gewinnermittlung²⁵¹ zu berücksichtigen sind:

- 4.80 Grundlage für die Gewinnberechnung ist entweder der Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden Geschäftsjahrs und am Ende des Vorjahrs, bereinigt um Kapitalabflüsse

²⁴⁹ ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 675, N. 14 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 22, N. 673 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8, N. 60 ff.; OFK OR-FISCHER, Art. 675, N. 7; BK AG-GLANZMANN, Art. 675, N. 6 ff.; GUIDOUM, N. 305 ff.; SCHENKER/SCHENKER, S. 160 f.; BSK OR II-VOGT, Art. 675, N. 3 ff.; VON DER CRONE, N. 529 ff. Zur Behandlung von eigenkapitaleretzenden Darlehen vgl. BGE 140 III 533 E. 6.2.

²⁵⁰ HGer ZH HG130015 vom 20. Januar 2014 E. vi.5.2.2; HG140213 vom 22. Januar 2015 E. vi.5.2.2; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 675, N. 18; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8, N. 699; DERS., Eigenkapitalschutz, S. 19 f.; GUIDOUM, N. 531; BK AG-KLEIBOLD, Art. 671-674, N. 58; MAURER/HANDLE, FN. 38; RENGGLI/KISSLING/CAMPOUNOVO/HONOLD/KEEL, S. 464; BSK OR II-VOGT, Art. 675, N. 105. Zum Güterrecht vgl. Kapitel 5.2.5.

²⁵¹ Ein Verlust der Kapitalgesellschaft kann nicht mit anderen Einkommensarten verrechnet werden. Denn der Verlust einer Kapitalgesellschaft wird ausschliesslich vom Gesellschaftskapital getragen und belastet den Unternehmer nicht (Art. 674 OR; KGer GR ZK1 22 184 vom 21. Dezember 2023 E. 7.3.3.4; OGer SO ZKBER.2023.63 vom 15. April 2024 E. ii.6.2.3; OGer ZH LE210022 vom 2. Dezember 2021 E. III.2.6). Zahlt sich der Unternehmer also einen so hohen Lohn aus, dass er einen Verlust erwirtschaftet, ist er auf diesem Lohn zu behaften.

(Privatentnahmen) und Kapitalzuflüsse (Kapitaleinlagen)) oder der in einer gesetzlichen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesene Gewinn.²⁵²

Besteht Grund zur Annahme, dass die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, ist nicht auf diese abzustellen.²⁵³ Solche Zweifel können sich beispielsweise aus

²⁵² BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 3.a; 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2; 5A_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1; 5A_544/2014 vom 17. September 2014 E. 4.1; 5A_127/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.2; 5A_937/2016 vom 5. Oktober 2017 E. 3.2.2; KGer GR ZK1 17 141 vom 5. Oktober 2018 E. 5.5.1; OGer ZH LY160050 vom 18. April 2017 E. III.3.1.3; LE180029 vom 6. September 2018 E. III.3; LE180048 vom 11. April 2019 E. III.B.2.3; LE190018 vom 29. November 2019 E. III.4.3.2; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.3; LE200019 vom 4. November 2020 E. III.3.6.3; LE210020 vom 11. Mai 2022 E. IV.2.5; LE210026 vom 13. Juli 2022 E. II.3.2.3; BÄHLER, S. 477; BRÄM, Art. 163, N. 73 f.; DOLDER/DIETHELM, S. 657; MAIER, Berechnung, S. 341; DERS., Unterhaltsbeiträge, S. 1279; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b.

²⁵³ BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5P.41/2000 vom 14. März 2000 E. 1.d; 5P.332/2002 vom 21. November 2002 E. 2.3; 5P.229/2003 vom 24. Juli 2003 E. 3; 5A_543/2007 vom 19. März 2008 E. 5; 5A_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3 (Finanzierung des Lebensstandards durch Veräusserung einer Liegenschaft); 5A_676/2018 vom 19. Juni 2019 E. 4.2.4 (Nichteinreichung eines Kontoauszugs reicht noch nicht aus); OGer LU 22 06 18 vom 7. April 2006 E. 6.2.1.1; KGer SZ ZK2 2017 84 vom 9. Juli 2018 E. 2.b.bb.ccc; OGer ZH LE180029 vom 6. September 2018 E. III.4.2.a; LE180048 vom 11. April 2019 E. III.B.2.3; LE190018 vom 29. November 2019 E. III.4.3.2; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.1; LE200019 vom 4. November 2020 E. III.3.6.3; LY200037 vom 23. November 2020 E. 4.4.3; LZ200001 vom 21. August 2020 E. III.2.3; nicht ganz korrekt: OGer ZH LE210050 vom 9. Dezember 2021 E. 3.6, wo in einem schlechten Jahr – das von der Berechnung auszuklammern ist – auf die Privatbezüge abgestellt wird; BRÄM, Art. 163, N. 76; OFK ZGB-GMÜNDER, Art. 285, N. 3; HODEL/LIATOWITSCH, S. 227; MAIER, Berechnung, S. 341; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b; FamKomm I-SCHWEIGHAUSER, Art. 285, N. 128.

verschiedenen verdeckten Privatbezügen,²⁵⁴ nicht marktgerechten Vergütungen,²⁵⁵ nicht rückzahlbaren Darlehen²⁵⁶ oder einem überhöhten Lebensstandard ergeben.²⁵⁷ In solchen Fällen ist das massgebliche Einkommen anhand anderer Indizien zu ermitteln, wie z.B. offene oder verdeckte Privatbezüge, von der Kapitalgesellschaft bezahltes Haushaltsgeld oder Privatanteile an Fahrzeugen.²⁵⁸

4.82 Die Ermittlung des Einkommens auf der Grundlage eines (ordnungsgemässen) Gewinnausweises und diejenige auf der Grundlage privater Einkünfte schliessen sich gegenseitig aus und können nicht miteinander kombiniert werden.²⁵⁹

²⁵⁴ Zu den Privatbezügen vgl. unten und Kapitel 4.4.5.

²⁵⁵ BGE 128 III 4 E. 4.c.bb f.; CJ GE ACJC/1333/2015 vom 30. Oktober 2015 E. 5.2.3.

²⁵⁶ Dass ein Darlehen, das die Kapitalgesellschaft dem Anteilseigner gewährte, nicht zurückbezahlt werden muss, kann sich zunächst aus der Vergangenheit ergeben, indem die Kapitalgesellschaft auf eine Rückzahlung verzichtete. Weiter kann sich die fehlende Rückzahlungspflicht eines Darlehens auch dadurch ergeben, dass der beherrschende Ehegatte regelmässig auch zusätzlich für die Kapitalgesellschaft über die Darlehensrückzahlung entscheiden kann (OGer ZH LZ160011 vom 6. März 2018 E. C.2.4.b.dd) und er sich in Ausübung dieser Doppelrolle dafür entschliesst, sein privates Geld nicht für die Darlehensrückzahlung gegenüber der von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft zu verwenden (OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.c); im Detail vgl. Kapitel 4.4.5.

²⁵⁷ BGE 143 III 617 E. 5.4.2; OGer ZH LE180029 vom 6. September 2018 E. III.4.2.a; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.3.

²⁵⁸ Vgl. Kapitel 4.4.5.

²⁵⁹ BGer 5A_259/2012 vom 14 November 2012 E. 4.3; 5A_396/2013 vom 26. Februar 2014 E. 3.2.3; 5A_676/2019 vom 12. März 2020 E. 3.2; 5A_20/2020 vom 28. August 2020 E. 3.3; CJ GE ACJC/1140/2023 vom 5. September 2023 E. 4.6; ACJC/1338/2023 vom 6. Oktober 2023 E. 2.1.3; OGer ZH LE180029 vom 6. September 2018 E. 3; LE220009 vom 12. Juli

Privatbezüge können dann auch in Zukunft angerechnet werden, wenn der Ehegatte sie weiterhin beziehen kann und die Kapitalgesellschaft über genügend Liquidität verfügt, um sie weiterhin zu leisten. Andernfalls käme es zu einem unzulässigen Eingriff in die Vermögenssubstanz der Kapitalgesellschaft, der sich beim Inhaber der Gesellschaftsanteile niederschlagen würde.²⁶⁰

2023 E. iii.6; DE PORET BORTOLASO, S. 156; GAURON-CARLIN, S. 63; MAIER, Berechnung, S. 341; PRAZ, N. 300.

²⁶⁰ Explizit: OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.c. Jeweils generell einen Substanzeingriff ins Gesellschaftskapital ablehnend: BGer 5A_589/2009 vom 24. November 2009 E. 3.2; 5A_678/2018 vom 19. Juni 2019 E. 4.2.5 (wo 10 % Verzehr des Gesellschaftskapitals als übermässig betrachtet wird); OGer ZH LE140001 vom 27. Juni 2014 E. 2.7 (kein Substanzeingriff für Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen); LE180029 vom 6. September 2018 E. 4.2.a; BRÄM, Art. 163, N. 78; a.A. KGer SZ ZK2 2017 84 vom 9. Juli 2018 E. 4.c.bb.ccc (wo ein Substanzverzehr während des Massnahmeverfahrens für zumutbar erachtet wird). Jeweils im Ansatz ohne nähere Ausführungen: BGer 5P.41/2000 vom 14. März 2000 E. 1.a; 5A_903/2012 vom 26. Februar 2013 E. 4.2; 5A_585/2019 vom 3. September 2019 E. 2; OGer ZH LE200019 vom 4. November 2020 E. 3.6.5.3. Zum ausnahmsweisen Vermögensverzehr für Unterhaltungszwecke vgl. BGE 147 III 393 E. 6.1.2. Vgl. aber den Fall der Aufbauphase des Geschäfts N. 4.85.

4.4.4 Massgeblicher Zeitraum

4.84 Für die Bestimmung des unterhaltsrechtlich massgebenden Gewinns ist in der Regel auf den durchschnittlichen Gewinn der letzten drei Jahre abzustellen. Das Bundesgericht begründet dies in erster Linie mit der engen finanziellen Verflechtung zwischen dem Unternehmerhaushalt und dem Unternehmen bzw. der beherrschten Kapitalgesellschaft und der leichten Beeinflussbarkeit des Gewinnausweises. Durch das Abstellen auf die letzten drei Jahre will das Bundesgericht verhindern, dass der letzte Gewinnausweis unter dem Eindruck der Trennung geschönt wird. Zudem soll durch das Abstellen auf einen Zeitraum von drei Jahren den üblichen Gewinnschwankungen Rechnung getragen werden. Da der durchschnittliche zukünftige Gewinn ermittelt werden soll,²⁶¹ müssen besonders gute oder schlechte Geschäftsjahre unberücksichtigt bleiben. Bei stetig sinkenden oder steigenden Gewinnen ist auf das Ergebnis des letzten Jahrs abzustellen. Je grösser die Gewinnschwankungen sind, desto länger ist der für die Gewinnermittlung heranzuziehende Zeitraum.²⁶²

²⁶¹ BGE 143 III 617 E. 5; BGer 5A_463/2014 vom 8. Dezember 2014 E. 7.2; 5A_948/2016 vom 22. Dezember 2017 E. 4.1; 5A_678/2018 vom 19. Juni 2019 E. 4.1.4; CJ GE ACJC/1461/2020 vom 13. Oktober 2020 E. 4.1.3; ACJC/1360/2021 vom 12. Oktober 2021 E. 5.2.1; OGer ZH LY160041 vom 28. März 2017 E. 3.4.1; LE170065 vom 16. April 2018 E. 8; MAIER, Berechnung, S. 341; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b.

²⁶² Zum Ganzen: BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5A_987/2020 vom 24. Februar 2022 E. 4.2; 5A_621/2021 vom 20. April 2022 E. 3.2 (Abweichung von 26 % noch kein «Ausreisser»); 5A_565/2022 vom 27. April 2023 E. 3.1.1.1; KGer FR 101 2021 99 vom 29. September 2022 E. 3.4.2; 101 2021 526 vom 6. Oktober 2022 E. 3.3.1; CJ GE ACJC/337/2023 vom 9. März 2023 E. 2.1.4; ACJC/324/2023 vom 28. Februar 2023 E. 3.1.3; TC VD JS22.001688-220916-22097036 vom 27. Januar 2023 E. 4.1.2; JS21.026245-220227-220234440 vom 29. August 2022 E. 4.3.2; OGer ZH LY220023 vom 29. November 2022 E. 4.1; LY220004 vom 23. Januar 2023 E. III.4.8; AFFOLTER, S. 835; BÄHLER, S. 477; BRÄM, Art. 163, N. 73 f.; GAURON-CARLIN, S. 62 f.; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N. 2208; MAIER, Berechnung, S. 341;

Befindet sich ein Unternehmen erst in der Aufbauphase und fehlt eine Vergleichsperiode, so hat das Gericht den zukünftigen Gewinn zu schätzen. Auch wenn eine solche Schätzung naturgemäss mit Unsicherheiten behaftet ist, muss die Schätzung eine «umfassende, wertende Betrachtung (...) die keine sachfremden Kriterien umfass[t]»²⁶³ beinhalten. Dabei können die berufliche Qualifikation, das berufliche Netzwerk, die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Lohnstatistik, die aktuelle Tätigkeit und schliesslich auch der Leumund des Ehegatten berücksichtigt werden. Verfügt ein Ehegatte über genügend Vermögen, um eine Aufbauphase zu überbrücken, ist ihm ein Vermögensverzehr zuzumuten.²⁶⁴ Eine Übergangsfrist ist nicht anzuordnen. Die Aufbauphase beträgt rechtsprechungsgemäss in der Regel drei Jahre.²⁶⁵

DERS., Unterhaltsbeiträge, S. 1279; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 32b; PRAZ, N. 288 ff.; STAUB, N. 297.

²⁶³ BGer 5A_671/2014 vom 5. Juni 2015 E. 3.3.3.

²⁶⁴ BGer 5A_671/2014 vom 5. Juni 2015 E. 3.3.1 bis 3.3.4; OGer ZH LY160030 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.dd.

²⁶⁵ BGer 5A_75/2007 vom 25. Mai 2007 E. 3.2; 5A_543/2020 vom 5. November 2020 E. 3.1; OGer ZH LY200008 vom 4. Juni 2008 E. 3.3.2.

4.4.5 Einzelne Positionen

- 4.86 Ist die handelsrechtliche Gewinn- und Verlustrechnung Grundlage für die Ermittlung des familienrechtlichen Einkommens, so ist diese Gewinn- und Verlustrechnung um folgende Positionen zu bereinigen:
- 4.87 - Rein *buchhalterische und nicht liquiditätswirksame Positionen* (z.B. die Auflösung von Rückstellungen oder die Abschreibung von Immaterialgüterrechten), denen kein unmittelbarer Liquiditätszu- oder -abfluss gegenübersteht, sind bei der Ermittlung des massgeblichen Gewinns auszuschneiden, da daraus die Familie ihre Bedürfnisse nicht decken kann.²⁶⁶
- 4.88 - Ebenso sind überhöhte *Abschreibungen* und ungerechtfertigte Rückstellungen dem Gewinn der Kapitalgesellschaft hinzuzurechnen:
- 4.89 Abschreibungen sind insbesondere dann ungerechtfertigt, wenn sie gegen Art. 960a OR verstossen. Diese Bestimmung räumt der Gesellschaft ein gewisses Ermessen bei der Festlegung der Nutzungsdauer und der Abschreibungsmethode ein.²⁶⁷ Die Gesellschaft muss jedoch an der einmal festgelegten Abschreibungsdauer und -methode festhalten und kann diese nicht ändern, sofern keine sachlichen Gründe vorliegen (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 6 OR).²⁶⁸ Das Gericht

²⁶⁶ BGer 5A_937/2016 vom 5. Oktober 2017 E. 3.2.2; KGer GR ZK1 18 36 vom 15. April 2019 E. 10.4.1; KGer SZ ZK2 2019 39 vom 6. Mai 2020 E. 4.b.aa; OGer ZH LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.e; LE170064 vom 6. März 2018 E. A.1.5; LY180025 vom 13. November 2018 E. II.B.1.5; LE230002 vom 15. März 2023 E. 2.3.1.

²⁶⁷ BERTSCHINGER, N. 339; BLUMENSTEIN, S. 308 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 6, N. 795; PK Rechnungslegung-HÜTTSCHE, Art. 960a, N. 64 ff.; CHK Rechnungslegung-LIPP/IMARK, Art. 960a, N. 25; BSK OR II-HAAG/NEUHAUS, Art. 960a, N. 17 ff.; SCHWARZ, S. 218 f.; VON DER CRONE, N. 140.

²⁶⁸ BERTSCHINGER, N. 339; BÖCKLI, N. 964; DERS., Aktienrecht, § 6, N. 168 ff.; HANDSCHIN, § 10, N. 327 ff.; PK Rechnungslegung-HÜTTSCHE, Art. 960a, N. 83 ff.; JÖRG/ARTER, S. 120; JUTZI, Fn. 1687; CHK Rechnungslegung-

– Kapitel 4: Unterhalt –

kann in Anwendung dieser Bestimmung nur dann in die Berechnung des massgebenden Einkommens eingreifen, wenn die Gesellschaft ihr Abschreibungsermessen völlig überschreitet oder die Abschreibungsmethode aus unsachlichen Gründen wechselt.

- Auf Forderungen aus Lieferung und Leistung werden *Wertberichtigungen* in Höhe von 5 % auf inländische und 10 % auf ausländische Forderungen vorgenommen. Ebenso werden Wertberichtigungen auf Vorräte in Höhe von einem Drittel («Warendrittel») anerkannt.²⁶⁹ 4.90
- Da im Unterhaltsrecht besonders strenge Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft gestellt werden, kann sich der Unterhaltspflichtige auch nicht auf die *Bildung von (gesetzlichen oder sonstigen) Reserven* berufen – denn jede Partei könnte ihr Unternehmen in Form einer Personengesellschaft betreiben und diese ist nicht zur Bildung von Reserven verpflichtet.²⁷⁰ 4.91

4.92

LIPP/IMARK, Art. 960a, N. 25; MONFERRINI, S. 263; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 366c; VON DER CRONE, N. 135.

²⁶⁹ ALTORFER/DUSS/FELBER, S. 536 f.; BÖCKLI, N. 899 ff.; DERS., Rechnungslegung, Fn. 85 (mit Hinweis auf die entsprechende Erwähnung in der Botschaft); PK Rechnungslegung-HÜTTICHE, Art. 960a, N. 159; BSK OR II-HAAG/NEUHAUS, Art. 960a, N. 26; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 364h; kritisch: BERTSCHINGER, N. 388 f.

²⁷⁰ Bereits unter Kapitel 4.2 unter verschiedenen Aspekten behandelt; OGer ZH LE150037 vom 18. März 2016 E. III.A.2.3 (allerdings aus formellen Gründen); LE180029 vom 6. September 2018 E. III.4.2a; LE210025 vom 19. Januar 2022 E. 3 (jeweils mit dem Hinweis, dass der Reingewinn Gegenstand des Einkommens Selbständigerwerbender sei und Reservezahlungen nicht zu diesem gehören würde); a.A. aber ohne Begründung: KGer SZ ZK2 2019 65 vom 16. Juni 2020 E. 6.c.cc; OGer ZH LE150014 vom 14. August 2015 E. 4.

- *Verdeckte Privatbezüge* erhöhen das massgebliche Einkommen. Verdeckte Privatbezüge sind gewinnmindernd verbuchte Aufwendungen, die in keinem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft stehen, sondern einen Dritten (in der Regel den Anteilseigner) privat begünstigen.²⁷¹

4.93

Hat der beherrschende Ehegatte hingegen Privatbezüge ordnungsgemäss über sein Kontokorrent (Aktionärskonto) verbucht (offene Privatbezüge), sind diese Privatbezüge erfolgsneutral, da es sich um ein erfolgsneutrales Darlehen zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Anteilseigner handelt.²⁷² Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn ein Darlehen (einschliesslich eines Aktionärskontokorrents) der Kapitalgesellschaft an ihren Anteilseigner nur fiktiv ist und

²⁷¹ BGE 143 III 617 E. 5.1.; BGer 5P.252/2005 vom 4. August 2005 E. 2; 5A_543/2007 vom 19. März 2008 E. 5; KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 13.2.1.; OGer ZH LQ090072 vom 2. November 2012 E. III.5.2.; LQ100103 vom 20. Dezember 2012 E. C.3.4.; LE110061 vom 18. Januar 2013 E. II.3.2.4.; LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.c ff.; LY130006 vom 10. Juli 2013 E. II.4.b.; LE140070 vom 16. April 2015 E. E.2.4.c.; LY160031 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.hh.; PC160010 vom 30. Juni 2016 E. II.4.3.2.; LY170017 vom 27. September 2017 E. III.3.2.; LY170024 vom 10. November 2017 E. III.2.1.1.; LE170064 vom 6. März 2018 E. III.A.1.1.; LE180029 vom 6. September 2018 E. III.3.; LY180058 vom 20. Januar 2020 E. IV.8.1.; LE190018 vom 29. November 2019 E. III.4.3.2.; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.4 f.; LE200019 vom 4. November 2020 E. III.3.4.2 und III.3.6.3.; LE210026 vom 13. Juli 2022 E. II.3.2.3.3.; AFFOLTER, S. 835; BRÄM, Art. 163, N. 76; KOKOTEK, N. 70.

²⁷² BGer 5A_259/2012 vom 14. November 2012 E. 4.3.; 5A_463/2014 vom 8. Dezember 2014 E. 7.4.; CJ GE ACJC/1333/2015 vom 30. Oktober 2015 E. 5.2.3.; KGer GR ZK1 18 27 vom 5. Mai 2020 E. 12.3.; KGer SG FS.2019.19 vom 16. April 2020; OGer ZH LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.c.; LY160030 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.ee.; LZ160010 vom 6. März 2018 E. B.2.4.b.dd.; LE180029 vom 6. September 2018 E. III.4.2.d.; MAIER, Unterhaltsfestsetzung, S. 171.

kein Rückzahlungswille des beherrschenden Ehegatten besteht.²⁷³ Ein Indiz für ein solches simuliertes Darlehen kann darin liegen, dass die Kapitalgesellschaft ihrem Anteilseigner ein Darlehen gewährt, obwohl dieser aufgrund seiner prekären finanziellen Situation nicht in der Lage ist, seinen Zins- und Tilgungsverpflichtungen nachzukommen. Ferner ist von einer Darlehenssimulation auszugehen, wenn der Anteilseigner mit dem Darlehen seinen Lebensunterhalt bestreitet oder eine Umschuldung vornimmt. Weitere Indizien für eine Simulation sind, wenn kein schriftlicher Darlehensvertrag vorliegt, wenn die Darlehensgewährung ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegt, wenn das Darlehen im Verhältnis zum übrigen Gesellschaftsvermögen eine aussergewöhnliche Höhe erreicht, wenn es das Eigenkapital übersteigt oder wenn sich die Kapitalgesellschaft die Darlehensmittel selbst bei Dritten beschaffen musste.²⁷⁴ Der fehlende Rückzahlungswille kann sich auch erst

²⁷³ So etwa OGer ZH LZ160010 vom 6. März 2018 E. II.9.1, wo der Ehemann just während des Gerichtsverfahrens den anfallenden Gewinn dafür verwendete, ein Darlehen gegenüber seiner Kapitalgesellschaft zu tilgen, obwohl er bereits in den Vorjahren dazu die Möglichkeit hatte. Das Obergericht verwies ihn darauf, dass er als Unternehmer die Darlehensbedingungen selbst bestimmen könne und keine wirtschaftlichen Gründe ersichtlich seien, wieso er gerade jetzt das Darlehen habe tilgen müssen; anders KGer GR ZK1 18 127 vom 5. Mai 2020 E. 12.3 und OGer ZH LY160030 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.ee, wonach der Unternehmer selbst entscheide, wie viel Bezüge für eine Kapitalgesellschaft verkräftbar seien; im Allgemeinen: BGE 138 II 57 E. 5.1; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 680, N. 144 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8, N. 739; KÄGI, § 5, N. 86 ff. und 111; OULEVEY/LEVRAT, N. 178; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 1087a f.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N. 273; BSK OR II-VOGT, Art. 680, N. 22; VON DER CRONE, N. 554.

²⁷⁴ Zum Aktien- und/oder Steuerrecht: BGE 138 II 57 E. 5.1; VGer ZH SB.2021.00102 vom 15. Dezember 2021 E. 2.2.2; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 680, N. 144 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 7, N. 62; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 680, N. 49 (zum Klumpenrisiko); KÄGI, § 5, N. 99;

später zeigen, z.B., wenn sich die finanzielle Lage des Darlehensnehmers verschlechtert (und gleichzeitig eine Erhöhung des Darlehens erfolgt).²⁷⁵

- 4.94 Erzielt eine Kapitalgesellschaft im massgeblichen Zeitraum²⁷⁶ nur *Verluste*, besteht kein Raum für die Hinzurechnung eines zusätzlichen (hypothetischen) Einkommens.²⁷⁷
- 4.95 Zahlt eine von einem Ehegatten beherrschte Kapitalgesellschaft dem anderen Ehegatten *ohne entsprechende Arbeitsleistung einen Lohn* (inkl. Bonus etc.), so liegt ein (verdeckter) Privatbezug vor, der dem beherrschenden Ehegatten als Einkommen anzurechnen ist.²⁷⁸
- 4.96 Stimmt ein Ehegatte der *Umstrukturierung* einer Kapitalgesellschaft (und der damit verbundenen Gewinnminderung) des anderen Ehegatten zu, kann er sich später nicht darauf berufen, dass dem anderen Ehegatten ein über den neuen Gewinn hinausgehendes Einkommen anzurechnen ist.²⁷⁹
- 4.97 Eine *Parallelbilanz* im eigentlichen Sinne zu führen, ist nicht erforderlich. Der Referenzzeitraum umfasst die letzten drei Jahre. Auf der Grundlage dieser drei Jahre wird dann eine Schätzung für die Zukunft vorgenommen

MEIER-MAZZUCATO, Grundriss, S. 652; SIMONEK, N. 112 ff.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N. 273.

²⁷⁵ BGer 2C_872/2020 vom 2. März 2021 E. 3.5; VGer LU vom 3. Mai 2006, in: LGVE 2006 II Nr. 16 E. 2.c; VGer SG vom 20. August 2002, in: GVP 2002 Nr. 27 E. 4.e; VGer ZH SB.2007.00077 vom 23. Januar 2008 E. 2.2.2; BLUM, Fn. 25; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 680, N. 142 ff. (kritisch); GLANZMANN, S. 101; JAGMETTI, S. 180; BSK OR II-VOGT, Art. 680, N. 91 (bei einem bewussten Fortführen des Darlehens).

²⁷⁶ Vgl. Kapitel 4.4.4.

²⁷⁷ BGer 5A_628/2009 vom 23. Dezember 2009 E. 3.2.

²⁷⁸ OGer ZH LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.e; LY160030 vom 31. März 2017 E. C.1.1.d.ff; LE180029 vom 6. September 2018 E. II.4.2b; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.b.

²⁷⁹ BGer 5A_392/2014 vom 20. August 2014 E. 3.2.

und es findet keine laufende Überprüfung (durch einen Dritten) statt, ob diese Annahme richtig oder falsch ist. Eine fortlaufende Erfolgsrechnung und familienrechtliche Bilanz wären daher nicht sinnvoll, da es durchaus möglich ist, dass der einmal festgesetzte Unterhalt bis zum ursprünglich vorgesehenen Ende unverändert bleibt. Allenfalls ist denkbar, dass im Abänderungsverfahren²⁸⁰ der Gewinn der Kapitalgesellschaft wieder relevant wird. Massgeblich werden aber auch dann nur die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten Jahre sein, die nach den obigen Grundsätzen anzupassen sind. Aus diesem Grund ist m.E. auf eine Schatzenrechnung zu verzichten und jeweils der anrechenbare Gewinn der entsprechenden Referenzperiode zu ermitteln.

4.5 Sparquote der beherrschten Kapitalgesellschaft

In den Kapiteln 4.2-4.4 wurde geklärt, was das familienrechtlich anrechenbare Einkommen ist. Dieses Einkommen bestimmt massgeblich die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit. Es ist aber auch der zuletzt gelebte Standard abzubilden, weshalb vom Überschuss der Betrag abzuziehen ist, den die Familie nicht für ihre konkrete Lebensgestaltung verbraucht hat (Sparquote). Trennungsbedingte Mehrkosten, die nicht durch einen allfälligen Mehrverdienst gedeckt werden können, sind soweit möglich aus der Sparquote zu finanzieren.²⁸¹

4.98

Wird der Gewinn der Kapitalgesellschaft zur Berechnung des Einkommens der Parteien hinzugezogen, wird damit suggeriert, dass dieses

4.99

²⁸⁰ Vgl. Kapitel 4.8.

²⁸¹ BGE 140 III 485 E. 3.3; 147 III 265 E. 7.3; AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung, S. 382 f.; FamKomm II-AESCHLIMANN/BÄHLER, Anhang Unterhaltsberechnung, N. 86; ARNDT, Sparquote, S. 53 f.; ARNDT/LANGNER, S. 184; BÄHLER, Unterhaltsberechnungen, S. 283 f.; BRÄNDLI/HURNI/WISMER, S. 304 f.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, S. 470; DIES., Vereinheitlichung, S. 225 ff.; HAUSHEER, Scheidungsunterhalt, S. 375 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 176, N. 29e; MAIER/WALDNER-VONTOBEL, Fn. 13; MEYER, S. 899; MOR-DASINI/STOLL, S. 535 f.; SCHWIZER/OERI, S. 5 f.

Einkommen der Familie während des Zusammenlebens zur Bestreitung des Lebensunterhalts zur Verfügung stand. Wo das Geld aber weder offen noch verdeckt ausgeschüttet wurde, konnte es die Familie aber gerade nicht für die Lebenshaltung verwenden.²⁸² Ein Gewinn einer beherrschten Kapitalgesellschaft kann daher in erster Linie nur dann in die Leistungsfähigkeit der Parteien einfließen, wenn er der Familie *in der Vergangenheit* zur Deckung des zuletzt gelebten Standards zur Verfügung stand. War dies nicht der Fall, weil der Gewinn in der Kapitalgesellschaft thesauriert wurde, gilt dieser thesaurierte Gewinn als Sparquote und kann allenfalls zur Deckung der trennungsbedingten Mehrkosten herangezogen werden.

4.100 Ziel der unterhaltsrechtlichen Gewinnermittlung ist es festzustellen, welche Einkünfte jemand erzielen kann, um sie zur Deckung des Lebensbedarfs der Familie einzusetzen.²⁸³ Folgerichtig geht die Rechtsprechung davon aus, dass nur der Gewinn in die Einkommensberechnung einbezogen werden darf, der auch zukünftig zur Deckung des Familienbedarfs verwendet werden kann. Es muss also entweder genügend Liquidität für die weitere Ausschüttung vorhanden sein oder es muss aufgrund bestehender Darlehen die Möglichkeit bestehen, den Gewinn durch Verrechnung liquiditätsneutral auszuzahlen.²⁸⁴

²⁸² Offengelassen in AppGer BS ZB.2018.42 vom 27. Juni 2019 E. 4.5; KassGer ZH vom 25. Juni 1991, in: ZR 90/1991, S. 167 ff., 168 f.; OGer ZH LE120066 vom 12. April 2013 E. III.3.e; LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.b; SCHWIZER/OERI, S. 8, die begründen, dass der zurückbehaltene Gewinn den gelebten Lebensstandard nicht beeinflusst habe.

²⁸³ BGer 5P.235/2001 vom 20. November 2001 E. 4.c; 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2; OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.

²⁸⁴ BGer 5A_90/2016 vom 16. August 2016 E. 4.4; OGer ZH LE190029 vom 12. Februar 2020 E. D.3.2.5.c; andeutungsweise BGer 5A_948/2016 vom 22. Dezember 2017 E. 4.1. Zum vergleichbaren Aktivtest im Güterrecht vgl. Kapitel 5.2.5.3.

Der Gewinn einer Kapitalgesellschaft beeinflusst zwar die Leistungsfähigkeit der Parteien,²⁸⁵ führt aber nicht automatisch zu einem höheren Unterhaltsbeitrag. Vielmehr ist zusätzlich zu prüfen, ob der Gewinn offen oder verdeckt an die Parteien ausgeschüttet und zur Deckung der Lebenshaltungskosten während des Zusammenlebens verwendet wurde. Ist bzw. war dies nicht der Fall, kann der Gewinn der Kapitalgesellschaft – wie erwähnt – allenfalls zur Deckung des trennungsbedingten Mehraufwands herangezogen werden. M.E. können auch erfolgsneutrale Darlehen der beherrschten Kapitalgesellschaft an die Parteien zur Finanzierung des zuletzt gelebten Standards bei der Ermittlung des Einkommens berücksichtigt werden, soweit sie den zu berücksichtigenden Gewinn nicht übersteigen. Dies erscheint sachgerecht, da die Gewinne der Gesellschaft durch ihre Ausschüttung mittelbar als Sicherheit und zur Verrechnung mit den gewährten Darlehen dienen.

4.101

4.6 Prüfprogramm

Aufgrund der Kapitel 4.2-4.5 muss in einem Unterhaltsverfahren folgendes Prüfprogramm angewendet werden:

4.102

1. Beherrscht eine Person eine Kapitalgesellschaft (vgl. dazu Kapitel 4.3)?²⁸⁶ Wenn ja:
2. Wie hoch ist der anrechenbare Gewinn dieser Kapitalgesellschaft (vgl. dazu Kapitel 4.4)?

²⁸⁵ Vgl. dazu auch Kapitel 4.3 und 4.4.

²⁸⁶ Da es sich um einen unechten Zurechnungsdurchgriff (vgl. Kapitel 3.4 und 4.2) handelt, bedarf es keiner gesonderten Prüfung der Rechtsmissbräuchlichkeit mehr. Vielmehr ergibt sich bereits aus der Auslegung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen, dass unter dem Einkommen der Beteiligten auch die Gewinne der von ihnen beherrschten Kapitalgesellschaften zu verstehen sind. Die juristische und vermögensmässige Selbständigkeit einer Kapitalgesellschaft wird also *ex lege* ausser Acht gelassen.

3. In welchem Umfang wurde während dem Zusammenleben der Gewinn gemäss Ziff. 2 an die Partei (verdeckt oder offen) ausgeschüttet und damit zur Deckung der Lebenskosten verwendet (vgl. Kapitel 4.5)?

4.103 Im Umfang von Ziff. 3 ist der Gewinn an das Einkommen der entsprechenden Partei anzurechnen. Im Übrigen darf der Gewinn der Kapitalgesellschaft nur zur Deckung der trennungsbedingten Mehrkosten²⁸⁷ verwendet werden.

4.7 Beweislast und Beweisanforderungen

4.7.1 Grundsätze

4.104 Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB hat der Unterhaltsgläubiger die unterhaltsbegründenden Tatsachen nachzuweisen. Dazu gehört auch das eigene Einkommen und das des Unterhaltsschuldners.²⁸⁸ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dann, wenn die nicht beweisbelastete Partei dem Beweisgegenstand nähersteht und die beweisbelastete Partei in Beweisnot gerät, die nicht beweisbelastete Partei eine besondere Mitwirkungsobliegenheit trifft. In diesem Fall muss der Beweisgegner nicht nur die behauptete Tatsache bestreiten, sondern auch darlegen, wie sich der Sachverhalt aus seiner Sicht darstellt (substantiiertes Bestreiten).²⁸⁹

²⁸⁷ Vgl. Kapitel 4.5.

²⁸⁸ BGer 5A_96/2016 vom 18. November 2016 E. 3.1; 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.3; 5A_119/2021 vom 14. September 2021 E. 5.3; KGer FR 101 2020 103 vom 29. Juni 2020 E. 4.2; 101 2019 279 vom 18. Januar 2021 E. 13.1.2; KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 12.3.1; KGer SZ ZK2 2019 23 vom 5. Oktober 2020 E. 6.a; ZK2 2020 74 vom 15. Juni 2021 E. 4.c.aa; OGer ZH LE200006 vom 5. Juni 2020 E.1.3; BOHNET, N. 52; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125, N. 44; a.A. ARNDT, Eigenversorgung, S. 100 f.; JUNGO, S. 947 ff.; DIES., Beweislast, S. 182; ZK ZGB-DIES., N. 573; NYFFELER, N. 361 f. (für den Volljährigenunterhalt).

²⁸⁹ BGE 133 III 43 E. 4.1; BGer 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2; 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3; 4A_296/2017 vom 30. November

Gerade im Unterhaltsprozess ist es typisch, dass nur die jeweilige Partei bestimmte Tatsachen kennt, die für die Ermittlung des eigenen tatsächlichen und hypothetischen Einkommens relevant sind. Denn nur die Partei, deren (hypothetisches) Einkommen zu berücksichtigen ist, verfügt über Informationen darüber, wie sich ihr eigenes Einkommen zusammensetzt bzw. welches Einkommen sie erzielen könnte. Diese Partei trifft daher im Bestreitungsfall eine «Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit», die wiederum die Beweisführungslast der beweisbelasteten Partei einschränkt.²⁹⁰

Verlangt eine Partei die Berücksichtigung des Gewinns einer Kapitalgesellschaft bei der Unterhaltsberechnung, so bedeutet dies, dass sie grundsätzlich verpflichtet ist, Behauptungen über den Gewinn dieser Kapitalgesellschaft aufzustellen. In diesem Falle ist es zulässig, eine unbezifferte

4.105

2017 E. 1.4.5; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.3; 4A_251/2020 vom 29. September 2020 E. 3.7.1; 4A_36/2021 vom 1. November 2021 E. 5.1.3; AFFOLTER, S. 842; BAUMANN WEY, N. 625; BUNDI/SONDEREGGER, S. 407; OFK ZPO-ENGLER, Art. 222, N. 6; DikeKomm ZPO I-GASSER/RICKLI, Art. 222, N. 4; BK ZPO I-HURNI, Art. 55, N. 44; ZK ZGB-JUNGO, N. 299; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 222, N. 20; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8, N. 81; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 222, N. 25; LIENHARD, S. 402; Kuko ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 222, N. 8; SCHMID, Beweisfragen, S. 170 f.; SCHWEIZER, S. 568 f.; STOJILJKOVIĆ, S. 5; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55, N. 27; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 55, N. 27; DIES., Art. 222, N. 5; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222, N. 23.

²⁹⁰ Zum Ganzen: BGer 5A_96/2016 vom 18. November 2016 E. 3.1; 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.3; 5A_7/2021 vom 2. September 2021 E. 4.3; OGer AG ZOR.2021.33 vom 6. Januar 2022 E. 3.2.2; KGer GR ZK1 22 184 vom 21. Dezember 2023 E. 5.4.4; TC VD TD17.037883-200218228 vom 8. Juni 2020 E. 3.2.2; AFFOLTER, S. 842; ARNDT, Eigenversorgung, S. 101; JUNGO, S. 948; MAIER, Unterhaltsfestsetzung, S. 836; zur Beweisvereitelung bei fehlender Mitwirkung vgl. Kapitel 4.7.2 und 4.7.3.; zum Adressaten der Mitwirkungspflicht vgl. Kapitel 6.4 und 6.5.3 f.

Unterhaltsklage zu erheben²⁹¹ und weitere Beweise zum Einkommen oder Gewinn der Kapitalgesellschaft zu verlangen.²⁹² Allerdings ist derjenige, der die Kapitalgesellschaft beherrscht, aufgrund seiner Stellung in der Kapitalgesellschaft viel näher an den Buchhaltungsunterlagen²⁹³ und die ansprechende Partei befindet sich aufgrund ihrer fehlenden gesellschaftsrechtlichen Stellung in Beweisnot. Von der die Kapitalgesellschaft beherrschenden Partei ist daher ein substantiiertes Bestreiten zu verlangen. Sie muss nicht nur die von der Gegenseite aufgestellten Behauptungen über den Gewinn der Kapitalgesellschaft bestreiten, sondern auch behaupten, wie hoch der Gewinn der Kapitalgesellschaft tatsächlich ist und dies durch entsprechende Unterlagen belegen.

Durch die Rechtsprechung ist bereits geklärt, dass auch der Lohnausweis einer beherrschten Kapitalgesellschaft als richtig anzusehen ist. Erst wenn ein Ehegatte von der beherrschten Kapitalgesellschaft plötzlich und ohne geschäftlichen Grund zu einem tieferen Lohn beschäftigt wird, muss im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass der Lohn absichtlich reduziert wurde.²⁹⁴ Wird ein Lohnausweis nicht unterschrieben, obwohl dies in der Vergangenheit immer der Fall war, so ist dies ein Indiz dafür, dass der Lohnausweis nicht aussagekräftig ist.²⁹⁵

²⁹¹ Vgl. Kapitel 6.2.

²⁹² Vgl. Kapitel 6.4 ff.

²⁹³ Zum genauen Umfang des Informationsanspruchs vgl. Kapitel 4.7.2 f.

²⁹⁴ BGer 5P.235/2001 vom 20. November 2001 E. 4.c; 5A_392/2014 vom 20. August 2014 E. 2.2; OGer AG ZSU.2022.31 vom 22. August 2022 E. 3.5.2; KGer GR ZK1 15 25 vom 4. September 2015 E. ii.4.b (wo allerdings argumentiert wird, die zu tiefe Lohnzahlung müsse mit entsprechenden Gewinnausschüttungen kompensiert werden); TC VD JS18.055384-200146 vom 16. April 2020 E. 3.2.3; OGer ZH LY170024 vom 10. November 2017 E. III.2.1.3.d; BRÄM, Art. 163, N. 78; PRAZ, N. 310.

²⁹⁵ BGer 5A_379/2007 vom 30. Oktober 2007 E. 2.1.

4.7.2 Beweisvereitelung im Allgemeinen

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass alle Unternehmen zumindest ansatzweise über eine ordnungsgemässe Buchhaltung verfügen. Die Praxis zeigt aber, dass insbesondere kleinere Gesellschaften oft keine Buchhaltung führen, sondern auf Zusehen hin wirtschaften oder im Extremfall die Buchhaltungsunterlagen im Hinblick auf das Gerichtsverfahren vernichten. In diesen Fällen helfen die Informationsrechte²⁹⁶ nicht weiter, da der Unterhaltsschuldner selbst nicht weiss, wie viel Gewinn seine Kapitalgesellschaft erwirtschaftet und auch keine entsprechenden Unterlagen zur Verfügung stellen kann. Ob in einer solchen Konstellation eine Beweisvereitelung vorliegt und welche Konsequenzen sich daraus ergeben, ist im Folgenden zu prüfen.²⁹⁷

4.106

Eine Beweisvereitelung ist anzunehmen, «wenn der Beweisgegner, der allein von der Sachlage genauere Kenntnis hat und über die einschlägigen Beweismittel verfügt, seine Mitwirkung im Beweisverfahren ungerechtfertigt und schuldhaft verweigert».²⁹⁸ Für eine Beweisvereitelung müssen demnach die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Es muss eine prozess- oder materiellrechtliche Auskunftspflicht bestehen (die Auskunftspflicht kann sich aus Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben ergeben); (2) dem Auskunftsbegehrenden sind die Informationen unbekannt; und (3) die Auskunftspflicht muss pflichtwidrig verletzt worden sein, wobei

4.107

²⁹⁶ Vgl. Kapitel 6.4 und 6.5.

²⁹⁷ Wird von der soeben dargestellten Minderheitsmeinung ausgegangen, dass der Unterhaltsschuldner die Beweislast für seine fehlende Leistungsfähigkeit trägt, führt ein Fehlen der relevanten Buchhaltungsunterlagen dazu, dass er seine behauptete fehlende Leistungsfähigkeit nicht beweisen kann, was zur Annahme seiner Leistungsfähigkeit führt. In diesem Fall würde sich die Frage der Beweisvereitelung durch den Unterhaltsschuldner nicht stellen, denn die Beweislosigkeit ginge dann ohnehin zu seinen Lasten.

²⁹⁸ WALTER, Art. 8, N. 318.

eine fahrlässige Beweisvereitelung genügt.²⁹⁹ Eine Verletzung der Auskunftspflicht kann auch im plötzlichen und unerklärlichen Verschwinden von Unterlagen liegen.³⁰⁰ Eine vorprozessuale Beweisvereitelung setzt zusätzlich voraus, dass die Partei, die dem Beweisgegenstand näher steht, eine sich aus Vertrag, Gesetz oder Treu und Glauben ergebende Obliegenheit zur Beweissicherung hat. Ausserdem muss die Verwendung des vereitelten Beweismittels im Prozess vorhersehbar gewesen sein.³⁰¹

4.108 Liegt eine Beweisvereitelung vor, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Die h.L. verlangt, dass eine Beweisvereitelung lediglich – in Anwendung von Art. 164 ZPO – bei der Beweismwürdigung zu berücksichtigen ist und eine behauptete Tatsache als wahr gilt, sofern sie nicht von vornherein als unglaubhaft erscheint.³⁰² Nach anderer Ansicht führt die

²⁹⁹ BERGER-STEINER, S. 306; DAUAG, S. 205 und 211 f.; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 8, N. 20; GRONER, S. 111 f.; HANDSCHIN/JUCKER, S. 196 f.; ZK ZGB-JUNGO, N. 299 ff.; KRAUSKOPF/FINK, S. 434 f. und Fn. 118; KUMMER, Art. 8, N. 183 ff. und 190 f.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8, N. 81; DikeKomm ZPO I-LEU, Art. 154, N. 142 f.; STÄUBER, S. 113 f.; STEUDLER, N. 621 ff.

³⁰⁰ GRONER, S. 114; JUCKER, N. 110; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8, N. 81; WALTER, Art. 8, N. 318.

³⁰¹ BGE 141 III 363 E. 5.2; BGer 4A_550/2018 vom 29. Mai 2019 E. 4.1; BERGER-STEINER, S. 306 f.; DAUAG, N. 660; GRONER, S. 113 (der als Beispiel eine Nichtaufbewahrung einer Buchhaltung anführt); JETZER, S. 326; ZK ZGB-JUNGO, N. 300 f.; KRAUSKOPF/FINK, S. 434; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8, N. 81; STÄUBER, S. 114 (wonach die Vernachlässigung der Buchführung bzw. deren Aufbewahrung nach Art. 957 ff. OR schuldhaftes Verhaltensweisen darstellen, denn diese Pflichten bezwecken die Beweissicherung); STEUDLER, S. 315; TREZZINI, S. 168; WALTER, Art. 8, N. 318 f.

³⁰² BGE 140 III 264 E. 2.3 (Nichteinreichung von Buchhaltungsunterlagen der eigenen Gesellschaften im Scheidungsverfahren zum Beweis von Barbezügen); DAUAG, S. 205 und 211 f.; GRONER, S. 115 f.; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, N. 56; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 164, N. 3 f. (wobei er nicht zwischen Beweisvereitelung und Verweigerung der Mitwirkung unterscheidet); ZK ZGB-JUNGO, N. 302; KRAUSKOPF/FINK, S. 434 f. und Fn. 118; KUMMER, Art. 8, N. 186 und 191 (Zugeständnis des Vereitelnden); BSK ZGB I-

Beweisvereitelung zu einer Umkehr der Beweislast.³⁰³ Wieder andere wollen die Beweisvereitelung in das Beweismass einbeziehen.³⁰⁴

4.7.3 Beweisvereitelung beim Fehlen einer Buchhaltung im Familienrecht

Es ist zu prüfen, ob eine Beweisvereitelung angenommen werden kann, wenn ein eine Kapitalgesellschaft beherrschender Ehegatte diese keine Buchhaltung führen lässt. Die obigen Voraussetzungen sind im Folgenden zu prüfen:

4.109

Zur Voraussetzung (1) kann zunächst auf Kapitel 6.4 f. verwiesen werden, wo gezeigt wird, dass zwischen Ehegatten gestützt auf Art. 170 Abs. 1 ZGB eine materiellrechtliche Auskunftspflicht besteht. Ist diese nicht einschlägig (z.B., weil es sich um eine selbständige Unterhaltsklage handelt oder eine Abänderung des nahehelichen Unterhaltes verlangt wird), stellt sich die Frage, ob eine prozessrechtliche Auskunftspflicht angenommen werden kann. In dieser Situation bürdet das Bundesgericht dem

4.110

LARDELLI/VETTER, Art. 8, N. 81; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.22; LIENHARD, S. 399 f.; TANNER, S. 206; WALTER, Art. 8, N. 320 f. (der weiter ausführt, dass das Ergebnis ähnlich wie bei einer Umkehr der Beweislast ist, aber dem Gericht die Möglichkeit gegeben wird, die Beweise frei zu würdigen).

³⁰³ AEBI-MÜLLER, S. 43; FHB ZPO-AEPLI, N. 20.85; BERGER-STEINER, S. 307 f.; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 8, N. 20; JETZER, S. 326 f.; KUMMER, Art. 8, N. 183 ff. und 190 f.; DikeKomm ZPO I-LEU, Art. 154, N. 144; DERS., Art. 157, N. 92 ff. (qualifizierte Beweisvereitelung wie z.B. die Nichtaufbewahrung der Buchhaltung, dasselbe Beispiel anführend: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 43, N. 76 f. m.H.a. GVP ZG 1996, S. 57); LIENHARD, S. 400; MEIER, Fn. 20; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 205 ff.; TREZZINI, S. 169, wobei Letztere differenzieren, ob die Beweisvereitelung fahrlässig oder vorsätzlich erfolgte, denn nur im letzten Fall würde sich eine Beweislastumkehr rechtfertigen, im Übrigen postulieren sie eine Absenkung des Beweismasses.

³⁰⁴ BGer 4P.378/1999 vom 23. November 2004 E. 2; BSK ZPO-GUYAN, Art. 157, N. 12; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 207; STÄUBER, S. 113 ff.

Unterhaltsschuldner die Obliegenheit auf, sein (hypothetisches) Einkommen substantiiert zu bestreiten.³⁰⁵ Kommt der Unterhaltsschuldner dieser Obliegenheit nicht nach, kann eine Verletzung der prozessualen Auskunftspflicht angenommen werden.³⁰⁶ Auch die Voraussetzung (2), dass die begehrten Informationen der ersuchenden Partei unbekannt sein müssen, ist beim Ehegatten des beherrschenden Gesellschafters regelmässig gegeben. Als drittes Kriterium (3) setzt die Beweisvereitelung ein pflichtwidriges Verhalten des Beweisgegners voraus. Insoweit trifft die Organe von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 716a Ziff. 5 und 6 OR (AG: Verwaltungsrat) bzw. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR (GmbH: Geschäftsführer) i.V.m. Art. 958f OR die Pflicht, «Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sowie den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht (...) während zehn Jahren aufzubewahren». Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung dieser Pflicht ist nach Art. 325 StGB strafbar. Die strafbewehrte Aufbewahrungspflicht hat eine Beweissicherungsfunktion, indem im Hinblick auf künftige Prozesse gegen die Kapitalgesellschaft oder ihre Organe die für einen Prozess notwendigen Beweismittel erhalten bleiben sollen.³⁰⁷ Werden die Gesellschaftsunterlagen nicht aufbewahrt, ist die Pflichtverletzung in einem Verstoß gegen Art. 958f OR bzw. Art. 325 StGB zu sehen.³⁰⁸ Die Beweissicherungsfunktion von Art. 958f OR bringt auch zum Ausdruck,

³⁰⁵ Vgl. soeben Kapitel 4.7.1.

³⁰⁶ Vgl. Kapitel 6.4; so auch HGer ZH HG160244 vom 26. September 2018 E. II.2.3; SCHRÖDER, Fn. 36; SCHWEIZER, Beweiserleichterungen, S. 134 (der das unsubstantiierte Bestreiten bei Beweisnot der Gegenpartei als eine [unzulässige] Ausnutzung der Beweisnot qualifiziert); SIDIROPOULOS, N. 299; WALTER, Art. 8, N. 353; vgl. aber BEGLINGER, S. 483, der das substantiierte Bestreiten als rein prozessuales Problem betrachtet und nicht in die Beweisvereitelung einordnet.

³⁰⁷ OFK OR-EBERLE/BUCHMANN, Art. 958f, N. 1; JUCKER, S. 171; KRAUSKOPF/FINK, S. 421 f.; FHB ZPO-LIATOWITSCH, N. 6.9; CHK Rechnungslegung-LIPP/IMARK, Art. 958f, N. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8, N. 94; PK Rechnungslegung-VON BHICKNAPAHARI, Art. 958f, N. 9.

³⁰⁸ JUCKER, S. 171 f.

dass absehbar ist, dass die Geschäftsbücher in einem künftigen Prozess verwendet werden können. Eine vorprozessuale Beweisvereitelung ist daher auch in diesem Bereich möglich.³⁰⁹

Wie oben ausgeführt, bezweckt die Bestimmung von Art. 958f OR in erster Linie eine Beweissicherung für gesellschaftsrechtliche Prozesse. Dies ergibt sich auch aus der systematischen Stellung von Art. 958f OR im Bereich des Aktienrechts. Das Familienrecht – insbesondere Art. 170 ZGB³¹⁰ – kennt für die Ehegatten selber keine Pflicht zur Aufbewahrung von Belegen.³¹¹ Angesichts der Tatsache, dass in der Schweiz rund 40 % der geschlossenen Ehen wieder geschieden werden,³¹² muss eine Kapitalgesellschaft jedoch damit rechnen, dass ihre Geschäftsunterlagen in einem familienrechtlichen Verfahren des beherrschenden Gesellschafters als Beweismittel benötigt werden. Dies gilt umso mehr, wenn güterrechtliche

4.111

³⁰⁹ JUCKER, S. 171 f.; das Fehlen von Buchhaltungsunterlagen wurde in anderen Prozessen schon als Beweisvereitelung qualifiziert: KGer ZG vom 22. Februar 1996, in: GVP 1995/96, S. 57 ff. (Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats); KassGer ZH LB060095 vom 24. September 2009 (Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers).

³¹⁰ Im Detail vgl. Kapitel 6.5.

³¹¹ BGE 118 II 27 E. 3.a; BGer 5C.66/2002 vom 15. Mai 2003 E. 2.4.2; 5A_662/2008 vom 6. Februar 2009 E. 2.1; 5A_714/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4.2 und 4.3; 5A_780/2019 vom 31. August 2020 E. 3.5; OGer ZH LC120026 vom 18. April 2014 E. II.3.b; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 18; KOKOTEK, N. 384; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 195; RODUNER/SCHMOKER, S. 72; ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 16, N. 18; vgl. aber OGer ZH LY210015 vom 14. September 2021 E. 4.2.3, wo es für zulässig erachtet wird, zur Sicherung der eherechtlichen Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB einer Bank mittels vorsorglicher Massnahme zu verbieten, Belege, die nach Art. 958f OR vernichtet werden dürften, zu entsorgen.

³¹² BFS, Zusammengefasste Scheidungsziffer nach Kanton, 1984-2021, abgerufen von: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungshaeufigkeit.pdf> am 2. Januar 2025.

Aspekte zu klären sind. Denn alle Güterstände werden gemäss Art. 204 ZGB durch Scheidung, Güterstandswechsel oder Tod aufgelöst. Dass Art. 958f OR auch als Beweissicherungsvorschrift für familienrechtliche Verfahren zu verstehen ist, ergibt sich schliesslich auch daraus, dass der Gesellschaftsgewinn und das Gesellschaftsvermögen nur durch Buchhaltungsunterlagen der Kapitalgesellschaft nachgewiesen werden können.³¹³

4.112 Zu beachten ist allerdings, dass eine Beweisvereitelung im familienrechtlichen Verfahren nur dann vorliegen kann, wenn der beherrschende Ehegatte Verwaltungsrat oder Geschäftsführer der betreffenden Kapitalgesellschaft ist.³¹⁴ Nur dann kann ihm diese Pflichtverletzung zugerechnet werden und das Fehlen der Buchhaltungsunterlagen als Beweisvereitelung gewertet werden. Ist der beherrschende Gesellschafter hingegen nicht Verwaltungsrat oder Geschäftsführer, sondern beherrscht er die Kapitalgesellschaft auf andere Weise (z.B. durch Aktienbesitz), so hat er grundsätzlich keinen Einfluss auf die Aufbewahrung und Führung der Bücher. In solchen Konstellationen scheidet eine Beweisvereitelung aus, es sei denn, dem beherrschenden Ehegatten kann nachgewiesen werden, dass er seine beherrschende Stellung ausgenutzt hat, um die Bücher nicht zu führen bzw. nicht herauszugeben.

4.113 Fehlen also in familienrechtlichen Verfahren Buchhaltungsunterlagen, weil sie nie erstellt oder vernichtet wurden, oder sind diese nicht ordnungsgemäss geführt, und hat die betreffende Verfahrenspartei Einfluss auf die Buchführung, ist von einer Beweisvereitelung auszugehen. Und die Folgen gemäss obiger N. 4.109 treten ein.

³¹³ Zur Geltendmachung des Informationsanspruchs vgl. Kapitel 6.2 ff.

³¹⁴ Die Stellung der familienrechtlichen Verfahrenspartei hat wiederum Auswirkungen auf den Adressaten der Herausgabepflicht. Vgl. dazu Kapitel 6.4 ff.; zur Subsidiarität der Mitwirkungspflicht Dritter vgl. Kapitel 6.4.2.

4.8 Abänderung des gerichtlich festgesetzten Unterhalts

Wurden Unterhaltsbeiträge einmal festgesetzt, stellt sich die Frage, inwiefern diese an die laufende wirtschaftliche Entwicklung der Kapitalgesellschaft angepasst werden können. 4.114

Alle Abänderungen von Unterhaltsbeiträgen nach Art. 129, 179 und (Art. 134 i.V.m.) Art. 286 ZGB setzen eine unvorhersehbare, erhebliche (teilweise auch wesentliche) und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse voraus und haben ähnliche Voraussetzungen.³¹⁵ 4.115

Bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit kommt es zunächst darauf an, inwieweit die neue Tatsache bereits bei der früheren Unterhaltsfestsetzung berücksichtigt worden ist.³¹⁶ Es kann eine (tatsächliche) Vermutung dafür sprechen, dass Entwicklungen, die vorhersehbar waren, auch in die Entscheidung eingeflossen sind, weil eine Prognose ergeben hat, dass diese Entwicklungen mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten werden.³¹⁷ 4.116

³¹⁵ Art. 129 ZGB (nachehelicher Unterhalt) hält dies ausdrücklich so fest; für Art. 179 ZGB (Eheschutz): BGer 5A_436/2020 vom 5. Februar 2021 E. 4.1; 5A_415/2020 vom 18. März 2021 E. 4.1; 5A_120/2021 vom 11. Februar 2022 E. 5.3.1; BRÄM, Art. 179, N. 7; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 179, N. 1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179, N. 8; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 179, N. 3; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 2; zu Art. 286 ZGB (Kindesunterhalt): BGer 5A_788/2017 vom 2. Juli 2018 E. 3; FamKomm I-AESCHLIMANN, Art. 286, N. 5; BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, Art. 286, N. 7 und 12; IMBACH, S. 172 ff.; MAIER, Berechnung, S. 306; Handbuch-SPYCHER, 9. Kapitel, N. 53; ZOGG, S. 94.

³¹⁶ BGE 131 III 189 E. 2.7.4; BGer 5A_386/2022 vom 31. Januar 2023 E. 4.1; GAURON-CARLIN, S. 161 ff.; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 129, N. 9; CHK ZGB I-HÄRING, Art. 129, N. 2; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129, N. 4; Handbuch-SPYCHER, 9. Kapitel, N. 148; STAUB, N. 299 ff.; SUMMERMATTER, S. 63.

³¹⁷ BGE 118 II 229 E. 3.a; 120 II 4 E. 5.d; BGer 5C.52/2007 vom 12. Juli 2007 E. 2; 5A_23/2010 vom 31. März 2010 E. 2.2; GAURON-CARLIN, S. 62 und 65; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 129, N. 9; CHK ZGB I-HÄRING, Art. 129, N. 2; HEGNAUER, Art. 286, N. 12 ff.; IMBACH, S. 174; MAIER, Berechnung,

Überall dort, wo das Gericht Annahmen für die Zukunft trifft (z.B. bei einem hypothetischen Einkommen oder einem schwankenden Bonus), kann alternativ zu einer dauerhaften und wesentlichen Änderung eine Anpassung verlangt werden, wenn die getroffene Prognose in guten Treuen nicht eingetreten ist.³¹⁸ Eine Anpassung des Unterhaltsbeitrags ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn eine Vereinbarung zur Beseitigung der Ungewissheit über das künftige Einkommen getroffen wurde (*caput controversum*).³¹⁹

4.117 Eine wesentliche Änderung liegt vor, wenn die neuen Verhältnisse zu einer unzumutbaren Belastung eines Elternteils oder des Ehegatten führen. Dabei sind auch die Dauer und die Höhe des zugesprochenen Unterhaltsbeitrags zu berücksichtigen.³²⁰ Da der Kindesunterhalt und der eheliche

S. 305; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129, N. 36 ff.; Handbuch-SPYCHER, 9. Kapitel, N. 38; DIES., S. 926; STAUB, N. 299 ff.; ZOGG, S. 62.

³¹⁸ BGer 5A_129/2015 vom 22. Juni 2016 E. 5.4.2; 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 3.3; 5D_130/2018 vom 19. Dezember 2018 E. 2.3; OGer ZH LC160011 vom 2. März 2016 E. 4; AFFOLTER, S. 844; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 129, N. 9; IMBACH, S. 175 f. und 183 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 3a; STAUB, N. 249 ff.; SUMMERMATTER, S. 57.

³¹⁹ BGE 142 III 518 E. 2.6.1; KGer FR 101 2020 2 vom 11. März 2020 E. 3; KGer SG FS.2020.37-EZE2 vom 21. Februar 2022 E. 2.a; OGer ZH LY180008 vom 3. Oktober 2018 E. III.A.3.3; Kuko ZGB-FANKHAUSER, Art. 179, N. 3; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 129, N. 9; BSK ZGB I-SEN-RING/KESSLER, Art. 179, N. 6a; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 3d; SPYCHER, S. 929 ff.; STAUB, N. 192 ff.

³²⁰ OGer ZH LY160039 vom 29. März 2017 E. III.2.1 (Veränderung von 10-15 %); FamKomm I-AESCHLIMANN, Art. 286, N. 5; FamKomm I-BÜCHLER/RAVEANE, Art. 129, N. 10 f. (Veränderung von 15-20 %); Kuko ZGB-FANKHAUSER, Art. 179, N. 4 (Veränderung von mehr als 10 %); BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, Art. 286, N. 11b; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 129, N. 7 f. (Veränderung von 10-15 %); HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179, N. 10; HEGNAUER, Art. 286, N. 82 ff.; IMBACH, S. 173 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 3a; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129, N. 32 f.; Handbuch-SPYCHER, 9. Kapitel, N. 59 f.; STAUB, N. 280 ff.; vgl. aber BGer 5A_138/2015 vom

Unterhalt – im Gegensatz zum nachehelichen Unterhalt – sowohl nach unten als auch nach oben angepasst werden können (Art. 129, 179 und 286 ZGB), sind beim nachehelichen Unterhalt höhere Anforderungen an die Dauerhaftigkeit einer Veränderung zu stellen als etwa beim ehelichen Unterhalt, wo z.B. bereits eine kürzere Arbeitslosigkeit einen Abänderungsgrund darstellt.³²¹ Auch vorübergehende oder unvorhersehbare Veränderungen können als dauernd angesehen werden.³²²

Wird der Gewinn einer beherrschten Kapitalgesellschaft in das Familieneinkommen miteinbezogen, so ist dieses Einkommen – wie jedes Einkommen eines Selbständigen – eine Schätzung für die Zukunft aufgrund der vergangenen Geschäftstätigkeit und daher mit einer gewissen Unsicherheit behaftet, ob das geschätzte Einkommen auch effektiv erzielt werden kann.³²³

4.118

Konkret ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass eine Anpassung des Unterhaltsbeitrags wegen sinkender Einkünfte bei

4.119

1. April 2015 E. 4.1.2, wonach prozentuale Vergleiche lediglich einen Anhaltspunkt für die Wesentlichkeit der Veränderung sein können.

³²¹ OGer ZH LY140021 vom 22. September 2014 E. 3.1; BRÄM, Art. 179, N. 10a; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 09.63; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179, N. 10; IMBACH, S. 173 f.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 3a; Handbuch-SPYCHER, 9. Kapitel, N. 141 f.; STAUB, N. 293 ff.; SUMMERMATTER, S. 62.

³²² KGer SG vom 18. Juni 2003, in: FamPra.ch 2003, S. 647 ff., 649; OGer ZH LC170016 vom 10. November 2017 E. III.3.2; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 179, N. 3a; CR CC I-PICHONNAZ, art. 129, N. 34 f.; CR CC I-RIEBEN/CHAIX, art. 179, N. 4 ff.; STAUB, N. 293 ff.; SUMMERMATTER, S. 62. Zu Recht weisen SPYCHER/GLOOR darauf hin, dass im Voraus nie abschliessend beurteilt werden kann, ob eine Veränderung dauerhaft ist, es ist stets eine Prognose aufgrund der Gesamtumstände zu bilden (BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, Art. 129, N. 8).

³²³ Vgl. oben Kapitel 4.4.4, wonach zur Glättung von Einkommensschwankungen ein Durchschnitt der Einkünfte der letzten drei Jahre genommen wird.

Selbständigerwerbenden nur durch mehrere Jahresrechnungen mit stetig sinkenden oder steigenden Gewinnen belegt werden kann; ein einzelner besonders guter oder schlechter Abschluss stellt noch keinen Abänderungsgrund dar.³²⁴

³²⁴ BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5P.330/2006 vom 12. März 2007 E. 3.3; 5A_617/2017 vom 28 September 2017 E. 3.2; OGer ZH LE190019 vom 3. Oktober 2019 E. III.A.3.3; GAURON-CARLIN, S. 63; FOUNTOLAKIS/D'ANDRÈS, S. 139; STAUB, N. 297; SUMMERMATTER, Fn. 140.

Kapitel 5 Güterrecht

5.1 Überblick

Der Durchgriff hat auch im ehelichen Güterrecht oft Bedeutung. So stellen Anteile an Kapitalgesellschaften in gewissen Fällen einen wesentlichen Teil des Vermögens der Ehegatten dar. Dementsprechend verdienen Kapitalgesellschaften bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung besondere Aufmerksamkeit. Die Problematik des güterrechtlichen Durchgriffs ist insofern relevant, als thesaurierte Gewinne einer Kapitalgesellschaft in die güterrechtliche Auseinandersetzung einfließen.³²⁵ Darüber hinaus kann sich anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Frage stellen, ob unentgeltliche Zuwendungen innerhalb der letzten fünf Jahre³²⁶ oder andere Vermögensverschiebungen mit Schädigungsabsicht,³²⁷ die von einer beherrschten Kapitalgesellschaft vorgenommen wurden, der Errungenschaft hinzuzurechnen sind. Schliesslich ist zu klären, ob Schulden zwischen einer Kapitalgesellschaft und einem Ehegatten im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu regeln sind.³²⁸

5.1

5.2 Behandlung thesaurierter Gewinne

5.2.1 Vorbemerkungen

Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zählt zur Errungenschaft den Arbeitserwerb eines Ehegatten. Zum Arbeitserwerb gehören auch industrielle Mehrwerte. Dazu gehören Gewinne und Wertsteigerungen einer Kapitalgesellschaft, die durch die Arbeitsleistung des Unternehmerehegattens entstanden sind. Konjunkturelle Mehr- und Minderwerte verbleiben dagegen in derjenigen Gütermasse, der die Anteile an der Kapitalgesellschaft zuzurechnen

5.2

³²⁵ Vgl. Kapitel 5.2.

³²⁶ Vgl. Kapitel 5.3.

³²⁷ Vgl. Kapitel 5.4.

³²⁸ Vgl. Kapitel 5.5.

sind.³²⁹ Industrielle Mehrwerte können auch in (Kapital-)Gesellschaften entstehen, die aufgrund der Beherrschung durch den Ehegatten als ein einziger Vermögensgegenstand zu behandeln sind.³³⁰ Ist die (Kapital-)Gesellschaft als Vermögensgegenstand³³¹ zu qualifizieren, ist zu prüfen, ob der unternehmerisch tätige Ehegatte marktgerecht entlohnt wurde. Ist dies zu bejahen, fällt die Zurechnung eines industriellen Mehrwerts ausser Betracht.^{332, 333}

³²⁹ BGE 131 III 559 E. 2.2; BGer 5A_391/2020 vom 2. Dezember 2020 E. 2.4; OGer ZH LC130032 vom 22. August 2014 E. 4.3.6.b; LC170012 vom 25. Januar 2018 E. III.3.1.b.aa; LY180031 vom 11. Februar 2019 E. III.1.1; LC210022 vom 20. September 2022 E. III.10.3.2; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, N. 13.52; ESCHER, S. 70; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 14 f.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 41 f.; HENNINGER, N. 57 ff.; HODEL/LIATOWITSCH, S. 233 ff.; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 197, N. 5; LAUTENBACH-KOCH/MEIER-MAZZUCATO, S. 354; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 288 ff.; PRAZ, N. 422 ff.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 197, N. 16; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 197, N. 7.

³³⁰ BGE 121 III 152 E. 3.c; 125 III 1 E. 4.c; 131 III 559 E. 2.2; BRACK/EGLI/STOCKER, S. 95 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.04; HENNINGER, N. 54; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 206, N. 7; DIES., Art. 196, N. 1; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 278; vgl. auch Kapitel 5.2.4.

³³¹ Vgl. Kapitel 5.2.4.

³³² BGE 131 III 559 E. 3 f.; ESCHER, S. 70; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 14 m.w.H.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 206, N. 25 und Art. 209, N. 51; HENNINGER, N. 57; CHK ZGB-JUNGO, Art. 197, N. 7; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 288 ff.; PRAZ, N. 349.

³³³ Eine Vergütung für die Arbeitsleistung im eigenen Unternehmen ist dann marktgerecht, wenn sie derjenigen einer unabhängigen Drittperson entspricht. Neben den Faktoren wie Funktion, Verantwortungsbereich und Arbeitserfahrung ist auch die wirtschaftliche Situation der Kapitalgesellschaft massgebend (BGE 131 III 559 E. 3.3; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 14; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 43; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 197, N. 7; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 289 f.; MÜLLER,

Weiter fallen gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB die Erträge des Eigenguts in die Errungenschaft. Bei Kapitalgesellschaften, deren Anteile im Eigengut eines Ehegatten stehen, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die thesaurierten Gewinne der Eigengutkapitalgesellschaft in die Errungenschaft des betreffenden Ehegatten fallen. Befindet sich das Unternehmen bzw. die Anteile der Kapitalgesellschaft in der Errungenschaft, stellt sich diese Problemstellung nicht, da der ganze Unternehmenswert bzw. Wert der Anteile in die Errungenschaft fällt. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich dabei lediglich auf Eigengutsgesellschaften. Darauf ist so gleich einzugehen.

5.3

5.2.2 Aspekte in der Lehre und Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat zunächst entschieden, dass zurückbehaltene Gewinne einer Kapitalgesellschaft zivile Früchte darstellen und daher zu einer Ersatzforderung der anderen Gütermasse nach Art. 209 Abs. 3 ZGB berechtigen, wobei Gewinne, die für den Betrieb der Kapitalgesellschaft notwendig sind, nicht als Ertrag gelten. Als notwendig gelten insbesondere Reserven, die das Gedeihen der Kapitalgesellschaft dauerhaft sichern (mit Hinweis auf Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 [a]OR³³⁴). Es ist dabei nicht notwendig, dass die Gewinne tatsächlich ausgeschüttet wurden, sondern nur, dass sie ausschüttbar³³⁵ sind und nicht für den Betrieb der

5.4

S. 1197 ff. [jedoch ohne Bezug zum Familienrecht]; SCHWIZER, S. 13; SIMONEK, N. 142 ff.; PRAZ, N. 349 ff.).

³³⁴ «Die Generalversammlung kann die Bildung von Reserven beschliessen, die im Gesetz und in den Statuten nicht vorgesehen sind oder über deren Anforderungen hinausgehen, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Ausrichtung einer möglichst gleichmässigen Dividende es unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre rechtfertigt.» Diese Bestimmung wurde im Zuge der Aktienrechtsrevision in Art. 673 Abs. 2 OR transferiert.

³³⁵ Zur selben Frage im Unterhaltsrecht vgl. Kapitel 4.4.1 f.

Kapitalgesellschaft benötigt werden.³³⁶ Der Eigentümer der Gesellschaftsanteile muss nachweisen, dass die Gewinne für die Erhaltung und die Erneuerung der Kapitalgesellschaft notwendig sind.³³⁷

5.5 Auch in der Lehre ist grossmehrheitlich anerkannt, dass thesaurierte Gewinne bei Eigengutskapitalgesellschaften³³⁸ einen Eigengutsertrag darstellen und diese folglich der Errungenschaft zuzuordnen sind.³³⁹ Zu den thesaurierten Gewinnen gehören sowohl die offenen als auch die stillen Reserven.³⁴⁰

³³⁶ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

³³⁷ Zum Ganzen: BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.1; schon in BGE 88 II 142 E. 3.e und BGer 5A_391/2020 vom 2. Dezember 2020 E. 5.1, angedeutet, ohne dass sich das Bundesgericht festlegen mochte (auf das letztgenannte Urteil ist nur beschränkt abzustellen, denn das Bundesgericht hielt die vorgebrachten Rügen aus formellen Gründen für unzulässig); 5A_106/2020 vom 17. März 2021 E. 3.2.4; KGer FR 101 2019 299 vom 17. Dezember 2020 E. 3.6; im Grundsatz: OGer ZH LC170012 vom 25. Januar 2018 E. III.3.1.b.cc.

³³⁸ Zum notwendigen Beherrschungsgrad vgl. Kapitel 5.2.4.

³³⁹ A MARCA, S. 220 f.; AEBI-MÜLLER/TRACHSEL, S. 229; GEISER, Bedürfnisse, N. 6.7; HAUSHEER/DRUEY, S. 75; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 43; JÖRG, Wertveränderungen, S. 54 ff. (Vermutung der Errungenschaft); MEIER-MAZZUCATO, S. 50; MERZ, S. 15 f. (zur Güterverbindung); MONTAVON/BALLENEGGER/REICHLIN/DAPPLES/MAILLARD/MONTAVON, S. 399; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 292 f.; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1294; PRAZ, N. 828 ff.; SCHWIZER, S. 15; WIEDERKEHR, S. 121 ff. (zur Güterverbindung); a.A. BÄR, S. 194; HAUSHEER, Familienunternehmen, S. 216 ff.; HAUSHEER, Arbeitsleistungen, S. 409.

³⁴⁰ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 43; MEIER-MAZZUCATO, S. 50; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 292; OFK ZGB-NUSPILGER, Art. 197, N. 4; implizit angenommen: BRACK/EGLI/STOCKER, S. 111; LAUTENBACH-KOCH, § 79, N. 21 f.; WIETLISBACH, Fallstricke, S. 399.

5.2.3 Einordnung der Rechtsprechung

Das Bundesgericht geht – wie soeben ausgeführt – davon aus, dass alle thesaurierten Gewinne von (beherrschten) Eigengutsgesellschaften gleich zu behandeln sind und als zivile Früchte in die Errungenschaft fallen. Einzelne kantonale Gerichte haben demgegenüber in der Vergangenheit entschieden, dass es innerhalb der thesaurierten Gewinne auf deren Herkunft ankomme. Denn unter Art. 197 Ziff. 2 Abs. 4 ZGB fallen nur Geschäftsgewinne, die Kapitalerträge³⁴¹ darstellten.³⁴² 5.6

Es stellt sich daher die Frage, ob bei der Qualifikation des zurückbehaltenen Gewinns je nach der Herkunft des Gewinns zu unterscheiden ist. Die Lösung des Bundesgerichts qualifiziert den (während der Ehe)³⁴³ erwirtschafteten Gewinn stets als Ertrag des Eigenguts, der in die Errungenschaft fällt. Das Bundesgericht behandelt damit ausgeschüttete und thesaurierte Gewinne gleich und verweist auf die buchhalterische Möglichkeit, Reserven für das langfristige Gedeihen der Kapitalgesellschaft zu bilden.³⁴⁴ 5.7

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt implizit einen unechten Zurechnungsdurchgriff³⁴⁵ an, indem die Grenze zwischen 5.8

³⁴¹ Diese Unterscheidung – in Abgrenzung zum industriellen und konjunkturellen Mehrwert – ist insofern relevant, als die Erträge des Eigenguts nach Art. 199 Abs 2 ZGB mittels Ehevertrags dem Eigengut zugeordnet werden können. Dazu vgl. Kapitel 8.2 f.

³⁴² KGer GR ZK1 09 27/28 vom 21. Februar 2011 E. 8.b; KGer SG FO.2017.12-K2 vom 30. März 2020 E. 2.2 (bestätigt in BGer 5A_391/2020 vom 2. Dezember 2020); OGer ZH LC210022 vom 20. September 2022 E. III.10.3.2; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 13 ff. und 28 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 36 ff.

³⁴³ Zur zeitlichen Komponente vgl. Kapitel 5.2.5.4.

³⁴⁴ BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 3.1 und 4.1.2.

³⁴⁵ Vgl. Kapitel 3.4. Ein unechter Zurechnungsdurchgriff dehnt nur die massgebliche Sachverhaltsbasis auf die beherrschte Kapitalgesellschaft aus, während die Rechtsfolgen wie vorgesehen nach wie vor beim

Kapitalgesellschaft und Gesellschafter ausser Acht gelassen wird. Dieses Ergebnis beruht wohl auf der Auslegung von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB («Erträge des Eigenguts»), wonach es unerheblich ist, ob der Gewinn dem Gesellschafter zugeflossen ist oder nicht. Im Folgenden ist zu prüfen, ob eine solche Zurechnung gerechtfertigt ist.

- 5.9 Ein unechter Zurechnungsdurchgriff könnte sich aus Art. 660 Abs. 1 OR ergeben, wobei diese Bestimmung gemäss Art. 798 OR analog auf die GmbH anzuwenden ist. Nach dieser Norm hat jeder Aktionär «Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist.» Auch wenn Art. 660 Abs. 1 OR keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf vollständige Ausschüttung des Gewinns gewährt,³⁴⁶ stellt der Anspruch des Aktionärs auf einen Anteil am Bilanzgewinn dennoch ein vermögenswertes Recht des Aktionärs dar,³⁴⁷ denn spätestens bei der Liquidation der Kapitalgesellschaft wird dem Aktionär sein Gewinnanteil ausbezahlt (Art. 660 Abs. 2 OR). Folglich kann argumentiert werden, dass der Bilanzgewinn dem Aktionär von Gesetzes wegen zuzurechnen und

Gesellschafter eintreten (und umgekehrt). Im Gegensatz zum Haftungsdurchgriff setzt der unechte Zurechnungsdurchgriff kein rechtsmissbräuchliches Verhalten voraus.

³⁴⁶ BGE 91 II 298 E. 10; 99 II 55 E. 3; ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 660/661, N. 15 ff.; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660, N. 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8, N. 668 ff. (der einschränkt, dass die Dividende nicht aus sachfremden Motiven verweigert werden darf); DAZIO/VON DER CRONE, S. 242 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39, N. 118; KNOBLOCH, S. 241 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 596 (die fordern, dass die Nichtausschüttung einer Dividende auf vernünftigen Überlegungen beruhen muss); CHK OR-WENGER, Art. 660, N. 6 f.

³⁴⁷ ZK AG II-BAHAR/PEYER, Art. 660/661, N. 11 (relativ wohlervorbenes Recht); DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11, N. 22; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660, N. 5; OULEVEY/LEVRAT, N. 929 ff.; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERE ROUILLER, N. 290; VON DER CRONE, N. 570; CHK OR-WENGER, Art. 660, N. 1.

der latente Anspruch auf den Gewinnanteil der Kapitalgesellschaft güterrechtlich zu berücksichtigen ist.

Für die güterrechtliche Berücksichtigung thesaurierter Gewinne kann aber m.E. auch mit einem echten Durchgriff³⁴⁸ argumentiert werden, wenn Kapitalgesellschafter die Ausschüttung von Dividenden verhindern und damit die Ersatzforderung der Errungenschaft frei bestimmen können.³⁴⁹ In einem solchen Fall müsste dem Kapitalgesellschafter unterstellt werden, dass er die Gewinnausschüttung (unter anderem) deshalb unterlässt, um die güterrechtlichen Ansprüche des anderen Ehegatten zu reduzieren. Wirtschaftliche Gründe für diese Nichtausschüttung könnte er nicht anführen, da das Bilanzrecht bestimmt, wann eine Thesaurierung in der Kapitalgesellschaft angemessen ist und wann nicht.³⁵⁰ Die Nichtausschüttung von Dividenden wäre damit rechtsmissbräuchlich und es käme zu einem echten Durchgriff.³⁵¹ Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten könnte nur beherrschenden Gesellschaftern, die mindestens eine Sperrminorität kontrollieren, vorgeworfen werden, da nur diese einen Einfluss auf die Gewinnausschüttung haben.³⁵² Bei allen anderen Gesellschaftern (insbesondere Minderheitsgesellschaftern) bliebe der thesaurierte Gewinn im

5.10

³⁴⁸ Vgl. Kapitel 3.2. Demnach kann die eigene Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft ausser Acht gelassen werden, wenn diese rechtsmissbräuchlicherweise vorgeschoben wurde.

³⁴⁹ Zu einer möglichen Ausschüttungsfiktion im Unterhaltsrecht vgl. Kapitel 4.4.2.

³⁵⁰ Zur Bestimmung der Höhe der Ersatzforderung der Errungenschaft vgl. Kapitel 5.2.5.

³⁵¹ Zu undifferenziert: SCHWIZER, S. 15 f., der keine Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Durchgriff macht.

³⁵² Vgl. Kapitel 4.3.

Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung unberücksichtigt, da der Ertrag aus dem eigenen Vermögen noch nicht angefallen ist.³⁵³

- 5.11 Ein Argument für eine differenzierte Behandlung des Gewinns der Kapitalgesellschaft – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – findet sich in BGE 131 III 559 E. 2.2, wo das Bundesgericht verlangt, es sei zu prüfen, ob der in der Kapitalgesellschaft tätige Gesellschafter für seine Tätigkeit im Sinne von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB (Erträge aus Eigengut) – und nicht etwa im Sinne von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (Arbeitserwerb) – genügend entschädigt worden sei.³⁵⁴ Dies hätte zur Folge, dass neben einer genügenden Entschädigung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft auch zu prüfen wäre, ob der betreffende Ehegatte für die Zurverfügungstellung seines Kapitals genügend entschädigt worden ist. Neben einer marktgerechten Entlohnung des mitarbeitenden Gesellschafters wäre also zu prüfen, ob die Kapitalgesellschaft eine marktgerechte Ausschüttungsstrategie verfolgt hat. Hätte sie dies nicht getan, hätte der Ehegatte auf eine angemessene Entschädigung für die Überlassung seines Kapitals verzichtet, was zu einer Ersatzforderung der Errungenschaft, in welche die Dividende geflossen wäre, führen würde. Was eine marktkonforme Ausschüttungsstrategie sei, müsse – wie bei der Entschädigung für die Arbeit des Inhabers der Gesellschaftsanteile³⁵⁵ – anhand eines Drittvergleichs ermittelt werden. Dieser Argumentation folgend käme es zu einer Aufteilung des Mehrwerts einer Kapitalgesellschaft in drei Kategorien: konjunktureller Mehrwert, industrieller Mehrwert (Arbeit) und investierter Mehrwert (Kapital).³⁵⁶ Eine pauschale Zurechnung des thesaurierten

³⁵³ Die Auflösung des Güterstands erfolgt entweder auf den Todeszeitpunkt, die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung oder die Einreichung des Scheidungsbegehrens (Art. 204 ZGB).

³⁵⁴ Vgl. Fn. 332 f.

³⁵⁵ Zur marktgerechten Entlohnung vgl. Fn. 332 f.

³⁵⁶ In diesem Sinne BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 29; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 43; MINNIG, S. 924 f.; MOR-DASINI/SUTTER-SOMM, S. 293; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, S. 48.

Gewinns zur Errungenschaft wäre nach dieser Argumentation nicht mehr zu rechtfertigen. Dies würde aber nur für beherrschende Anteilseigner gelten, da nicht beherrschende Anteilseigner ihre eigene Kapitalverzinsung nicht bestimmen könnten. Vielmehr ergäbe sich bei diesen der Fremdvergleich aus dem Zusammenwirken vieler unabhängiger Anteilseigner.

Der letztgenannte Ansatz ist m.E. der zielführendste, da er eine differenzierte Betrachtung der thesaurierten Gewinne vornimmt und berücksichtigt, dass erwirtschaftete Gewinne nicht identisch mit (potentiellen) Ausschüttungen sein müssen. Ausschüttungen erfordern nach betriebswirtschaftlicher und auch gesellschaftsrechtlicher Auffassung stets ausreichende liquide Mittel, da ansonsten ein Eingriff in die Substanz der Kapitalgesellschaft erfolgt.³⁵⁷ Indem das Bundesgericht aber in der aktuellen Rechtsprechung davon ausgeht, dass grundsätzlich alle ausschüttbaren thesaurierten Gewinne in die Errungenschaft fallen,³⁵⁸ läuft die Rechtsprechung Gefahr, Gewinne in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen, die zwar buchhalterisch vorhanden sind, aber keinen Niederschlag in verfügbaren Aktiven gefunden haben.³⁵⁹ Damit setzt sich das Familienrecht über die gesellschaftsrechtliche Ordnung hinweg, wonach eine Ausschüttung nur dann rechtmässig ist, wenn ausreichend Liquidität vorhanden ist.³⁶⁰ Dabei muss das Familienrecht jedoch die gesellschaftsrechtliche Konzeption respektieren und kann nicht mittels Auslegung des Ehegüterrechts eigene Ausschüttungskriterien einführen. Der Vergleich mit einer marktkonformen Ausschüttungsstrategie könnte auch sicherstellen, dass Gewinne nicht missbräuchlich zurückbehalten werden. Immerhin anerkennt das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung, dass thesaurierte Gewinne von Kapitalgesellschaften nur insoweit zur Errungenschaft gehören, als nicht-betriebsnotwendige Aktiven vorhanden sind.

5.12

³⁵⁷ Vgl. Kapitel 5.2.3.

³⁵⁸ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.ii, wonach die Betriebsnotwendigkeit der Aktiven in der Rechtsprechung keine praktische Bedeutung hat.

³⁵⁹ Für ein Beispiel vgl. Kapitel 5.2.5.3.ii.

³⁶⁰ Vgl. N. 4.77.

Es wäre wünschenswert, wenn diesem Aspekt in Zukunft mehr Gewicht beigemessen würde.³⁶¹

- 5.13 In jedem Falle sind die thesaurierten Gewinne bei der Berechnung des Mehrwerts des Unternehmens bzw. der Anteile an der Kapitalgesellschaft, der in konjunkturellen und industriellen Mehrwert aufzuteilen ist, nicht zu berücksichtigen bzw. vorab vom Mehrwert abzuziehen. Ansonsten käme es gemäss obiger Rechtsprechung zu einer doppelten Berücksichtigung der Gewinne.

5.2.4 Massgebliche Beteiligungshöhe

- 5.14 Das Bundesgericht hat offengelassen, ob die unter Kapitel 5.2.2 dargestellte Praxis auch für Minderheits- oder Ultraminderheitsaktionäre gilt.³⁶² Auch die Lehre äussert sich nicht weiter zur massgebenden Beteiligungshöhe. Die Frage nach der massgebenden Beteiligungshöhe ist daher nach den unter Kapitel 5.2.3 dargestellten Grundsätzen wie folgt zu beantworten.
- 5.15 Wird mit einem unechten Durchgriff³⁶³ gestützt auf Art. 660 OR argumentiert, müssten die thesaurierten Gewinne für alle Beteiligungsquoten ermittelt werden. Denn Art. 660 OR erfasst alle Anteilseigner, nicht nur Mehrheitsaktionäre oder solche mit einer Sperrminorität. Dies wiederum hätte zur Folge, dass auch bei Scheidungen von Kleinstaktionären die zurückbehaltenen Gewinne z.B. von börsenkotierten Gesellschaften ermittelt werden müssten, was wiederum mit einem nicht zu bewältigenden Aufwand verbunden wäre. Auf den unechten Zurechnungsdurchgriff nach Art. 660 OR kann daher nicht uneingeschränkt abgestellt werden.
- 5.16 Wird hingegen von einem echten Durchgriff³⁶⁴ ausgegangen, bei dem der Gesellschafter rechtsmissbräuchlich Ausschüttungen verhindert, so

³⁶¹ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.ii.

³⁶² BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.2.

³⁶³ Vgl. Kapitel 3.4.

³⁶⁴ Vgl. Kapitel 3.3.

würden nur bei beherrschenden Gesellschaftern die thesaurierten Gewinne in die Errungenschaft fallen bzw. eine Ersatzforderung gegen diese begründen. Denn einem Minderheitsgesellschafter kann kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er selbst keine Ausschüttungsbeschlüsse fassen kann. In diesem Fall wäre hilfsweise auf die im Unterhaltsrecht entwickelten Grundsätze zur massgeblichen Beteiligungshöhe zurückzugreifen.³⁶⁵ Im Unterhaltsrecht steht nämlich betreffend die massgebliche Beteiligungshöhe die Überlegung, dass der Unterhaltsschuldner in der Lage wäre, sein Einkommen zu steigern. Bei der Zurechnung thesaurierter Gewinne ginge es im Rahmen des echten Durchgriffs um die vergleichbare Frage, ob der Anteilseigner in der Lage ist, die Ausschüttungen der Kapitalgesellschaft zu erhöhen. Aufgrund der (dargestellten) Rechtsprechung scheint das Bundesgericht zum unechten Durchgriff zu tendieren, da soweit ersichtlich noch nie die Rechtsmissbräuchlichkeit geprüft wurde. Eine solche wäre aber für einen echten Durchgriff erforderlich.

Die überzeugendste Lösung liegt m.E. aber in der Anknüpfung an das massgebliche Bewertungsobjekt. Wenn das Unternehmen, auch in der Form einer Kapitalgesellschaft, als solches Bewertungsgegenstand ist, dann ist es sachgerecht, diese thesaurierten, nicht-betriebsnotwendigen Gewinne güterrechtlich zu berücksichtigen. Denn in diesem Fall wird das Unternehmen für Zwecke der güterrechtlichen Auseinandersetzung (bewertungstechnisch) rechtsformunabhängig behandelt, um Personen- und Kapitalgesellschaften gleich zu behandeln. Diese Wertung ist auch auf die Behandlung thesaurierter Gewinne zu übertragen und die Verkörperung des Unternehmens in den Gesellschaftsanteilen auszublenden. Es lässt sich daher begründen, dass bei einer rechtsformunabhängigen Bewertung des Unternehmens auch die thesaurierten Gewinne unabhängig von der Rechtsform in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen sind. Vermitteln die Gesellschaftsanteile jedoch keinen derartigen Einfluss, dass nicht das Unternehmen, sondern die Gesellschaftsanteile

5.17

³⁶⁵ Vgl. Kapitel 4.3.

bewertet werden, muss dieses Abstellen auf die äussere Form auch für die Berechnung des Eigengutertrags gelten.³⁶⁶ Auf diese Weise kann innerhalb der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein möglichst einheitliches Ergebnis erzielt werden.³⁶⁷ Dies gilt umso mehr, als ein industrieller Mehrwert nur dann eine Ersatzforderung der Errungenschaft begründen kann, wenn anstelle der Anteile an der Kapitalgesellschaft das Unternehmen bewertet wird. Denn wie in Kapitel 5.2.3 gezeigt, müsste die Ersatzforderung der Errungenschaft für thesaurierte Gewinne korrekterweise analog zum industriellen Mehrwert berechnet werden.

5.2.5 Berechnung der Errungenschaft nach der Rechtsprechung

5.2.5.1 Grundsätze der Berechnung

- 5.18 Gemäss Art. 198 Ziff. 2 ZGB fallen «Vermögenswerte, die einem Ehegatten zu Beginn des Güterstands gehören» ins Eigengut. Dazu gehören auch die Erträge des Eigenguts, die vor dem Güterstand anfielen.³⁶⁸ Bei der Berechnung der Ersatzforderung der Errungenschaft fallen die vor dem Güterstand erzielten Erträge ausser Betracht.
- 5.19 Es stellt sich die Frage, wie sich die Ersatzforderung der Errungenschaft genau berechnet. In Bezug auf ein Einzelunternehmen (Weingut) kam das Bundesgericht 2012 zum Schluss, dass die Erträge eines Unternehmens nur insoweit zur Errungenschaft gehören, als sie nicht «der Erhaltung und Erneuerung von betriebsnotwendigen Vermögenswerten dienen, die der

³⁶⁶ Zu einer detaillierten Diskussion, wann die Gesellschaftsanteile und wann das Unternehmen der massgebliche Vermögensgegenstand ist vgl. Kapitel 8.2.3.

³⁶⁷ Vgl. auch Kapitel 5.3 und 5.4.

³⁶⁸ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 920b; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 198, N. 15; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 198, N. 23 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 198, N. 6; OFK ZGB-NUSPILGER, Art. 198, N. 5; STETTLER/WAELTI, N. 214.

Alterung und Abnutzung unterliegen».³⁶⁹ Im erwähnten Entscheid wird festgehalten, dass nur der ausschüttbare Gewinn zur Errungenschaft gehört.³⁷⁰ Diese Rechtsprechung entspricht dem Grundsatz, wonach die Erträge des Eigenguts dann nicht zur Errungenschaft gehören, wenn die Gegenstände des Eigenguts der Alterung unterliegen und die Erträge zu deren Substanzerhaltung verwendet werden müssen.³⁷¹ Konkret auf Kapitalgesellschaften bezogen führt das Bundesgericht das Folgende aus: «(...) pour considérer le bénéfice reporté comme un revenu des biens propres, on doit être en présence d'un bénéfice distribuable retenu et thésaurisé, soit d'actifs non nécessaires à l'exploitation de la société (...).»³⁷² Das Bundesgericht betont also, dass thesaurierte Gewinne³⁷³ eine Ersatzforderung der Errungenschaft begründen, sofern sie (1) auf der Passivseite ausschüttbar sind und (2) auf der Aktivseite genügend nicht-betriebsnotwendiges Vermögen vorhanden ist. Auf diese Punkte soll im Folgenden eingegangen werden:

³⁶⁹ BGE 138 III 193 E. 5.2 m.w.H.

³⁷⁰ BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.1; wiederum angedeutet in BGer 5A_391/2020 vom 2. Dezember 2020 E. 5.3, wo sich das Bundesgericht allerdings nicht materiell mit dem Problem befasste.

³⁷¹ HAUSHEER, Familienunternehmen, S. 216; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 43; JÖRG, Wertveränderungen, S. 52 f.; MEIER-MAZZUCATO, S. 47 ff.; SCHWIZER, S. 14 ff.; FamKomm I-STECK, Art. 212, N. 38.

³⁷² BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.2.1.

³⁷³ Die Grundsätze der Gewinnberechnung wurden bereits in Kapitel 4.4 dargelegt. Auf diese ist zu verweisen. Ferner PRAZ, N. 831 ff., die dem Unternehmer einen grossen Ermessensspielraum bezüglich Abschreibungen und Rückstellungen geben will.

5.2.5.2 Ausschüttbare Reserven (Passivtest)

- 5.20 Der gesellschaftsrechtliche Begriff der Ausschüttbarkeit nach Art. 675 OR wurde bereits in Kapitel 4.4.2 erläutert. Es kann darauf verwiesen werden.
- 5.21 Wie in Kapitel 5.2.5.1 dargelegt, gehören die Bruttoerträge des Eigenguts zur Errungenschaft, sofern sie nicht der Substanzerhaltung dienen. Es ist daher nachvollziehbar, wenn das Bundesgericht in einem Entscheid davon ausgeht, dass die Reserven nach Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 aOR³⁷⁴ und die gesetzlichen Gewinnreserven vorweg vom Bruttogewinn abzuziehen sind, um die Substanzerhaltung der Kapitalgesellschaft zu gewährleisten.³⁷⁵ Für die Frage, in welchem Umfang Gewinne (auf der Passivseite) zur Substanzerhaltung erforderlich sind, kann auch für güterrechtliche Zwecke auf die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Reservebildung zurückgegriffen werden, da diese ebenfalls das Ziel verfolgen, das langfristige Gedeihen der Kapitalgesellschaft zu sichern. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass bei der Berechnung der güterrechtlichen Ausgleichsforderung für die Errungenschaft gebildete Reserven nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie gesellschaftsrechtlich gerechtfertigt sind.³⁷⁶ Bei

³⁷⁴ Heute Art. 673 Abs. 2 OR.

³⁷⁵ BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 3.1 und 4.2.1; vgl. aber widersprüchlich zum Unterhaltsrecht: Kapitel 4.4.1, wo davon ausgegangen wird, dass rechtsformspezifische Buchführungsvorschriften ausser Acht gelassen werden müssen.

³⁷⁶ In eine ähnliche Richtung: BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197, N. 34; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 100; ferner: JÖRG, Wertveränderungen, S. 53; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1289; PIOTET, S. 58; Fam-Komm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 197, N. 38; a.A. SCHWIZER, S. 16 f., der eine steuerrechtliche Betrachtungsweise bevorzugt. Dabei verkennt er, dass die Zielsetzung des Güterrechts viel näher an derjenigen des Gesellschaftsrechts ist als am Steuerrecht. Denn das Steuerrecht verfolgt in erster Linie Fiskalinteressen und will keinen Ausgleich zwischen verschiedenen Privatparteien herstellen.

der Beurteilung der Angemessenheit der Reservebildung sind folgende Grundsätze zu beachten:

- Das Aktienrecht sieht in Art. 671 f. OR vor, dass 5 % des Jahresgewinns den gesetzlichen Gewinnreserven zuzuweisen sind, bis diese die Hälfte des Aktienkapitals erreicht haben. Da diese Reserven gemäss Art. 674 Abs. 1 OR nur zur Verlustverrechnung, verwendet werden dürfen, dienen diese Reserven der Substanzerhaltung und begründen nach der oben dargestellten Rechtsprechung keine Ersatzforderung der Errungenschaft. 5.22
- Ebenfalls der Substanzerhaltung dienen die planmässigen Abschreibungen.³⁷⁷ Darüber hinaus können gemäss Art. 960a Abs. 4 OR zusätzliche Abschreibungen für Wiederbeschaffungszwecke sowie zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens gebildet werden.³⁷⁸ 5.23

Das Familiengericht sollte sich bei der Überprüfung der Bilanz eine gewisse Zurückerhaltung auferlegen, denn diese beinhaltet Geschäftsentscheide, die in ihrer Ganzheit zu betrachten sind.

³⁷⁷ BGE 138 III 193 E. 5.2; BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.1.1; KGer FR 101 2019 298 vom 17. Dezember 2020 E. 3.5; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1045e; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197, N. 100; MONTAVON/BALLENEGGER/REICHLIN/DAPPLES/MAILLARD/MONTAVON, S. 399; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1289; PIOTET, S. 58; PRAZ, N. 830 ff. Zur Bestimmung der ordentlichen Abschreibungen vgl. Kapitel 4.4.5. Allfällige ungerechtfertigte Abschreibungen führen zur Bildung güterrechtlich relevanter stiller Reserven (dazu vgl. Kapitel 5.2.2).

³⁷⁸ Vgl. aber ALTORFER/DUSS/FELBER, S. 541 f.; BERTSCHINGER, N. 84 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 6, N. 46 f.; DERS., Rechnungslegung, S. 830 f.; NÖSBERGER/BOEMLE, S. 16; PASSARDI, S. 349; PFAFF, S. 456, wonach die Formulierung «zum dauernden Gedeihen» gemäss Art. 960a Abs. 4 OR inhaltsleer sei und keine wirksame Begrenzung der Abschreibungen sicherstelle. SCHWARZ, S. 206, und VON DER CRONE, N. 526 f., lehnen die Anwendung dieser Bestimmung per se ab.

- 5.24 Das Gesellschaftsrecht definiert damit umfassend die Instrumente, die einer Kapitalgesellschaft zur Sicherung des dauernden Gedeihens zur Verfügung stehen. Auch wenn im Güterrecht von Substanzerhaltung die Rede ist, meinen die güterrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften dasselbe: Den Anteilseignern und Ehegatten soll kein Geld zufließen, das die Kapitalgesellschaft in Zukunft benötigt, um ihren Fortbestand zu sichern und so im Ergebnis keine Wertsteigerung der Kapitalgesellschaft nach sich ziehen.
- 5.25 Das Bundesgericht hat sich in den entsprechenden Entscheiden – auch wenn es die Prüfung der Betriebsnotwendigkeit der Aktiven verlangt – jeweils auf die Prüfung der Reserven auf der Passivseite beschränkt.³⁷⁹ Zu den betriebsnotwendigen Aktiven macht es, abgesehen von der erwähnten Floskel, keine Ausführungen oder Begründungen.³⁸⁰ Dass dieses Kriterium aber für die Verwirklichung der Substanzerhaltung notwendig ist, wird sogleich gezeigt.³⁸¹

³⁷⁹ BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 3.1 und 4.2.1; ferner: KGer FR 101 2019 299 vom 17. Dezember 2020 E. 3.7; A MARCA, S. 220 f.; wohl auch PRAZ, N. 830 ff.

³⁸⁰ Implizit aber KGer SG FO.2017.12-K2 vom 30. März 2020, zit. in BGer 5A_391/2020 vom 2. Dezember 2020 E. 5.1 (wo ausgeführt wird, dass der sorgfältige Geschäftsmann für genügend Reserven in der Kapitalgesellschaft zu sorgen habe).

³⁸¹ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

5.2.5.3 Nicht-betriebsnotwendige Aktiven (Aktivtest)

i. Bestimmung der Betriebsnotwendigkeit im Allgemeinen

Das Kriterium der (fehlenden) Betriebsnotwendigkeit stammt aus der betriebswirtschaftlichen Unternehmensbewertung. Sofern das Unternehmen zu Fortführungswerten bewertet wird,³⁸² ist unbestritten, dass das Vermögen eines Unternehmens in betriebsnotwendige und nicht-betriebsnotwendige Aktiven zu unterteilen ist. Die betriebsnotwendigen Aktiven sind zu Ertrags- und Fortführungswerten zu bewerten. Die nicht-betriebsnotwendigen Aktiven dagegen zu Liquidationswerten. Die Summe der beiden Werte ergibt den Wert des Unternehmens.³⁸³

5.26

Das Bundesgericht verwies in BGer 5A_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.1.2 für die nicht-betriebsnotwendigen Aktiven («actifs non nécessaires à l'exploitation») auf MEIER-MAZZUCATO. Dieser definiert die nicht-betriebsnotwendigen Aktiven («actifs non nécessaires à l'exploitation») als «stocks excessifs de liquidités, de biens et de prestations de l'entreprise qui dépassent la substance normale requise pour l'exploitation, par exemple des liquidités excessives, des portefeuilles de débiteurs excessifs ou des stocks de marchandises et de travaux en cours et finis

5.27

³⁸² Zum Bewertungsgegenstand vgl. Kapitel 8.2.2. Vgl. zudem BGer 5A_361/2022 vom 24. November 2022 E. 3.3 zu den Leitlinien der Unternehmensbewertung.

³⁸³ Bericht BR Unternehmensbewertung, S. 14; BGE 121 III 152 E. 3.c; BGer 5A_387/2010 vom 14. September 2010 E. 3.5; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 685; ZK AG II-HANDSCHIN, Art. 685b/685c, N. 26; HÖSLY/FERHAT, S. 115; HÜTTICHE, S. 312 (der zugleich darauf hinweist, dass die Rechtsprechung, wonach der Liquidationswert die Untergrenze der Unternehmensbewertung ist, dann an ihre Grenzen stösst, wenn betriebliche Vermögensgegenstände (z.B. eine Betriebsliegenschaft in der Wohnzone) einen tieferen Fortführungs- als Liquidationswert haben); HÜTTICHE/MEIER-MAZZUCATO, S. 322; MEIER-MAZZUCATO, S. 50 ff.; PASSARDI/RUPP, S. 76 f.; ROUILLER/LASSERRE ROUILLER, 9. Kapitel, Fn. 7.

excessifs.»³⁸⁴ Daneben gibt es gemäss MEIER-MAZZUCATO noch die «actifs étrangers à l'exploitation» wie z.B. Finanzanlagen. Insgesamt liessen sich die nicht-betriebsnotwendigen Aktiven und die «actifs étrangers à l'exploitation» durch die Kennzahlen cash ratio, quick ratio und current ratio ausdrücken.³⁸⁵ Auch unter Zuhilfenahme von MEIER-MAZZUCATO bleibt somit offen, was das Bundesgericht unter nicht-betriebsnotwendigen Aktiven versteht. Darauf ist einzugehen:

5.28 Grossmehrheitlich wird die Ansicht vertreten, dass die Betriebsnotwendigkeit funktional³⁸⁶ zu bestimmen ist: Danach ist ein Aktivum dann betriebsnotwendig, wenn seine Veräusserung die Erreichung des Gesellschaftszwecks erschwert und die Geschäftstätigkeit beeinträchtigt. Umgekehrt ist ein Aktivum dann nicht-betriebsnotwendig, wenn die Unternehmenstätigkeit auch bei einem Abgang des Aktivums unverändert fortgeführt werden kann.³⁸⁷ Insgesamt hängt die Betriebsnotwendigkeit damit von verschiedenen individuellen Faktoren des Unternehmens ab (z.B.

³⁸⁴ Meier-Mazzucato, S. 50.

³⁸⁵ MEIER-MAZZUCATO, S. 50 f., wo er die Kennzahlen auch umschreibt und unterschiedliche Positionen des Umlaufvermögens ins Verhältnis zum kurzfristigen Fremdkapital setzt.

³⁸⁶ Im Unterschied dazu wird bei einer wertmässigen Abgrenzung betrachtet, welche Vermögenswerte den Ertragswert nicht (massgeblich) beeinflussen, aber dennoch wertmässig signifikant sind (HÜTTEMANN/MEINERT, N. 8.5). Dabei werden insbesondere rein wertmässige Abgrenzungsmethoden nicht als zielführend erachtet (HÜTTSCHE/MEIER-MAZZUCATO, S. 322, mit einer Einordnung der Rechtsprechung).

³⁸⁷ ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 685; GRASSL/BECK, S. 159 f.; HÜTTSCHE, S. 312; HÜTTSCHE/MEIER-MAZZUCATO, S. 322; HÜTTEMANN/MEINERT, N. 8.6 ff. (die eine Betriebsnotwendigkeit auch bei Synergiepotenzial zulassen wollen); KUHNER/MALTRY, S. 64 f.; MATSCHKE/BRÖSEL/TOLL, Fn. 368; NÖLLE, S. 27 f.; SCHÄDEL, S. 119 f. Vgl. auch BGer 4C.363/2000 vom 3. April 2021 E. 4.a, wo das Bundesgericht auch schon Betriebsnotwendigkeit aufgrund der Ertragskraft und der damit zusammenhängenden Quersubventionierung des operativen Teils angenommen hat (ebenso HÜTTSCHE/MEIER-MAZZUCATO, S. 322).

Unternehmenskonzept, Geschäftsziele und Unternehmensführung), was auch die Schwierigkeit mit sich bringt, die Betriebsnotwendigkeit überhaupt objektiv zu erfassen.³⁸⁸ Der Bundesrat weist daher zu Recht darauf hin, dass die Abgrenzung in der Theorie einfach erscheint, in der Praxis aber häufig komplexe Verflechtungen bestehen, wenn Vermögenswerte in einer rechtlichen Einheit zusammengefasst sind.³⁸⁹

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Qualifikation der Betriebsnotwendigkeit nicht in allgemeiner Weise vorgenommen werden kann, sondern im Einzelfall zu prüfen ist. In vielen Fällen werden die Parteien bzw. das Gericht einen sachverständigen Gutachter beantragen bzw. hinzuziehen müssen, der die Unternehmensbewertung und damit die Einteilung in (nicht-)betriebsnotwendige Aktiven vorzunehmen hat.³⁹⁰

5.29

ii. Die Betriebsnotwendigkeit im Ehegüterrecht

Das Bundesgericht hat die Betriebsnotwendigkeit als massgebliches Kriterium dafür bezeichnet, ob thesaurierte Gewinne bei Eigengutskapitalgesellschaften in die Errungenschaft fallen.³⁹¹ Es wurde auch dargelegt, dass dieses Kriterium sinnvoll ist, da es die Substanzerhaltung des

5.30

³⁸⁸ HASLER, S. 232; HÖLSCHER, S. 174; HÜTTCHÉ, S. 312 f.; HÜTTEMANN/MEINERT, N. 8.7; MATSCHKE/BRÖSEL/TOLL, Fn. 368; MOXTER, S. 41; POPP, S. 189; SCHÄDEL, S.119.

³⁸⁹ Bericht BR Unternehmensbewertung, S. 14 f.; als besonders komplexes Beispiel wird das Grundstück erwähnt, auf dem sich die Betriebsliegenschaft befindet und ob bspw. eine «sale and lease back» Lösung zu verlangen wäre. Weiter bevorzugt der Bundesrat zur Bestimmung des Liquidationswerts des nicht-betriebsnotwendigen Vermögens eine objektive Bewertungsmethode, wo aus Sicht des «markttypischen Erwerbers» ein Aktivum finanziell bestmöglich zu verwerten und nicht auf die effektive Geschäftspolitik Rücksicht zu nehmen ist.

³⁹⁰ Zu einer möglichen ehevertraglichen Regelung vgl. Kapitel 8.3.

³⁹¹ Vgl. Kapitel 5.2.5.1.

Eigentums sicherstellt.³⁹² Zu bemängeln ist jedoch, dass sich die Rechtsprechung noch zu wenig mit dem Begriff der Betriebsnotwendigkeit auseinandergesetzt hat.

5.31 Die Betriebsnotwendigkeit auf der Aktivseite wurde bis jetzt noch nie gerichtlich geprüft. Dass die aktivseitige Prüfung der Betriebsnotwendigkeit aber notwendig ist, um den unveränderten Fortbestand bzw. die Substanz einer juristischen Person zu ermöglichen, soll das folgende Beispiel verdeutlichen:

5.32 *Eine Eigentumskapitalgesellschaft (X_AG) verfügt über einen hohen Anteil an betriebsnotwendigen Aktiven, was insbesondere bei kapitalintensiven Unternehmen wie Industriebetrieben der Fall sein dürfte. Gleichzeitig hat sie in der Vergangenheit eine konservative Ausschüttungspolitik verfolgt und die Gewinne stets in das Unternehmen reinvestiert. Die Bilanz der X_AG sieht so aus:*

X_AG			
<i>Liquidität</i>	50	<i>Fremdkapital</i>	300
<i>Übriges Umlaufvermögen</i>	100		
		<i>Aktienkapital</i>	100
<i>Betriebsnotwendiges Anlagevermögen</i>	800	<i>Gesetzliche Reserven</i>	50
<i>Nicht-Betriebsnotwendiges Anlagevermögen</i>	50	<i>Gewinnvortrag und freiwillige Gewinnreserven</i>	550
<i>Total</i>	1'000	<i>Total</i>	1'000

³⁹² Vgl. Kapitel 5.2.5.1.

Allein nach der Passivseite der Bilanz hätte die Errungenschaft des Ehegatten, der Eigentümer der Beteiligung ist, eine Ersatzforderung gegenüber dem Eigengut dieses Ehegatten in Höhe von 550 (Gewinnvortrag und freiwillige Gewinnreserven, Art. 209 Abs. 1 ZGB). Verfügt der betroffene Ehegatte darüber hinaus über kein nennenswertes Vermögen, wäre er zur Tilgung der güterrechtlichen Forderung des anderen Ehegatten zu einer Ausschüttung in Höhe von 275 gezwungen. Um die Ausschüttung (in liquider Form) leisten zu können, wäre die X_AG gezwungen, ihr betriebsnotwendiges Anlagevermögen teilweise zu versilbern und damit ihre eigene Substanz zu schmälern.

5.33

Der Nachteil des Aktivtests ist aber, dass die erzielten Gewinne durch deren Reinvestition in betriebsnotwendiges Vermögen nachträglich in Eigengut umqualifiziert werden können: Denn der Unternehmer kann selbst entscheiden, ob er die einmal erwirtschafteten Gewinne (und Liquidität) im Unternehmen belässt, ausschüttet oder reinvestiert. Reinvestiert er die Gewinne in betriebsnotwendiges Anlagevermögen, wird dadurch die Ersatzforderung der Errungenschaft reduziert. Belässt er die Gewinne (in liquider Form) aber im Unternehmen, begründen diese eine Ersatzforderung der Errungenschaft. Ob eine Ersatzforderung der Errungenschaft besteht, hängt also auch davon ab, wie der Unternehmer die Gewinne verwendet. Zur Veranschaulichung dieser Diskrepanz soll das folgende Beispiel dienen:

5.34

- 5.35 *Die im Eigengut befindliche Y_GmbH weist die gleiche Passivstruktur wie die X_AG auf. Im Gegensatz zur X_AG hat die Y_GmbH die Gewinne nicht reinvestiert, sondern diese in Form von Liquidität thesauriert (eine solche Struktur kommt bei Dienstleistungsunternehmen vor, die keinen grossen Kapitaleinsatz haben). Die Bilanz der Y_GmbH präsentiert sich wie folgt:*

Y_GmbH			
Liquidität	800	Fremdkapital	300
Übriges Umlaufvermögen	100		
		Aktienkapital	100
Betriebsnotwendiges Anlagevermögen	100	Gesetzliche Reserven	50
		Gewinnvortrag und freiwillige Gewinnreserven	550
Total	1'000	Total	1'000

- 5.36 Bei der Y_GmbH wäre aufgrund der ausreichenden nicht-betriebsnotwendigen Aktiven in Höhe von 550 (Gewinnvortrag und freiwillige Gewinnreserven) eine Ersatzforderung der Errungenschaft gegen dem Eigengut anzunehmen.
- 5.37 Auch wenn diese Diskrepanzen zwischen den verschiedenen Gewinnverwendungen bestehen, ändert dies m.E. nichts am Ergebnis, dass (aktivseitig) betriebsnotwendige thesaurierte Gewinne keine Ersatzforderung der Errungenschaft begründen. Denn die Ehegatten sind unter Vorbehalt von Art. 208 ZGB frei, ob und wie sie ihre Errungenschaft verwenden oder verbrauchen wollen.³⁹³ Analoges muss für die Frage gelten, ob die

³⁹³ Vgl. dazu sogleich Kapitel 5.3.2.

Ehegatten die Gewinne der (beherrschten) Kapitalgesellschaft ausschütten, in der Kapitalgesellschaft belassen oder in diese reinvestieren wollen. Denn die Reinvestition von thesaurierten Gewinnen in betriebsnotwendige Aktiven kommt insofern einem Verbrauch von Errungenschaft gleich, als in beiden Fällen die Mittel der Familie nicht zur Deckung ihrer Bedürfnisse zur Verfügung stehen. Es ist daher sachgerecht, diese beiden Fälle gleich zu behandeln. Ansonsten würde der Anreiz geschaffen werden, möglichst wenige Mittel zu investieren und diese stattdessen zu verbrauchen. Diese Lösung entspricht zudem am ehesten dem durch die Rechtsprechung etablierten Grundsatz, dass nur die Nettoerträge des Eigenguts³⁹⁴ in die Errungenschaft fallen und so den Fortbestand des Eigengutes gesichert wird.

Zwar würde das gleiche Ergebnis erzielt, wenn die Ehegatten Gütertrennung vereinbaren oder zumindest die Erträge des Eigenguts derselben Gütermasse³⁹⁵ zuordnen würden. Der Fortbestand des Unternehmens wäre dann jedoch von der Einigung der Ehegatten abhängig. Könnten sich die Ehegatten nicht einigen, würde dies bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung (im Todesfall oder bei Scheidung) in den meisten Fällen bedeuten, dass die Unternehmenssubstanz geschmälert würde. Dies wiederum wäre mit unerwünschten (gesamtwirtschaftlichen) Folgekosten verbunden, da produktives Kapital des Unternehmens nicht mehr gewinnbringend eingesetzt würde.³⁹⁶

5.38

Im Ergebnis muss es m.E. dabei bleiben, dass thesaurierte Gewinne nur insoweit eine Ersatzforderung der Errungenschaft begründen, als sie durch nicht-betriebsnotwendige Aktiven gedeckt sind.

5.39

³⁹⁴ Vgl. Kapitel 5.2.5.1.

³⁹⁵ Vgl. Kapitel 8.3.

³⁹⁶ Auch Art. 218 ZGB (Erleichterung der Zahlungsbedingungen) bietet keinen ausreichenden Schutz, da auch in diesem Fall eine Deinvestition von produktivem Unternehmenskapital erfolgen würde.

5.3 Unentgeltliche Entäusserungen durch die beherrschte Kapitalgesellschaft

5.3.1 Vorbemerkungen und Einordnung des Themas

5.40 Nach Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB werden «unentgeltliche Zuwendungen, die ein Ehegatte während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstands ohne Zustimmung des andern Ehegatten gemacht hat, ausgenommen die üblichen Gelegenheitsgeschenke» der Errungenschaft hinzurechnet. In der vorliegenden Arbeit stellt sich die Frage, ob eine Hinzurechnung vorzunehmen ist, wenn die Zuwendung nicht vom Ehegatten selbst, sondern von dessen Kapitalgesellschaft gemacht wird. Denn wirtschaftlich bedeutet eine unentgeltliche Zuwendung einer Errungenschaftskapitalgesellschaft, dass die Gesellschaftsanteile an Wert verlieren. Bei Eigengutskapitalgesellschaften wird möglicherweise der Ertrag des Eigenguts in Form der thesaurierten Gewinne geschmälert, die eine Ersatzforderung der Errungenschaft begründen.³⁹⁷ Die nachfolgenden Ausführungen stehen unter dem Vorbehalt, dass die relevanten Vorfälle weniger als 5 Jahre zurückliegen.

5.3.2 Grundsatz der freien Verwaltung des eigenen Vermögens

5.41 Nach Art. 201 Abs. 1 ZGB verwaltet und nutzt jeder Ehegatte seine Errungenschaft und sein Eigengut selbst und verfügt darüber innerhalb der gesetzlichen Schranken. Dies bedeutet, dass jeder Ehegatte sein Vermögen selbst verwalten, anlegen oder auch verwenden kann.³⁹⁸ Es besteht keine Pflicht zur Erhaltung des eigenen Vermögens, sondern die Substanz kann

³⁹⁷ Vgl. Kapitel 5.2.

³⁹⁸ BGE 118 II 27 E. 4.b; 138 III 689 E. 3.2; BGer 5A_714/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4.2; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1074; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 201, N. 4; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 201, N. 14 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 201, N. 2 ff.; MAIER/HAMPEL, Auseinandersetzungen, S. 972; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 201, N. 7; STETTLER/WAELTI, N. 289 f.

– ohne Rücksicht auf die Anhäufung von Ersparnissen – auch für den eigenen Konsum verwendet werden.³⁹⁹ Die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung nach Art. 185 Abs. 1 ZGB zu verlangen ist die einzige Möglichkeit, sich gegen eine Verschleuderung der Errungenschaft durch den anderen Ehegatten zu wehren.⁴⁰⁰ Die freie Verwaltung des eigenen Vermögens gemäss Art. 201 Abs. 1 ZGB geht aber nur soweit, als das Gesetz einen Verbrauch der Errungenschaft nicht anderweitig beschränkt. Dazu gehören insbesondere die Hinzurechnungstatbestände nach Art. 208 ZGB.⁴⁰¹ Darauf ist im Folgenden einzugehen.

³⁹⁹ Botschaft neues Eherecht, S. 1318 (wo die Rede davon ist, dass eine Vermögensverschleuderung eherechtlich nicht zu beanstanden sei); BGE 118 II 27 E. 4.b; BGer 5A_714/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4.4; KGer FR 101 2021 364 vom 23. Juni 2022 E. 6.4.3; CJ GE ACJC/799/2023 vom 15. Juni 2023 E. 5.1.1; FamKomm PartG-BÜCHLER/MATEFI, Art. 18, N. 6; CPra-GUILLOD, art. 201, N. 7 ff.; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 201, N. 2; MAIER/HAMPEL, Auseinandersetzungen, S. 972; RODUNER/SCHMOKER, S. 65; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 201, N. 7; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 201, N. 3.

⁴⁰⁰ Botschaft neues Eherecht, S. 1318; OGer ZH LE150043 vom 16. Dezember 2015 E. 6.1; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 813; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 185, N. 25; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 185, N. 32; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 185, N. 16; RUMO-JUNGO/FANKHAUSER, S. 148.

Dasselbe gilt, wenn der eine Ehegatte sparsam ist, der andere aber sein Geld vollständig verbraucht (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 185, N. 33; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 185, N. 16).

⁴⁰¹ BGE 138 III 689 E. 3.2; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1073a ff.; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 201, N. 15 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 201, N. 17 ff.; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 25.15; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 201, N. 9; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 201, N. 6; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 201, N. 6; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 201, N. 12.

5.3.3 Dogmatische Überlegungen

- 5.42 Der soeben erwähnten Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfasst «unentgeltliche Zuwendungen». Diese Bestimmung korrespondiert mit der erbrechtlichen Herabsetzung (Art. 527 Ziff. 1 ZGB) und der Ausgleichung (Art. 626 Abs. 1 ZGB).⁴⁰² Für die Beantwortung eingangs gestellter Frage nach der güterrechtlichen Relevanz von Zuwendungen, welche eine Ehegatten-Kapitalgesellschaft tätigte, sind daher auch Art. 527 Ziff. 1 ZGB und Art. 626 Abs. 1 ZGB heranzuziehen.
- 5.43 Nach dem Wortlaut von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sind nur unentgeltliche Zuwendungen von Ehegatten zur Errungenschaft hinzuzurechnen. Unentgeltliche Zuwendungen von beherrschten Kapitalgesellschaften würden bei wortlautgenauer Auslegung nicht unter Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB fallen. Die systematische Auslegung unter Berücksichtigung des Trennungsprinzips führt zum gleichen Ergebnis.⁴⁰³
- 5.44 Es stellt sich jedoch die Frage des Sinn und Zwecks von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei der Ausdehnung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf Zuwendungen von beherrschten Kapitalgesellschaften um einen echten Durchgriff oder um eine unechten Zurechnungsdurchgriff handelt. Wie in Kapitel 3.3 f. ausgeführt, unterscheiden sich diese in ihrer Wirkungsweise darin, ob der Adressatenkreis einer Norm erweitert wird oder ob der Normadressat unverändert bleibt, aber die massgebende Tatsachengrundlage auf eine (beherrschte) Kapitalgesellschaft ausgedehnt wird. Bei einer Ausdehnung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf Sachverhalte bei beherrschten Kapitalgesellschaften

⁴⁰² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 900 und 1315; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 20; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.35; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 208, N. 10; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 4; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1673; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 21; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 2.

⁴⁰³ Zum Trennungsprinzip vgl. Kapitel 3.2. Die historische Auslegung führt zu keinem Ergebnis.

– Kapitel 5: Güterrecht –

handelt es sich um eine unechte Zurechnung, denn Adressat der güterrechtlichen Ausgleichsforderung bleibt nach dem klaren Wortlaut von Art. 215 ff. ZGB der betroffene Ehegatte.⁴⁰⁴

In einem nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Rechtspersönlichkeit juristischer Personen absoluten Vorrang gewährt oder ob nach Sinn und Zweck auch unentgeltliche Zuwendungen einer von einem Ehegatten beherrschten Kapitalgesellschaft erfasst werden.

5.45

In der erbrechtlichen Lehre werden solche unentgeltlichen Zuwendungen einer vom Erblasser beherrschten Kapitalgesellschaft an Dritte oder Erben als herabsetzungswürdig bzw. ausgleichspflichtig anerkannt. Dabei wird dogmatisch von einer indirekten Zuwendung ausgegangen.⁴⁰⁵ Ein Rechtsmissbrauch wird für die Annahme eines (unechten) erbrechtlichen Durchgriffs nicht verlangt. Massgeblich sind vielmehr die Gerechtigkeit und Gleichbehandlung der Erben.⁴⁰⁶

5.46

Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verfolgt im Gegensatz zu Art. 527 Ziff. 1 oder Art. 626 Abs. 1 ZGB nicht primär Gleichbehandlungsüberlegungen, sondern will den Beteiligungsanspruch des anderen Ehegatten am güterrechtlichen Vorschlag schützen.⁴⁰⁷ Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels

5.47

⁴⁰⁴ Zur eventuellen Vollstreckung gegenüber einer Kapitalgesellschaft vgl. Kapitel 7.3 zum umgekehrten Haftungsdurchgriff.

⁴⁰⁵ Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo, S. 179; Breitschmid/Meyer-Vögeli, S. 275; PraKomm-Burckhardt Bertossa, Art. 626, N. 46 ff.; Eitel/Bieri, S. 256; Eitel/Horat, S. 326 ff.; CHK ZGB II-Fankhauser, Art. 626, N. 4; Fasel, S. 81 f.; Koller, S. 19 ff.; Pannatier Kessler/Chapus-Rapin/Eigenmann, N. 151 ff.; Wolf/Hufschmid, S. 227 f.

⁴⁰⁶ Bosshardt/Hrubesch-Millauer/Tellenbach, S. 1413; PraKomm-Burckhardt Bertossa, Art. 626, N. 47a ff. (im Ergebnis); Eitel/Bieri, S. 255; Eitel/Horat, S. 327; Fasel, S. 82; Koller, S. 24 f.; Pannatier Kessler/Chapus-Rapin/Eigenmann, N. 122; Wolf/Hufschmid, S. 227 f.

⁴⁰⁷ BGer 5A_662/2008 vom 6. Februar 2009 E. 2.2; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 5 (mit dem m.E. verfehlten Hinweis, dass die erbrechtliche

erwähnt, spricht dieses Argument für eine Anwendung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf juristische Personen, die von einem Ehegatten beherrscht werden. Denn wirtschaftlich führt eine unentgeltliche Entäusserung von Geld- oder Sachwerten zu einem Wertverlust der entäussernden Kapitalgesellschaften.⁴⁰⁸ Dies führt entweder zu einer Wertverminderung der Errungenschaftskapitalgesellschaft oder einer Verringerung der thesaurierten Gewinne, die bei Eigengutskapitalgesellschaften (grundsätzlich) eine Ersatzforderung in die Errungenschaft darstellen.⁴⁰⁹ Die Anwendung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist unter teleologischen Gesichtspunkten zu befürworten.⁴¹⁰

5.3.4 Überlegungen in der Rechtsprechung

5.48 Bisher ergingen zur eingangs erwähnten Problematik die folgenden Entscheide:

- 5.49 - In BGE 146 III 73 hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Hinzurechnung in Frage kommt, wenn die vom Ehemann beherrschte Kapitalgesellschaft Arbeitgeberreserven zugunsten der beruflichen Vorsorge des Ehemanns gebildet hatte. Das Bundesgericht verneinte dies mit der Begründung, dass die juristische Selbständigkeit der juristischen Person [auch im Güterrecht] zu respektieren sei und eine Hinzurechnung nur bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten in Frage komme.⁴¹¹

Herabsetzung gemäss Art. 475 i.V.m. Art. 527 ZGB denselben Zweck wie Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfüllt); FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 1.

⁴⁰⁸ Zum Umfang des hinzuzurechnenden Betrags und zur notwendigen Beherrschung vgl. sogleich.

⁴⁰⁹ Vgl. Kapitel 5.2.

⁴¹⁰ Zur massgeblichen Beteiligung vgl. Kapitel 5.3.8.

⁴¹¹ BGE 146 III 73 E. 5.1.

– Kapitel 5: Güterrecht –

- In BGer 5A_253/2022 vom 27. September 2022 ging es um einen Fall, in dem die AG, deren Alleinaktionär der Ehemann war, (angeblich) Vermögenswerte auf eine Kapitalgesellschaft übertragen hatte, die den Söhnen des Ehemanns gehörte. Das Bundesgericht führte knapp aus, dass Art. 208 ZGB an sich nicht anwendbar sei, da es sich um Vermögen der Kapitalgesellschaft handle.⁴¹² 5.50
- In BGer 5A_391/2018 vom 10. Oktober 2019 ging es um eine konkursite GmbH, deren Anteile zu 90 % dem Ehemann und 10 % der Ehefrau gehörten. Die Ehefrau war nicht zeichnungsberechtigt. Im Rahmen der Scheidung wollte die Ehefrau den anteiligen Veräusserungserlös eines Liegenschaftsverkaufs der GmbH als Eigengutsforderung berücksichtigt wissen.⁴¹³ Das Bundesgericht führte dazu aus, dass vorbehältlich eines [echten] Durchgriffs die Vorgänge innerhalb der juristischen Person ausserhalb der Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung seien und deshalb Art. 208 Abs. 1 ZGB nicht anwendbar sei. Vielmehr hätte die Ehefrau von der GmbH Schadenersatz verlangen müssen.⁴¹⁴ 5.51
- Der Cour de Justice de Genève prüfte eine güterrechtliche Hinzurechnung unter Bezugnahme auf die allgemeinen Durchgriffsvoraussetzungen dahingehend,⁴¹⁵ ob Zahlungen einer AG, deren Aktien vollständig vom Ehemann gehalten wurden, geschäftlich gerechtfertigt waren. Nachdem dies bejaht wurde, verwarf der Cour de Justice eine Hinzurechnung mit der Begründung, dass kein rechtsmissbräuchliches Verhalten ersichtlich sei.⁴¹⁶ 5.52

⁴¹² BGer 5A_253/2022 vom 27. September 2022 E. 9.

⁴¹³ BGer 5A_391/2018 vom 10. Oktober 2019 E. 2.1.

⁴¹⁴ BGer 5A_391/2018 vom 10. Oktober 2019 E. 2.4.2 f.; zustimmend ohne weitere Ausführungen: GEISER, Rechtsprechungspanorama 2021, S. 82. Zur eingehenden Kritik vgl. Kapitel 5.3.5.

⁴¹⁵ Vgl. Kapitel 5.3.

⁴¹⁶ CJ GE ACJC/336/2023 vom 2. März 2023 E. 4.1.

– Kapitel 5: Güterrecht –

- 5.53 - Hingegen bejahte der Cour de Justice de Genève eine Hinzurechnung im Fall einer AG, deren einziger Aktionär der Ehemann war, die sämtliche Aktiven und Passiven unentgeltlich auf den Sohn des Aktionärs übertragen hatte.⁴¹⁷
- 5.54 - Ebenfalls hat der Cour de Justice de Genève eine Hinzurechnung angenommen, als eine GmbH, deren Stammanteile zu 100 % dem Ehemann gehörten, der auch Geschäftsführer der GmbH war, sämtliche Aktiven auf eine ebenfalls vom Ehemann geführte AG übertrug und deren Alleinaktionär mit dem Ehemann geschäftliche und freundschaftliche Beziehungen unterhielt. Die GmbH des Ehemanns wurde schliesslich liquidiert, wobei sich bei der Liquidation die Aktiven und Passiven in etwa die Waage hielten.⁴¹⁸
- 5.55 Im Erbrecht ist es inzwischen gefestigte Praxis, dass bei (teilweise) unentgeltlichen Zuwendungen einer vom Erblasser beherrschten Kapitalgesellschaft an die Erben diese Zuwendungen auszugleichen sind. Das Bundesgericht stellt zwar auf eine (echte) Durchgriffshaftung ab, führt dann aber aus, dass die Ausgleichspflicht kein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Erblassers oder der von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft verlange. Massgeblich seien allein Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsüberlegungen. Unentgeltliche Zuwendungen einer vom Erblasser beherrschten Kapitalgesellschaft an die Erben sind daher ausschliesslich unter den Voraussetzungen von Art. 626 ZGB auszugleichen.⁴¹⁹

⁴¹⁷ CJ GE ACJC/530/2015 vom 8. Mai 2015 E. 4.2.

⁴¹⁸ CJ GE ACJC/1552/2018 vom 2. November 2018 E. 4.1 (allerdings wendete der Cour de Justice de Genève Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB an, ohne sich zu den spezifischen Voraussetzungen [insbesondere die Schädigungsabsicht] zu äussern, weshalb der korrekte Tatbestand wohl Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB wäre).

⁴¹⁹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3.

5.3.5 Würdigung des Dargestellten

Das Bundesgericht lehnt in seiner güterrechtlichen Rechtsprechung die Hinzurechnung unter Annahme eines (unechten) Durchgriffs bei Vorgängen innerhalb beherrschter Gesellschaften ab und verweist stattdessen auf gesellschaftsrechtliche Rechtsbehelfe, insbesondere auf Schadenersatzansprüche. Abgesehen davon, dass diese Entscheide den Zweck von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht berücksichtigen,⁴²⁰ besteht ein unüberbrückbarer Widerspruch zur erbrechtlichen Ausglei-
chung, wo unentgeltliche Zuwendungen von beherrschten Kapitalgesellschaften (an Erben) auch dann als ausgleichungspflichtig qualifiziert werden, wenn kein Rechtsmissbrauch vorliegt.⁴²¹ Diese Diskrepanz ist dogmatisch nicht nachvollziehbar, da, wie oben aufgezeigt, die Begriffe von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 527 und Art. 626 Abs. 2 ZGB deckungsgleich sind.⁴²² Folglich müsste das Bundesgericht auch die Frage der Hinzurechnung in allen drei Bestimmungen einheitlich beantworten. Die bisherige Rechtsprechung müsste daher schon aus Kohärenzgründen überdacht werden. Es gibt aber noch weitere Gründe, diese Rechtsprechung grundsätzlich zu überdenken:

5.56

Zunächst will Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine ungerechtfertigte Verminderung der Errungenschaft dadurch verhindern, dass ein Ehegatte Vermögenswerte nicht (zum finanziellen Nachteil beider Ehegatten) verschleudern darf. Dieser Zweck kann bei Anteilen an Kapitalgesellschaften nur erreicht werden, wenn auch die Vermögenswerte, die den Wert der Kapitalgesellschaft ausmachen, geschützt werden. Ohne einen solchen Schutz könnte ein Ehegatte das Unternehmen oder einzelne Vermögensgegenstände der Kapitalgesellschaft – vorbehaltlich einer

5.57

⁴²⁰ Vgl. dazu sogleich.

⁴²¹ Ohne dass es im Urteil so genannt wird, hat das Bundesgericht einen unechten Zurechnungsdurchgriff angenommen (vgl. dazu Kapitel 3.4).

⁴²² Vgl. Kapitel 5.3.2.

Schädigungsabsicht⁴²³ – sanktionslos unentgeltlich oder unter Wert an Dritte übertragen.

- 5.58 Dies wiederum führt zu dem in Kapitel 4.2.2 dargelegten Ziel der Gleichbehandlung von Unternehmen in Form von Personen- und Kapitalgesellschaften. Eine (familienrechtliche) Gleichbehandlung kann nur erreicht werden, wenn auch der Hinzurechnungstatbestand einheitlich gehandhabt wird. Andernfalls hätten Kapitalgesellschaften gegenüber Personengesellschaften einen erheblich grösseren Spielraum bei der unentgeltlichen Übertragung von Vermögenswerten.
- 5.59 Das Bundesgericht argumentiert für seine Lösung, dass anstelle einer ehегüterrechtlichen Hinzurechnung Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden könnten und daher eine güterrechtliche Hinzurechnung entbehrlich sei. Diese Argumentation überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht, beginnend mit der Haftungsgrundlage. Dafür kämen zunächst Art. 41 i.V.m. Art. 55 OR in Betracht. Diese Tatbestände sind mangels Widerrechtlichkeit auf unentgeltliche Vermögensverschiebungen nicht anwendbar. Die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR gegen den anderen Ehegatten als Organ dürfte regelmässig daran scheitern, dass der andere Ehegatte weder Aktionär noch Gesellschaftsgläubiger ist und daher nach Art. 756 OR per se nicht aktivlegitimiert ist. Wäre er ausnahmsweise doch aktivlegitimiert, käme allenfalls die *actio pro socio* nach Art. 756 Abs. 1 OR in Betracht, da der eigentliche Schaden durch die unentgeltliche Zuwendung bei der Kapitalgesellschaft eingetreten ist und die güterrechtlichen Ansprüche nur eine Reflexwirkung davon darstellen.⁴²⁴ Die vom Bundesgericht vorgeschlagene Erhebung von Schadenersatzklagen gegen die Kapitalgesellschaft sind aus den soeben dargelegten Gründen

⁴²³ Vgl. sogleich Kapitel 5.4.

⁴²⁴ Zur *actio pro socio*: BGE 112 II 118 E. 5.c; 127 III 403 E. 4.b.aa; 131 III 306 E. 3.1.1; BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1; BK AG-BÄRTSCHI, Art. 753-761, N. 15 ff.; CHK OR-BINDER/ROBERTO, Art. 756, N. 2; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16, N. 207 ff.; DERUNGS/VON DER CRONE, S. 329; DOBLER/VON DER CRONE, S. 212.

– Kapitel 5: Güterrecht –

(insbesondere die Klagelegitimation und die Kapitalgesellschaft als Begünstigte eines allfälligen Ersatzanspruchs) somit einerseits rechtlich fragwürdig, andererseits auch aus praktischen und Kostenüberlegungen abzulehnen.

Zu bedenken ist ferner, dass eine unterschiedliche güterrechtliche und erbrechtliche Qualifizierung desselben Sachverhalts insbesondere bei der vorgängig zur Feststellung des Nachlasses durchzuführenden güterrechtlichen Auseinandersetzung zu fragwürdigen Ergebnissen führt. Wird nämlich nur eine erbrechtliche Herabsetzung oder Ausgleich vorgenommen, so begünstigt dies die übrigen Erben gegenüber dem überlebenden Ehegatten. Demgegenüber profitiert der überlebende Ehegatte von einer güterrechtlichen Hinzurechnung.

5.60

Schliesslich ist auf vereinzelte Bestrebungen hinzuweisen, die steuerrechtliche Dreieckstheorie auf das Privatrecht zu übertragen: Danach handelt es sich bei einer unentgeltlichen Zuwendung der Kapitalgesellschaft an einen Dritten (verdeckte Gewinnausschüttung) nicht um eine Leistung der Kapitalgesellschaft an den Dritten, sondern um eine Gewinnausschüttung der Kapitalgesellschaft an den Anteilseigner und um eine Schenkung des Anteilseigners an den Dritten.⁴²⁵ Nach dieser Theorie erfolgt die unentgeltliche Zuwendung der vom Ehegatten beherrschten Kapitalgesellschaft an den Dritten nicht durch die Kapitalgesellschaft, sondern durch den Ehegatten selbst. Eine Anwendung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kommt nach der Dreieckstheorie auch ohne Rückgriff auf den unechten Zurechnungsdurchgriff in Betracht.

5.61

Aus den genannten Gründen erscheint es m.E. angezeigt, Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Bestimmung der güterrechtlichen Hinzurechnung auch auf Sachverhalte auszudehnen, die sich in von Ehegatten beherrschten Kapitalgesellschaften abspielen. Auf die Einzelheiten ist nachfolgend einzugehen.

5.62

⁴²⁵ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, N. 101; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, S. 235; JUNG, S. 34; WATTER, Fn. 51.

5.3.6 Gesellschaftsanteile in der Errungenschaft

- 5.63 Eine Hinzurechnung zur Errungenschaft nach Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kommt nur dann in Betracht, wenn die unentgeltliche Zuwendung Vermögenswerte der Errungenschaft betrifft.⁴²⁶ Der Tatbestand von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist demgegenüber nicht anwendbar, wenn ein Vermögenswert des Eigenguts veräussert wird, und zwar auch dann nicht, wenn der Errungenschaft eines Ehegatten zufolge eines Beitrages an einen Vermögensgegenstand des Eigengutes eine Ersatzforderung zusteht. Denn in diesem Fall ist nach Art. 214 Abs. 2 ZGB ohnehin auf den Verkehrswert im Zeitpunkt der Veräusserung abzustellen, so dass eine allfällige Ersatzforderung der Errungenschaft nach Art. 206 Abs. 1 oder Art. 209 Abs. 3 ZGB von der Veräusserung des Eigengutsgegenstandes nicht berührt wird und keine Hinzurechnung notwendig ist.⁴²⁷
- 5.64 Während Entäusserungen von Kapitalgesellschaften in der Errungenschaft klarerweise die Errungenschaft schmälern – und Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB damit zur Anwendung kommt – besteht bei Kapitalgesellschaften im Eigengut nur eine Ersatzforderung der Errungenschaft des Eigentümerhegatten im Umfang der nicht-betriebsnotwendigen thesaurierten Gewinne.⁴²⁸ Entsprechend der Vorschrift von Art. 675 Abs. 2 OR, wonach (verdeckte) Gewinnausschüttungen nur aus dem Gewinnvortrag bzw. den

⁴²⁶ BGE 123 III 152 E. 5.c; AEBI-MÜLLER/LUEGER, S. 179; CPra-BURGAT, art. 208, N. 5; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 9; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 14; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 208, N. 6; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 2; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 12; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 7.

⁴²⁷ BGE 123 III 152 E.5.c und 6; CPra-BURGAT, art. 208, N. 5; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1318; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 3; RODUNER/SCHMOKER, S. 69 f.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 7 f.; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 7; STETTLER/WAELTI, N. 395; a.A. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1424; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 15.

⁴²⁸ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

freien Reserven erfolgen dürfen, berührt eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB immer die Ersatzforderung der Errungenschaft.⁴²⁹ Nach dem Dargestellten entsteht somit im Zeitpunkt der unentgeltlichen Zuwendung eine Ersatzforderung und eine Hinzurechnung findet nicht mehr statt. Damit sind Art. 208 Ziff. 1 ZGB (Fünfjahresfrist) und Art. 220 ZGB (Rückforderung bei Dritten)⁴³⁰ nicht mehr anwendbar. In der Konsequenz werden damit sämtliche unentgeltliche Zuwendungen aus zurückbehaltenen Gewinnen während der Dauer des Güterstandes erheblich.⁴³¹

5.3.7 Unentgeltliche Zuwendung

Eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist eine freiwillige, ganz oder teilweise unentgeltliche Verminderung oder Verhinderung der Erhöhung der Errungenschaft. Es kann sich dabei um Schenkungen, einschliesslich gemischter Schenkungen oder Verzichte auf Ansprüche, aber auch um Erbvorbezüge, Vermögensübertragungen zur vorzeitigen Liquidation von Erbansprüchen, Abtretungen von Lebensversicherungen oder Begünstigungsklauseln für eine solche Versicherung, oder unwiderrufliche Übertragungen von Vermögenswerten ohne Gegenleistung an Dritte (z.B. an bestimmte Stiftungen oder Trusts) handeln.⁴³² Zur Annahme einer gemischten Schenkung genügt ein reines

5.65

⁴²⁹ Zur Ausschüttbarkeit von Gewinnen vgl. Kapitel 4.4.2.

⁴³⁰ Vgl. Kapitel 5.3.10.

⁴³¹ HAUSHEER/JAUN, S. 516; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 15 (mehrere Optionen aufzeigend); CHK ZGB I-JUNGO, Art. 209, N. 10; RODUNER/SCHMOKER, S. 70; SCHWIZER, Trusts, S. 1130; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 15; ZUMBRUNN, Fn. 20; vgl. ferner: Kuko ZGB-JAKOB, Art. 208, N. 6.

⁴³² CPra-BURGAT, art. 208, N. 7 ff.; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 13 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 19 ff.; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 208, N. 10; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 4 ff.; RODUNER/SCHMOKER, S. 74 f.; RUMO-JUNGO/MAJID, S. 325; SCHWIZER, Trusts, S. 1125; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 12 ff.; CR CC I-

Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht, dieses Missverhältnis muss subjektiv zumindest erkennbar sein.⁴³³

- 5.66 In Bezug auf beherrschte Kapitalgesellschaften wurde bisher lediglich entschieden, dass die Verpfändung eines Grundstücks durch eine beherrschte Kapitalgesellschaft für sich allein noch keinen Hinzurechnungstatbestand darstellt. Die Hinzurechnung wird erst durch die Inanspruchnahme des Grundpfandrechts und den Verzicht auf die Rückforderung ausgelöst, da erst in diesem Zeitpunkt eine Vermögensentäusserung eintritt.⁴³⁴ Zinszahlungen auf hinzuzurechnenden Forderungen selbst unterliegen nicht der Hinzurechnung.⁴³⁵ Auch keine Zuwendung liegt vor, wenn ein Vermögenswert nur treuhänderisch übertragen wurde und daher ein Anspruch auf Rückübertragung besteht.⁴³⁶
- 5.67 Bei Kapitalgesellschaften ist insbesondere zu berücksichtigen, dass diese oft eine Vielzahl geschäftlicher Transaktionen (auch mit Nahestehenden) abwickeln, deren konkreter Nutzen jeweils nicht unmittelbar erkennbar ist. Der Massstab der Erkennbarkeit bei einer Schenkung unter Privaten kann

STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 11. Vgl. auch CJ GE ACJC/336/2023 vom 2. März 2023 E. 4.2, wo das Bezahlen von Geschäftsschulden explizit nicht als Hinzurechnungstatbestand qualifiziert wurde, da im Ergebnis keine Bereicherung stattfand.

⁴³³ BECK, S. 18 ff.; EITEL, Zuwendungen, S. 741; GASS, S. 237, Fn. 12; MOSER, Ausgleichung, S. 13 ff.; PICENONI, S. 71; PIOTET, SPR IV/2, S. 305; SALADIN, N. 107; WIDMER, S. 33; WINISTÖRFER, Zuwendung, S. 130. Ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung verlangt, dass das Missverhältnis tatsächlich erkannt wurde (z.B. BGE 116 II 225 E. 3.d.dd; BGer 5A.662/2009 vom 21. Dezember 2009 E. 2.3; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, N. 08.69 (zu Art. 527 ZGB); HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 35; WOLF, Verfügungen, S. 444 f., mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung). Diese Frage ist in dieser Arbeit offen zu lassen.

⁴³⁴ BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 E. 5.3.

⁴³⁵ BGer 5A_69/2008 vom 20. August 2008 E. 6.3.

⁴³⁶ BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 7.3.

daher nicht direkt auf Kapitalgesellschaften übertragen werden. Vielmehr ist m.E. Art. 678 Abs. 2 OR («[S]chliesst [die Aktiengesellschaft] mit [Aktionären, Mitgliedern des Verwaltungsrats oder mit der Geschäftsführung befassten Personen] sonstige Rechtsgeschäfte ab, so werden diese Personen rückerstattungspflichtig, soweit ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.») sinngemäss auf Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB anzuwenden. Denn der Gesetzgeber hat mit Art. 678 Abs. 2 OR die Wertung zum Ausdruck gebracht, dass nur solche Rechtsgeschäfte sanktioniert werden sollen, die sich wirtschaftlich überhaupt nicht rechtfertigen lassen und kommerziell vollkommen unvernünftig sind.⁴³⁷ Auch bei Rechtsgeschäften mit Nahestehenden soll den Kapitalgesellschaften ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden.⁴³⁸ So vertritt VOGT die Ansicht, dass es durchaus Situationen geben kann, in denen es im Gesellschaftsinteresse ist, Geschäfte nicht zu Marktkonditionen abzuschliessen.⁴³⁹ Dieselbe Wertung ist im Sinne einer möglichst einheitlichen Rechtsanwendung auch bei Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in Bezug auf Kapitalgesellschaften anzuwenden. Könnte nämlich im Rahmen der Auflösung des Güterstands nachträglich jede einzelne Transaktion der Kapitalgesellschaft daraufhin überprüft werden, ob sie exakt Drittkonditionen entspricht, würde dies zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen und letztlich die unternehmerische Freiheit übermässig einschränken.

Bei unentgeltlichen Zuwendungen im geschäftlichen Kontext ist daher zu prüfen, ob ein Aufwand offensichtlich nicht geschäftsmässig begründet ist. Was geschäftsmässig begründet ist, ist eine Frage der Betriebswirtschaft. Danach ist «alles, was nach kaufmännischer Auffassung in guten Treuen

5.68

⁴³⁷ KGer BL 470 20 11 vom 12. Mai 2020 E. 2.1; CR CO II-CHENAU/GACHET, art. 678, N. 39; DAENIKER, S. 388; HANDSCHIN/KENEL, S. 1037 f.

⁴³⁸ BGE 140 III 602 E. 8.2; BINDER, S. 69; GERMANN, N. 1014; CHK OR-SCHMID, Art. 678, N. 4; SETHE/EGLE, S. 525; BSK OR II-VOGT, Art. 678, N. 177; VON DER CRONE/GOTTINI, S. 516 f.; VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 202.

⁴³⁹ BSK OR II-VOGT, Art. 678, N. 177.

zum Kreis der Unkosten gerechnet werden kann, als geschäftsmässig begründet [anzuerkennen]. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Betrieb auch ohne den fraglichen Aufwand ausgekommen wäre oder ob dieser Aufwand im Sinne einer rationellen und gewinnorientierten Betriebsführung zweckmässig war.»⁴⁴⁰ Dabei sind nur solche Aufwendungen als nicht geschäftsmässig zu qualifizieren, die in einem offensichtlichen (wertmässigen) Missverhältnis zur Gegenleistung stehen.⁴⁴¹

- 5.69 Wird beispielsweise die Aufwendung der Kapitalgesellschaft einem Kontokorrent des Anteilseigners belastet, handelt es sich um ein Darlehen der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter. Sofern ein Rückzahlungswille besteht, liegt keine unentgeltliche Vermögensentäusserung vor. Denn diesfalls handelt es sich um einen erfolgsneutralen Vorgang, der weder den Wert der Kapitalgesellschaft noch die thesaurierten Gewinne oder die nicht-betriebsnotwendigen Aktiven schmälert.⁴⁴²

5.3.8 Beherrschungsverhältnis

- 5.70 Ist eine Anwendung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im Lichte der obigen Argumente zu bejahen, stellt sich die Frage, wie intensiv die Beziehung zwischen dem Ehegatten und der Kapitalgesellschaft sein muss, damit Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf beherrschte Kapitalgesellschaften anwendbar ist. Mangels einschlägiger Rechtsprechung zu Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist wiederum auf die erbrechtliche Rechtsprechung und Lehre zurückzugreifen.

⁴⁴⁰ BGE 142 II 488 E. 3.6.8.

⁴⁴¹ OFK OR-DEKKER, Art. 675, N. 15; GLANZMANN/WOLF, S. 268; HASLEBACHER, N. 462 ff.; MÜLLER, S. 1199. Zum Steuerrecht: BGE 138 II 57 E. 4.2; KGer BL 810 19 216 vom 29. Januar 2020 E. 5.3; LOCHER/GIGER/PEDROLI, Art. 58, N. 103; SCHWARZ, S. 372.

⁴⁴² Eingehend dazu vgl. Kapitel 4.4.5.

Erbrechtlich wurde bisher immer dann ein Durchgriff angenommen, wenn der Erblasser Allein- oder Mehrheitsaktionär war.⁴⁴³ Das Zürcher Obergericht hat in einem Verfahren betreffend Informationsbeschaffung bereits ausgeführt, dass die Stellung als einziger Verwaltungsrat ausreicht, um ein Beherrschungsverhältnis glaubhaft zu machen.⁴⁴⁴ Das Bundesgericht verneinte zudem die Beherrschung einer konkursiten Kapitalgesellschaft, da nur die Gläubigerversammlung nach Art. 235 ff. SchKG – und nicht der Aktionär – rechtsgültig für diese handeln könne.⁴⁴⁵

5.71

In den Kapiteln 4.3 und 5.2.4 wurde dargelegt, dass es verschiedene Formen der Beherrschung geben kann. Für die Zwecke von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist zunächst klar, dass eine Beherrschung ohne Beteiligung nicht in Frage kommt, da bei einer unentgeltlichen Zuwendung aus der Kapitalgesellschaft die Errungenschaft nicht verringert wird.

5.72

Aus dem Wortlaut von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kann zudem geschlossen werden, dass ein Ehegatte die Zuwendung selbst veranlasst oder zumindest (still) gebilligt haben muss («die ein Ehegatte (...) gemacht hat»). Aufgrund des engen Zusammenhangs zur Bestimmung der Errungenschaft bietet es sich im Sinne eines einheitlichen güterrechtlichen Beherrschungsbegriffs im Ehegüterrecht an, wie in Kapitel 5.2.4 darauf abzustellen, ob ein Unternehmen der für die güterrechtliche Auseinandersetzung massgebliche Vermögensgegenstand ist. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass Gesellschafter mit erheblicher Beteiligung Geschäften, welche (teilweise) unentgeltlich sind und damit in die Substanz der

5.73

⁴⁴³ BGE 149 III 145 E. A.a; BGer 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.1 f. (betreffend Informationsanspruch); 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4 f. (wo die Beteiligung des Erblassers unbekannt war und Gegenstand eines Auskunftsbegehrens bildete); 5A_180/2022 vom 8. März 2023 E. 3.2 (79 % Beteiligung); OGer TG ZBR.2020.35 vom 29. März 2022, in: RBOG 2022 Nr. 8 Ziff. 1 («beherrscht»).

⁴⁴⁴ OGer ZH LB130040 vom 4. November 2014 E. II.3 (bestätigt in BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016).

⁴⁴⁵ BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 E. 5.3.

Kapitalgesellschaft und somit in den Wert ihrer Aktien eingreifen, zustimmen müssen. Sind demgegenüber nur die Gesellschaftsanteile Bewertungsgegenstand, bringt dies auch zum Ausdruck, dass es auf den Einfluss des Anteilseigners nicht entscheidend ankommt.

5.3.9 Umfang der Hinzurechnung

5.74 Massgebend für die Wertbestimmung ist der Zeitpunkt der Veräusserung (Art. 214 Abs. 2 ZGB). Das Unternehmen ist jeweils als Ganzes zu bewerten.⁴⁴⁶ Zur Bestimmung des hinzuzurechnenden Betrages müsste im Veräusserungszeitpunkt die Differenz des Wertes des Unternehmens mit und ohne Entäusserung ermittelt werden. Dies ist im Nachhinein aufgrund der besonderen Natur nicht oder nur schwer möglich. Dies gilt umso mehr, wenn zusammengehörende Aktiven und Passiven zusammen veräussert werden. M.E. ist es gerechtfertigt, von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn eine unentgeltliche Zuwendung eines Unternehmens vorliegt. Um sich aufwändige Bewertungen zu ersparen, ist in solchen Fällen davon auszugehen, dass sich der Unternehmenswert um den Wert der Zuwendung reduzierte. Somit ist in solchen Konstellationen nur der Wert der Zuwendung zu bestimmen und nicht derjenige des Unternehmens – es sei denn, das ganze Unternehmen wurde entäussert.

5.75 Eine unentgeltliche Zuwendung einer Kapitalgesellschaft wirkt sich nur mittelbar über den Wert der Gesellschaftsanteile oder des Unternehmens auf die Errungenschaft aus. Die Hinzurechnung ist daher nur im Umfang der Errungenschaft zuzurechnen, als der beteiligte Ehegatte an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist.

5.3.10 Rückforderung der unentgeltlichen Entäusserung

5.76 Reicht das Vermögen des verpflichteten Ehegatten für die güterrechtliche Ausgleichszahlung nicht aus, so kann der berechtigte Ehegatte den Fehlbetrag beim begünstigten Dritten einziehen (Art. 220 Abs. 1 ZGB). Dabei

⁴⁴⁶ Vgl. Kapitel 8.2.2.

kann der gutgläubige Dritte nur soweit in Anspruch genommen werden, als er noch bereichert ist (Art. 220 Abs. 3 i.V.m. Art. 528 ZGB).⁴⁴⁷

Es stellt sich die Frage, ob der Dritte vom anderen Ehegatten auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn er die hinzuzurechnende Zuwendung von der Kapitalgesellschaft des verpflichteten Ehegatten erhalten hat. Problematisch ist, dass in diesem Fall ein Vermögenswert, der ursprünglich zum Vermögen der zuwendenden Kapitalgesellschaft gehörte, zur Tilgung der güterrechtlichen Schuld des Anteilseigners beigezogen würde. Dies würde im Ergebnis einen echten umgekehrten Haftungsdurchgriff⁴⁴⁸ bedeuten, da Vermögenswerte der Kapitalgesellschaft zur Tilgung einer persönlichen Schuld des Anteilseigners herangezogen würden. Ein solcher umgekehrter Haftungsdurchgriff ist aber nur dann zulässig, wenn der Anteilseigner massgeblich am Kapital der betreffenden Kapitalgesellschaft beteiligt ist und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden kann.⁴⁴⁹

5.77

Art. 220 ZGB ist m.E. auf unentgeltliche Zuwendungen von Kapitalgesellschaften nur unter den Voraussetzungen eines umgekehrten Haftungsdurchgriffs anwendbar. Andernfalls würde mittels eines Zurechnungsdurchgriffs – der keine Ausdehnung von rechtlichen Verpflichtungen bewirkt – über Art. 220 ZGB ein echter Haftungsdurchgriff eingeführt, der wegen seines grösseren Eingriffs in das Trennungsprinzip qualifiziertere Voraussetzungen hat.⁴⁵⁰ Damit würden die strengen Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs umgangen. Es erscheint mir daher richtig, den

5.78

⁴⁴⁷ BGE 110 II 228 E. 7.d; CPra-CHRISTINAT, art. 220, N. 24; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1404; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 220, N. 22 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.145; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 38; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 220, N. 11; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 220, N. 12; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 220, N. 16.

⁴⁴⁸ Vgl. Kapitel 3.3.4.

⁴⁴⁹ Zu den detaillierten Voraussetzungen vgl. Kapitel 3.3.4.

⁴⁵⁰ Vgl. Kapitel 3.3.

Anwendungsbereich von Art. 220 ZGB auf Fälle zu beschränken, in denen die Zuwendung direkt und ohne Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft durch den Ehegatten erfolgt.

- 5.79 Mit der gleichen Begründung muss es der Kapitalgesellschaft verwehrt sein, ihrerseits die Schenkung (Art. 249 OR) oder das Schenkungsversprechen (Art. 250 OR) wegen familienrechtlicher Pflichtverletzungen oder Ansprüche zu widerrufen.

5.4 Zur Vermögensentäusserung mit Schädigungsabsicht im Speziellen

5.4.1 Vorbemerkungen und Einordnung des Themas

- 5.80 Gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sind der Errungenschaft «Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern» hinzuzurechnen. Bei Kapitalgesellschaften stellt sich die Frage, ob und wann unter dem Titel von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB schädigende Einwirkungen auf Kapitalgesellschaften hinzugerechnet werden können.

5.4.2 Dogmatische Überlegungen

- 5.81 Der Tatbestand von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB erfasst Sachverhalte, die über eine unentgeltliche Vermögensentäusserung gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hinausgehen.⁴⁵¹ Die Ausdehnung von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB auf Sachverhalte innerhalb juristischer Personen lässt sich aber analog zu Ziff. 1 bzw. Kapitel 5.3 begründen. Denn in beiden Fällen werden Sachverhalte güterrechtlich erfasst, die sich primär innerhalb der Kapitalgesellschaft abspielen und sich nur indirekt über den Wert der Gesellschaftsanteile im Vermögen der Ehegatten niederschlagen. Die Ausführungen von Kapitel 5.3 gelten daher für dieses Kapitel sinngemäss.

⁴⁵¹ Vgl. sogleich Kapitel 5.4.3.

5.4.3 Wertminderung der beherrschten Kapitalgesellschaft

Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB erfasst alle Handlungen, durch welche Vermögenswerte der Errungenschaft entäußert werden. Dazu gehören nebst unentgeltlichen Zuwendungen im Sinne von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auch die Dereliktion und rein faktische Handlungen, mit denen der Wert der Errungenschaft ausserhalb des Eigengebrauchs vermindert wird (z.B. durch Zerstörung des Vermögensgegenstands).⁴⁵² Eine Begünstigung Dritter ist demnach im Rahmen von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB nicht erforderlich.⁴⁵³ Eine schlechte Verwaltung des Vermögens allein reicht aber für die Annahme einer Vermögensentäußerung nicht aus.⁴⁵⁴ Dasselbe gilt für den Eigenverbrauch.⁴⁵⁵

5.82

⁴⁵² BGE 118 II 27 E. 4.b; BGer 5A_339/2015 vom 18. November 2015 E. 8.3; 5A_397/2015 vom 23. November 2015 E. 9.1; DESCHENAUX/STEINAUER/BAD-DELEY, N. 1329; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 20; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 37; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 11 ff.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 17; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 18.

⁴⁵³ Explizit: BGer 5A_279/2016 vom 13. September 2016 E. 4.1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 37.

⁴⁵⁴ BGE 118 II 27 E. 4.b; BGer 5C.66/2002 vom 15. Mai 2003 E. 2.4.2; 5A_714/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4.4; DESCHENAUX/STEINAUER/BAD-DELEY, N. 1329; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 20; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 37; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 11; RUMO-JUNGO/FANKHAUSER, S. 148; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 1 und 18; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 18.

⁴⁵⁵ BGE 118 II 27 E. 4.b; BGer 5A_339/2015 vom 18. November 2015 E. 8.3; CJ GE ACJC/103/2023 vom 24. Januar 2023 E. 7.3; ACJC/1128/2023 vom 5. September 2023 E. 6.9; OGer SO ZKBER.2017.64 vom 29. März 2018 E. ii.7.1; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 20; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 9; MAIER/HAMPEL, S. 117; RODUNER/SCHMOKER, S. 76; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 18.

- 5.83 Die Lehre subsumiert unter Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB bei Unternehmen die bewusste Gewinnverkürzung durch eine Umsatzreduktion (z.B. durch Entlassung von Mitarbeitenden) oder durch Erhöhung der Kosten (z.B. Personal- oder Mietkosten).⁴⁵⁶ Eine nur buchmässige Vermögensentäusserung kann in der Bildung stiller Reserven oder in der Vornahme übermässiger Abschreibungen liegen.⁴⁵⁷

5.4.4 Schmälerungsabsicht

- 5.84 Eine Hinzurechnung gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB setzt – im Gegensatz zu Ziff. 1 – die Absicht voraus, «den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern».⁴⁵⁸ Damit soll sichergestellt werden, dass mangels zeitlicher Begrenzung nur echte Umgehungsgeschäfte erfasst werden.⁴⁵⁹ In der Lehre wird postuliert, dass die Schmälerungsabsicht bereits bei Eventualvorsatz vorliegt und die Schmälerungsabsicht zumindest das Hauptmotiv sein muss.⁴⁶⁰ Das blossе Bewusstsein des beherrschenden

⁴⁵⁶ BGE 76 II 188 E. 9 (zum Erbrecht); CJ GE ACJC/1552/2018 vom 2. November 2018 E. 4.1; A MARCA, S. 238; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 687; DÄNZER, S. 11; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 20; PRAZ, N. 371.

⁴⁵⁷ ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 687; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208, N. 20. Die Bildung von stillen Reserven oder überdurchschnittliche Abschreibungen sind m.E. aber keine Probleme einer Hinzurechnung, sondern der Unternehmensbewertung. Denn die effektive Substanz der Kapitalgesellschaft bleibt unangetastet.

⁴⁵⁸ Art. 527 Ziff. 4 ZGB verlangt eine «offenbare» Umgehung, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen nur zurückhaltend auf Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB übertragen werden können. Damit soll – im Vergleich zum Erbrecht – eine Beweiserleichterung geschaffen werden (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 42).

⁴⁵⁹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 43; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 17; RODUNER/SCHMOKER, S. 81; SCHWIZER, Trusts, S. 1125; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 21.

⁴⁶⁰ AEBI-MÜLLER/LUEGER, S. 180; CPra-BURGAT, art. 208, N. 20; DÄNZER, S. 11 f.; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1330 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-

Ehegatten⁴⁶¹ für die Vermögensveräußerung genügt auch im Familienrecht nicht, um die Schmälerungsabsicht zu beweisen.⁴⁶² Das Bundesgericht selbst geht davon aus, dass Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB nur bei einer böswilligen Vermögensentäußerung einschlägig ist.⁴⁶³ Vereinzelt wird aber die Schmälerungsabsicht dann bejaht, wenn ein Ehegatte erhebliche Bezüge aus der Errungenschaft macht, ohne eine glaubwürdige Erklärung für deren Verwendung abgeben zu können.⁴⁶⁴ Die Schmälerungsabsicht muss bereits im Zeitpunkt der Vermögensentäußerung vorliegen und kann nicht nachträglich entstehen.⁴⁶⁵

MÜLLER, N. 12.132; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208, N. 41 f.; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 208, N. 13; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 12 (m.H.a. BGE 128 III 314 E. 4 zu Art. 527 Ziff. 4 ZGB); RODUNER/SCHMOKER, S. 76; RUMO-JUNGO/FANKHAUSER, S. 148 f.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 208, N. 17; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 208, N. 20.

⁴⁶¹ Vgl. Kapitel 5.3.8, wonach ein Ehegatte die Vermögensentäußerung zumindest still gebilligt haben muss. Entsprechend muss auch bei ihm die entsprechende Schmälerungsabsicht bestehen.

⁴⁶² CJ GE ACJC/1079/2022 vom 23. August 2022 E. 3.1.1; OGer SO ZKBER.2017.64 vom 29. März 2018 E. ii.7.1; KGer SZ ZK1 2019 15 vom 30. Oktober 2020 E. 3.b.aa; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1332 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 208, N. 12; RODUNER/SCHMOKER, S. 76.

⁴⁶³ BGer 5A_662/2008 vom 6. Februar 2009 E. 2.3.1; ebenso KGer SZ ZK1 2019 15 vom 30. Dezember 2020 E. 3.b.aa; BG ZH vom 28. April 2017, in: ZR 117/2018, S. 31 ff. E. 7.6.1; DÄNZER, S. 12; MAIER/HAMPEL, Auseinandersetzungen, S. 972 (mit Hinweis auch auf kritische Stimmen); kritisch: RUMO-JUNGO/FANKHAUSER, S. 148.

⁴⁶⁴ CJ GE ACJC/1679/2022 vom 20. Dezember 2022 E. 6.1.4; CPra-BURGAT, art. 208, N. 21.

⁴⁶⁵ Bezüglich Art. 527 Ziff. 4 ZGB: BGE 128 III 314 E. 4; BSK-ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 527, N. 11; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 69, N. 37; WOLF, Verfügungen, S. 445 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 485.

5.4.5 Würdigung des Dargestellten

- 5.85 Die Lehrmeinung, dass die absichtliche Verminderung des Werts des Unternehmens eine Vermögensentäusserung darstellt, ist aus theoretischer Sicht nachvollziehbar. Denn wenn konkrete Handlungen darauf abzielen, den Wert des Unternehmens in Schädigungsabsicht zu vermindern, stellt dies zweifellos eine Vermögensentäusserung der Errungenschaft dar. Allerdings dürfte diese Auffassung in der Praxis nur äusserst selten Anwendung finden:
- 5.86 Der Nachweis einer Schädigungsabsicht bei Geschäften einer Kapitalgesellschaft dürfte in der Praxis kaum zu führen sein. Denn allein die schlechte Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft und das Treffen nachteiliger unternehmerischer Entscheidungen rechtfertigen noch keine Hinzurechnung. Im Einzelfall dürfte es daher kaum möglich sein, zwischen Missmanagement und Schädigungsabsicht zu unterscheiden.⁴⁶⁶ Viele unternehmerische Entscheidungen dürften vertretbar sein, auch wenn sie im Nachhinein wenig Sinn ergeben. Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht ist eine solche *ex post* Perspektive nicht gerechtfertigt, da ansonsten jede unternehmerische Fehlentscheidung eine Hinzurechnung nach sich ziehen würde. Entscheidend ist vielmehr, ob im Zeitpunkt der Entscheidung nachvollziehbare unternehmerische Gründe vorlagen.⁴⁶⁷

5.5 Regelung von Schulden gegenüber der beherrschten Kapitalgesellschaft

- 5.87 Häufig ist der Ehegatte mit der beherrschten Kapitalgesellschaft nicht nur wirtschaftlich eng verbunden, sondern auch finanziell verflochten. Die häufigste Form dieser finanziellen Verflechtung ist das Kontokorrent des Gesellschafters, auf dem die gegenseitigen Ansprüche zwischen dem Gesellschafter und der Kapitalgesellschaft abgebildet werden. Daneben

⁴⁶⁶ Ähnlich: DÄNZER, S. 11 f.

⁴⁶⁷ Vgl. ähnlich oben Kapitel 5.4.4, wonach bereits das Fehlen einer vernünftigen Erklärung für Bezüge auf eine Schmälerungsabsicht hindeuten kann.

kommt es häufig vor, dass Gesellschafter oder in bestimmten Fällen deren Ehegatten der beherrschten Kapitalgesellschaft ein (langfristiges) Darlehen gewähren. Im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung stellt sich die Frage, wie mit solchen Darlehen zu verfahren ist. Zu klären ist, ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von Art. 205 Abs. 3 ZGB ein Durchgriff in der Weise angezeigt ist, dass die Schulden der Kapitalgesellschaft dem Inhaber der Gesellschaftsanteile zugerechnet werden und damit zu einer Verbindlichkeit zwischen Ehegatten werden und damit in den Anwendungsbereich von Art. 205 Abs. 3 ZGB fallen.

Im Gegensatz zu Kapitel 5.1-5.4 würde bei einer solchen Regelung unmittelbar in das Vermögen der Kapitalgesellschaft eingegriffen, indem die Ehegatten die Möglichkeit erhielten, ihre Forderungen gegenüber der Kapitalgesellschaft ohne Mitwirkung derselben untereinander zu begleichen. Der damit verbundene Eingriff in das Vermögen der Kapitalgesellschaft stellt einen echten Durchgriff dar.⁴⁶⁸ Ein solcher ist aber – wie in Kapitel 3.3 dargestellt – nur zulässig, wenn zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Gesellschafter wirtschaftliche Identität besteht und zudem ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt. Eine güterrechtliche Auseinandersetzung dürfte daher im Normalfall keine Auswirkungen auf Forderungen zwischen einem Ehegatten und der vom anderen Ehegatten beherrschten Kapitalgesellschaft haben. Allfällige Streitigkeiten über diese Forderungen sind im Rahmen eines ordentlichen Forderungsprozesses zwischen der betreffenden Kapitalgesellschaft und dem anderen (Ex-)Ehegatten zu klären.

5.88

⁴⁶⁸ Vgl. Kapitel 3.3.

Kapitel 6 Informationsbeschaffung und pro- zessuale Geltendmachung eines Durchgriffs

6.1 Überblick

- 6.1 Um eine Forderung in einem familienrechtlichen Verfahren durchsetzen zu können, sind Informationen und Beweismittel erforderlich. Ohne diese ist es nicht möglich, bezifferte Anträge zu stellen, Behauptungen über die Vermögensverhältnisse der Gegenpartei aufzustellen oder diese zu beweisen. Wer einen Durchgriff bei der Gegenpartei geltend machen will, steht vor der Herausforderung, dass er zwar selber die Beweislast trägt, die Gegenpartei aber über alle Informationen zur Kapitalgesellschaft verfügt. Zur Bezifferung und zum Beweis der eigenen Ansprüche werden daher Informationen und Unterlagen benötigt, die nur der Gegenseite zugänglich sind. Oftmals weiss der Anspruchsteller gar nicht, wonach er sucht.
- 6.2 Zur Erlangung dieser rechtserheblichen Tatsachen⁴⁶⁹ stehen zwei Wege offen: eine unbezifferte Forderungsklage⁴⁷⁰ kombiniert mit prozessrechtlichen Beweisanträgen⁴⁷¹ oder aber eine Informationsbeschaffung aufgrund eines materiellrechtlichen Informationsanspruchs (Stufenklage).⁴⁷² Weiterhin stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die verschiedenen Wege der Informationsbeschaffung und die verschiedenen Beweismittel zueinander stehen.⁴⁷³ Schliesslich soll der Sonderfall der

⁴⁶⁹ Vgl. Kapitel 6.3.

⁴⁷⁰ Vgl. Kapitel 6.2.

⁴⁷¹ Vgl. Kapitel 6.4.

⁴⁷² Vgl. Kapitel 6.5.

⁴⁷³ Vgl. Kapitel 6.6.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Informationsbeschaffung für ein summarisches Eheschutzverfahren oder ein Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen beleuchtet werden.⁴⁷⁴

6.2 Bezifferung des Rechtsbegehrens

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Partei, die familienrechtliche Ansprüche stellt, ihre Rechtsbegehren formulieren muss aber aufgrund von fehlenden Informationen nicht weiss, wie sich die finanzielle Situation bei der beherrschten Gesellschaft gestaltet.

6.3

Rechtsbegehren auf Leistung einer Geldzahlung sind gemäss Art. 84 Abs. 2 ZPO zu beziffern. Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst für den Kindesunterhalt, für dessen Geltendmachung gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO die Offizialmaxime gilt.⁴⁷⁵ Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie nach Art. 85 Abs. 1 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Dies gilt insbesondere dann, wenn die zur Bezifferung erforderlichen Angaben erst im Beweisverfahren gewonnen werden können.⁴⁷⁶ Die klagende Partei hat in der Klageschrift darzulegen, weshalb eine

6.4

⁴⁷⁴ Vgl. Kapitel 6.7.

⁴⁷⁵ BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020 E. 4.3; OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022 E. IV.4.4; DikeKomm ZPO II-BÄHLER, Art. 288, N. 58; BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, N. 2. Für das Berufungsverfahren: BGE 137 III 617 E. 4.5.1 und 4.5.4; KGer VS vom 2. Dezember 2012, in: ZWR 2013, S. 142 ff. E. 2.2; BÄHLER, Eheschutz, S. 97; a.A. KGer GR ZK1 18 43 vom 10. Juni 2021 E. 2.2.2; LIENHARD, Prozessleitung, N. 767; SEILER, N. 891; STALDER, S. 50; ZOGG, Unterhaltsklagen, S. 31.

⁴⁷⁶ BGE 116 II 215 E. 4.a; 131 III 243 E. 5.1; 140 III 409 E. 4.3.2; AEBI-MÜLLER/JETZER, S. 293; BAUMANN WEY, N. 346 ff.; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85, N. 11 ff.; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85, N. 8 f.; DikeKomm ZPO I-FÜLLEMANN, Art. 85, N. 2 f.; HODEL, S. 449; KRAUSKOPF/WIRZ, S. 43 ff.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 160; BK ZPO I-MARKUS, Art. 85, N. 3; SCHÖBI, S. 455 f.; FHB ZPO-SOGO, N. 10.206 ff.; STALDER, S. 55 f.; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 85, N. 2.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Bezifferung nicht möglich oder unzumutbar ist, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten wird.⁴⁷⁷ Die unbezifferte Forderungsklage entbindet die klagende Partei jedoch nicht vollständig von der Obliegenheit, Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren.⁴⁷⁸ Die bereits bekannten Anhaltspunkte und Beweise für den eigenen Anspruch sind in der Klage aufzuführen und die zu erhebenden Beweise zu bezeichnen.⁴⁷⁹ Ergeben sich während des Beweisverfahrens neue Tatsachen, so können diese noch in das Verfahren eingeführt werden.⁴⁸⁰ Spätestens im Schlussvortrag nach

⁴⁷⁷ Für das Scheidungsverfahren vgl. sogleich. BGE 140 III 409 E. 4.3.1; 148 III 322 E. 3 ff.; BGer 4A_93/2014 vom 4. Juli 2014 E. 4.3.2; 4A_286/2022 vom 20. Dezember 2022 E. 6.3.2; AppGer BS ZB.2022.29 vom 17. März 2023 E. 3.2; KGer FR 102 2022 187 vom 27. Februar 2023 E. 1.1; OGer SO ZKBER.2022.41 vom 30. Mai 2023 E. 5; BAUMANN WEY, N. 232 ff. und 547 ff.; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85, N. 6; GÖKSU, Rechtsprechung, S. 325 (für die Herabsetzungsklage); HODEL, S. 449 ff.

⁴⁷⁸ Zum substantiierten Bestreiten der beklagten Partei im Unterhaltsverfahren vgl. Kapitel 4.7.1.

⁴⁷⁹ BGE 122 III 219 E. 3.a; 140 III 409 E. 4.3.1; 143 III 297 E. 8.2.5.2; KGer LU 1B 13 7 vom 23. August 2013; KGer SG vom 21. August 2015, in: GVP 2015, S. 303 ff. E. 2.a und 2.b.aa.bbb.; OGer ZG vom 2. Dezember 2016, in: CAN 2017, S. 73 ff. E. 4.3.1; BAECHLER, S. 7 f.; BAUMANN WEY, N. 618 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16, N. 217; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85, N. 10; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85, N. 21; KRAUSKOPF/WIRZ, S. 46; DikeKomm ZPO I-LEU, Art. 150, N. 72; LING, S. 104; BK ZPO I-MARKUS, Art. 85, N. 14; SCHMID, Verfahren, S. 136; SCHÖBI, S. 456; SCHWEIZER, Aspekte, S. 173; STALDER, S. 64; STÄUBER, S. 123; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 85, N. 6.

⁴⁸⁰ BGE 140 III 409 E. 4.3.1 m.w.H.; BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 5; BAUMANN WEY, N. 623 (die zu Recht beschreibt, dass Tatsachen, die im Rahmen einer zulässigen unbezifferten Forderungsklage im Beweisverfahren entdeckt wurden, nicht vorher vorgebracht werden konnten); STALDER, S. 64; STÄUBER, S. 9.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Art. 232 ZPO ist das Rechtsbegehren zu beziffern, wozu das Gericht auf-
fordert.⁴⁸¹

Will ein Ehegatte familienrechtliche Ansprüche daraus herleiten, dass der
andere Ehegatte an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist, liegt ein typi-
scher Fall von Art. 85 ZPO vor. Denn der anspruchstellende Ehegatte
kennt in der Regel weder die internen Vorgänge noch die finanzielle Situ-
ation der Kapitalgesellschaft. Diese Informationen sind aber notwendig,
um die Voraussetzungen für den Durchgriff,⁴⁸² das anrechenbare Einkom-
men⁴⁸³ und die güterrechtliche Forderung⁴⁸⁴ überhaupt erst feststellen und
beziffern zu können.⁴⁸⁵ Denn ohne diese Angaben weiss die anspruchstel-
lende Partei nicht, ob überhaupt ein Durchgriffstatbestand gegeben ist und
wie hoch das Einkommen oder die Errungenschaft des anderen Ehegatte-
ten ist. Dies hat die ansprechende Partei gemäss Art. 291 Abs. 3 ZPO ent-
sprechend in der Klagebegründung darzulegen. Aufgrund von Art. 283
Abs. 2 ZPO (Einheit des Scheidungsurteils)⁴⁸⁶ führt insbesondere im

6.5

⁴⁸¹ BGer 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.2.2; BAUMANN WEY, N. 514; CR CPC-BOHNET, art. 85, N. 20; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85, N. 3; DikeKomm ZPO I-FÜLLEMANN, Art. 85, N. 3; GROBÉTY, N. 253; MEIER, Forderungsklage, S. 30; Kuko ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 85, N. 9; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 85, N. 4 f. Vgl. auch Art. 85 Abs. 2 nZPO.

⁴⁸² Vgl. Kapitel 4.3 und 5.2.4.

⁴⁸³ Vgl. Kapitel 4.4 f.

⁴⁸⁴ Vgl. Kapitel 5.2 ff.

⁴⁸⁵ BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020 E. 5.1; 5A_847/2021 vom 10. Januar 2023 E. 4.2.2; OGer ZH LC180020 vom 4. Februar 2019 E. IV.1; LY180020 vom 1. März 2019 E. III.C.3.1; AEBI-MÜLLER/JETZER, S. 293; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 70 f.; BAUMANN WEY, N. 130; GÖKSU, Urkundenedition, S. 98; KOKOTEK, N. 10 ff.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 196 ff.; SUTTER-SOMM/AMMANN, S. 561.

⁴⁸⁶ Vgl. ebenfalls BGE 144 III 298 wonach es zulässig ist, einen Teilentscheid über den Scheidungspunkt zu fällen, wenn überwiegende Interessen (insbesondere, wenn das Recht auf Ehe eingeschränkt wird, indem das hängige

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Scheidungsverfahren eine mangelhafte Bezifferung zu einer Abweisung des Rechtsbegehrens, da für ein Nichteintreten oder ein Verweis des Güterrechts in ein separates Verfahren kein Raum bleibt.⁴⁸⁷

- 6.6 Ist das unbezifferte Rechtsbegehren einmal formuliert, stellt sich die Frage, welche Unterlagen und Informationen erforderlich sind, um den geltend gemachten Anspruch zu beziffern und letztlich zu beweisen. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Auskunftsanspruch auf materiellem Recht oder auf Prozessrecht beruht: Die unbezifferte Forderungsklage kann entweder als unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinn (nachfolgend nur «unbezifferte Forderungsklage») oder als Stufenklage erhoben werden. Bei der ersten Variante (unbezifferte Forderungsklage) wird ein unbeziffertes Rechtsbegehren mit einer prozessrechtlichen Beweisofferte verbunden. Bei der Stufenklage findet eine objektive Klagenhäufung eines unbezifferten Rechtsbegehrens mit einem materiellrechtlichen Auskunftsbegehren – im Eherecht gestützt auf Art. 170 ZGB – statt.⁴⁸⁸ Auf die Einzelheiten wird noch einzugehen sein.

Scheidungsverfahren die Möglichkeit zur Wiederverheiratung in übermässiger Weise einschränkt) für eine Scheidung sprechen oder beide Ehegatten mit der Scheidung in einem Teilurteil einverstanden sind.

⁴⁸⁷ STALDER, S. 53; ebenso: OGer SH 10/2013/19 vom 13. Februar 2015, in: CAN 2015, S. 225 ff. E. 2.f. a.A. KAUFMANN, S. 913.

⁴⁸⁸ BGE 140 III 409 E. 4.3; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 70; BAECHLER, S. 1; BAUMANN WEY, N. 34 ff.; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85, N. 9 f. und 20 ff.; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 85, N. 2 f.; DikeKomm ZPO I-FÜLLEMANN, Art. 85, N. 3 ff.; HODEL, S. 449; KRAUSKOPF/WIRZ, S. 43 ff.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 194 und 196 f.; BK ZPO I-MARKUS, Art. 85, N. 1, 3 und 15 ff.; SCHÖBI, S. 455 f.; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 85, N. 4 und 8 f.

6.3 Rechtserhebliche Tatsachen

6.3.1 Für die Voraussetzung des Durchgriffs rechtserhebliche Tatsachen

Gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO sind rechtserhebliche und streitige Tatsachen Beweisgegenstand. Im Hinblick auf die Voraussetzungen des Durchgriffs zur Beurteilung der familienrechtlichen Folgen⁴⁸⁹ sind die nachfolgend dargestellten Tatsachen rechtserheblich. Gleichzeitig ist ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, mit welchen Beweismitteln diese Tatsachen typischerweise bewiesen werden können. 6.7

Ein Durchgriff setzt zunächst ein *Beherrschungsverhältnis* der Kapitalgesellschaft durch einen Verfahrensbeteiligten voraus.⁴⁹⁰ Dabei ist zu beachten, dass (auch) im Familienrecht der Durchgriff selber eine Rechtsfrage ist, die jedoch einer zu behauptenden Tatsachengrundlage bedarf.⁴⁹¹ Die entsprechenden Behauptungen könnten je nach Art des Durchgriffs wie folgt aussehen und die folgenden Beweismittel könnten sich als tauglich erweisen: 6.8

⁴⁸⁹ Vgl. Kapitel 4.3 und 5.2.4.

⁴⁹⁰ Zum massgeblichen Beherrschungsverhältnis vgl. Kapitel 4.3 und 5.2.4.

⁴⁹¹ Explizit im familienrechtlichen Kontext: OGer ZH LE180052 vom 20. Juni 2019 E. II.4.4.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

- 6.9 Eine Beherrschung kann zunächst durch die Beherrschung der *Mehrheit der Gesellschaftsanteile* erfolgen.⁴⁹² In diesem Fall reicht es aus, folgende Behauptung aufzustellen:
- «*Der Ehemann hält die Mehrheit der Gesellschaftsanteile der Y_GmbH.*»
- 6.10 Diese Behauptung kann durch Unterlagen zum Aktienbesitz (z.B. Aktienbuch der Kapitalgesellschaft oder Steuererklärung einer Partei) belegt werden. Der Nachweis einer Mehrheitsbeteiligung dürfte in den wenigsten Fällen Probleme bereiten.
- 6.11 Die Kontrolle über eine Kapitalgesellschaft kann auch ohne Mehrheit des Kapitals oder der Stimmen ausgeübt werden.⁴⁹³
- 6.12 Dabei kann sich eine beherrschende Stellung zunächst aus der Aktionärsstruktur ergeben, etwa wenn es einen Ankeraktionär gibt und das übrige Aktionariat breit gestreut ist.⁴⁹⁴ Daneben können aber auch mehrere Aktionäre gemeinsam eine koordinierte Kontrolle ausüben. Diese ist anhand äusserer Indizien festzustellen.⁴⁹⁵ So kann sich beispielsweise eine solche koordinierte Beherrschung daraus ergeben, dass erhebliche verdeckte Privatbezüge geduldet werden, dass in der Vergangenheit für den Ehegatten persönlich vorteilhafte Anträge vom Verwaltungsrat oder der Generalversammlung (diskussionslos) «durchgewinkt» werden oder dass ein Ehegatte eine starke persönliche Bindung zum anderen Aktionär hat (z.B.

⁴⁹² Vgl. Kapitel 4.3.2.

⁴⁹³ Vgl. Kapitel 4.3.3 und 4.3.4.

⁴⁹⁴ Z.B., wenn ein Ehegatte eine Beteiligung von 45 % hält und die anderen 55 % werden von zehn verschiedenen – unkoordinierten – Personen gehalten. Diesfalls werden faktisch diejenigen Beschlüsse getroffen, die der Ankeraktionär unterstützt; vgl. SCHENKER, S. 504; TRÜEB/ZIMMERLI, Fn. 124; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, N. 765; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N. 1558; WALTER, Allokation, S. 41; WASER, S. 109.

⁴⁹⁵ Zum Finanzmarktrecht: BGE 130 II 530 E. 6.5.7; JENNY, S. 357; PETER/BOVEY, N. 298. Zu den tauglichen Beweismitteln vgl. ebenfalls Kapitel 4.3.3.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

nicht operativ tätige Lebenspartner, Verwandte oder langjährige Geschäftspartner⁴⁹⁶). Diesen Indizien ist gemeinsam, dass sie darauf hindeuten, dass ein Gesellschafter bereit ist, seinen Willen zugunsten des anderen Gesellschafters zurückzustellen. Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, auch bei einer Minderheitsbeteiligung⁴⁹⁷ von einer familienrechtlich beachtlichen Einflussnahme auszugehen. Im Falle einer koordinierten Kontrolle muss einerseits behauptet werden, dass eine Partei eine massgebliche Beteiligung an der fraglichen Kapitalgesellschaft hält. Andererseits muss es vor dem Beweisverfahren genügen, dass ein koordiniertes Verhalten mit den anderen Beteiligungsinhabern behauptet wird. Denn typischerweise weiss die behauptende Partei vor dem Beweisverfahren noch nicht, worin das abgestimmte Verhalten besteht. Eine mögliche Behauptung könnte wie folgt lauten:

«Der Beklagte A. hält 50 % der Aktien an der Z._AG. Die anderen 50 % hält B. Sie sind Geschäftspartner und haben in der Vergangenheit in den entsprechenden Gremien (Verwaltungsrat und Generalversammlung) gemeinsame Beschlüsse gefasst, was zeigt, dass sie gemeinsam die Kontrolle über die Z._AG ausüben.»

Um diese Behauptung beweisen zu können, sind Urkunden wie Protokolle von Generalversammlungen oder Verwaltungsratssitzungen oder aber Aktionärsbindungsverträge relevant, die Auskunft darüber geben, inwieweit sich eine Partei mit Mitgesellschaftern abstimmt. Bei diesen Dokumenten handelt es sich allesamt um Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO.⁴⁹⁸

6.13

⁴⁹⁶ Die Praxis zeigt, dass wenn eine Kapitalgesellschaft von einer Handvoll Personen geführt wird, die Personen zur Sicherstellung des unternehmerischen Fortkommens aufeinander angewiesen sind. Diese gegenseitige Abhängigkeit führt häufig dazu, dass Geschäftspartner einander nur sehr selten (offene oder verdeckte) Ausschüttungen verweigern, solange die Ausschüttungen gleichmässig vorgenommen bzw. anderweitig ausgeglichen werden.

⁴⁹⁷ Vgl. Kapitel 4.3.3.

⁴⁹⁸ Vgl. Kapitel 6.4.1.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Daneben kommt für eine koordinierten Kontrolle auch die Einvernahme (als Partei oder als Zeuge) der Beteiligten in Frage.

- 6.14 Reicht der Aktienbesitz für eine Beherrschung allein nicht aus, kann eine *faktische Beherrschung* angenommen werden, wenn – wie in Kapitel 4.3.4 dargestellt – ein Ehegatte in der Kapitalgesellschaft notwendige Betriebsgrundlagen (Know-how, Kundenkontakte etc.) zur Verfügung stellt, die den Fortbestand des Unternehmens bzw. der Kapitalgesellschaft sichern und unersetzlich sind. In diesem Fall ist zu behaupten, welche notwendigen Betriebsgrundlagen dieser Ehegatte zur Verfügung stellt und wie genau sich diese auf das Unternehmen bzw. die Kapitalgesellschaft auswirken. Eine Behauptung z.B. für einen Steuerberater, der an der X._AG, für die er tätig ist, nur eine Minderheitsbeteiligung hält, könnte wie folgt aussehen:

«Der Ehemann ist langjähriger Geschäftsführer der X._AG. Er hat ein starkes Vertrauensverhältnis zu wichtigen Kunden. Würde der Ehemann nicht mehr für die X._AG tätig sein, würden seine Klienten mit ihm zu einer anderen Steuerberatungsgesellschaft wechseln, was für die X._AG einen grossen finanziellen Verlust bedeuten würde. Der Ehemann ist aufgrund seiner Kundenbeziehungen in der Lage, seine Forderungen gegenüber der X._AG durchzusetzen, was ihm einen beherrschenden Einfluss verleiht.»

- 6.15 Dass ein Ehegatte der Kapitalgesellschaft Betriebsgrundlagen (z.B. besondere Fachkenntnisse) zur Verfügung stellt, dürfte in den meisten Fällen unstreitig oder leicht nachzuweisen sein (z.B. durch Urkunden oder Befragungen von Dritten). Fraglich dürfte aber in den meisten Fällen sein, ob diese notwendig sind und nur durch den betreffenden Ehegatten zur Verfügung gestellt werden können.⁴⁹⁹ Dazu wären wohl Dritte (z.B. Geschäftspartner) zu befragen oder ein Gutachten erstellen zu lassen.

⁴⁹⁹ Da es sich um eine Tatsache handelt, zu der nur der beherrschende Ehegatte Zugang hat, trifft diesen die Pflicht zum substantiierten Bestreiten (vgl. Kapitel 4.7.1).

6.3.2 Für die Festlegung des Unterhalts relevanten Tatsachen

Nachdem das Beherrschungsverhältnis geklärt ist, stellt sich noch die Frage nach der konkreten *finanziellen Situation der Gesellschaft*. Diese ist relevant, wenn es um die Ermittlung der konkreten Leistungsfähigkeit einer Partei geht. Für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit⁵⁰⁰ kommen vor allem die Bilanz und die Erfolgsrechnung der Kapitalgesellschaft (einschliesslich der von der Kapitalgesellschaft beherrschten Untergesellschaften) in Betracht.⁵⁰¹ Da für die Ermittlung des Einkommens normalerweise die letzten drei Jahre⁵⁰² massgebend sind, genügt es, den Gewinn der letzten drei Jahre (soweit bekannt) geltend zu machen. Ergibt sich der Gewinn nicht ohne Weiteres aus der Bilanz und der Erfolgsrechnung (insbesondere, weil verdeckte Privatbezüge behauptet werden), wird wiederum ein Gutachten unumgänglich sein. Denn letztlich kann nur ein Gutachter beurteilen, ob ein Aufwand betrieblich veranlasst ist oder nicht.⁵⁰³ Wie bereits oben ausgeführt, sind verdeckte Gewinnausschüttungen – insbesondere verdeckte Privatbezüge⁵⁰⁴ – des anderen Ehegatten dessen Einkommen hinzuzurechnen. Um diese Privatbezüge hinreichend substantiieren zu können, genügt es nicht, auf einzelne Positionen in den Kontenblättern zu verweisen. Vielmehr muss immer angegeben werden,

6.16

⁵⁰⁰ Vgl. Kapitel 4.4.

⁵⁰¹ OGer ZH LE160021 vom 23. September 2016 E. 6.2.4; LY170017 vom 27. September 2017 E. III.3.2.

⁵⁰² Vgl. Kapitel 4.4.4.

⁵⁰³ Vgl. Kapitel 6.4.4.

⁵⁰⁴ Bei verdeckten Privatbezügen handelt es sich um geschäftlich verbuchte Aufwendungen, die nicht geschäftsmässig begründet sind, sondern nur dem Empfänger privat dienen. Das kann etwa dadurch geschehen, dass private Rechnungen geschäftlich bezahlt und verbucht werden oder betriebliche Leistungen (z.B. ein Geschäftsfahrzeug) privat und ohne Gegenleistung in Anspruch genommen werden (z.B. OGer ZH LQ090072 vom 2. November 2012 E. III.5.2). Vgl. Kapitel 4.4.5 mit umfassenden Hinweisen.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

worin genau der private Charakter eines Aufwands besteht.⁵⁰⁵ Hierzu wird es in einem ersten Schritt unumgänglich sein, die Belege zu den einzelnen Buchungen einzufordern.⁵⁰⁶ In der Praxis hat es sich auch bewährt, den Unternehmerehegatten zu jeder einzelnen Position zu befragen und sich von ihm erklären zu lassen, worum es sich bei der jeweiligen Position handelt. Solange keine Unterlagen über die finanzielle Situation der Kapitalgesellschaft vorliegen, ist der Unterhalt der typische Anwendungsfall einer unbezifferten Forderungsklage oder einer Stufenklage.⁵⁰⁷

6.3.3 Für die Festlegung der güterrechtlichen Ausgleichsforde- rung relevanten Tatsachen

- 6.17 Wie in Kapitel 5.2 ausgeführt, sind bei der güterrechtlichen Auseinander-
setzung⁵⁰⁸ im Wesentlichen die thesaurierten Gewinne und deren Be-
triebsnotwendigkeit zu ermitteln. Dazu sind zunächst die Zahlen, die sich
aus der massgebenden Bilanz der jeweiligen Kapitalgesellschaft ergeben,
relevant. Die Betriebsnotwendigkeit des Vermögens ergibt sich meistens
erst aus den gutachterlichen Feststellungen.⁵⁰⁹ Ohne vorherige Aktenedi-
tion bzw. Gutachten wird der an der Kapitalgesellschaft nicht beteiligte
Ehegatte keine substantiierten Behauptungen aufstellen können, sondern
mit einer unbezifferten Forderungsklage bzw. Stufenklage vorgehen müs-
sen.⁵¹⁰
- 6.18 Gleiches gilt, soweit der andere Ehegatte einen Hinzurechnungstatbe-
stand bei der beherrschten Kapitalgesellschaft geltend macht.⁵¹¹ Ohne

⁵⁰⁵ OGer ZH LE150053 vom 16. Juni 2016 E. II.B.5.3.3.

⁵⁰⁶ In diesem Sinne KGer GR vom 18. Oktober 2018, in: PKG 2018, S. 28 ff., 38.

⁵⁰⁷ Vgl. Kapitel 6.4 und 6.5.

⁵⁰⁸ Zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. Kapitel 8.

⁵⁰⁹ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.i.

⁵¹⁰ Vgl. Kapitel 6.2.

⁵¹¹ Vgl. Kapitel 5.3 f.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

entsprechende Buchhaltungsunterlagen und Belege der Kapitalgesellschaft wird es dem anderen Ehegatten nicht möglich sein nachzuvollziehen, ob, wann und in welcher Höhe die Kapitalgesellschaft unentgeltliche Zuwendungen getätigt hat. Auch hier wird dem anderen Ehegatten nichts anderes übrigbleiben, als eine Stufenklage oder eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben.

6.4 Prozessuale Informationsbeschaffung

6.4.1 Adressat der Mitwirkungspflicht

In den meisten Fällen müssen Beweise erhoben werden (z.B. die Edition von Urkunden),⁵¹² die sich im Herrschaftsbereich der Kapitalgesellschaft befinden. Es stellt sich die Frage, in welchem Umfang die betroffene Kapitalgesellschaft mitwirkungspflichtig ist.

6.19

Nach Art. 160 Abs. 1 ZPO sind sowohl Dritte als auch Parteien zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet (Dritte) bzw. belastet (Partei). Für die Bestimmung der Adressaten der Beweiserhebung ist zunächst von Bedeutung, dass die Mitwirkungspflicht Dritter gegenüber der Mitwirkungslast der Parteien subsidiär ist. Dritte können daher nur dann zur Mitwirkung herangezogen werden, wenn die betreffenden Beweise nicht von den Parteien beschafft werden können.⁵¹³ Ist die beherrschende Verfahrenspartei Mitglied des Verwaltungsrats der betreffenden Kapitalgesellschaft, so hat sie ihre Stellung zu nutzen, um innerhalb der

6.20

⁵¹² Vgl. Kapitel 6.3.2 und 6.3.3.

⁵¹³ AppGer BS ZB.2018.36 vom 23. September 2019 E. 1.3.2; ZB.2021.51 vom 2. Dezember 2021 E. 3.1.1; OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III.3.3; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 69; DAUAG, N. 726; GÖKSU, S. 115 f.; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 160, N. 6; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.3; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 160, N. 14; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 198; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160, N. 8a; OFK ZPO-SCHÖNMANN, Art. 160, N. 9; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 160, N. 2.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Kapitalgesellschaft an die erforderlichen Unterlagen wie z.B. Protokolle, Buchhaltungsunterlagen und sonstigen Urkunden der Kapitalgesellschaft zu gelangen.⁵¹⁴ Von diesem Grundsatz kann in Verfahren mit Officialmaxime – insbesondere in Kinderbelangen – abgewichen werden und die Kapitalgesellschaft direkt zur Mitwirkung verpflichtet werden.⁵¹⁵ Es ist daher zu unterscheiden, ob die Informationen für die Festsetzung des Kindesunterhalts (insbesondere über das Einkommen der Eltern) erforderlich sind oder nicht.

6.21 Betreffen die von der Kapitalgesellschaft verlangten Auskünfte hingegen Punkte, die dem Verhandlungsgrundsatz nach Art. 277 ZPO unterliegen (insbesondere (nach-)ehelicher Unterhalt und Güterrecht), ist nach der Stellung des Unternehmerehegatten zu differenzieren: Ist der Unternehmerehegatte nur Anteilseigner, dürfte er regelmässig keinen Zugang zu Geschäftsinformationen wie z.B. Buchhaltung und Belegen der Kapitalgesellschaft haben.⁵¹⁶ In diesem Fall wäre die Kapitalgesellschaft direkt zur Mitwirkung zu verpflichten. Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Unternehmerehegatte selbst Verwaltungsrat ist und somit gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR selbst für die ordnungsgemässe Aufbewahrung der Geschäftsbücher, insbesondere der Buchhaltung, verantwortlich ist. Zudem hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 715a OR ein umfassendes Einsichtsrecht. In diesem Fall kann nur von der Verfahrenspartei selbst die Mitwirkung an der Beweiserhebung verlangt werden und die Kapitalgesellschaft trifft keine Mitwirkungspflicht. Verweigert eine Verfahrenspartei die

⁵¹⁴ ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III.4.7 betreffend Art. 170 ZGB.

⁵¹⁵ ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 160, N. 2; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.3; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 160, N. 15; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160, N. 8a; OFK ZPO-SCHÖNMANN, Art. 160, N. 9; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 160, N. 2.

⁵¹⁶ Ein Aktionär hat Anspruch auf den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht (Art. 699 OR; für die GmbH: Art. 802 OR). Zudem ist jeder Aktionär, der mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertritt, berechtigt, in die Geschäftsbücher und Akten der Kapitalgesellschaft Einsicht zu nehmen (Art. 697a OR).

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Mitwirkung (indem sie z.B. gewisse Dokumente nicht herausgibt), kann dieses Verhalten nur im Rahmen der Beweiswürdigung gemäss Art. 164 ZPO berücksichtigt werden.

Wird eine Kapitalgesellschaft zur Mitwirkung verpflichtet, so ist sie nach dem formellen Parteibegriff der schweizerischen Zivilprozessordnung als Dritte (d.h. nicht als Verfahrenspartei) zu behandeln und es kommen die Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 f. ZPO zur Anwendung.⁵¹⁷ Dies erscheint sinnvoll, da die Interessen der Gesellschaft und der Verfahrensparteien nicht zwingend identisch sein müssen.

6.22

6.4.2 Verweigerungsrechte von Parteien

Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZPO kann eine Partei die Mitwirkung verweigern, wenn sie eine nahestehende Person strafrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen würde oder sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würde. Die Träger anderer geschützter Geheimnisse kann die Mitwirkung nur bei einem überwiegenden Geheimhaltungsinteresse verweigern (Art. 163 Abs. 2 ZPO).⁵¹⁸ Verweigert dabei eine Partei zu Unrecht die Mitwirkung, ist dies nur bei der Beweiswürdigung miteinzubeziehen (Art. 164 ZPO).⁵¹⁹

6.23

⁵¹⁷ BERTI, N. 72; GULDENER, S. 124; HABSCHIED, N. 270; HEISCH, N. 156 f.; HUBER-LEHMANN, N. 397; KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 61; LORENZ, N. 50; LÖTSCHER, N. 10 und 1302 f. (nachdem im Schweizer Recht kein prozessualer Durchgriff anerkannt ist, die aber für einen solchen plädiert); LÜTHI, S. 9; BK ZPO II-RÜETSCHI, Vor Art. 160, N. 7; SENN, N. 5; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 8, N. 1. Bisher hat das Bundesgericht lediglich in einem Fall einen «prozessualen Durchgriff» angenommen, als eine Partei zur Torpedierung der eigenen Parteistellung eine Kapitalgesellschaft gründete und an diese das Streitobjekt übertrug (BGer 5A_947/2015 vom 11. April 2016 E. 3.2).

⁵¹⁸ Zu einer eingehenden Diskussion vgl. Kapitel 6.4.3.1.

⁵¹⁹ Zu Art. 164 ZPO vgl. Kapitel 4.7.2.

6.4.3 Verweigerungsrechte von Dritten und Vollstreckung

6.4.3.1 Betroffene Geheimnisse

6.24 Muss eine Kapitalgesellschaft in einem familienrechtlichen Verfahren umfassend Auskunft erteilen, stellt sich die Frage, inwieweit sie selbst, aber auch Dritte die Mitwirkung verweigern können. Hier ist zum einen die streitbeteiligte Kapitalgesellschaft einer Partei betroffen, die unter Umständen sensible Informationen (z.B. Details zu Anschaffungskosten, eigenen Verkaufspreisen oder Personalkosten) nicht an die anderen Verfahrensbeteiligten oder das Gericht weitergeben möchte. Auf der anderen Seite können aber auch unbeteiligte Dritte wie z.B. Steuerbehörden und Banken betroffen sein, die Adressaten einer Ersatzvornahme⁵²⁰ sind. Solche Verweigerungsrechte sind dann von Bedeutung, wenn prozessuale Auskunftsansprüche gegenüber Dritten mit gesetzlich geschützten Geheimnissen kollidieren. Am häufigsten dürften folgende Geheimnisse betroffen sein:

- Amts- und Steuergeheimnis (Art. 166 Abs. 1 lit. c ZPO i.V.m. Art. 320 StGB)
- Bankkundengeheimnis (Art. 166 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 47 BankG)⁵²¹
- Geschäftsgeheimnisse (Art. 166 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 697 Abs. 2 OR und Art. 162 StGB)⁵²²

⁵²⁰ Vgl. Kapitel 6.4.3.2 und 6.5.4.

⁵²¹ BGE 142 III 116 E. 3.1.1; SHK ZPO-BERNI, Art. 166, N. 16; BOHNET/JEAN-
NERET, S. 84; GÖKSU, S. 121; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 166, N. 3;
HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.180; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 166, N. 32; CR
CPC-JEANDIN, art. 166, N. 25; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 166, N. 54; BSK
ZPO-SCHMID, Art. 166, N. 16; STÄUBER, S. 132; SUTTER-SOMM/SEILER,
Art. 166, N. 7.

⁵²² Vgl. OGer ZH RU210072 vom 26. Oktober 2021 E. IV.2.8; HOPF, S. 678; BSK
ZPO-SCHMID, Art. 163, N. 8; STÄUBER, S. 138 ff.; wonach Art. 166 Abs. 2 ZPO

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

6.25

Sowohl das Bank- als auch das Geschäftsgeheimnis fallen unter Art. 166 Abs. 2 ZPO. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und das Gericht hat das Interesse der einen Partei an der Wahrheitsfindung gegen das Interesse des Dritten an der Geheimhaltung unter Berücksichtigung der Schutzmassnahmen abzuwägen.⁵²³ Hierbei ist zu beachten, dass das Interesse der Familie an der Festsetzung eines angemessenen Unterhaltsbeitrags aus sozialpolitischen Gründen in der Regel höher zu gewichten ist als das Geheimhaltungsinteresse der Kapitalgesellschaft bzw. der Bank.⁵²⁴ Den Geheimhaltungsinteressen kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass im Einzelfall angemessene Schutzmassnahmen gemäss Art. 156 ZPO zu prüfen und zu ergreifen sind. Diese Schutzmassnahmen können darin bestehen, dass Dokumente (z.B. Kundennamen) geschwärzt, ausserhalb der Gerichtsakten aufbewahrt oder nur den Rechtsvertretern Akteneinsicht gewährt wird.⁵²⁵ Im Extremfall kann auch

nur für fremde Geheimnisse angerufen werden kann, nicht aber für eigene; a.A. SHK ZPO-BERNI, Art. 166, N. 16; DikeKomm I ZPO-HIGI, Art. 166, N. 32; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 304. Ferner in allgemeiner Weise: BGer 5A_384/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 4.1; 4A_63/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 5.2.1; DAUAG, N. 714; GÖKSU, S. 121; FHB ZPO-GÖKSU, N. 4.252; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 166, N. 73; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.180; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 166, N. 32; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 166, N. 55; STÄUBER, S. 136 ff.; VOISARD, S. 400.

⁵²³ OGer ZH PC160010 vom 30. Juni 2016 E. II.4.2; SHK ZPO-BERNI, Art. 166, N. 15; BRACHER, N. 417; GÖKSU, S. 115; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 166, N. 75; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.182; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 166, N. 34; JEANDIN, preuve, S. 88 f.; CR CPC-JEANDIN, art. 166, N. 25; RÜEDI, N. 357 ff.; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 166, N. 60; STÄUBER, S. 5 f.; VOUILLOZ, S. 839.

⁵²⁴ OGer ZH PC160010 vom 30. Juni 2016 E. II.4.3.4.

⁵²⁵ BGer 4A_390/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.3.1; 4A_58/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 3.2.3; KGer FR 102 2020 44 vom 8. Juli 2020 E. 3.2 f.; OGer ZH PC160010 vom 30. Juni 2016 E. II.4.3.4; BOHNET/JÉQUIER, N. 142 ff.; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 156, N. 14; BSK ZPO-GUYAN, Art. 156, N. 6; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 156, N. 15 f.; HOPF, S. 677 f.;

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

nur ein Gutachter Einsicht in die schutzwürdigen Unterlagen erhalten und dem Gericht mitteilen, welche Informationen wesentlich sind.⁵²⁶

6.4.3.2 Verfahrensrechtliche Aspekte und Vollstreckung

6.26 Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Kapitalgesellschaft zur Mitwirkung verpflichtet ist, so hat es nach Art. 154 ZPO eine Beweisverfügung zu erlassen, in der es die Abnahme bestimmter Beweise bei der streitbeteiligten Kapitalgesellschaft anordnet. In der Praxis erfolgt die Beweiserhebung bei Dritten zweistufig: Zunächst wird die Dritte, d.h. die Kapitalgesellschaft, unter Vorbehalt von Art. 165 ff. ZPO zur Einreichung bestimmter Urkunden aufgefordert. Kommt die Kapitalgesellschaft dieser Aufforderung nicht nach oder verweigert sie die Mitwirkung begründet, hat das Gericht die Mitwirkung der Kapitalgesellschaft erneut zu prüfen und bei Bejahung der Mitwirkungspflicht eine zweite Verfügung zu erlassen und gleichzeitig Sanktionen nach Art. 167 Abs. 1 ZPO anzuordnen.⁵²⁷ Dieser Beschluss kann dann von der Kapitalgesellschaft gemäss Art. 167 Abs. 3 ZPO mit Beschwerde angefochten werden. Damit kann die Kapitalgesellschaft geltend machen, dass sie nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist oder dass ihr ein Verweigerungsrecht zusteht.⁵²⁸

JEANDIN, preuve, S. 77 f.; DikeKomm ZPO I-LEU, Art. 156, N. 18 f.; RAMELET, N. 327 ff.; SCHLOSSER, S. 81 ff.; STÄUBER, S. 185 ff.; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 156, N. 7; VOUILLOZ, S. 834 f.

⁵²⁶ BGer 4A_64/2011 vom 1. September 2011 E. 3.3.

⁵²⁷ KGer LU vom 5. Februar 2019, in: LGVE 2019, Nr. 2 E. 4.4; OGer ZH PC120019 vom 10. Juli 2012 E. 3.3; PC150025 vom 8. September 2015 E. II.2 m.w.H.; PP190053/PP190054 vom 31. Januar 2020 E. 2.2; FHB ZPO-BÄHLER, N. 20.330; BRACHER, N. 421 ff.; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 167, N. 27 ff.; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.56 f.; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 167, N. 20 f.; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 319, N. 8a; STEINER, N. 227 ff.; a.A. DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 167, N. 37; BSK ZPO-SCHMID, Art. 167, N. 4.

⁵²⁸ FHB ZPO-BÄHLER, N. 20.330; BRACHER, N. 520; GÖKSU, Urkundenedition, S. 97 f.; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 167, N. 28; HASENBÖHLER/YAÑEZ,

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Kommt die Kapitalgesellschaft ihrer Mitwirkungspflicht trotz rechtskräftiger Beweisverfügung nicht nach, stehen die Vollstreckungsmechanismen nach Art. 167 ZPO zur Verfügung, wozu auch die Ersatzvornahme gehört.⁵²⁹ Dabei wird eine andere Person verpflichtet, die angeordnete Handlung für die mitwirkungspflichtige Kapitalgesellschaft vorzunehmen.⁵³⁰ Soll also die Herausgabe von Urkunden erwirkt werden, so kann im Rahmen der Ersatzvornahme eine Bank verpflichtet werden, anstelle der streitbetroffenen Kapitalgesellschaft Bankunterlagen einzureichen, oder die Steuerbehörde, ein Revisor oder ein Treuhänder wird verpflichtet, die Steuerunterlagen (insbesondere Bilanz und Erfolgsrechnung) der streitbetroffenen Kapitalgesellschaft herauszugeben.⁵³¹ Die Adressaten der Ersatzvornahme können ihrerseits ein Verweigerungsrecht geltend machen. Erfolgt dies zu Recht, kann die Mitwirkung nicht erzwungen werden.⁵³²

6.27

6.28

N. 4.56 ff.; DikeKomm ZPO I-HIGI, Art. 166, N. 8; DERS., Art. 167, N. 37; CR CPC-JEANDIN, art. 167, N. 10; DikeKomm ZPO I-MÜLLER, Art. 170, N. 9; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 167, N. 23; Kuko ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 167, N. 9; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 167, N. 8; WUILLEMIN, N. 798.

⁵²⁹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 167, N. 16; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 4.49; OFK ZPO-SCHÖNMANN, Art. 167, N. 5.

⁵³⁰ SHK ZPO-BOMMER, Art. 343, N. 12; GULDENER, S. 627; HABSCHIED, S. 588; DikeKomm ZPO II-JENNY, Art. 343, N. 24; BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343, N. 66 ff.; Kuko ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 343, N. 12; MAISSEN, S. 65 f.; REN, N. 9; ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 343, N. 28; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 343, N. 5; BSK ZPO-ZINSLI, Art. 343, N. 29.

⁵³¹ MEYER, S. 307; OFK ZPO-SCHÖNMANN, Art. 167, N. 5; DikeKomm KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 40, N. 105.

⁵³² OFK ZPO-EGLI, Art. 343, N. 17; HUBER, N. 601; DikeKomm ZPO II-JENNY, Art. 343, N. 28; BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343, N. 89 f.; ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 343, N. 35; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 343, N. 9; BSK ZPO-ZINSLI, Art. 343, N. 34 ff.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Diese Beweisverfügung, mit welcher Dritte zur Mitwirkung verpflichtet werden, kann von den Parteien – unter Vorbehalt eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils – nur ausnahmsweise gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden.⁵³³ Als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gilt zwar die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen,⁵³⁴ doch kann sich eine Partei in den wenigsten Fällen auf ein solches Geschäftsgeheimnis berufen, da Geheimnisherrin die Gesellschaft ist, die ihrerseits Verweigerungsrechte geltend machen kann.⁵³⁵

6.4.4 Gutachten eines Sachverständigen

6.29 Das Gericht und die Parteien werden häufig vor der Frage stehen, ob bestimmte Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind,⁵³⁶ welchen Wert

⁵³³ OGer ZH PC120009 vom 27. Februar 2013 E. 6.b; SHK ZPO-BERNI, Art. 167, N. 15; BRACHER, N. 292 und 469; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 167, N. 33; CR CPC-JEANDIN, art. 343, N. 11; BK ZPO II-RÜETSCHI, Art. 167, N. 22; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18, N. 84; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 167, N. 7; WUILLEMIN, N. 798.

⁵³⁴ BGE 129 II 183 E. 3.2.2; BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011 E. 1.3; 5A_421/2013 vom 19. August 2013 E. 1.3; 4A_339/2013 vom 8. Oktober 2013 E. 2; 5A_169/2020 vom 11. November 2020 E. 1.4.1; OGer BE ZK 20 242 vom 3. September 2020 E. 7.4.1; ZK 22 263 vom 3. November 2022 E. 5.2.1; CJ GE ACJC/1216/2021 vom 24. September 2021 E. 2.1; ACJC/594/2022 vom 4. Mai 2022 E. 2.1; KGer FR 102 2020 44 vom 8. Juli 2020 E. 2.3.1; 102 2021 131 vom 6. September 2021 E. 2.1; OGer ZH RT190091 vom 29. August 2019 E. 2.1; PF210053 vom 20. Januar 2022 E. II.2.4; DikeKomm ZPO II-BLICKENSTORFER, Art. 319, Fn. 80; DOLGE, S. 65; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158, N. 44a; CR CPC-JEANDIN, art. 319, N. 22 f.; DikeKomm ZPO I-LEU, Art. 154, N. 206; FHB ZPO-MORET, N. 29.83; MULLER, S. 40 f.; SCHWEIZER, Beweisabnahme, S. 30 f.; STANISCHEWSKI, N. 47; STÄUBER, S. 207 f.; BK ZPO II-STERCHI, Art. 319, N. 13; WUILLEMIN, Fn. 2150.

⁵³⁵ Vgl. Fn. 522.

⁵³⁶ Vgl. Kapitel 4.4.5 und 5.3.6 f.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

das Unternehmen bzw. das entsprechende Aktienpaket (und die darin enthaltenen stillen Reserven)⁵³⁷ hat und welche Aktiven betriebsnotwendig sind.⁵³⁸ Ohne vertiefte Branchenkenntnisse wird es für Aussenstehende – wie das Gericht – kaum möglich sein, diese Fragen zu beantworten. Art. 183 ZPO sieht für diesen Fall die Möglichkeit der Anordnung eines Gutachtens vor.⁵³⁹

Zur Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens stellt das Gericht dem Sachverständigen die Frage, ob die Buchhaltung ordnungsgemäss geführt wurde und ob (verdeckte) Privatbezüge⁵⁴⁰ verbucht wurden.⁵⁴¹ In der Praxis ist die Einholung eines Gutachtens insbesondere dann angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass systematisch Privatbezüge getätigt wurden. Solche Anhaltspunkte können beispielsweise darin bestehen, dass eine beherrschte Kapitalgesellschaft den Ausbau der privaten Liegenschaft bezahlt hat, dass Kunstwerke erworben und einem Ehegatten unentgeltlich zur privaten Nutzung überlassen wurden

6.30

⁵³⁷ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.ii und 8.2.2 und 8.5.

⁵³⁸ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

⁵³⁹ Das effektive Erwerbseinkommen – in diesem Falle die getätigten verdeckten Privatbezüge – gilt als Tatfrage und ist somit dem Beweis zugänglich (zur Einordnung des Erwerbseinkommens als Tatfrage vgl. BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018 E. 4.9.4).

⁵⁴⁰ Zum Begriff der Privatbezüge vgl. Kapitel 4.4.5.

⁵⁴¹ BGer 5P.252/2005 vom 4. August 2005 E. 2; KassGer ZH AA070135 vom 25. September 2008 E. 3; BRÄM, Art. 163, N. 76; DOLDER/DIETHELM, S. 657; HASLER, S. 65 f.; KOKOTEK, S. 37; am Rande erwähnt: BGer 5P.41/2000 vom 14. März 2000 E. 1.a; 5P.332/2002 vom 21. November 2002 E. 2.3; 5A_589/2009 vom 24. November 2009 E. 3.2; OGer BE ZK 18 74 vom 24. September 2018 E. 27; OGer ZH VV130012 vom 30. April 2014 E. III.2 und IV.2.2.

oder dass eine (luxuriöse) Familienreise von der Kapitalgesellschaft bezahlt wurde.⁵⁴²

6.31 Auch für die Bewertung eines Unternehmens bzw. der entsprechenden Gesellschaftsanteile, der thesaurierten Gewinne und der stillen Reserven ist regelmässig ein Gutachten erforderlich.⁵⁴³ Geht es um die Ermittlung der in die Errungenschaft fallenden Gewinne (insbesondere deren Ausschüttbarkeit und Betriebsnotwendigkeit), so sind gemäss den Ausführungen in Kapitel 5.2 folgende Fragen an einen Sachverständigen zu stellen:

1. *Wurde die Buchhaltung der X._AG ordnungsgemäss erstellt?*⁵⁴⁴
2. *In welchem Umfang sind stille Reserven vorhanden?*
3. *In welchem Umfang sind die thesaurierten Gewinne (inkl. stille Reserven) ausschüttbar?*
4. *Welche Aktiven sind betriebsnotwendig? Warum sind sie betriebsnotwendig und wie viel sind diese wert?*
5. *Nach welcher Methode wurden die betriebsnotwendigen Aktiven ermittelt? Warum ist diese geeignet?*

6.32 Diese Anwendungsbereiche des Gutachtens zeigen auf, wo die Grenzen zwischen Gutachten und Urkundeneditionen liegen. So gibt es Tatsachen, die nicht durch Urkunden nachgewiesen werden können, sondern deren Feststellung oder Beurteilung besonderer Sachkunde bedarf. So liegt es z.B. gerade im Wesen des verdeckten Privatbezugs, dass die Kapitalgesellschaft durch den Ausweis in der Buchhaltung den Anschein zu erwecken versucht, ein bestimmter Aufwand sei betrieblich veranlasst. Ob dies der Fall ist oder nicht, kann – von offensichtlichen Fällen abgesehen – von Branchenfremden kaum erkannt werden. Um beurteilen zu können, ob ein

⁵⁴² Vgl. auch Kapitel 4.4.5. BRÄM, Art. 163, N. 76; DOLDER/DIETHELM, S. 657; KOKOTEK, N. 70.

⁵⁴³ Zur Unternehmensbewertung BGer 5A_361/2022 vom 24. November 2022 E. 3.3 mit ausführlichen Hinweisen.

⁵⁴⁴ Vgl. N. 6.30.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

bestimmter Aufwand tatsächlich geschäftsmässig begründet ist oder nicht,
sind daher Fachkenntnisse erforderlich.

6.5 Informationsanspruch gemäss Art. 170 ZGB

6.5.1 Vorbemerkungen

Neben den in Kapitel 6.4 beschriebenen prozessrechtlichen Informationsbeschaffungsinstrumenten steht jedem Ehegatten gestützt auf Art. 170 ZGB ein materiellrechtlicher Anspruch⁵⁴⁵ auf Auskunft über Einkommen, Vermögen und Schulden des anderen Ehegatten zu. Dieser Anspruch kann entweder vorfrageweise, verbunden mit einem unbezifferten Rechtsbegehren als Stufenklage, im Rahmen eines Scheidungsverfahrens oder in einem separaten summarischen Eheschutzverfahren geltend gemacht werden.⁵⁴⁶ Ein solches Verfahren endet entweder mit einem verfahrensabschliessenden Endurteil oder, wenn eine Stufenklage erhoben wurde,

6.33

⁵⁴⁵ BGE 143 III 113 E. 4.3.5; BGer 5A_9/2015 vom 10. August 2015 E. 3.1; 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 1.3; OGer ZH LC180020 vom 4. Februar 2019 E. IV.1; AEBI-MÜLLER/JETZER, Fn. 29; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 65 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, N. 189; GÖKSU, S. 123 f.; HASENBÖHLER/YAÑEZ, N. 5.144; FHB ZPO-KAISER, N. 27.253; KOKOTEK, N. 51; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 195; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 3; VON WERDT, S. 605.

⁵⁴⁶ BGer 5A_635/2013 vom 28. Juli 2014 E. 2.1; 5A_918/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2.1; 5A_9/2015 vom 10. August 2015 E. 3.1; CJ GE ACJC/450/2022 vom 15. März 2022 E. 1.1.2; ACJC/432/2022 vom 25. März 2022 E. 2.1.2; TC VD TD17.041502-201266 34 vom 15. Januar 2021 E. 3.2.3; TD20.047490-210966 516 vom 1. November 2021 E. 1.1; OGer ZH LY140035 vom 26. Januar 2015 E. II.1.a; LY210008 vom 7. Juli 2021 E. 3.2.5; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 70; GAURON-CARLIN, S. 88 f.; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 1 f.; DERS., S. 124 f.; FHB ZPO-KAISER, Fn. 402; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N. 2249; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 3; OFK ZGB-SCHMID, Art. 170, N. 5; VON WERDT, S. 605.

mit einem Teilurteil. In beiden Fällen handelt es sich um materiellrechtliche Sachentscheide und nicht um prozessuale Beweisverfügungen, die volle materielle Rechtskraft entfalten.⁵⁴⁷

6.5.2 Gegenstand des Auskunftsanspruchs

- 6.34 Art. 170 ZGB erfasst alle Auskünfte, Informationen und Urkunden, die geeignet sind, einen familienrechtlichen Anspruch eines Ehegatten⁵⁴⁸ zu begründen oder zu beziffern. Das Rechtsschutzinteresse an der Auskunftserteilung reicht nur so weit, als das Auskunftsbegehren zur Begründung familienrechtlicher Ansprüche erforderlich ist.⁵⁴⁹ Im

⁵⁴⁷ BGE 141 III 395 E. 2.2; BGer 5A_421/2013 vom 19. August 2013 E. 1.2.1 f.; 5A_635/2013 vom 28. Juli 2014 E. 3.1; 5A_918/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2.1; 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 1.1; OGer ZH LY160048 vom 15. Juni 2017 E. II.3.2. f.; LY180022 vom 22. August 2018 E. 8.3; ABBET, S. 356; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, N. 190; HOHL, N. 1758; KOKOTEK, N. 21 ff.; MAIER, Rechtsbeihilfe, S. 196; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 18b; STALDER, S. 63; THORENS-ALADJEM, S. 169 f.; WUILLEMIN, N. 611.

⁵⁴⁸ Sind die Parteien nicht (mehr) miteinander verheiratet, kommt Art. 170 ZGB nicht mehr zu Anwendung. So findet Art. 170 ZGB insbesondere bei selbständigen Unterhaltsklagen eines Kindes unverheirateter Eltern oder im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils keine Anwendung (BGE 143 III 113 E. 4.3.3; BRÄM, Art. 170, N. 7; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 5a; KOKOTEK, N. 4 ff.; CR CC I-LEUBA, art. 170, N. 3 f.; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 6).

⁵⁴⁹ BGE 132 III 291 E. 4.2; BGer 5C.276/2005 vom 14. Februar 2006 E. 2.1; 5A_918/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2.3; 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 7.1; OGer ZH LE120048 vom 2. Oktober 2012 E. III.5.a; LY160026 vom 17. Oktober 2016 E. II.5.1; LY170017 vom 27. September 2017 E. III.3.1; LY180022 vom 22. August 2018 E. 8.4; LC210022 vom 20. September 2022 E. III.5.1; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 70 ff.; BRÄM, Art. 170, N. 9 OFK-FANKHAUSER, Art. 170, N. 7 f.; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 1 und 4; DERS., S. 118 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 18 und 23; KOKOTEK,

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Auskunftsverfahren reicht es daher aus, wenn die ersuchende Partei glaubhaft macht, dass die begehrten Informationen potenziell geeignet sind, familienrechtliche Ansprüche geltend zu machen.⁵⁵⁰ Dabei ist es unerheblich, ob die verlangten Informationen letztlich Eingang in das Verfahren finden. Denn mit dem Auskunftsbegehren nach Art. 170 ZGB verschafft sich der andere Ehegatte überhaupt erst die Grundlage dafür, Tatsachen entsprechend seiner Beweis- und Behauptungslast substantiiert zu behaupten und zu beweisen.⁵⁵¹

Der konkrete Umfang der herauszugebenden Urkunden ist identisch mit demjenigen der Urkundenedition, weshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁵⁵² Zu beachten ist jedoch, dass Art. 170 ZGB nur

6.35

N. 75 ff. und 205 f.; CR CC I-LEUBA, art. 170, N. 9; MAIER, S. 74; DERS., Rechtsbehelfe, S. 197 f.; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 15a; ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 16, N. 7, 15 und 25.

⁵⁵⁰ BGE 143 III 297 E. 8.2.5.4 (wonach es insbesondere mit der Dispositionsmaxime zu vereinbaren ist, wenn der Richter das Informationsbegehren eingrenzt); OGer ZH LE160021 vom 23. September 2016 E. II.A.5 und 6; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 73; BRÄM, Art. 170, N. 19; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 22; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 198 (insbesondere führt er aus, dass keine allzu hohe Anforderungen an die Substantiierung von Informationsansprüchen zu stellen sind, denn der Antragsteller weiss normalerweise selbst nicht, wonach er sucht); OFK ZGB-SCHMID, Art. 170, N. 6; ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 16, N. 25.

⁵⁵¹ BGE 144 III 43 E. 4.1; KGer GR ZK1 17 45 vom 13. Februar 2018 E. II.8.2; OGer ZH LE160021 vom 23. September 2016 E. II.A.6.1; LA180003 vom 2. Juli 2018 E. 5.3.5; LY210008 vom 7. Juli 2021 E. 3.2.5 (mit dem Hinweis, dass prozessrechtliche Beweisanträge nur dazu dienen, bereits behauptete Tatsachen zu beweisen); GÖKSU, S. 111; KOKOTEK, N. 86; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 201.

⁵⁵² Vgl. Kapitel 6.4.1

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

unmittelbar greifbare Urkunden und liquide Tatsachen erfasst.⁵⁵³ D.h. Art. 170 ZGB kann nicht als Grundlage herangezogen werden, wenn es um die Ermittlung von Tatsachen geht, die ihrer Natur nach einer bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung unterliegen. So dient Art. 170 ZGB nicht dazu, den Wert einer Kapitalgesellschaft zu erfragen⁵⁵⁴ oder Auskunft darüber zu verlangen, ob in der Vergangenheit versteckte Privatbezüge getätigt wurden.⁵⁵⁵ Im ersten Fall handelt es sich nicht um eine liquide Tatsache, da der Wert des Unternehmens bzw. der entsprechenden Gesellschaftsanteile von verschiedenen (gutachterlich zu quantifizierenden) Faktoren abhängt. Letzteres hängt auch davon ab, ob die Aufwendungen betrieblich veranlasst sind, was ebenfalls gutachterlich zu klären ist.

6.5.3 Adressat des Auskunftsanspruchs

6.36 Die Verpflichtung zur Vorlage bestimmter Urkunden einer Kapitalgesellschaft, die im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens eingesehen werden sollen, trifft die Ehegatten persönlich und kann nur im Verweigerungsfall Dritten auferlegt werden.⁵⁵⁶ Dritte können nur insoweit zur Auskunft

⁵⁵³ AppGer BS AG.2022.58 vom 2. Dezember 2021 E. 4.1.4; KGer SG vom 27. Juli 2004, in: FamPra.ch 2004, S. 968 ff., 970; BRÄM, Art. 170, N. 26; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 4; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 25a; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 199; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 23 (betreffend die Form der Auskunft).

⁵⁵⁴ Vgl. Kapitel 5.2 und 8.5.

⁵⁵⁵ Vgl. Kapitel 4.4.5.

⁵⁵⁶ AppGer BS ZB.2021.51 vom 2. Dezember 2021 E. 4.1.5; KGer GR ZK1 19 12 vom 12. Januar 2021 E. 13.6.1; OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III.4.8; LY180058 vom 20. Januar 2020 E. IV.8.3; ARNDT, Auskunftspflicht, S. 68; BRÄM, Art. 170, N. 15 und 18 ff.; Kuko ZGB-FANKHAUSER, Art. 170, N. 5; GAURON-CARLIN, S. 88 f.; GÖKSU, S. 115 f.; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 4 f.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 22 und 30;

verpflichtet werden, als die Auskunft auch dem betroffenen Ehegatten zu erteilen wäre.⁵⁵⁷ Bei Auskünften von Kapitalgesellschaften kommt es daher auf die Stellung des Unternehmerehegatten in der Kapitalgesellschaft an. Ist er Aktionär, so hat er zunächst Anspruch auf den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht (Art. 699a OR und zum weitergehenden Informationsrecht der Gesellschafter einer GmbH vgl. Art. 802 OR). Zudem hat jeder Aktionär, der mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertritt, gemäss Art. 697a OR das Recht, die Bücher und Akten der Gesellschaft einzusehen. Verwaltungsräte haben nach Art. 715a OR ein umfassendes Auskunftsrecht. Im familienrechtlichen Verfahren müssen die Ehegatten ihre gesellschaftsrechtliche Stellung nutzen, um an die notwendigen Informationen zu gelangen.⁵⁵⁸ Da sich der Auskunftsanspruch direkt gegen den anderen Ehegatten richtet, haben Dritte im materiellrechtlichen Verfahren auf Herausgabe von Dokumenten keine Parteistellung. Dies bedeutet, dass sich auch eine Klage auf Herausgabe von Urkunden einer Kapitalgesellschaft gegen den anderen Ehegatten richtet.⁵⁵⁹ Dritte können jedoch im Rahmen der Vollstreckung Verweigerungsrechte nach Art. 346 ZPO geltend machen.

6.5.4 Verweigerungsrechte Dritter und Vollstreckung

Die Verweigerungsrechte nach Art. 170 Abs. 3 ZGB sind abschliessend und diese Bestimmung schränkt andere gesetzlich geschützte Geheimnisse (z.B. Bank- oder Steuergeheimnis) ein. Da kein gesetzlich geschütztes Geheimnis verletzt wird, können die Geheimnisträger (z.B. Bank oder

6.37

CR CC I-LEUBA, art. 170, N. 15; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 198; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 32.

⁵⁵⁷ ARNDT, Auskunftspflicht, S. 69; BRÄM, Art. 170, N. 21; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 29.

⁵⁵⁸ OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III.4.7.

⁵⁵⁹ BRÄM, Art. 170, N. 5; GÖKSU, S. 115; a.A. ZK PartG-WOLF/GENNA, Art. 16, N. 53.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Steuerbehörde) auch kein Verweigerungsrecht geltend machen.⁵⁶⁰ Allenfalls können im Rahmen von Art. 170 Abs. 2 ZGB zivilprozessuale Verweigerungsrechte nach Art. 166 ZPO bei der Interessenabwägung berücksichtigt und gegebenenfalls Schutzmassnahmen angeordnet werden.⁵⁶¹ Ein rechtskräftiger Entscheid über einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch kann mit den Mitteln von Art. 343 ZPO, insbesondere der Ersatzvornahme, vollstreckt werden.⁵⁶²

⁵⁶⁰ BGE 142 III 116 E. 3.1.3 (zum Bankgeheimnis); BGer 5A_566/2016 vom 2. Februar 2017 E. 4.2.1; OGer SH vom 13. Januar 2006, in: FamPra.ch 3/2006, Nr. 94 (zum Steuergeheimnis); Juge du district de Sion vom 12. Mai 2009, in: RVJ 2009, S. 256 ff. E. 5 f. (zum Steuergeheimnis); BRÄM, Art. 170, N. 43; Kuko ZGB-FANKHAUSER, Art. 170, N. 6; GANI, S. 661 f. (zum Steuergeheimnis); CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 6; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 26 ff.; JEANDIN, production, S. 133; KOKOTEK, N. 119; CR CC I-LEUBA, art. 170, N. 18 f.; MAIER, Rechtsbehelfe, N. 24; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 24; BSK BankG-STRATENWERTH, Art. 47, N. 23 (zum Bankgeheimnis); ZWEIFEL/CASANOVA/BEUSCH/HUNZIKER, § 10, N. 14 (zum Steuergeheimnis).

⁵⁶¹ BGer 5A_284/2013 vom 20. August 2013 E. 4.2 f.; BADDELEY, S. 291 f.; BRÄM, Art. 170, N. 24 ff.; GÖKSU, S. 120; CHK ZGB I-GÖKSU, Art. 170, N. 6; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170, N. 27; KOKOTEK, N. 254 ff.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 199; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 23; OFK ZGB-SCHMID, Art. 170, N. 7; vgl. auch Kapitel 6.5.1

⁵⁶² BGE 123 III 140 E. 2.c; OGer ZH LC150031 vom 2. Dezember 2015 E. 5.2.2; LY160048 vom 15. Juni 2017 E. II.3.2 und E. II.3.3; LY180050 vom 29. Januar 2019 E. 2.1; BAUMANN WEY, N. 651 ff.; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85, N. 10; BSK ZPO-DORSCHER, Art. 85, N. 26; ENZMANN, N. 260 ff.; DikeKomm ZPO I-FÜLLEMANN, Art. 85, N. 4 f.; GÖKSU, S. 126 f.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 195 f.; Kuko ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 85, N. 14; RÜETSCHI, N. 522; TAPPY, N. 26.

6.6 Das Verhältnis von prozessuellem und materiellem Informationsanspruch

An dieser Stelle sollen der prozessuale und materiellrechtliche Informationsanspruch⁵⁶³ (teilweise anhand der oben gewonnenen Erkenntnisse) einander gegenübergestellt werden: 6.38

Der grundlegendste Unterschied einer Stufenklage zu einer unbezifferten Forderungsklage ist, dass eine unbezifferte Forderungsklage zwar die Substantiierungs- und Behauptungslast mildert, aber nicht gänzlich aufhebt, da eine Beweiserhebung stets eine strittige Tatsachenbehauptung voraussetzt (Art. 150 ZPO).⁵⁶⁴ Demgegenüber verlangt ein materiell-rechtlicher Informationsanspruch keine zu beweisende Tatsache.⁵⁶⁵ 6.39

Beim prozessrechtlichen Auskunftsanspruch können Verweigerungsrechte umfassend geltend gemacht werden (insbesondere Geschäftsgeheimnisse und gesetzlich geschützte Geheimnisse).⁵⁶⁶ Beim materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch kann ohne Weiteres auch auf Träger 6.40

⁵⁶³ Vgl. Kapitel 6.4 und 6.5.

⁵⁶⁴ BGE 144 III 43 E. 4.1; BGer 4A_323/2022 vom 5. Dezember 2022 E. 4.2; HGer ZH HG020374 vom 15. November 2004 E. 4.1.3, in: sic! 2007, S. 843 ff.; HG160177 vom 13. Juni 2019 E. 2; BASTONS BULLETI, Ziff. 9; BAUMANN WEY, N. 620; KRAUSKOPF/WIRZ, S. 32 f.; MAIER, Rechtsbehelfe, S. 196 f.; BK ZPO-MARKUS, Art. 85, N. 14; MINNIG, S. 59 f.; Kuko ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 85, N. 3 und 6; SCHMID, Verfahren, S. 136; STÄUBER, S. 122 ff.

⁵⁶⁵ BGE 144 III 43 E. 4.1; BGer 4A_323/2022 vom 5. Dezember 2022 E. 4.2; HGer ZH HG160177 vom 13. Juni 2019 E. 2; OGer ZH LC180020 vom 4. Februar 2019 E. IV.1; BAECHLER, S. 9; ENZMANN, N. 208 und 225 ff.; KRAUSKOPF/WIRZ, S. 43 ff.; LEUMANN LIEBSTER, S. 97; BK ZPO-MARKUS, Art. 85, N. 14; Kuko ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 85, N. 13; SCHMID, Verfahren, S. 136 f.; STALDER, S. 61.

⁵⁶⁶ Vgl. Kapitel 6.4.3.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

gesetzlich geschützter Geheimnisse (insbesondere Banken, Revisoren und Steuerbehörden) zugegriffen werden.⁵⁶⁷

- 6.41 Weiter unterscheiden sich ein Teilentscheid betreffend das Auskunftsrecht und ein Beweisbeschluss in ihrer Wirkungen. Ein Teilentscheid erwächst in Rechtskraft, ein Beweisbeschluss kann nach Art. 154 ZPO jederzeit abgeändert werden. Ein Teilentscheid hat eine wesentlich stärkere Wirkung, da er vollumfänglich, nötigenfalls auch gegenüber Dritten, durchgesetzt werden kann. Die Vorteile der Beweisverfügung liegen im einfacheren und schnelleren Erlass und in der beschränkten Anfechtbarkeit.⁵⁶⁸
- 6.42 Eine Sachentscheidung über das Auskunftsrecht nach Art. 170 ZGB kann nach dem LugÜ (innerhalb der Vertragsstaaten) vollstreckt werden, wobei Beweisbeschlüsse nicht als Entscheide im Sinne von Art. 32 LugÜ gelten.⁵⁶⁹
- 6.43 Zu beachten ist allerdings, dass der materiellrechtliche Auskunftsanspruch seine Grenze bei unmittelbar greifbaren Beweisen und liquiden Tatsachen findet. Verlangt ein Ehegatte gestützt auf Art. 170 ZGB Auskunft über verdeckte Privatbezüge oder stille Reserven der betreffenden Kapitalgesellschaft, kann dem nicht entsprochen werden. Denn es handelt sich typischerweise um Informationen, die nur mit besonderen Fachkenntnissen erlangt werden können. Sie sind deshalb nicht Gegenstand des Auskunftsanspruchs nach Art. 170 ZGB und müssen durch ein prozessrechtliches Gutachten ermittelt werden.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Vgl. Kapitel 6.5.4.

⁵⁶⁸ Vgl. Kapitel 6.2, 6.4.1 und 6.5.2.

⁵⁶⁹ OGer ZH RV110006 vom 7. November 2012 E. IV.3.2; HAUBENSAK, S. 26; MARKUS, N. 1607; BSK LugÜ-SCHULER/ROHN/MARUGG, Art. 32, N. 26; SHK LugÜ-WALTHER, Art. 32, N. 35.

⁵⁷⁰ Vgl. Kapitel 6.4.4 und 6.5.2.

6.7 Informationsbeschaffung im Eheschutzverfahren

In einem nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob die oben gemachten Ausführungen zur Informationsbeschaffung ohne Weiteres auf das summarische Eheschutzverfahren nach Art. 271 ZPO übertragen werden können. Im Verfahren betreffend Eheschutzmassnahmen gilt zwar nach Art. 254 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 272 ZPO formell keine Beweismittelbeschränkung, doch unterliegt die Sachverhaltsfeststellung im Eheschutzverfahren einigen Besonderheiten:

6.44

Zweck des Eheschutzverfahrens ist die rasche Herstellung einer vorläufigen Friedensordnung. Die rechtserheblichen Tatsachen sind daher nur glaubhaft zu machen.⁵⁷¹ Weiterungen des Verfahrens (z.B. Einholung eines Gutachtens) sind nur in Ausnahmefällen vorzunehmen und Beweise im Eheschutzverfahren müssen sofort abgenommen werden können.⁵⁷²

6.45

⁵⁷¹ BGE 127 III 474 E. 2.b.bb; BGer 5A_610/2012 vom 20. März 2013 E. 1.3; 5A_48/2013 vom 19. Juli 2013 E. 2.2; 5A_470/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 4.1.2; 5A_855/2017 vom 11. April 2018 E. 4.3.2; AppGer BS ZB.2018.46 vom 23. Januar 2019 E. 3.4.2; CJ GE ACJC/256/2021 vom 2. März 2021 E. 1.3; ACJC/808/2022 vom 14. Juni 2022 E. 1.3; KGer GR ZK1 21 167 vom 8. März 2022 E. 1.3; TC VD TD17.050995-191612/TD17.050995-191615 vom 24. Februar 2020 E. 2.2.1; OGer ZH LY150035 vom 10. Februar 2016 E. II.1.1 f.; LY200043 vom 4. Dezember 2020 E. III.5.1; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 271, N. 1a; OFK ZPO-FLEISCHER, Art. 273, N. 11; MAIER, Berechnung, S. 1291; REISER, S. 70; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 271, N. 2; CR CPC-TAPPY, art. 273, N. 26; VETTERLI, S. 787 f.; FamKomm II-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N. 5a; VON WERDT, 604 f.; VOUILLOZ, S. 483.

⁵⁷² BGE 127 III 474 E. 2.b.bb; BGer 5A_160/2009 vom 1. September 2009 E. 3.2; 5A_48/2013 vom 19. Juli 2013 E. 2.2; 5A_813/2013 vom 12. Mai 2014 E. 4.3; 5A_466/2019 vom 25. September 2019 E. 4.2; 5A_262/2019 vom 30. September 2019 E. 5.2; CJ GE ACJC/1252/2015 vom 16. Oktober 2015 E. 2.1; KGer GR ZK1 18 150 vom 12. November 2019 E. 1.4; OGer ZH LE170002 vom 23. Mai 2017 E. A.2.1; BSK ZPO-BÄHLER, 271, N. 1a; DERS., S. 98 f.; BOHNET, N. 20; MAIER, Berechnung, S. 1291; DikeKomm ZPO II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N. 9; SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 271, N. 2;

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

Ein Gutachten zur Ermittlung der Privatbezüge ist im Eheschutzverfahren daher nicht angebracht.⁵⁷³ Einige Autoren wollen deshalb die Stufenklage im summarischen Eheschutzverfahren nicht zulassen.⁵⁷⁴

6.46 Für die Anwendung des Durchgriffs im Eheschutzverfahren bedeutet dies somit, dass die Durchgriffsvoraussetzungen lediglich glaubhaft gemacht werden müssen. Beruht der Durchgriff auf direktem oder indirektem Anteilsbesitz, ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede zum ordentlichen Beweismass. Der Nachweis des Anteilsbesitzes kann ohne Weiteres durch unmittelbar greifbare Urkunden (z.B. Aktienbuch oder Steuererklärung) erbracht werden. Anders verhält es sich, wenn sich die Kontrolle aus einer Koordination mit Dritten ergibt. Der Nachweis einer solchen koordinierten Beherrschung erfordert – falls bestritten – umfangreiche Beweiserhebungen.⁵⁷⁵ Deshalb sind an den Nachweis einer koordinierten Kontrolle geringere Anforderungen an den Beweis bzw. das Beweismass zu stellen als im Ehescheidungsverfahren und es ist verstärkt auf tatsächliche Vermutungen⁵⁷⁶ zurückzugreifen.

6.47 Für die Ermittlung des Einkommens einer Kapitalgesellschaft ist im summarischen Verfahren primär auf die Bilanz und die Erfolgsrechnung

Kuko ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 271, N. 3; FamKomm II-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N. 5; VON WERDT, S. 604 f.

⁵⁷³ KGer GR ZK1 18 36 vom 15. April 2019 E. 10.4.1; im Eheschutzverfahren darf davon ausgegangen werden, dass bei Vorliegen einer geprüften und von den Steuerbehörden akzeptierten Bilanz keine verdeckten Privatbezüge getätigt wurden (BGer 5A_366/2015 vom 20. Oktober 2015 E. 3.2).

⁵⁷⁴ ENZMANN, N. 245; LEUMANN LIEBSTER, S. 143 f.; WALDMANN, S. 276; a.A. BAUMANN WEY, N. 418.

⁵⁷⁵ Vgl. Kapitel 6.3.

⁵⁷⁶ Beispielsweise darf im Eheschutzverfahren vermutungsweise davon ausgegangen werden, dass Geschäftspartner alle wichtigen Angelegenheiten der Kapitalgesellschaft konsensual treffen und daher jeder ein faktisches Vetorecht hat.

– Kapitel 6: Informationsbeschaffung und prozessuale
Geltendmachung eines Durchgriffs –

abzustellen. Nur wenn sich aufgrund der Bilanz und der Erfolgsrechnung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das ausgewiesene Einkommen nicht dem tatsächlichen Einkommen entspricht, ist das Einkommen nicht aufgrund jener Urkunden, sondern z.B. basierend auf den getätigten Privatbezügen zu ermitteln⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ OGer ZH LE190018 vom 29. November 2019 E. III.4.3.2.

Kapitel 7 Sicherung und Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften

7.1 Überblick

7.1 In den Kapiteln 4-6 wurde die Frage geklärt, welche Ansprüche die Parteien in familienrechtlichen Verfahren aus einer besonderen Beziehung einer Verfahrenspartei zu einer Kapitalgesellschaft geltend machen können und wie diese durchzusetzen sind. Ist die Durchsetzung im Erkenntnisverfahren erfolgreich, stellt sich anschliessend die Frage, gegen wen diese Ansprüche zu vollstrecken sind und welche Mechanismen hierfür zur Verfügung stehen. Dabei ist zunächst zu klären, ob bereits vor der Vollstreckung (in der Praxis meist während eines laufenden Erkenntnisverfahrens) Sicherungsmassnahmen gegenüber der beherrschten Kapitalgesellschaft ergriffen werden können.⁵⁷⁸ In einem weiteren Schritt stellt sich dann die Frage, ob der familienrechtliche Unterhaltsanspruch auch gegen die beherrschte Kapitalgesellschaft vollstreckt werden kann.⁵⁷⁹

7.2 Sicherungsmassnahmen gegenüber beherrschten Kapitalgesellschaften

7.2 Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert, kann das Gericht nach Art. 178 ZGB auf Begehren eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen.⁵⁸⁰ Diese

⁵⁷⁸ Vgl. Kapitel 7.2.

⁵⁷⁹ Vgl. Kapitel 7.3.

⁵⁸⁰ Zur Zuständigkeit der schweizer Gerichte zum Erlass von Verfügungsbeschränkungen bei einem ausländischen Scheidungsprozess gemäss

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

Verfügungsbeschränkung kann nur während der Ehe für eherechtliche Ansprüche (insbesondere güterrechtliche Ansprüche oder ehelichen Unterhalt) verlangt werden. Der nacheheliche Unterhalt kann daher nicht durch Massnahmen nach Art. 178 ZGB gesichert werden.⁵⁸¹

Vermögenswerte (z.B. Grundstücke oder andere Sachwerte) Dritter (z.B. Kapitalgesellschaften) können nur dann im Sinne von Art. 178 ZGB sichergestellt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sich eine Partei durch die Übertragung von Vermögenswerten auf Dritte (insbesondere auf eine von ihr beherrschte Kapitalgesellschaft) hinter der Dualität von natürlicher und juristischer Person zu verstecken versucht, um einen eherechtlichen Anspruch des anderen Ehegatten zu vereiteln.⁵⁸² Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Sicherung nach Art. 178 ZGB eine Vorstufe zur Vollstreckung darstellt, indem die gesicherten Vermögenswerte später zur Deckung familienrechtlicher Ansprüche zur Verfügung stehen sollen.⁵⁸³

7.3

Art. 10 lit. b IPRG: BGer 5A_2/2013 vom 6. März 2013 E. 3.2; WEBER, Anweisung, Fn. 86.

⁵⁸¹ BGE 120 III 67 E. 2.a; BRÄM, Art. 178, N. 15; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 178, N. 7 ff.; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 178, N. 5 ff.; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 178, N. 2; OFK ZGB-SCHMID, Art. 178, N. 3.

⁵⁸² BGer 5A_259/2010 vom 26. April 2012 E. 7.3.2.2; AppGer BS ZB.2020.11 vom 24. September 2020 E. 2.1; CJ GE ACJC/658/2018 vom 18. Mai 2018 E. 2.1.3; KGer SG FS.2014.42 vom 10. Dezember 2015 E. 5, bestätigt in BGer 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 4.1 (abstützend auf die Literatur zum Trustrecht); vgl. aber OGer ZH LY210045 vom 21. Oktober 2021 E. 7.1 ff., wo pauschal argumentiert wird, dass die Rechtsprechung zum Durchgriff nicht bei Liegenschaften und einfachen Gesellschaften zur Anwendung gelange; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 178, N. 6 (ohne sich zu den konkreten Voraussetzungen zu äussern).

⁵⁸³ BGE 108 II 509 E. 8.c; 120 III 67 E. 2.b, wo überdies festgehalten wird, dass eine Sicherungsmassnahme kein Vorrecht im nachfolgenden Zwangsvollstreckungsverfahren begründet, sondern dieses lediglich vorübergehend aussetzt bzw. aufschiebt und es zulässig bleibt, Vermögenswerte, die mit

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

Folglich ist es nur zulässig, Vermögensgegenstände sicherzustellen, die später auch verwertet werden können. Eine Verwertung von Vermögenswerten der Kapitalgesellschaft zur Befriedigung von Forderungen des Gesellschafters ist nur im Wege des umgekehrten Haftungsdurchgriffs möglich.⁵⁸⁴ Das bedeutet, dass für eine Sicherstellung von Vermögenswerten neben den dafür nötigen Voraussetzungen auch die Glaubhaftmachung⁵⁸⁵ eines umgekehrten Haftungsdurchgriffs⁵⁸⁶ erforderlich ist.

7.4

Die Kapitalgesellschaft ist aufgrund ihrer Betroffenheit am Verfahren über die vorsorgliche Verfügungssperre als Partei zu beteiligen. Der Kapitalgesellschaft stehen alle Einwendungen zu. Diese können sich sowohl auf die

einer Verfügungsbeschränkung belegt sind, zu pfänden; BGer 5A_2/2013 vom 6. März 2013 E. 3.3 («privatrechtliches Pendant zum Arrest»); 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 2.1; FOUNTOLAKIS/WISNIAK, S. 185; GUILLOD/MARCA, S. 119; bereits bei der Einführung von Art. 178 ZGB: HASENBÖHLER, Verfügungsbeschränkungen, S. 77; JEANDIN, S. 53 (der darauf hinweist, dass es sich bei den Massnahmen von Art. 178 ZGB bezüglich Auswirkungen auf das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht um einen verschleierte Arrest («séquestre déguisé») handelt); FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 178, N. 2; PAHUD, N. 31; REISER, S. 39; WIDMER LÜCHINGER/GROLIMUND, S. 211 (die allerdings Art. 178 ZGB als vollstreckungsrechtlich qualifizieren).

⁵⁸⁴ Vgl. Kapitel 3.3.

⁵⁸⁵ Zum Beweismass: BGE 118 II 378 E. 3.b; BGer 5A_2/2013 vom 6. März 2013 E. 3.2; 5A_604/2014 vom 1. Mai 2015 E. 3.2; 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 4.3 f.; 5A_158/2021 vom 19. Mai 2021 E. 3.1; BRÄM, Art. 178, N. 11; FamKomm PartG-BÜCHLER/MATEFI, Art. 22, N. 2; DikeKomm ZPO II-DOLGE, Art. 276, N. 11; DOLDER/DIETHELM, S. 668; GRÜTTER/TRACHSEL, S. 870; HASENBÖHLER, Verfügungsbeschränkungen, S. 62; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 178, N. 8; MAIER, S. 78; FamKomm I-MAIER/VETTERLI, Art. 178, N. 3; OFK ZGB-SCHMID, Art. 178, N. 4; WEBER, Anweisung, S. 244.

⁵⁸⁶ Vgl. Kapitel 3.3.4.

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

Durchgriffsvoraussetzungen als auch auf die sonstigen Voraussetzungen (z.B. Glaubhaftmachung des familienrechtlichen Anspruchs) beziehen. Im Vollstreckungsverfahren kann der Dritte dann nur noch die Nichtigkeit des Urteils geltend machen. Werden dem Dritten keine Mitwirkungsrechte eingeräumt, ist das Urteil nichtig und kann nicht vollstreckt werden.⁵⁸⁷

Sicherungsmassnahmen nach Art. 178 ZGB kommen bei Gesamteigentum nicht in Betracht, da ein Dritter das Recht an der ganzen Sache hat und keine Anspruchsgrundlage gegen diesen Dritten besteht.⁵⁸⁸ Gemäss Art. 62 Abs. 2 IPRG ist in jedem Fall schweizerisches Recht anwendbar, denn das Familienstatut ist massgeblich. Eine gesellschaftsrechtliche Streitigkeit würde sich nach dem Gesellschaftsstatut richten.⁵⁸⁹

7.5

7.3 Vollstreckung von Unterhaltsforderungen

Schliesslich stellt sich die Frage, ob eine Kapitalgesellschaft unmittelbar anstelle des Unterhaltspflichtigen zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden kann.

7.6

Schuldner familienrechtlicher Unterhaltsansprüche bleibt nach dem klaren Wortlaut der Artikel 125, 163 und 276 ZGB in jedem Fall – auch bei Annahme eines unterhaltsrechtlichen Durchgriffs – die natürliche Person. Dementsprechend kann nach den Bestimmungen von Art. 89 ff. SchKG nur das persönliche Einkommen und Vermögen des Schuldners gepfändet werden. Sachen und Forderungen von beherrschten Kapitalgesellschaften können nur dann in die Verwertung für eine Forderung des Unterhaltsschuldners einbezogen werden, wenn die Voraussetzungen für

7.7

⁵⁸⁷ BGer 5A_262/2010 vom 31. Mai 2012 E. 8.2.1; 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 4.2; FOUNTOLAKIS/WISNIAK, S. 185.

⁵⁸⁸ OGer ZH LY210045 vom 21. Oktober 2021 E. 7.4.

⁵⁸⁹ BGE 128 III 346 E. 3.1; BGer 4A_337/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 1.1; 5A_436/2011 vom 12. April 2012 E. 9.3.1.

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

einen umgekehrten Haftungsdurchgriff gegeben sind.⁵⁹⁰ Dies hat zur Folge, dass nur der Unterhaltsschuldner selbst Adressat von Vollstreckungsmassnahmen sein kann.

7.8

Als effizientestes Vollstreckungsmittel für familienrechtliche Unterhaltsforderungen kommt die Schuldneranweisung in Betracht, wenn der Unterhaltsschuldner Forderungen (z.B. Zinsen, Dividenden und Darlehen⁵⁹¹) gegen die von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft hat.⁵⁹² Führt aber weder die Schuldneranweisung noch die betreibungsrechtliche Pfändung zum Erfolg,⁵⁹³ bleibt als einzige Möglichkeit, um den Unterhalt zu erlangen, die Verwertung der Gesellschaftsanteile selbst. Hierbei zu bedenken ist allerdings, dass mit einer (vollständigen) Verwertung der

⁵⁹⁰ Vgl. Kapitel 3.3; ebenso BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.1; für den Arrest: BGE 102 III 165 E. II.1; 126 III 95 E. 4; OGer BE ZK 20 547 vom 25. Mai 2021 E. 15.2; VOCK/MEISTER-MÜLLER, Fn. 762; VOGT, S. 167.

⁵⁹¹ Dazu KassGer ZH vom 13. Januar 1992, in: ZR 90/1991, S. 276 ff. E. 6 ff., wonach eine beherrschte Kapitalgesellschaft angewiesen werden kann, ein Darlehen vom Unterhaltsschuldner sofort an die Unterhaltsgläubiger zurückzuzahlen, wenn der Unterhaltsschuldner aufgrund seiner Stellung in der Kapitalgesellschaft (im erwähnten Urteil 80 % Aktienbesitz) die Rückzahlung des Darlehens frei bestimmen kann (z.B., indem er in der Vergangenheit unregelmässige Bezüge mit dem Darlehen verrechnet). Das Urteil zur Kenntnis nehmend: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62, N. 49; GÄCHTER, Fn. 21; HANDSCHIN/TRUNIGER, § 3, N. 12.

⁵⁹² CHK ZGB I-HARTMANN, Art. 291, N. 1; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 177, N. 12; SCHMID, S. 176; zur Unbeachtlichkeit einer Verrechnungserklärung der Darlehensrückzahlung (wohl an die vom Unterhaltsschuldner beherrschte) Kapitalgesellschaft mit Lohnforderungen vgl. KGer SZ ZK2 2022 28 vom 23. Dezember 2022 E. 4.a.

⁵⁹³ Z.B., weil der Unterhaltsschuldner sich nur ein Existenzminimum als Lohn auszahlt und auf die Ausschüttung von Dividenden verzichtet. Die kantonale Rechtsprechung erblickt in diesem Verhalten eine Verletzung von Art. 217 StGB (OGer BE SK 19 156 vom 29. Januar 2020 E. 11 und 13).

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

Gesellschaftsanteile auch die Beherrschung verloren geht, wodurch sich ein Abänderungstatbestand ergibt,⁵⁹⁴ da durch die Verwertung der Gesellschaftsanteile der künftigen Unterhaltspflicht (insoweit) die Grundlage entzogen wird und der Unterhaltsschuldner nicht mehr leistungsfähig ist. Im Allgemeinen erweist sich die Anteilsverwertung deshalb nicht als eine sinnvolle Lösung. Dem Unterhaltsberechtigten wäre mehr gedient, wenn die Unterhaltspflicht auf die beherrschte Kapitalgesellschaft ausgedehnt werden könnte. Hierauf ist sogleich einzugehen:

Die Erstreckung einer Zahlungspflicht auf die Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten des Gesellschafters stellt einen umgekehrten Haftungsdurchgriff dar. Dieser kann bei qualifizierter Beteiligung und rechtsmissbräuchlichem Verhalten angeordnet werden.⁵⁹⁵ Im Familienrecht wurde ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten bisher angenommen, wenn ein Unterhaltsschuldner die gesamten Einkünfte seiner Gesellschaft, aus der er faktisch sein gesamtes Einkommen bezieht, in intransparente Strukturen geleitet und damit dem Unterhaltsberechtigten entzogen hat.⁵⁹⁶ Auch die Übertragung von 90 % der Anteile an einer beherrschten Kapitalgesellschaft auf die eigenen Kinder ist ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, weil dadurch der güterrechtliche Anspruch des Ehegatten gefährdet wird.⁵⁹⁷

Im Zusammenhang mit Unterhaltszahlungen, die sich am Gewinn einer Kapitalgesellschaft orientieren, könnte argumentiert werden, dass es per se rechtsmissbräuchlich ist, keine ausreichenden Einkünfte aus einer beherrschten Kapitalgesellschaft zu erzielen, obwohl die Möglichkeit dazu besteht. Denn in diesem Fall läge eine Verletzung der besonderen

⁵⁹⁴ Vgl. Kapitel 4.8.

⁵⁹⁵ Vgl. Kapitel 3.3.

⁵⁹⁶ AppGer BS ZB.2020.11 vom 24. September 2020 E. 2.1.

⁵⁹⁷ KGer SG FS.2014.42 vom 10. Dezember 2015 E. 5.c.

– Kapitel 7: Sicherung und Vollstreckung des
Unterhaltsanspruchs gegenüber beherrschten
Kapitalgesellschaften –

Unterhaltsbemühungspflicht vor.⁵⁹⁸ Folgerichtig wäre es, dieser Verletzung dadurch zu begegnen, dass die vom Unterhaltspflichtigen beherrschte Kapitalgesellschaft in die Unterhaltspflicht einbezogen würde.

- 7.11 Es stellt sich auch die Frage, ob im Familienrecht an den strengen Anforderungen betreffend den Anteilsbesitz für den umgekehrten Haftungsdurchgriff festgehalten werden soll. Denn den Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter steht das Interesse der Familie an der Existenzsicherung gegenüber.⁵⁹⁹ Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und dabei zu berücksichtigen, dass die Gläubiger durch die Mindestvorschriften der Art. 725 ff. OR einen gewissen Schutz geniessen. Die übrigen Gesellschafter sind zudem dadurch geschützt, dass sie die von der Kapitalgesellschaft geleisteten Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 678 OR zurückfordern und diesen Anspruch mit bestehenden und künftigen Forderungen des Unterhaltsschuldners gegenüber der Kapitalgesellschaft (z.B. Dividendenausschüttungen und Lohnforderungen über das Existenzminimum hinaus) nach Massgabe von Art. 120 OR und Art. 323b OR verrechnen können. Diese Interessenabwägung fällt meines Erachtens umso mehr zugunsten der Familie aus, als es eine logische Konsequenz ist, den Gewinn der beherrschten Kapitalgesellschaft in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen. Denn es wäre nicht sinnvoll, Unterhaltsbeiträge festzusetzen, die letztlich nicht vollstreckt werden können. Die Einbeziehung des Gewinns der Kapitalgesellschaft kann ihren Zweck, die Existenz der Familie zu sichern, nur dann erfüllen, wenn es auch einen Mechanismus gibt, der dafür sorgt, dass das Geld an der richtigen Stelle ankommt.

⁵⁹⁸ Vgl. Kapitel 4.2 f., wo angenommen wird, dass ein familienrechtlicher Durchgriff eben gerade nicht auf einem Rechtsmissbrauch beruht.

⁵⁹⁹ Dieses besondere Interesse der Familie an der Bezahlung des familienrechtlichen Unterhalts kommt auch in Art. 219 Abs. 4 SchKG zum Ausdruck, wonach die familienrechtlichen Unterhaltspflichten als Forderungen erster Klasse gelten.

Kapitel 8 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

8.1 Überblick

Der familienrechtliche Durchgriff kann direkt und indirekt in die Kapitalgesellschaft einer Partei eingreifen. Es stellt sich daher die Frage, ob vertragliche Regelungen getroffen werden können, um unerwünschte Folgen eines familienrechtlichen Durchgriffs zu modifizieren. Als vertragliches Gestaltungsinstrument kommt zunächst die Zuordnung einer Beteiligung an einer juristischen Person zum Eigengut in Betracht.⁶⁰⁰ Darüber hinaus kann güterrechtlich vereinbart werden, dass neben der Beteiligung selbst auch die Erträge der Eigengutsgesellschaft zu Eigengut erklärt werden.⁶⁰¹ Neben diesen güterrechtlichen Möglichkeiten kann es im Hinblick auf mögliche gerichtliche Auseinandersetzungen auch sinnvoll sein, prozessuale Regelungen zum Auskunftsrecht bei beherrschten Kapitalgesellschaften,⁶⁰² aber auch zu entsprechenden gutachterlichen Feststellungen⁶⁰³ zu treffen. Zuletzt ist die Solidarschuldnerschaft der beherrschten Kapitalgesellschaft einer vertraglichen Regelung zugänglich.⁶⁰⁴

8.1

8.2 Zuordnung einer juristischen Person zum Eigengut

8.2.1 Vorbemerkungen

Gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB können «[d]ie Ehegatten (...) durch Ehevertrag Vermögenswerte der Errungenschaft, die für die Ausübung eines Berufes oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind, zu Eigengut erklären.» Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich daher zunächst die

8.2

⁶⁰⁰ Vgl. Kapitel 8.2.

⁶⁰¹ Vgl. Kapitel 8.3.

⁶⁰² Vgl. Kapitel 8.4.

⁶⁰³ Vgl. Kapitel 8.5.

⁶⁰⁴ Vgl. Kapitel 8.6.

Frage, ob es sich bei den Anteilen an einer Kapitalgesellschaft bzw. dem dahinter stehenden Unternehmen um einen Vermögenswert bzw. einen Vermögensgegenstand handelt.⁶⁰⁵ Darüber hinaus ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen das Unternehmen bzw. die Anteile an der Kapitalgesellschaft der Ausübung eines Berufs oder dem Betrieb eines Gewerbes dienen.⁶⁰⁶

8.2.2 Unternehmen als Vermögensgegenstand

8.3 Lehre und Rechtsprechung gehen zunächst davon aus, dass ein Unternehmen, das von einem Ehegatten mehrheitlich beherrscht wird, als wirtschaftliche Einheit und damit als güterrechtlicher Vermögensgegenstand zu behandeln und auch als solche zu bewerten ist. Dies gilt unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens und auch dann, wenn es in der Form einer Kapitalgesellschaft betrieben wird.⁶⁰⁷ Für die Bestimmung des massgebenden Vermögensgegenstands im Sinne von Art. 211 ZGB und Art. 199 Abs. 1 ZGB stützt sich das Bundesgericht auf Art. 212 Abs. 1 ZGB, der die güterrechtliche Behandlung des landwirtschaftlichen

⁶⁰⁵ Vgl. Kapitel 8.2.2.

⁶⁰⁶ Vgl. Kapitel 8.2.3.

⁶⁰⁷ Explizit in BGE 131 III 559 E. 2.2; ebenso BGE 136 III 209 E. 6.2.1 (am Rande angedeutet); BGer 5A_708/2008 vom 17. Dezember 2008 E. 3.1 (gemäss Sachverhalt lit. A. handelte es sich um eine GmbH, deren Geschäftsführer und Alleineigentümer der Beschwerdeführer war); 5A_739/2018 vom 9. Dezember 2019 E. 4.4 (wo ohne weitere Ausführungen zur Rechtsform von einem Kleiderladen die Rede ist); vgl. ebenfalls KGer GR ZK1 16 14 vom 17. Juli 2018 (wobei unklar bleibt, ob es sich bei der im Streit liegenden Schreinerei um eine Personen- oder Kapitalgesellschaft handelt); ZK1 18 47 vom 17. Dezember 2021 E. 2.8; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 672 und 684 f.; BERNHARD/HUG, Ziff. 47 ff.; BRÄNDLI, Aktien, S. 113 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 209, N. 11; HENNINGER, N. 159; DIES., Güterrecht, S. 190 f.; MOR-DASINI/SUTTER-SOMM, S. 278; PRAZ, N. 89. Allerdings hat das Bundesgericht in BGer 5A_378/2015 vom 15. März 2016 E. 5.9 zwischen Vermögenswerten (Anteilsrechte) und Vermögensgegenstand (Unternehmen) unterschieden.

Gewerbes regelt.⁶⁰⁸ Diese Bestimmung verweist auf Art. 7 Abs. 1 BGG, wonach ein landwirtschaftliches Gewerbe eine rechtliche (einheitliche Rechtspersönlichkeit), räumliche (von einem Ort aus geleitet) und funktionelle (der landwirtschaftlichen Produktion dienende) Einheit bildet und einen gewissen Bewirtschaftungsaufwand erfordert.⁶⁰⁹

Im Sinn dieser im Zusammenhang mit der Bewertung von Unternehmen entwickelten Rechtsprechung geht die Lehre davon aus, dass der Begriff des Vermögensgegenstandes nicht streng sachenrechtlich zu verstehen ist, sondern auch Unternehmen als Sachgesamtheiten und als Vermögensgegenstände gelten können.⁶¹⁰ Auch ist ein Unternehmen einer einheitlichen Vermögensmasse zuzuordnen, die anderen Vermögensmassen haben allenfalls eine Ersatzforderungen.⁶¹¹ Diese Lehrmeinung lehnt sich (implizit) an die herrschende Lehre zu Art. 613 ZGB an. Nach dieser

8.4

⁶⁰⁸ BGE 125 III 1 E. 4.c.

⁶⁰⁹ BGer 2C_719/2018 vom 18. September 2019 E. 2.2; STUDER, S. 452; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 84, N. 22 ff.; WOLF, Gewerbe, S. 283 ff. (mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung); BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 619, N. 9.

⁶¹⁰ ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 672; BRÄNDLI, Aktien, S. 112 ff.; DÄNZER, S. 4 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.04; HODEL/LIATOWITSCH, S. 231 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 214, N. 4; MARTIN, S. 330; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 278 (die so weit gehen und sogar Minderheitsbeteiligungen als einzelnen Vermögensgegenstand qualifizieren); PRAZ, N. 191; die Frage aufwerfend, ohne sie aber zu beantworten: BRACK/EGLI/STOCKER, S. 95 f. Begründet wird dies in der Literatur wenig und wenn, dann mit Gleichbehandlungsüberlegungen von selbständiger und unselbständiger unternehmerischer Tätigkeit.

⁶¹¹ BGE 121 III 152 E. 3.c (Aktiengesellschaft); 125 III 1 E. 4.c (landwirtschaftliches Gewerbe oder eine Arztpraxis); BGer 5A_253/2022 vom 27. September 2022 E. 5 ff. (wo eine separate Massenzuweisung von zwei Aktienpakten geprüft wurde, die je die Hälfte der Stimmrechte repräsentierten); MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 280 ff.; OFK ZGB-NUSPILGER; Art. 196, N. 2; WOLF, Grundstücke, Fn. 24.

Bestimmung sind «Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammengehören», nicht zu trennen, wenn sich ein Erbe der Teilung widersetzt. Art. 613 ZGB zielt damit in erster Linie auf Sach- und Rechtsgesamtheiten ab.⁶¹² Im Erbrecht wird deshalb die Auffassung vertreten, dass ein Aktienpaket im Sinne von Art. 613 ZGB eine Sachgesamtheit ist, die ihrer Natur nach zusammengehört. Damit ein Aktienpaket als einheitlicher Vermögensgegenstand qualifiziert werden kann, muss dieses Aktienpaket entweder eine Stimmen- oder Kapitalmehrheit oder einen anderen beherrschenden Einfluss vermitteln.⁶¹³

⁶¹² OFK ZGB-BÜCHI-WEHINGER/REICH, Art. 613, N. 2; EITEL, S. 103; HÖSLY/FERHAT, Ziff. 32; BSK ZGB II-MINNIG, Art. 613, N. 3; BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 613, N. 7 f.; je mit Hinweis auf die «10 %-Regel». Zu Art. 526 ZGB: CHK ZGB II-FANKHAUSER, Art. 526, N. 2.

⁶¹³ AEPLI, S. 149 ff. (objektive Einflussmöglichkeit des Aktienpakets grösser als die Verwaltungsrechte der einzelnen Aktie); ANTOGNINI, N. 1323 (Kontrollmehrheit); BAUMANN, Fn. 42 (besondere Einflussnahme); OFK ZGB-BÜCHI-WEHINGER/REICH, Art. 613, N. 2 (Mehrheit oder Sperrminorität); SPAHR, Art. 613, N. 3 (entreprise); EITEL, S. 104 (Mehrheitsbeteiligung; zudem tritt er insbesondere dafür ein, Unternehmen unabhängig von der gewählten Rechtsform [Personen- oder Kapitalgesellschaft] zu betrachten); GRAHAM-SIEGENTHALER, N. 327 (Stimmenmehrheit oder Sperrminorität); HÖSLY/FERHAT, Ziff. 35 f. (Mehrheitsaktionärsstellung); CHK ZGB II-MEYER, Art. 613, N. 2 (Aktienmehrheit); PIOTET, SPR IV/2, S. 882 (Mehrheit oder Stellung als Hauptaktionär); SEEBERGER, S. 191 f. (Unternehmen); CR CC II-SPAHR, art. 613, N. 3 (la majorité ou une position dominante); STEINAUER, art. 613, S. 525 (la maîtrise d'une société anonyme); VÖGELI, Fn. 826 (Stimmenmehrheit oder Sperrminorität); PraKomm-WEIBEL, Art. 613, N. 9 (Stimmenmehrheit oder Sperrminorität); BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 613, N. 9 (Mehrheits- oder Hauptaktionärsstellung); WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 250 (Stimmenmehrheit oder Sperrminorität); als obiter dictum: KGer GR ZK1 14 109 vom 4. Dezember 2014 E. ii.6 (Aktienmehrheit oder einen wesentlichen Teil des Stimmrechts). Eine Familiengesellschaft, die nur der Vermögensverwaltung dient, gilt nicht als Gegenstand i.S.v. Art. 613 Abs. 1 ZGB. Vielmehr muss für eine solche Qualifikation eine Selbstbewirtschaftung vorliegen (KGer ZG vom 4. April 2001 in GVP 2001, S. 130 ff. E. 7.3.2). Das Zürcher

8.2.3 Ausübung eines Berufs bzw. Betrieb eines Gewerbes

In der Literatur zu Art. 199 Abs. 1 ZGB wird in Übereinstimmung mit den vorstehenden Ausführungen – meistens ohne Begründung – einhellig die Auffassung vertreten, dass auch ein Aktienpaket als Vermögenswert qualifiziert werden kann.⁶¹⁴ 8.5

Damit ein Aktienpaket als umteilungsfähiger Vermögenswert qualifiziert werden kann, muss es gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB zur Ausübung eines Berufs oder zum Betrieb eines Gewerbes bestimmt sein. Ein Paket von Gesellschaftsanteilen kann somit nach Art. 199 Abs. 1 ZGB umgeteilt werden, wenn – allgemein ausgedrückt – die Beziehung zwischen dem beteiligten Ehegatten und der Kapitalgesellschaft eine gewisse Qualität aufweist und eine wirtschaftliche Tätigkeit beinhaltet. Dies ist im Folgenden zu prüfen: 8.6

Obergericht erachtete eine Minderheitsbeteiligung für teilbar, da die Wertveränderung alle Erben gleichmässig trafe (OGer ZH vom 25. März 2003, in: ZR 103/2004, S. 129 ff., 135). Zur Qualifikation eines Mehrheits-Aktienpaktes als Sachgesamtheit: BGE 112 II 406 E. 1.b (50 % des Aktienkapitals); zur Qualifikation eines Unternehmens als Sachgesamtheit: BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor. Art. 641 ff., N. 36. Zu den verschiedenen Beherrschungsmöglichkeiten vgl. Kapitel 4.3.

⁶¹⁴ Explizit zu Art. 199 ZGB: BECEREN, S. 69 f.; BRÄNDLI, Aktien, S. 111 f.; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 973a; FAVRE, constitution, S. 87; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 10; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 11; HENNINGER, N. 208; MARTIN, S. 322 ff.; PRAZ, N. 800 ff.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 8; STETTLER/WAELTI, N. 243; WISSMANN, S. 335.

- 8.7 Bei Mehrheitsbeteiligungen wird eine solche wirtschaftliche Tätigkeit in der Regel vermutet, weshalb Mehrheitsbeteiligungen ohne Weiteres zu Eigengut im Sinne von Art. 199 Abs. 1 ZGB erklärt werden können.⁶¹⁵ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weil bei Mehrheitsbeteiligungen im Unterhaltsrecht faktisch immer ein beherrschender Einfluss vermutet und der Gesellschafter wie ein Selbständigerwerbender behandelt wird. Im Sinne einer möglichst widerspruchsfreien Rechtsanwendung muss diese Wertung auch von Art. 199 Abs. 1 ZGB übernommen werden.
- 8.8 Ohne Mehrheitsbeteiligung kann ein Aktienpaket nur dann nach Art. 199 Abs. 1 ZGB dem Eigengut zugewiesen werden, wenn ein zusätzliches qualifizierendes Element hinzutritt, das zeigt, dass die Aktienbeteiligung in direktem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des betreffenden Ehegatten steht: So muss der betreffende Ehegatte in der Kapitalgesellschaft als Geschäftsführer, Verwaltungsrat oder in anderer Weise wirtschaftlich tätig sein.⁶¹⁶ Auch wenn in der Literatur eine strikte Untergrenze für die notwendige Beteiligung abgelehnt wird, muss der entsprechende Ehegatte einen gewissen Einfluss auf die Kapitalgesellschaft haben, damit von einer gewerblichen Tätigkeit ausgegangen werden kann.⁶¹⁷ Auch dieser Auffassung ist zuzustimmen. Im Unterhaltsrecht ist erörtert worden,

⁶¹⁵ A MARCA, S. 232; BRÄNDLI, Eigengutszuweisung, S. 48; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1044; FAVRE, constitution, S. 87; FAVRE, possibilité, Fn. 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 11; MARTIN, S. 323 f.; PRAZ, N. 803; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 8; STEINAUER, successoral, S. 8; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOLAKIS, art. 199, N. 4.

⁶¹⁶ A MARCA, S. 232; BRÄNDLI, Aktien, S. 111 f.; DERS., Eigengutszuweisung, S. 48; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 973a; FAVRE, constitution, S. 87 und Fn. 17; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 10; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 11; MARTIN, S. 322; PRAZ, N. 803; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 10; STEINAUER, successoral, S. 8; STETTLER/WAELTI, N. 243.

⁶¹⁷ Einzig BRÄNDLI, Eigengutszuweisung, S. 48 (der das Beispiel macht, dass eine reine Mitarbeiterbeteiligung nicht reicht, um ein Gewerbe im Sinne von Art. 199 Abs. 1 ZGB auszuüben).

dass bereits die faktische Beherrschung eines Unternehmens dazu führen kann, dass die Gewinne des Unternehmens in die Leistungsfähigkeit der Parteien einfließen.⁶¹⁸ Folgerichtig ist auch eine solche Beteiligung durch Art. 199 Abs. 1 ZGB zu privilegieren.

Schliesslich besteht Einigkeit darüber, dass Beteiligungsrechte, die zum Zweck der Vermögensanlage oder Vermögensverwaltung gehalten werden, nicht der Ausübung eines Berufs oder Gewerbes dienen.⁶¹⁹ Hat die betreffende Kapitalgesellschaft einen gemischten Zweck (Ausübung eines Gewerbes mit gleichzeitiger Vermögensverwaltung), so ist auf den Hauptzweck der Kapitalgesellschaft abzustellen.⁶²⁰

8.9

8.3 Zuordnung der Erträge des Eigenguts

8.3.1 Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag

Nach Art. 199 Abs. 2 ZGB können die Ehegatten durch Ehevertrag vereinbaren, dass die Erträge des Eigenguts nicht in die Errungenschaft fallen. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Erträge des Eigenguts, die nach Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB in die Errungenschaft fallen würden.⁶²¹ Die

8.10

⁶¹⁸ Vgl. Kapitel 4.3.4.

⁶¹⁹ BECEREN, S. 70; BRÄNDLI, Aktien, S. 111 f.; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 973a; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 3; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 10; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 11; MARTIN, S. 324; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 8; STETTLER/WAELTI, N. 243; WISSMANN, S. 335.

⁶²⁰ BRÄNDLI, Eigengutszuweisung, S. 47 (mit gleichzeitigem Hinweis, dass unter Umständen auch Holdinggesellschaften dem Eigengut zugewiesen werden könnten).

⁶²¹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 978; FAVRE, possibilité, S. 145; CPra-GUILLOD, art. 199, N. 13; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 18 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 4; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 11; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOLAKIS, art. 199, N. 8; STETTLER/WAELTI, N. 249; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, § 32, N. 29. Eine Eigengutszuweisung

Zuweisung der Erträge des Eigenguts kann ganz oder teilweise erfolgen und insbesondere sachlich, zeitlich und betragsmässig beschränkt werden.⁶²² Die Zuweisung kann sowohl für künftige als auch für vergangene Erträge des Eigenguts vereinbart werden.⁶²³ Die Massenzuweisung der Eigentuserträge kann sowohl für das gesetzliche (Art. 198 ZGB) als auch das gewillkürte Eigengut⁶²⁴ vereinbart werden.⁶²⁵

kommt nur für die Erträge des Eigenguts in Frage. Davon ist insbesondere die Arbeitsentschädigung des Unternehmers abzugrenzen, die unter Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB fällt und nicht zuweisungsfähig ist (BGE 131 III 559 E. 2.2; A MARCA, S. 233; BURCKHARDT BERTOSSA/TRACHSEL, S. 104; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 18; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 23; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 4; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 12 f.; STETTLER/WAELTI, N. 251).

⁶²² BRÄNDLI, Eigentumszuweisung, S. 49; FAVRE, possibilité, S. 145; CPra-GUILLOD, art. 199, N. 14; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 21; HENNINGER, N. 209; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 4 und 22; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 11; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 199, N. 8; STETTLER/WAELTI, N. 249.

⁶²³ BADDELEY, S. 300; BORNHAUSER, Fn. 178; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 972; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 12; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 31; HENNINGER, N. 204; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 199, N. 2; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 6; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 283; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 10.

⁶²⁴ Vgl. Kapitel 8.2.

⁶²⁵ A MARCA, S. 234; BADDELEY, S. 301; FAVRE, possibilité, S. 147; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199, N. 18; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 199, N. 20; Kuko ZGB-JAKOB, Art. 199, N. 4 f.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 199, N. 4; MARTIN, S. 322 ff.; PRAZ, N. 843; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 199, N. 12; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 199, N. 8.

Eine Formulierung in einem Ehevertrag könnte wie folgt lauten:

8.11

«Zurückbehaltene Gewinne in Kapitalgesellschaften, an denen eine der Parteien kapitalmässig oder auf andere Weise (z.B. durch Ausübung einer Leitungsfunktion) beteiligt ist – bestehend aus dem buchmässigen Gewinnvortrag und den freiwilligen Gewinnreserven – begründen nur in Höhe der nicht betriebsnotwendigen Aktiven eine Ersatzforderung der Errungenschaft. Betriebsnotwendigkeit ist anzunehmen, wenn ohne diesen Vermögensgegenstand der Geschäftsbetrieb funktionell nicht im gleichen Umfang aufrechterhalten werden kann. [Variante: Das Anlagevermögen gilt als betriebsnotwendig. Das Umlaufvermögen gilt als betriebsnotwendig, soweit es zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich ist]. Nicht betriebsnotwendiges Vermögen fällt höchstens bis zur Höhe der einbehaltenen und ausschüttungsfähigen Gewinne in die Errungenschaft.»

Dieser Formulierungsvorschlag ist nachfolgend zu erörtern.

8.3.2 In Bezug auf beherrschte Kapitalgesellschaften

Wie in Kapitel 5.2 ausgeführt, fallen gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB die thesaurierten Gewinne einer Eigengutskapitalgesellschaft in die Errungenschaft, soweit sie nicht betriebsnotwendig sind. Je nach wirtschaftlichem Erfolg des Unternehmens und der Dauer der Ehe kann es sich dabei um erhebliche Beträge handeln. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass die Rechtsprechung bei der Ermittlung der Ersatzforderung der Errungenschaft nur auf der Passivseite auf die Ausschüttbarkeit der thesaurierten Gewinne abstellt und dabei übersieht, dass auch auf der Aktivseite die Betriebsnotwendigkeit zu prüfen wäre.⁶²⁶ Den Ehegatten steht es zur Herstellung von Rechtssicherheit im Rahmen von Art. 199 Abs. 2 ZGB frei, die thesaurierten Gewinne von Eigengutskapitalgesellschaften ganz oder teilweise dem Eigengut zuzuweisen und dabei selbst Kriterien

8.12

⁶²⁶ Zur eingehenden Kritik vgl. Kapitel 5.2.5.3.iii.

zu definieren, wann bzw. in welchem Umfang die thesaurierten Gewinne in die Errungenschaft fallen.⁶²⁷

- 8.13 Um den Fortbestand der Kapitalgesellschaft langfristig zu sichern, ist es sinnvoll, dass nur solche Einkünfte der Kapitalgesellschaft in die Errungenschaft fallen, welche die Kapitalgesellschaft auch tatsächlich entbehren kann und welche zur Tilgung der güterrechtlichen Forderung verwendet werden können. Hierzu wäre es m.E. sinnvoll, ehevertraglich einen Aktivtest⁶²⁸ zu vereinbaren und damit die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Ersatzforderung der Errungenschaft so hoch festgesetzt wird, dass sich der entsprechende Ehegatte gezwungen sieht, betriebsnotwendige Aktiven durch die Kapitalgesellschaft veräussern zu lassen, um die güterrechtliche Forderung des anderen Ehegatten zu tilgen.
- 8.14 In Kapitel 5.2.5.3.ii wurde diskutiert, dass der Gutachter bzw. das Gericht bei der Definition der Betriebsnotwendigkeit in jedem Fall einen grossen Ermessensspielraum hat. Eine vertragliche Regelung könnte darin bestehen, festzulegen, nach welcher Methode die Betriebsnotwendigkeit definiert wird und ob der tatsächliche Nutzungszweck massgeblich ist.⁶²⁹ Welche der Methoden die geeignetste ist, ist eine Wertungsfrage, die nicht einheitlich beantwortet werden kann und im Einzelfall ausgehandelt werden muss. Um die Auszahlung des güterrechtlichen Ausgleichs sicherzustellen und eine klare Abgrenzung zu haben, kann vereinbart werden, dass nur das Umlaufvermögen als nicht betriebsnotwendig gilt, soweit es zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich ist.

⁶²⁷ Vgl. OGer ZH LC210022 vom 20. September 2022 E. 10.3.2; A MARCA, S. 232 ff.; BADDELEY, S. 301 ff.; BRÄNDLI, Eigengutszuweisung, S. 49 ff.; FamKomm II-BURCKHARDT BERTOSSA, Anhang Vermögensplanung, N. 37; FAVRE, possibilité, S. 145 ff.; HENNINGER, N. 56; PRAZ, N. 828 ff.; STEINAUER, successoral, S. 8 ff.

⁶²⁸ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

⁶²⁹ Vgl. Kapitel 5.2.5.3.

8.4 Regelung der Informationspflicht von Kapitalgesellschaften

8.4.1 Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag

Wie in Kapitel 6.5 aufgezeigt, kann sich die Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB auch auf Vorgänge innerhalb einer von einem Ehegatten beherrschten Kapitalgesellschaft beziehen. Da eine Kapitalgesellschaft im familienrechtlichen Verfahren unter Umständen Geschäftsgeheimnisse und andere sensible Informationen preisgeben muss, besteht ein Bedürfnis, die Auskunftspflicht vorgängig zu regeln. Eine Formulierung in einem Ehevertrag könnte lauten:

8.15

«Verlangt eine Partei im Rahmen eines familienrechtlichen Verfahrens Auskunft über Vorgänge in Kapitalgesellschaften, an denen die andere Partei kapitalmässig oder auf andere Weise (z.B. durch Ausübung einer Leitungsfunktion) beteiligt ist, so gilt Folgendes: (1) Die Auskunfts- und Informationspflicht der jeweiligen Gesellschaft besteht nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und sofern richterlich angeordnet; (2) Die Auskunfts- und Informationspflicht wird dadurch erfüllt, dass die jeweilige Gesellschaft dem Sachverständigen [X.] oder einem von diesem benannten anderen Sachverständigen sämtliche relevanten Unterlagen an ihrem Sitz offenlegt. Dieser ist nicht berechtigt, diese Unterlagen zu vervielfältigen; (3) [X.] wird den Parteien und dem zuständigen Familiengericht unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses schriftlich Bericht erstatten; (4) über den Inhalt des Berichts ist Stillschweigen zu bewahren und er darf weder physisch noch elektronisch vervielfältigt werden; (5) der vorgenannte Bericht ist von der Auskunft verlangenden Partei und ihrem Rechtsvertreter innerhalb von 10 Tagen nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens (physisch und elektronisch) zu vernichten; (6) die durch die Ausübung des Auskunfts- und Informationsrechts entstandenen Kosten tragen die Parteien je zur Hälfte.»

Dieser Formulierungsvorschlag ist im Nachfolgenden zu besprechen:

8.4.2 Dogmatische Überlegungen

- 8.16 In der Lehre wird einhellig die Auffassung vertreten, dass Art. 170 ZGB zwingend ist. Mit anderen Worten können die Ehegatten das Auskunftsrecht durch Vereinbarung weder einschränken noch aufheben.⁶³⁰ Der zwingende Charakter dieser Bestimmung zeigt sich insbesondere auch darin, dass Art. 170 ZGB unabhängig vom Güterstand gilt.⁶³¹ Die Parteien sind jedoch berechtigt, die Modalitäten der Auskunftserteilung nach Art. 170 ZGB vertraglich zu regeln.⁶³²
- 8.17 Der Hinweis auf den zwingenden Charakter von Art. 170 ZGB ist allerdings insofern zu präzisieren, als zumindest im Zeitpunkt des Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens der Umfang des Auskunfts- und Informationsrechts davon abhängt, ob die Informationen geeignet sind, einen güterrechtlichen Anspruch zu begründen.⁶³³ Wird die Kapitalgesellschaft bzw. werden deren Anteile und Erträge vollumfänglich dem Eigengut zugewiesen, ist die Kapitalgesellschaft für die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht mehr massgebend, weshalb diesbezüglich auch kein Auskunftsanspruch mehr besteht. Zur Ermittlung der unterhaltsrechtlichen

⁶³⁰ OGer ZH LC220014 vom 4. Mai 2023 E. 2.c; CPra-BARRELET, art. 170, N. 3; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 261; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vor Art. 159, N. 21 (wo beschrieben wird, dass die Vorgaben von Art. 159 ff. ZGB zugunsten der öffentlichen Ordnung und daher zwingend sind, allerdings nicht zwingend ausgeübt werden müssen); DIES., Art. 170, N. 9; KOKOTEK, N. 295; BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 170, N. 2 (die lediglich davon ausgehen, dass nicht im voraus darauf verzichtet werden kann). Zum erbrechtlichen Informationsanspruch: BRÜCKNER/WEIBEL/PESENTI, N. 29a; EIGENMANN, N. 38; GÖKSU, Informationsrechte, S. 955; PIOTET, SPR IV/2, S. 850 f.; PraKomm-WEIBEL, Vor Art. 607 ff., N. 16; BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 607, N. 29.

⁶³¹ CPra-BARRELET, art. 170, N. 3; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 261.

⁶³² Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 261; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 170, N. 9; Kokotek, N. 295.

⁶³³ Vgl. Kapitel 6.5.2.

Leistungsfähigkeit dürfte sich der Auskunftsanspruch in den meisten Fällen auf die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre beschränken.⁶³⁴

8.4.3 Regelungsfähige Modalitäten

Eine Modifikation des Auskunftsrechts nach Art. 170 ZGB ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht in Bezug auf den Umfang, wohl aber in Bezug auf die Modalitäten möglich. Denkbar wäre beispielsweise die vorgängige Vereinbarung von Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO.⁶³⁵ Denn diese lassen den Umfang der Auskunftspflicht unberührt, sondern betreffen nur deren Ausübung. So könnte z.B. vereinbart werden, dass nur ein Dritter Einsicht in die Geschäftsunterlagen erhält und dass gewisse Geheimhaltungspflichten eingebaut werden.

8.18

⁶³⁴ Vgl. Kapitel 6.4.

⁶³⁵ Vgl. Kapitel 6.4.

8.5 Vereinbarung über die Bewertung der Kapitalgesellschaft

8.5.1 Vorbemerkungen und Formulierungsvorschlag

8.19 Um die Bewertung einer beherrschten Kapitalgesellschaft zu regeln, erscheint es als möglich, dass die Parteien beispielsweise einen Ehevertrag nach folgendem Muster abschliessen:

«Sollte der Ehemann am Stichtag der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Aktienmehrheit an der X._AG halten, sind diese Aktien bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung (sei es durch Tod oder Scheidung) nach der [Methode] zu bewerten. Die Bewertung hat auf das Ende des letzten Geschäftsjahrs vor dem Tod, der Anordnung der Gütertrennung oder der Einreichung der Scheidungsklage zu erfolgen. Für den Fall, dass das Ergebnis der gewählten Bewertungsmethode nicht dem massgebenden Verkehrswert entspricht, vereinbaren die Parteien sowohl für den Fall der Auflösung des Güterstands durch Scheidung, Anordnung der Gütertrennung als auch durch Tod im entsprechenden Umfang eine überhäufige Vorschlagszuweisung.»

Dieser Formulierungsvorschlag ist im Nachfolgenden zu erläutern:

8.5.2 Freie Bestimmung des Bewertungszeitpunktes

8.20 Nach Art. 214 Abs. 1 ZGB ist der Wert der Errungenschaft im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung massgebend. Erfolgt die güterrechtliche Auseinandersetzung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, so ist für die Bewertung grundsätzlich der Zeitpunkt des rechtskräftigen Urteils massgebend.⁶³⁶

⁶³⁶ BGE 121 III 149 E. 3.a; OGer ZH LC180020 vom 4. Februar 2019 E. 4.e.bb; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 214, N. 9; CPra-GUILLOD, art. 214, N. 8; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 214, N. 10; JÖRG, Wertveränderungen, S. 102; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 214, N. 2; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 214, N. 7; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOLAKIS, art. 214, N. 6. Zum

Lehre und Rechtsprechung gehen jedoch davon aus, dass diese Regelung dispositiver Natur ist und die Ehegatten davon abweichen können. So ist es beispielsweise nicht zu beanstanden, wenn die Ehegatten rückwirkend die Auflösung des Güterstands vereinbaren.⁶³⁷

8.21

Die Wertermittlung von Unternehmen bzw. die das Unternehmen verkörpernden Gesellschaftsanteile ist im Zeitablauf mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, da sowohl unternehmensinterne als auch -externe Einflüsse das Unternehmen ständig verändern. Beide Faktoren beeinflussen die Wertentwicklung des Unternehmens zwischen Stichtag und Bewertungszeitpunkt.⁶³⁸ Diesem Problem kann dadurch begegnet werden, dass die Parteien spätestens im Scheidungsverfahren einen abweichenden Stichtag festlegen. Dieser kann grundsätzlich willkürlich gewählt werden, sollte aber zur Vereinfachung der Bewertung nicht zu weit in der Vergangenheit liegen und aus buchhalterischer Sicht am Ende des Geschäftsjahrs liegen. Um buchhalterischen Manipulationen vorzubeugen, kann auf das letzte Geschäftsjahr vor dem jeweiligen Stichtag abgestellt werden.

8.22

8.5.3 Freie Bestimmung der Bewertungsmethode

Art. 211 ZGB schreibt zudem vor, dass die Vermögenswerte zum Verkehrswert in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen sind.

8.23

Anspruch auf Neuschätzung während dem laufenden Rechtsmittelverfahren: FANKHAUSER/KÄMPF, S. 616 f.; WIETLISBACH, N. 286 f.; zum Erbrecht: BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 617, N. 13 f.

⁶³⁷ BGer 5C_279/2006 vom 31. Mai 2007 E. 7; 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.1; 5A_346/2015 vom 27. Januar 2017 E. 3; 5A_1048/2019 vom 30. Juni 2021 E. 3.2; CJ GE ACJC/663/2015 vom 5. Juni 2015 E. 10.2; DÄNZER, S. 4; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 214, N. 7; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 214, N. 6; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 214, N. 2; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 214, N. 6.

⁶³⁸ Explizit für Unternehmen: ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 684; DÄNZER, S. 3 ff.; GEISER, Unternehmensnachfolge, S. 198 f.; MEIER-MAZZUCATO, S. 47 ff.; MEYER, Unternehmenskauf, S. 81.

Die Parteien können sich jedoch über die Bewertungsmethode frei einig werden, sofern dadurch nicht die Pflichtteile der Erben beeinträchtigt werden.⁶³⁹ Weicht das Ergebnis der vereinbarten Bewertungsmethode vom Verkehrswert ab, stellt dies eine überhäftige Vorschlagszuweisung im Sinne von Art. 216 ZGB dar und ist entsprechend ehevertraglich zu vereinbaren.⁶⁴⁰

8.24 Die Wahl der Bewertungsmethode ist im Einzelfall (mit fachlicher Beratung) festzulegen. Denn nach der Rechtsprechung sind Unternehmen bzw. die das Unternehmen verkörpernden Anteile nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Methoden zu bewerten, so dass eine Vielzahl möglicher Bewertungsmethoden in Betracht kommt.⁶⁴¹ Da die Wahl der am besten geeigneten Bewertungsmethode von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, liegt diese Wahl letztlich im Ermessen des Gerichts oder eines vom Gericht bestellten Sachverständigen. Diese schwer vorhersehbare Ermessensausübung führt zu grosser Unsicherheit und wegen der zum

⁶³⁹ BGer 5C.257/2006 vom 22. Dezember 2006 E. 2; 5C.279/2006 vom 31. Mai 2007 E. 7; 5A_218/2009 vom 2. Dezember 2009 E. 2; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 674; BADDELEY, S. 302; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 214, N. 7; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 214, N. 6; DIES., Art. 216, N. 17; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 211, N. 4; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 214, N. 6.

⁶⁴⁰ A MARCA, S. 171; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 674; DÄNZER, S. 4; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N. 1303 ff.; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 211, N. 4; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 211, N. 5; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 214, N. 6; DIES., Art. 216, N. 17; MARTIN, S. 328 f.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 211, N. 4; CR CC I-STEINAUER/FOUNTOULAKIS, art. 211, N. 4; WIETLISBACH, N. 268.

⁶⁴¹ BGE 121 III 152 E. 3.c; BGer 5A_361/2022 vom 24. November 2022 E. 3.3.1.2.; ALTHAUS/BOHNENBLUST, S. 684 ff.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 211, N. 19; HODEL/LIATOWITSCH, S. 230; CHK ZGB I-JUNGO, Art. 211, N. 8; MORDASINI/SUTTER-SOMM, S. 279; PRAZ, N. 185 ff.; FamKomm I-STECK/FANKHAUSER, Art. 211, N. 11.

Teil stark divergierenden Ergebnisse häufig zu Konflikten.⁶⁴² Es kann daher sinnvoll sein, die Bewertung von Gesellschaftsanteilen vorab zu regeln und eine Bewertungsmethode festzulegen.

8.6 Solidarschuldnerschaft der beherrschten Gesellschaft

Wie in Kapitel 7.3 aufgezeigt, kann die Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen, die sich am Gewinn der beherrschten Kapitalgesellschaft orientieren, Schwierigkeiten bereiten. Diese Vollstreckungshindernisse können dadurch beseitigt werden, dass sich die vom Unterhaltsschuldner beherrschte Kapitalgesellschaft zur Solidarhaftung nach Art. 143 Abs. 1 OR für den geschuldeten familienrechtlichen Unterhalt verpflichtet.

8.25

Diese Konstruktion ist im Aussenverhältnis zwischen der beherrschten Kapitalgesellschaft und dem Unterhaltsberechtigten ohne Weiteres möglich. Im Innenverhältnis zwischen Unterhaltsschuldner und beherrschter Kapitalgesellschaft kann sie jedoch zu Schwierigkeiten führen. Denn die Begleichung einer persönlichen Schuld eines Gesellschafters durch eine Kapitalgesellschaft stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar und hat sowohl gesellschaftsrechtliche als auch steuerrechtliche Konsequenzen. Der Unterhaltsschuldner muss daher bei einer solchen Vereinbarung darauf achten, dass entweder eine ausreichend hohe und verrechenbare Gegenforderung besteht oder die von der Kapitalgesellschaft gezahlten Unterhaltsbeiträge seinem Kontokorrentkonto belastet werden und dieses Darlehen werthaltig bleibt.

8.26

⁶⁴² BGer 5A_361/2022 vom 24. November 2022 E. 3.3.1.3; OGer ZH LC220025 vom 10. Februar 2023 E. 3.1.3.4; dies gilt umso mehr, als die Wahl der Bewertungsmethode eine Rechtsfrage darstellt, die bis zum Bundesgericht angefochten werden kann (BGE 146 III 73 E. 5.2.1; BGer 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.3.1, m.H.a. BGE 132 III 489 E. 2.3 und 121 III 152 E. 3.c).

Kapitel 9 Zusammenfassung

- 9.1 In Kapitel 3 wurde zunächst das Trennungsprinzip dargestellt, das besagt, dass juristische Personen eigenständige und damit von ihren Gesellschaftern getrennte Rechtssubjekte sind. Dieses Prinzip schützt das Vermögen der Gesellschafter vor der Haftung für die Schulden der Gesellschaft und umgekehrt. Das Trennungsprinzip kann jedoch in Ausnahmefällen durchbrochen bzw. eingeschränkt werden, was zu einem sogenannten Durchgriff führt. Beim echten Haftungsdurchgriff wird die Haftung für die Schulden der Gesellschaft auf die Gesellschafter ausgeweitet, wenn diese ihre wirtschaftliche Identität mit der Gesellschaft missbrauchen. Der unechte Zurechnungsdurchgriff hingegen betrifft nur die Anspruchsvoraussetzungen einer Norm, indem Vorgänge bei der Gesellschaft dem Gesellschafter zugerechnet werden, ohne dass dies zu einer erweiterten Haftung führt. Dieser Zurechnungsdurchgriff erfordert kein rechtsmissbräuchliches Verhalten, sondern basiert auf einer teleologischen Gesetzesauslegung.
- 9.2 In Kapitel 4 wurde diskutiert, dass während das Trennungsprinzip eine Zurechnung des Gewinns einer juristischen Person zur Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen ablehnt, fordert der teleologische Einkommensbegriff ihre Einbeziehung zur vollständigen Ausschöpfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Ziel ist eine Gleichbehandlung von Kapital- und Personengesellschaften im Unterhaltsrecht. Das Bundesgericht hat diesen Durchgriff entsprechend bejaht. Voraussetzung ist, dass eine natürliche Person eine derart starke Stellung in der Kapitalgesellschaft hat, dass sie selbst über ihr Einkommen bestimmen kann. Der unterhaltsrechtlich miteinzubeziehende Gewinn ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung so zu berechnen, wie wenn es sich bei der Kapitalgesellschaft um ein Einzelunternehmen oder um eine Personengesellschaft handeln würde, was allerdings keine adäquate Lösung darstellt. Vielmehr wäre eine Ausschüttungsfiktion im Umfang der freien Mittel anzunehmen.

Kapitel 5 behandelte das eheliche Güterrecht im Kontext von Kapitalgesellschaften. Dabei wurde untersucht, inwieweit Anteile an solchen Gesellschaften bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt werden müssen. Ein zentraler Punkt ist die Behandlung thesaurierter Gewinne von Eigengutkapitalgesellschaften, die Teil der Errungenschaft eines Ehegatten sein können, insbesondere, wenn genügend nicht betriebliches Anlagevermögen vorhanden ist. Zudem wurde erörtert, dass unentgeltliche Zuwendungen, die von einer beherrschten Kapitalgesellschaft innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Güterstandsauflösung gemacht wurden, der Errungenschaft zugerechnet werden sollten. Schliesslich wurde die Notwendigkeit der Regelung von Schulden zwischen der beherrschten Gesellschaft und den Ehegatten verneint.

9.3

Kapitel 6 befasste sich eingehend mit der Informationsbeschaffung und der prozessualen Geltendmachung eines Durchgriffs, was vor allem in rechtlichen Auseinandersetzungen um den Zugriff auf Vermögenswerte entscheidend ist. Ein zentraler Aspekt ist die Bezifferung des Rechtsbehrens, die oft durch fehlende Informationen erschwert wird, weil relevante Informationen von der Gegenpartei kontrolliert werden. Um dies zu bewältigen, kann mittels unbezifferter Forderungsklage oder Stufenklage vorgegangen werden. Sie ermöglichen es, zunächst Auskunft über Vermögenswerte zu verlangen, bevor eine konkrete Forderung gestellt wird. Im Bereich der Beweismittel liegt ein starker Fokus auf der Edition von Urkunden und der Einholung von Sachverständigengutachten, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Person oder Gesellschaft bewerten. Im Normalfall hat eine beherrschte Kapitalgesellschaft die Pflicht, an der Informationsbeschaffung mitzuwirken.

9.4

In Kapitel 7 wurde aufgezeigt, dass eine Diskrepanz zwischen dem unechten Zurechnungsdurchgriff und dem echten Haftungsdurchgriff besteht, wenn die familienrechtlichen Forderungen effektiv gegenüber der beherrschten Kapitalgesellschaft vollstreckt werden sollen. Eine solche Vollstreckung ist nur möglich, wenn die entsprechende Kapitalgesellschaft nahezu ausschliesslich vom entsprechenden Ehegatten beherrscht wird und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt.

9.5

Kapitel 8 behandelte die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf Kapitalgesellschaften im Familienrecht. Ehegatten können durch einen Ehevertrag Anteile an Kapitalgesellschaften dem Eigengut zuweisen. Dies betrifft sowohl die Gesellschaftsanteile selbst als auch deren Erträge, sofern diese nicht betriebsnotwendig sind. Ein zentrales Thema ist die Auskunftspflicht der beherrschten Kapitalgesellschaften. Eheverträge können festlegen, wie Informationen im Rahmen familienrechtlicher Verfahren offengelegt werden sollen, um Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Es wird zudem vorgeschlagen, bereits im Ehevertrag die Bewertungsmethoden für Kapitalgesellschaften zu definieren, um Klarheit in güterrechtlichen Auseinandersetzungen zu schaffen und Unsicherheiten zu verringern. Um die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen zu erleichtern, kann sich eine Kapitalgesellschaft zur Solidarhaftung für die Unterhaltsbeiträge verpflichten.

Lebenslauf

Luzius Kaufmann (1994)

Ausbildung

2021 - 2025	Doktoratsstudium an der Universität St. Gallen
2024	Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg (Januar - Juni)
2019	Paul-Alther Preis der Universität St. Gallen für die beste juristische Masterarbeit im Jahr 2019
2019	M.A. HSG in Law (Abschlussnote: 5.78)
2017	B.A. HSG in Law (Abschlussnote: 5.50)

Berufliche Erfahrung

2025	Gerichtsschreiber der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts
2024	Ersatzrichter am Militärgericht 2
2021 - 2024	Gerichtsschreiber am Kreisgericht See-Gaster (insbes. in den Bereichen Straf- und Familienrecht)
2020 - 2021	Auditor und a.o. Gerichtsschreiber am Kreisgericht See-Gaster
2019 - 2020	Substitut bei Homburger AG (insbes. in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Transaktionen und Steuern)
2018 - 2019	Juristischer Mitarbeiter der Steuerverwaltung des Kantons Glarus