

*Mit manchem Mann versteht
man sich vor und nach der Ehe ausgezeichnet
– bloß dazwischen klappt es nicht.
Zsa Zsa Gabor (achtmal verheiratet)*

§ 3 Ehevertrag

Übersicht

	Rn.
A. Ehevertragsfreiheit und Inhaltskontrolle	
I. Grundlagen	4–6
II. Wirksamkeitskontrolle	7–10
III. Ausübungskontrolle	11, 12
IV. Kritik	13–15
V. Verbleibende Vertragsfreiheit	16–31
1. Güterstandswahlrecht	17, 18
2. Nachehelicher Unterhalt	19–21
3. Versorgungsausgleich	22–24
4. Erb- und Pflichtteilsverzicht	25, 26
5. Salvatorische Klausel	27, 28
6. Isolierte Beurkundung	29–31
VI. Anwendbares Recht	32–42
B. Güterstände	
I. Gütertrennung	43–51
1. Rechtsfolgen	43–47
2. Ausgleichsansprüche	48–51
II. Zugewinnngemeinschaft	52–92
1. Gesetzliche Regelung	52–61
a) Wirkungen während der Ehe	53, 54
b) Wirkungen im Erbfall	55–58
aa) Erbrechtlicher Ausgleich	55–57
bb) Güterrechtlicher Ausgleich	58
c) Wirkungen im Trennungs- und Scheidungsfall	59, 60
d) Geeigneter Güterstand für Unternehmerehe? ..	61
2. Rechnerischer Zugewinnausgleich	62–66
a) Bewertung	63, 64
b) Die latente Steuerlast bei der Zugewinnausgleichsberechnung	65
c) Einfluss des Gesellschaftsrechts	66
3. Der Zugewinn im Erbschaftsteuerrecht	67–92
a) Zugewinnausgleich gem. § 5 Abs. 1 ErbStG (erbrechtlicher Ausgleich)	67–84
aa) Steuerfreier Zugewinnausgleich	68
bb) Anfangsvermögen	69–71
cc) Endvermögen	72–74
dd) Fiktive Ausgleichsforderung	75
ee) Begrenzung der Ausgleichsforderung	76–81
ff) Steuerpflichtiger Erwerb	82
gg) Erbschaftsteuer bei Gütertrennung	83
hh) Ergebnis	84

	Rn.
b) Zugewinnausgleich gem. § 5 Abs. 2 ErbStG (güterrechtlicher Ausgleich)	85, 86
aa) Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019	85
bb) BFH-Rechtsprechung	86
c) Güterstandsschaukel	87–91
d) Steuerliche „Reparatur“ von Ehegattenschenkungen	92
III. Modifizierte Zugewinngemeinschaft	93–106
1. Ausschluss des Zugewinns bei Scheidung	93–96
2. Ausschluss des Betriebsvermögens aus dem Zugewinnausgleich	97–105
a) Betriebsvermögen	98, 99
b) Schulden, Erträge, Verwendungen und Surrogate	100–104
aa) Betriebliche Verbindlichkeiten	101
bb) Erträge	102
cc) Verwendungen	103
dd) Surrogate	104
c) Verfügungsbeschränkungen	105
3. Manipulationspotenzial?	106
IV. Gütergemeinschaft	107, 108
1. Mitunternehmerschaft	107
2. Pflichtteilsauswirkung	108
C. Ehevertrag und Nachfolgeregelung	
I. Vorsorgeplanung	110–114
1. Notfallplanung	110–112
2. Ehegatte als Vermögensempfänger	113, 114
II. Liquiditätsrisiko	115–118
III. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen	119–123
IV. Zusammenfassendes Muster	124–145
1. Ausgangssituation	124
2. Vertragsmuster	124a
3. Anmerkungen	125–145
a) zu I.1:	125
b) zu I.2:	126
c) zu II.3–5:	127
d) zu II.6.a:	128–130
e) zu II.6.b:	131
f) zu II.7:	132
g) zu II.8:	133–135
h) zu II.9.a:	136
i) zu II.9.b:	137
j) zu II.10:	138
k) zu II.11 und II.12:	139
l) zu III:	140
m) zu IV.1:	141
n) zu IV.2:	142
o) zu V.1:	143
p) zu V.2:	144
q) zu V.3:	145

Die Anzahl der Ehescheidungen in Deutschland ist – absolut gesehen – 1 rückläufig. So wurden im Jahr 2019 lt. Statistik 149.010 Ehen rechtskräftig geschieden (Statistisches Bundesamt, Zahlenreihe 12631 – Statistik rechtskräftiger Urteile in Ehesachen). Dies bedeutet einen Rückgang um ca. 25 % gegenüber dem Stand von 2005 (201.693 Scheidungen). Allerdings ergibt sich aus der Statistik auch ein recht einleuchtender Grund für diese Entwicklung: Im Jahr 2005 wurden noch 388.451 Ehen geschlossen (Quelle: Statistisches Bundesamt, Zahlenreihe 12611 – Statistik der Eheschließungen) – gegenüber 516.388 im Jahr 1990. Da die durchschnittliche Dauer einer geschiedenen Ehe bei 14,8 Jahren liegt, ist es wenig überraschend, dass mit einem Rückgang der Eheschließungen zeitlich versetzt auch ein entsprechender Rückgang der Scheidungen korrespondiert. Aus den Zahlen ist ein **Bedeutungsverlust der Ehe** zu erkennen. Dies zeigt auch die Statistik über die vorhandenen „Varianten“ der Familien mit Kindern. Während die Zahl der Familien mit Trauschein von 1996–2019 um ca. 25 % gesunken ist, hat sich die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit minderjährigen Kindern im gleichen Zeitraum nahezu verdoppelt (+48 %) und macht nun schon 11,5 % der Familien aus (Alleinerziehende: 18,6 %; Ehen: 69,9 %). Die Stellung der Ehe ist daher zweifellos weiterhin bedeutend, allerdings bei Weitem nicht mehr so alternativlos wie dies zur Zeit der Schaffung der grundlegenden Bestimmungen des in Deutschland geltenden Eherechts (1977) oder gar bei Inkrafttreten des Grundgesetzes der Fall war. Vor dem Hintergrund dieser kurzen Bestandsaufnahme sollte die Aktivität von Gesetzgeber und Rechtsprechung, die Ehe durch Einschränkungen der Ehevertragsfreiheit „exklusiver“ zu machen, gleichzeitig aber dem Schwächen von zwei nicht verheirateten Partnern einen auch nur annähernd vergleichbaren Schutz zu versagen – mit der aner kennenswerten Ausnahme des § 1615l BGB –, mit Skepsis betrachtet werden. Wenn man die Ehe als ein Steuersparmodell betrachtet, das nur jenen gewährt wird, die bereit sind, sich mit den gesetzlichen Scheidungsfolgen abzufinden, dann mag diese Strategie konsequent sein; der Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG weist aber in eine andere Richtung.

Gerade für unternehmerisch tätige Ehegatten ist der Abschluss eines Ehevertrages oft die einzige Möglichkeit, das Unternehmen im Scheidungsfall vor einem existenzbedrohenden Liquiditätsabfluss zu schützen, zumal häufig schon der Gesellschaftsvertrag entsprechende Vorgaben macht (vgl. → § 18 Rn. 169 f., → § 14 Rn. 64 f.). Der Ehevertrag gehört damit – neben der Erbregelung (vgl. → § 4) und der Vorsorgevollmacht (vgl. → § 2) zu den grundlegenden unternehmerischen Schutzvorkehrungen gegen Störfälle aus dem privaten Bereich. Die Schutzfunktion kann der Ehevertrag allerdings nur erfüllen, wenn er sich auch im Scheidungsfall als wirksam erweist. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (nachfolgend → Rn. 3 ff.) müssen daher von Anfang an in die Gestaltung einbezogen werden. 2

A. Ehevertragsfreiheit und Inhaltskontrolle

Literatur: *Armasou*, Das Urteil des BVerfG 6. Februar 2001 – 1 BvR 12/92 – zum nahehelichen Unterhaltsverzicht und zur Freistellung von Unterhaltsansprüchen, RNotZ 2001, 196; *Bandel*, Anm. zu EuGH 1.3.2018 – C-558/16, ZEV 2018, 205;

Bergner, Elterngeld und Kindererziehungszeiten, FPR 2007, 345; *Brambring*, Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen, DNotZ 2008, 724; *Brandt*, Anm. zu BGH 6.10.2004 – XII ZB 110/99, MittBayNot 2005, 308; *Dauner-Lieb/Sanders*, Abdingbare Teilhabe – unabdingbare Verantwortung? – Grenzen güterrechtlicher Vereinbarungen im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, FPR 2005, 141; *Koch*, Der Zugewinnausgleich im Todesfall und das Europäische Nachlasszeugnis, DNotZ 2020, 414; *Krafka*, Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechtsentwicklungen, DNotZ 2002, 677; *Lies-Benachib*, Rechtssoziologisches Plädoyer für die Errungenschaftsgemeinschaft, NZFam 2016, 1071; *Langenfeld*, Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen, DNotZ 2001, 272; *Rauscher*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Unterhaltsrecht – Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BVerfG, DNotZ 2002, 751; *Röthel*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen, NJW 2001, 1334; *Münch*, Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich – Fokus Inhaltskontrolle, FPR 2011, 504; *Schubert*, Wirksamkeit von Unterhaltsverzicht- und freistellungserklärungen, FamRZ 2001, 737; *Stein*, Steuerliche Probleme durch Fehlbeurteilungen des Ehegüterstandes in Deutschland lebender Ausländer, DStR 2020, 368; *Wachter*, Neue Grenzen der Ehevertragsfreiheit, ZFE 2004, 132; *Wellenhofer*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Leitlinien der Vertragsgestaltung, NZFam 2020, 645.

- 3 **Beispiel:** Unternehmer U plant die Übergabe seines Unternehmens an seine Tochter T. U möchte unbedingt vermeiden, dass im Scheidungs- oder Todesfall der Lebensgefährte und künftige Ehemann der Tochter (L) irgendwelche Ansprüche stellen kann. Er drängt daher auf den Abschluss eines Ehevertrags, mit dem L auf „alles“ verzichtet.

I. Grundlagen

- 4 Grundlage des Familienrechts des BGB ist die Eheschließungsfreiheit. Hinzu gesellt sich – spätestens seit Schaffung des Zerrüttungsprinzips zum 1.7.1977 (heute §§ 1564ff. BGB) die Freiheit eines jeden Ehegatten, die Ehe durch Einleitung eines Scheidungsverfahrens wieder zu beenden. Konsequenterweise lässt das Gesetz den Ehegatten auch bei der Ausgestaltung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse gem. § 1408 BGB die Vertragsfreiheit, welche in den §§ 1409ff. BGB nur in formaler Hinsicht – praktisch relevant dürfte allein die Formvorschrift des § 1410 BGB sein – eingeschränkt wird.
- 5 Bezogen auf den nachehelichen Unterhalt (§ 1585c BGB) und den Versorgungsausgleich (§ 1587 BGB iVm §§ 6ff. VersAusglG) erkennt das Gesetz dem Grunde nach an, dass die Ehegatten – wiederum unter dem Formvorbehalt – Vereinbarungen treffen können.
- 6 Bislang weist nur § 8 VersAusglG darauf hin, dass die Vereinbarungen der Ehegatten einer materiellen Inhalts- und Ausübungskontrolle unterliegen. Es handelt sich hierbei jedoch eher um eine Klarstellung des Gesetzgebers, mit der dieser in das im Jahr 2009 geschaffene VersAusglG die in den Jahren davor (insb. seit BVerfG 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957) durch die Rechtsprechung geschaffenen Grundsätze aufnimmt. Da diese Rechtsprechung an allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts anknüpft (§§ 138, 242 BGB), gilt sie im Ausgangspunkt auch für güterrechtliche und unterhaltsrechtliche Vereinbarungen.

II. Wirksamkeitskontrolle

- 7 Unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeitskontrolle prüft die Rechtsprechung im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG 6.2.2001 – 1 BvR

12/92, NJW 2001, 957 die mögliche Nichtigkeit von Eheverträgen gem. § 138 BGB. Maßgeblich ist hierfür die Situation der Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit sind dann gegeben, wenn aufgrund des Vertragswerks sog. ehebedingte Nachteile einseitig verteilt werden und diese Benachteiligung nicht durch andere Gesichtspunkte gerechtfertigt ist. Einen absoluten Kern von gesetzlichen Scheidungsfolgen, von dem nicht abgewichen werden darf, gibt es dabei nicht (BeckNotar-HdB/Grziwotz § 12 Rn. 11a (Eheverträge)).

Der Ehevertrag wird dazu einer Gesamtbetrachtung unterzogen (vgl. 8 Grüneberg/Ellenberger BGB § 138 Rn. 8); wichtig sind dabei ua die folgenden Kriterien:

- Gehört die gesetzliche Scheidungsfolge zum besonders schützenwerten – weil das soziale Existenzminimum sichernden – Kernbereich (BGH 11.2.2004 – XII ZR 265/02, NJW 2004, 930)?
- In welchem Umfang sind die einen Ehegatten objektiv benachteiligenden Vereinbarungen angesichts schützenswerter Interessen des anderen Ehegatten angemessen (BGH 25.10.2006 – XII ZR 144/04, NJW 2007, 904 – absehbarer Sozialhilfebedarf)?
- Sind ehebedingte Nachteile eines Ehegatten in einem Regelungsbereich an anderer Stelle kompensiert (BGH 29.1.2014 – XII ZB 303/13, NJW 2014, 1101)?
- Hatte der wirtschaftlich durch den Vertragsabschluss benachteiligte Ehegatte die Möglichkeit, seine eigenen Interessen in die Vertragsverhandlungen einzubringen (BGH 15.3.2017 – XII ZB 109/16, NJW 2017, 1883 – kein Vertragsentwurf, kein Vorgespräch)?
- Wurde für den Vertragsabschluss eine besondere Zwangslage oder Drucksituation eines Ehegatten ausgenutzt (BGH 25.5.2005 – XII ZR 296/01, NJW 2005, 2386 – Schwangerschaft; BGH 17.5.2006 – XII ZB 250/03, NJW 2006, 2331 – Ausländerin; BGH 9.7.2008 – XII ZR 6/07, NJW 2008, 3426 – Schwangerschaft, kein Vertragsentwurf; BGH 18.3.2009 – XII ZB 94/06, NJW 2009, 2124 – Schwangerschaft; BGH 17.1.2018 – XII ZB 20/17, NJW 2018, 1015 – von Ausweisung bedrohte Ausländerin)?

Kommt ein Gericht im Rahmen dieser Gesamtschau zu einer Nichtigkeit 9 des Ehevertrags, so sind davon meist alle Regelungen des Vertrags umfasst. Der unternehmerisch tätige Ehegatte, der sein Unternehmen vor einem massiven Liquiditätsabfluss durch den Zugewinnausgleich schützen möchte, wird sich daher häufig mit dem Rat konfrontiert sehen, den nahehelichen Unterhalt im Ehevertrag möglichst nicht „anzufassen“.

Zutreffend an diesem Rat ist, dass ein Unterhaltsverzicht das Risiko einer 10 Nichtigkeit des Ehevertrags erheblich steigert, während andererseits die Unterhaltsbelastung für den unternehmerisch tätigen Ehegatten bzw. dessen Unternehmen meist nicht existenzbedrohend sein dürfte. Ein absolutes Verbot unterhaltsbeschränkender Vereinbarungen besteht allerdings nicht (vgl. unten → Rn. 19ff.).

III. Ausübungskontrolle

Im Rahmen der auf zweiter Ebene stattfindenden Ausübungskontrolle 11 gem. § 242 BGB prüfen die Gerichte, ob einem Ehegatten die Berufung auf

einen (ursprünglich wirksamen) Ausschluss gesetzlicher Scheidungsfolgen ausnahmsweise unter Billigkeitsgesichtspunkten zu versagen ist. Dies ist primär dann der Fall, wenn der Ehevertrag angesichts der Verhältnisse zur Zeit der Eheschließung einem möglichen bzw. von den Ehegatten angestrebten Ehemodell hätte entsprechen können, tatsächlich aber ein anderes Ehemodell praktiziert wurde, ohne dass die Ehegatten die dadurch gebotene Vertragsanpassung selbst vorgenommen haben. Während die Wirksamkeitskontrolle grundsätzlich auch Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen umfasst, dürfte dies für die Ausübungskontrolle selten der Fall sein.

- 12 Aus Sicht der vorsorgenden Vertragsgestaltung kann dem begegnet werden, indem der Ehevertrag für bestimmte, von den Ehegatten nicht erwartete, aber doch mögliche künftige Entwicklungen Vorkehrungen im Wege flexibler Scheidungsfolgen vorsieht. So kann zB vereinbart werden, dass der Versorgungsausgleich erst von dem Zeitpunkt an zu berechnen ist, zu dem einer der Ehegatten seine Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Kinderbetreuung tatsächlich aufgibt oder einschränkt.

IV. Kritik

- 13 Die umfangreiche Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur inhaltlichen Kontrolle von Eheverträgen ist nicht ohne Kritik geblieben (vgl. *Langenfeld* DNotZ 2001, 272, zu der schon vor der BVerfG-Entscheidung bestehenden Diskussion; *Rauscher* DNotZ 2002, 751; *Armasow* RNotZ 2001, 196; *Röthel* NJW 2001, 1334) – geht es doch um bedeutsame Beschränkungen der Privatautonomie. *Röthel* NJW 2001, 1334 hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der wichtigste verfassungsrechtliche Aspekt – nämlich die Diskriminierung der ledigen Kindesmutter im Unterhaltsrecht – schon zur Zeit der BVerfG-Entscheidung teilweise (seit 2007 vollständig) behoben war. Andererseits weisen *Dauner-Lieb/Sanders* FPR 2005, 141, darauf hin, dass die Kernbereichslehre des BGH keineswegs zwingend aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben folgt.
- 14 In der neueren Literatur wird die Sinnhaftigkeit der Inhalts- und Ausübungskontrolle nicht mehr auf den Prüfstand gestellt, die Gestaltungspraxis konzentriert sich darauf, Angriffspunkte nach Möglichkeit zu vermeiden (nachfolgend → Rn. 16 ff.) und verlegt sich im Übrigen auf umfangreiche Hinweise zur Vermeidung der Beraterhaftung (vgl. *Münch* Die Unternehmerehe, Muster Tz. 893). Auch die Zurücknahme der – auf der Rechtsfolgenseite problematischen – Wirksamkeitskontrolle bei Ausweitung der Inhaltskontrolle hat sich bislang nicht durchgesetzt (vgl. *Wellenhofer* NZFam 2020, 645).
- 15 Jedenfalls eröffnet die Rechtsprechung Einfallstore, die dazu führen, dass ein Ehevertrag seine eigentliche Funktion nicht mehr erfüllen kann: die Schaffung von Rechtsfrieden. Auch ein sauber formulierter, unter Beachtung aller materiellen und Verfahrensgrundsätze zustande gekommener Ehevertrag kann unter dem Gesichtspunkt der Ausübungskontrolle immer noch zu langwierigen Streitigkeiten über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen führen. Bei der Berechnung des ehebedingten Nachteils müssen die Instanzgerichte dann doch in das „Klein-Klein“ des Scheidungsfolgenrechts einsteigen und das Verfahren wird ggf. noch komplizierter, als es ohne Ehevertrag wäre (vgl. etwa BGH 27.2.2013 – XII ZB 90/11, DNotZ 2013, 773; KG 20.8.2008 –

3 UF 96/07, BeckRS 2011, 19804 als Vorinstanz zu BGH 2.2.2011 – XII ZR 11/09, NJW 2011, 2969). Es bleibt daher festzustellen, dass unter dem Bestreben, der – von einem Gericht ex post definierten – materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen („Materialisierung des Vertragsrechts“, vgl. *Krafka* DNotZ 2002, 677, mwN), die Rechtssicherheit leidet.

V. Verbleibende Vertragsfreiheit

Für den Vertragsgestalter ist nun im Alltag die Frage zu klären, welche Gestaltungen in einem vorsorgenden Ehevertrag überhaupt noch empfohlen werden können. 16

1. Güterstandswahlrecht

Bezüglich des ehelichen Güterrechts sind die Gerichte mit Eingriffen in die Vertragsfreiheit zu Recht sehr zurückhaltend. Ein Ehevertrag, der sich darauf beschränkt, einen der im Gesetz vorgesehenen Güterstände zu wählen oder eine im Bereich zwischen diesen Güterständen angesiedelte „Modifizierung“ vorzusehen, dürfte aus materieller Sicht an der gerichtlichen Inhaltskontrolle nicht scheitern (krit. hingegen *Brambring* DNotZ 2008, 724, für die Kombination einer Gütertrennung mit einem Pflichtteilsverzichtsvertrag). Umso wichtiger ist es, dass ein inhaltlich unbedenklicher Vertrag nicht aufgrund verfahrensrechtlicher Mängel scheitert. Dies bedeutet konkret: 17

- eine gemeinsame Vorbesprechung der Ehegatten bei dem mit der Vertragsgestaltung beauftragten Berater ist unbedingt empfehlenswert;
- jeder Ehegatte sollte einen aufgrund dieser Vorbesprechung erstellten Vertragsentwurf in einem ausreichenden Zeitabstand vor der Beurkundung erhalten;
- jeder Ehegatte sollte die Möglichkeit erhalten, den Entwurf anwaltlich prüfen zu lassen. Dies gilt insb. dann, wenn bereits einer der Ehegatten bei der Vorbereitung des Vertrags anwaltlich beraten war;
- wenn einer der Ehegatten Deutsch nicht als Muttersprache spricht, sollte unbedingt auf der Übersetzung des Entwurfs und Beiziehung eines Dolmetschers zur Beurkundung bestanden werden; hierauf wird man allerdings verzichten können, wenn der Einwanderer bereits ein in Deutschland abgelegtes Abitur oder gar einen in Deutschland erworbenen Hochschulabschluss vorweisen kann;
- während der Beurkundung sollte jedem Ehegatten der Vertragstext vorliegen; kein Ehegatte sollte bei der Beurkundung durch äußere Umstände (zB anwesende dritte Personen, Kleinkinder etc.) an der aufmerksamen Teilnahme an der Beurkundung gehindert werden;
- für die Beurkundung des Ehevertrags sollte ein eigenständiger Termin angesetzt werden, sodass der Ehevertrag nicht als „Nebengeschäft“ zB im Rahmen einer Unternehmensübergabe mit erledigt wird;
- evtl. Sondersituationen, insb. Schwangerschaft, müssen angesprochen werden. Dies gilt insb. dann, wenn der Vertrag vor der Eheschließung abgeschlossen wird. Ggf. kann empfohlen werden, den Vertrag nach Eheschließung und Geburt des Kindes mit einer Nachtragsurkunde zu bestätigen. Eine bestehende Schwangerschaft begründet kein Beurkundungsverbot, allerdings sollte in diesem Fall auf die weiteren hier genannten Punkte

gesondert geachtet und die Zuziehung eines Rechtsanwalts seitens der Schwangeren gesondert empfohlen werden;

- die Einhaltung dieser Verfahrensstandards sollte in der Urkunde dokumentiert werden.

- 18 Wird der Ehevertrag mit einer an sich unbedenklichen Regelung zum Güterrecht mit weiteren Themen verbunden, die eher dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzuordnen sind (vgl. nachstehend → Rn. 19 ff. und Rn. 22 ff.), droht im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags, die auch die güterrechtliche Regelung erfasst (zu Möglichkeiten und Grenzen salvatorischer Klauseln nachstehend → Rn. 27 f.).

2. Nachehelicher Unterhalt

- 19 Hingegen unterliegt die Regelung des nachehelichen Unterhalts einer intensiveren **Inhalts- und Ausübungskontrolle** durch die Rechtsprechung, da der Unterhalt zum Kernbereich des Eherechts zählt und über die Schranken der §§ 134, 138 BGB geschützt ist, vgl. BVerfG 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343; BGH 11.2.2004 – XII ZR 265/02, NJW 2004, 930. Ein genereller Unterhaltsverzicht kommt danach nur **ausnahmsweise** in Betracht, wenn der Unterhalt des verzichtenden Ehegatten anderweitig, zB durch eigene Vermögenseinkünfte, gesichert erscheint. Zum **Kernbereich** der nachehelichen Unterhaltungspflicht zählen folgende gesetzliche Bestimmungen:
- Unterhalt wegen Kindesbetreuung gem. § 1570 BGB,
 - Unterhalt wegen Alters gem. § 1571 BGB,
 - Unterhalt wegen Krankheit gem. § 1572 BGB,
 - Aufstockungsunterhalt in der Zeit, in der Unterhalt wegen Kindesbetreuung geschuldet ist, gem. § 1573 Abs. 2 BGB, vgl. BGH ZNotP 2005, 245.
- 20 Im Hinblick auf das zum 1.1.2008 in Kraft getretene neue Unterhaltsrecht, welches die Eigenverantwortung der Ehegatten deutlich stärker betont, stellt sich die Frage, ob umfangreiche Regelungen zur Abwehr nachehelichen Unterhalts überhaupt noch erforderlich sind. Im Gegensatz dazu finden sich immer häufiger unterhaltsverstärkende Vereinbarungen, weil ein Ehegatte nicht bereit ist, seine Berufstätigkeit zwecks Kinderbetreuung einzustellen, wenn anschließend das schnelle Ende des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB droht, vgl. dazu das Muster in → Rn. 124a.
- 21 Mitunter wird gefordert, der vereinbarte Unterhalt sollte mindestens so hoch sein wie das Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte unter Berücksichtigung seiner Ausbildung und beruflichen Tätigkeit bei Fortsetzung seiner Karriere hätte erzielen können, vgl. *Wachter* ZFE 2004, 132 (140). Auf einen Vergleich mit den (späteren) ehelichen Lebensverhältnissen kommt es nicht an, weil nur **ehebedingte Nachteile** auszugleichen sind, vgl. BGH 25.5.2005 – XII ZR 296/01, DNotZ 2005, 853. Eine Lebensstandard-Garantie besteht danach nicht. Richtig wäre es jedoch, den sog. ehebedingten Nachteil nicht nur im Leitsatz, sondern auch im Rechenwerk auf beide Ehegatten zu verteilen. Wird nämlich der Karriere-Nachteil, der einem Ehegatten durch die Kinderbetreuung entstanden ist, in vollem Umfang durch Unterhaltszahlungen kompensiert, dann ist der Nachteil nicht zwischen den Ehegatten verteilt, sondern komplett auf den unterhaltspflichtigen Ehegatten verschoben worden.

3. Versorgungsausgleich

Ebenso wie der nacheheliche Unterhalt kann auch der Versorgungsausgleich zur Absicherung der materiellen Existenz eines Ehegatten im Alter erforderlich sein. Er wird daher durch die Rechtsprechung konsequenterweise zum engeren Kernbereich der geschützten Scheidungsfolgen gezählt. Vereinbarungen in diesem Bereich müssen daher stets im Blick behalten, dass ehebedingte Nachteile nicht einseitig verteilt werden. Dies ist insb. dann relevant, wenn ein Ehegatte aufgrund der Eheschließung und der Erziehung gemeinsamer Kinder seine Berufstätigkeit längerfristig einschränkt oder ganz einstellt. Einem die Kinder betreuenden Ehegatten werden gem. §§ 56, 70 SGB VI für einen Zeitraum bis zu drei Jahren Entgeltpunkte in der gesetzlichen Rentenversicherung in der Höhe gutgeschrieben, wie dies beim Bezug eines „Durchschnittsentgelts“ der Fall wäre, vgl. Darstellung bei *Bergner FPR* 2007, 345. Diese Gutschriften werden als Teil der gesetzlichen Altersversorgung in den Versorgungsausgleich einbezogen und kommen somit mittelbar auch dem anderen Ehegatten zugute.

Wenn keine ehebedingten Nachteile vorliegen (so im Fall BGH 12.1.2005 – XII ZR 238/03, DNotZ 2005, 703) spricht auch nichts gegen einen Abschluss des Versorgungsausgleichs. Nach *Münch FPR* 2011, 504, findet auch im Bereich des Versorgungsausgleichs nur eine anlassbezogene Missbrauchskontrolle statt, nicht mehr eine von Amts wegen durchzuführende Vergleichsberechnung wie nach § 1587o BGB aF.

Im Ehevertrag von Unternehmern sind Regelungen zum Versorgungsausgleich häufig deshalb veranlasst, weil dieser nach dem gesetzlichen Modell zulasten des nicht unternehmerisch tätigen (und häufig wirtschaftlich schwächeren) Ehepartners gehen würde, vgl. dazu die Formulierung im Vertragsmuster unter → Rn. 124a. Wenn nämlich die Altersversorgung des einen Ehegatten im Vermögensbereich angesiedelt ist – so häufig bei unternehmerisch tätigen Ehegatten – und diese durch güterrechtliche Vereinbarungen vor einer Teilung geschützt wird, dann muss konsequenterweise auch die dem anderen Ehegatten zustehende, im Versorgungsbereich angesiedelte, Altersversorgung vor einer Teilung geschützt werden. Etwa dennoch bestehende ehebedingte Nachteile bei der Altersversorgung des nicht-unternehmerischen Ehegatten sollten ggf. durch gesonderte Vereinbarungen ausgeglichen werden, da anderenfalls Diskussionen über die Wirksamkeit der güterrechtlichen Vereinbarung drohen (sog. Funktionsäquivalenz des Zugewinnausgleichs; vgl. dazu *Wellenhofer NZFam* 2020, 645).

4. Erb- und Pflichtteilsverzicht

Der Erb- und Pflichtteilsverzicht, auch der unentgeltliche, unterliegt keinen Beschränkungen, weil im Scheidungsfall das Erb- und Pflichtteilsrecht des Ehegatten ohnehin entfällt. Ein Erbverzicht gem. § 2346 Abs. 1 BGB ist im Allgemeinen nicht geeignet, Pflichtteilsprobleme zu lösen, da durch den Erbverzicht die Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten, insb. der nicht zur Unternehmensnachfolge berufenen Abkömmlinge, entsprechend anwachsen. Gemäß § 2346 Abs. 2 BGB kann der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden. In diesem Fall bleiben die Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten unverändert.

- 26 Um die Weitergabe des Unternehmens oder der unternehmerischen Beteiligung an den geeigneten Nachfolger ungestört vollziehen zu können, empfiehlt sich ein **beschränkter Pflichtteilsverzicht** des Ehegatten, wonach das Betriebsvermögen oder die unternehmerische Beteiligung aus dem Ehegattenpflichtteilsrecht ausscheidet. Im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft muss zudem der Zugewinnausgleichsanspruch für den Fall, dass der Ehegatte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird oder die Erbschaft ausschlägt (§ 1371 Abs. 2 und 3 BGB), bedacht werden. Formulierungsvorschläge hierfür finden sich im Muster unter → Rn. 124a.

5. Salvatorische Klausel

- 27 Jeder Ehevertrag, der Verzichte oder Einschränkungen im Unterhalts- oder Versorgungsausgleichsbereich enthält und damit einer Wirksamkeitskontrolle unterliegt, sollte eine salvatorische Klausel aufweisen, um die Vermutung der Gesamtnichtigkeit gem. § 139 BGB zu widerlegen. Der BGH 25.5.2005 – XII ZR 296/01, DNotZ 2005, 853 misst einer salvatorischen Klausel durchaus Bedeutung bei. Die salvatorische Klausel selbst unterliegt ihrerseits der Inhaltskontrolle (*Schubert* FamRZ 2001, 737; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte-HdB, Rn. 340) und kann sie nicht vermeiden. Bedeutsam ist sie für die von § 139 BGB abweichende Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast, die dann denjenigen trifft, der entgegen der salvatorischen Klausel den Gesamtvertrag wegen der Nichtigkeit in Teilbereichen für unwirksam hält, vgl. BGH 24.9.2002 – KZR 10/01, DNotI-Report 2003, 37; *Brandt* MittBayNot 2005, 308. Die von *Brambring* NJW 2007, 865, vorgebrachten Argumente gegen die „formulärmäßige“ Verwendung einer salvatorischen Klausel überzeugen im Ergebnis nicht; richtig ist jedoch, dass zur Vermeidung der Vertragsanpassung im Wege der Ausübungskontrolle positive Regelungen im Vertrag selbst erforderlich sind; dies kann durch eine salvatorische Klausel nicht ersetzt werden.
- 28 In Fällen, in denen der Ehevertrag aufgrund einer Gesamtwürdigung der getroffenen Vereinbarungen (und nicht nur aufgrund einzelner, isolierbarer Bestandteile des Vertrags) bedenklich ist, führt allerdings auch eine salvatorische Klausel nicht zu einer „geltungserhaltenden Reduktion“ der getroffenen Abreden.

6. Isolierte Beurkundung

- 29 Eine Aufspaltung des Ehevertrags in verschiedene Urkunden ist nicht generell unzulässig. So könnte die für den unternehmerisch tätigen Ehegatten existenziellen Vereinbarungen zum Güterrecht und zum Pflichtteilsrecht in eine Urkunde aufgenommen werden, während die weniger zentralen – aber für die Inhaltskontrolle anfälligeren – Regelungen zum Unterhalt in eine andere Urkunde aufgenommen werden. Diese Gestaltung kommt in der Praxis aus guten Gründen selten vor: Werden die Verträge vor der Ehe geschlossen und treten damit erst mit Eheschließung einheitlich in Kraft, so dürfte es sich trotz Aufteilung in mehrere Urkunden um ein Gesamtwerk handeln, das sich einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung stellen muss (der zeitlich nachfolgende Vertrag ist dann gewissermaßen nur ein Nachtrag zu dem zuerst geschlossenen, noch nicht in Kraft getretenen Vertrag).

Werden die Verträge erst nach Eheschließung unterzeichnet, so fehlt ein 30
bedeutsames Argument für die Nichtigkeit des Ehevertrags (die tatsächliche
oder auch nur im Scheidungsfall behauptete Drohung eines Ehegatten mit
der Absage der Eheschließung), sodass man ohnehin seltener zu einer Ge-
samtnichtigkeit kommen wird.

Sinnvoll kann die Aufteilung sein, wenn die unternehmerisch bedeutsamen 31
Punkte vor der Eheschließung geregelt werden sollen, während die kontroll-
intensiven Punkte zB wegen bestehender Schwangerschaft auf einen späteren
Zeitpunkt (nach Eheschließung und Geburt des Kindes) vertagt werden.

VI. Anwendbares Recht

Beispiel: Die Ehegatten M und F (beide deutsche Staatsangehörige) haben in 32
Deutschland geheiratet und hier lange Jahre gemeinsam gelebt. Um den Kindern eine
bessere Schulbildung zu ermöglichen, sind sie nach Finnland umgezogen und dort
verblieben. Nun ist M ohne ein Testament zu hinterlassen verstorben.

In den nachstehenden Ausführungen werden ausschließlich die gesetzli- 33
chen Güterstände des deutschen Rechts (einschließlich üblicher Modifizie-
rungen) behandelt. Allerdings hat bei ca. 15% aller vorhandenen Paare in
Deutschland (mit und ohne Trauschein) zumindest einer der Partner keine
deutsche Staatsangehörigkeit. Hinzu kommen Paare, bei denen ein Partner
mehrere Staatsangehörigkeiten hat, sowie ferner zahllose Fälle, in denen sich
eine Auslandsberührung aus anderen Gesichtspunkten ergibt (Expats, Perso-
nen mit Grundbesitz im Ausland etc.).

Ist zweifelhaft, welches Güterrecht für die Ehe Anwendung findet (vgl. 34
Art. 26 EuGüVO), so empfiehlt sich eine Rechtswahl nach Art. 22 EuGüVO,
vgl. → § 26 Rn. 83ff.

Im Übrigen gelten für internationale Familienrechtsfälle zahlreiche europa- 35
rechtliche Normen, welche die früheren Kollisionsnormen des EGBGB
verdrängt haben (Übersicht bei Staudinger/Looschelders Einleitung IPR,
Rn. 517ff.). Zu nennen sind hier:

- die sog. Rom-III-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 vom 20.12.2010): regelt die Frage, welches Recht auf die materiellen Scheidungsvoraussetzungen anwendbar ist, mit Rechtswahlmöglichkeit;
- die sog. Brüssel-IIa-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003): regelt die internationale gerichtliche Zuständigkeit in Familiensachen; die Anrufung eines zuständigen Gerichts wiederum kann über das materielle Recht entscheiden (zB nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. d der Rom-III-VO);
- die sog. EuUntVO (Verordnung (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008): diese regelt die grenzüberschreitenden Fragen von Unterhaltsansprüchen, verweist hinsichtlich des anwendbaren Rechts aber weiter auf das Haager Unterhaltsprotokoll vom 23.11.2007 (HUP). Letzteres wurde durch die EU selbst unterzeichnet und ist damit wie sekundäres Gemeinschaftsrecht zu behandeln (Staudinger/Mankowski Vorb. 9 zum HUP). Das HUP eröffnet ebenfalls Rechtswahlmöglichkeiten, insb. gem. Art. 7 und 8 HUP.

Daneben verbleibt noch ein gewisser Anwendungsbereich für allgemeine 36
Ehewirkungen, die durch keinen europäischen oder internationalen Rechts-
akt geregelt sind. Hierfür besteht noch die Rechtswahlmöglichkeit nach

Art. 14 EGBGB. Für einige Scheidungsfolgen verweist ferner Art. 17 EGBGB auf die europäischen Verordnungen auch jenseits des Anwendungsbereiches, dies gilt insb. für Art. 17 Abs. 4 EGBGB zum Versorgungsausgleich.

- 37 Ob eine nach diesen Normen mögliche Rechtswahl auch im Ausland anerkannt wird, ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass die vorstehend genannten Rechtsakte keineswegs in allen EU-Mitgliedstaaten gelten, in Drittstaaten ohnehin nicht. Auch die völkerrechtlichen Haager Verträge gelten jeweils nur für die diesen beigetretenen Vertragsparteien, und auch diesen gegenüber ggf. mit Vorbehalten.
- 38 Die Aufnahme pauschaler Rechtswahlvereinbarungen zu den allgemeinen Ehwirkungen ist daher nicht mehr zu empfehlen.
- 39 Unbedingt empfehlenswert ist hingegen die Rechtswahl bezüglich der güterrechtlichen Verhältnisse. Dies gilt insb. auch für solche Unternehmer, die – oft mitsamt ihrem Ehegatten – aus anderen Staaten nach Deutschland eingewandert sind. Für diese gilt oft, ohne dass dies den Beteiligten bewusst ist, eine aus dem romanischen Rechtskreis stammende, in den meisten ost- und südosteuropäischen Staaten übernommene Errungenschaftsgemeinschaft (Übersicht bei BeckNotar-HdB/*Süß* § 28 Rn. 167 ff.; für die Einführung eines solchen Güterstandes in Deutschland – allerdings unter isolierter Betrachtung von Bankgeschäften – *Lies-Benachib* NZFam 2016, 1071). Es besteht dabei das praktische Problem, dass während der Ehe gegründete Unternehmen oder erworbene Beteiligungen zum Gesamtgut werden, ohne dass dies den Ehegatten klar ist und ohne dass die Konsequenzen im Handelsregister, Grundbuch und in der Gesellschafterliste gezogen werden (zu den steuerlichen Folgen solcher Fehleinschätzungen vgl. *Stein* DStR 2020, 368; zur Reichweite von Gutglaubensvorschriften vgl. die komplizierte Regelung in Art. 28 EuGüVO).
- 40 Zum Beispielsfall: Gemäß Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die Erbfolge dem finnischen Recht. Für die güterrechtlichen Verhältnisse gilt hingegen gem. Art. 26 Abs. 1 Buchst. a EuGüVO das deutsche Recht.
- 41 Nach Rechtsprechung des EuGH 1.3.2018 – C-558/16, (DNotZ 2018, 785 – Mahnkopf) unterfällt die Erbteilerhöhung gem. § 1371 Abs. 1 BGB dem Anwendungsbereich der EuErbVO, ist also erbrechtlich zu qualifizieren (anders zuvor der BGH für Sachverhalte vor Inkrafttreten der EuErbVO, BGH 13.5.2015 – IV ZB 30/14, MittBayNot 2015, 507). Unterliegt der Güterstand dem deutschen Recht, das Erbrecht aber nicht (wie im Beispielsfall), so findet der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB nicht statt.
- 42 *Koch* DNotZ 2020, 414, will diese Entscheidung des EuGH nur dahingehend verstanden wissen, dass das zusätzliche Viertel des Ehegatten im europäischen Nachlasszeugnis anzugeben ist (was in der Tat der Ausgangspunkt der Vorlagefrage in der Rechtssache Mahnkopf war). Überzeugend ist dies nicht. Insbesondere ist der Entscheidung des EuGH kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass der Anwendungsbereich der Verordnung bezüglich der materiellen Rechtslage ein anderer sein kann als bezüglich der verfahrensrechtlichen Situation. Richtigerweise ist vielmehr zu überlegen, ob der überlebende Ehegatte neben dem nach ausländischem Recht bestimmten Erbteil den güterrechtlichen Ausgleich gem. § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen kann. Dies dürfte jedenfalls in solchen Fällen zwingend sein, in denen das anwendbare

ausländische Erbrecht eine Ausschlagung gar nicht ermöglicht. In anderen Fällen scheint die Interpretation, wonach als Erbe bzw. Vermächtnis iSv § 1371 Abs. 2 BGB nur eine nach deutschem Erbrecht erworbene Zuwendung zu sehen sei (MüKoBGB/*Looschelders* EuGüVO Art. 1 Rn. 53, mwN), etwas gekünstelt. Richtigerweise bedürfen gerade solche Fälle einer intensiven Beratung und einer ordnungsgemäß abgefassten Verfügung von Todes wegen. Von einer Enteignung des Ehegatten zu sprechen (so *Bandel* ZEV 2018, 205), ist jedoch unangemessen. Das Auseinanderfallen von Güterrechtsstatut und Erbstatut beruht entweder auf einer von den Ehegatten gemeinsam gefassten Wegzugsentscheidung oder auf einer erbrechtlichen Anordnung (Rechtswahl) des erstversterbenden Ehegatten; letztere ist keine Enteignung, sondern eher eine partielle Enterbung. Vor deren Folgen ist der Ehegatte aber bereits gem. § 1371 Abs. 2 BGB geschützt und ggf. über die Schutzmechanismen des ausländischen Erbrechts.

B. Güterstände

Literatur: *Geck*, Welche Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich hinsichtlich der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft aus der neuen Rechtsprechung des BFH?, ZEV 2006, 62; *Geck*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer, DNotZ 2007, 263; *Knief*, Der kalkulatorische Unternehmerlohn für Steuerberater – Eine neue Herausforderung durch die Rechtsprechung des BGH und die Reform des Erbschaftsteuerrechts, DStR 2008, 1895; *Halaczinsky*, Änderung des ErbStG durch das JStG 2020, ErbStB 2021, 54; *Münch*, Steuerliche Gestaltung vorsorgender Eheverträge, FamRB 2007, 281; *N. Mayer*, Herausnahme von einzelnen Gegenständen bzw. Wirtschaftseinheiten aus dem Zugewinnausgleich – eine optimale Gestaltungsvariante im privaten und unternehmerischen Bereich?, DStR 1993, 991 bzw. MittBayNot 1993, 342; *Plate*, Die modifizierte Zugewinnngemeinschaft im Ehevertrag von Unternehmern, MittRhNotK 1999, 257; *Schlünder/Geißler*, Güterrechtlicher Neustart um Mitternacht oder der schenkungsteuerliche Reiz der „Güterstandsschaukel“, NJW 2007, 482; *von Oertzen/Cornelius*, Güterstandsschaukeln, ErbStB 2005, 349; *Wälzholz*, Aktuelle Probleme von lebzeitigen Ehegattenzuwendungen im ErbStG, FR 2007, 638; *Winkler*, Eheverträge von Unternehmern – Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz des Unternehmens, FPR 2006, 217.

I. Gütertrennung

1. Rechtsfolgen

In der Vergangenheit wählten Unternehmer – mit Ausnahme der Landwirte – häufig den Güterstand der Gütertrennung gem. § 1414 BGB. Dieser hat den Vorteil einer sehr überschaubaren Regelung für den Scheidungsfall. Außerdem finden die im Fall eines Unternehmensverkaufs oder einer Unternehmensübergabe hinderlichen Verfügungsbeschränkungen des § 1365 BGB (vgl. nachfolgend → Rn. 53) keine Anwendung. 43

Heute wird die Gütertrennung jedenfalls bei jüngeren Eheleuten, die gemeinsame Kinder haben oder erwarten, selbst dann kaum noch gewählt, wenn Zugewinnausgleichsansprüche im Scheidungsfall ausgeschlossen werden sollen. Die Ursachen hierfür liegen v.a. im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht: 44

- Die Gütertrennung führt, wenn mehr als ein Kind vorhanden ist, zu einer gegenüber dem gesetzlichen Güterstand reduzierten gesetzlichen Erbquote

des überlebenden Ehegatten und folglich zu höheren gesetzlichen Erbquoten und damit auch Pflichtteilsquoten der Kinder. Bei zwei Kindern steigt die Pflichtteilsquote der Kinder (zusammengenommen) von 25 % auf 33 1/3 %; bei drei oder mehr Kindern auf 37,5 %.

- Die Gütertrennung verhindert die Steuerbegünstigung nach § 5 ErbStG bei Beendigung des Güterstandes durch Güterstandswechsel oder durch den Tod eines Ehegatten (vgl. nachstehend → Rn. 93).
- 45 Dennoch verbleiben für die Gütertrennung sinnvolle Anwendungsbereiche. Insbesondere bei Zweitehen, bei denen das Hauptvermögen des unternehmerisch tätigen Ehegatten für dessen ersteheliche Kinder vorgesehen ist und die pflichtteilsrechtlichen Fragen zwischen diesen Kindern schon geregelt sind, ist die Gütertrennung häufig anzutreffen.
- 46 Auch für Ehegatten, die sich in einem internationalen Umfeld bewegen, kann die Gütertrennung empfehlenswert sein, weil dieser Güterstand in zahlreichen Rechtsordnungen existiert und verstanden wird; die Absicherung des Ehegatten kann dann außerhalb des Ehegüterrechts über schuldrechtliche Verträge oder Schenkungen geregelt werden.
- 47 Die Gütertrennung sollte daher im Beratungsportfolio nicht fehlen, aber nicht im Regelfall, sondern nur in begründeten Ausnahmefällen eingesetzt werden (*Winkler FPR 2006, 217*).

2. Ausgleichsansprüche

- 48 Die Rechtsprechung tendiert dazu, die mitunter als ungerecht empfundenen Konsequenzen einer Gütertrennung durch schuldrechtliche Ansprüche zu korrigieren. Anzutreffen sind dabei primär zwei Fallgruppen:
- Ansprüche auf Rückgewähr von sog. unbenannten Zuwendungen, deren Geschäftsgrundlage – der Fortbestand der Ehe – durch Scheidung oder Trennung weggefallen sei;
 - Ansprüche auf Auseinandersetzung einer Ehegatten-Innengesellschaft, wenn die Ehegatten Vermögenswerte, die dinglich nur einem Ehegatten zuzuordnen sind (zB Unternehmen oder Immobilien), wirtschaftlich gemeinsam gehalten oder verwaltet haben, sodass der andere Ehegatte in die Rolle eines stillen Gesellschafters eingerückt ist.
- 49 Gemeinsam ist diesen Argumentationsmustern, dass sie vom Ergebnis her gedacht sind und zu diesem Zweck den Ehegatten ein Maß an Naivität bei der Ordnung ihrer vermögensrechtlichen Angelegenheiten unterstellen, das in der Realität – zumindest heutzutage – nicht mehr anzutreffen sein dürfte. Gestalterisch kann solchen Rechtsschöpfungen in gewissem Umfang entgegengewirkt werden mittels begleitender Regelungen im Ehevertrag, wonach Zuwendungen unter den Ehegatten im Scheidungsfall nur zurückgefordert werden können, wenn dies zur Zeit der Zuwendung ausdrücklich vereinbart worden ist und wonach gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche für Innengesellschaften nur bestehen, wenn dies zwischen den Ehegatten zumindest in Textform vereinbart worden ist (Formulierungsvorschlag im Muster → Rn. 124a).
- 50 Wichtiger jedoch ist es, für die Mitarbeit eines Ehegatten im Unternehmen des anderen Ehegatten ausdrücklich eine angemessene Abfindung zu vereinbaren, um gar nicht auf das Hilfsmittel einer fiktiven stillen Beteiligung

angewiesen zu sein. In Betracht kommt hierfür entweder ein angemessener Arbeitslohn (der häufig im Hinblick auf Sozialversicherungsbeiträge vermieden wird) oder eine vertraglich vereinbarte (zB ehedauerabhängige) Abfindung für den Scheidungsfall.

Formulierungsvorschlag für eine zeitabhängige Abfindung vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge/Wartenburger § 16 Rn. 44. 51

II. Zugewinnngemeinschaft

1. Gesetzliche Regelung

Anders als zB in Italien, werden die Ehegatten im Rahmen der standesamtlichen Eheschließung über die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe weder informiert noch müssen sie hierzu eine Erklärung abgeben. Insofern ist es wenig überraschend, dass für die meisten Ehen (Schätzungen gehen von 90 % aus) der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gilt. Dies betrifft keineswegs nur Arbeitnehmerhaushalte, sondern auch viele Unternehmer, primär solche der 1. Generation, die ohne Ehevertrag verheiratet sind (lt. *Albach* BB 2000, 784, die Hälfte der Unternehmer). 52

a) Wirkungen während der Ehe

Die Zugewinnngemeinschaft ist während des Bestehens der Ehe eine Form der Gütertrennung. Dies macht den Güterstand im unternehmerischen Bereich grundsätzlich attraktiv, denn der unternehmerisch tätige Ehegatte kann im Wesentlichen frei über sein Vermögen disponieren und benötigt für die Ausübung seiner Unternehmerrechte bzw. Gesellschafterrechte keine Zustimmung des anderen Ehegatten. 53

Eine Grenze bildet hier § 1365 BGB, wonach Verfügungen eines Ehegatten über sein Vermögen im Ganzen ohne Zustimmung des anderen Ehegatten unwirksam sind. Dies kann sowohl Finanzierungsgeschäfte als auch den Verkauf des Unternehmens betreffen. Im Zuge der sog. subjektiven Einzeltheorie fasst die Rechtsprechung unter § 1365 BGB auch Verfügungen über Einzelgegenstände, wenn deren Volumen ca. 80–90 % des Aktivvermögens ausmacht (vgl. *Grüneberg/Siede* BGB § 1365 Rn. 6 ff.). Die von der Rechtsprechung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erforderliche Kenntnis des Vertragspartners wird in den hier maßgeblichen Fällen nicht über § 1365 BGB hinweghelfen, da im Finanzierungsfall die Bank aufgrund regulatorischer Vorgaben, im Verkaufsfall der Käufer im Rahmen der due diligence gehalten ist, sich über die Vermögensverhältnisse des Unternehmer-Ehegatten zu vergewissern. Vor diesem Hintergrund ist jedem Unternehmer dringend zu raten, die Anwendbarkeit des § 1365 BGB jedenfalls bezüglich des unternehmerischen Vermögens ehevertraglich auszuschließen (vgl. nachfolgend → Rn. 105; Formulierung im Muster unter → Rn. 124a). 54

b) Wirkungen im Erbfall

aa) Erbrechtlicher Ausgleich

Für den Fall der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten wird im Regelfall der Zugewinnausgleich im erbrechtlichen Weg durchgeführt: 55

- 56 Hinterlässt der verstorbene Ehegatte eine Verfügung von Todes wegen, so gilt der Zugewinnausgleich als in dem Vermögen enthalten, welches der länger lebende Ehegatte als Erbe oder Vermächtnisnehmer erhält. Ist die Zuwendung aus Sicht des länger lebenden Ehegatten zu gering, so kann er diese ausschlagen und gem. § 1371 Abs. 2 und 3 BGB den sog. kleinen Pflichtteil (berechnet aus dem nicht nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten gesetzlichen Erbteil) sowie den rechnerisch ermittelten Zugewinnausgleich verlangen. Alternativ kann der länger lebende Ehegatte die geringe Zuwendung annehmen und den sog. Zusatzpflichtteil gem. § 2305 BGB bzw. § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen, hierbei handelt es sich um den sog. großen Pflichtteil (berechnet nach der Erbquote unter Berücksichtigung der Erhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB). Welche dieser beiden Varianten für den länger lebenden Ehegatten wirtschaftlich vorzugswürdig ist, hängt davon ab, ob das Nachlassvermögen überwiegend aus Zugewinn oder überwiegend aus Anfangsvermögen besteht.
- 57 Ist keine Verfügung von Todes wegen vorhanden, so erhöht sich gem. § 1371 Abs. 1 BGB der gesetzliche Erbteil des Ehegatten um ein Viertel.

bb) Güterrechtlicher Ausgleich

- 58 Ist der länger lebende Ehegatte vollständig von der Erbfolge ausgeschlossen, so steht ihm gem. § 1371 Abs. 2 BGB der rechnerische Zugewinnausgleich zu. Hierbei handelt es sich nicht um einen Erbanteil, sondern um eine Forderung des Ehegatten gegen den Nachlass. Daneben besteht, soweit erbrechtlich keine anderen Vereinbarungen getroffen sind, der Pflichtteilsanspruch als sog. kleiner Pflichtteil. Zum gleichen Ergebnis gelangte der länger lebende Ehegatte auch, wenn er die ihm gemachten Zuwendungen ausschlägt (§ 1371 Abs. 2 und Abs. 3 BGB).

c) Wirkungen im Trennungs- und Scheidungsfall

- 59 In „anderen Fällen“ der Beendigung des Güterstands findet stets der sog. rechnerische Zugewinnausgleich statt. Dabei handelt es sich um folgende Fälle:
- rechtskräftige Scheidung;
 - Wechsel des Güterstands durch Ehevertrag (zB Vereinbarung der Gütertrennung im Vorfeld einer Scheidung, nicht aber bloße nachträgliche Modifizierung des Güterstands);
 - vorzeitiger Zugewinnausgleich, insb. bei einem sich länger hinziehenden Scheidungsverfahren, gem. §§ 1385, 1386 BGB.
- 60 Der Zugewinnausgleich entsteht sodann als Zahlungsanspruch gegen den anderen Ehegatten (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB). In Ausnahmefällen ist zwar eine Stundung möglich (§ 1382 BGB), jedoch ist diese Bestimmung zum Schutz eines dem Ausgleichspflichtigen gehörenden Unternehmens weder gedacht noch ausreichend. Die Stundung soll insb. nicht vor der Verwertung der Vermögenssubstanz schützen, sondern vor dessen überstürzter Verwertung zum „falschen Zeitpunkt“. MüKoBGB/Koch BGB § 1382 Rn. 7 nennt als Beispiel die Verwertung von Wertpapieren „in einer Baisse, deren Ende abzusehen ist“. Schon dieses Beispiel ist fragwürdig, denn wenn der Ausgleichsschuldner die künftige Marktentwicklung besser absehen kann als der Markt, dann handelt

es sich entweder um bedenkliches Insiderwissen oder um gerichtlich nicht prüfbare Spekulation.

d) Geeigneter Güterstand für Unternehmerehe?

Schon der BGH 26.3.1997 – XII ZR 250/95, MittBayNot 1997, 231 hat 61 darauf hingewiesen, dass der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft für die überwiegende Zahl der Ehen, in denen sich der Vermögenserwerb typischerweise innerhalb der Dimension der familiären Lebensgemeinschaft vollziehe, ohne Weiteres als sachrichtiger Güterstand anzunehmen sei. In anderen Fällen, insb. also, wenn unternehmerisches Vermögen im Spiel ist, wird sowohl im Scheidungsfall als auch beim Ableben des Unternehmers die Existenz des Unternehmens gefährdet.

2. Rechnerischer Zugewinnausgleich

Zur Ermittlung des Zugewinnausgleichs wird das Endvermögen (Netto- 62 vermögen zur Zeit der Beendigung des Güterstands bzw. bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, §§ 1375, 1384 BGB) dem indexierten Anfangsvermögen (Nettovermögen bei Eheschließung zzgl. während der Ehe erhaltener Schenkungen und Erbschaften, § 1374 BGB) gegenübergestellt. Die Indexierung des Anfangsvermögens hat zur Folge, dass die nominelle Wertsteigerung dieser Vermögensgegenstände bis zur Höhe des statistisch festgestellten Kaufkraftschwunds unberücksichtigt bleibt. Übersteigt jedoch die Wertsteigerung von Gegenständen des Anfangsvermögens (zB auch in die durch einen Ehegatten in die Ehe eingebrachten oder geerbten Unternehmensanteile) die Inflation, so gehört diese Wertsteigerung zum Zugewinn.

a) Bewertung

Die Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens setzt eine mitunter sehr 63 aufwendige Bewertung dieser Vermögensgegenstände auf zwei Stichtage voraus. Dabei liegt die Beweislast für Existenz und Wert des Anfangsvermögens bei dessen jeweiligem Inhaber. Ist das Anfangsvermögen nicht nachweisbar, so wird vermutet, dass das gesamte Endvermögen Zugewinn darstellt (§ 1377 Abs. 3 BGB).

Bei der Bewertung inhabergeführter Unternehmen und freiberuflicher 64 Praxen stellt sich jeweils das Problem, dass der Arbeitseinsatz des Unternehmensinhabers nicht doppelt verwertet werden darf: einmal bei der Ermittlung eines Ertragswerts bzw. Goodwill für die Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich, andererseits als Einkunftsquelle bei der Ermittlung des nachehelichen Unterhalts. Der BGH 9.2.2011 – XII ZR 40/09, NJW 2011, 999 löst dieses Problem, indem bei der Ermittlung des Ertragswerts im Zugewinnausgleich ein angemessener Unternehmerlohn abgezogen wird. Problematisch sind ferner Fälle, in denen ein kommerzialisierbarer Goodwill praktisch nicht feststellbar ist. So verfügt beispielsweise eine Steuerkanzlei meist über einen Stamm von Dauermandaten, die zumindest zu einem erheblichen Anteil auch dem Kanzleinachfolger treu bleiben. Dagegen sind bei einem Architekten (OLG München 13.3.1984 – 4 UF 195/83, FamRZ 1984, 1096) oder bei einem auf Ehescheidungen spezialisierten Rechtsanwalt Dauermandate die Ausnahme. Es bleibt ggf. der Substanzwert, der jedoch – anders als sonst in

der Bewertungspraxis üblich – im Familienrecht regelmäßig mit dem Wiederbeschaffungswert angesetzt wird (MüKoBGB/*Koch* BGB § 1376 Rn. 32). In vielen Fällen kann für die Bewertung auf Richtlinien von Berufsorganisationen zurückgegriffen werden, die häufig an den Umsatz der letzten Jahre anknüpfen (MüKoBGB/*Koch* BGB § 1376 Rn. 34 mwN). Demgegenüber geht das IDW von einer Ertragswertmethode aus, bei der zunächst ein objektiver Unternehmenswert bestimmt und anschließend unter Berücksichtigung der Rechtsprechung für familienrechtliche Zwecke angepasst wird (Besonderheiten bei der Unternehmensbewertung zur Bestimmung von Ansprüchen im Familien- und Erbrecht – IDW S 13, vom 6.4.2016). Zur Berechnung des kalkulatorischen Unternehmerlohns bei Steuerberaterpraxen vgl. *Knief* DStR 2008, 1895.

b) Die latente Steuerlast bei der Zugewinnausgleichsberechnung

- 65** Nach neuerer Rechtsprechung des BGH sind latente Ertragssteuerlasten bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs zu berücksichtigen. Der BGH sieht die Ertragsteuern dabei als „unvermeidbare Veräußerungskosten“ an, die im Fall einer Veräußerung des Unternehmens zum Stichtag anfallen würden. Die Berücksichtigung geschieht im Fall eines substanzorientierten Bewertungsverfahrens durch Abzug der im Veräußerungsfall zu erwartenden Steuern (BGH 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221; BGH 24.10.1990 – XII ZR 101/89, NJW 1991, 1547); im Fall eines Ertragswertverfahrens durch Abzug der latenten Ertragsteuern von dem anzusetzenden Rohgewinn (BGH 9.2.2011 – XII ZR 40/09, NJW 2011, 999).

c) Einfluss des Gesellschaftsrechts

- 66** Bislang nicht abschließend geklärt ist, in welchem Umfang gesellschaftsvertragliche Abfindungsreduzierungen für die Ermittlung des Zugewinnausgleichs bedeutsam sind. Steht zum Stichtag das Ausscheiden aus der Gesellschaft zu den in der Abfindungsklausel vorgesehenen Bedingungen bereits fest, dann ist dieser Wert maßgeblich. Anderenfalls ist die mit einer Abfindungsbeschränkung einhergehende Bewertungsunsicherheit richtigerweise als Wertminderung zu schätzen. Eine spätere Wertanpassung für den Fall eines späteren Ausscheidens analog § 2313 BGB ist nicht überzeugend und steht im Widerspruch zum Stichtagsprinzip (MüKoBGB/*Koch* BGB § 1376 Rn. 52).

3. Der Zugewinn im Erbschaftsteuerrecht

a) Zugewinnausgleich gem. § 5 Abs. 1 ErbStG (erbrechtlicher Ausgleich)

- 67** Wenn beim Ableben eines Ehegatten Vermögenswerte auf den anderen Ehegatten übergehen, ergibt sich aus § 5 Abs. 1 ErbStG ein erheblicher Vorteil der Zugewinnngemeinschaft gegenüber der Gütertrennung.

aa) Steuerfreier Zugewinnausgleich

- 68** Die Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 ErbStG kommt in Betracht, soweit der länger lebende Ehegatte von Todes wegen Vermögenswerte erhält (zB als Erbe, Miterbe oder Vermächtnisnehmer). Zivilrechtlich findet in diesen Fällen der „erbrechtliche Ausgleich“ statt (→ Rn. 55 ff.). Allerdings umfasst diese Steuer-

befreiung der Höhe nach nicht den pauschalen Ausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB, sondern nur die rechnerisch ermittelte fiktive Ausgleichsforderung. Eine steuerbefreite fiktive Ausgleichsforderung kommt damit nur in Betracht, wenn der potenziell ausgleichspflichtige Ehegatte verstorben ist. Beim Versterben des potenziell Ausgleichsberechtigten kommt zwar zivilrechtlich ebenfalls § 1371 Abs. 1 BGB zur Anwendung, dies bleibt aber steuerlich bedeutungslos. Die fiktive Ausgleichsforderung wird im Grunde nach den zivilrechtlichen Regeln berechnet, jedoch mit einigen beachtlichen Abweichungen.

bb) Anfangsvermögen

Das Anfangsvermögen ist für steuerliche Zwecke festzustellen; die zivilrechtliche Vermutung, dass kein Anfangsvermögen vorhanden war, greift steuerlich nicht ein (§ 5 Abs. 1 S. 3 ErbStG). Wie auch im Zivilrecht wird das Anfangsvermögen anhand der Entwicklung der Verbraucherpreise indiziert, sodass die lediglich nominale Erhöhung keinen Zugewinn herbeiführt. Der Preisindex ist abgedruckt unter ErbStH E 5.1 (2).

Stichtag für die Berechnung des Anfangsvermögens ist der Tag der Eheschließung bzw. bei Güterstandswechsel der Tag des Güterstandswechsels. Ein rückwirkender Güterstandswechsel wird gem. § 5 Abs. 1 S. 4 ErbStG nicht anerkannt.

Beispiel: Eheschließung 1970. Der 2018 verstorbene Ehegatte hatte ein Anfangsvermögen von 500.000 DM; der andere Ehegatte war und ist vermögenslos. Der Indexstand für 1970 beträgt 30,2; im Jahr 2018 steht der Index bei 103,8. Zur Indizierung ist das Anlagevermögen mit dem Indexstand 2018 zu multiplizieren und durch den Indexstand 1970 zu teilen. Das indizierte Anfangsvermögen beträgt $500.000 / 30,2 \times 103,8 = 1.718.543,05 \text{ DM} = 878.677,11 \text{ EUR}$.

cc) Endvermögen

Für die Ermittlung des Endvermögens gelten die zivilrechtlichen Grundsätze, einschließlich der Hinzurechnungen gem. § 1375 Abs. 2 BGB. Bestimmte Versicherungsrechte, die aufgrund des Todesfalls auf den länger lebenden Ehegatten übergegangen sind, sind dem Endvermögen des verstorbenen Ehegatten hinzuzurechnen, soweit sie nicht zivilrechtlich dem Versorgungsausgleich unterliegen, vgl. ErbStR E 5.1 Abs. 4.

Für Zwecke der späteren Berechnung der Steuerbefreiung ist für das Endvermögen neben dem Verkehrswert auch der Steuerwert zu ermitteln, was insb. beim land- und forstwirtschaftlichen Vermögen, eingeschränkt aber auch beim Grundvermögen, zu Abweichungen führen kann.

Beispiel (Fortsetzung):

	Verkehrswert	Steuerwert
Betriebsvermögen	3.000.000 EUR	2.500.000 EUR
Privatvermögen		
a) Familienheim	700.000 EUR	600.000 EUR
b) Wertpapiere	400.000 EUR	400.000 EUR
	4.100.000 EUR	3.500.000 EUR

dd) Fiktive Ausgleichsforderung

Fiktive Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten nach § 5 Abs. 1 ErbStG		
	Erblasser	Überlebender Ehegatte
Maßgebliches Endvermögen	4.100.000 EUR	0
./. Maßgebliches Anfangsvermögen	878.677 EUR	0
Zugewinn	3.221.323 EUR	0

Zugewinn des Erblassers	3.221.323 EUR
./. Zugewinn des überlebenden Ehegatten	0
Überschuss des Erblassers	3.221.323 EUR
Hälftiger Überschuss des Erblassers	1.610.661 EUR
Fiktive Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten	1.610.661 EUR

76 ee) Begrenzung der Ausgleichsforderung

Da das in der Berechnung angesetzte Endvermögen mit einem Wert angesetzt wurde, der über den Steuerwert hinausgeht, ist der steuerfreie Betrag entsprechend zu ermäßigen nach § 5 Abs. 1 S. 5 ErbStG, vgl. ErbStR E 5.1 Abs. 5 S. 4.

Ermäßigungsbetrag 1 = Ausgleichsforderung × Steuerwert Endvermögen / Verkehrswert Endvermögen

77 Beispiel (Fortsetzung):

1.610.661 EUR × 3.500.000 EUR / 4.100.000 EUR = 1.374.954 EUR

78 Mit dem JStG 2020 hat der Gesetzgeber mit § 5 Abs. 1 S. 6 eine weitere weitreichende Abzugsbeschränkung eingeführt. Nunmehr verringern nicht nur – wie bisher – Vergünstigungen auf der Bewertungsseite, sondern auch Steuerbefreiungen, insb. nach §§ 13 ff. ErbStG, den Abzugsbetrag.

79 Beispiel (Fortsetzung): Wenn man davon ausgeht, dass das Familienheim nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG steuerbefreit ist und das Betriebsvermögen gem. §§ 13a ff. ErbStG zur Hälfte befreit ist, verringert sich der steuerfreie Betrag wie folgt:

Ermäßigungsbetrag 2 = Ermäßigungsbetrag 1 × Steuerpflichtiges Endvermögen / Gesamtes Endvermögen

Um keine Überschneidungen mit S. 5 herbeizuführen, dürften hier beim Endvermögen jeweils die steuerlichen Werte anzusetzen sein (aA wohl Halaczinsky ErbStB 2021, 54). Die Zusammenfassung der Begrenzungen nach S. 5 und S. 6 in einer Rechnung bietet sich nicht an, da S. 6 noch weitere Voraussetzungen hat (dazu sogleich → Rn. 81).

1.374.954 EUR × 1.650.000 EUR / 3.500.000 EUR = 648.193 EUR

Die Neuregelung des § 5 Abs. 1 S. 6 ErbStG halbiert also den steuerfreien 80
Zugewinnausgleich im Beispielsfall. Dem kann jedoch gestalterisch begegnet werden, denn S. 6 greift nur ein, wenn bei der Bereicherung des Ehegatten Steuerbefreiungen berücksichtigt worden sind. Eine lebzeitige Schenkung des befreiten Vermögens an den Ehegatten hilft vor diesem Hintergrund meist nicht weiter, denn dadurch erhöht sich dessen Endvermögen, was zu einer Herabsetzung des (steuerfreien) Zugewinnausgleichsanspruchs führt. Wenn jedoch die Frage steht, ob besser das Familienheim oder das Vermietungsobjekt lebzeitig übertragen werden, dann sprechen nach § 5 Abs. 1 S. 6 ErbStG noch weitere Argumente für die lebzeitige Übertragung des Familienheims (neben den Vorteilen des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG gegenüber § 13 Abs. 1 Nr. 4b). Richtigerweise kann die „Bereicherung“ iSv § 5 Abs. 1 S. 6 ErbStG nur diejenige durch den Erbfall meinen, ohne Berücksichtigung von Vorschenkungen (allgemein zu den Auswirkungen von Vorschenkungen auf § 5 Abs. 1 ErbStG vgl. Kapp/Ebeling/Geck ErbStG § 5 Rn. 53).

§ 5 Abs. 1 S. 6 ErbStG greift jedoch nur ein, wenn der länger lebende Ehe- 81
gatte das im Endvermögen vorhandene steuerbefreite Vermögen erbt. Die Gestaltung, wonach ein Nachkomme das steuerbefreite Betriebsvermögen erbt, während das Privatvermögen dem Ehegatten zugewendet wird (Reich DStR 2016, 2447 (2450)), ist also nach wie vor möglich. Der Gesetzeswortlaut könnte so verstanden werden, dass S. 6 immer dann eingreift, wenn der Ehegatte irgendwelche steuerbefreiten Gegenstände erbt. Richtigerweise ist die Formulierung „im Verhältnis des um den Wert des steuerbefreiten Vermögens geminderten Werts des Endvermögens“ wohl so zu verstehen, dass hier nur dasjenige steuerbefreite Vermögen hinauszurechnen ist, das „bei der Bereicherung des Ehegatten berücksichtigt“ worden ist. War der Ehegatte aufgrund Vermächtnisses verpflichtet, das steuerbefreite Vermögen an Dritte weiterzugeben, so bleibt ihm diesbezüglich nach § 10 ErbStG keine Bereicherung, es wird also in diesem Sinne nicht „berücksichtigt“.

ff) Steuerpflichtiger Erwerb

In der Fortsetzung der Berechnung wird – wie in → Rn. 79 – davon 82
ausgegangen, dass das Familienheim gem. § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG vollständig, das Betriebsvermögen gem. §§ 13a ff. ErbStG zur Hälfte steuerbefreit ist.

Steuerwert		1.650.000 EUR
./. steuerfreier Zugewinn	648.193 EUR	
./. Ehegattenfreibetrag	500.000 EUR	0
./. Versorgungsfreibetrag	256.000 EUR	
= insgesamt		./. 1.404.193 EUR
steuerpflichtiger Erwerb		245.807 EUR
Steuer laut Tarif		27.038 EUR

gg) Erbschaftsteuer bei Gütertrennung

83	Steuerwert		1.650.000 EUR
	./. Ehegattenfreibetrag	500.000 EUR	0
	./.Versorgungsfreibetrag	256.000 EUR	
	= insgesamt		./. 756.000 EUR
	steuerpflichtiger Erwerb		894.000 EUR
	Steuer laut Tarif		169.860 EUR

hh) Ergebnis

- 84 Das vorstehende Zahlenbeispiel zeigt die erbschaftsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Zugewinnngemeinschaft und der modifizierten Zugewinnngemeinschaft gegenüber der Gütertrennung; der Steuervorteil liegt hier im Beispiel konkret bei knapp 143.000 EUR.

*b) Zugewinnausgleich gem. § 5 Abs. 2 ErbStG (güterrechtlicher Ausgleich)**aa) Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019*

- 85 Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet oder wird der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 BGB nach den güterrechtlichen Vorschriften ausgeglichen, stellt die Ausgleichsforderung keinen steuerpflichtigen Erwerb gem. § 5 Abs. 2 ErbStG dar. Obgleich die in § 5 Abs. 1 Sätze 2ff. ErbStG enthaltenen Einschränkungen hinsichtlich der vertraglichen Gestaltung in Abs. 2 nicht enthalten sind, ordnet ErbStR E 5.2 Abs. 2 S. 2 für solche Vereinbarungen – die einem Ehegatten eine erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung verschaffen – an, dass eine steuerpflichtige Schenkung auf den Todesfall oder eine Schenkung unter Lebenden vorliegt, wenn mit den Vereinbarungen in erster Linie nicht güterrechtliche, sondern erbrechtliche Wirkungen herbeigeführt werden sollen. Dies soll zwar nicht bei einer bloßen rückwirkenden Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft der Fall sein (ErbStR E 5.2 Abs. 2 S. 4), während aber sonst (so S. 3 der Vorschrift) rückwirkende Vereinbarungen idR schädlich sind. Wird zB der Zugewinn durch Vereinbarung der Gütertrennung durchgeführt, so wird die durch einen späteren Güterstandswechsel nochmal rückwirkend für die Zeit seit der Eheschließung vereinbarte Zugewinnngemeinschaft nicht mehr anerkennungsfähig sein.

bb) BFH-Rechtsprechung

- 86 Der BFH 12.7.2005 – II R 29/02, BStBl. II 2005, 843 hat diese bürgerlich-rechtliche Gestaltungsfreiheit auch für das Schenkungsteuerrecht ausdrücklich anerkannt, wenn es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung, dh Ermittlung der Ausgleichsforderung, kommt. Grenzen sind dieser Gestaltungsfreiheit erst dort gezogen, wo sie einem Ehepartner eine überhöhte Ausgleichsforderung dergestalt verschafft, dass der Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung überschritten wird. Aufgrund dieser höchstrichterlichen Bestätigung wird in der Literatur für den Fall der güterrechtlichen

Ermittlung des Zugewinnausgleichs gem. § 5 Abs. 2 ErbStG eine von der gesetzlichen Regelung abweichende ehevertragliche Gestaltung im Rahmen des § 5 Abs. 2 ErbStG anerkannt, vgl. *Geck* ZEV 2006, 62; *Schlünder/Geißler* NJW 2007, 482; *Münch FamRB* 2007, 281; ebenso FM Bayern 25.9.2006, MittBayNot 2007, 269; FG Düsseldorf 14.6.2006 – 4 K 7107/02, MittBay-Not 2007, 250.

c) Güterstandsschaukel

In der vorbezeichneten BFH-Entscheidung 12.7.2005 – II R 29/02, 87 BStBl. II 2005, 843 wird die Beendigung des gesetzlichen Güterstands und seine anschließende Neubegründung als regelmäßig **nicht rechtsmissbräuchlich** bezeichnet. In dem konkreten Sachverhalt hatten die Beteiligten in einer Urkunde die Gütertrennung, eine Stundung der Ausgleichsforderung und den Wechsel zurück zum gesetzlichen Güterstand vereinbart, was die Entscheidung des BFH umso erstaunlicher macht. In der Literatur wird seitdem die steuerliche Anerkennung einer Güterstandsschaukel bejaht.

Der BGH 27.11.1991 – IV ZR 266/90, NJW 1992, 558 hat in einer zu 88 § 2325 BGB ergangenen Entscheidung festgestellt, dass ein zweimaliger Güterstandswechsel nach einheitlichem Plan als Missbrauch der Ehevertragsfreiheit angesehen werden kann. Werden auf diese Weise ehefremde Zwecke verwirklicht, so kann die güterrechtliche Konstruktion ausnahmsweise als Schenkung iSv § 2325 BGB anzusehen sein. Im konkreten Fall hat der BGH angesichts einer Zeitspanne von sechs Jahren zwischen den beiden Güterstandswechseln solche Anhaltspunkte nicht gesehen. *Münch FamRB* 2007, 281 (285) ist zurecht der Auffassung, dass der Güterstandswechsel in einer Urkunde ein Restrisiko darstellt. Der BFH war in der zitierten Entscheidung als Revisionsgericht an die diesbezüglichen Ausführungen des Finanzgerichts als Tatsacheninstanz gebunden.

Da der Güterstandswechsel der notariellen Beurkundung bedarf und eine 89 Notarurkunde insgesamt erst mit der Unterschrift des Notars wirksam wird, tritt tatsächlich keine Beendigung des Güterstands ein, da er in derselben juristischen Sekunde wieder neu begründet wird. In einem anderen Zusammenhang hat der BFH entschieden (BFH 24.8.2005 – II R 28/02, ZEV 2006, 41), dass ein Zugewinnausgleich nach § 5 Abs. 2 ErbStG nur möglich ist, wenn der gesetzliche Güterstand tatsächlich beendet ist und damit zivilrechtlich eine Ausgleichsforderung entsteht; ein Zugewinnausgleich ohne Güterstandswechsel (sog. fliegender Zugewinnausgleich) wird steuerlich nicht anerkannt.

Die Aufrechterhaltung der Gütertrennung für einen gewissen Zeitraum 90 ist daher dringend anzuraten; ähnlich *Münch FamRB* 2007, 281 (285). Wenn schon beide Güterstandswechsel in einer Urkunde zusammengefasst werden, dann sollte der „Rückwechsel“ zumindest unter eine aufschiebende Befristung gestellt werden, sodass der zunächst gewählte Güterstand für eine Zwischenzeit Bestand hat (*Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte-HdB*, Rn. 907).

Zu Gestaltungen im Bereich der Güterstandsschaukel vgl. Spiegelberger 91 Vermögensnachfolge/*Wartenburger* § 16 Rn. 17 ff. Zur Unternehmensübertragung im eigentlichen Sinne ist die Güterstandsschaukel regelmäßig nicht geeignet, da sie ertragsteuerlich zu einer Aufdeckung der im Betriebsvermögen

bzw. in den Geschäftsanteilen bestehenden stillen Reserven führt (vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge/ Wartenburger § 16 Rn. 28 ff.).

d) Steuerliche „Reparatur“ von Ehegattenschenkungen

- 92 Wälzholz FR 2007, 638 weist zurecht darauf hin, dass sich die meisten im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten bei unentgeltlichen Vermögenszuwendungen nicht darüber im Klaren sind, dass derartige Zuwendungen, soweit sie den Ehegattenfreibetrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG überschreiten, schenkungsteuerpflichtig sind. Gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 EStG erlischt die Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit in den Fällen des § 5 Abs. 2 ErbStG unentgeltliche Zuwendungen auf die **Ausgleichsforde- rung angerechnet** worden sind (§ 1380 Abs. 1 BGB). Im gesetzlichen Güterstand verheiratete Ehegatten können die schon entstandene Steuer daher beseitigen, indem sie nachträglich Gütertrennung vereinbaren, da der Zugewinnausgleichsanspruch im Falle des § 5 Abs. 2 ErbStG wegen einer Zuwendung zwischen Ehegatten unter Anrechnung auf den Zugewinnausgleichsanspruch nach § 1380 BGB gekürzt wird. Eine ggf. durch die frühere Zuwendung ausgelöste Schenkungsteuer ist somit zu berichtigen, vgl. Geck DNotZ 2007, 279; Wälzholz FR 2007, 644.

III. Modifizierte Zugewinnngemeinschaft

1. Ausschluss des Zugewinns bei Scheidung

- 93 Wenn die im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten den Ausgleich des Zugewinns ausschließen, tritt gem. § 1414 S. 2 1. Alt. BGB Gütertrennung ein, falls sich aus dem Ehevertrag nichts anderes ergibt. Die Ehegatten können somit grundsätzlich den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft – als modifizierte Zugewinnngemeinschaft – beibehalten, wenn sie nur für den Fall der Scheidung den Zugewinnausgleich ausschließen (zur Zulässigkeit von Eheverträgen, die von den gesetzlich normierten Typen abweichen, vgl. Plate MittRhNotK 1999, 257). Eine solche Form der Modifizierung entspricht also für den Scheidungsfall einer Gütertrennung, vermeidet jedoch gleichzeitig die unter → Rn. 43 ff. beschriebenen Nachteile der Gütertrennung im Erbfall (Verlust des § 5 ErbStG; Erhöhung der Pflichtteilsansprüche Dritter).
- 94 Gegenüber den nachfolgend unter → Rn. 97 ff. beschriebenen Varianten des gegenständlichen Ausschlusses hat diese Gestaltung den Vorteil der größeren Transparenz. Der gegenständliche Ausschluss kann darauf hinauslaufen, dass sich der Ehegatte auf einen Zugewinnausgleichsanspruch verlässt, der dann aufgrund zahlreicher Gestaltungsmöglichkeiten des Inhabers des ausgleichsfreien Vermögens doch nicht besteht. Demgegenüber lässt der Ausschluss für den Scheidungsfall keinen Raum für Missverständnisse. Zur Absicherung des Ehegatten können ggf. andere Maßnahmen getroffen werden, zB Festlegung von Abfindungszahlungen oder sofortige Übertragung von Vermögensgegenständen. Die nachstehend beschriebenen Abgrenzungsprobleme werden damit vermieden, vgl. N. Mayer DStR 1993, 991.
- 95 Um den Ehegatten bei der Vereinbarung einer (modifizierten) Zugewinnngemeinschaft von vornherein das Wahlrecht zu eröffnen, in der Zukunft den güterrechtlichen Ausgleich gem. § 1372 Abs. 2 BGB iVm § 5 Abs. 2 ErbStG herbeizuführen, ist bei der Formulierung darauf zu achten, dass der Zuge-

winnausgleichanspruch auch für den Fall des ehevertraglichen Güterstandswechsels erfolgen kann.

Münch FamRB 2007, 284 empfiehlt folgende **Musterformulierung:** 96

„Für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung oder Aufhebung der Ehe sowie in den Fällen der §§ 1385, 1386 BGB findet kein Zugewinnausgleich statt. Gleiches gilt für etwaige künftige gesetzliche Formen der hoheitlichen Aufhebung der Ehe, auf welche ein Zugewinnausgleich folgen würde. Für den Fall des Todes bleibt es jedoch beim Zugewinnausgleich durch Erbteilerhöhung oder güterrechtliche Lösung. Auch im Fall einer Beendigung des Güterstandes durch Ehevertrag verbleibt es beim Zugewinnausgleich.“

2. Ausschluss des Betriebsvermögens aus dem Zugewinnausgleich

Weit verbreitet ist bei Eheverträgen von Unternehmern die Handhabung, 97 lediglich das Betriebsvermögen aus dem Zugewinnausgleich auszuschließen (vgl. BGH 26.3.1997 – XII ZR 250/95, NJW 1997, 2239) und im Übrigen die Zugewinngemeinschaft beizubehalten.

a) Betriebsvermögen

Zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen muss der Umfang des ausgleichsfreien Betriebsvermögens im Vertrag definiert werden. Empfehlenswert ist dabei eine Anlehnung an die steuerliche Rechtslage, sodass 98

- das notwendige und gewillkürte Betriebsvermögen sowie
- das notwendige und gewillkürte Sonderbetriebsvermögen I und II auszuklammern ist, einschließlich der Darlehenskonten der Ehegatten bei einer Personengesellschaft. Wird das Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft gehalten, so sollten die entsprechenden Anteile vom Zugewinn ausgeschlossen werden, ebenso die (zum Privatvermögen gehörenden) Forderungen gegen die Gesellschaft. Nicht übersehen werden darf die Möglichkeit einer künftigen Umstrukturierung, sodass die Regelung im Zweifel sowohl Personenunternehmen als auch kapitalgesellschaftliche Formen umfassen sollte. Zur Abgrenzung von reinen Kapitalanlagen kann auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG abgestellt werden.

Zweifel in der zivilrechtlichen Literatur, dass damit keine hinreichende 99 Abgrenzung zum sonstigen ausgleichspflichtigen Vermögen gewährleistet sei (vgl. Kanzleiter/Wegmann Vereinbarungen unter Ehegatten, Rn. 187) sind unbegründet, da eine ausführliche steuerliche Judikatur zur Abgrenzung vorliegt. Freilich ist diese Formulierung gestaltungsanfällig (→ Rn. 106).

b) Schulden, Erträge, Verwendungen und Surrogate

Beispiel: Kurz vor dem Scheidungsantrag seiner Ehefrau gründet Unternehmer U 100 zwei Zweigbetriebe und investiert sein gesamtes Privatvermögen unter Aufnahme erheblicher Kredite, sodass der Ehefrau keine Ausgleichsforderung zusteht, vgl. BGH 26.3.1997 – XII ZR 250/95, NJW 1997, 2239.

aa) Betriebliche Verbindlichkeiten

Solche Verbindlichkeiten, die mit dem ausgleichsfreien Vermögen zusammenhängen, sollten ebenfalls dem ausgleichsfreien Vermögen zugeschlagen werden und belasten damit das ausgleichspflichtige Endvermögen nicht. 101

bb) Erträge

- 102 Die Intention des Ehevertrags besteht regelmäßig darin, das Unternehmen im Fall der Scheidung vor massiven Liquiditätsabflüssen bzw. vor einer Veräußerung zu schützen. Daraus folgt, dass solche Vermögenswerte, die das Unternehmen bereits verlassen haben (ausgeschüttete Gewinne, Geschäftsführergehälter etc.) nicht unbedingt dem ausgleichsfreien Vermögen zugeordnet werden müssen. Andererseits ist eine Differenzierung danach, ob das Stehenlassen von Gewinnen betrieblich geboten oder außerbetrieblich (eherechtlich) veranlasst war, auch nicht empfehlenswert, da ansonsten das Scheidungsverfahren durch Fragen der betriebswirtschaftlichen Opportunität belastet würde. Praktikabel scheint daher eine Abgrenzung, die an die schlichte Tatsache anknüpft, ob die Entnahme/Ausschüttung tatsächlich stattgefunden hat.

cc) Verwendungen

- 103 Ein Verbot von Verwendungen aus dem Privat- in das Betriebsvermögen geht ohne Zweifel zu weit. Notwendige Investitionen aus dem Privatvermögen müssen gestattet sein, vgl. *Plate MittRhNotK* 1999, 257. *N. Mayer MittBayNot* 1993, 342 meint, dass auch die Tilgung betrieblicher Schulden gesondert geregelt werden sollte, vgl. hierzu nachstehend → Rn. 106 und → Rn. 133.

dd) Surrogate

- 104 Im Allgemeinen wird es dem Willen der Beteiligten entsprechen, dass bei der Veräußerung eines Gegenstands das Surrogat demselben Vermögensbereich zugeordnet wird, also ebenso wie der ursprüngliche Gegenstand dem Zugewinnausgleich unterliegt oder davon ausgeschlossen ist.

c) Verfügungsbeschränkungen

- 105 Gemäß § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten dazu verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen, vgl. → Rn. 53. Im unternehmerischen Bereich wird ein solches Mitspracherecht des anderen Ehegatten idR nicht gewünscht, sodass die Verfügungsbeschränkung entweder ganz abbedungen oder auf das ausgleichspflichtige Vermögen beschränkt wird. Dies ist auch konsequent, da § 1365 BGB nur den Schutz des Ehegatten vor solchen Verfügungen bezweckt, welche die Durchsetzbarkeit der künftigen Ausgleichsforderung gefährden könnten. Die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB, wonach ein Ehegatte über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Hausrats nur mit Zustimmung des Ehegatten verfügen kann, spielt in der Praxis ohnehin eine geringe Rolle.

3. Manipulationspotenzial?

- 106 *N. Mayer MittBayNot* 1993, 342 warnt vor der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft mit der Begründung, dass sie ein enormes Manipulationspotenzial beinhalte. Insbesondere könne der Unternehmer vor der Einleitung der Scheidung das ausgleichspflichtige Vermögen in den Betrieb investieren, um sich den Zugewinnausgleich zu ersparen. Zum Schutz hierfür sind folgende Gestaltungen überlegenswert:

- Mindestausgleich für den nichtunternehmerisch tätigen Ehegatten, zB in Form einer an die Ehedauer anknüpfenden Barabfindung;
- Übertragung des Familienheims an den Ehegatten ohne Rückforderungsrecht für den Scheidungsfall (schenkungsteuerfrei nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG);
- rechnerische Erhöhung des Endvermögens des unternehmerischen Ehegatten um den Saldo der die Entnahmen aus dem ausgleichsfreien Vermögen übersteigenden Einlagen in das ausgleichsfreie Vermögen;
- Vereinbarung einer „Zeitschranke“, sodass zB Einlagen in den Betrieb, die im Jahr des Scheidungsantrags und den beiden vorangehenden Jahren stattgefunden haben, das Endvermögen nicht mehr mindern (→ Rn. 124a);
- Vereinbarung eines fiktiven Anfangsvermögens beim anderen Ehegatten; dieses hat die Wirkung eines „Freibetrages“, in dessen Umfang der andere Ehegatte selbst Vermögen bilden kann, ohne Ausgleichsansprüche des unternehmerisch tätigen Ehegatten befürchten zu müssen.

IV. Gütergemeinschaft

1. Mitunternehmerschaft

Die Gütergemeinschaft als **Haftungsgemeinschaft** eignet sich nicht als **107** Güterstand für Unternehmer. Sie wurde gleichwohl insb. in der Vergangenheit häufig von Landwirten vereinbart, um die mitunternehmerische Stellung des in die Landwirtschaft „eingehirateten“ Ehegatten zu verdeutlichen. Der Bundesfinanzhof hat in seinem Gutachten VI D 1/58 S, BStBl. III 1959, 263 festgestellt, dass es wegen der üblicherweise beiderseitigen Arbeitsleistung der Ehegatten idR gerechtfertigt ist, die Einkünfte des landwirtschaftlichen Betriebs jedem Ehegatten zur Hälfte zuzurechnen; dasselbe gilt bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sowie bei Einkünften aus Kapitalvermögen, soweit das jeweils zur Nutzung überlassene Vermögen zum Gesamtgut gehört. Wenn nicht offensichtlich besondere Verhältnisse vorliegen, kann auch bei Einkünften aus Gewerbebetrieb angenommen werden, dass beide Ehegatten gleichwertig mitgearbeitet haben. Bei Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit steht die Arbeitsleistung des Berufsträgers im Vordergrund, sodass grundsätzlich die Einkünfte wie bei Arbeitnehmern dem Berufsträger selbst zuzurechnen sind.

2. Pflichtteilsauswirkung

In besonders gelagerten Einzelfällen kommt eine **Pflichtteilsminderung** **108** durch Vereinbarung der Gütergemeinschaft in Betracht; zu möglichen Einsatzfeldern vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge/ *Wartenburger* § 16 Rn. 32ff. Sofern der Unternehmer (vorübergehend) Gütergemeinschaft mit dem Ehegatten vereinbart, tritt ein Vermögenszuwachs von 50% bei dem Ehegatten ein, ohne dass die Bereicherung des Ehegatten zu einer Pflichtteilergänzung der Abkömmlinge führt. Pflichtteilergänzungsansprüche kämen nur insofern in Betracht, wenn die Ehegatten das Recht zum Abschluss von Eheverträgen **missbrauchen**, sich über eine Schenkung einig waren und Geschäftsabsichten nicht auf eine der Verwirklichung der Ehe dienenden Ordnung der Vermögensverhältnisse gerichtet waren, zB wenn die Gütergemeinschaft kurz

vor dem Tod eines Ehegatten vereinbart wird, vgl. BGH 27.11.1991 – IV ZR 266/90, BGHZ 116, 178; Mayer/Süß/Tanck/Bittler PflichtteilsR-HdB/J. Mayer § 11 Rn. 78 ff. Da das Ehegattenerbrecht bei der Gütergemeinschaft nur ein Viertel beträgt, ist es pflichtteilsrechtlich vorteilhaft, wenn die Ehegatten nach einiger Zeit wieder den Güterstand der (modifizierten) Zugewinnngemeinschaft vereinbaren. Dabei muss darauf geachtet werden, dass die Gestaltung nicht als rechtsmissbräuchliche **Güterstandsschaukel** bewertet werden kann, vgl. Mayer/Süß/Tanck/Bittler PflichtteilsR-HdB/J. Mayer § 8 Rn. 52.

C. Ehevertrag und Nachfolgeregelung

I. Vorsorgeplanung

Literatur: *Thelen*, Beteiligungsverträge in der notariellen Praxis, RNotZ 2020, 121; *von Proff*, Der handlungsunfähige Unternehmer – Vorsorgebedarf und Gestaltungsangebote bei Personengesellschaften, DStR 2020, 1380; *Wenckstern*, Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen, NJW 2014, 1335.

- 109 Ziel der Unternehmensnachfolge ist die Fortführung des Unternehmens, typischerweise durch einen oder mehrere Angehörige der nächsten Generation der Unternehmerfamilie. Die vorweggenommene Erbfolge ist somit ein Generationennachfolgevertrag, vgl. *Spiegelberger* FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, 2003, 437.

1. Notfallplanung

- 110 Der Ehegatte des Unternehmers spielt bei der Nachfolgeplanung eine bedeutende Rolle, insb. unter den folgenden Gesichtspunkten:
- Absicherung der Unternehmensfortführung bei einem frühzeitigen Versterben des Unternehmers;
 - Absicherung der Unternehmensfortführung für den Fall der Handlungsunfähigkeit des Unternehmers (zB nach Unfall). Sofern der Ehegatte nicht selbst am operativen Geschäft teilhat, wird man für die Fortführung des Tagesgeschäfts idR auf andere Bevollmächtigte (zB leitende Angestellte /Prokuristen) zurückgreifen. Für grundlegende Entscheidungen in dieser Situation ist jedoch eine weitgehende Vollmacht erforderlich, die auch die Verfügung über das Unternehmen bzw. die entsprechende Beteiligung daran mit umfasst (zB Einbringungs- und Umwandlungsvorgänge, Anteilsübertragungen an Nachkommen, Unternehmensverkauf oder Liquidation);
 - Auswahl des Nachfolgers im Rahmen einer Vermögensnachfolge von Todes wegen;
 - Verringerung der Pflichtteilsansprüche der nicht zur Unternehmensnachfolge berufenen Abkömmlinge; allein die Existenz eines Ehegatten zum Zeitpunkt des Ablebens des Unternehmensinhabers halbiert in den meisten Fällen die Pflichtteilsansprüche der sog. weichen Erben; dieser Effekt kann durch eine ungeschickte Wahl des Güterstands eingeschränkt und durch einen Erbverzichtsvertrag ganz zunichte gemacht werden (zu den pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen der Wahl des Güterstandes → Rn. 43, → Rn. 55 ff. und → Rn. 107);

- Überwachung des Unternehmensnachfolgers (zB als Beirat oder Aufsichtsrat im Unternehmen).

All diese Aspekte sind insb. für den Notfallplan von Bedeutung, der das Unternehmen für den Fall eines unerwartet frühen Versterbens des Unternehmers absichern soll. 111

Im Allgemeinen können bei einer funktionierenden Ehe mit gemeinsamen Kindern dem Ehegatten umfangreiche Befugnisse eingeräumt werden, da er in aller Regel das Vermögen an die gemeinsamen Kinder weitergeben wird und aus der Position der Stärke heraus die Unternehmensnachfolge sichern kann. Einer möglicherweise erbschaftsteuerlichen Kumulierung des Vermögens beim Ehegatten kann durch geeignete erbrechtliche Gestaltungen begegnet werden, insb. durch Auswahlvermächtnisse. Wenn solche Gestaltungen fehlen, kann der Ehegatte eventuell durch Ausschlagung gegen Leibrente, Nießbrauch oder sonstige Abfindung eine steueroptimierte Nachfolge noch nach dem Erbfall herbeiführen. 112

2. Ehegatte als Vermögensempfänger

Auch wenn der Ehegatte nicht unmittelbar als Unternehmensnachfolger vorgesehen ist, ist in vielen Fällen eine Übertragung von Anteilen oder gar des Gesamtunternehmens an den Ehegatten gewünscht. Hintergrund hierfür können schenkungsteuerliche Erwägungen sein (Verdoppelung der Freibeträge der Kinder durch Zwischenschaltung des Ehegatten), aber auch außersteuerliche Gründe (sozialversicherungsrechtliche Erwägungen, haftungs- oder pflichtteilsrechtliche Gründe, wirtschaftliche Absicherung des Ehegatten etc.). 113

Zur Gestaltung von Zuwendungen an den Ehegatten außerhalb des Güterrechts vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge/Wartenburger § 16 Rn. 46 ff. 114

II. Liquiditätsrisiko

Die unzureichende Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche des Ehegatten (sowohl des Unternehmensübergabers als auch des Unternehmensnachfolgers) stellt eine erhebliche Gefahr für den Bestand und die Liquidität des Unternehmens dar. Hier dürfen folgende Ansprüche nicht übersehen werden: 115

- Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten bei Scheidung des jeweiligen Unternehmensinhabers (→ Rn. 52 ff.);
- Zugewinnausgleichsanspruch des Übergeberehegatten auch bei Scheidung innerhalb von zehn Jahren nach der Übergabe, wenn der Ehegatte nicht in die Übergabegestaltung einbezogen worden ist (§ 1375 Abs. 2 und 3 BGB);
- Güterrechtlicher Zugewinnausgleichsanspruch und Pflichtteilsanspruch des Ehegatten beim Versterben des Unternehmensinhabers (→ Rn. 55 ff.);
- Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Unternehmenserwerber (§ 2329 BGB) beim späteren Ableben des Übergebers;
- latentes Erbrecht des (geschiedenen) Ehegatten bei kinderlosem Versterben des Übernehmers.

Der Unternehmensübergabergewird daher idR bereits zur Zeit der Übergabe Wert darauflegen, dass der Übernehmer durch entsprechende Gestaltung 116

des Güterstands, flankiert durch eine Erbregelung und einen Pflichtteilsverzichtsvertrag/Vorsorge gegen diese Risiken geschaffen hat.

- 117 Sofern dies nicht möglich ist, weil der Übernehmer noch gar nicht verheiratet ist, kommen schenkungsrechtliche Rückforderungsrechte (vgl. → § 12 Rn. 164 ff.) oder gesellschaftsvertragliche Ehevertragsklauseln (vgl. → § 14 Rn. 64 ff.) in Betracht.
- 118 Soll der Einfluss eines geschiedenen Ehegatten auf das Unternehmen im Fall der Weitervererbung an gemeinsame Kinder vermieden werden, kommen folgende Gestaltungsmittel in Betracht:
- Vor- und Nachvermächtnisanordnung (Vor- und Nacherbfolge ist jedenfalls im unternehmerischen Bereich eine ungeeignete Regelung!; vgl. → § 2 Rn. 79),
 - Anordnung der Testamentsvollstreckung (vgl. → § 2 Rn. 230 ff.) und/oder
 - Beschränkung der Vermögenssorge gem. § 1638 BGB (vgl. → § 2 Rn. 112).

III. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen

- 119 Sofern an dem Unternehmen weitere Mitgesellschafter beteiligt sind, wird die ehevertragliche und erbrechtliche Gestaltungsfreiheit uU durch gesellschaftsvertragliche Vorgaben eingeschränkt. Der Gesellschaftsvertrag kann dabei nicht selbst die Funktion des Ehevertrages übernehmen, sondern lediglich Sanktionen vorsehen für den Fall, dass ein Gesellschafter keinen Ehevertrag bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem gesellschaftsvertraglich gewünschten Inhalt abschließt.
- 120 Nur wenn beide Ehegatten an der Gesellschaft beteiligt sind, könnte der Ehevertrag theoretisch direkt in den Gesellschaftsvertrag integriert werden. Dies ist jedoch keinesfalls empfehlenswert und würde ua dazu führen, dass für den Gesellschaftsvertrag das Beurkundungserfordernis des § 1410 BGB eingreift. In anderen Fällen ist nicht abschließend geklärt, ob der durch einen Gesellschaftsvertrag begründete „wirtschaftliche Zwang“ zum Abschluss eines Ehe- und Pflichtteilsverzichtsvertrags zu einer Beurkundungspflicht des Gesellschaftsvertrags nach § 1410 und/oder § 2348 BGB führen könnte (zum Streitstand vgl. Staudinger/*Thiele* BGB § 1410 Rn. 4; MüKoBGB/*Münch* BGB § 1410 Rn. 4; zur Anwendbarkeit des § 2348 BGB auf Verpflichtungsgeschäfte vgl. MüKoBGB/*Wegerhoff* BGB § 2348 Rn. 2).
- 121 Als sicherster Weg ist nach wie vor zur Beurkundung des Gesellschaftsvertrags zu raten (vgl. *Münch* Die Unternehmerehe, Rn. 850; *Thelen* RNotZ 2020, 121 (140)). Formulierungsvorschläge bei *Münch* FamStR-HdB, Rn. 715). Inhaltlich sollte sich die gesellschaftsvertragliche Regelung auf das beschränken, was zum Schutz des Unternehmens erforderlich ist. Insofern sind Klauseln, die ausnahmslos auf der Vereinbarung einer Gütertrennung bestehen, aus den unter → Rn. 43 ff. genannten Gründen nicht mehr zeitgemäß (krit. gegenüber solchen Klauseln *Brambring* DNotZ 2008, 724). Die in Güterstandsklauseln häufig vorgesehenen Sanktionen (insb. Einziehungs-/Ausschließungsrechte) sind praktisch aus Liquiditätsgründen nur schwer umsetzbar; Formulierungsempfehlung für „milde Güterstandsklauseln“ bei *Wenckstern* NJW 2014, 1335.
- 122 Darüber hinaus sehen Gesellschaftsverträge von Familienunternehmen nahezu ausnahmslos Beschränkungen bezüglich der erbrechtlichen Nachfolge

vor. Häufig schließen diese Bestimmungen den Ehegatten des Verstorbenen pauschal von der Nachfolge aus (zu haftungsrechtlichen Konsequenzen in der Nachfolgeberatung vgl. BGH 18.4.2002 – IX ZR 72/99, DNotZ 2002, 768), sodass die unter → Rn. 110 genannten Funktionen des Ehegatten im Rahmen der Notfallplanung nicht wahrgenommen werden können (zu Nachfolgeklauseln und ihren Wirkungen siehe → § 2 Rn. 39 ff.).

Auch die Ausübung von Gesellschafterrechten, insb. des Stimmrechts, durch Dritte wird gesellschaftsvertraglich beschränkt. Eine zu restriktive Handhabung führt hier geradewegs zu einer – von den Gesellschaftern gerade nicht gewünschten – Betreuerbestellung. Angemessene gesellschaftsvertragliche Öffnungsklauseln sind daher empfehlenswert (vgl. von Proff DStR 2020, 1380). 123

IV. Zusammenfassendes Muster

1. Ausgangssituation

Einer der Ehegatten (A) verfügt über eine unternehmerische Beteiligung (hier: GmbH-Anteil), die bei Beendigung der Ehe durch Scheidung oder Tod für die Berechnung des Zugewinnausgleichs und des Ehegattenpflichtteils nicht herangezogen werden soll. 124

2. Vertragsmuster

(Urkundeneingang)

124a

I. Vorbemerkungen

1. Persönliche Verhältnisse

Wir, A und B, sind jeweils ausschließlich deutsche Staatsangehörige. Wir hatten jeweils zur Zeit der Eheschließung und seither ununterbrochen unseren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und beabsichtigen, dies auch künftig so zu halten.

Wir haben am ... vor dem Standesbeamten der Gemeinde ... geheiratet. Diese Ehe ist für jeden von uns die erste Ehe. Aus unserer Ehe sind folgende gemeinsame Kinder hervorgegangen:

- ..., geb. am ...,
- ..., geb. am ...

Im Übrigen hat keiner von uns Kinder, auch keine nichtehelichen oder adoptierten.

2. Vorbereitung der Beurkundung

Wir haben bislang keinerlei ehevertraglichen Vereinbarungen getroffen. Wir haben uns zur Vorbereitung der heutigen Beurkundung unabhängig voneinander fachlich beraten lassen. Der beurkundende Notar hat uns nach einer gemeinsamen Vorbesprechung einen Entwurf dieser Vereinbarung übersandt. Wir haben diesen Entwurf, auch unter Hinzuziehung externer Berater, geprüft und hierzu jeweils Änderungen/Ergänzungen eingebracht. Jeder von uns hatte ausreichend Zeit und Gelegenheit, sich mit Gegenstand und Inhalt der nachfolgenden Vereinbarungen auseinanderzusetzen.

II. Güterrecht

Für unsere Ehe soll es grundsätzlich beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft bleiben, der wie nachfolgend dargestellt modifiziert wird.

1. Definitionen

Ich, A, bin Gesellschafter und Geschäftsführer der A GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichtes ... unter HRB ... (nachstehend „die Gesellschaft“). Die von mir gehaltenen Anteile an der A GmbH, gleich welchen Umfangs, werden nachfolgend auch als „die Geschäftsanteile“ bezeichnet.

2. Anfangsvermögen

Unser Anfangsvermögen iSv § 1374 BGB beziffern wir hiermit mit:

- Anfangsvermögen von mir, A ca. ... EUR
- Anfangsvermögen von mir, B ca. ... EUR.

vorbehaltlich etwaiger Mehrungen des Anfangsvermögens nach § 1374 Abs. 2 BGB und vorbehaltlich der Berücksichtigung der Geldwertentwicklung nach § 1376 BGB. Gegenstände des ausgleichsfreien Vermögens (nachfolgend Nr. 3) sind bei der vorstehenden Berechnung nicht berücksichtigt und sollen auch künftig nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB berücksichtigt werden.

3. Zugewinnausgleich bei Tod eines Ehegatten

Für den Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten bleibt es beim Zugewinnausgleich durch die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils (§ 1371 Abs. 1 BGB) sowie aufgrund erbrechtlicher Zuwendungen (sog. erbrechtliche Lösung).

4. Zugewinnausgleich bei Ehevertrag

Auch im Fall der Beendigung des Güterstandes durch einen späteren Ehevertrag verbleibt es beim Zugewinnausgleich, soweit der abzuschließende Vertrag nicht etwas anderes vorsieht.

5. Modifizierung des Zugewinnausgleichs in sonstigen Fällen

a) Für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch eine Scheidung unserer Ehe oder für den Fall des sog. vorzeitigen Zugewinnausgleichs (§§ 1385, 1386 BGB) wird der Anspruch auf Leistung des Zugewinnausgleiches allerdings nach Maßgabe der folgenden Vereinbarungen modifiziert.

b) Dies gilt auch für die sog. güterrechtliche Lösung (§ 1371 Abs. 2 und Abs. 3 BGB) im Fall der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten, sodass der länger lebende Ehegatte keinen weitergehenden Anspruch auf Zugewinnausgleich als nachstehend vorgesehen geltend machen kann, falls ihm aufgrund letztwilliger Verfügungen nichts hinterlassen wird oder er das ihm Zugewendete ausschlägt.

6. Ausgenommenes Vermögen

a) In den unter 5. genannten Fällen sollen einem Zugewinnausgleich nicht unterfallen

aa) die unter 1. bezeichneten Geschäftsanteile einschließlich aller künftig vorhandenen Anteile, die A an der dort genannten Gesellschaft hält;

bb) Forderungen von A gegen die Gesellschaft oder Tochterunternehmen, an denen die Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist;

cc) Verbindlichkeiten von A gegenüber der Gesellschaft oder Tochterunternehmen, an denen die Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist;

dd) Verbindlichkeiten, die mit den unter aa) und bb) aufgeführten Vermögensgegenständen in Zusammenhang stehen.

– nachfolgend insgesamt als „ausgleichsfreies Vermögen“ bezeichnet –

b) Die Gegenstände des ausgleichsfreien Vermögens sind bei der Berechnung eines etwaigen Zugewinnausgleiches weder in das Anfangsvermögen noch in das Endvermögen einzustellen, sodass auch die Wertentwicklung dieser Gegenstände für die Ermittlung des Zugewinnausgleichs bedeutungslos ist.

7. Ersatzanschaffungen

Zum ausgleichsfreien Vermögen gehören ausdrücklich auch Ersatzanschaffungen für die Gegenstände des ausgleichsfreien Vermögens. Dies gilt auch für Beteiligungen an anderen Unternehmen, die an die Stelle der vorgenannten Geschäftsanteile getreten sind, insb. durch Einbringungs- und Umwandlungsvorgänge. Wir sind einander verpflichtet, auf Verlangen eines Ehegatten über derartige Ersatzgegenstände ein Verzeichnis anzulegen und fortzuführen, auf Verlangen in notarieller Form.

8. Erträge, Verwendungen

Maßgeblich für die Berechnung des Zugewinnausgleichs ist grundsätzlich die Vermögenszusammensetzung im Zeitpunkt der Stellung eines Scheidungsantrages, gleich durch welchen Ehegatten.

a) Jedoch werden solche Vermögenswerte, die im Jahr der Stellung des Scheidungsantrages und in den beiden vorangegangenen Kalenderjahren auf Kosten des ausgleichspflichtigen Vermögens in das ausgleichsfreie Vermögen eines Ehegatten überführt worden sind, zum Zwecke der Berechnung des Zugewinnausgleichs dem Endvermögen des Inhabers des ausgleichsfreien Vermögens wieder hinzugerechnet, und zwar unter Berücksichtigung des Kaufkraftausgleichs. Als Überführung von Vermögenswerten gelten auch Aufwendungen (Zins und Tilgung) im Zusammenhang mit den zum ausgleichsfreien Vermögen gehörenden Verbindlichkeiten sowie der Zukauf weiterer Geschäftsanteile.

b) Eine Überführung von Vermögenswerten geschieht dann auf Kosten des ausgleichspflichtigen Vermögens, wenn sich dadurch per Saldo die Summe des ausgleichspflichtigen Vermögens verringert. Dies ist nicht der Fall, wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen oder einer Gewinnausschüttung die dadurch freiwerdenden Mittel unverzüglich wieder in das ausgleichsfreie Vermögen gelangen, zB durch Gewährung eines neuen Darlehens, verdeckte Einlage oder Kapitalerhöhung.

c) Im Übrigen gehören Vermögenswerte, die aus dem ausgleichsfreien Vermögen ausgeschieden sind, zum ausgleichspflichtigen Vermögen. Dies gilt insb. für:

- Geschäftsführergehälter und sonstige Gehälter, die ein Ehegatte aus der Tätigkeit bei der Gesellschaft oder anderen Unternehmen bezieht;
- ausgeschüttete Gewinne, wenn nicht die Voraussetzungen gem. vorstehend b) vorliegen.

9. Einschränkung

a) Zur Befriedigung bestehender Zugewinnausgleichsforderungen gilt das ausgleichsfreie Vermögen als vorhandenes Vermögen.

b) Der Anspruch eines Ehegatten auf Zugewinnausgleich ist ausgeschlossen, soweit er dadurch begründet ist, dass dessen Vermögensgegenstände gem. den vorstehenden Bestimmungen vom Zugewinnausgleich ausgenommen sind.

10. Gesetzliche Verfügungsbeschränkung

Ferner vereinbaren wir, dass die Beschränkungen aus dem § 1365 BGB grundsätzlich keine Anwendung finden auf das ausgleichsfreie Vermögen, sodass der Inhaber dieses Vermögens hierüber völlig frei und ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verfügen kann.

11. Andere Ausgleichsansprüche

Wir stellen klar bzw. vereinbaren hiermit, dass Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen bei Scheidung unserer Ehe nicht zurückgefordert werden können, auch nicht wegen Störung der Geschäftsgrundlage, es sei denn, die Rückforderung ist auf gesonderter vertraglicher Grundlage vorbehalten. Dies gilt ausdrücklich unabhängig vom Scheitern unserer Ehe.

Wir stellen ferner klar, dass auch andere Ausgleichsansprüche nicht bestehen sollen; insb. entsteht nicht etwa durch Mitarbeit in einem etwaigen Betrieb eines Ehegatten oder durch das gemeinsame Halten von Vermögensgegenständen eine sog. „Ehegatten-Innengesellschaft“, wenn wir dies nicht ausdrücklich vereinbaren.

Wir verpflichten uns außerdem, bei etwaigen Gesamthaftungen das Innenverhältnis des Gesamtschuldnerausgleichs ausdrücklich zu regeln.

12. Vermögensaufstellung

Die Beifügung einer Aufstellung unseres beiderseitigen Vermögens zu diesem Vertrag wünschen wir nicht. Wir verpflichten uns aber, auf Verlangen eines Ehegatten ein Ver-

mögensverzeichnis über die Vermögensgegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, zu errichten und fortzuführen. Im Übrigen gelten hierfür die Bestimmungen der §§ 2121 ff. BGB entsprechend.

III. Verzicht auf Versorgungsausgleich

1. Wir, A und B, schließen hiermit nach § 6 VersAusglG gegenseitig den Versorgungsausgleich für den Fall vollständig aus, dass ich, A, insgesamt ausgleichsberechtigt bin.

Insgesamt ausgleichsberechtigt bin ich, wenn die Kapitalwerte bzw. korrespondierenden Kapitalwerte iSd § 47 Abs. 1 VersAusglG der Anrechte von B die meinen übersteigen.

2. Diesen Verzicht nehmen wir hiermit gegenseitig an. In dieser Vereinbarung liegt jedoch ausdrücklich kein Verzicht auf Altersvorsorgeunterhalt.

3. Eine Abänderung dieser Vereinbarung – insb. nach § 227 FamFG – wird hiermit ausgeschlossen.

IV. Ehegattenunterhalt

1. Hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs eines Ehegatten im Fall der Trennung oder Scheidung unserer Ehe soll es bei den gesetzlichen Bestimmungen verbleiben.

2. Für den Fall, dass unsere gemeinsamen Kinder zur Zeit der Scheidung noch betreuungsbedürftig sind, schränken wir jedoch die Erwerbsobliegenheit eines Ehegatten, der die Kinder allein oder überwiegend (mehr als 70 %) betreut, folgendermaßen ein:

- Solange das jüngste gemeinsame Kind nicht eingeschult ist, besteht keine Erwerbsobliegenheit des die Kinder betreuenden Ehegatten.
- Für die Zeit ab Einschulung des jüngsten gemeinsamen Kindes bis zur Vollendung des zehnten Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes besteht eine Erwerbsobliegenheit nur für eine Teilzeitbeschäftigung von 50 %.
- Ab Vollendung des zehnten Lebensjahres durch das jüngste gemeinsame Kind besteht grundsätzlich eine Erwerbsobliegenheit für eine Vollzeittätigkeit.

In diesem Umfang besteht ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt für den die Kinder betreuenden Ehegatten über die gesetzliche Dauer hinaus.

3. Für die Anrechnung der Einkünfte überobligatorischer Tätigkeiten auf bestehende Unterhaltsansprüche treffen wir keine vom Gesetz abweichende Vereinbarung.

4. Klargestellt wird: Durch die vorstehende Vereinbarung wird die gesetzliche Erwerbsobliegenheit nur eingeschränkt, nicht hingegen erweitert. Sofern sich im Einzelfall aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen eine geringere Erwerbsobliegenheit ergibt, so gilt das Gesetz ohne Einschränkungen.

V. Pflichtteilsrecht

1. Pflichtteilsverzicht

Ein jeder von uns verzichtet hiermit auf sämtliche Pflichtteilsansprüche (und zwar einschließlich etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche) am Nachlass des jeweils anderen Ehegatten. (falls gewünscht:) Die jeweiligen Pflichtteilsverzicht sind gegenständlich beschränkt auf das gem. Abschn. II.6–8 dieser Urkunde definierte ausgleichsfreie Vermögen. Wir nehmen diese Verzichtserklärungen gegenseitig an. Wir wissen, dass Zuwendungen in Verfügungen von Todes wegen sowie aufgrund von Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall von diesem Verzicht ebenso wenig erfasst werden wie das gesetzliche Erbrecht des jeweiligen Ehegatten.

2. Erbregelung

a) Bezüglich der Nachfolge von Todes wegen haben wir zu gesonderter Urkunde vom ... URNr. ... einen Erbvertrag geschlossen, wobei sich jeder von uns das Recht zum Rücktritt von dem Erbvertrag vorbehalten hat.

b) Der vorstehend jeweils erklärte Pflichtteilsverzicht ist in seiner Wirksamkeit ausdrücklich davon unabhängig, ob die unter a) bezeichnete Verfügung bestehen bleibt.

Auch im Übrigen sind diese Vereinbarungen in ihrem rechtlichen Bestand unabhängig von den sonstigen, in dieser Urkunde getroffenen Erklärungen.

3. Klarstellungen

Wir erklären vorsorglich, ausdrücklich darüber einig zu sein, dass der jeweilige Verzicht unabhängig von der Höhe unseres derzeitigen oder künftigen Vermögens erfolgt. Weiter stellen wir vorsorglich klar, dass die heutigen Vereinbarungen keinen Verzicht auf nachhehlichen Unterhalt beinhalten, weshalb die heutigen Vereinbarungen auch im Rahmen des § 1586b BGB keine Auswirkungen haben sollen.

VI. Notarielle Hinweise

...

VII. Schlussbestimmungen

1. Sollte eine Vereinbarung dieser Urkunde unwirksam sein oder werden, so ist eine dem Vertragsgedanken entsprechende Neuregelung zu treffen und bleiben die übrigen Bestimmungen unberührt; dies gilt entsprechend, wenn sich eine ergänzungsbedürftige Lücke ergibt.

2. Wir tragen die Kosten dieser Beurkundung und beantragen die Erteilung von je einer Ausfertigung. Einfache Abschrift dieser Urkunde erhält außerdem (Steuerberater, Rechtsanwalt).

(Schlussvermerk)

3. Anmerkungen

a) zu I. 1:

Vgl. Ausführungen unter → Rn. 43 ff.

125

b) zu I. 2:

Vgl. Ausführungen unter → Rn. 16 ff.

126

c) zu II. 3–5:

Die vorgeschlagene Gestaltung führt dazu, dass für den Fall der Scheidung der Zugewinnausgleich beschränkt wird, während für den Fall eines bewusst herbeigeführten Güterstandswechsels, zB im Rahmen einer Güterstandschaukel, das Potenzial des vollen Zugewinnausgleichs zur Verfügung steht (Ziff. 4). Für den Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, steht der andere Ehegatte jedenfalls nicht schlechter als bei Scheidung (Güterrechtliche Lösung), er kann jedoch darüber hinaus erbrechtlich weitere Vermögenswerte erhalten, wofür dann die Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 ErbStG in Anspruch genommen werden kann (Ziff. 3). Sofern der Ehegatte von Todes wegen etwas erhält, greift gem. § 1371 Abs. 1 BGB zugleich die pflichtteilsvermindernde Wirkung des gesetzlichen Güterstandes ein (Ziff. 3).

127

d) zu II. 6. a:

Das ausgleichsfreie Vermögen ist hier nicht auf die bloßen Geschäftsanteile beschränkt, sondern berücksichtigt auch die jeweils gewählte Form der Unternehmensfinanzierung.

128

Die Zuordnung der Verbindlichkeiten (zB zum Erwerb der GmbH-Anteile aufgenommene Darlehen) zum ausgleichsfreien Vermögen hat folgende

129

Konsequenzen: Die Zurückführung der Darlehen führt grundsätzlich nicht zu Ausgleichsforderungen des anderen Ehegatten, weil sie lediglich eine Steigerung des ausgleichsfreien Vermögens zur Folge hat. Etwas anderes gilt nur im Ausnahmefall der Ziff. 8, wenn nämlich die Schuldentilgung in der „Rückschlagsfrist“ auf Kosten des ausgleichspflichtigen Vermögens stattgefunden hat.

- 130** Im Fall der Nutzungsüberlassung anderen Vermögens an die GmbH (zB Vermietung von Immobilien) könnten auch diese zum ausgleichsfreien Vermögen gezogen werden, wobei es möglich – aber keineswegs zwingend – ist, auf den Umfang eines steuerlichen Besitzunternehmens im Rahmen einer Betriebsaufspaltung abzustellen.

e) zu II.6.b:

- 131** Dies ist der Regelungskern der Modifizierung. Dadurch, dass das ausgleichsfreie Vermögen weder Anfangsvermögen noch Endvermögen darstellt, sind insb. die Anteile an der GmbH und deren Wertentwicklung für den Zugewinnausgleich nicht relevant. Der Wert muss daher im Regelfall gar nicht ermittelt werden.

f) zu II.7:

- 132** Diese Bestimmung stellt klar, dass Umschichtungen in der Sphäre des ausgleichsfreien Vermögens möglich sind und zu keinen Zugewinnausgleichsansprüchen führen. Allerdings trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Inhaber des ausgleichsfreien Vermögens die Beweislast dafür, dass dieses nicht dem ausgleichspflichtigen Endvermögen zuzurechnen ist. Nach mehrfachen Umschichtungen ist dieser Nachweis nur noch schwer zu führen, sodass es dem Inhaber des ausgleichsfreien Vermögens obliegt, eine entsprechende Dokumentation herbeizuführen. Der andere Ehegatte ist jedoch gem. Ziff. 7 zur Mitwirkung verpflichtet.

g) zu II.8:

- 133** Ohne diese Bestimmung könnte A den Zugewinnausgleich nach Belieben manipulieren, indem er im Vorfeld einer Scheidung das ausgleichspflichtige Vermögen in den ausgleichsfreien Bereich verschiebt, zB im Wege einer Kapitalerhöhung, der Rückführung von Verbindlichkeiten oder Vergabe eines Darlehens an die GmbH. Der Nachweis des Rechtsmissbrauchs (§§ 242, 162, 226 BGB) dürfte für B schwer zu führen sein, da A stets unternehmerische Zwecke ins Feld führen kann.
- 134** Der Vertrag führt hier gewissermaßen zu einer unwiderleglichen Vermutung des Missbrauchs, wenn die Transaktion im zeitlichen Vorfeld der Scheidung stattgefunden hat, während der Missbrauchsvorwurf quasi ausgeschlossen ist, wenn die Transaktion schon länger zurückliegt.
- 135** Der Missbrauchsvorwurf setzt ferner voraus, dass der in den ausgleichsfreien Bereich überführte Vermögenswert diesen Bereich zuvor schon für einen relevanten Zeitraum verlassen hat. Damit sollen insb. Gestaltungen wie die Zurückzahlung von Gesellschafterdarlehen mit anschließender Barkapitalerhöhung güterrechtlich nicht erschwert werden.

h) zu II.9.a:

Diese Klausel dient dem Schutz von B: Ein Pfändungsschutz für die GmbH-Anteile könnte dazu führen, dass A das ausgleichspflichtige Vermögen ins Ausland verbringt und B die daraus resultierende Ausgleichsforderung dann überhaupt nicht mehr durchsetzen kann. Diesem missbräuchlichen Verhalten wird hier dadurch begegnet, dass die Anteile zwar bei der Berechnung der Ausgleichsforderung nicht herangezogen werden, aber gleichwohl der Pfändung unterliegen, wenn A seine Verbindlichkeiten gegenüber B nicht begleicht. Vertragsgestaltungen, die das ausgleichsfreie Vermögen auch vollstreckungsrechtlich schützen, führen zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung des Ehegatten gegenüber sonstigen Gläubigern des Unternehmensinhabers. 136

i) zu II.9.b:

Die Bestimmung verhindert eine Umkehrung des Ausgleichsanspruchs und stellt klar, dass der Ehevertrag nur zur Abwehr von Ausgleichsansprüchen des B gegen A herangezogen werden kann, nicht dagegen zur Begründung von gesetzlich nicht vorgesehenen Ausgleichsansprüchen des A gegen B. Dieser Effekt könnte insb. eintreten, wenn A nahezu ausschließlich über ausgleichsfreies Vermögen verfügt, während B während der Ehe (ausgleichspflichtige) Rücklagen gebildet hat. Wenn natürlich der Zugewinn bei B den gesamten Zugewinn bei A (einschließlich der Steigerungen im ausgleichsfreien Bereich) übersteigt, steht A der gesetzliche Anspruch zu; Ziff. II.9.b greift dann nicht ein. 137

j) zu II.10:

s. → Rn. 105

138

k) zu II.11 und II.12:

Entsprechend dem gestalterischen Ziel, vermögensrechtliche Streitigkeiten im Scheidungsfall möglichst umfassend auszuschließen, sollten auch außerhalb des Güterrechts auftretende Ansprüche bedacht werden (*Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte-HdB*, Rn. 15). Für die in der Praxis häufigen Streitigkeiten um die Rückerstattung ehebedingter Zuwendungen werden konkludente oder auf § 313 BGB beruhende Ansprüche ausgeschlossen; der Ehegatte, der eine Zuwendung zurückfordert, trägt somit die Beweislast für die ausdrückliche Vereinbarung eines solchen Rückforderungsrechts. Entsprechendes gilt für im Nachhinein behauptete Innengesellschaften. Die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses (zB über wertvolle Gebrauchsgegenstände, Kunstwerke etc.) vermeidet Streitigkeiten über die Vorfrage der Eigentümerschaft an diesen Sachen. 139

l) zu III:

Wenn A (zB als beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer) sozialversicherungsfrei bei der A GmbH tätig ist, während B anderweitig versicherungspflichtig tätig ist, könnte der gesetzliche Versorgungsausgleich dazu führen, dass B im Scheidungsfall einen Teil der Rentenanwartschaften an A verliert, 140

ohne (aufgrund der Regelungen in Ziff. II) an der „Altersvorsorge“ des A (dem Wertzuwachs des Unternehmens) teilzuhaben. Diese Schieflage wird durch die Regelung in Abschn. III zumindest dahingehend beseitigt, dass B jedenfalls die ihm gehörenden Rentenanwartschaften behalten darf. Wenn B zum Zweck der Kindererziehung oder Haushaltsführung die eigene Erwerbstätigkeit nachhaltig reduziert, reicht diese Kompensation uU aber nicht aus; es sollten dann weitergehende Vereinbarungen (zB die Einzahlung in private Vorsorgeprodukte) erwogen werden.

m) zu IV.1:

- 141 Im Hinblick auf die Risiken, die von Unterhaltsverzichtsvereinbarungen für die Wirksamkeit des Gesamtvertrages ausgehen, verzichtet der Vertrag bewusst auf die Vereinbarung eines Unterhaltsverzichts (vgl. → Rn. 16 ff.).

n) zu IV.2:

- 142 Die gesetzliche Beschränkung des Unterhaltsanspruchs des Ehegatten wegen Betreuung gemeinsamer Kinder (§ 1570 BGB) durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. 2007 I 3189) führt vermehrt zu dem Wunsch, den Unterhaltsanspruch des die Kinder betreuenden Ehegatten über das gesetzliche Maß hinaus zu stärken (vgl. *Langenfeld NJW* 2011, 966 (968)). Dies kann zB – wie hier vorgeschlagen – durch eine Verlängerung der Unterhaltsdauer bei gleichzeitiger (gestaffelter) Einschränkung der sog. Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten realisiert werden. Praktisch bedeutet eine solche Regelung eine Rückkehr zu dem vor 2007 gängigen Altersphasenmodell. Eine solche Regelung gewährt dem die Kinder betreuenden Ehegatten eine erhöhte Planungssicherheit, führt andererseits aber (zumindest mittelbar) zu einer Fixierung der tradierten Rollenverteilung. Richtschnur für die Vertragsgestaltung sollten die tatsächlichen wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse und Wünsche der Ehegatten sein, nicht rechtspolitische Diskussionen oder der „Zeitgeist“.

o) zu V.1:

- 143 Die Versorgung des länger lebenden Ehegatten soll hier über entsprechende Zuwendungen in der Verfügung von Todes wegen realisiert werden. Diese zwischen den Ehegatten im Idealfall einvernehmlich getroffene Erbregelung soll nicht durch Pflichtteilsforderungen des länger lebenden Ehegatten durchkreuzt werden. Dies ist hauptsächlich dann relevant, wenn das unternehmerische Vermögen beim Tod von A nicht an B, sondern an ein Kind übergehen soll. Insofern ist es auch möglich, den Pflichtteilsverzicht auf das ausgleichsfreie Vermögen zu beschränken.

p) zu V.2:

- 144 Der frühere Gebührenvorteil bei der Verbindung von Ehevertrag und Erbvertrag in einer Urkunde ist mit Inkrafttreten des GNotKG weitgehend entfallen, sodass aus verschiedenen praktischen Gründen Ehevertrag und Erbregelung häufiger voneinander getrennt werden. Der Pflichtteilsverzicht kann unter die Bedingung gestellt werden, dass eine bestimmte Erbregelung Bestand hat (also zB ein Testament nicht widerrufen wird oder ein Rücktritts-

recht vom Erbvertrag nicht ausgeübt wird). Davon wurde hier aus folgendem Grund abgesehen: Die Beseitigung letztwilliger Zuwendung an den Ehegatten hängt nahezu ausnahmslos mit dem Scheitern der Ehe zusammen. Mit Stellung eines Scheidungsantrags würde jedoch gem. § 1933 BGB das Erb- und Pflichtteilsrecht des Ehegatten ohnehin wegfallen, sodass die Zuerkennung eines Pflichtteilsanspruchs in der „Zwischenphase“ (zB Trennungsjahr) nicht stringent erscheint. Der Schutz des Ehegatten beschränkt sich für diesen Fall auf die güterrechtlichen Ansprüche (vgl. Ziff. II.5.b) in der Höhe, die auch bei Scheidung gegeben wäre.

q) zu V.3:

Die Verpflichtung des Erben des Unterhaltsverpflichteten zur Weiter- 145
zahlung des nachehelichen Unterhalts ist gem. § 1586b Abs. 1 S. 3 BGB auf den hypothetischen Pflichtteilsanspruch des Unterhaltsberechtigten beschränkt. Da der Pflichtteilsverzicht hier nicht die Wirkung eines verkappten Unterhaltsverzichts haben soll, wird diese Fernwirkung ausdrücklich ausgeschlossen.