

# GÜTERSTANDSREGELUNGEN IN EHEVERTRÄGEN VON UNTERNEHMEREHEEN

## HINWEISE AUS DER RECHTSPRAXIS ZUM SCHUTZ VON UNTERNEHMERISCHEM VERMÖGEN IM SCHEIDUNGSFALL, TEIL I ZIVILRECHTLICHE GRUNDLAGEN

VON PROF. DR. RAINER KÖGEL UND DR. OLIVER KANZLER

### ABSTRACT

Der in zwei Teile gegliederte Beitrag beschäftigt sich mit Güterstandsregelungen in Eheverträgen, die dem Schutz des unternehmerischen Vermögens dienen. Im ersten Teil werden die zivilrechtlichen Grundlagen der beiden „Grundtypen“ Gütertrennung und modifizierte Zugewinnsgemeinschaft, deren vertragliche Ausgestaltung und die von der Rechtsprechung gesetzten Gestaltungsgrenzen dargestellt. Der zweite Teil wird schwerpunktmäßig die steuerlichen und zivilrechtlichen Möglichkeiten einer nachträglichen Änderung von Eheverträgen erläutern.

### I. Einführung – zur Notwendigkeit von Güterstandsregelungen

In zahlreichen Gesellschaftsverträgen von Familiengesellschaften finden sich Vorschriften für verheiratete Gesellschafter. In der Regel „zwingen“ diese Vorschriften die Gesellschafter dazu, entweder den Güterstand der Gütertrennung oder alternativ dazu einen Güterstand der „modifizierten“ Zugewinnsgemeinschaft zu vereinbaren, wonach die Gesellschaftsanteile bei der Beendigung des Güterstands – insbesondere bei einer Scheidung – im Rahmen der Berechnung eines Zugewinns nicht zu berücksichtigen sind.

Fügt sich der jeweils betroffene Gesellschafter nicht seinem Schicksal und schließt keinen Ehevertrag ab, so führt dies

im Regelfall zur Einziehung seiner Anteile an einer Kapitalgesellschaft bzw. zum Ausschluss aus einer Personengesellschaft aus wichtigem Grund.

Doch selbst in Konstellationen, in denen ein Gesellschafter nicht durch gesellschaftsvertragliche Vorschriften zum Abschluss eines Ehevertrags „gezwungen“ ist, müssen sich verheiratete Gesellschafter Gedanken über den Schutz ihres unternehmerischen Vermögens machen. Dies aus gutem Grund: Ein Unternehmer, der keinen Ehevertrag abschließt, unterliegt den Regelungen über den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Während der Ehe bleiben die Vermögensmassen der Ehepartner danach getrennt. Im Falle der Beendigung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft – insbesondere durch Scheidung – muss jedoch derjenige Ehegatte, der während der Ehezeit einen höheren Zugewinn erzielt hat, diesen zur Hälfte dem anderen ausgleichen.

Wird der Großteil des Zugewinns im Bereich des betrieblichen Vermögens erzielt, so hat dies für den Gesellschafter schwerwiegende Konsequenzen; denn der Zugewinnausgleichsanspruch ist auf Geld gerichtet und mit Rechtskraft der Ehescheidung grundsätzlich sofort fällig. Dies kann zu einem existenzbedrohenden Abfluss von Liquidität aus dem Unternehmen führen bzw. den Gesellschafter dazu zwingen, Gesellschaftsanteile zu veräußern, um den Zugewinnausgleichsanspruch erfüllen zu können.

Vor diesem Hintergrund ist jedem Unternehmer dringend anzuraten, vor Eheschließung einen Ehevertrag abzuschließen. Der nachfolgende Beitrag möchte dabei einen Überblick über sinnvolle Regelungen zum ehelichen Güterstand in Eheverträgen von Unternehmerehen geben.

### II. Güterstände für Unternehmerehen

Der deutsche Gesetzgeber stellt den Ehegatten grundsätzlich drei Güterstände zur Auswahl: den bereits erwähnten gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, den Güterstand der Gütertrennung und die sogenannte Güter-

### INHALT

- I. Einführung – zur Notwendigkeit von Güterstandsregelungen
- II. Güterstände für Unternehmerehen
  1. Gütertrennung
  2. Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft
- III. Zivilrechtlicher Regelungsbedarf bei modifizierter Zugewinnsgemeinschaft
  1. Rechtswahlklauseln
  2. Differenzierung zwischen Scheidung und Tod
  3. Definition des auszunehmenden Vermögens
  4. Erträge
  5. Verwendungen
  6. Surrogation
  7. Umkehrung der Ausgleichsrichtung
  8. Bewertung von Unternehmensvermögen
  9. Pflichtteilsverzicht
  10. Zwangsvollstreckung in das unternehmerische Vermögen
- IV. Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen
  1. Wirksamkeitskontrolle
  2. Ausübungskontrolle
  3. Funktionsäquivalenz

gemeinschaft. Auf die Gütergemeinschaft soll wegen ihrer weitestgehend fehlenden praktischen Relevanz nicht weiter eingegangen werden.

### 1. Gütertrennung

Die Ehegatten können durch einen notariell zu beurkundenden Ehevertrag den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft ausschließen und Gütertrennung vereinbaren. Die Gütertrennung führt insbesondere dazu, dass im Falle der Scheidung der Ehe kein Zugewinnausgleich nach §§ 1373 ff. BGB durchgeführt werden muss. Das unternehmerische Vermögen erfährt durch die Abbedingung der Vorschriften zum Zugewinnausgleich einen umfassenden Schutz. Diesen umfassenden Schutz „erkauft“ man sich aber durch einen steuerlichen Nachteil: Wird der Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten oder durch eine neue Güterstandsvereinbarung beendet, begründet dies für den ausgleichsberechtigten Ehegatten keinen steuerpflichtigen Vorgang nach §§ 3 oder 7 ErbStG. Der Zugewinnausgleichsanspruch des ausgleichsberechtigten Ehegatten unterliegt also keiner Erbschaft-/Schenkungssteuer. Dieses Vorteils berauben sich die Ehegatten, wenn sie den Güterstand der Gütertrennung wählen. Auch die Möglichkeit, zu Lebzeiten durch eine Güterstandsvereinbarung steuerfrei Vermögen von dem einen auf den anderen Ehegatten zu übertragen, besteht dann nicht<sup>1</sup>.

### 2. Modifizierte Zugewinnungsgemeinschaft

Während der gesetzliche Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft also den Nachteil mit sich bringt, dass das unternehmerische Vermögen nicht geschützt wird, schützt der Güterstand der Gütertrennung zwar zivilrechtlich das unternehmerische Vermögen, bringt aber steuerliche Nachteile mit sich. Einen Ausweg aus diesem „Dilemma“ bietet die sogenannte modifizierte Zugewinnungsgemeinschaft. Es ist zivilrechtlich anerkannt, dass die Ehegatten bestimmte Vermögensgegenstände aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs ausnehmen können. Der Unternehmer kann also beispielsweise seine Gesellschaftsbeteiligung – inkl. bestehender Guthaben auf Gesellschafterkonten – aus der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs „herausnehmen“. Zivilrechtlich wird dadurch sichergestellt, dass das unternehmerische Vermögen im Scheidungsfall nicht für die Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs herangezogen werden kann. Aus steuerlicher Perspektive bleibt diese zivilrechtliche Modifikation bei einem Zugewinnausgleich im Todesfall jedoch unberücksichtigt.

Der steuerliche Freibetrag des § 5 Abs. 1 ErbStG wird so berechnet, als ob die Ehegatten im unmodifizierten gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft gelebt hätten. In zivilrechtlicher Hinsicht bringt die Vereinbarung einer modifizierten Zugewinnungsgemeinschaft aber die Herausforderung mit sich, dass vertraglich präzise die privilegierten Vermögensgegenstände (das Betriebsvermögen) definiert werden müssen und etwaige Veränderungen im unternehmerischen Vermögen (z.B. Umwandlungen oder andere Strukturmaßnahmen) vertraglich antizipiert werden müssen.

## III. Zivilrechtlicher Regelungsbedarf bei modifizierter Zugewinnungsgemeinschaft

### 1. Rechtswahlklauseln<sup>2</sup>

Unternehmerehen werden heutzutage vielfach in einem internationalen Kontext geschlossen. Dieser internationale Bezug kann aus der Staatsangehörigkeit der Ehepartner herrühren, sich aber auch aus dem derzeitigen (oder künftigen) Wohnsitz bzw. Domizil der Ehepartner ergeben. Es existiert mittlerweile eine Vielzahl europäischer Rechtssetzungsakte (z.B. die EU-Güterstandsverordnung), die Relevanz für das jeweils anwendbare Recht entfalten.

Ohne eine ausdrückliche Rechtswahl bestimmt sich das anwendbare Recht vielfach nach dem Wohnsitz bzw. dem Domizil der Beteiligten oder eines Beteiligten im Zeitpunkt der Scheidung. Um sich vor unliebsamen Überraschungen zu schützen, sollten daher dringend ausdrückliche Rechtswahlen getroffen werden. Diese sollten mit einer Gerichtsstandsklausel verbunden werden, um auch im Falle eines späteren Wegzugs die Anwendung der vereinbarten Regelungen durch deutsche Gerichte sicherzustellen.

### 2. Differenzierung zwischen Scheidung und Tod

Der Zugewinnausgleich findet im Regelfall – sieht man von bestimmten Spezialkonstellationen ab – im Todesfall (§ 1371 BGB) und durch rechtskräftigen Scheidungsbeschluss eines Gerichts (§ 1564 Satz 2 BGB) statt. Von der vertraglichen Privatautonomie ist es ohne Weiteres gedeckt, wenn die Ehegatten vereinbaren, dass die vertragliche Modifikation der Zugewinnungsgemeinschaft nur für den Fall der Scheidung, nicht aber für den Fall der Beendigung des Güterstands durch den Tod eines Ehegatten gelten soll.

Regelmäßig dürften jedoch die besseren Gründe dafür sprechen, die Modifikation des Güterstands der Zugewinnungsgemeinschaft auf sämtliche Fälle der Beendigung des Güterstands – also auch durch den Tod eines Ehegatten – zu er- ➤

<sup>1</sup> Im zweiten Teil dieses Beitrags wird die Güterstandsvereinbarung näher beleuchtet.

<sup>2</sup> Sollte man – trotz der unter II.1 beschriebenen Nachteile – für den Güterstand der Gütertrennung optieren, sollten die Hinweise zu den Rechtswahlklauseln im Rahmen der notariellen Vereinbarung in derselben Weise berücksichtigt werden.

strecken: Der Unternehmer wird gewöhnlich den Wunsch haben, sein unternehmerisches Vermögen an die (gemeinsamen) Abkömmlinge zu vererben. Die Versorgung des überlebenden Ehegatten erfolgt in dieser Konstellation zumeist über Barvermächtnisse, Nießbräuche oder Ähnliches. Der überlebende Ehegatte ist aber berechtigt, eine ihm zugefallene Erbschaft oder ein ihm zugewendetes Vermächtnis auszuschlagen und den Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 ff. BGB zu verlangen (sogenannte güterrechtliche Lösung). Die Erben des Unternehmers stehen bei der güterrechtlichen Lösung – wie der Unternehmer selbst bei einer Scheidung – vor dem Problem, dass sie den Zugewinnausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten zumeist unter Rückgriff auf das unternehmerische Vermögen in Geld erfüllen müssen.

Möglich ist es jedoch auch, für den Fall der Scheidung einen Zugewinnausgleich insgesamt auszuschließen, also Gütertrennung zu vereinbaren und nur für die Fälle der Beendigung der Ehe durch Tod oder durch eine weitere Güterstandsvereinbarung unter Lebenden eine modifizierte Zugewinngemeinschaft. Letzteres wird in der Praxis häufig vergessen und erschwert dann die spätere Durchführung eines sogenannten vorweggenommenen Zugewinnausgleichs bzw. einer sogenannten Güterstandsschaukel<sup>3</sup>.

### 3. Definition des auszunehmenden Vermögens

Die vertragsgestalterische Herausforderung bei der modifizierten Zugewinngemeinschaft besteht darin, diejenigen Vermögensgegenstände, die im Rahmen des Zugewinns nicht berücksichtigt werden sollen, genau zu bezeichnen. Das unternehmerische Vermögen ist – falls die Gesellschaften im Handelsregister eingetragen sein sollten – durch Verweis auf das zuständige Registergericht und die HRA/HRB-Nummer zu beschreiben. Bei BGB-Gesellschaften, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, sollte das betriebliche Vermögen durch Verweis auf die Firmierung und den Sitz der Gesellschaft individualisiert werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Ehevertrag nur den jeweiligen Status quo des betrieblichen Vermögens abbilden kann, so, wie er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht. Gleichwohl muss die vertragliche Klausel so weit gefasst sein, dass sie auch zukünftige Änderungen des betrieblichen Vermögens – etwa durch Formwechsel, Verschmelzung oder sonstige Änderungen – erfasst.

Schließlich dürfen nicht solche Gegenstände übersehen werden, die nach Auffassung des Unternehmers „Privatvermögen“ sind, die aber ertragsteuerlich zum Betriebsvermögen gezählt werden, sogenanntes Sonderbetriebsvermögen. Hie-

runter fallen insbesondere Grundstücke, die an die Gesellschaft vermietet sind, oder Guthaben auf Gesellschafterkonten.

Die Praxis zeigt, dass es während der Ehe schwerig ist, eine saubere Trennung der Vermögensmassen durchzuführen. Vermögensverzeichnisse, die bei Eheschließung die einzelnen Vermögensbestandteile zuordnen, werden zumeist während der Ehe nicht ordentlich weitergeführt. Aus Kostengründen wird zudem häufig auf ein detailliertes Verzeichnis verzichtet. Beides kann sich im Scheidungsfall als problematisch erweisen und Angriffspunkte bieten.

### 4. Erträge

Der Ehevertrag sollte eine Regelung dazu enthalten, ob Erträge des unternehmerischen Vermögens, das keinem Zugewinnausgleich unterliegt, ebenfalls zum privilegierten Vermögen gehören sollen. Aus Sicht des Unternehmens sollten auch Erträge vom Zugewinnausgleich ausgenommen sein, solange diese etwa in Personengesellschaften auf Gesellschafterkonten verbucht sind. Dies ist zwingend, wenn diese Konten entnahmegesperrt sind oder Eigenkapitalcharakter haben. Abweichend hiervon können Erträge, die tatsächlich entnommen werden, dem Zugewinnausgleich unterworfen werden, da diese häufig privat investiert werden, etwa zur Finanzierung eines Eigenheims. Dasselbe gilt für die Dividendenausschüttungen bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften.

### 5. Verwendungen

Weiterhin ist regelungsbedürftig, ob und inwiefern Verwendungen auf Gegenstände, die nicht dem Zugewinnausgleich unterliegen, gegenüber dem anderen Ehegatten ausgleichspflichtig sind. Die Frage stellt sich beispielsweise in einer Konstellation, in der ein Ehegatte Verbindlichkeiten, die im wirtschaftlichen Zusammenhang zu seinem unternehmerischen Vermögen stehen, (etwa einen Kredit, der für den Erwerb von Unternehmensanteilen aufgenommen wurde) tilgt oder private Mittel zur Teilnahme an einer Bar-Kapitalerhöhung einsetzt.

Soweit die Tilgung der Verbindlichkeiten aus Erträgen des Unternehmens erfolgt, die gemäß Ziff. 4. keinem Zugewinnausgleich unterliegen, sollte auch die Verwendung keinen ausgleichspflichtigen Vorgang darstellen. Wird die Verwendung jedoch aus dem sonstigen Vermögen getätigt, so sollte der Ehevertrag sicherstellen, dass diese Verwendung ausgleichspflichtig bleibt; denn ansonsten könnte zugewinnausgleichspflichtiges Vermögen in den zugewinnausgleichsfreien Vermögensbereich (manipulativ) verschoben werden.

### 6. Surrogation

Unter Ziff. 3. wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Definition des herauszunehmenden Vermögens so weit gefasst werden muss, dass sie auch künftige Änderungen

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu den zweiten Teil dieses Beitrags.

des betrieblichen Vermögens erfasst. Ergänzend hierzu sollte der Ehevertrag eine sogenannte Surrogationsklausel enthalten. Durch die Surrogationsklausel wird sichergestellt, dass alle Ersatzgegenstände, die an die Stelle des privilegierten Vermögensbestandteils treten, ebenfalls keinen Zugewinnausgleichsansprüchen unterliegen. Entscheidet sich beispielsweise der unternehmerisch tätige Ehegatte dafür, sein Unternehmen zu veräußern, tritt der hierbei erzielte Veräußerungspreis an die Stelle der Unternehmensbeteiligung und unterliegt weiterhin keinem Zugewinnausgleich. Dasselbe gilt, wenn eine Fusion mit einem Wettbewerber oder eine größere Umstrukturierung des unternehmerischen Vermögens dazu führt, dass neue Gesellschaftsanteile entstehen. Die vorstehenden Beispiele machen deutlich, dass die Ehegatten in diesem Zusammenhang ein Verzeichnis aufstellen sollten, in dem die Vermögensgegenstände, die keinem Zugewinnausgleich unterliegen, fortlaufend aufgeführt sind. Ein solches Verzeichnis muss nicht notariell beurkundet werden.

### 7. Umkehrung der Ausgleichsrichtung

Die sorgfältige Vertragsgestaltung eines Ehevertrags muss sicherstellen, dass es nicht zu Konstellationen kommen kann, in der sich die Ausgleichsrichtung des Zugewinns umkehrt oder „umkippt“. Damit sind folgende Fälle gemeint: Bei der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs wird das Vermögen der Ehegatten beim Eintritt des Güterstands mit dem Vermögen verglichen, das bei der Beendigung des Güterstands vorhanden ist. Derjenige mit dem höheren Zugewinn muss die Hälfte des Überschusses an den anderen Ehegatten auszahlen. Wird nun der Ehegatte, der über unternehmerisches Vermögen verfügt, dadurch privilegiert, dass sein unternehmerisches Vermögen bei der Berechnung des Zugewinns unberücksichtigt bleibt, kann die Situation eintreten, dass der eigentlich wirtschaftlich schwächere Ehegatte sich plötzlich Zugewinnausgleichsansprüchen des wirtschaftlich stärkeren ausgesetzt sieht.

Um dies zu verhindern, kann entweder der Ehegatte, der über unternehmerisches Vermögen verfügt, von vornherein auf Zugewinnausgleichsansprüche gegenüber dem anderen verzichten. Alternativ sollte der Ehevertrag zumindest eine „Begrenzungsklausel“ enthalten, die die Umkehrung der Ausgleichspflicht verhindert.

### 8. Bewertung von Unternehmensvermögen

Der unternehmerisch tätige Ehepartner ist gut beraten, sein gesamtes unternehmerisches Vermögen vor Zugewinnausgleichsansprüchen zu schützen. Lässt sich jedoch in der konkreten Situation nicht der Schutz des gesamten unternehmerischen Vermögens durchsetzen, sollte der Ehevertrag wenigstens eine Regelung dazu enthalten, wie das unternehmerische Vermögen zu bewerten ist; denn das Gesetz gibt nur für land- oder forstwirtschaftliche Betriebe nach

§ 1376 Abs. 4 BGB ein konkretes Bewertungsverfahren vor. Jenseits der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe ist keine bestimmte Bewertungsmethode vorgegeben. Auch die Rechtsprechung hat sich bisher nicht auf eine bestimmte Bewertungsmethode festgelegt. Die Rechtsprechung betont lediglich, dass der Verkehrswert des Unternehmens zu ermitteln sei. Das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. hat im Zusammenhang mit der Unternehmensbewertung zur Bestimmung von Ansprüchen im Familien- und Erbrecht den Standard IDW S 13 verabschiedet. Auf diesen Standard kann im Rahmen des Ehevertrags zur verbindlichen Bewertung des unternehmerischen Vermögens verwiesen werden.

In der Literatur<sup>4</sup> wird ferner vorgeschlagen, die Bewertung des unternehmerischen Vermögens entsprechend den Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen vorzunehmen. Der Vorteil eines solchen Verweises besteht unbestreitbar darin, dass derartige Abfindungsregelungen üblicherweise Abfindungsbeschränkungen enthalten, die dem Liquiditätsschutz des Unternehmens dienen. Dieses Vorgehen bringt aber auch Gefahren mit sich: Zunächst muss darauf geachtet werden, dass die Gesellschaftsverträge überhaupt eine wirksam vereinbarte Abfindungsklausel enthalten. Ferner muss der Ehevertrag präzise auf die Abfindungsregelung verweisen. Gesellschaftsverträge enthalten oftmals Differenzierungen, die daran anknüpfen, aus welchem Grund der Gesellschafter die Gesellschaft verlässt („Good-Leaver-“ oder „Bad-Leaver-Klauseln“). Außerdem sehen zahlreiche Gesellschaftsverträge noch eine Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters zum sogenannten Buchwert oder zu Substanzwerten vor. Diese Buchwertklauseln werden von der Rechtsprechung – im Zusammenhang mit dem Ausscheiden der Gesellschafter – jedoch kritisch auf ihre Wirksamkeit überprüft<sup>5</sup>. Verweist der Ehevertrag zur Bewertung des unternehmerischen Vermögens auf eine Buchwertklausel, die nach den Maßstäben der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung unwirksam wäre, stellt sich die – soweit ersichtlich – bislang nicht geklärte Folgefrage, ob die Buchwertklausel im Ehevertrag Bestand haben kann.

### 9. Pflichtteilsverzicht

Mit der Eheschließung gehen auch erbrechtliche Konsequenzen einher, die im Rahmen der Überlegungen zum Schutz des unternehmerischen Vermögens ebenfalls berücksichtigt werden sollten. Der überlebende Ehegatte ist nach § 1931 BGB gesetzlicher Erbe des Erblassers. Als gesetzlicher Erbe gehört der Ehegatte auch zu dem Kreis der nach § 2303 Abs. 2 BGB Pflichtteilsberechtigten. Da »

<sup>4</sup> Langenfeld/Milzer, in: Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Auflage, Rn. 340.

<sup>5</sup> Vgl. beispielsweise BGH NJW 1993, 3193 ff.

der Pflichtteilsanspruch ein Geldanspruch ist, der unmittelbar mit dem Erbfall entsteht und fällig wird, kann dies dazu führen, dass das illiquide Vermögen (insbesondere die Unternehmensbeteiligung) (teil-)veräußert werden muss, um den Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehepartners erfüllen zu können.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, gleichzeitig mit dem Abschluss des Ehevertrags auch einen Pflichtteilsverzichtsvertrag abzuschließen. Um dem Ehepartner eine adäquate Teilhabe an Vermögenszuwächsen im Privatvermögen zu ermöglichen, kann dieser Pflichtteilsverzicht auf das Vermögen beschränkt werden, das aus der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs ausgenommen wurde.

## 10. Zwangsvollstreckung in das unternehmerische Vermögen

Die Sicherung des unternehmerischen Vermögens durch den Ehevertrag wird schließlich gefährdet, wenn es dem ausgleichsberechtigten Ehegatten wegen sonstiger Zugewinnausgleichsansprüche oder anderer Ansprüche im Zusammenhang mit der Ehescheidung gestattet ist, in das unternehmerische Vermögen zu vollstrecken. Der Ehevertrag sollte deshalb auch eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung enthalten, die es verhindert, dass wegen der vorgenannten Ansprüche in geschütztes Vermögen vollstreckt wird. Der Ehevertrag sollte wenigstens eine Regelung enthalten, dass in das geschützte Vermögen erst nach erfolglosem Vollstreckungsversuch in das sonstige, nicht ausgenommene Vermögen vollstreckt werden darf.

## IV. Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen

### 1. Wirksamkeitskontrolle

Die Ehevertragsfreiheit gilt nicht grenzenlos. Im Anschluss an zwei grundlegende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>6</sup> hat sich in der Rechtsprechung eine ausdifferenzierte Kontrolle von Eheverträgen herausgebildet<sup>7</sup>. Erste Ausprägung derselben ist die sogenannte Wirksamkeitskontrolle: Durch sie wird die anfängliche Wirksamkeit des Ehevertrags anhand des Maßstabs des § 138 BGB („Verstoß gegen die guten Sitten“) überprüft. Sittenwidrig sind nach der Rechtsprechung dabei Vereinbarungen, die schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führen, dass – losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten. Dies sei auf Grundlage einer Gesamtwürdigung festzustellen, bei der auch die subjektiven Beweggründe der Ehegatten zu berücksichtigen seien<sup>8</sup>. Die Vertragsgestaltung kann sich,

um eine Nichtigkeit nach § 138 BGB zu vermeiden, an den Vorgaben der Rechtsprechung zur sogenannten Kernbereichslehre<sup>9</sup> orientieren. Ein Ehevertrag, der in den „Kernbereich“ des Scheidungsfolgenrechts eingreift, unterliegt einem besonderen Rechtfertigungsbedarf.

Der Regelungsbereich, der für den unternehmerisch tätigen Ehepartner die größte Bedeutung besitzt, der Zugewinnausgleich, ist am weitesten der ehevertraglichen Vereinbarung zugänglich; denn der Gesetzgeber bietet den Ehegatten mit der Vereinbarung der Gütertrennung nach § 1408 Abs. 1 BGB sogar die Möglichkeit, sämtliche Zugewinnausgleichsansprüche auszuschließen. Der BGH hatte verschiedentlich Gelegenheit, sich zu Sachverhalten zu äußern, in denen Unternehmer – zum Unternehmensschutz – den Zugewinn vollständig ausgeschlossen hatten. In diesem Zusammenhang hat der BGH regelmäßig ein überwiegendes legitimes Interesse des Unternehmers anerkannt, das Betriebsvermögen durch die Vereinbarung der Gütertrennung einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff des Ehegatten im Scheidungsfall zu entziehen<sup>10</sup>. Bei einem Ehevertrag, der sich darauf beschränkt, das unternehmerische Vermögen vor Zugewinnausgleichsansprüchen zu schützen, bestehen regelmäßig keine Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Güterstandsregelungen mit weitreichenden Unterhaltsverzicht und einem Verzicht auf Versorgungsausgleich verbunden sind, die den von der Rechtsprechung definierten „Kernbereich“ verletzen. In diesen Fällen kann eine Unwirksamkeit des gesamten Ehevertrags die Folge sein, die dann auch die Güterstandsregelung mitumfasst<sup>11</sup>.

### 2. Ausübungskontrolle

Die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB wird durch die sogenannte Ausübungskontrolle nach § 242 BGB ergänzt. Anknüpfungspunkt der Ausübungskontrolle ist das Scheitern der Ehe. Ein Ehevertrag, der im Hinblick auf § 138 BGB wirksam ist, wird im Rahmen der Ausübungskontrolle in einem zweiten Schritt überprüft. Prüfungsmaßstab ist, ob ein Ehegatte die ihm durch den Ehevertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall darauf beruft, dass durch den Vertrag einzelne gesetzliche Scheidungsfolgen abbedungen wurden. Die Gerichte sehen insbesondere dann Anpassungsbedarf, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht<sup>12</sup>.

„Paradefälle“ der Ausübungskontrolle sind Konstellationen, in denen die Ehegatten – bei Vertragsschluss – zunächst von einer fortdauernden Berufstätigkeit beider Ehegatten ausgegangen sind und deshalb Ansprüche auf naheheiligen Unterhalt und Versorgungsausgleich ausgeschlossen

---

6 BVerfG NJW 2001, 957 ff.; BVerfG NJW 2001, 2248.

7 Statt vieler vgl. etwa Langenfeld/Milzer, in: Handbuch. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Auflage, Rn. 68 ff.

8 S. nur BGH NZFam 2014, 450 Tz. 17.

9 Grundlegend BGH NJW 2004, 930, 934 ff.

10 BGH NZFam 2017, 408 Tz. 36 mwN.

11 BGH NZFam 2017, 408 Tz. 38.

12 BGH NJW 2004, 930, 935.

haben. Gibt nun in der Folgezeit einer der Ehegatten seinen Beruf wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder auf und erleidet dadurch ehebedingte Nachteile, kann sich der andere Ehegatte beim Scheitern der Ehe nicht mehr auf den Unterhaltsverzicht und den Ausschluss von Ansprüchen auf Versorgungsausgleich berufen. Vielmehr sind die ehebedingten Nachteile auszugleichen.

Uns sind bisher keine Fälle bekannt, in denen einer Privilegierung des Betriebsvermögens im Rahmen der Ausübungskontrolle die Anerkennung versagt wurde; denn die Vorstellungen der Parteien (= Unternehmensschutz), die zur Privilegierung des unternehmerischen Vermögens geführt haben, ändern sich regelmäßig bis zu einer Scheidung nicht. Da die Ausübungskontrolle ihre Grundlage darin findet, dass die ehelichen Lebensverhältnisse von den Vorstellungen der Eheleute nachträglich abweichen, sollte der Schutz des Betriebsvermögens auch hier Bestand haben. Abweichungen sind nur in Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn die Unternehmensbeteiligung veräußert wird und nicht geregelt ist, ob auch etwaige Surrogate vom Zugewinn ausgenommen bleiben, oder in den Fällen, die unter dem Stichwort der „Funktionsäquivalenz“ diskutiert werden.

### 3. Funktionsäquivalenz

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich eine Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen wird<sup>13</sup>.

Hat einer der Ehepartner durch eine einvernehmlich geänderte Lebensplanung – insbesondere durch die Übernahme von Haushaltsführung und Kinderbetreuung – Nachteile beim Aufbau einer eigenen Altersversorgung erlitten, wird diesen Nachteilen systemgerecht durch den Versorgungsausgleich Rechnung getragen. Da der Versorgungsausgleich zu einer Halbteilung der von den Ehegatten in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüche führt, besteht für eine Ausübungskontrolle bezüglich der Vereinbarungen zum Güterstand regelmäßig kein Anlass. Dies gilt auch dann, wenn die ehebedingten Versorgungsnachteile durch den Versorgungsausgleich nicht vollständig kompensiert werden konnten und der erwerbstätige Ehegatte in der Ehezeit zusätzlich zu seinen Versorgungsansprüchen ein zur Altersversorgung geeignetes Privatvermögen aufgebaut hat<sup>14</sup>.

Allerdings hat der BGH bereits mehrfach betont, dass es in Fällen der sogenannten Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich besondere Sachverhaltskonstellationen geben kann, in denen ein „Hinübergreifen“ auf das andere vermögensbezogene Ausgleichssystem im Rahmen der Ausübungskontrolle denkbar ist<sup>15</sup>.

Der BGH sieht einen Anwendungsbereich der „Funktionsäquivalenz“ z.B. in folgendem Fall: Der haushaltsführende Ehegatte verzichtet zugunsten der Familienarbeit auf die

Ausübung einer versorgungsbegründenden Erwerbstätigkeit. Der erwerbstätige Ehegatte erwirbt keine nennenswerten Versorgungsansprüche, da er z.B. Unternehmer oder Selbstständiger ist. Stattdessen hat der erwerbstätige Ehepartner seine Altersvorsorge auf die Bildung von Privatvermögen gerichtet. Im Fall einer vereinbarten Gütertrennung (oder modifizierten Zugewinnsgemeinschaft) erhält der haushaltsführende Ehepartner weder Vermögen noch Versorgungsansprüche für sein Alter. In solchen Fällen kann es nach der Rechtsprechung im Einzelfall geboten sein, dem haushaltsführenden Ehegatten zum Ausgleich für die entgangenen Versorgungsansprüche einen modifizierten Zugewinnausgleich zu gewähren<sup>16</sup>.

Die Sprengkraft der Ausführungen des BGH für den unternehmerisch tätigen Ehegatten sollten auf der Hand liegen: Der geschäftsführende Gesellschafter mit „maßgeblichem Einfluss“ auf die Gesellschaft ist von der Sozialversicherungspflicht befreit und erwirbt keine Rentenanwartschaften, die im Rahmen eines Versorgungsausgleichs ausgeglichen werden könnten. In diesen Fällen kann der Versorgungsausgleich keine Kompensation für ehebedingte Nachteile des haushaltsführenden Ehegatten bieten. Dies kann nach der Rechtsprechung dazu führen, dass trotz Gütertrennung bzw. modifizierter Zugewinnsgemeinschaft ein Zugewinnausgleich für den haushaltsführenden Ehegatten durchzuführen wäre.

In solchen Konstellationen muss der vorsorgende Ehevertrag sicherstellen, dass der haushaltsführende Ehegatte durch rechtsverbindliche Abreden eine angemessene Altersvorsorge erhält. Dies kann etwa durch den Abschluss einer Renten- oder Lebensversicherung zugunsten des haushaltsführenden Ehegatten oder durch Zusage einer angemessenen Unterhaltszahlung nach Renteneintritt geschehen. ◆

<sup>16</sup> BGH NJW 2018, 2871 Tz. 24; BGH NJW 2015, 52 Tz. 31.



**Prof. Dr. Rainer Kögel** ist Rechtsanwalt und Partner bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

**Dr. Oliver Kanzler** ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

#### KEYWORDS

Eheverträge • modifizierte Zugewinnsgemeinschaft

<sup>13</sup> BGH NJW 2018, 2871 Tz. 22.

<sup>14</sup> BGH NJW 2018, 2871 Tz. 23 mwN aus der Rechtsprechung.

<sup>15</sup> BGH NJW 2018, 2871 Tz. 24; BGH NJW 2015, 52 Tz. 30.