

Unternehmensnachfolge

Spiegelberger

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75373-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

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 Ausschluss 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 andernfalls 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 Verzicht 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 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 Gesamtnichtigkeit kommen wird. 30

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

VI. Anwendbares Recht

Beispiel: Die Ehegatten M und F (beide deutsche Staatsangehörige) haben in 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. 32

In den nachstehenden Ausführungen werden ausschließlich die gesetzlichen Güterstände des deutschen Rechts (einschließlich üblicher Modifizierungen) 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, Personen mit Grundbesitz im Ausland etc.). 33

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

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

- 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 Ehewirkungen, die durch keinen europäischen oder internationalen Rechtsakt geregelt sind. Hierfür besteht noch die Rechtswahlmöglichkeit nach 36

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 südeuropäischen 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 Gutgläubensvorschriften 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 Zugewinngemeinschaft 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 Zugewinngemeinschaft im Ehevertrag von Unternehmern, MittRhNotK 1999, 257; *Schlünder/Geißler*, Güterrechtlicher Neustart um Mitternacht oder der schenkungsteuerliche Reiz der „Güterstandschaukel“, 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 → R.n. 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 entgegen gewirkt 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 → R.n. 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. 6ff.). 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