

Formularbuch des Fachanwalts Familienrecht

Praxis des familiengerichtlichen Verfahrens

Herausgegeben von

Dr. Eberhard Jüdt

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht

Dr. Norbert Kleffmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Notar

Gerd Weinreich

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D. und Rechtsanwalt

6. Auflage

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2021

Vorwort

Das Formularbuch des Fachanwalts Familienrecht erscheint bereits in der 6. Auflage und hat sich zu einem in der anwaltlichen Praxis unentbehrlichen und beliebten Helfer entwickelt. Seit seinem ersten Erscheinen hat sich im Familien- und Familienverfahrensrecht vieles geändert. Es ist nicht nur die sich ständig in Bewegung befindliche Rechtsprechung. Auch der Gesetzgeber gibt keine Ruhe und versucht, die Rechtslage den sich stetig ändernden gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen.

Nach dem Erscheinen der 5. Auflage ist einer unserer Autoren, der von Beginn an dabei war und das Werk gewissenhaft begleitet hat, leider verstorben. Der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht a.D. Dr. Peter Friederici hat eine schmerzliche Lücke hinterlassen. Wir werden ihn stets als engagierten und humorvollen Mitautor in Erinnerung behalten und verneigen uns vor dem Fleiß, mit dem er das Formularbuch von Beginn an gefördert hat.

Die entstandenen Lücken haben neue Autorinnen und Autoren gefüllt: So hat die Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht Maren Waruschewski aus Oldenburg die Bearbeitung des Kapitels 1 (Ehescheidung), der Richter am Amtsgericht Langenfeld Christian Breuers die des kompletten Kapitels 8 (Versorgungsausgleich) und der Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Dr. Thomas Roßmann die des Kapitels 14 (Abstammungsrecht) übernommen. Der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht Hamm a.D. Werner Reinken hat sich in Kapitel 15 dem Adoptionsrecht gewidmet. Allen neuen Autorinnen und Autoren sei an dieser Stelle der Dank der Herausgeber und des Verlages dafür ausgesprochen, dass sie sich dieser Aufgabe angenommen haben. Alle Autorinnen und Autoren sind ausgewiesene Expertinnen und Experten aus verschiedenen OLG-Bezirken, die sich auch bereits vielfach als Autoren haben auszeichnen können. Die neue Zusammensetzung der Autorenschaft zeigt überdies einen beginnenden Generationswechsel.

Auch im Übrigen enthält die Neuauflage zahlreiche Änderungen und Verbesserungen gegenüber der 5. Auflage. So ist der Unterhalt im Wechselmodell ebenso umfassender bearbeitet worden wie die Problematik des Unterhalts behinderter Kinder. In Kapitel 3 hat sich der Mitherausgeber Eberhard Jüdt noch intensiver mit güterrechtlichen Fragen befasst, so mit dem Inhalt des Auskunfts- und Beleganspruchs, mit Fragen zum Trennungvermögen sowie zur Beweislast. Ein Stufenantrag für das Zugewinnausgleichsverfahren ist neu eingefügt. Die Behandlung des Versorgungsausgleichsverfahrens ist neu strukturiert und gegenüber der Voraufgabe wesentlich erweitert worden. Neu ist die Behandlung des ehevertraglichen Erb- und Pflichtteilsverzichts ebenso wie die eines Musters zum Totalverzicht mit Rücktrittsklausel.

Gebührenrechtlich von besonderem Interesse dürfte das Muster der Abrechnung einer Scheidungsfolgenvereinbarung ebenso sein wie die Darstellung der Verfahrenswerte. Ohnehin ist die Anzahl der Muster im Buch deutlich erhöht worden, nicht zuletzt auch in dem Teil, der sich mit dem Internationalen Recht befasst.

Das Formularbuch des Fachanwalts Familienrecht ist so konzipiert, dass jeder Nutzer eine verständliche Aufarbeitung der Probleme erhält, die ihn in der Praxis beschäftigen. Nachfolgend dienen Muster dazu, die verfahrensrechtlich notwendigen oder verfahrensfördernden Anträge zu formulieren, wobei Sinn und Zweck der Anträge beschrieben werden. Dieses Konzept hat sich mittlerweile in fünf Voraufgaben bewährt. Hinzu kommt die Darstellung der psychologischen Probleme, mit denen sich die Familienanwältin oder der Familienanwalt konfrontiert sieht und die eine Hilfe dabei sein sollen, die Mandantschaft zu verstehen und noch besser mit ihr umzugehen. Solchen Anwältinnen und Anwälten, die noch keine Fachanwälte sind, hoffen wir eine unentbehrliche Hilfe beim Einstieg in das Familienrecht und das familienrechtliche Verfahren zur Verfügung zu stellen.

Wir hoffen, dass unser oben umschriebenes Ziel mit dem vorliegenden Buch realisiert werden kann und bitten darum, uns auch weiterhin mit Anregungen aus der Praxis zu unterstützen. Denjenigen,

die uns in der Vergangenheit so zahlreich Vorschläge, Kritik aber auch Zustimmung haben zukommen lassen, sei herzlich gedankt. Appelliert sei an sie wie alle anderen, uns auch weiterhin auf Schwächen, Verbesserungs- oder Ergänzungsbedarf aufmerksam zu machen, wobei natürlich ein lobendes Wort auch gern gehört wird.

Dr. Eberhard Jüdt
Dr. Norbert Kleffmann
Gerd Weinreich

Neuwied
Hagen
Oldenburg

Im November 2020

Die Bearbeiter

Ulrich Alberstötter

Dipl.-Pädagoge, Mediator und Supervisor

Christian Breuers

Richter am Amtsgericht als weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht Langenfeld (Rhld.)

Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M., LL.M. (beide Osnabrück)

Richter am Landgericht Heidelberg, Privatdozent der Universität Osnabrück

Eckart Hammermann

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Cornelia Herrmann

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht

Dr. Eberhard Jüdt

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Mediator

Dr. Rainer Kemper

Lehrbeauftragter an der Universität Münster und X-Nanterre

Dr. Monika Keske

Direktorin des Amtsgerichts a.D.

Dr. Carsten Kleffmann, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Steuerrecht und Notar

Prof. Dr. Dieter Martiny

Professor (em) der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (O)

Werner Reinken

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

Dr. Franz-Thomas Roßmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht

Trude-Maria Schick

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht

Prof. Dr. Kai Schulte-Bunert

Professor an der Fachhochschule für Rechtspflege

Maren Waruschewski

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht

Matthias Weber

Dipl.-Psychologe und Psychologischer Psychotherapeut

Dr. Stefan Weismann

Präsident des Landgerichts

Theo Ziegler

Vorsitzender Richter am Landgericht

Im Einzelnen haben bearbeitet

Kapitel 1	Ehescheidung	Waruschewski/Alberstötter
Kapitel 2	Unterhalt	Reinken/Herrmann/Hammermann/Jüdt
Kapitel 3	Güterrecht	Jüdt/Kemper
Kapitel 4	Sorgerecht	Ziegler
Kapitel 5	Umgangsrecht	Ziegler/Weber
Kapitel 6	Ehewohnungs- und Haushaltssachen	Schick
Kapitel 7	Gewaltschutz	Schulte-Bunert
Kapitel 8	Versorgungsausgleich	Breuers
Kapitel 9	Wirkungen der Ehe im Allgemeinen	Schick
Kapitel 10	Partnerschaften außerhalb der Ehe	Weismann/Jüdt
Kapitel 11	Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit	Deppenkemper
Kapitel 12	Eheverträge	C. Kleffmann
Kapitel 13	Kosten	Keske
Kapitel 14	Abstammungsrecht	Roßmann
Kapitel 15	Adoptionssachen	Reinken
Kapitel 16	Internationales Privatrecht	Martiny

Inhaltsübersicht

Kapitel 1: Ehescheidung	1
A. Überblick	4
B. Das Getrenntleben	15
C. Die Scheidung	26
D. Eheaufhebungsverfahren	73
E. Feststellung auf Bestehen/Nichtbestehen einer Ehe	74
F. Scheidungsverband und Rechtsmittel	75
G. Aufhebung einer Lebenspartnerschaft	79
H. Rechtsfolgen der Scheidung (Aufhebung)	82
I. Psychologische Aspekte der Trennung und Scheidung	83
Kapitel 2: Unterhalt	145
A. Vorbereitung des Unterhaltsverfahrens	152
B. Einleitung Kindesunterhalt	169
C. Unterhalt für ein minderjähriges Kind	177
D. Unterhalt für ein volljähriges Kind	214
E. Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung	231
F. Ehegattenunterhalt	239
G. Der Abänderungsantrag	370
H. § 1607 BGB und familienrechtlicher Ausgleichsanspruch	470
I. 2. Instanz	477
Kapitel 3: Güterrecht	525
A. Historie	526
B. Strukturen	526
C. Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichsrechts	527
D. Einwilligung oder Zustimmung und deren Ersetzung bei Rechtsgeschäften über das Vermögen als Ganzes, §§ 1365 ff. BGB	528
E. Der Zugewinnausgleich bei Ehescheidung	535
Kapitel 4: Sorgerecht	643
A. Sorgerecht	643
B. Kindsherausgabe	654
Kapitel 5: Umgangsrecht	657
A. Antrag auf Umgangsregelung	658
B. Umgangsrechtsausschluss	664
C. Psychologische Aspekte des Sorge- und Umgangsrechtes	666
Kapitel 6: Ehewohnung und Haushaltssachen	721
A. Einleitung	722
B. Verbotene Eigenmacht	722

C. Einigung über die Nutzung der Ehewohnung	724
D. Die Wohnungszuweisung nach § 1361b BGB	725
E. Haushaltssachenteilung bei Trennung (§ 1361a BGB)	759
F. Verbotene Eigenmacht	759
G. Einigung	760
H. Teilung von Haushaltssachen (§ 1361a BGB)	761
I. Zuweisung der Ehewohnung nach § 1568a BGB	777
J. Teilung von Haushaltsgegenständen nach § 1568b BGB	797
Kapitel 7: Gewaltschutz	820
A. Einleitung	820
B. Gerichtliche Schutzmaßnahmen, § 1 GewSchG	822
C. Wohnungszuweisung, § 2 GewSchG	838
Kapitel 8: Versorgungsausgleich	848
A. Grundlagen	849
B. Ausgleichsverfahren	865
C. Wertausgleich nach der Scheidung	873
D. Tod eines Ehegatten	883
E. Anpassung	883
F. Abänderungsverfahren (§ 51 VersAusglG)	889
G. Schuldrechtsanaloger Ausgleich (§ 28 VersAusglG)	890
H. Rechtsmittel	890
I. Bundeseinheitliche Vordrucke zum Versorgungsausgleich	891
Kapitel 9: Wirkungen der Ehe im Allgemeinen	892
A. Einleitung	893
B. Allgemeine steuerrechtliche Beziehungen zwischen Ehegatten	894
C. Allgemeine Handlungs- und Unterlassungspflichten	928
D. Namensrechtliche Probleme	956
E. Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs	960
Kapitel 10: Partnerschaften außerhalb der Ehe	963
A. Überblick	963
B. Die eingetragene Lebenspartnerschaft	964
C. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft	966
Kapitel 11: Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit	1041
A. Mediation	1041
B. Schiedsverfahren	1051
Kapitel 12: Eheverträge	1067
A. Terminologie	1068
B. Regelungsbereich	1069
C. Formerfordernisse	1073
D. Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen	1077
E. Ehevertraglicher Erb- und Pflichtteilsverzicht	1084

F. Salvatorische Klauseln, Abgeltungsklauseln, Schiedsklauseln	1085
G. Muster und Erläuterungen	1088
Kapitel 13: Kosten und Kostenhilfe	1156
A. Einleitung	1159
B. Honorarvereinbarung	1161
C. Gesetzliche Vergütung für außergerichtliche Tätigkeit.	1186
D. Kosten in gerichtlichen Verfahren	1202
E. Gebühren bei Einigung und Einigungsbemühungen.	1234
F. Gebührenanrechnung	1244
G. Verfahrenswert.	1250
H. Verfahrenskostenhilfe	1286
I. Anhang: Wertgebührentabellen zum RVG/FamGKG	1336
Kapitel 14: Abstammungsrecht	1338
A. Grundlagen	1338
B. Klärung der leiblichen Abstammung.	1341
Kapitel 15: Adoptionssachen	1355
A. Überblick	1355
B. Adoption nach deutschem Recht.	1359
C. Internationale Adoption	1364
D. Befreiung vom Eheverbot	1370
Kapitel 16: Internationales Privatrecht	1371
A. Einleitung	1372
B. Ehescheidung	1374
C. Versorgungsausgleich.	1383
D. Sorge- und Umgangsrecht	1386
E. Kindes- und Ehegattenunterhalt	1392
F. Wohnung und Haushaltsgegenstände, Betretungs-, Annäherungs- und Kontaktverbote	1401
G. Güterrecht.	1402
H. Abstammungssachen	1404

Kapitel 12: Eheverträge

	Rdn.
Übersicht	
A. Terminologie	1
B. Regelungsbereich	8
C. Formerfordernisse	21
I. Abschlussbefugnis	21
II. Form	25
III. Rechtsfolgen eines Formmangels	35
D. Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen	38
I. Wirksamkeitskontrolle	43
II. Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB	46
III. Rangordnung der Scheidungsfolgen	48
1. Stufe: Unterhalt wegen Kinderbetreuung gem. § 1570 BGB	49
2. Stufe: Alters- und Krankheitsunterhalt nebst jeweils zugehörigem Vorsorgeunterhalt (§§ 1571, 1572 BGB); Versorgungsausgleich	50
a) Unterhalt	50
b) Versorgungsausgleich	52
3. Stufe: Ansprüche nach §§ 1573, 1575 und 1576 BGB nebst zugehöriger Vorsorgeunterhalte	55
4. Stufe: Zugewinnausgleich	56
E. Ehevertraglicher Erb- und Pflichtteilsverzicht	62
F. Salvatorische Klauseln, Abgeltungsklauseln, Schiedsklauseln	63
I. Salvatorische Klauseln	63
II. Abgeltungsklauseln	71
III. Schiedsklauseln	75
G. Muster und Erläuterungen	78
I. Gesamtmuster Totalverzicht	79
II. Gesamtmuster Totalverzicht mit Rücktrittsklausel	80
III. Gesamtmuster moderater Verzicht mit Erbvertrag	81
IV. Güterstandsmodifikationen	82
1. Gütertrennung	83
2. Modifizierte Zugewinngemeinschaft	91
3. Güterstandswechsel, Güterstandsschaukel	104
4. Gütergemeinschaft	112
5. Deutsch-französische Wahlzugewinngemeinschaft	123
V. Ehegattenvereinbarungen	126
1. Übersicht	126
2. Familienunterhalt	128
3. Trennungunterhalt	135
4. Geschiedenenunterhalt	149
VI. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich	167
VII. Kindbezogene Vereinbarungen	199
1. Unterhalt minderjähriger Kinder	199
2. Unterhalt volljähriger Kinder	208
3. Vereinbarungen über die elterliche Sorge und das Umgangsrecht	211
4. Das Kind und die Ehwohnung	218
VIII. Ehevertrag mit Auslandsbezug	224
IX. Vertrag von Lebenspartnern	229

Auch die den Formmangel übersehende Entscheidung des FamG über die Verbundsache Güterrecht führt keine Heilung eines Formmangels herbei. Erkennt das FamG den Formmangel, hat es die güterrechtlichen Angelegenheiten nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen, wenn der Mangel nicht rechtzeitig behoben wird. Entscheidet das FamG nach Maßgabe der formnichtigen Ehegattenvereinbarung in der Güterrechtssache, weil es den Mangel übersieht, erwächst die Entscheidung dennoch in Rechtskraft, wenn Rechtsmittel nicht rechtzeitig eingelegt oder darauf verzichtet wird. Allerdings erwirkt auch der Eintritt der Rechtskraft keine Heilung. Eine tatsächliche Beseitigung der Folgen einer rechtskräftigen Entscheidung ist durch schuldrechtliche Vereinbarung der geschiedenen Ehegatten möglich. 37

D. Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen

Vorbemerkung

Nach der Rspr. des BGH zur **Wirksamkeit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen** stehen die gesetzlichen Scheidungsfolgenregelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich grds. zur vertraglichen Disposition der Ehegatten. Einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht (vgl. §§ 1408 Abs. 1 und 2, 1414, 1585c, 1587o BGB a.F.). Diese **grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen** darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den **Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts** eingreift (BGH, FamRZ 2004, 601, und ständig). Diese allgemeinen Maßstäbe gelten grds. auch für Verträge die in zeitlichem Zusammenhang oder zur Vorbereitung der Scheidung geschlossen werden. 38

Eheverträge unterliegen einer Inhaltskontrolle zu zwei unterschiedlichen Zeitpunkten mit unterschiedlichen Prüfungskriterien und andersartigen Rechtsfolgen. Kontrollmaßstab ist die **Kernbereichslehre**. Je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift, umso genauerer Prüfung bedarf sie (vgl. Rdn. 49 ff.). 39

Zum **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** ist der Ehevertrag im Rahmen einer **Wirksamkeitskontrolle** (sub. I. Rdn. 43) zu prüfen auf Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB. Verstößt der Vertrag gegen vorgenannte Norm, hat dies die gänzliche Nichtigkeit des Ehevertrags zur Folge (BGH, FamRZ 2014, 629). 40

Zum **Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe** der Beteiligten wird mithilfe der **Ausübungskontrolle** (sub. II. Rdn. 46) in § 242 BGB geprüft, ob die mit dem Ehevertrag vereinbarten Rechtsfolgen nach dem Eintritt unerwarteter Veränderungen für den im Vertrag benachteiligten Ehepartner noch hinnehmbar erscheinen. Ist dies nicht der Fall, erfolgt eine richterliche **Vertragsanpassung**. Aufgrund dieser Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle soll verhindert werden, dass eine evident einseitige und nicht hinnehmbare Lastenverteilung eintritt. 41

Vorgenannte Prinzipien sind auch auf Scheidungsvereinbarungen entsprechend anzuwenden (OLG Celle, FamRZ 2007, 1567; vgl. auch *Borth* FamRZ 2004, 609). 42

I. Wirksamkeitskontrolle

- 43 Es ist zu prüfen, ob bereits bei Eingehung der Ehe bzw. im Zeitpunkt des Zustandekommens der Vereinbarung diese offenkundig zu einer derart **einseitigen Lastenverteilung** für den Scheidungsfall führt, dass hier losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise zu versagen ist mit der Folge, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (BGH, NJW 2004, 930). Ein Ehevertrag ist dann **sittenwidrig**, wenn er **objektiv** zu einer evident einseitigen Lastenverteilung zum Nachteil eines Ehegatten führt, dessen Schutzlosigkeit als Folge einer Scheidung vorhersehbar ist, und **subjektiv** sich der benachteiligte Ehegatte in einer sehr viel schwächeren Verhandlungsposition befand (BGH, FamRZ 2013, 269; BGH, FamRZ 2018, 577). Die Wirksamkeitskontrolle ist im Rahmen einer **Gesamtwürdigung sämtlicher bei Vertragsschluss vorliegender Umstände vorzunehmen**. Sie hat auf die individuellen Verhältnisse der Beteiligten bei Vertragsschluss abzustellen. Besondere Berücksichtigung hierbei müssen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, der geplante oder bereits verwirklichte Zuschnitt der Ehe sowie die Folgen der Vereinbarung auf die Ehegatten und die Kinder finden. In **subjektiver Hinsicht** müssen die von den Beteiligten mit der Regelung verfolgten Zwecke bzw. die dahinterstehenden Beweggründe beachtet werden. Das **Verdikt der Sittenwidrigkeit** wird damit regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts (sub. III. Rdn. 48) ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige wichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird. Eine Sittenwidrigkeit ergibt sich danach nur, wenn das Vereinbarte nicht annähernd geeignet ist, ehebedingte Nachteile auszugleichen (Palandt/Brudermüller § 1408 Rn. 9).
- 44 Allein die Unausgewogenheit der Vereinbarung führt nicht zu einer Sittenwidrigkeit. I.R.d. § 138 BGB ist zu prüfen, ob der Vertrag eine auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende **einseitige Dominanz** eines Ehegatten widerspiegelt (BGH, FamRZ 2013, 269; FamRZ 2013, 195; 2009, 198; FamRZ 2007, 450). In Fällen **gestörter Vertragsparität** ist dem Ehevertrag die Wirksamkeit zu versagen (BGH, FamRZ 2013, 269; FamRZ 2013, 195). Selbst eine **Schwangerschaft** bei Abschluss des Ehevertrages vor Heirat ist lediglich ein **Indiz für eine vertragliche Disparität**, die zwar Anlass gibt, den Vertrag einer verstärkten richterlichen Kontrolle zu unterziehen, aber nicht zwangsläufig zur Sittenwidrigkeit führt (BGH, FamRZ 2009, 198; FamRZ 2006, 1359).
- 45 Der benachteiligte Ehegatte muss bei Vertragsschluss in einer **deutlich schwächeren Verhandlungsposition** sein, die der andere Ehegatte zu seinem Vorteil ausnutzt. Derartige Konstellationen sind nur in extremen Ausnahmefällen, in denen sich der benachteiligte Ehegatte quasi dem Diktat des anderen beugt, anzunehmen (BGH, FamRZ 2009, 1041; FamRZ 2007, 450).

Der Prüfungsmaßstab der auf den Zeitpunkt des Vertragsabschluss bezogenen Gesamtwürdigung erweist sich bei näherer Betrachtung und auch im Hinblick auf die jüngsten Entscheidungen des BGH (FamRZ 2017, 884, FamRZ 2018, 577) zunehmend als problematisch, da er letztlich zu nicht mehr voraussehbaren ergebnisbezogenen Entscheidungen führt und die Beratungspraxis der Notare und Rechtsanwälte, zurückhaltend formuliert, nicht einfacher macht.

In der Entscheidung vom 15.03.2017 (FamRZ 2017, 884) hatte der BGH zunächst alle vertraglichen Scheidungsfolgeregelungen einer Einzelprüfung am Maßstab des § 138 BGB unterzogen und dessen objektive Voraussetzungen bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses in jedem Einzelfall verneint. In der Folge hat er jedoch »in objektiver Hinsicht« darauf abgestellt, dass schon bei Vertragsschluss mit höherer Wahrscheinlichkeit auf Seiten der wirtschaftlich schwächeren, unzureichend abgesicherten Ehefrau eine Bedürfnislage absehbar gewesen sei. Diese Prognose verwundert.

Eine weitere Ungereimtheit ergibt sich daraus, dass der BGH zwar für Alters- und Krankenunterhalt sowie den Versorgungsausgleich entsprechend der bisherigen Rspr. (FamRZ 2013, 195) zunächst

feststellt, dass sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht absehen lasse, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte unterhaltsbedürftig werden könne, weshalb die auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Sittenwidrigkeit ausscheidet. Dann aber ist er im Rahmen einer auf den Jetzt-Zeitpunkt bezogenen Gesamtwürdigung doch zur Bejahung des § 138 BGB gelangt (kritisch zu Recht »Wider die Diktatur des § 138 BGB bei Eheverträgen« *Hahne* FS Koch S. 357 ff.).

Zweifel erwecken auch die Gründe einer Entscheidung des BGH vom 17.01.2018 (BGH, FamRZ 2018, 577 m. krit. Anm. *Bergschneider*). Hier hatte der BGH bei einer Doppelverdiener Ehe, in der die Ehefrau vor und während der Ehe zunächst vollschichtig tätig war und diese Tätigkeit erst mit der Geburt des fünf Jahre nach Eheschließung geborenem gemeinsamen Kindes für zwei Jahre unterbrach, um im Anschluss daran wieder – allerdings geringfügig – tätig zu sein, den vereinbarten gegenseitigen Unterhalts- und Versorgungsausgleichsverzicht bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als sittenwidrig angesehen, weil – im Wege einer Vorausschau – die Geburt des Kindes angesichts des Alters der Ehegatten nicht von vornherein hätte ausgeschlossen werden können und zu einer Einkommens- und Vermögenseinbuße der Ehefrau hätte führen können. Der somit sittenwidrige Unterhalts- und Versorgungsausgleichsverzicht strahlte auch auf den Zugewinnausgleich aus. Auch hier hatte der BGH im Ergebnis die bisher auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses – losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Lebensverhältnisse der Ehegatten – beschränkte Prüfung verlassen und sie durch eine **Prognose der möglichen künftigen Entwicklungen** ersetzt, also einen hypothetischen Verlauf zu Grunde gelegt.

Der BGH dürfte damit die ursprüngliche Doktrin der Kernbereichslehre verlassen, zumindest aber in erheblichem Umfang modifiziert haben.

Die geschilderten Fallkonstellationen entsprechen eher jenen, in denen sich erst später im Verlauf der Ehe eine veränderte Lebenssituation ergibt, in der sich die ehevertragliche Regelung nunmehr einseitig zulasten eines Ehegatten auswirkt und deshalb im Wege der Ausübungskontrolle einer Korrektur nach § 242 BGB und den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unterzogen werden muss. Der BGH hätte daher bei Fortsetzung der zuvor gefestigten Rspr. eine schonendere und die Interessen beider Ehegatten besser wahrende Lösung über den Weg der Anpassung des Vertrages wählen können (und sollen), etwa dergestalt, dass zwar Unterhalt und Altersversorgung für die Ehefrau gewährt würden, dass andererseits aber der Zugewinn – als nicht zum schützenswerten Kernbereich der Scheidungsfolgen gehörend – wie im Ehevertrag vorgesehen, ausgeschlossen bleibt. Damit hätte den beiderseitigen Interessen der Ehegatten hinreichend Rechnung getragen werden können (vgl. eingehend *Hahne* FS Koch S. 357 ff.; *Bergschneider* FS Hahne S. 113, 118).

Die Fixierung auf die Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerade bei ehelichen und nahehelichen Verhältnissen führt oft nicht zu plausiblen Ergebnissen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit erscheint oftmals ebenso wie die absolute Nichtigkeit als Rechtsfolge überzogen. Ein flexibleres System als § 138 BGB, in dessen Rahmen interessengerechter gelöst werden kann, steht zur Verfügung, wenn die **Gewichte zugunsten der Ausübungskontrolle verschoben werden** (so bereits *Schlünder* FF 2017, 339, 345). Die Ausübungskontrolle ist das Instrument, mit dem Verzichtsverträge einer geänderten Sachlage angepasst werden können. Ihr Zweck ist es, einen ehebedingten Nachteil im Wege der richterlichen Vertragsanpassung zu kompensieren. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht der zurückliegende des Vertragsschlusses, sondern der aktuelle des Scheiterns der Ehe.

Zusammengefasst: Das stringente Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei Anwendung des § 138 BGB ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Entwicklungen, denen eine Ehe im Laufe ihrer Dauer unterliegt, trägt den Erfordernissen einer Inhaltskontrolle nicht hinreichend Rechnung. Schon der Terminus der **Gesamtwürdigung** fordert nach seinem Wortsinn eine Einbeziehung aller Umstände, die die aktuelle wirtschaftliche Lage der beteiligten Ehegatten kennzeichnen.

II. Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB

- 46 Soweit ein Vertrag dem Sittenwidrigkeitsverdikt standhält, erfolgt eine Ausübungskontrolle. **Maßgeblich** sind die **Verhältnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft**. Nunmehr ist zu prüfen, ob eine evident einseitige Lastenverteilung vorliegt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Dies ist insb. der Fall, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht. Hält die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss einer Scheidungsfolge der richterlichen Ausübungskontrolle nicht stand, führt dies nicht immer zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Vielmehr ist die Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Beteiligten in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (BGH, FamRZ 2018, 1415; FamRZ 2014, 1978; FamRZ 2013, 770; und grundlegend FamRZ 2004, 601). Scheitert z.B. ein zunächst beabsichtigtes Versorgungskonzept wegen der Geburt und Betreuungsbedürftigkeit ehedem gemeinsamer Kinder und erleidet die Ehefrau dadurch Verluste in ihrer geplanten Altersversorgung, so erfolgt eine Anpassung im Wege der **Ausübungskontrolle lediglich nur in Gestalt eines Ausgleichs der ehebedingten Nachteile**. Dieser Ausgleich hat sich daran zu orientieren, welche Versorgung die Ehefrau ohne die Ehe durch Fortführung der eigenen Berufstätigkeit hätte erwerben können, was bei einem zumeist vorliegenden Einkommens- und Versorgungsgefälle zwischen den Ehegatten nicht zu einer Halbteilung führen muss (BGH, FamRZ 2013, 770).
- 47 Zu **Anpassungen** kann es auch **im Fall von Recht- oder Rechtsprechungsänderungen** kommen. Haben z.B. Ehegatten in einem Ehevertrag eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung vereinbart und hat sich die Rechtslage etwa durch die Befristungsmöglichkeit in § 1578b BGB geändert, kann sich der Pflichtige auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen (§ 313 BGB). Haben dagegen Ehegatten in einem Scheidungsfolgenvergleich einen unbefristeten Unterhalt vereinbart und ausdrücklich (!) **auf das Recht zur Abänderung verzichtet**, kann sich der Unterhaltspflichtige auch bei späterer Änderung der Rechtslage nicht auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen (BGH, FamRZ 2015, 734).

III. Rangordnung der Scheidungsfolgen

- 48 Zulässigkeit und Grenzen ehevertraglicher Vereinbarungen hängen davon ab, inwieweit die Scheidungsfolgen dem **Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts** unterfallen (BGH, FamRZ 2004, 601 und ständig). Der BGH (BGH, FamRZ 2004, 601, ihm folgend, soweit ersichtlich, sämtliche Obergerichte) hat sodann eine **Stufenleiter** zur Bedeutung der Scheidungsfolgen entwickelt. Je höherrangig die Scheidungsfolge angesiedelt wird, desto schwerwiegender müssen die Gründe für deren Abbedingung sein (BGH, NJW 2009, 2124; FamRZ 2007, 1310).

1. Stufe: Unterhalt wegen Kinderbetreuung gem. § 1570 BGB

- 49 Auf Unterhalt wegen Kindesbetreuung kann grds. nicht verzichtet werden. Dieser **hochrangig anzusiedelnde Unterhaltsanspruch ist nur in gewissen Grenzen der Modifizierung nach Dauer und Höhe zugänglich** (BGH, FamRZ 2014, 629; FamRZ 2011, 1377; FamRZ 2008, 582). Nach der Rspr. des BGH (BGH, FamRZ 2006, 1359; FamRZ 2005, 1444) kann der Betreuungsunterhalt abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt werden und muss nicht immer den eheangemessenen Unterhalt erreichen. Im Hinblick auf den hohen Rang des Betreuungsunterhalts bedarf es jedoch im Einzelfall einer sorgfältigen, letztlich zurückhaltenden, Prüfung. Bei einfachen oder mittleren Verhältnissen sollte die Vereinbarung eines geringeren als des gesetzlichen Unterhalts vermieden werden. Bei sehr großzügigen Verhältnissen kommt eher eine höhenmäßige Begrenzung

in Betracht. Maßstab ist stets das Kindeswohl. Auch ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt muss nicht sittenwidrig sein, etwa wenn kein Kinderwunsch vorhanden war oder bei einer Doppelverdienerhe, bei der Nachwuchs nicht ausgeschlossen wird, jedenfalls keine Tendenz zur Einverdienerhe besteht (BGH, FamRZ 2013, 195). Dies kann man jedoch nicht annehmen für eine vertragliche Unterschreitung des gesetzlichen Mindestzeitraums von 3 Jahren, in dem kraft Gesetzes dem betreuenden Elternteil ein Basisunterhalt zusteht und er von jeder Erwerbstätigkeit freigestellt ist (vgl. auch *Sanders* FF 2013, 239; *Löhnig/Preisner* FamRZ 2012, 1479).

2. Stufe: Alters- und Krankheitsunterhalt nebst jeweils zugehörigem Vorsorgeunterhalt (§§ 1571, 1572 BGB); Versorgungsausgleich

a) Unterhalt

Dem Alters- und Krankheitsunterhalt kommt ein hoher Rang zu, weil Ehegatten in diesen Fällen nicht mehr in der Lage sind, durch eigene Erwerbstätigkeit ihren angemessenen Unterhalt zu sichern. Zwar ist der Verzicht auf Alters- und Krankheitsunterhalt nicht von vornherein sittenwidrig, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses i.d.R. noch nicht absehbar war, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte (BGH, FamRZ 2005, 691). Die Erkrankung kann aber die Berufung auf einen ehevertraglichen Ausschluss nachträglich als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Sodann ist der Vertrag so anzupassen, dass solche Nachteile ausgeglichen werden, die als ehebedingt anzusehen sind (BGH, FamRZ 2014, 1978; FamRZ 2013, 770).

Auf der gleichen Stufe wie der Alters- und Krankenunterhalt stehen die Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhaltsansprüche. Vorsorgeunterhaltsansprüche stehen auf der gleichen Stufe wie Ansprüche, von denen sie sich ableiten. Das Unterhaltsrecht will Risiken, die ein Ehegatte i.R.d. gemeinsamen Lebensplanung – der Ehe willen – auf sich genommen hat und die sich bei Trennung bzw. Scheidung verwirklichen, gleichmäßig auf die Ehegatten verteilen. Diese Lastenverteilung beschränkt sich nicht nur auf den Elementar-, sondern auch auf den Vorsorgeunterhalt. So hat in einem Fall, in dem die bei Ehevertragsschließung berufstätige Ehefrau auf Unterhalt verzichtet hatte, weil beide Ehegatten eine Doppelverdienerhe ohne Kinder führen wollten, sie aber später wegen der Geburt zweier Kinder doch an einer weiteren Berufstätigkeit gehindert war, der BGH zwar eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB bei Vertragsabschluss verneint, jedoch wegen der veränderten Lebensumstände eine Korrektur nach § 242 BGB vorgenommen. Da die Ehefrau während der Betreuung der Kinder nicht in der Lage war, sich kraft eigener Erwerbstätigkeit eine eigene angemessene Altersversorgung aufzubauen, kam dem Altersvorsorgeunterhalt als einem Bestandteil des Betreuungsunterhalts der gleiche Rang zu wie diesem. Daher ist es treuwidrig, wenn der Ehemann sich auf den Unterhaltsverzicht beruft und die Ehefrau damit die ehebedingten Ausfälle beim Aufbau einer eigenen Altersversorgung allein tragen lässt. Maßstab für den Ausgleich des ehebedingten Nachteils ist dabei grds. der Betrag, den der haushaltsführende Ehegatte bei gedachter Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit und unter Einsatz des ihm daraus zufließenden Einkommens für den Ausbau seiner Altersversorgung hätte verwenden können. Dem künftigen Versorgungsdefizit ist daher durch den Altersvorsorgeunterhalt zu begegnen (BGH, FamRZ 2005, 1449).

Auch die Erkrankung eines Ehegatten kann die Berufung des anderen Ehegatten auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss von nachehelichem Unterhalt und Versorgungsausgleich grds. als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Das führt i.d.R. aber nicht dazu, dass nunmehr die gesetzlichen Regelungen über die Scheidungsfolgen eintreten. Vielmehr hat sich die ggf. gebotene richterliche Anpassung des Vertrages grds. darauf zu beschränken, solche Nachteile auszugleichen, die als ehebedingt anzusehen sind. Das ist etwa dann der Fall, wenn der erkrankte Ehegatte in der Ehe auf eine eigene mögliche Erwerbstätigkeit verzichtet hatte und nunmehr eine Erwerbsunfähigkeitsrente bezieht, die niedriger ist als die Rente, die er bezöge, wenn er in der Ehe berufstätig geblieben wäre (BGH, FamRZ 2008, 582).

b) Versorgungsausgleich

- 52 Der Versorgungsausgleich ist als **vorweggenommener Altersunterhalt** zu werten (BVerfG, FamRZ 1980, 326) und **rangiert auf derselben Rangstufe wie der Altersunterhalt**. Dem gesetzlichen Scheidungsfolgensystem liegt der Gedanke zugrunde, dass ehebedingte Nachteile, die ein Ehegatte um der Ehe oder der Kindererziehung willen in seinem eigenen beruflichen Fortkommen und dem Aufbau einer entsprechenden Altersversorgung oder eines entsprechenden Vermögens auf sich genommen hat, nach der Scheidung ausgeglichen werden sollen.
- 53 Verzichten Ehegatten auf den Versorgungsausgleich, weil beide berufstätig bleiben wollen, unterbricht die Ehefrau später jedoch wegen der Geburt von Kindern ihre Berufstätigkeit für längere Zeit und erleidet dadurch Versorgungsverluste, ist Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB noch nicht gegeben, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach den Zielvorstellungen der Ehegatten keine Anhaltspunkte für eine einseitige Belastung der Ehefrau vorlagen. I.R.d. Ausübungskontrolle ist die Vereinbarung jedoch den späteren veränderten Verhältnissen anzupassen, wobei nur die ehebedingten Versorgungs Nachteile beim Aufbau seiner eigenen Altersversorgung auszugleichen sind, um ihn einerseits die ehebedingten Versorgungsverluste nicht allein tragen zu lassen, andererseits aber zu vermeiden, dass er – wie es bei uneingeschränkter Durchführung des Versorgungsausgleichs der Fall wäre – Versorgungsrechte erhalte, die den bloßen ehebedingten Nachteil nicht nur ausgleichen, sondern übersteigen. Durch die i.R.d. Ausübungskontrolle vorzunehmende **Vertragsanpassung** kann der Ehegatte nicht bessergestellt werden, als er ohne die Ehe und den damit einhergehenden Erwerbsverzicht stünde (BGH, FamRZ 2014, 1978; FamRZ 2007, 975).
- 54 Die richterliche Inhaltskontrolle hat i.Ü. immer eine etwaige **Kompensation** zu berücksichtigen, **die zwar zu einem angemessenen, aber nicht notwendig gleichwertigen Ausgleich führen muss**. Die richterliche Inhaltskontrolle ist keine Halbteilungskontrolle, sodass noch keine evident einseitige Belastung vorliegt, wenn keine Halbteilung erreicht wird (BGH, FamRZ 2014, 629; FamRZ 2009, 198; FamRZ 2005, 1449). Die Kompensation kann allenfalls dann als unzureichend angesehen werden, wenn sie nicht annähernd geeignet ist, die ehebedingten Nachteile des Verzichtenden auszugleichen. So hat der BGH eine der Ehefrau ab dem 65. Lebensjahr zufallende private Rentenversicherung, die mit monatlichen Beiträgen von 500,00 DM finanziert werden sollte, als wirtschaftlich zureichenden Ausgleich anstelle einer Teilhabe an einer Handelsvertreterversorgung des Ehemannes angesehen. Auch die Überlassung einer Immobilie hält er grds. für eine geeignete Kompensation für den Versorgungsausgleichsverzicht (BGH, FamRZ 2014, 629).

3. Stufe: Ansprüche nach §§ 1573, 1575 und 1576 BGB nebst zugehöriger Vorsorgeunterhalte

- 55 Am ehesten verzichtbar sind Ansprüche wegen Erwerbslosen-, Aufstockungs-, Ausbildungs- und Billigkeitsunterhalt (BGH, FamRZ 2015, 1444). Sie rechtfertigen schon nach ihrer geringen Bedeutung im System der Scheidungsfolgen das Verdikt des § 138 BGB regelmäßig nicht. Insb. auch der Erwerbslosenunterhalt ist weitgehend disponibel, da bereits § 1573 Abs. 4 BGB das Risiko der Erwerbslosigkeit auf den Berechtigten verlagert.

4. Stufe: Zugewinnausgleich

- 56 Der Zugewinn (zur Abwicklung von Zuwendungen aus der »Verlobungszeit« vgl. eingehend *Jüdt* FuR 2017, 118) wird **vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst**. Er ist der ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit am weitesten zugänglich. Die Beteiligten machen von einem ausdrücklich eingeräumten Wahlrecht des Güterstands Gebrauch, indem sie sich von den vorgegebenen Möglichkeiten für denjenigen Güterstand entscheiden, der ihrem geplanten Ehezuschnitt und ihren wirtschaftlichen und persönlichen Gegebenheiten am ehesten entspricht. So wird insb. bei einem selbstständig Tätigen es als legitim angesehen, die wirtschaftliche Substanz des Unternehmens zu erhalten und nicht durch etwaige existenzbedrohende Ausgleichszahlungen zu gefährden

und damit das Unternehmen etwa durch Vereinbarung von Gütertrennung oder der Modifizierung des gesetzlichen Güterstands dem Zugewinn zu entziehen (BGH, FamRZ 2013, 269; FamRZ 2008, 386; FamRZ 2007, 1310).

Die **eheliche Lebensgemeinschaft ist nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft** (Schwab 57 DNotZ 2001, 9). Auch das Gebot ehelicher Solidarität fordert keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten. Ihrer gegenseitigen Verantwortung trägt bei Versorgungsbedürfnissen das Unterhaltsrecht Rechnung. Demgegenüber knüpft das Güterrecht nicht an Bedarfslagen an. Die **Gewinnbeteiligung im Zugewinn hat keine unterhaltsrechtliche Funktion** (vgl. auch *Kanzleiter* FamRZ 2014, 998).

Dies gilt auch, wenn schon bei Vertragsschluss absehbar ist, dass ein Ehegatte in der Ehezeit ganz oder weitgehend nicht gesetzlich rentenversicherungspflichtig sein wird und daher im Wesentlichen kein Versorgungsausgleich zugunsten des anderen Ehegatten durchgeführt werden wird. Die später tatsächlich eintretende Versorgungslücke ist keine Folge etwa der vereinbarten Gütertrennung, sondern des Umstandes, dass der Ehegatte entsprechend dem gemeinsam verwirklichten Lebensplan und dem wirtschaftlichen Zuschnitt der Ehe kein ausgleichendes Versorgungsvermögen aufgebaut hat.

Das Gesetz unterscheidet strikt zwischen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich. Kein 58 Ehegatte kann erwarten, der entsprechend der Vorstellungen bei Vertragsschluss unterlassene Erwerb von Versorgungsansprüchen werde im Scheidungsfall durch den vertraglich ausgeschlossenen Zugewinnausgleich kompensiert (BGH, FamRZ 2013, 269).

In der neueren Literatur wird zum Teil die Forderung erhoben, dass in Fällen, in denen man- 59 gels nennenswerter Versorgungsansprüchen die Altersversorgung wesentlich über die private Vermögensbildung erfolgt und dementsprechend der Zugewinn auch der Versorgung und damit dem Ausgleich ehebedingter Nachteile des Anderen dient, was insb. bei Unternehmern der Fall sei, ein Ausschluss des Zugewinnausgleichs kritischer beurteilt werden müsse als bei Angestellten, die relevante Versorgungsansprüche aufbauen. Soweit beim anderen Ehegatten ehebedingte Vermögensverluste eingetreten seien, müsse im Wege der Ausübungskontrolle ein **Wertschöpfungsausgleich** gewährt werden, und zwar als einmalige Leistung und nicht wie bisher über den Unterhalt. Für die Höhe sei die fiktive Erwerbsbiografie des ausgleichsberechtigten Ehegatten maßgeblich, um darauf abzustellen, welche eigene private Vermögensbildung ihm hätte gelingen können, wenn er die Chance zur Realisierung seines beruflichen Potentials gehabt hätte (*Dauner-Lieb* AcP Band 2010, 2010, 580 ff.; *Reetz* FamRZ 2011, 339; differenzierend *Bergschneider* FamRZ 2010, 1857).

Eine solche Handhabung würde jedoch im Ergebnis dazu führen, dass für Unternehmern die Wahl des Güterstands der Gütertrennung und ggf. der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft praktisch ausgeschlossen, zumindest aber mit dem Risiko einer – im Wege der Ausübungskontrolle richterlich auferlegten – unkalkulierbaren Ausgleichszahlung belastet wäre. Dies wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Ehen und verfassungsrechtlich bedenklich. I.Ü. wird es regelmäßig kaum möglich sein, einen hypothetischen Vermögenserwerb des Ehegatten bei hinweggedachter ehebedingter Berufspause sachgerecht zu ermitteln. Eine solche Lösung wäre praktisch nicht justizierbar.

Der BGH hat dem Vorschlag, der Dispositionsbefugnis der Ehegatten über ihre güterrechtlichen Beziehungen von vornherein denjenigen Betrag zu entziehen, der – nach oben durch den Halbteilungsgrundsatz beschränkt – dem Betrag einer hypothetischen Vermögensbildung des auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtenden Ehegatten entspricht, eine Absage erteilt. Ob einem Ehegatten ein Nachteil in Form unterlassener Vermögensbildung entstanden ist, beurteilt sich nicht allein nach dessen fiktiver Erwerbsbiografie, sondern darüber hinaus nach seiner individuellen Bereitschaft und Neigung, einen Teil seiner Einkünfte unter Inkaufnahme von Konsumverzicht zur Bildung privaten Vermögens zu verwenden (BGH, FamRZ 2013, 269).

- 60 **Grob unbillige Vermögensdefizite** können im Einzelfall auch bei ausgeschlossenen Zugewinnausgleich mithilfe der Rechtsfiguren des **schuldrechtlichen oder ausnahmsweisen auch dinglichen Rückausgleichs ehebezogener Zuwendungen** (BGH, FamRZ 1997, 933), des **familienrechtlichen Kooperationsvertrages** (BGHZ 84, 361; 127, 48) und der **konkludenten Ehegatteninnengesellschaft** (BGHZ 142, 137). Rechnung getragen werden.
- 61 Nur in besonderen Ausnahmefällen kann nach Auffassung des BGH ein »Hinübergreifen« auf das andere vermögensrechtliche Ausgleichssystem i.R.d. Ausübungskontrolle in Betracht gezogen werden (BGH, FamRZ 2014, 1978; BGH, FamRZ 2013, 1366). Dies gilt für Konstellationen, wo ein Versorgungsausgleich zulasten des Verpflichteten mangels Aufbaus von Versorgungsanrechten nicht möglich ist und ein Fall der sog. **Funktionsäquivalenz von Zugewinn und Versorgungsausgleich** vorliegt. Auch hier ist grds. jedoch das Interesse eines Ehegatten an der Erhaltung, etwa eines Unternehmens durch Vermeidung hoher Vermögensabflüsse, zu berücksichtigen. I.Ü. würde ein Nachteilsausgleich nur so weit reichen, dass dem anderen Ehegatten wertmäßig das ersetzt wird, was er ohne Ehe bei Weiterführung seines Berufs an Versorgungsanwartschaften erzielt hätte, mithin kein voller Zugewinnausgleich durchzuführen ist. Die Ausübungskontrolle führt nur zu einer Anpassung in Form der Behebung ehebedingter Nachteile.

E. Ehevertraglicher Erb- und Pflichtteilsverzicht

- 62 Eheverträge enthalten häufig auch einen Erb- und Pflichtteilsverzicht. Dies sind Regelungen, die nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen gehören und eigenen Regeln folgen. Diskutiert wird allerdings, ob und inwieweit solche erbrechtlichen Regelungen in die Inhaltskontrolle eines Ehevertrages einzubeziehen sind, wenn sie in ihm enthalten sind. Dabei geht es hauptsächlich um den Pflichtteilsverzicht, da er – im Gegensatz zum Erbverzicht – die Erbfolge selbst unberührt lässt. Für den Erbverzicht hat der BGH bereits entschieden, dass weder eine Aufhebung des Verzichts entsprechend §§ 1351, 1347 Abs. 2 Satz 1 BGB noch eine Rückabwicklung nach § 242 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich sei, wenn der Erbfall bereits eingetreten ist. Dies würde der Rechtssicherheit entgegenstehen, die erfordert, dass die Erbfolge mit Tod des Erblassers feststehen muss (BGH, FamRZ 1999, 375). Während zum Teil eine Inhaltskontrolle entsprechend der Ehevertragskontrolle bejaht wird (Palandt/*Brudermüller* § 1408 Rn. 8; *Bergschneider* FamRZ 2006, 1039 – jedoch beschränkt auf Globalverzicht i.R.d. Gesamtwürdigung) gehen Andere von einer freien Disponibilität des Pflichtteilsverzichts aus und verneinen seine »Infektion« durch ggf. unwirksame ehevertragliche Regelungen (*Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 870 ff. m.w.N.).

Letztlich bedarf es keiner Entscheidung über diese unterschiedlichen Meinungen. Wird die Ehe geschieden, entfallen Erb- und Pflichtteilsrecht kraft Gesetzes. Anders als bei den gesetzlichen Scheidungsfolgen der §§ 1569 ff. BGB hat der Verzichtende keine gesicherte Rechtsposition, nicht einmal eine Anwartschaft auf Erb- oder Pflichtteilsrechte. Der Verzicht auf Rechte, die einem Ehegatten im Fall der Scheidung nicht zustehen, kann auch i.R.d. Gesamtwürdigung des Ehevertrages nicht sittenwidrig sein. Wenn überhaupt wäre der Erb- und Pflichtteilsverzicht einer isolierten Prüfung nach § 138 BGB zugänglich.

Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Unterhalt trotz Erb- und Pflichtteilsverzicht erhalten bleibt.

Ein Automatismus dergestalt, dass auch die gem. § 1586b BGB von Gesetzes wegen an sich auf den Erben übergehende nacheheliche Unterhaltspflicht entfällt, wenn die Ehegatten zu dem Zeitpunkt einen Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht vereinbart haben, ist im Gesetz weder vorgesehen noch aus dem Kontext zu folgern, da erbrechtliche und unterhaltsrechtliche Ansprüche verschiedener Rechtsnatur sind und unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Auch dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 1586b BGB dessen Rechtfertigung darin sah, dass er als Ersatz für die infolge der Scheidung verlorenen Erb- und Pflichtteilsrechte den Schutz des sozial schwächeren Ehegatten garantieren sollte, ist kein zwingender Grund. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der

Leseprobe

Die unwirksamen bzw. undurchführbaren Bestimmungen sind so auszulegen, umzudeuten oder zu ersetzen, dass der erstrebte wirtschaftliche Erfolg möglichst gleichkommend verwirklicht wird. Die Vertragsteile verpflichten sich, alles nach Treu und Glauben Zumutbare zu tun, um die Wirksamkeit des heutigen Vertragsverhältnisses zu sichern und seine Durchführung zu ermöglichen.

Vorgelesen vom Notar, von den Erschienenen genehmigt und eigenhändig unterschrieben.

1. Modifizierte Zugewinnngemeinschaft. Zu den Vorteilen der Vereinbarung der modifizierten Zugewinnngemeinschaft ggü. der Gütertrennung vgl. sub. G. Anm. 2. Rdn. 81.

2. Abbedungene Vorschriften. Wenn Ehegatten Regelungen zum Güterrecht treffen, ist es im Regelfall interessengerecht, §§ 1365, 1369 BGB abzubedingen. Dies gilt insb., wenn eine güterrechtliche Regelung gewählt wird, die im wirtschaftlichen Ergebnis der Gütertrennung ähnelt. Lediglich bei Vereinbarung der Gütertrennung ist das zusätzliche Abbedingen der §§ 1365, 1369 BGB nicht erforderlich, da diese Vorschriften aufgrund ihrer systematischen Stellung nur für die Zugewinnngemeinschaft gelten.

3. Unterhaltsverzicht. Hinsichtlich des Unterhaltsverzichts wird verwiesen auf die Anmerkung sub. D. III. 1, Rdn. 48 und sub. F. IV. 4, Rdn. 149 ff.

4. Realsplitting. Durch das Realsplitting kann der einkommensteuerliche Vorteil des Ehegattensplittings in die Zeit des Getrenntlebens und auch in die Zeit nach rechtskräftiger Scheidung hinein verlängert werden. Der Unterhaltspflichtige kann die Unterhaltsleistungen bis zu einem Betrag von gegenwärtig 13.805,00 € gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 EStG als Sonderausgaben geltend machen. Der Unterhaltsberechtigte muss die Unterhaltsleistungen seinerseits als Einkommen versteuern. Die dadurch entstehenden Nachteile hat der Unterhaltspflichtige dem Berechtigten zu ersetzen. Dadurch kann insgesamt die vorteilhaftere Progressionszone des weniger verdienenden Unterhaltsberechtigten steuerlich genutzt werden. Zwar ist der Unterhaltsberechtigte verpflichtet, dem begrenzten Realsplitting zuzustimmen und der Pflichtige gehalten, die steuerlichen Nachteile auszugleichen (BGH, FamRZ 2005, 482), gleichwohl empfiehlt sich zur Vermeidung von streitigen Auseinandersetzungen eine entsprechende vertragliche Regelung.

5. Versorgungsausgleich. Hinsichtlich der Regelungen zum Versorgungsausgleich wird verwiesen auf die Ausführungen zu sub. D. III., Rdn. 48 und sub. F. V, Rdn. 167 ff.

6. Berliner Lösung. Bei den erbrechtlichen Regelungen ist immer noch die »Berliner Lösung« weit verbreitet. Sie ist geeignet zur Absicherung des überlebenden Ehegatten, hat jedoch den erheblichen Nachteil, dass der erbschaftsteuerliche Freibetrag zwischen dem erstversterbenden Ehegatten und den Kindern ungenutzt bleibt und es im schlimmsten Fall zur doppelten Besteuerung des Nachlasses des Erstversterbenden kommt. Dieser Nachteil wirkt sich allerdings nur aus, wenn Vermögen oberhalb der erbschaftsteuerlichen Freibeträge (pro Kind und Elternteil 400.000,00 €) in Betracht kommen.

7. Schlusserbeneinsetzung. Wenn nichts anderes geregelt ist, ist die Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder für den länger lebenden Ehegatten regelmäßig nicht mehr abänderbar. Das wirft Schwierigkeiten auf, wenn eines von mehreren Kindern Pflichtteilsansprüche geltend macht oder sonst ein Grund eintritt, die Kinder für den zweiten Todesfall ungleich zu behandeln, beispielsweise ein Zerwürfnis oder eine Überschuldungssituation bei einem der Kinder. Gerade bei jüngeren Ehegatten dürfte es sinnvoll sein, dem überlebenden Ehegatten freie Abänderungsbefugnis einzuräumen.

IV. Güterstandsmodifikationen

- 82 Ehegatten steht es frei, den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zu verlassen bzw. zu modifizieren und so die von ihnen gewünschte güterrechtliche Ordnung festzulegen. Hierfür

bietet sich die Möglichkeit, entweder aus dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft zu wechseln oder diesen entsprechend den eigenen Wünschen und Vorstellungen zu modifizieren.

1. Gütertrennung

So können die Ehegatten aus dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft in die Gütertrennung wechseln. Die Vereinbarung von Gütertrennung (§ 1414 Satz 1 BGB) kann entweder durch ausdrückliche Formulierung (Vereinbarung »Gütertrennung«) erfolgen oder als alternativer gesetzlicher Güterstand, indem die Zugewinnsgemeinschaft ausgeschlossen wird (§ 1414 Satz 2 BGB). 83

Die Gütertrennung entsteht ferner durch rechtskräftige Entscheidung auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft (§ 1388 BGB), durch Aufhebung der Gütergemeinschaft (§ 1414 Satz 2 BGB), mit Rechtskraft der Entscheidung, die die Gütergemeinschaft aufhebt (§§ 1449, 1470 BGB). 84

Anders als im gesetzlichen Güterstand sind bei der Gütertrennung **keine Modifizierungen** möglich (MüKo BGB/*Kanzleiter* § 1408 Rn. 15). 85

Die **Vorteile** der Gütertrennung liegen in ihrer Klarheit und Einfachheit (MüKo BGB/*Kanzleiter* Vor § 1414 Rn. 6). Sie war insb. in der Vergangenheit weit verbreitet etwa bei Unternehmern. Die Gütertrennung ist zunehmend jedoch abgelöst worden durch die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft, da die Gütertrennung zahlreiche Nachteile hat. 86

Diese liegen insb. durch den Wegfall der Steuerfreiheit des Zugewinns gem. § 5 ErbStG im Erbfall. Gütertrennung hat erbrechtlich die Wirkung einer **Erbschaftserhöhung** des überlebenden Ehegatten neben einem oder 2 Kindern (§ 1931 Abs. 4 BGB).

► Formulierungsvorschlag für die Gütertrennung

Ehevertrag

87

A. Allgemeines

Vgl. Generalmuster Rdn. 79

B. Ehevertragliche Vereinbarungen

Ehevertraglich vereinbaren wir was folgt:

I. Wir vereinbaren für unsere künftige Ehe den Güterstand der Gütertrennung gem. § 1414 BGB und schließen insofern die Zugewinnsgemeinschaft aus.

Uns ist bekannt, dass durch die Vereinbarung der Gütertrennung

- keine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern eintritt.
- jeder Ehegatte über sein Vermögen frei verfügen kann.
- beim Tod eines von uns beiden das Erb- und Pflichtteilsrecht des Überlebenden am Nachlass des Zuerstversterbenden sich vermindert und das Erb- und Pflichtteilsrecht der Kinder oder sonstiger Abkömmlinge sich erhöhen kann.
- bei Auflösung der Ehe kein Zugewinnausgleich stattfindet.
- Versorgungsausgleich und Ehegattenunterhalt nicht berührt werden.
- die Privilegierung des § 5 ErbStG keine Anwendung findet.

II. Eine Eintragung in das Güterrechtsregister wünschen wir nicht. Jeder von uns ist jedoch berechtigt, den Eintragungsantrag jederzeit zu stellen.

III. Auf den Ausgleich eines etwa bisher entstandenen Zugewinns wird gegenseitig verzichtet. Den Verzicht nehmen wir wechselseitig an.

IV. Auf die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses verzichten wir.

V. Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen können bei Scheidung der Ehe nicht zurückgefordert werden, auch nicht bei Störung der Geschäftsgrundlage, es sei denn, die Rückforderung ist auf gesonderter vertraglicher Grundlage vorbehalten.

Wir stellen klar, dass andere Ausgleichsansprüche nicht bestehen sollen, insbesondere auch nicht etwa durch Mitarbeit im Unternehmen eines Ehegatten oder durch das gemeinsame Halten von Vermögensgegenständen einer Ehegatteninnengesellschaft, es sei denn wir vereinbaren ausdrücklich etwas anderes.

C. Pflichtteilsverzicht

Wir verzichten wechselseitig auf unser gesetzliches Pflichtteilsrecht. Wir nehmen den Verzicht wechselseitig an.

D. Belehrungen, Hinweise, Schlussbestimmungen etc.

-
- 88 **Erläuterungen zum Formular.** Auch wenn, wie oben erwähnt, Gütertrennung den Vorteil der Klarheit und Einfachheit hat, ist gleichwohl die Vermögensverteilung im Scheidungsfall aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit in der ober- und höchstrichterlichen Rspr. oftmals durchbrochen worden. Anders als bei der Zugewinngemeinschaft, deren Regelung ggü. konkurrierenden Ansprüchen als vorrangig angesehen wird, besteht bei Gütertrennung eine nicht unerhebliche Bereitschaft, Vermögenszuwendungen oder Mitarbeit, etwa im Betrieb des anderen Ehegatten, im Scheidungsfall unter Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder unter Verweis auf eine Ehegatteninnengesellschaft zu korrigieren (zu Einzelheiten vgl. *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Teil 2 Rn. 1089 f.). Derartige Streitigkeiten können von vornherein dadurch vermieden werden, dass die Rückforderung von Zuwendungen oder Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaften ausgeschlossen werden.
- 89 Mit der Gütertrennung sollte stets ein **Pflichtteilsverzicht** verbunden werden, um eine komplexe Vermögensstrennung auch für den Todesfall zu vermeiden, etwa bei der Wiederverheiratung von Ehegatten mit Kindern, die allein die Kinder zu Erben einsetzen möchten. Generell sollten erbrechtliche Fragen bei der Beratung für einen Ehevertrag immer mit angesprochen werden.
- 90 Eine Eintragung im **Güterrechtsregister** wird kaum noch vereinbart und ist letztlich auch überflüssig.

2. Modifizierte Zugewinngemeinschaft

- 91 Das Güterrecht steht bei der Kernbereichsrechtsprechung des BGH auf der letzten Stufe (vgl. sub. D. III., Rdn. 48 ff.). Den Ehegatten ist hierdurch i.R.d. güterrechtlichen Vereinbarung ein **weiter Gestaltungsspielraum** eröffnet. Den Ehegatten steht es damit frei, den Zugewinn insgesamt auszuschließen, den gesetzlichen Güterstand zu modifizieren und für sie »passend zu machen«. Die Grenze liegt nicht vorrangig i.R.d. §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, sondern vielmehr in der Frage der Handhabbarkeit ehevertraglicher Regelungen.

► **Muster Ausschluss des Zugewinns im Scheidungsfall****I. Allgemeines und Vorbemerkungen**

92

II. Ehevertraglich vereinbaren wir, was folgt:

1. Wird die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet, findet kein Zugewinnausgleich statt. Dies gilt auch für den vorzeitigen Zugewinnausgleich. Auf den Ausgleich eines Zugewinns wird insoweit verzichtet. Der Verzicht wird wechselseitig angenommen. Dies gilt auch für einen etwa bereits entstandenen Zugewinn.

2. Für den Fall der Beendigung der Ehe durch Tod eines Ehegatten soll es beim Zugewinnausgleich durch Erbteilerhöhung oder güterrechtlicher Lösung verbleiben.

3. Wir stellen ausdrücklich klar, dass durch diese Vereinbarung keine Gütertrennung eintritt.

III. Hinweise Belehrungen

Erläuterungen zum Formular. Bei dieser Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft bleibt der Zugewinnausgleich im Todesfall bestehen. Auch eine andere Erbeinsetzung und ein Pflichtteilsverzicht des Ehegatten bewirken nicht, dass der güterrechtliche Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten nach § 1371 Abs. 2 BGB entfällt. Soll der Ehegatte im Todesfalle auch diesen güterrechtlichen Ausgleichsanspruch nicht erhalten, muss der Zugewinn vollständig ausgeschlossen werden. 93

Um die Wirkungen der Gütertrennung (nahezu) zu erreichen, wird darüber hinaus oftmals die Geltung der **Verfügungsbeschränkungen** nach §§ 1365, 1369 BGB abbedungen.

Oftmals wünschen Eheleute, dass bei Geburt von Kindern der gesetzliche Güterstand (wieder) gelten soll. Dem kann mit der Vereinbarung einer entsprechenden **auflösenden Bedingung** Rechnung getragen werden.

► **Muster Ausschluss des Zugewinns bei Scheidung und Tod, Abbedingung der Verfügungsbeschränkung, auflösende Bedingung: Geburt eines gemeinsamen Kindes**

Heute den _____

94

erschienen gleichzeitig vor mir _____

1. Herr _____ geb. am _____ wohnhaft _____,

2. Frau _____ geb. _____ geb. am _____ wohnhaft _____

Die Erschienenen wiesen sich aus durch ihren deutschen gültigen Personalausweis mit Lichtbild. Sie erklärten sich ferner mit der Ablichtung ihrer Ausweise und Aufbewahrung in der Akte einverstanden.

Die Frage des Notars nach einer Vorbefassung im Sinne des § 3 Abs. 1, 7 BeurkG wurde von den Erschienenen verneint.

Die Erschienenen ersuchten bei gleichzeitiger Anwesenheit um die Beurkundung des nachstehenden

Ehevertrages

und erklärten:

I. Allgemeines und Vorbemerkungen

Unsere Ehe haben wir am _____ vor dem Standesbeamten _____ unter der Heiratsnummer _____ geschlossen. Wir sind beide nicht verheiratet. Wir beabsichtigen am _____ die Ehe miteinander einzugehen.

Wir haben keine außerehelichen Kinder oder sonstige unterhaltsberechtigten Personen. Es sind keine pflichtteilsberechtigten Personen vorhanden.

II. Güterstandsänderung

Wir möchten grundsätzlich im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben.

Sollte der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jedoch durch Ehescheidung beendet werden, schließen wir den Zugewinn aus. Dies gilt auch für den vorzeitigen Zugewinnausgleich bei Getrenntleben.

Sollte der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet werden, soll der Zugewinnausgleich auch dann nicht durchgeführt werden, wenn ein Ehegatte bereits die Scheidung der Ehe beantragt hatte. Wir verzichten insoweit auf die Durchführung des Zugewinnausgleichs und nehmen die Verzichtserklärung wechselseitig an.

Vorstehender Ausschluss des Zugewinnausgleichs steht jedoch unter der auflösenden Bedingung der Geburt bzw. Adoption eines gemeinsamen Kindes. Für den Fall, dass aus unserer Ehe ein Kind hervorgehen sollte bzw. wir in der Ehe ein Kind gemeinsam adoptieren, soll der Zugewinnausgleich nach den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt werden.

III. Aufhebung von Verfügungsbeschränkungen

Die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1365, 1369 BGB bedingen wir ab.

IV. Hinweise, Belehrungen etc.

-
- 95 Auch ist es möglich, nur einzelne Vermögenswerte vom Zugewinnausgleich auszuschließen (eine vom BGH in FamRZ 1997, 800 ausdrücklich gebilligte Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes). Dies kann etwa dann angezeigt sein, wenn ein Ehegatte eine Immobilie, eine Unternehmensbeteiligung oder sonstiges Vermögen nicht dem Zugewinnausgleich unterworfen wissen möchte. Durch eine derartige Regelung wird insb. sichergestellt, dass eine etwaige bereits im Anfangsvermögen vorhandene Immobilie, ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung nicht dadurch indirekt dem Zugewinn unterfällt als die Wertsteigerung zugewinnausgleichspflichtig wird.
- 96 Bei dieser Gestaltung muss auf eine genaue Formulierung des dem Zugewinnausgleich entzogenen Vermögens geachtet werden. Allgemeine Formulierung wie »das Betriebsvermögen« sind weder zivilrechtlich noch steuerlich eindeutig definiert. Derartige Begrifflichkeiten führen zu erheblichen Interpretationsproblemen. Auch ist bei dieser Gestaltung der Manipulationsmöglichkeit durch Bildung von gewillkürtem Betriebsvermögen oder durch entsprechende Gestaltung von Entnahmen oder Einlagen zu begegnen.
- 97 Regelungsbedürftig ist ferner die Regelung von **Surrogaten** der herausgenommenen Vermögenswerte. Sie erfolgt regelmäßig in dem Sinne, dass auch derartige Ersatzvermögensgegenstände vom Zugewinn ausgeschlossen werden.

► Formulierungsvorschlag für die Ausklammerung einzelner Vermögensgegenstände:

A. Allgemeines

98

B. Ehevertragliche Vereinbarungen

1. Güterstand

Den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wollen wir für unsere künftige Ehe ausdrücklich aufrechterhalten.

2. Modifikationen

Den gesetzlichen Güterstand modifizieren wir jedoch wie folgt:

a. Vom Zugewinn sollen die nachfolgenden Vermögensgegenstände ausgeschlossen sein. Sie sollen in keiner Weise vom Zugewinnausgleich berücksichtigt werden. Sie sollen daher weder im Anfangs- noch im Endvermögen des jeweiligen Ehegatten berücksichtigt werden. Sie sollen »privilegiertes Vermögen« darstellen.

Wir wünschen ausdrücklich, dass dieses privilegierte Vermögen auch für den Fall der Durchführung des Zugewinnausgleichs aufgrund des Todes einem von uns nicht dem Zugewinnausgleich unterliegt.

Beim privilegierten Vermögen handelt es sich um:

- die Unternehmensanteile des Ehemannes an der _____ GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts _____ unter HRB _____, mit allen Aktiva und Passiva. Zum Betriebsvermögen zählt hierbei auch das gewillkürte Betriebsvermögen, Sonderbetriebsvermögen, Vermögen, das dem Betrieb langfristig zur Nutzung überlassen und ihm zu dienen bestimmt ist sowie etwaige Gesellschafterdarlehen.
- der im Alleineigentum des Ehemannes stehende Grundbesitz der Gemarkung _____ Flurstück _____, Gebäude und Freifläche, _____ m².
- das Vermögen, das die Ehefrau voraussichtlich im Wege eines künftigen Erbrechts bzw. im Wege der Schenkung oder Ausstattung von ihren Eltern erwirbt. Nicht privilegiert hierbei sollen jedoch Beteiligungen mit reinem Geldanlagecharakter sein.

Surrogate der aus dem Zugewinnausgleich herausgenommenen Vermögenswerte sollen nicht ausgleichspflichtiges Vermögen sein. Sie werden also bei der Berechnung des Endvermögens auch nicht berücksichtigt. Jeder Ehegatte kann verlangen, dass über solche Ersatzvermögenswerte ein Verzeichnis angelegt und fortgeführt wird. Auf Verlangen hat dies in notarieller Form zu geschehen.

Dies gilt in gleicher Weise für jedes Nachfolgeunternehmen oder jede Nachfolgebeteiligung und jedes Tochterunternehmen, unabhängig von der verwendeten Rechtsform, auch bei Aufnahme weiterer Gesellschafter und auch wenn die Nachfolgebeteiligung in Form von Kapitalgesellschaftsanteilen dieses Unternehmens gehalten wird, die ihrerseits zum Privatvermögen gehören.

In gleicher Weise ausgeschlossen ist bei einer etwa bestehenden Betriebsaufspaltung oder auch ohne eine solche dasjenige Vermögen, das an den Betrieb im obigen Sinne langfristig zur Nutzung überlassen und ihm zu dienen bestimmt ist, sofern die entsprechenden Verträge vor mehr als zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags abgeschlossen wurden.

Wir stellen ferner klar, dass hierüber hinaus Hinzurechnungen zum Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen sein sollen. Die im Hinblick auf diese Gegenstände eintretenden Wertsteigerungen, sollen entsprechend der gesetzlichen Vorgaben in den Zugewinnausgleich einfließen.

b. Auch Surrogate der aus dem Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögenswerte sollen nicht ausgleichspflichtiges Vermögen sein. Sie werden also bei der Berechnung des Endvermögens gleichfalls nicht berücksichtigt. Jeder Ehegatte kann verlangen, dass über solche Ersatzvermögensgegenstände ein Verzeichnis angelegt und fortgeführt wird. Auf Verlangen hat dies in notarieller Form zu geschehen.

Alternativ:

Bei der Berechnung des Zugewinns führt ein Gegenstand, der unverändert sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen eines Ehegatten enthalten ist, bei einer Wertsteigerung nicht zu einem ausgleichspflichtigen Zugewinn. Tätigt ein Ehegatte Aufwendungen auf einen derartigen Gegenstand während bestehender Zugewinngemeinschaft, ist allein der Mehrwert als Zugewinn dem Endvermögen zuzurechnen. Dieser Gegenstand wird dem Anfangsvermögen mit dem Geldwert zugerechnet, dem er, wäre er noch im Ausgangszustand wie bei Beginn des Güterstandes, bei dessen Beendigung erreichen würde. Im Endvermögen ist er mit dem Wert anzusetzen, den er bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes hat.

Erträge aus privilegierten Vermögensgegenständen können auf diese Gegenstände verwendet werden. Ein Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten entsteht hierdurch nicht.

Verwendungen, die ein Ehegatte aus einem nicht privilegierten Vermögen auf Gegenstände des privilegierten Vermögens tätigt, werden sie mit ihrem Wert zum Zeitpunkt der Verwendung dem Endvermögen des Ehegatten hinzugerechnet. Diese Verwendungen unterliegen damit dem Zugewinnausgleich.

Aufwendungen eines Ehegatten auf die vom Zugewinnausgleich ausgeschlossenen Vermögensgegenstände des anderen Ehegatten werden mit ihrem Wert zum Zeitpunkt der Aufwendungen dem Endvermögen des anderen Ehegatten hinzugerechnet.

Wir stellen klar, dass Aufwendungen im Sinne dieser Vereinbarung auch die Tilgung von Schulden sein können, die zum Erwerb oder zur Erhaltung, zur Wiederherstellung oder Verbesserung der vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Gegenstände aufgenommen wurden.

Weitere Modifizierungen des ansonsten für unsere Ehe gültigen Güterstands der Zugewinngemeinschaft wollen wir derzeit nicht vornehmen.

Weitere Modifizierungsmöglichkeit:

► Vereinbarungen von Bedingungen, Befristungen und Rücktrittsrechten

- 99 Wird die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet, so findet ein Zugewinnausgleich nicht statt. Dies gilt auch für den vorzeitigen Zugewinnausgleich. Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs unter Lebenden entfällt, wenn ein gemeinsames Kind geboren oder angenommen wird und ein Ehegatte für die Betreuung des Kindes seine Berufstätigkeit ganz oder teilweise aufgibt. Der Ausschluss entfällt dann für die gesamte Ehezeit.

Alternative:

In einem solchen Fall ist der Zugewinn ausgeschlossen für die Zeit bis zur Geburt des Kindes. Für die restliche Zeit findet der Zugewinnausgleich statt.

► Vereinbarung eines Rücktrittsrechts:

Wird die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet, findet ein Zugewinnausgleich nicht statt. Dies gilt auch für den vorzeitigen Zugewinnausgleich.

Wird ein gemeinsames Kind geboren oder angenommen, so ist derjenige Ehegatte, der für die Pflege und Erziehung des Kindes seine Berufstätigkeit ganz oder teilweise aufgibt, zum Rücktritt von dieser Vereinbarung berechtigt. Der Rücktritt ist zur Urkunde eines Notars zu erklären und dem anderen Vertragsteil zuzustellen. Der Rücktritt muss binnen eines Jahres nach Geburt oder der Annahme des ersten gemeinsamen Kindes zugestellt sein, ansonsten erlischt das Rücktrittsrecht.

Der Ausschluss entfällt für die gesamte Ehezeit.

► Formulierungsvorschlag: kein Zugewinn bei kurzer Ehe bzw. Zugewinn gestaffelt nach der Ehedauer:

Endet die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten, so wird der Zugewinn nach folgender Maßgabe ausgeglichen: 100

Dauert unsere Ehe zwischen Eheschließung und Rechtshängigkeit des Ehescheidungsverfahrens nicht länger als fünf Jahre, so findet ein Zugewinnausgleich nicht statt.

Dauert unsere Ehe dementsprechend länger als fünf Jahre, aber nicht länger als zehn Jahre, so ist ein etwaiger Zugewinnausgleich auf einen Betrag von maximal 200.000,00 € begrenzt.

Dauert unsere Ehe dementsprechend länger als zehn Jahre, aber nicht länger als 20 Jahre, so ist ein Zugewinn höchstens auf 500.000,00 € begrenzt.

Dauert unsere Ehe länger als 20 Jahre, so ist als Zugewinn höchstens ein Betrag von 800.000,00 € zu zahlen.

Hinweis: Ggf. noch Indexklausel.

► Formulierungsvorschlag für Bewertungsvereinbarungen

Wir sind uns darüber einig, dass für Zwecke des Zugewinnausgleichs das Anfangsvermögen des Ehemannes mit 50.000,00 € und das Anfangsvermögen der Ehefrau mit 80.000,00 € zu bewerten ist. 101

► Formulierungsvorschlag weitere Bewertungsvereinbarung

Den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wollen wir für unsere künftige Ehe ausdrücklich aufrechterhalten.

Der Ehemann ist Inhaber des Unternehmens _____

Wir vereinbaren, dass die Bewertung dieses Unternehmens im Fall der Scheidung sich nach dem Fachgutachten des IDW in seiner zum Stichtag der Endvermögensfeststellung gültigen Fassung richtet. Hierbei soll das Ertragswertverfahren zur Anwendung kommen.

Der Verkehrswert der im Eigentum der Ehefrau stehenden Immobilie _____ soll verbindlich und endgültig durch ein Gutachten des örtlich zuständigen Gutachterausschusses erfolgen.

► Formulierungsvorschlag für abweichende Quote

- 102 **Endet die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten, so beträgt die Ausgleichsquote abweichend von § 1378 Abs. 1 BGB nicht die Hälfte, sondern nur 20 %.**

► Formulierungsvorschlag für abweichende Fälligkeit

- 103 **Hinsichtlich der Fälligkeit der Zugewinnausgleichsforderung wird für den Fall, dass die Ehe auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten endet, vereinbart, dass die Zugewinnausgleichsforderung in fünf gleichen Jahresraten zu zahlen ist. Die erste Rate ist binnen sechs Monaten nach Rechtskraft der Scheidung zur Zahlung fällig, die restlichen Raten jeweils ein Jahr danach. Gerät der Schuldner mit einer Rate länger als 14 Tage in Rückstand, so ist die gesamte Restforderung sofort in einer Summe zur Zahlung fällig und mit 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB zu verzinsen. Die Zinsen sind jeweils mit der Zahlung der nächsten Rate für den bis dahin abgelaufenen Zeitraum zur Zahlung fällig.**

3. Güterstandswechsel, Güterstandsschaukel

- 104 Hat ein Ehegatte Zugewinn erwirtschaftet und möchte den anderen Ehegatten daran teilhaben lassen, ohne dass schenkungssteuerliche Freibeträge berührt werden sollen, oder weil diese für die intendierte Übertragung nicht ausreichen, kann durch einen Güterstandswechsel von der Zugewinnsgemeinschaft in die Gütertrennung, steuerfrei Vermögen von einem auf den anderen Ehegatten übertragen werden.
- 105 Den Ehegatten steht es frei, den Güterstand mehrmals zu wechseln. Ist also absehbar, dass auch in Zukunft weiter mit Zugewinn aufseiten des einen Ehegatten zu rechnen ist, empfiehlt sich eine Rückkehr in den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Doch auch wenn die Ehegatten von den erbschaftsteuerlichen Privilegien der Zugewinnsgemeinschaft profitieren möchten, ist die Rückkehr in den gesetzlichen Güterstand erforderlich (»Güterstandsschaukel«) (eingehend *Kleffmann* Die Güterstandsschaukel; zur Pflichtteilsfestigkeit der Güterstandsschaukel *Kleffmann* FuR 2017, 532; zur Unterhaltsverkürzung durch die Güterstandsschaukel *Kleffmann* FuR 2017, 651).

Die Güterstandsschaukel kommt als steuerfreie Übertragungsmöglichkeit von Vermögen zwischen Ehegatten grds. immer in Betracht. Sie hat für die Ehegatten allerdings nur positive Auswirkungen bei größeren Vermögen:

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG räumt Ehegatten für Schenkungen einen Freibetrag in Höhe von 500.000,00 € ein. Daneben besteht ein Versorgungsfreibetrag von 256.000,00 € gem. § 17 Abs. 1 S. 1 ErbStG. Darüber hinaus wird durch § 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 ErbStG den Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt, die für eigene Wohnzwecke genutzte Immobilie (Familienheim) steuerfrei auf den anderen Ehegatten zu übertragen. Bis zu diesen Beträgen kann ein Ehegatte schenkungssteuerfrei Vermögen auf den anderen Ehegatten übertragen. Für den Ehegatten, der den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, besteht in diesen Konstellationen damit keine Notwendigkeit, auf das notariell beurkundungspflichtige Gestaltungsinstrument der Güterstandsschaukel zurückzugreifen, da kostenneutral an den anderen Ehegatten geschenkt werden kann.

Nur wenn die Grenzen der durch § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG eingeräumten Freibeträge überschritten werden, der erwirtschaftete Zugewinn also deutlich höher ist als 1 Mio. €, oder die Ehegatten die durch das ErbStG eingeräumten Freibeträge nicht ausschöpfen möchten, wirkt sich die Gestaltung

über den doppelten Güterstandswechsel für die Ehegatten positiv aus. In allen anderen Fällen kann das Vermögen aufgrund der (hohen) Freibeträge des § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auch ohne Wechsel des Güterstands steuerfrei von einem auf den anderen Ehegatten übertragen werden. Daraus wird deutlich, dass dieses Instrument lediglich bei begüterten Ehegatten ein sinnvolles Gestaltungsmittel darstellt. Dies gilt umso mehr, wenn die Ehegatten langfristig an der Übertragung von Vermögen interessiert sind. In derartigen Konstellationen steht den Ehegatten die Möglichkeit offen, alle zehn Jahre die Freibeträge des § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auszuschöpfen, § 4 Abs. 1 Satz 1 ErbStG.

Durch zwei höchstrichterliche Urteile (BGH, NJW 1991, 558; BFH, NJW 2005, 3663) ist die Gestaltung des doppelten Güterstandswechsels als grds. zulässig anerkannt worden. Diese Entscheidungen sind wohl maßgebend dafür verantwortlich, dass in der Folge die Güterstandsschaukel in der Literatur als (zivil- und steuerrechtlich) sicheres Instrument zur steuerfreien Vermögensübertragung zwischen Ehegatten empfohlen wird (vgl. etwa Beck'sches Formularbuch/*Münch* H. I. 3; MAH Familienrecht/*Brambring* § 23 Rn. 53 ff.; *Bisle* DStR 2011, 2359; v. *Oertzen* ErbStB 2005, 71; v. *Oertzen/Cornelius* ErbStB 2005, 349; v. *Oertzen/Schienke-Ohletz* FPR 2012, 103; *Langenfeld* NJW 2011, 966).

Dass weder i.R.d. Urteilsbegründung des BFH (BFH, NJW 2005, 3663) noch in der Folgezeit eine eingehende Missbrauchskontrolle bei der Güterstandsschaukel durchgeführt worden ist, verwundert. Dies gilt umso mehr, als sich der Verdacht eines Missbrauchs in dem zur Entscheidung vorgelegenen Fall förmlich aufdrängte (*Wachter* FR 2006, 42). Wenngleich in der Literatur (*Münch* StB 2003, 130; *Brambring* ZEV 1996, 248) die Möglichkeit einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung thematisiert wird, steht eine gerichtliche Entscheidung nach der des BFH noch immer aus. Auch ist bislang nicht ersichtlich, dass die Finanzverwaltung i.R. ihrer Möglichkeiten verschärft auf potenziellen Rechtsmissbrauch achtet.

Oftmals wird der **doppelte Güterstandswechsel** (Wechsel aus der Zugewinnsgemeinschaft in die Gütertrennung und erneuter Wechsel zurück in die Zugewinnsgemeinschaft) in einer Urkunde befürwortet (vgl. etwa *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. F03). Ein doppelter Güterstandswechsel in einer Urkunde ist zivilrechtlich grds. zulässig (vgl. auch *Langenfeld/Milzer* Rn. 450). Dies gilt insb., wenn zwischen dem Eintritt in die Gütertrennung und der Neubegründung der Zugewinnsgemeinschaft vertraglich eine gewisse zeitliche Karenz vereinbart ist, etwa der Eintritt in die Gütertrennung mit Wirkung zum 01.06. eines Jahres und der erneute Eintritt in die Zugewinnsgemeinschaft, etwa zum 01.03. des Folgejahres. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann allerdings nur dazu geraten werden, den **doppelten Güterstandswechsel nicht in einer Urkunde zu vollziehen**. Dies insb. deshalb, weil durch eine erneute Urkunde der Wille der Beteiligten umso deutlicher zutage tritt, erneut in die Zugewinnsgemeinschaft zurückzuwechseln. Aufgrund der erneuten Beurkundung leisten sie durch ihre Unterschrift unter die zweite Urkunde eine erneute Willensbekundung. Sie haben sich in diesem Zeitpunkt erneut ernsthaft mit den Folgen eines Güterstandswechsels befasst. Darüber hinaus dürfte dies auch in steuerrechtlicher Hinsicht rechtssicherer sein. Die Folgen des Güterstandswechsels sind spürbar eingetreten. Den Beteiligten kann damit kaum noch der Vorwurf eines **Umgehungsgeschäfts** bzw. der Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 AO gemacht werden. 106

Die Güterstandsschaukel ist sowohl in zivilrechtlicher wie auch in steuerrechtlicher Hinsicht jedenfalls dann grds. ein **zulässiges Mittel zur Neuordnung der güterrechtlichen Verhältnisse** während Fortbestehens der Ehe, wenn sie »konservativ« eingesetzt wird und **bestimmte Kriterien beachtet werden**. 107

Zusammenfassend:

- Das deutsche Recht sieht grds. keinen unbegrenzten steuerfreien Vermögenstransfer zwischen Ehegatten vor. Es behandelt Ehegatten, mit Ausnahme von Sonderregelungen wie Freibeträgen, insb. im Steuerrecht wie Dritte.

§ 1408 BGB räumt den Ehegatten weitgehende ehevertragliche Gestaltungsfreiheit ein. – Damit kann auch während Bestehens der Ehe der Güterstand (mehrfach) gewechselt werden. Mit dem einmal erfolgten Wechsel tritt keine »Unwandelbarkeit« des Güterstandes ein, vielmehr können die Ehegatten den Güterstand beliebig wechseln. Damit besteht zivilrechtlich die Möglichkeit, in und aus dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zu »schaukeln«.

- Die Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft löst gesetzlich den Zugewinnausgleichsanspruch aus. Dieser gewährt dem Ehegatten, der den geringeren Zugewinn erwirtschaftet hat, einen Anspruch auf Zahlung des hälftigen Differenzbetrages des jeweils erwirtschafteten Zugewinns.
- Die Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs stellt keinen steuerbaren Vorgang auf Seiten des Zugewinnausgleichsberechtigten dar, weil durch die Zahlung des Zugewinnausgleichsbetrags lediglich die gesetzliche Verpflichtung des § 1378 BGB erfüllt wird. Es handelt sich bei der Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht um eine vertragliche Leistung. Wenngleich der Ehevertrag die Ursache bzw. der Auslöser des Entstehens der Zugewinnausgleichsforderung ist, entsteht der Anspruch dennoch aufgrund der gesetzlichen Vorschrift des § 1378 BGB.
- Die Güterstandsschaukel ist sowohl zivilrechtlich als auch steuerrechtlich grds. zulässig. Grundsätzliche Bedenken bestehen nicht, da es sich bei der Güterstandsschaukel um ein Gestaltungsinstrument handelt, das der Gesetzgeber geschaffen hat und bei dessen Anwendung in einer Vielzahl an Fallkonstellationen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen. Im Rahmen des konkreten Falles kann das Instrument dennoch missbräuchlich oder unwirksam sein.
- Es ist entscheidend, dass der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft tatsächlich beendet wird und die Ehegatten die Folgen des Güterstandswechsels erfahren. Eine »Totalbeendigung« des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft ist nicht erforderlich. Gleichfalls muss der Güterstand der Gütertrennung nicht für einen Mindestzeitraum (etwa drei Jahre) bestehen. Die Rückkehr in die Zugewinnngemeinschaft, also das »Schaukeln« zwischen Güterständen, ist damit möglich.
- Ein »fliegender Zugewinnausgleich«, also die Erfüllung des (fiktiven) Zugewinnausgleichsanspruchs bei Fortbestand des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft, ist nicht steuerfrei möglich. Hierbei wird das Erfordernis der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft gerade nicht erfüllt.
- Die Steuerfreiheit des Zugewinnausgleichsanspruchs wird damit konsequent an die tatsächliche Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft geknüpft.
- Formale Kriterien (Anzahl der Urkunden, Dauer des Bestehens der Gütertrennung) haben keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Güterstandsschaukel. Sie können allerdings ein Indiz für einen Missbrauch darstellen. Hierfür müssen jedoch weitere Umstände hinzutreten.
- Grenzen findet die Gestaltung in zivilrechtlicher Hinsicht, wenn hierdurch Rechte Dritter berührt werden. Dies können (insb. aus dem familiären Umfeld) entweder die Rechte von Pflichtteilsberechtigten oder Unterhaltsgläubigern sein. Es können aber auch sonstige Gläubiger durch die Gestaltung der Güterstandsschaukel in ihren Rechten beeinträchtigt werden. In diesen Fällen ist eine Missbrauchskontrolle erforderlich.
- I.R.d. Kernbereichslehre gilt der Zugewinnausgleich als kernbereichsfern. Bei der Gestaltung von Regelungen zum Zugewinnausgleich steht Ehegatten damit die größtmögliche Gestaltungsfreiheit zu. In Fällen der Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich verändert sich aber der Rang des Zugewinnausgleichs.
- Kommt es den Ehegatten bei der Gestaltung des doppelten Güterstandswechsels tatsächlich darauf an, ihre güterrechtlichen Verhältnisse umzustrukturieren und sollen hierdurch weder Pflichtteilsansprüche verkürzt noch Unterhaltungspflichten umgegangen werden, ist das Instrument nicht rechtsmissbräuchlich.
- Missbrauchsgefahr besteht in steuerrechtlicher Hinsicht jedoch, wenn die Gestaltung umständlich und gekünstelt wird. Wird der Boden der tatsächlichen güterrechtlichen Umstrukturierung verlassen, besteht die Gefahr, dass ein Verstoß gegen § 42 AO vorliegt. Soll der Zugewinnausgleich nicht durchgeführt werden, sondern der Anspruch atypisch niedrig und gar nicht verzinslich gestundet werden, ist hierin ein Verstoß gegen § 42 AO zu sehen.

- Gleiches gilt, wenn der zugewinnausgleichsberechtigte Ehegatte über den ihm zustehenden Ausgleichsanspruch und damit -betrag nicht verfügen kann.
- In steuerrechtlicher Hinsicht ergibt sich kein Wertungswiderspruch zwischen der Durchführung der Güterstandsschaukel und der Tatsache, dass grds. keine unbeschränkten Vermögensübertragungen zwischen Ehegatten steuerfrei möglich sind. Die Anknüpfung der Steuerfreiheit des Zugewinnausgleichsanspruchs an die gesetzliche Folge des § 1378 BGB ist folgerichtig.

Den Beteiligten ist daher – insb. unter dem **Gesichtspunkt des sichersten Weges** – zu einer Beurkundung in zwei Verträgen zu raten (vgl. Rdn. 110 und 111). 108

Steuerrechtlich wird eine vereinbarte Rückwirkung nur i.R.d. Gütertrennung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nach § 5 Abs. 2 Erbschaftsteuergesetz anerkannt; nach § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG jedoch nicht i.R.d. § 5 Abs. 1 ErbStG. 109

► Formulierungsvorschlag von der Zugewinnngemeinschaft in die Gütertrennung

Üblicher Urkundseingang

110

Die Erschienenen bitten um Beurkundung eines

Ehevertrags.

Sie erklären bei gleichzeitiger Anwesenheit gemeinsam mündlich mit dem Suchen und Beurkundung was folgt:

I. Allgemeines

Wir sind beiderseits in erster Ehe verheiratet. Unsere Ehe haben wir am _____ vor dem Standesbeamten in _____ geschlossen. Wir haben beide ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit.

Wir haben bisher keinen Ehevertrag geschlossen und sind im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet.

II. Ehevertragliche Vereinbarung

Ehevertraglich vereinbaren wir folgendes:

1. Güterstand

Als Güterstand für unsere Ehe soll mit Wirkung ab dem _____ die Gütertrennung nach Maßgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten.

Uns ist bekannt, dass durch die Vereinbarung der Gütertrennung

- a) keine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern eintritt,**
- b) jeder Ehegatte über sein Vermögen frei verfügen kann,**
- c) bei Tode eins von uns beiden das Erb- und Pflichtteilsrecht des Überlebenden am Nachlass des zuerst Sterbenden sich vermindert und das Erb- und Pflichtteilsrecht der Kinder oder sonstige Abkömmlinge sich erhöhen kann,**
- d) bei Auflösung der Ehe kein Zugewinnausgleich stattfindet,**
- e) es keinerlei Auswirkung auf den Versorgungsausgleich und Ehegattenunterhalt gibt und**
- f) die Privilegierung des § 5 Erbschaftsteuergesetz keine Anwendung findet.**

Wir verzichten derzeit auf eine Eintragung des Güterstands in das Güterstandsregister. Jeder von uns ist jedoch berechtigt, die Eintragung jetzt oder in Zukunft alleine zu beantragen.

Der in unserer Ehe bisher erwirtschaftete Zugewinn soll ausgeglichen werden. Hierzu stellen wir fest, dass sich der Zugewinn des Ehemannes seit Eheschließung bis heute unter Anwendung der §§ 1372 ff. auf _____ € beläuft. Der Zugewinn der Ehefrau beträgt im gleichen Zeitraum _____ €. Somit hat die Ehefrau einen Anspruch auf Zugewinnausgleich in Höhe von _____ €.

Der erwirtschaftete Zugewinn ergibt sich aus einem dieser Urkunde als wesentlicher Bestandteil beigeschlossenem Vermögensverzeichnis. Die Anlage, auf die hiermit verwiesen wird, ist wesentlicher Bestandteil und damit Inhalt und Gegenstand dieser Urkunde. Sie wurde vom Notar mit verlesen.

Der Ehemann verpflichtet sich hiermit zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs das auf seinen Namen lautende Depot bei der _____ Bank mit Nr. _____ auf seine Ehefrau zu übertragen, die dies annimmt.

Der Ehemann unterwirft sich wegen des Anspruchs auf Zahlung des Zugewinnausgleichs der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Eine vollstreckbare Ausfertigung kann ohne weitere Nachweise erteilt werden.

Die Vertragsbeteiligten sind sich darüber einig, dass damit der Zugewinnausgleich für die gesamte Ehezeit bis heute vollständig durchgeführt ist und keine weiteren gegenseitigen Ansprüche in Bezug auf den Zugewinnausgleich bestehen.

III. Versorgungsausgleich und Ehegattenunterhalt

Ansprüche auf Versorgungsausgleich und Unterhalt bleiben unberührt.

IV. Salvatorische Klausel etc.

► Formulierungsvorschlag für die Rückkehr in die Zugewinnsgemeinschaft

111 Ehevertraglich vereinbaren wir was folgt:

I. Allgemeines und Vorbemerkungen

Unsere Ehe haben wir am _____ vor dem Standesbeamten in _____ unter der Heiratsregister-Nr. _____ geschlossen. Wir sind beide in erster Ehe verheiratet mit Ehevertrag des Notars _____ in _____ vom _____ hatten wir für unsere Ehe den Güterstand der Gütertrennung vereinbart.

Wir haben keine außerehelichen Kinder oder sonstige unterhaltsberechtigten Personen. Es sind keine pflichtteilsberechtigten Personen vorhanden. Wir besitzen beide ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach reiflicher Überlegung sind wir zu der Überzeugung gelangt, dass wir im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben möchten. Wir halten diesen Güterstand für unser Ehemodell am sachgerechtesten. Wir bitten daher um Beurkundung der folgenden:

II. Güterstandsänderung

Mit Ehevertrag des Notars _____ in _____ vom _____ hatten wir für unsere Ehe den Güterstand der Gütertrennung vereinbart und den Zugewinn von der Eheschließung bis zur Vereinbarung der Gütertrennung ausgeglichen. Eine Eintragung des Güterstands in das Güterrechtsregister war nicht erfolgt.

Wir heben hiermit den Güterstand der Gütertrennung auf und vereinbaren für unsere Ehe erneut den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Die Aufhebung der Gütertrennung soll ab dem _____ wirken.

4. Gütergemeinschaft

Neben dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung bietet das BGB als weiteren Vertragsgüterstand die Gütergemeinschaft an. 112

Bei der Gütergemeinschaft besteht ein **gesamthänderisch gebundenes gemeinsames Vermögen** der Ehegatten. Im Gesetz eingehend geregelt ist die Verwaltung und die Auseinandersetzung dieses sog. Gesamtguts sowie die Abgrenzung zu den anderen Vermögensmassen der Ehegatten. 113

Die Gütergemeinschaft ist kaum verbreitet, findet sich überwiegend noch im landwirtschaftlichen Bereich und in süddeutschen Regionen. 114

Die Gütergemeinschaft weist **einige Nachteile** und kaum Vorteile auf (zu Einzelheiten vgl. *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Teil 1 Rn. 407). 115

Nachteile:

- Es entstehen bis zu fünf Vermögensmassen mit dem Gesamtgut und dem jeweiligen Vorbehalts- und Sondergut. Dies schafft Abgrenzungs- und Verwaltungsprobleme.
- Es besteht eine komplizierte Auseinandersetzungsregelung.
- Problematisch ist die Haftung des Gesamtguts und der Ehegatten persönlich für Verbindlichkeiten vor Eintritt in den Güterstand und für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten.
- Der Ehegattenpflichtteil ist in der Gütergemeinschaft niedrig, der Pflichtteil der Kinder hoch, da keine gesetzliche Erbteilerhöhung eintritt.
- Die Eingehung der Gütergemeinschaft kann zu schenkungssteuerlichen Problemen führen
- Unternehmensrecht in der Gütergemeinschaft führen neben gemeinschaftlichen Stimmrechten zu ganz erheblichen Abwicklungsproblemen.

Demgegenüber sind **Vorteile** (vgl. *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 408) kaum vorhanden bzw. anderweitig erzielbar. 116

- Das »Wirtschaften aus einem Topf« mag dem Lebensgefühl vieler Beteiligten entsprechen (MüKo BGB/*Kanzleiter* Vor § 1415 Rn. 16), kann jedoch auch in anderen Güterständen erreicht werden.
- Die gesamthänderische Bindung schützt den Ehegatten bei gemeinsamer Verwaltung vor einer Verfügung des anderen Ehegatten und vor einer Pfändung durch Gläubiger des anderen Ehegatten. Dieser Schutz lässt sich jedoch auch in anderen Güterständen erreichen.
- Die Gütergemeinschaft soll eine angemessene Beteiligung des mitarbeitenden Ehegatten gerade in der Landwirtschaft ermöglichen und den in die Landwirtschaft Einheiratenden vor einer zu niedrigen Bewertung der Landwirtschaft nach dem Ertragswertverfahren bewahren. Dies ließe sich jedoch auch durch eine Modifizierung des Güterstands erreichen.
- **Sinnvoll** erscheint die Gütergemeinschaft jedoch in Konstellationen, bei denen ein Ehegatte nach dem Tod seines ersten Ehepartners erneut heiratet, aber etwa durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament gebunden ist und nur an die Abkömmlinge vererben kann. Hier kann die Gütergemeinschaft helfen, den 2. Ehepartner angemessen partizipieren zu lassen.

Bei der Gütergemeinschaft sind verschiedene Vermögensmassen zu unterscheiden. 117

Nach § 1416 Abs. 1 Satz 1 BGB wird das **Vermögen der Ehegatten mit Eingehung der Gütergemeinschaft Gesamtgut**, und zwar im Wege der Universalsukzession (§ 1416 Abs. 2 BGB). Im Grundbuch erfolgt die Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft im Wege der Grundbuchberichtigung. Auch das während der Ehe hinzuerworbene Vermögen wird Gesamtgut.

Nach § 1418 BGB ist **Vorbehaltsgut** dasjenige Vermögen eines Ehegatten, das

- durch Ehevertrag hierzu erklärt wurde,

- durch Dritte unentgeltlich oder von Todes wegen zugewendet wurde mit der Bestimmung des Dritten, es solle Vorbehaltsgut sein oder
- als Frucht und Surrogat vom Vorbehaltsgut anzusehen ist.
- Das Gesetz lässt auch ein rein rechtsgeschäftliches Surrogat bei einem objektiven Zusammenhang mit dem Vorbehaltsgut zu, wenn der Ehegatte das Rechtsgeschäft subjektiv auf das Vorbehaltsgut bezieht, auch wenn der Erwerb nicht aus Mitteln des Vorbehaltsguts erfolgt.
- § 1417 Abs. 2 BGB definiert als Sondergut solche Gegenstände, die durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden können, etwa ein Nießbrauchrecht. Da sie höchstpersönlich und unübertragbar sind, scheiden sie als Gesamthandsvermögen aus.

Die Gütergemeinschaft besitzt eine deutlich untergeordnete Relevanz. Aus diesem Grund soll auf die verschiedenen Güter (Gesamtgut, Sondergut, Vorbehaltsgut) nicht eingegangen werden. Auch die Verwaltungsregelungen lassen sich nicht kurz darstellen.

Im Folgenden sollen ehevertragliche **Formulierungsvorschläge** für die Vereinbarung der Gütergemeinschaft, deren Beendigung und die Bestimmung zum Vorbehaltsgut gegeben werden:

► **Formulierungsvorschlag zur Gütergemeinschaft:**

- 118 **Wir vereinbaren hiermit für unsere Ehe den Güterstand der Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des BGB. Wir bestimmen, dass wir das Gesamtgut gemeinschaftlich verwalten.**

Wir beantragen, den Güterstand der Gütergemeinschaft so wie die nachstehend getroffene Verwaltungsregelung und ferner den nachfolgend bestimmten Umfang des Vorbehaltsguts in das Güterrechtsregister einzutragen.

I. Vorbehaltsgut

Zum Vorbehaltsgut des Ehemannes wird erklärt das Unternehmen _____ eingetragen im Handelsregister _____ unter der Nr. _____.

Zum Vorbehaltsgut der Ehefrau wird die Eigentumswohnung, eingetragen im Grundbuch von _____ usw. mitsamt des gesamten Inventars erklärt.

Hinsichtlich der Auseinandersetzung des Gesamtguts wollen wir keine vom Gesetz abweichende Regelung treffen.

II. Unterhalt und Versorgungsausgleich

Insoweit soll es bei den gesetzlichen Regelungen verbleiben.

III. Grundbuchberichtigung

Wir beantragen, uns bezüglich des Grundbesitzes im _____, _____, Flur _____, eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts _____, Blatt _____ als Eigentümer in Gütergemeinschaft einzutragen und das Grundbuch entsprechend zu berichtigen.

Um Vollzugsnachricht an den beurkundenden Notar wird gebeten.

IV. Belehrungen und Hinweise

Wir wurden ausdrücklich über den Güterstand der Gütergemeinschaft und seine rechtlichen Auswirkungen unterrichtet. Insbesondere hat uns der Notar über die Haftung des Gesamtguts und die persönliche Haftung der Ehegatten sowie die mit der Wahl des Güterstands verbundenen Änderungen des Erb- und Pflichtteilsrechts belehrt. Ferner hat der Notar uns auf die Möglichkeit hingewiesen, Vorbehaltsgut zu schaffen. Schließlich hat er eingehend dazu geraten, sich vor Abschluss dieses Ehevertrages durch einen Steuerberater beraten zu lassen.

Die Ehegatten können in dem Güterstand der Gütergemeinschaft allerdings auch vereinbaren, dass nicht sämtliches Vermögen in diese eingebracht wird. Es steht ihnen frei, das »Anfangsvermögen bzw. auch das Vermögen, das im Wege der Erbfolge, vorweggenommenen Erbfolge oder Schenkung erworben wird, als Vorbehaltsgut zu definieren.

► Formulierungsvorschlag Vorbehaltsgut:

Wir sind uns darüber einig, dass Vermögen, welches wir jeweils in die Ehe einbringen, Vorbehaltsgut sein soll. Dieses Vermögen haben wir in der Anlage 1 aufgeführt. Die Anlage wurde vom Notar mit verlesen. Sie ist wesentlicher Bestandteil und somit Inhalt und Gegenstand dieser Urkunde. 119

Ferner soll sämtliches Vermögen, das ein Ehegatte künftig von Todeswegen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung von einem Dritten erhält, sein Vorbehaltsgut sein. Dies soll unabhängig davon gelten, ob der Erblasser eine entsprechende Anordnung getroffen hat oder nicht.

Die Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag aufgehoben und damit beendet werden, § 1414 BGB. Vereinbaren die Ehegatten nichts Abweichendes, tritt mit Beendigung der Gütergemeinschaft Gütertrennung ein. Es steht den Ehegatten jedoch frei, von der Gütergemeinschaft in die Zugewinnsgemeinschaft zu wechseln. Dies muss allerdings explizit vertraglich vereinbart werden (vgl. Rdn. 122). 120

Mit Beendigung des Güterstands der Gütergemeinschaft ist auch das Gesamtgut auseinanderzusetzen (vgl. § 1471 ff. BGB). 121

► Formulierungsvorschlag Aufhebung der Gütergemeinschaft:

Wir sind beide in erster Ehe verheiratet. Unsere Ehe haben wir am _____ vor dem Standesbeamten in _____ unter der Heiratsregister-Nr. _____ geschlossen. Wir sind beide deutsche Staatsangehörige. 122

Am _____ haben wir unter der Nr. _____ der Urkundenrolle des Notars _____ in _____ einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen. In diesem haben wir für unsere Ehe den Güterstand der Gütergemeinschaft vereinbart. Wir wollen nunmehr folgende Regelungen treffen:

I. Ehevertragliche Vereinbarungen

1. Güterstand

Wir heben hiermit den Güterstand der Gütergemeinschaft auf und vereinbaren entgegen der gesetzlichen Regelung des § 1414 BGB für die weitere Dauer unserer Ehe mit sofortiger Wirkung den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft.

Wir beantragen, diese Änderungen in das Güterrechtsregister einzutragen.

Der beurkundende Notar hat uns über das Wesen des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft eingehend belehrt. Insbesondere wies er auf den Zugewinnausgleich und die Verfügungsbeschränkung gem. §§ 1365, 1369 BGB hin.

2. Unterhalt und Versorgungsausgleich

Wir wollen diesbezüglich keine Regelungen treffen. Es soll bei den gesetzlichen Regelungen verbleiben.

II. Auseinandersetzung über das Gesamtgut

Wir sind Eigentümer in Gütergemeinschaft des folgenden Grundbesitzes: Flur-Nr. _____ vorgetragen im Grundbuch des Amtsgerichts _____ für _____,

Blatt _____. Hierüber setzen wir uns in der Weise auseinander, dass wir diesen Grundbesitz zum Miteigentum je zur Hälfte erhalten. Die Übertragung und Übernahme durch den jeweiligen Eigentümer erfolgen mit allen Rechten und Pflichten, den Bestandteilen und etwaigem gesetzlichem Zubehör.

Wir sind uns über den Eigentumsübergang ausdrücklich einig und bewilligen und beantragen

die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

Wir sind beide sowohl über die rechtlichen als auch über die tatsächlichen Verhältnisse bez. des Grundbesitzes bestens informiert. Der Grundbesitz und die aufstehenden Gebäude werden in dem Zustand übernommen, in dem sie sich heute befinden. Wir übernehmen wechselseitig keinerlei Haftung für die Freiheit von Sachmängeln jeglicher Art.

Besitz, Nutzung und Lasten aller Art sowie die Gefahren gehen ab sofort auf jeden erwerbenden Ehegatten über.

Im Grundbuch eingetragene Rechte werden von jedem erwerbenden Ehegatten in dinglicher Haftung übernommen. Bei eingetragenen Grundpfandrechten verbleibt es hinsichtlich der zugrunde liegenden Schuldverpflichtung bei der bisherigen Regelung.

Im Übrigen übernimmt und erhält jeder Ehegatte die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenstände zum Alleineigentum. Wir sind uns über die entsprechenden Eigentumsübergänge einig. Eine Regelung soll innerhalb dieser Urkunde nicht erfolgen.

Das vorhandene Geldvermögen, das nicht Vorbehaltsgut war, übernehmen wir jeweils zum hälftigen Miteigentum. Hiervon umfasst sind insbesondere Bargeld, Sparguthaben bei der _____ Bank (Konto-Nr. _____ und _____), sonstige Guthaben auf Bankkonten jeglicher Art sowie Aktien, Depots, festverzinsliche Wertpapiere etc. Auch das gemeinsame Bausparguthaben bei der _____ (Vertrags-Nr. _____) soll zu jeweils hälftigem Eigentum der Beteiligten werden.

Sofern weitere Vermögensstände vorhanden sind, setzen wir uns über diese außerhalb dieser Urkunde auseinander. Wir verpflichten uns hiermit jedoch gegenseitig, die Aufteilung der Vermögensgegenstände so vorzunehmen, dass jeder Ehegatte wertmäßig die Hälfte des weiteren Vermögens erhält.

III. Erbvertrag

Änderungen am Erbvertrag aus der notariellen Urkunde _____ wollen wir nicht vornehmen. Wir halten diese Regelung hiermit ausdrücklich aufrecht.

IV. Vollmacht

Wir beauftragen den Notar, sämtliche zur Rechtswirksamkeit und zum Vollzug dieses Vertrages notwendigen Erklärungen von Beteiligten oder Behörden einzuholen und die hierfür notwendigen Anträge zu stellen.

Der Notar und jeder Angestellte der Notarstelle werden unter Befreiung des § 181 BGB jeweils einzeln ermächtigt, Nachtragserklärungen und Bewilligungen abzugeben, Anträge zu stellen, abzuändern oder zurückzunehmen soweit dies sachdienlich ist.

V. Schlussbestimmungen