

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 175681**

**letzte Aktualisierung: 11. September 2020**

**BGB §§ 705, 1408**

**Ehegatten-Innengesellschaft; Ausschluss Versorgungsausgleich; Inhaltskontrolle**

**I. Sachverhalt**

F und M sind schon lange Jahre liiert und wollen heiraten. Die beiden haben keine Kinder und es ist eher unwahrscheinlich, aber nicht gänzlich ausgeschlossen, dass aus ihrer Ehe noch ein Kind hervorgehen wird. Sie waren beide noch nicht verheiratet. M ist sehr vermögend. Er ist unternehmerisch als Immobilienmakler in Deutschland und auf Mallorca tätig. Er hat in beiden Ländern Liegenschaften und ist an verschiedenen immobilien- und gesellschaftsanteilsverwaltenden Gesellschaften beteiligt. Seine laufenden Einkünfte betragen ca. 700.000,00 € bis 800.000,00 € jährlich. F hat nahezu kein Vermögen. Sie ist gelernte Arzthelferin, hat aber die letzten Jahre nicht mehr in ihrem Beruf gearbeitet, sondern arbeitet auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags als Angestellte für und mit M in dessen Maklerunternehmen und übt insgesamt für ihn administrative Tätigkeiten aus. M ist auf diese Tätigkeiten nicht angewiesen. Das Gehalt entspricht dem üblichen Gehalt einer vergleichbaren Angestellten, wobei F einerseits auch an Abenden und Wochenenden beruflich tätig ist, andererseits dabei auch am Lebensstandard von M teilhat. M und F haben bisher sehr auf „getrennte Kassen“ geachtet und wollen dies auch in der Ehezeit tun. M und F wollen Gütertrennung vereinbaren.

**II. Fragen**

1. Besteht (abgesehen von den üblichen Risiken der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle) die Gefahr, dass die Rechtsprechung in diesem Fall eine Ehegatten-Innengesellschaft annimmt? Lassen sich ggf. Ausgleichsansprüche aus einer vorehelich oder in der Ehezeit begründeten Innengesellschaft im Rahmen eines Ehevertrags rechtssicher ausschließen?
2. M will etwaige nacheheliche Unterhaltsansprüche der F soweit als möglich beschränken. Welche Gestaltungen werden in der Literatur diskutiert, mit denen nacheheliche Ehegattenunterhaltsansprüche möglichst rechtssicher zwar nicht ausgeschlossen, aber doch zeitlich und der Höhe nach limitiert werden können?
3. M und F wollen den Versorgungsausgleich zum Wohl der F ausschließen. F begründet sozialversicherungspflichtige Rentenanwartschaften. M nicht – und auch keine sonstigen dem Versorgungsausgleich unterliegenden Anwartschaften. Besteht bei einem solchen Abschluss die Gefahr der Sittenwidrigkeit?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Voraussetzungen der Ehegatten-Innengesellschaft

Die Rechtsprechung hat das (konkludente) Zustandekommen einer Ehegatten-Innengesellschaft vor allem als Instrument gesehen, um im Rahmen des Güterrechts unbillige Ergebnisse zu korrigieren (BeckOK-BGB/Siede/Cziupka, Stand: 1.8.2020, § 1414 Rn. 21). Das Zustandekommen wurde auf Ausnahmefälle beschränkt (KG NJW 2017, 3246). Dogmatisch hat das Instrument – u. E. zu Recht – Kritik erfahren, weil es den Ehegatten einen Rechtsbindungswillen aus Billigkeitsgesichtspunkten unterstellt (Münch-KommBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 1363 Rn. 19).

Für die Praxis gilt die Rechtsprechung freilich als alleiniger Maßstab, insbesondere vor dem Hintergrund als Kautelarjurist den sichersten Weg wählen zu müssen. Nach der Rechtsprechung setzt das Zustandekommen einer Ehegatten-Innengesellschaft voraus, dass die Ehegatten einen **über den typischen Rahmen der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck** verfolgen (BGH NJW 2006, 1268; NJW 1995, 3383; NJW 1999, 2962; DNotZ 2000, 514). Eine Ehegatten-Innengesellschaft kann dabei sowohl neben einem Zugewinnausgleichsanspruch bestehen (BGH NJW 2006, 1268) als auch bei Vereinbarung von Gütertrennung entstehen. Eine Vereinbarung der Gütertrennung allein genügt hierbei nicht, um Ansprüche aus einer Ehegatten-Innengesellschaft auszuschließen. Der BGH führt hierzu prägnant aus:

„Die Vereinbarung der Gütertrennung spricht nicht gegen das Zustandekommen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Ehegatten. Denn daraus folgt nicht zwingend, daß die Ehegatten eine Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten Vermögen von vornherein ablehnen.“

(BGH NJW 1999, 2962, 2964)

Mit der Frage, wie das Zustandekommen einer Ehegatten-Innengesellschaft verhindert werden kann, setzt sich die Literatur nur rudimentär auseinander. Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle eint jedoch, dass in keinem der Sachverhalte ausdrückliche Regelungen zur Ehegatten-Innengesellschaft getroffen wurden, die Rechtsprechung also vielmehr aus dem schlüssigen Verhalten den gemeinsamen Zweck abgeleitet hat. Der BGH hat sogar in einer der jüngeren Entscheidung ausdrücklich festgestellt:

„[...] ausdrückliche Abreden gehen einem nur konkludent zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen vor.“

(BGH NJW 2006, 1268, 1269)

Es dürfte also weiterhin möglich sein, das Zustandekommen einer Ehegatten-Innengesellschaft durch ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten auszuschließen. Vorschlag wird beispielsweise folgende Formulierung:

„Wir stellen ferner klar, dass andere Ausgleichsansprüche nicht bestehen sollen; insbesondere entsteht nicht etwa durch Mitarbeit im Betrieb eines Ehegatten oder durch das gemeinsame Halten

von Vermögensgegenständen eine Ehegatteninnengesellschaft, wenn wir dies nicht ausdrücklich vereinbaren.“

(Münch, in: Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 5. Aufl. 2017, Formular H.I.1.)

Rechtsprechung zur Frage, inwieweit ein solcher Ausschluss des Zustandekommens einer Ehegatten-Innengesellschaft im Rahmen eines Ehevertrages überhaupt möglich ist und ggf. bei der Gesamtwürdigung des Ehevertrags Berücksichtigung findet, liegt – soweit ersichtlich – nicht vor. U.E. kann aber der bloße ausdrückliche Nichtabschluss eines Gesellschaftsvertrags außerhalb des Ehegüterrechts nicht zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrags führen. Die teilweise in der Literatur geäußerten Bedenken gegen den Ausschluss einer Ehegatten-Innengesellschaft (Kogel, FamRZ 2006, 1177; Dauner-Lieb, FuR 2009, 361, 370) können u. E. nicht überzeugen. *Dauner-Lieb* argumentiert maßgeblich mit der Rechtsprechung zu sog. Hinauskündigungs- und Abfindungsklauseln. Hiernach seien gesellschaftsvertragliche Vereinbarung unwirksam, die einen Gesellschafter beim Ausscheiden rechtlos stellen (Dauner-Lieb, FuR 2009, 361, 370). Dies trifft zwar zu. Der Ausschluss der Ehegatten-Innengesellschaft setzt aber bereits zuvor an und soll lediglich klarstellen, dass ein Gesellschaftsvertrag gerade nicht geschlossen werden soll. Auf die Rechtsprechung zu den Abfindungsklauseln kann es deshalb nicht ankommen. Niemand kann gezwungen werden, für seine gemeinsame Tätigkeit die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu wählen. Allenfalls könnte man noch an die Rechtsfigur des widersprüchlichen Verhaltens denken, wenn die Ehegatten im Ehevertrag klarstellen, dass eine Ehegatten-Innengesellschaft nicht begründet werden soll, sich im tatsächlichen Leben dann aber dennoch so verhalten und einen gemeinsamen (wirtschaftlichen) Zweck verfolgen. Rechtsdogmatisch dürfte es sich jedoch kaum begründen lassen, dass bei den Ehegatten ein **Rechtsbindungswille** auf Abschluss eines Gesellschaftsvertrags vorliegt, wenn die Ehegatten einen solchen Vertrag ausdrücklich nicht schließen wollen.

Diese Vereinbarung würde hingegen nicht weiterhelfen, wenn bereits vor Abschluss des Ehevertrages eine Innengesellschaft bestand. Eine Ehegatten-Innengesellschaft kann auch schon vor Heirat entstehen (so auch im Fall BGH NJW 2006, 1268). Voraussetzung ist aber, dass die Ehegatten neben der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks auch gleichberechtigte Mitarbeit erbringen, also bspw. zwar formal ein Arbeitsverhältnis als „einfacher Angestellter“ begründet wird, der angestellte Ehegatte aber tatsächlich die Tätigkeit eines Geschäftsführers ausführt (BGH NJW 2006, 1268). Weitere Kriterien können bspw. der gemeinsame Grundbesitzerwerb und gemeinsame Darlehensaufnahme zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks sein (BGH NZG 2016, 547). Dies scheint alles im vorliegenden Fall nicht gegeben, entzieht sich aber der abschließenden Beurteilung durch das DNotI.

Unterstellt man den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags bereits **vor Abschluss des Ehevertrags**, dürfte ein vollständiger Ausschluss der Ansprüche aus § 738 BGB unwirksam sein (vgl. BeckOGK-BGB/Koch, Stand: 1.10.2019, § 738 Rn. 70; MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 738 Rn. 60 jeweils m. w. N.).

## 2. Möglichst weitgehender Ausschluss der Unterhaltsansprüche

Gem. § 1585c S. 1 BGB können die Ehegatten Vereinbarungen über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung treffen und hierauf – grundsätzlich – auch vollständig verzichten (MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 77). Eine Vereinbarung hierzu unterliegt jedoch nach der Rechtsprechung der Inhaltskontrolle und der Ausübungs-

kontrolle, sodass ein vollständiger Ausschluss des nachehelichen Unterhalts in der Praxis nur in bestimmten Konstellationen in Betracht kommt. Ein vollständiger Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt wird bspw. als wirksam und sachgerecht erachtet bei einer Doppelverdienerhe, die kinderlos geblieben ist und es auch bleiben wird, bei Ehe im fortgeschrittenen Alter oder bei sehr vermögenden Ehegatten, bei denen auf beiden Seiten ein Unterhaltsbedarf von vornherein ausgeschlossen ist (Grziwotz, in: Münchener Anwalts- handbuch Familienrecht, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 112). In Betracht kommt sowohl ein Totalverzicht – der allerdings für den Fall, dass doch noch Kinder aus der Ehe hervorgehen, unwirksam sein dürfte, als auch bspw. ein durch Kinderbetreuung auflösend bedingter Unterhaltsverzicht (vgl. bspw. Langenfeld/Milzer, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2018, Rn. 617). Als weiterer Vorschlag in der Literatur findet sich die Vereinbarung mit einer wertgesicherten Höchstgrenze (Reetz, in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Formular V.13 Rn. 4). Ob dies allerdings von den Beteiligten gewünscht ist, entzieht sich unserer Kenntnis.

### 3. Verzicht auf den Versorgungsausgleich

Grundsätzlich ist es möglich, auf den Versorgungsausgleich vollständig zu verzichten. Für die vorliegende Konstellation, dass ein Unternehmer seine Altersvorsorge mit nicht dem Versorgungsausgleich unterliegenden Vermögenswerten absichert, wird in der Literatur der Verzicht auf den Versorgungsausgleich sogar **als ausdrücklich geboten** bezeichnet (Münch, in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 303).

Sogar **ohne entsprechende Vereinbarung** kann der Versorgungsausgleich wegen grober Unbilligkeit ausgeschlossen sein. § 27 VersAusglG sieht vor, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet, soweit er grob unbillig wäre. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn ein Ehegatte die Altersvorsorge auf Vermögenswerte gründet, die wegen des vereinbarten Güterstands keinem Ausgleich unterliegen und der grundsätzlich ausgleichsberechtigte Ehegatte hinreichend abgesichert ist (MünchKommBGB/Siede, 8. Aufl. 2019, § 27 VersAusglG Rn. 30) und der weniger vermögende Ehegatte ausgleichspflichtig würde (OLG Koblenz BeckRS 2010, 10874). Es spricht also viel dafür, dass der Versorgungsausgleich im konkreten Fall bereits nach § 27 VersAusglG ausgeschlossen wäre. Auf die gesetzliche Regelung des § 27 VersAusglG sollte sich der Notar im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege freilich nicht verlassen. Eine Regelung zum Versorgungsausgleich, die lediglich das Gesetz klarstellend wiedergibt, kann jedoch im Ergebnis kaum sittenwidrig sein.