



PRAXISLEITFADEN

**GRUNDZÜGE DES
DEUTSCHEN
FAMILIENRECHTS**

MIT DEN RICHTIGEN VORKEHRUNGEN
DAS UNTERNEHMEN SCHÜTZEN

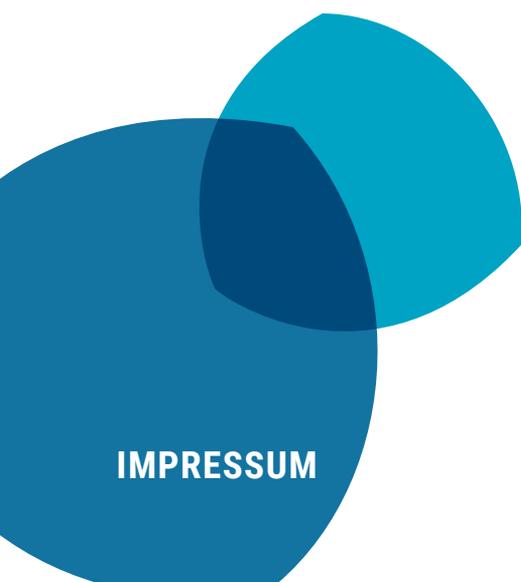
von
Christoph Schreiber
Rainer Kögel

Herausgeber



HENNERKES, KIRCHDÖRFER & LORZ
RECHTSANWÄLTE · STEUERBERATER





IMPRESSUM

VERANTWORTLICH:

WIFU-Stiftung
Prof. Dr. Tom A. Rösen
Alfred-Herrhausen-Straße 48
58448 Witten

Redaktion: Monika Nadler

Gestaltung: Designbüro Schönfelder GmbH, Essen

Titelfoto: iStock

Fotos S. 4: Wittener Institut für Familienunternehmen

Hinweis: Die WIFU-Stiftung bekennt sich zu einer genderneutralen Sprache. Sollte dieses Ziel in diesem Praxisleitfaden nicht in jedem einzelnen Falle erreicht werden, bittet die WIFU-Stiftung um wohlwollende Nachsicht. An einzelnen Stellen mag es aus Gründen des Leseflusses (wie beispielsweise in Aufzählungen) oder aus Platzgründen (wie etwa in Überschriften oder in Schaubildern) vorkommen, dass das Maskulinum als nicht-markierte Form für das Genus von Personenbezeichnungen gewählt wurde.

ISSN (Print) 2626-3424

ISSN (Online) 2626-3432

Stand: September 2021

INHALT

Vorwort	4
I Regelungsbereiche des Familienrechts	5
II Eherecht	6
1 Verlöbnis.....	6
2 Eingehung der Ehe.....	6
3 Eheliche Lebensgemeinschaft.....	8
4 Schlüsselgewalt gem. § 1357 BGB.....	8
5 Güterrecht.....	9
6 Scheidung der Ehe.....	14
7 Abschluss und Inhalt eines Ehevertrages.....	17
8 Die nichteheliche oder eheähnliche Lebensgemeinschaft.....	21
III Kindschaftsrecht	22
1 Verwandtschaft.....	22
2 Eltern-Kind-Verhältnis.....	23
3 Adoption.....	26
IV Besondere Fürsorgeverhältnisse	28
1 Vormundschaft über minderjährige Kinder, insb. testamentarische Vorsorge.....	28
2 Pflegschaft, insb. Ergänzungspflegschaft.....	28
3 Geschäftsunfähigkeit und die rechtliche Betreuung über Volljährige.....	29
V Absicherung gegen Handlungs- und Geschäftsunfähigkeit	32
1 Folgen einer Betreuungsbedürftigkeit und eines Verlusts der Geschäftsfähigkeit.....	32
2 Betreuungsverfügung.....	32
3 Vorsorgevollmacht.....	32
4 Patientenverfügung.....	34
VI Ausblick: Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023	35
Quellen und weiterführende Literatur	36
Kontakt	38

Familienangelegenheiten sind in Familienunternehmen keine Privatsache. Vielmehr haben familiäre Themen mitunter erhebliche Auswirkungen auf den Erfolg und die langfristige Überlebensfähigkeit des Unternehmens. Das Auseinanderbrechen oder Scheitern von Familienunternehmen findet seine Ursache häufig im System *Familie* und selten allein im System *Unternehmen*. Familiäre Konflikte können in das Unternehmen ausstrahlen und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sowie der Leitungsorgane beeinträchtigen. Sie sind oftmals Auslöser gravierender Veränderungen in Familienunternehmen, die in deren Spaltung (siehe die Beispiele Bahlsen, Herz und Oetker) oder in deren Verkauf (siehe die Beispiele Wella sowie Coppenrath & Wiese) münden können. In derselben Weise kann der plötzliche Tod von im Unternehmen tätigen Familienmitgliedern (siehe etwa jüngst den Fall des verschollenen und für tot erklärten Karl-Erivan Haub) erhebliche Probleme auf Unternehmensebene nach sich ziehen. Ebenso können Scheidungen innerhalb von Unternehmerfamilien oder die Handlungsunfähigkeit von Familienmitgliedern den Erfolg des Unternehmens beeinträchtigen.

In rechtlicher Hinsicht ist es Teil einer guten Family Governance, dass für solche Veränderungen, die oftmals als Schicksalsschläge empfunden werden,



Christoph Schreiber



Rainer Kögel

Vorsorge getroffen wird. Oder anders ausgedrückt: Es gehört zu den Pflichten eines jeden Mitglieds einer Unternehmerfamilie, durch geeignete Regelungen seiner familiären Verhältnisse Vorsorge zu treffen.

Dieser Leitfaden will dazu beitragen, dass Unternehmerfamilien die für sie relevanten Fragen des Familienrechts verstehen und in der Lage sind, entsprechende Gestaltungsmaßnahmen zu ergreifen.

Christoph Schreiber und Rainer Kögel
WIFU-Stiftungslehrstuhl für Recht der Familienunternehmen

I | REGELUNGSBEREICHE DES FAMILIENRECHTS

Gegenstand des vorliegenden Leitfadens ist das Recht der Familie im Sinne des deutschen Zivilrechts. Das Familienrecht ist im vierten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geregelt. Auf eine gesetzliche Definition der Familie hat der deutsche Gesetzgeber verzichtet, wenngleich das Gesetz den Begriff der Familie an verschiedenen Stellen verwendet. Eine allgemeingültige, von dem jeweiligen Rechtssatz unabhängige Definition existiert also nicht. Familienrecht im Sinne des Gesetzes wird gemeinhin definiert als der Inbegriff der Normen, welche die Rechtsverhältnisse der durch Ehe und Verwandtschaft verbundenen Personen regeln. Damit sind die ersten beiden Regelungsbereiche des Familienrechts umschrieben: Das Eherecht einschließlich des Verlöbnisses (§§ 1297 ff. BGB) und das Kindschaftsrecht (§§ 1589 ff. BGB). Die gesetzliche Konstruktion geht indessen weiter. Denn zum einen gehört auch das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft zum Familienrecht.¹ Zum anderen kennt das Familienrecht des BGB rechtliche Institute, die weiteren, besonderen Fürsorgeverhältnissen wie der Vormundschaft, der Pflegschaft und der Betreuung entspringen. Die Materie hat vielschichtige Auswirkungen insbesondere auf Familienunternehmen und Unternehmer-

familien. Dem ist in der folgenden Darstellung Rechnung zu tragen. Während die Soziologie und die Wirtschaftswissenschaften bei der Begriffsdefinition von „Familie“ sehr stark auf das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt abstellen, steht im Familienrecht die Frage im Vordergrund, ob zwischen Personen ein Angehörigen- oder Verwandtschaftsverhältnis besteht. Aus diesem können sich konkrete, gesetzlich definierte Rechte und Pflichten ergeben, wie z. B. Unterhalts-, Fürsorge-, Loyalitäts- und Treuepflichten oder auch Vertretungs-, Erb- und Pflichtteilsrechte.

Das in diesem Leitfaden behandelte Familienrecht umfasst also

- das **Eherecht** und das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft (unter II.),
- das **Kindschaftsrecht** (unter III.) und
- das Recht besonderer **Fürsorgeverhältnisse** (unter IV.).

Nicht behandelt werden Fragen des Erbrechts. Dieses regelt den Übergang des Vermögens im Todesfall und wurde bereits in einem anderen Praxisleitfaden dargestellt.²

¹ Die eingetragene Lebenspartnerschaft hat mittlerweile durch die Einführung der in der Tagespresse sog. „Ehe für alle“ an Bedeutung verloren (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl. I 2017, 2787; in Kraft getreten am 1.10.2017).

² Kögel (2016).

II | EHERECHT

Unter einer Familie wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine Gruppe von Menschen verstanden, die in einem direkten Verwandtschaftsverhältnis zueinander stehen und von einem Stammelternpaar, der sog. Ursprungssehe, abstammen. Nach der Konzeption des Gesetzes besteht zwischen den Ehepartnern jedenfalls eine enge rechtliche Verbindung, die sich – wenn nichts anderes geregelt ist – etwa bei Beendigung der Ehe durch Tod oder durch Scheidung auch auf das Unternehmen auswirken kann. Wenden wir uns deshalb zunächst dem Eherecht zu. Die Eingehung einer Ehe kann für den Gesellschafter bzw. die Gesellschafterin eines Familienunternehmens erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dies gilt nicht nur im Fall der Scheidung, sondern betrifft auch die Frage, ob er bzw. sie weiterhin alleine über das unternehmerische Vermögen verfügen kann. Jeder Familienunternehmer ist somit gut beraten, sich vor Eingehung einer Ehe diese rechtlichen Folgen bewusst zu machen. Im Folgenden werden daher die Grundlagen des Eherechts behandelt.

1 | VERLÖBNIS

Nach der systematischen Stellung im Gesetz sind die Väter des BGB (am Ende des 19. Jahrhunderts) davon ausgegangen, dass der Eheschließung ein Verlöbnis (nach heutigem Sprachgebrauch eher: eine Verlobung) vorausgeht. Darunter versteht man aus rechtlicher Perspektive sowohl das formlose gegenseitige Versprechen, in der Zukunft die Ehe schließen zu wollen, als auch die aus diesem Versprechen resultierende besondere Verbindung der Parteien. Angeblich nimmt die tatsächliche Bedeutung des Verlöbnisses ab. Jedenfalls stellt es keine rechtliche Voraussetzung für die Eheschließung dar.

Die wichtigste Rechtsfolge des Verlöbnisses liegt in der rechtlichen – anders als landläufig angenommen nicht etwa nur moralischen – Verpflichtung zur Heirat. Allerdings ist diese Pflicht nach deutschem Recht nicht einklagbar (§ 1297 Abs. 1 BGB) und ein dennoch – etwa nach ausländischem materiellen Recht ergangenes – auf Ehereingehung

gerichtetes Urteil ist nicht vollstreckbar (§ 120 Abs. 3 FamFG).

Ferner folgen aus dem Verlöbnis insbesondere

- die Möglichkeit, einen **Ehevertrag** abzuschließen (§ 1408 BGB),
- eine strafrechtliche **Privilegierung** dergestalt, dass Verlobte Angehörige im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB sind, und
- im Zivil- und Strafprozess ein **Zeugnisverweigerungsrecht** (§ 383 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO).

Jeder Partner kann unabhängig vom Einverständnis des anderen Verlobten vom Verlöbnis zurücktreten, wodurch das Verlöbnis beendet wird. Erfolgt der Rücktritt aber ohne wichtigen Grund, so trifft den zurücktretenden Verlobten unter den Voraussetzungen des § 1298 BGB eine Schadensersatzpflicht. Darin zeigt sich die Missbilligung des grundlosen Bruchs des angekündigten Eheversprechens durch die Rechtsordnung. Gleiches gilt für denjenigen, der schuldhaft den anderen Partner durch einen wichtigen Grund zum Rücktritt veranlasst (sog. mittelbarer Verlöbnisbruch).

2 | EINGEHUNG DER EHE

a) Systematik des Gesetzes

Die Ehe wird zwischen zwei Personen unter Beteiligung des Standesbeamten geschlossen. Das Gesetz stellt angesichts ihrer weitreichenden Rechtsfolgen mehrere Anforderungen an die Eheschließung. Der Verstoß gegen Eheschließungsvorschriften hat je nach der verletzten Norm unterschiedliche Auswirkungen. Es kann sich bei der verletzten Vorschrift um eine reine Soll-Vorschrift handeln, so dass die Ehe trotz Normverstoßes fehlerfrei ist (vgl. § 1308 BGB). Davon zu unterscheiden ist die Übertretung eines Verbots, die dazu führt, dass keinerlei Ehwirkungen entstehen (sog. Nicht-Ehe). Ferner sieht das Gesetz für bestimmte Fälle vor, dass die Ehe trotz eines Gesetzesverstoßes wirksam, aber aufhebbar ist.

b) Zwingende Voraussetzungen für die Eheschließung und „Ehe für alle“

Zwingende Voraussetzungen für eine wirksame Eheschließung sind

- das **Ja-Wort** beider Ehegatten (§ 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB),
- die Mitwirkung des **Standesbeamten** (vgl. zu den Einzelheiten § 1310 BGB) und
- die **Vollendung des 16. Lebensjahres** beider Ehegatten (§ 1303 Satz 2 BGB), auch bei Eheschließung nach ausländischem Recht (Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB).

Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, kommt von vornherein keine Ehe zustande.

Nach traditionellem Eheverständnis gehört hierher auch die **Geschlechtsverschiedenheit** der Ehegatten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren gleichgeschlechtliche Partnerschaften vom Ehebegriff ausgeschlossen (vgl. BVerfG NJW 1993, 3058; NJW 2002, 2543). Seit dem 1.10.2017 gilt das bis dahin aus Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes hergeleitete Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen nicht mehr. Der Gesetzgeber hat hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses gesehen, die angesichts der legislativen Gestaltungsfreiheit die Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts verfassungsrechtlich zulassen (Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 18/6665, S. 7). Darauf basierend ist die Vorschrift des § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB geändert worden.

Sie lautet heute:

„Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Das Gesetz erlaubt somit ausdrücklich auch die Ehe zwischen Mann und Mann sowie zwischen Frau und Frau. Die Unterschiede zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, die gleichgeschlechtliche Paare bis zum 1.10.2017 eingehen konnten, sind voll-

ständig weggefallen. Das Geschlecht spielt nach der Vorstellung des Gesetzgebers also keine Rolle mehr.

c) Aufhebbarkeit der Ehe, insb. Kinderehen

Andere Normen führen dazu, dass im Fall ihrer Übertretung die Ehe zwar wirksam, aber durch richterliche Entscheidung für die Zukunft aufhebbar ist (§ 1314 BGB). Das trifft etwa zu für

- die **Geschäftsunfähigkeit** eines Ehegatten bei der Eheschließung (§ 1304 BGB),
- den Verstoß gegen das Verbot der **Doppelehe** (§ 1306 BGB),
- die Ehe zwischen in gerader Linie **verwandten Ehegatten** (§ 1307 BGB) und
- die **Scheinehe** im Sinne des § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB.

Grundsätzlich sollen nach deutschem Recht nur **Volljährige** (Vollendung des 18. Lebensjahres, § 2 BGB) die Ehe miteinander eingehen. Die in den Jahren 2015 und 2016 verstärkt aufgekommenen Migrationsbewegungen haben den Gesetzgeber dazu veranlasst, das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 (BGBl. I 2017, 2429) zu schaffen. Dadurch ist die praktisch wenig relevante Norm des § 1303 Abs. 2 BGB gestrichen worden. Nach dieser Vorschrift konnte das Familiengericht die Eheschließung eines volljährigen Ehegatten mit einem 16- oder 17-jährigen Ehegatten zulassen. Seit der Gesetzesänderung ist jede Ehe mit einem unter 16-jährigen Ehegatten unwirksam. Die Ehe mit einem 16- oder 17-jährigen Ehegatten ist wirksam, aber aufhebbar. Das gilt auch dann, wenn sich die Ehemündigkeit nach ausländischem Recht richtet (Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB n. F.). Offen ist, ob diese Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Mit Beschluss vom 14.11.2018 (XII ZB 292/16) hat der Bundesgerichtshof diese Frage dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Verfahren ist dort anhängig.

3 | EHELICHE LEBENSGEMEINSCHAFT

Die Ehe ist auf Lebenszeit angelegt. Neben der Aufhebung kann sie nur durch Scheidung oder durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst werden („... bis dass der Tod euch scheidet“). Während des Bestandes der (nicht gescheiterten, § 1353 Abs. 2 BGB) Ehe sind die Ehegatten gem. § 1353 BGB einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Auch hierbei handelt es sich um eine Rechtspflicht, die sogar einklagbar, wenngleich aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit gem. § 120 Abs. 3 FamFG nicht vollstreckbar ist.

Inhaltlich erstreckt sich die gegenseitige Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft auf

- das **Zusammenleben** in ehelicher Gemeinschaft,
- **Beistand** in persönlichen Angelegenheiten („in guten wie in schlechten Zeiten, in Gesundheit und Krankheit ...“),
- eheliche **Treue** (strittig, so OLG Stuttgart OLGR 1999, 188; anderer Auffassung Palandt/Brudermüller, § 1353 BGB, Rn. 7),
- **Rücksicht** und **Achtung**,

allerdings auch auf **formale Akte** wie

- die Mitwirkung bei der Steuererklärung – etwa zwecks gemeinsamer Veranlagung.

Des Weiteren sind die Ehegatten zur Sorge um die gemeinsamen Angelegenheiten verpflichtet. Darunter fallen insbesondere die Haushaltsführung, die Kindererziehung und die Aufbringung der nötigen Finanzmittel. Ein gesetzliches Regelmodell besteht nicht. Vielmehr sind die Ehegatten in der Gestaltung frei und können ihre jeweiligen Rollen gem. § 1356 Abs. 1 BGB im gegenseitigen Einvernehmen festlegen.

Hierher gehört ferner die gegenseitige Verpflichtung zum Familienunterhalt: Gem. § 1360 BGB sind die Ehegatten verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Die Vorschrift des § 1360a BGB präzisiert das Pflichtenprogramm: Danach handelt es sich bei der Verbindlichkeit ihrem Inhalt nach nicht etwa um eine Verpflichtung zur Leistung einer Geldrente. Vielmehr ist der Unterhalt in der Weise zu leisten,

die durch die eheliche Lebensgemeinschaft geboten ist. Das bedeutet, dass die zwischen den Ehegatten getroffenen Vereinbarungen insbesondere über die Verteilung und die Art der Haushaltsführung zu berücksichtigen sind. Je nachdem, was die Ehegatten vereinbart haben, erbringen sie ihren Beitrag durch Finanzierung etwa der Miete, der Nahrung und der Haushaltsgegenstände, der Altersvorsorge, ärztlicher Behandlungen oder etwa auch durch Naturalleistungen wie durch die Wohnmöglichkeit im Haus des Ehegatten, die Betreuung der Kinder oder durch Tätigkeiten im Haushalt.

4 | SCHLÜSSELGEWALT GEM. § 1357 BGB

Ein Relikt aus vergangenen Zeiten findet sich in der rechtspolitisch stark umstrittenen Vorschrift des § 1357 BGB. Nach dieser Norm ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Die Rechtsfolgen eines Vertragsabschlusses treffen also nicht nur die Vertragspartei, sondern auch deren Ehegatten. Erklären lässt sich diese sog. Schlüsselgewalt nur aus der Historie. Als das BGB am 1.1.1900 in Kraft trat, ging der Gesetzgeber von der gesetzlichen Verpflichtung der Ehefrau aus, „das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten“ (§ 1356 BGB a. F.). Der Beruf der Frau war folglich durch die Legislative festgelegt. Die Väter des BGB sahen es vor diesem Hintergrund als erforderlich an, dass die Ehefrau „das Recht haben muss, die zur Erfüllung ihres Berufes erforderlichen Verfügungen zu treffen und die dazu notwendigen Rechtsgeschäfte abzuschließen“.³ Da nicht die Frau, sondern der Mann die ehelichen Lasten zu tragen habe, müsse sie die Geschäfte mit Wirkung für den Mann abschließen können.

Diese Sichtweise ist längst überholt. Gleichwohl hat die Vorschrift des § 1357 BGB mehrere Reformbestrebungen überstanden und ist auch vom Bundesverfassungsgericht mit Art. 6 Abs. 1 GG („Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“) für vereinbar und demnach für verfassungskonform angesehen worden (BVerfGE 81, 1). Es bleibt also bis auf Weiteres dabei, dass der Gläubiger eines Ehegatten unter

³ Vgl. Mugdan (1899), S. 65.

den Voraussetzungen des § 1357 BGB einen zweiten Schuldner – den anderen Ehegatten – hat, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt (§ 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Norm setzt voraus:

- eine **wirksame Ehe**,
- den Abschluss eines **Rechtsgeschäfts** durch einen der Ehegatten,
- ein Geschäft zur **angemessenen Deckung des Lebensbedarfs** und
- **kein Getrenntleben** der Ehegatten.

Maßgeblich für die Frage, ob das Geschäft ein solches zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs ist, sind die Unterhaltsbedürfnisse der in Rede stehenden Familie. Hauptanwendungsfall in der Praxis ist der Erwerb von Lebensmitteln und Kleidung sowie die Durchführung von Reparaturen im Haushalt. Nicht dazu zählen Rechtsgeschäfte, die nicht der Familie, sondern allein dem einzelnen Ehegatten zu Gute kommen. Ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen ferner Verträge, über die sich die Ehegatten üblicherweise absprechen würden. Entscheidend kann hier der Wert des Vertragsgegenstandes sein. Allgemein gültige Wertgrenzen gibt es nicht. Vielmehr kommt es stets auf die Vermögensverhältnisse und die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls an.

Die Ehegatten können die Wirkungen des § 1357 BGB ausschließen und dadurch privatautonom die veraltete Norm abbedingen. Es ist allerdings zu beachten, dass eine wirksame Abbedingung eine entsprechende Eintragung im Güterrechtsregister oder die Kenntnis des Vertragspartners von der Ausschließung voraussetzt. Wird dem nicht Rechnung getragen, bleibt es bei der Geltung der Vorschrift.

5 | GÜTERRECHT

Das deutsche Eherecht kennt drei Grundformen des Güterstandes:

- die **Zugewinnngemeinschaft**,
- die **Gütertrennung** und
- die **Gütergemeinschaft**.

Gehen die Ehepartner die Ehe ein, ohne einen Ehevertrag abzuschließen, gilt der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

a) Zugewinnngemeinschaft

Wenn die Ehegatten nicht durch Ehevertrag etwas anderes bestimmen, leben sie im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB). Anders als oftmals in der Praxis angenommen wird, bleibt das Vermögen der beiden Ehegatten voneinander getrennt. Dies ordnet die Vorschrift des § 1363 Abs. 2 Satz 1 BGB ausdrücklich an. Die Eheschließung führt also nicht etwa dazu, dass das Eigentum des einen Ehegatten zur Hälfte auf den anderen Ehegatten übergeht. Vielmehr bleibt die Eigentumslage durch die Heirat unberührt. Wer beispielsweise Gesellschaftsanteile an einem Unternehmen hält oder ein Einzelkaufmännisches Gewerbe betreibt, bleibt Alleineigentümer dieses unternehmerischen Vermögens. Dies gilt auch für solches Vermögen, das die Ehegatten *nach* der Eheschließung *ohne* den anderen Ehepartner erwerben. Die Zugewinnngemeinschaft ist also während der Ehe durch den Grundsatz der Gütertrennung geprägt.

Vermögensveränderungen, die während der Ehezeit auftreten, werden bei Beendigung des Güterstands – also etwa durch Scheidung, aber auch durch einen einverständlichen Wechsel des Güterstands – durch einen Zugewinnausgleich ausgeglichen. Hat ein Ehegatte während der Ehe mehr Vermögen als der andere Ehegatte hinzugewonnen, so steht dem anderen Ehegatten die Hälfte des Überschusses als Ausgleichsforderung zu. Eine Besonderheit der Zugewinnngemeinschaft im Vergleich zur Gütertrennung in ihrer Reinform liegt darin, dass die Ehegatten in der Verwaltung ihres eigenen Vermögens beschränkt sind. Sie können bestimmte Geschäfte ohne die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht wirksam abschließen. Dadurch soll das Vermögen als wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie erhalten bleiben. Außerdem soll sichergestellt werden, dass bei Beendigung des Güterstandes der Anspruch auf Zugewinnausgleich werthaltig ist. Diese Ausgleichsverpflichtung macht die Zugewinnngemeinschaft für Inhaber unternehmerischen Vermögens problematisch, da der Zugewinn auch in einer reinen Wertsteigerung von

Gesellschaftsanteilen liegen kann, deren Verkauf an Dritte oder Belastung dem Ehepartner durch Gesellschaftsvertrag regelmäßig untersagt ist.

Im Einzelnen:

i) Verfügungsbeschränkungen

Die Vorschrift des § 1365 BGB verbietet eigenwillige Verfügungen des Ehegatten über sein Vermögen „im Ganzen“. Dabei handelt es sich um ein absolutes Veräußerungsverbot, das sich sowohl auf das Verpflichtungsgeschäft (z. B. den Kaufvertrag) bezieht als auch die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (der Übereignung) umfasst. Ohne Zustimmung des anderen Ehegatten kann der Ehegatte sich also weder verpflichten, noch kann er das Eigentum übertragen. Im Einzelnen ist umstritten, was das Gesetz mit „Vermögen im Ganzen“ meint. Die Rechtsprechung versteht darunter Verfügungen über einen oder mehrere Einzelgegenstände, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmachen (vgl. BGHZ 35, 135; 43, 174). Die Grenze soll dann überschritten sein, wenn der Ehegatte nach der Veräußerung und ohne Berücksichtigung der Gegenleistung nur noch 10 bis 15 Prozent seines Vermögens hätte (vgl. BGHZ 77, 293; BGH FamRZ 1991, 669).

Über den Gesetzeswortlaut hinaus verlangt der Bundesgerichtshof als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ferner aus Gründen des Verkehrsschutzes die Kenntnis des Vertragspartners davon, dass von dem Geschäft im Wesentlichen das gesamte Vermögen betroffen ist (BGHZ 43, 174; 123, 93). Für die Gesellschafter vieler Familienunternehmen bedeutet dies, dass sie über ihren Gesellschaftsanteil in der Zugewinnsgemeinschaft nicht ohne Mitwirkung des anderen Ehepartners verfügen könnten, da sie durch eine traditionell hohe Thesaurierungsquote im Unternehmen nur über wenig Privatvermögen außerhalb des Unternehmens verfügen. Insbesondere im Hinblick auf eine vorweggenommene Erbfolge – also die Übertragung von Gesellschaftsanteilen zu Lebzeiten – wird diese Verfügungsbeschränkung relevant. So ist es in der Praxis häufig – auch vorsorglich – nötig, dass bei Schenkungen die Zustimmung des Ehepartners ausdrücklich erklärt wird.

Unabhängig von dem Wert des Gegenstandes kann ein Ehegatte gem. § 1369 BGB auch über ihm gehörende Haushaltsgegenstände nur unter Mitwirkung des anderen Ehegatten verfügen. Diese Vorschrift enthält ebenfalls ein absolutes Veräußerungsverbot. Hierher gehören solche Sachen, die dem gemeinschaftlichen Leben der Ehegatten im familiären Bereich (einschließlich der Freizeitgestaltung) zu dienen bestimmt sind. Diesbezügliche Kenntnis der Vertragspartei verlangt die Judikatur anders als bei § 1365 BGB nicht.

ii) Zugewinnausgleich

Bei dem Anspruch auf Zugewinnausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine auf Geldzahlung gerichtete Forderung zwischen den Ehegatten. Der Grundgedanke ist, dass das während der Ehe erwirtschaftete Vermögen beider Ehegatten nach der Beendigung des Güterstandes aufgeteilt wird. Wichtig hierbei ist zu verstehen, dass es sich um einen *Geldzahlungsanspruch* des anderen Ehepartners handelt, der *nicht* durch die Hingabe von Sachwerten, wie z. B. Immobilien oder Unternehmensanteile, abgegolten werden kann. Da das Vermögen von Unternehmern und Unternehmerinnen häufig in solchen Sachwerten gebunden und damit illiquide ist, kann die Verpflichtung zur Zahlung eines solchen Ausgleichs die Fortführung eines Unternehmens gefährden.

Der Anspruch auf Zugewinnausgleich entsteht im Fall des Todes sowie im Fall der Scheidung oder einer nachträglichen Aufhebung bzw. dem Wechsel des Güterstandes durch einen Ehevertrag.

In den letzteren Fällen wird derjenige Ehepartner zum Ausgleich verpflichtet, der während der Dauer der Zugewinnsgemeinschaft im Vergleich zu dem anderen Ehepartner den höheren Vermögenszugewinn erzielt hat. Der Ausgleichspflichtige hat die Hälfte des von ihm erzielten Überschusses an den anderen auszuführen, § 1378 Abs. 1 BGB. Dabei wird das Anfangsvermögen zum Eintritt in den Güterstand – also regelmäßig mit der Eheschließung – mit dem Endvermögen zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands verglichen. Hieraus ergibt sich der Zugewinn jedes Ehegatten. Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen Ehegatten, ist dieser Betrag

häufig auszugleichen. Haben beide Ehegatten einen gleich hohen Zugewinn erreicht oder hat keiner von ihnen einen Zugewinn erwirkt, so entsteht kein Ausgleichsanspruch. In der familiengerichtlichen Praxis entzündet sich häufig Streit an der – im Einzelnen komplizierten – Ermittlung der jeweiligen Vermögenspositionen.

Bei Unternehmensanteilen, die bereits zum Anfangsvermögen gehören, fällt auch deren Wertsteigerung während der Ehe dauer in den Zugewinnausgleich. Die Bewertung des Unternehmens erfolgt regelmäßig mittels eines Ertragswertverfahrens. Dabei sind die Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag des Unternehmens unbeachtlich, so z. B. wenn diese vorschreiben, dass ein ausscheidender Gesellschafter lediglich das anteilige, auf ihn entfallende Eigenkapital erhält. Eine Zugewinnausgleichsforderung des Ehepartners, die nicht aus dem liquiden Privatvermögen beglichen werden kann, stellt den Gesellschafter eines Familienunternehmens regelmäßig vor große Probleme. Er muss entweder einen Kredit aufnehmen, seine Mitgesellschafter um Hilfe bitten oder, im schlimmsten Fall, seine Anteile verkaufen.

Endet die Ehe durch den Tod eines Ehegatten und wird dieser von dem anderen Ehegatten beerbt, bedarf es keiner Ermittlung der Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs. Vielmehr wird der Zugewinn pauschal dadurch ausgeglichen, dass sich der gesetzliche Erbteil (neben Kindern als Erben in Höhe von einem Viertel) des überlebenden Ehegatten gem. § 1371 Abs. 1 BGB um ein weiteres Viertel der Erbschaft pauschal und ohne Rücksicht darauf, ob der überlebende Ehegatte tatsächlich einen Zugewinnausgleichsanspruch hätte, erhöht. Alternativ kann der überlebende Ehepartner auch die sog. güterrechtliche Lösung wählen, indem er das Erbe ausschlägt und einen Ausgleich des tatsächlich entstandenen Zugewinns von den Erben des Erstverstorbenen verlangt (vgl. § 1371 Abs. 2 BGB).

Erbschaftsteuerrechtlich ist der tatsächliche, nach den gesetzlichen Vorschriften errechnete Zugewinnausgleichsanspruch steuerfrei (§ 5 ErbStG). Auch in Fällen, in denen der Zugewinn pauschal durch Erhöhung des Erbteils realisiert wird oder der Ehegatte einzelne Vermächtnisse annimmt, kann erbschaftsteuerrechtlich die fiktive Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei berücksichtigt werden.

FALLBEISPIEL

Ehemann E ist Inhaber einer erbschaftsteuerrechtlich in vollem Umfang begünstigten (100%iger Verschonungsabschlag) unternehmerischen Beteiligung im Wert von 20 Mio. EUR und hat Privatvermögen im Wert von 10 Mio. EUR. Das Anfangsvermögen beider Ehegatten betrug 0 EUR; das Endvermögen der Ehefrau F beträgt 2 Mio. EUR.

Die Zugewinnausgleichsforderung berechnet sich vor diesem Hintergrund wie folgt:

Berechnung des Zugewinns	Ehemann E	Ehefrau F
Endvermögen	30 Mio. EUR	2 Mio. EUR
Anfangsvermögen	0 EUR	0 EUR
<hr/>		
Zugewinn	30 Mio. EUR	2 Mio. EUR
Überschuss	28 Mio. EUR	
Zugewinnausgleichsforderung (Hälfte des Überschusses)		14 Mio. EUR

Im Fall der Scheidung steht der Ehefrau F ein Zugewinnausgleich in Höhe von 14 Mio. EUR zu. Auf diesen Betrag muss F gemäß § 5 Abs. 2 ErbStG keine Steuern entrichten. Ihr Anspruch ist in Geld zu zahlen und höher als das verfügbare Privatvermögen ihres Ehemanns E.

Wenn nun aber der Ehemann E verstirbt und F Alleinerbin wird, kann sie ihren Zugewinn fiktiv zur Reduzierung der Steuerlast einsetzen. Nach bisherigem Recht wäre F auch in diesem Falle ein steuerfreier Zugewinnausgleich in vorgenannter Höhe zugestanden.

Durch das Jahressteuergesetz 2020 vom 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096) wurde die erbschaftsteuerrechtliche Begünstigung im Todesfall bei Vorliegen unternehmerischen Vermögens allerdings deutlich begrenzt (Ergänzung des § 5 Abs. 1 ErbStG um Satz 6). Dadurch soll eine Doppelbegünstigung verhindert werden, die durch steuerbefreites Vermögen des Erblassers (z. B. verschontes Betriebsvermögen) in Kombination mit dem steuerbefreiten Zugewinnausgleich entsteht.

Deshalb kann nach § 5 Abs. 1 Satz 6 ErbStG die Steuerbefreiung nur noch auf den steuerpflichtigen Nachlass bezogen werden und gerade nicht auf das bei Unternehmerfamilien in der Regel dominierende Betriebsvermögen.

Nach der Beispielrechnung muss daher der steuerfreie Zugewinnausgleich wie folgt bestimmt werden:

$$\begin{aligned} & \text{Steuerpflichtiger Nachlass} \div \text{Gesamtnachlass} \times \text{Zugewinn} \\ & 10 \text{ Mio. EUR} \div 30 \text{ Mio. EUR} \times 14 \text{ Mio. EUR} = 4,67 \text{ Mio. EUR (gerundet)} \end{aligned}$$

Wird die Ehefrau F Alleinerbin, muss sie also noch rund 5,33 Mio. EUR abzüglich ihres Freibetrags von 500.000 EUR versteuern.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der überlebende Ehepartner nicht den fiktiven Zugewinnausgleich nach § 5 Abs. 1 ErbStG geltend macht, sondern die sog. güterrechtliche Lösung wählt. In diesem Fall muss der Überlebende jedoch das Erbe und sämtliche ihm zugedachten Vermächtnisse ausschlagen und darf lediglich die tatsächlich entstandene Zugewinnausgleichsforderung gegenüber den Erben geltend machen. In diesem Fall gilt auch die vorstehend dargestellte Begrenzung auf den anteiligen steuerpflichtigen Nachlass nicht (vgl. § 5 Abs. 2 ErbStG). Ob der überlebende Ehepartner aber alle Sachvermächtnisse ausschlagen will und nur einen Geldzahlungsanspruch gegenüber den Erben geltend machen will, dürfte in vielen Fällen fraglich sein.⁴

b) Gütertrennung

Der durch Ehevertrag wählbare Güterstand der Gütertrennung belässt ebenso wie die Zugewinnsgemeinschaft die Vermögenszuordnung während der Ehe unangetastet. Ein Ausgleichsanspruch nach der Beendigung des Güterstands besteht nicht. Damit entfällt auch der soeben dargestellte Steuervorteil des Zugewinnausgleichsanspruchs. So müsste F im obigen Beispiel als Alleinerbin nun auf die vollen 10 Mio. EUR Erbschaftsteuer bezahlen (Steuersatz 30%), abzüglich ihres Freibetrags und des Versorgungsfreibetrags.

Im Hinblick auf den gesetzlichen Erbteil gilt hier, dass der Ehegatte neben einem Kind zur Hälfte, neben zwei Kindern zu einem Drittel, bei mehr Kindern aber jedenfalls zu einem Viertel Erbe wird. Das hat zur Folge, dass bei zwei oder mehr Kindern im Vergleich zur Zugewinnsgemeinschaft höhere Pflichtteilsansprüche der Kinder gegenüber einem überlebenden Ehepartner oder einem anderen Geschwister entstehen können.

⁴ Hierzu Layer & Kögel (2021).

c) Modifizierte Zugewinnngemeinschaft

Neben der Gütertrennung hat sich in der Praxis der deutschen Unternehmerfamilien immer mehr die sog. „modifizierte Zugewinnngemeinschaft“ als der Güterstand der ersten Wahl etabliert. Die modifizierte Zugewinnngemeinschaft kombiniert die Vorteile der Güterstände der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung. Prinzipiell bleibt es bei der gesetzlich vorgesehenen Zugewinnngemeinschaft. Vertraglich werden allerdings die Grundsätze für die Ermittlung von Anfangs- und Endvermögen bzw. deren Bewertung modifiziert. Hierbei sind Modifikationen in unterschiedlichster Weise möglich:

- Herausnahme des Betriebsvermögens und/oder sämtlicher Schenkungen und Erbschaften aus dem Zugewinnngleich.
- Deckelung des Zugewinnngleichs auf einen bestimmten Maximalbetrag, der – abhängig von der Dauer der Ehe – stufenweise angehoben werden kann.
- Kompletter Ausschluss des Zugewinnngleichs für den Fall der Scheidung und Zulassung nur für den Fall der Beendigung der Ehe durch Tod oder für den Fall einer vertraglichen Beendigung der Zugewinnngemeinschaft (durch Ehevertrag).
- Festlegung von Regeln zur Bewertung einzelner Vermögensgegenstände, die dem Zugewinnngleich unterliegen.

Diese Modifikationen können der jeweiligen Lebenssituation der Ehepartner individuell angepasst werden. Regelmäßig wird für Unternehmerehen zwischen dem Unternehmensvermögen und dem Privatvermögen unterschieden. Es muss in diesen Fällen allerdings detailliert geregelt werden, wie Ausschüttungen, Kapitalerhöhungen und sonstige Einlagen, ein Verkauf des Unternehmens, eine Fusion mit Wettbewerbern, der Hinzuerwerb neuen Betriebsvermögens etc. im Hinblick auf den Zugewinnngleich zu berücksichtigen sind. Dies erfordert komplexe Regelungen zur Abgrenzung der beiden Vermögenssphären.

Auch die im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft bestehenden Verfügungsbeschränkungen sollten bei der Wahl einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft aufgehoben werden, so dass ein Ehepartner

auch ohne die Einwilligung des anderen Ehepartners über sein Betriebsvermögen frei verfügen kann.

Der entscheidende Vorteil solcher Modifizierungen liegt darin, dass diese die Steuerfreiheit des Zugewinnngleichs nach § 5 ErbStG nicht einschränken. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG wird nämlich eine fiktive Berechnung des Zugewinnngleichs vorgenommen, die vertragliche Modifikationen unberücksichtigt lässt.

Allgemein ist es – um Streit über die Zusammensetzung des Anfangsvermögens zu vermeiden – empfehlenswert, dass die Ehegatten ein Verzeichnis über das dem Zugewinn unterfallende Anfangsvermögen aufnehmen und gemeinsam unter Angabe des Tages und Ortes unterzeichnen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass mithilfe einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft – anders als bei der Gütertrennung – bei richtiger Gestaltung die Versorgung des überlebenden Ehepartners erb-schaftsteuerfrei erfolgen kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn derjenige Ehepartner zuerst verstirbt, bei dem der höhere Zugewinn entstanden ist. Typischerweise besteht aber auch nur in dieser Konstellation ein Versorgungsbedürfnis des überlebenden Ehepartners.

d) Gütergemeinschaft

Der ebenfalls durch Ehevertrag wählbare Güterstand der Gütergemeinschaft kommt in der Praxis sehr selten vor und hat insbesondere für Familienunternehmer erhebliche Nachteile. Dieser Güterstand führt bereits während der Ehe zu Modifikationen der Vermögenszuordnung. Die bisher getrennten Vermögensmassen der beiden Ehegatten verschmelzen zum Gesamtgut, welches von beiden Ehegatten gemeinsam gehalten wird. Von diesem gemeinschaftlichen Vermögen ist nur das Sondergut und das Vorbehaltsgut ausgeschlossen. Von einer Gütergemeinschaft ist auch aus steuerrechtlichen Gründen abzuraten: Der Eintritt in die Gütergemeinschaft löst aufgrund der Bildung des Gesamtguts gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG Schenksteuer aus.

6 | SCHEIDUNG DER EHE

a) Überblick

Die Ehe wird gem. § 1353 Abs. 1 BGB auf Lebenszeit geschlossen. Sie wird aufgelöst durch

- den Tod eines Ehegatten,
- die Aufhebung der Ehe oder
- die Scheidung der Ehe.

Der Regelfall ist die Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten. Der Anteil der geschiedenen Ehen ist allerdings in den vergangenen Jahrzehnten kontinuierlich angestiegen. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes betrug der Anteil der Ehescheidungen an allen Auflösungen der Ehe in den Jahren 2000 bis 2016 in Deutschland zwischen 30,9 und 39,1 Prozent (Statistisches Bundesamt,

Fachserie 1, Reihe 1.4, 2016, S. 10). Im Jahr 2019 wurden in Deutschland 416.324 Ehen geschlossen und 149.010 Ehen geschieden.⁵

Die Scheidung erfordert gem. § 1564 Satz 1 BGB zwingend eine gerichtliche Entscheidung. Die Ehe ist erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses gem. § 1564 Satz 2 BGB, § 116 Abs. 2 FamFG geschieden.

b) Scheidungsvoraussetzungen, insb. das Scheitern der Ehe

Das Gericht scheidet die Ehe, wenn die Voraussetzungen der Scheidung gegeben sind. Neben einer wirksamen Ehe und dem Antrag auf Scheidung setzt die Scheidung voraus, dass die Ehe gescheitert ist (§ 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das ist gem. § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB der Fall, wenn die Lebens-

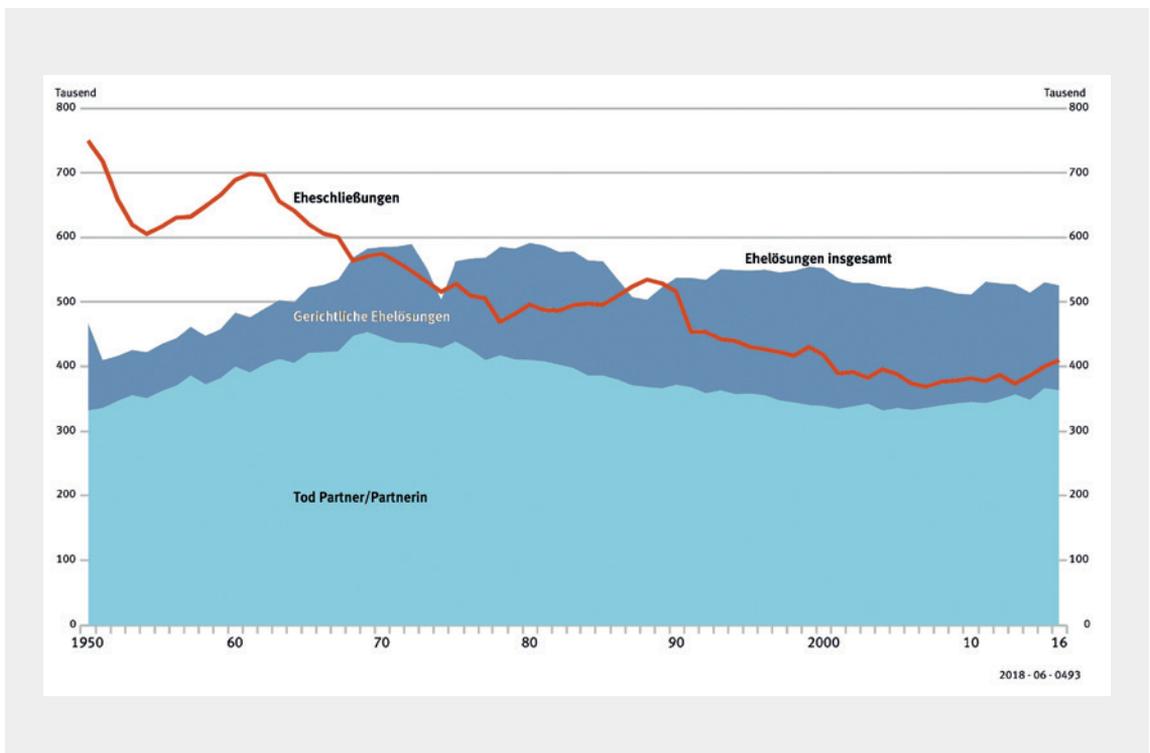


Abbildung 1: Eheschließungen und Ehelösungen 1950 bis 2016;
Quelle: Statistisches Bundesamt (Destatis)⁶

⁵ Statistisches Bundesamt (2019).

⁶ Statistisches Bundesamt (Destatis) (2018).

gemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht (Diagnose des Status quo) und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen (Prognose). Die innere, geistig-emotionale Bindung zwischen den Ehegatten muss endgültig abgerissen sein. Die Feststellung dieses subjektiven Tatbestandsmerkmals durch das Gericht ist vor allem dann problematisch, wenn sich die Ehegatten insoweit nicht einig sind. Auch die vom Gericht zu treffende Prognoseentscheidung darüber, dass die Ehegatten die Lebensgemeinschaft nicht wiederherstellen werden, ist mit Schwierigkeiten verbunden.

Aus diesen Gründen gibt das Gesetz dem Gericht verschiedene Vermutungsregeln an die Hand: Im Fall einer einvernehmlichen Scheidung wird das Scheitern der Ehe gem. § 1566 Abs. 1 BGB unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben (zur Definition der Trennung s. § 1567 BGB). In jedem Fall – also auch dann, wenn ein Ehegatte widerspricht – wird das Scheitern gem. § 1566 Abs. 2 BGB unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben. Spätestens nach drei Jahren Trennungszeit kommt es also auf den Grundtatbestand des § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr an und das Gericht spricht (vorbehaltlich der Härteklausel des § 1568 BGB⁷) die Scheidung der Ehe aus.

c) Trennungs- und nachehelicher Unterhalt

Mit der Trennung geht eine Umgestaltung des Ehegattenunterhalts einher. Anders als noch während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht nun keine Verpflichtung beider Ehegatten zum Familienunterhalt gem. § 1360 BGB mehr (s. dazu oben unter II. 3.). Vielmehr handelt es sich bei dem Anspruch auf Trennungsunterhalt um eine Forderung des einen Ehegatten gegen den anderen Ehegatten gem. § 1361 BGB, die auf monatliche Zahlung einer Geldrente gerichtet ist. In der Praxis streiten die Ehegatten meistens über die Bedarfsbemessung, ihre Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit. Dabei spielt es eine erhebliche Rolle, dass der Trennungsunterhalt anders als der nacheheliche Unterhalt nicht durch Ehevertrag vor der Trennung modifiziert, eingeschränkt oder ausgeschlossen

werden kann (vgl. §§ 1361 Abs. 4 Satz 4; 1360a Abs. 3; 1614 Abs. 1 BGB).

Mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses erlischt der Anspruch auf Trennungsunterhalt. Die geschiedenen Ehegatten gehen nunmehr grundsätzlich auch unterhaltsrechtlich ihre eigenen Wege. Allerdings sehen die Vorschriften der §§ 1569 ff. BGB für bestimmte Konstellationen Unterhaltstatbestände vor. Sie sind Ausfluss nachehelicher Solidarität und sollen ehebedingte Nachteile kompensieren. Ebenso wie beim Trennungsunterhalt nehmen auch hier die Bedürftigkeit und die Leistungsfähigkeit der Parteien eine potenziell konfliktbelastete Bedeutung ein. Im Einzelnen handelt es sich um

- Unterhalt wegen **Kindesbetreuung**, § 1570 BGB,
- Unterhalt wegen **Alters**, § 1571 BGB,
- Unterhalt wegen **Krankheit**, § 1572 BGB,
- Unterhalt wegen **Erwerbslosigkeit**, § 1573 Abs. 1 BGB,
- **Aufstockungsunterhalt**, § 1573 Abs. 2 BGB,
- Unterhalt zwecks **Ausbildung**, Fortbildung und Umschulung, § 1575 BGB, sowie
- Unterhalt aus **Billigkeitsgründen**.

Das Gesetz geht vom Prinzip der Selbstverantwortung aus. Ein Unterhaltsanspruch besteht nur im Ausnahmefall, um einen durch die Ehe entstandenen ehebedingten Nachteil auszugleichen oder wenn der Grundsatz der nachehelichen Solidarität dies erforderlich macht. Ein nachehelicher Unterhalt wird aber nur geschuldet, wenn neben den vorgenannten Unterhaltstatbeständen beim Anspruchsberechtigten Bedürftigkeit und beim Anspruchsverpflichteten die finanzielle Fähigkeit vorhanden ist, Unterhalt an den geschiedenen Ehepartner zu bezahlen (sog. Leistungsfähigkeit). Ein Unterhaltsanspruch besteht deshalb regelmäßig nicht, wenn jeder der beiden Ehepartner den ihm an sich zustehenden Unterhalt aus eigenen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreiten kann. Dabei wird dem an sich unterhaltsberechtigten Ehepartner im Grundsatz auch abverlangt, die Substanz seines Vermögens anzugreifen und zu verwerten, es sei denn, dies wäre mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig (vgl. § 1577 Abs. 3 BGB).

⁷ Dazu näher Gernhuber & Coester-Waltjen (2020), § 27 Rn. 53 ff.

In Unternehmerehen spielen in der Regel die sog. Mangelfälle und Rangfragen eine untergeordnete Rolle, in denen zu entscheiden ist, welchen Unterhaltsberechtigten der Vorrang einzuräumen ist. So z. B. wenn mögliche Unterhaltsansprüche geschiedener Ehepartner auf die Ansprüche neuer Ehepartner und von Kindern aus neuen Verbindungen oder weiterer Verwandter (z. B. Eltern) treffen. Das Unterhaltsrecht gibt hier – vereinfacht gesagt – den Unterhaltsansprüchen den Vorrang, die minderjährigen Kindern (erster Rang) zustehen und den Ehepartnern (auch geschiedenen), die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigten wären (zweiter Rang) (vgl. zur Rangfolge § 1609 BGB).

d) Versorgungsausgleich

Der Versorgungsausgleich erweitert bzw. ergänzt das System des Ausgleichs von Vermögensvorteilen nach dem Ende des Güterstands und ist im Versorgungsausgleichsgesetz geregelt. Der Versorgungsausgleich betrifft Ansprüche oder Anrechte auf eine Versorgung wegen Alters oder Invalidität und findet unabhängig vom Güterstand statt. Diese Ansprüche oder Anrechte unterliegen nicht dem Zugewinnausgleich. Dem Versorgungsausgleich liegt das gleiche Prinzip wie dem Zugewinnausgleich, nämlich das Prinzip der gleichen Teilhabe der Ehegatten an den während der Ehe geschaffenen wirtschaftlichen Werten, zugrunde. Beim wirtschaftlich stärkeren Ehegatten wird vermutet, dass dieser Einkommen dadurch erzielt hat, weil der andere Ehegatte unterstützend tätig war. Im Fall der

Scheidung findet deshalb ein hälftiger Ausgleich der Versorgungspositionen statt. Der Unterschied zum Zugewinnausgleich besteht darin, dass kein Geldzahlungsanspruch entsteht. Die Versorgungspositionen der Ehegatten werden vielmehr zwischen den Ehepartnern aufgeteilt. Außerdem wird keine Gesamtsaldierung durchgeführt, sondern jeder Ehegatte ist dem anderen gegenüber ausgleichspflichtig. Unter den Versorgungsausgleich fallen nach § 2 Abs. 1 VersAusglG alle Versorgungsrechte, die

- auf dem Einsatz von Arbeit und Vermögen beruhen,
- als Absicherung im Alter oder für den Fall der Invalidität dienen und
- im Versicherungsfall aus der Zahlung einer Rente bestehen.

Damit sind insbesondere Anwartschaften bei der gesetzlichen Rentenversicherung sowie privaten Rentenversicherungen, aber auch Betriebsrenten und Berufsunfähigkeitsrenten umfasst. Lebensversicherungen, die im Versicherungsfall einen Kapitalbetrag auszahlen, unterfallen dagegen dem Zugewinnausgleich.

Ausgleichspflichtig sind nur Versorgungsrechte, die während der Ehezeit erworben wurden (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 VersAusglG). Der Zeitraum umfasst für den Beginn den ersten Tag des Monats, in dem die Ehe geschlossen wurde und für das Ende den letzten Tag des Monats vor Zustellung des Scheidungsantrags.

FALLBEISPIEL

Die Ehegatten M und F haben am 24. Juni 2014 geheiratet. Am 14. August 2021 wird der Scheidungsantrag gestellt. Seit 2006 zahlt M in die gesetzliche Rentenversicherung ein und hat eine private Rentenversicherung, die eine Altersrente gewährt. F zahlt erst seit dem 1. Mai 2016 in die gesetzliche Rentenversicherung ein und hat eine Berufsunfähigkeitsversicherung abgeschlossen.

Ausgleichspflichtig sind für beide Ehegatten nur die Anwartschaften im Zeitraum zwischen dem 1. Juni 2014 und dem 31. Juli 2021. Im Rahmen des Versorgungsausgleichs werden die Versorgungsanwartschaften des M im Zeitraum der Ehe in Bezug auf seine gesetzliche Rentenversicherung und seine private Rentenversicherung an F hälftig übertragen. F erhält damit auch einen Anspruch gegen die private Rentenversicherung von M für eine Altersrente. Auch die Versorgungsanwartschaft der F wird hälftig geteilt und eine Hälfte an M übertragen. So erhält M auch die Hälfte an der Anwartschaft der F aus ihrer Berufsunfähigkeitsversicherung.

Die Ehegatten können abweichende Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich treffen. Eine solche Vereinbarung bedarf der notariellen Beurkundung. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich können in einen Ehevertrag mit aufgenommen werden (§ 1408 Abs. 2 BGB). Insbesondere bei einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs in Verbindung mit dem Ausschluss oder der Beschränkung des Zugewinnausgleichs – die bei Unternehmerehen häufig anzutreffen ist – ist die im Anschluss zu erläuternde Inhaltskontrolle und Ausübungskontrolle von Eheverträgen zu beachten.

7 | ABSCHLUSS UND INHALT EINES EHEVERTRAGES

Wie bereits an mehreren Stellen aufgezeigt, können die Ehepartner die Rechte und Pflichten während ihrer Ehe, vor allem aber die Folgen des Scheiterns ihrer Ehe – innerhalb bestimmter gesetzlicher Grenzen – durch einen Ehevertrag individuell regeln.

a) Wahl des Güterstands

Die Ehegatten können durch Ehevertrag vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft in Einzelheiten oder im Ganzen abweichen. Die Güterstände der Gütertrennung und der Gütergemeinschaft können durch einen notariell zu beurkundenden Ehevertrag gewählt werden.

Der gesetzliche Güterstand sieht im Fall der Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Zugewinnausgleich in Form eines Anspruchs auf Geldzahlung vor (dazu oben unter II. 5. a) ii)). Dieser kann insbesondere bei Wertzuwächsen von Unternehmensanteilen im Vermögen eines Ehepartners eine erhebliche Größenordnung erreichen. Zur Sicherung der Liquidität und damit auch des Fortbestands des Unternehmens ist der Abschluss eines Ehevertrages für jeden beteiligten Gesellschafter unerlässlich. Es ist wichtig, dass auch die nachfolgenden Generationen den Unternehmenserhalt frühzeitig durch einen Ehevertrag sichern. Daran sollte nicht erst bei Übergabe des Unternehmens, sondern bereits bei Eingehung der Ehe gedacht werden.

Die Regelungen der Gesellschaftsverträge fast aller Familienunternehmen, die über eine gute Governance verfügen, weisen sog. Güterstandsklauseln auf, die die Gesellschafter zum Abschluss eines Ehevertrages anhalten.

Zum Abschluss eines Ehevertrages ist die Einhaltung einer besonderen Form erforderlich. Die Ehegatten müssen den Ehevertrag gem. § 1410 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit zur Niederschrift eines Notars schließen.

b) Weitere Regelungsinhalte eines Ehevertrages

Neben der Wahl des Güterstandes sehen Eheverträge in der Regel Bestimmungen zum **nachehelichen Unterhalt** und zum **Versorgungsausgleich** vor.

Darüber hinaus empfiehlt es sich, **salvatorische Klauseln** aufzunehmen, um im Falle einer Teilunwirksamkeit einzelner Regelungen eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zu verhindern. Die Wirkung solcher Klauseln ist zwar umstritten, es sind jedoch Einzelfälle aus der Rechtsprechung bekannt, in denen diese Klauseln eine Güterstandsregelung trotz Unwirksamkeit anderer Vertragsteile in ihrer Wirksamkeit haben bestehen lassen (vgl. BGH FamRZ 2013, 269).

Weiterhin kann es in Anbetracht der wachsenden Internationalität von Ehen ratsam sein, **Rechtswahlklauseln** zur Wahl deutschen Rechts und **Gerichtstandsklauseln** zum Erhalt der Zuständigkeit deutscher Gerichte aufzunehmen.

Schließlich kann vieles dafür sprechen, dass ein Ehepartner, der Gesellschafter eines Familienunternehmens ist, mit seinem Ehepartner eine **Pflichtteilsverzichtsvereinbarung** abschließt. Dies kann auch in Form eines gegenständlichen, auf das Betriebsvermögen beschränkten Verzichts erfolgen. Andernfalls kann die in der Regel gewollte Nachfolge der Abkömmlinge in Gesellschaftsanteile durch Pflichtteilsansprüche des überlebenden Ehepartners gefährdet werden.

c) Rechtliche Grenzen der Vertragsfreiheit

Bei der Ausgestaltung eines Ehevertrages sind allerdings rechtliche Grenzen zu beachten. Zwar gilt auch bei Eheverträgen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Gerichte prüfen aber, ob der Ehevertrag Ergebnis der Verhandlungen zweier gleichberechtigter Partner ist oder ob einer der beiden Ehepartner seine Dominanz einseitig zu Lasten des anderen Ehepartners durchgesetzt hat (vgl. BVerfG NJW 2001, 957, NJW 2001, 2248).

Klassisches Beispiel für eine solche einseitige Dominanz eines Ehepartners ist der Abschluss eines Ehevertrages vor der Eheschließung, in dem der Ehemann seiner Partnerin Regelungen aufzwingt, die diese stark benachteiligen, etwa in Form eines Güterstands der Gütertrennung, eines Verzichts auf Versorgungsausgleich in Verbindung mit einem Verzicht auf nachehelichen Unterhalt.

Im Rahmen eines Scheidungsverfahrens wird die Wirksamkeit eines Ehevertrages regelmäßig auf zwei Stufen geprüft. Auf der ersten Stufe wird der Ehevertrag im Rahmen einer sog. Wirksamkeitskontrolle (§ 138 BGB) inhaltlich zum Abschlusszeitpunkt und auf der zweiten Stufe im Rahmen einer sog. Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) zum Zeitpunkt der Scheidung überprüft. Bei Abschluss eines Ehevertrages ist deshalb darauf zu achten, dass der Ehepartner nicht überrumpelt wird. Der Ehepartner soll über die Auswirkungen des Ehevertrages umfassend informiert werden, ggf. auch von einem eigenen Rechtsbeistand. Er soll rechtzeitig vor dem Notartermin ausreichend Zeit erhalten, um den Inhalt des Ehevertrages zu verstehen. Dabei kommt es auf die zukünftige Entwicklung der Ehepartner und ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht an.

Hält ein Ehevertrag dieser Überprüfung stand, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich die Lebensumstände der Ehepartner im Verlauf der Ehe deutlich anders entwickelt haben, als dies beidseitig erwartet wurde. Um für diese Prüfung der Umstände vorzusorgen, ist es ratsam, die Motive und Beweggründe im Ehevertrag festzuhalten.

Beide Ehepartner gehen bei der Eheschließung davon aus, eine Doppelverdiener Ehe führen zu wollen; ein Kinderwunsch besteht nicht. Ein nachehelicher Kinderbetreuungsunterhalt wird deshalb im Ehevertrag vollständig ausgeschlossen. Später werden gemeinsame Kinder geboren (vgl. BGH NJW 2013, 380).

Beruft sich in diesem Beispiel der Ehepartner im Scheidungsfall auf den Unterhaltsausschluss, so liegt ein Fall des Rechtsmissbrauchs vor (§ 242 BGB), der zu einer Anpassung des Ehevertrages im Scheidungsverfahren durch das Gericht führt.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung eine Stufenfolge entwickelt, welche gesetzlichen Scheidungsfolgen zum Kernbereich des Ehescheidungsrechts gehören und deshalb nicht ausgeschlossen werden können:

Hinsichtlich der Disponibilität der Scheidungsfolgen hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH FamRZ 2014, 629 ff.) folgende Reihenfolge aufgestellt, wobei von Stufe 1 bis Stufe 6 eine immer größere Gestaltungsfreiheit besteht:

1. Unterhalt wegen Kindesbetreuung (unverzichtbar, aber modifizierbar)
2. Alters- und Krankenunterhalt, Versorgungsausgleich
3. Erwerbslosenunterhalt
4. Krankenvorsorge- und Altersunterhalt
5. sonstige Unterhaltstatbestände
6. Regelungen zum Zugewinnausgleich (nicht mehr vom Kernbereich umfasst, volle Vertragsfreiheit, Kontrolle über § 242 BGB in Sonderfällen nicht ausgeschlossen)

Für Unternehmerehen ist bedeutsam, dass der Ausschluss des Zugewinnausgleichs für sich genommen regelmäßig nicht zur Unwirksamkeit des Ehevertrages oder zu einer richterlichen Anpassung führt. Allerdings ist immer eine Gesamtbetrachtung aller Umstände, die zum Zustandekommen eines

Ehevertrages geführt haben, vorzunehmen. Außerdem kann sich aus dem Zusammenspiel mehrerer benachteiligender Regelungen durchaus die Unwirksamkeit eines Ehevertrages ergeben, so z.B. wenn die Vereinbarung einer Gütertrennung und der Komplettausschluss des Versorgungsausgleichs zusammentreffen.

d) Spätere Änderungen eines Ehevertrages

Eheverträge können im Verlauf einer Ehe zivilrechtlich ohne Weiteres wieder geändert werden, solange sich beide Ehepartner einig sind. In der Praxis kommt es oft während der Ehe zur Anpassung von Ausgleichs- und Unterhaltszahlungen an die tatsächlichen Lebensverhältnisse.

Häufig anzutreffen sind auch spätere Änderungen des ehelichen Güterstandes. So überlegen lang-

jährige Ehepartner oftmals, den bei Eheschließung vereinbarten Güterstand der Gütertrennung zugunsten einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft abzuändern, um deren erbschaftsteuerrechtliche Vorteile realisieren zu können. Dabei stellt sich die Frage, ob ein solcher Wechsel auch rückwirkend auf den Beginn der Ehe möglich ist, um zu einem höheren Zugewinnausgleich zu gelangen. Zivilrechtlich ist eine solche Rückwirkung ohne Weiteres möglich. Allerdings sieht die Finanzverwaltung diese in ihrer steuerrechtlichen Anerkennung kritisch. Nachdem die Finanzgerichte eine Rückwirkung jedoch gebilligt haben, wird diese heute auch von der Finanzverwaltung anerkannt (vgl. FG Düsseldorf DStRE 2006, 1470; ErbStR 2019 R E 5.2. Abs. 2 Satz 4). Dies gilt aber nur dann, wenn eine Beendigung der Zugewinnngemeinschaft durch einen weiteren Ehevertrag erfolgt oder im Falle des Todes bei der Durchführung der sog. güterrechtlichen Lösung (siehe oben II. 5. a) ii)).

SIEBEN ALLGEMEINE EMPFEHLUNGEN

- 1 Jede Person, die in nennenswertem Umfang über betrieblich gebundenes Vermögen verfügt, sollte einen **Ehevertrag** abschließen, der die rechtlichen Folgen der Beendigung der Ehe durch Tod oder durch Scheidung regelt.
- 2 Ein solcher Ehevertrag, der zwingend notariell zu beurkunden ist, sollte wenn irgend möglich vor Eingehung der Ehe abgeschlossen werden. Dabei sollte ein Ehevertrag **rechtzeitig** – d. h. möglichst mehrere Monate – vor der eigentlichen Hochzeit abgeschlossen werden, da die hierin zu regelnden Fragen mitunter zu schwierigen Diskussionen zwischen den zukünftigen Ehepartnern führen können.
- 3 Das im Zeitpunkt der Eheschließung bereits vorhandene – und später durch Schenkung oder Erbfälle hinzukommende – Vermögen sollte während der Ehe und auch im Falle der Scheidung **dauerhaft getrennt** gehalten werden.
- 4 Ziel eines Ehevertrages sollte es immer sein, im Scheidungsfall das **unternehmerische Vermögen** vor jeglichen Ausgleichsansprüchen des angeheirateten Ehepartners, insbesondere solchen güterrechtlicher Art, zu schützen. Das aus der Unternehmerfamilie stammende Betriebsvermögen sollte unabhängig davon, ob es bereits im Zeitpunkt der Ehe bei einem der Ehepartner vorhanden war oder erst später durch Schenkung oder Vererbung hinzukommt, niemals Gegenstand solcher Ausgleichsansprüche sein.
- 5 Für die Akzeptanz solcher Güterstandsregelungen bei demjenigen Ehepartner, der in eine Unternehmerfamilie einheiratet, hilft es sehr, wenn diese in der Familienverfassung und den Gesellschaftsverträgen des Familienunternehmens für alle Gesellschafter allgemein verbindlich in Form von **Güterstandsklauseln** vorgeschrieben werden.
- 6 Die Regelungen eines Ehevertrages sollten insgesamt **fair und ausgewogen** sein und keine einseitige Lastenverteilung zuungunsten eines Ehepartners beinhalten. Dies ist heutzutage nicht nur eine Gerechtigkeitsfrage, sondern hat unmittelbaren Einfluss auf die rechtliche Wirksamkeit eines Ehevertrages im Scheidungsfall. Dabei sollte die Position des wirtschaftlich schwächeren oder sogar vermögenslosen Ehepartners im Verlauf der Ehe schrittweise verbessert werden.
- 7 Ehepartner, die in eine Unternehmerfamilie einheiraten, sind regelmäßig nicht berechtigt, Gesellschaftsanteile am Familienunternehmen zu erwerben. Häufig ist es ihnen auch verwehrt, ihren Ehepartner oder ihre gemeinsamen Kinder in Gesellschafterversammlungen des Familienunternehmens zu vertreten. Definitionen der „Unternehmerfamilie“ in Familienverfassungen lassen oftmals die angeheirateten Familienmitglieder außen vor. Hieraus kann bei den Ehepartnern schnell ein Gefühl der **Ausgrenzung** entstehen. Dies kann insbesondere in der Erziehung der nächsten Generation große Probleme bereiten, denn es bedarf der gemeinsamen Erziehungsleistung beider Elternteile, um Unternehmerkindern eine positive Prägung und Haltung zum unternehmerischen Erbe zu vermitteln. Hier empfiehlt es sich, angeheirateten Familienmitgliedern von Anfang an das Gefühl zu vermitteln, Teil der Familie zu sein, auch wenn ihnen keine Mitwirkungsrechte im Familienunternehmen zustehen. Diese Zugehörigkeit sollte durch die regelmäßige Teilnahme an Familientagen und Betriebsfeiern positiv erlebbar gemacht werden.

8 | DIE NICTHELICHE ODER EHE-ÄHNLICHE LEBENSGEMEINSCHAFT

In den vergangenen Jahrzehnten ist es zu einer Liberalisierung hinsichtlich der Formen des Zusammenlebens in Deutschland gekommen, die auch von der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber nachvollzogen wurde. Das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, in einer „eheähnlichen Gemeinschaft“, wird heute anders als bis in die 1960er Jahre nicht mehr als sittenwidrig beurteilt. Das Zusammenleben „ohne Trauschein“ ist eine weit verbreitete, gesellschaftlich akzeptierte Lebensform.

In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob mit solchen Formen des Zusammenlebens rechtliche Konsequenzen verbunden sind, die einen vertraglichen Regelungsbedarf nach sich ziehen.

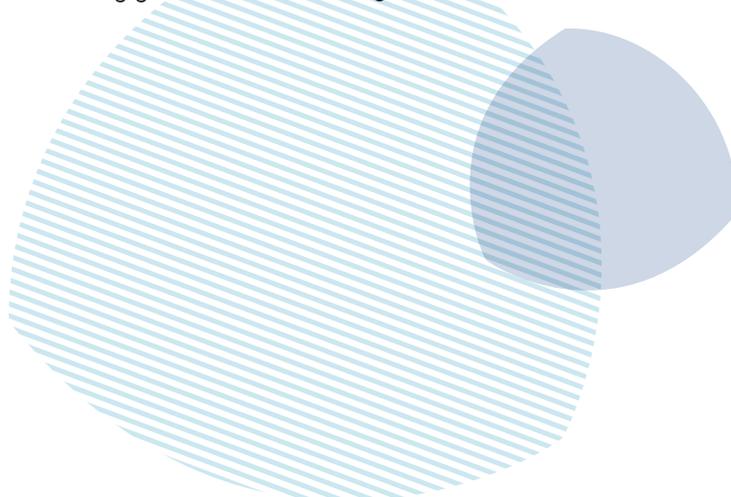
Anders als in vielen Ländern gibt es in Deutschland kein Institut einer gesetzlich verankerten Partnerbeziehung, an die der Gesetzgeber Rechtsfolgen knüpft, die denen einer Ehe vergleichbar wären. Nach deutschem Recht ist das Eherecht auf nichteheliche Lebensgemeinschaften weder direkt noch analog anwendbar. Aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften folgen deshalb weder Pflichten zum Zugewinn- oder Versorgungsausgleich noch das Recht auf Trennungsunterhalt oder auf Loyalität und Treue, wie sie mit einer Ehe einhergehen.

Allerdings gibt es in einer Vielzahl von Einzelgesetzen Regelungen für eheähnliche Gemeinschaften. So soll z. B. im Sozialrecht eine Besserstellung nichtehelicher Partner gegenüber Ehepartnern (z. B. bei der Sozialhilfe nach § 20 Satz 1 SGB XII) verhindert werden. Dagegen wird im Mietrecht der Lebenspartner bei Tod des Hauptmieters durch ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag geschützt. Im Pro-

zessrecht steht dem nichtehelichen Lebenspartner vor deutschen Gerichten aber kein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 ZPO, § 52 Abs. 1 StPO) zu. Die Eigenschaft eines „Angehörigen“ wird einem Lebensgefährten teilweise zugestanden, so z. B. im Erbrecht das Recht gegenüber den Erben des verstorbenen Lebensgefährten auf Unterhalt und Benutzung der gemeinsamen Wohnung für 30 Tage (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 274), an anderer Stelle dagegen verweigert, so z. B. in der Definition des Angehörigen im Strafrecht (nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder im Erbschaftsteuerrecht (kein Steuerklassen-Privileg für Lebensgefährten).

Anders als in der Vergangenheit können Partner in nichtehelicher Lebensgemeinschaft ihre Rechtsbeziehung heute frei vertraglich regeln. Sie müssen nicht mehr fürchten, dass die von ihnen abgeschlossenen Verträge als sittenwidrig eingestuft werden, weil sie lediglich der „Entlohnung einer außerehelichen geschlechtlichen Beziehung“ (so noch BGH NJW 1969, 1343, 1346 f.) dienen sollen.

Ein solcher vertraglicher Regelungsbedarf besteht regelmäßig dann, wenn Lebenspartner gemeinsames Vermögen erwerben, die Immobilie eines Lebenspartners gemeinsam finanziert wird oder ein Partner im Unternehmen des anderen Lebenspartners tätig ist. Führt eine derartige Tätigkeit zur nachhaltigen Vermögensmehrung des anderen Partners, können Ausgleichsansprüche entstehen, die im Trennungsfall zu erfüllen sind. So hat der BGH der Partnerin eines Unternehmers einen gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch zugestanden, wenn diese maßgeblich zum Aufbau des Unternehmens ihres Partners beigetragen hat (vgl. BGH FamRZ 1982, 1065; BGHZ 177, 193 Rn 18 f.). In solchen Fällen nimmt die Rechtsprechung einen konkludent abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft an, die über das gemeinsame Führen eines Haushalts hinausgeht.



III | KINDSCHAFTSRECHT

1 | VERWANDTSCHAFT

a) Begriffe

Die Rechtsordnung knüpft an die Verwandtschaft zahlreiche Rechtsfolgen, wie etwa im Verfassungsrecht, im Eherecht, im Unterhaltsrecht, im Erbrecht, im Prozessrecht oder auch im Steuerrecht. Das Gesetz enthält in § 1589 BGB eine Legaldefinition der Verwandtschaft. Danach sind Personen, deren eine von der anderen abstammt, in gerader Linie verwandt (Urgroßvater, Großmutter, Vater, Tochter, Enkelsohn, Urenkeltochter). Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt (Bruder, Schwester, Onkel, Nichte, Cousin, Cousine). Über die gesetzliche Definition hinaus kann Verwandtschaft durch die Annahme als Kind (Adoption) erfolgen (dazu unter III. 3.). Der Grad der Verwandtschaft wird nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten bestimmt, so dass etwa Mutter und Sohn Verwandte 1. Grades, Großvater und Enkeltochter Verwandte 2. Grades, Bruder und Schwester Verwandte 2. Grades, Tante und Neffe Verwandte 3. Grades usw. sind.

Erst seit dem 1.4.1998 sieht das Gesetz keinen Unterschied mehr zwischen ehelichen und unehelichen Kindern vor. Sie sind gleichgestellt. Seit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12.4.2011, BGBl. I 2011, S. 615, am 29.5.2009 gilt dies auch für vor dem 1.7.1949 geborene Kinder. In der Praxis enthalten indes noch immer viele Gesellschaftsverträge die Bestimmung, dass Nachfolger nur eheliche Abkömmlinge der Gesellschafter sein können.

b) Mutterschaft

Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat. Diesen nur auf den ersten Blick selbstverständlich scheinenden Satz hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.7.1998 in § 1591 BGB kodifiziert (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts v. 16.12.1997, BGBl. I

1997, S. 2942). Hintergrund war die Festlegung der abstammungsrechtlichen Rechtsfolgen künstlicher Fortpflanzung in Form einer Ei- oder Embryonenspende. In einem solchen Fall ist die gebärende Frau nicht die genetische Mutter. Legistisch entschieden ist damit die Frage nach der Mutterschaft oder einer Mit-Mutterschaft in einer solchen Konstellation: Mutter im Rechtssinne ist allein die gebärende Frau.

c) Vaterschaft

Für die Vaterschaftszuordnung unterscheidet das BGB drei Fälle:

- die Vaterschaft kraft **Ehe**,
- die Vaterschaft kraft **Anerkennung** und
- die Vaterschaft kraft **gerichtlicher Feststellung**.

Im Ausgangspunkt greift die gesetzliche Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB, wonach Vater des Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt nicht verheiratet, wird die Vaterschaft gem. §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB durch Anerkennung durch den Mann begründet. Dafür bedarf es insbesondere einer höchstpersönlichen Erklärung des Mannes und der Zustimmung der Mutter. Beide Erklärungen müssen öffentlich beurkundet werden. Aus § 1595 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass es der Zustimmung des Kindes dann bedarf, wenn es bereits volljährig ist. Schließlich sieht die Norm des § 1600d Abs. 1 BGB eine subsidiäre gerichtliche Feststellung der Vaterschaft vor. Allein in diesem Verfahren wird die genetische Abstammung überprüft.

Der Regelungstechnik ist geschuldet, dass die Vaterschaft kraft Ehe und diejenige kraft Anerkennung nicht mit der genetischen Vaterschaft übereinstimmen muss. Dem trägt das Gesetz durch die Möglichkeit der Vaterschaftsanfechtung Rechnung. Über sie wird in einem gerichtlichen Verfahren nach Maßgabe der §§ 1600 ff. BGB befunden. Es hat die Feststellung zum Gegenstand, dass der Mann, dem die Vaterschaft kraft Ehe oder Anerkennung zugeordnet wird, nicht der genetische Vater des Kindes ist.

2 | ELTERN-KIND-VERHÄLTNIS

Die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern besteht kraft Gesetzes, wenn die Eltern bei der Geburt verheiratet sind oder nachträglich heiraten (vgl. § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Sonst besteht grundsätzlich zunächst Alleinsorge der Mutter nach § 1626a Abs. 3 BGB. In diesem Fall kann eine Sorgeerklärung der Eltern abgegeben werden (vgl. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die Sorgeerklärung muss öffentlich beurkundet werden. Auch durch eine gerichtliche Entscheidung kann das Sorgerecht festgelegt werden.

a) Elterliche Sorge

Die Eltern haben gem. § 1626 BGB das Recht – aber auch die Pflicht –, für ihr minderjähriges Kind zu sorgen, die sogenannte elterliche Sorge. Die elterliche Sorge umfasst dabei zweierlei: Zum einen die Sorge für die Person des Kindes (**Personensorge**), zum anderen für das Vermögen des Kindes (**Vermögenssorge**). Die Personensorge besteht in dem Recht zur Pflege, zur Erziehung und zur Betreuung des Kindes. Die Vermögenssorge umfasst gemäß § 1629 Abs. 1 BGB auch die Vertretung des Kindes. Dabei sind die Eltern stets Gesamtvertreter, wenn beide Eltern sorgeberechtigt sind. Zur Vertretung des Kindes müssen daher beide Eltern gemeinsam handeln. Eine Ausnahme existiert nur für die Entgegennahme von Erklärungen für das Kind. Hier genügt der Zugang der Erklärung an einen Elternteil. Diese Gesamtvertretung bleibt auch im Fall einer Trennung der Eltern bestehen.

Bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres sind Kinder geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 1 BGB). Mit dem 7. Geburtstag und bis zum 18. Geburtstag sind Kinder beschränkt geschäftsfähig und können nur in beschränktem Umfang selbst Verträge schließen. Bis zur Volljährigkeit sind Kinder daher auf die Vertretung durch ihre Eltern angewiesen.

Die Eltern sind allerdings in bestimmten Fällen selbst von der Vertretung ihres Kindes ausgeschlossen. Die praktisch bedeutendsten Fälle sind

Schenkungen und Konstellationen der vorweggenommenen Erbfolge in Form des Erwerbs einer Unternehmensbeteiligung durch minderjährige Kinder von ihren Eltern oder einem Elternteil. Bei einem solchen Geschäft müssten die Eltern sowohl für sich selbst als auch für ihr Kind handeln. Dies stellt ein Insihgeschäft im Sinne von § 181 BGB dar und ist unwirksam. Bei solchen Verträgen zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern ist es den Eltern nur erlaubt, für ihre Kinder zu handeln, wenn diese aus dem Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen (§ 107 BGB) oder das Geschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Relevant ist dies im Rahmen der Unternehmensnachfolge. Weitere denkbare Konstellationen sind Auseinandersetzungen innerhalb einer Erbengemeinschaft, an der minderjährige Kinder und die sorgeberechtigten Eltern beteiligt sind. In all diesen Fällen ist regelmäßig die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig (vgl. dazu unten IV.2). Darüber hinaus ist zu beachten, dass zu bestimmten Maßnahmen außerdem die Zustimmung des Familiengerichts erforderlich ist. Dies muss bei der Beteiligung Minderjähriger an einem Familienunternehmen immer bedacht werden.

b) Beteiligung Minderjähriger als Gesellschafter an Familienunternehmen

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn Eltern (oder andere Verwandte in gerader Linie, z. B. Großeltern) zusammen mit dem minderjährigen Kind an derselben Gesellschaft beteiligt sind. Fraglich ist insbesondere, ob die Eltern ihr Kind beim Erwerb der Anteile vertreten dürfen. Ist nur ein Elternteil beteiligt, sind in der Regel trotzdem beide Elternteile von der Vertretung ausgeschlossen. In diesen Fällen ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig. Zusätzlich ist in bestimmten Fällen eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen. Im Detail ist vieles umstritten.

Eine Genehmigung ist im Wesentlichen in folgenden Fällen erforderlich (§§ 1643 Abs. 1 BGB; 1909 Abs. 1, 1915 Abs. 1 i.V.m. §§ 1821, 1822 Nr. 3 und Nr. 10 BGB):

- beim entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts,
- bei der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts und
- bei der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit.

Das Gericht entscheidet anhand des Kindeswohls, ob die Genehmigung für das Rechtsgeschäft

erteilt werden kann. Es versagt regelmäßig die Genehmigung, wenn Haftungsrisiken für das minderjährige Kind drohen.

Im Überblick lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:⁸

ART DER BETEILIGUNG	RECHTSFORM	ERGÄNZUNGS-PFLEGER	GERICHTLICHE GENEHMIGUNG
Beteiligung durch Gründung oder Aufnahmevertrag	KG*	(+)	(+)**
	GmbH	(+)	(+)**
	AG / SE	(+)	(+)**
Beteiligungserwerb durch entgeltliche Übertragung von bestehendem Gesellschafter	KG*	(+)	(+)**
	GmbH	(+)	Nur bei Erwerb der Mehrheitsbeteiligung oder konkretem Haftungsrisiko
	AG / SE	(+)	Nur bei Erwerb der Mehrheitsbeteiligung
Beteiligungserwerb durch unentgeltliche Übertragung von bestehendem Gesellschafter	KG*	Vorsorglich (+)	Nur bei konkretem Haftungsrisiko
	GmbH	(+)	(+)
	AG / SE	(-)	(-)

* Beteiligung als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft.

** Es besteht eine Ausnahme bei rein vermögensverwaltenden Gesellschaften.

⁸ Angelehnt an Funke & Gerber (2011).

Auch die Beschlussfassung in Gesellschafterversammlungen mit minderjährigen Gesellschaftern wirft schwierige Rechtsfragen auf. Bei der Abstimmung ist die Vertretung des minderjährigen Gesellschafters erforderlich. Fraglich ist, in welchen Fällen die Eltern ihre Kinder bei der Wahrnehmung von **Stimmrechten in der Gesellschafterversammlung** vertreten können und in welchen Fällen es ihnen wegen des Verbots des Selbstkontrahierens bzw. der Mehrfachvertretung (vgl. § 181 BGB) untersagt ist. Die Eltern sind hier grundsätzlich von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie selbst oder Verwandte in gerader Linie an der Gesellschaft beteiligt sind. Hier muss zwischen sog. Grundlagenbeschlüssen und Maßnahmenbeschlüssen unterschieden werden. Von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung wird bei reinen Maßnahmenbeschlüssen die Vorschrift des § 181 BGB nicht für anwendbar erachtet. Die Abgrenzung zwischen den Beschlussgegenständen ist im Einzelfall vorzunehmen. In der juristischen Literatur wird dazu ein breites Meinungsspektrum vertreten, das hier nicht im Detail aufgezeigt werden kann (vgl. insoweit insb. die Kommentierungen zu § 181 BGB in den Fachkommentaren). Folgende Grundregeln lassen sich festhalten:

- Unterliegt das vertretungsberechtigte Elternteil selbst einem Stimmverbot in der Gesellschafterversammlung (z. B. aus §§ 34, 47 Abs. 4 GmbHG, 136 Abs. 1 AktG), ist auch die Vertretung eines minderjährigen Kindes ausgeschlossen.
- Dies soll auch für Grundlagenbeschlüsse in der Gesellschafterversammlung gelten, wie z. B. bei Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen und Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz.
- Dagegen soll eine Vertretung bei Beschlussfassungen über Maßnahmen der laufenden Geschäftsführung zulässig sein (vgl. BGH NJW 1976, 49, 50).
- In Zweifelsfällen empfiehlt es sich, die gerichtliche Bestellung eines Ergänzungspflegers zu beantragen.

Ein Rechtsgeschäft, das ohne wirksame Vertretung für das minderjährige Kind abgeschlossen wird, ist gem. § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam und kann von einem nachträglich bestellten

Ergänzungspfleger oder vom inzwischen volljährig gewordenen Kind selbst genehmigt werden. Zivilrechtlich wird das Geschäft dadurch rückwirkend wirksam. Allerdings wird diese Rückwirkung steuerrechtlich nicht anerkannt.

c) Sorgerecht bei Getrenntleben

Für Eltern, die getrennt leben, gelten besondere Regeln zur Ausübung der elterlichen Sorge (§ 1687 BGB). Danach kann der betreuende Elternteil allein alle Angelegenheiten des täglichen Lebens regeln. Hierzu gehören beispielsweise Entscheidungen über Entschuldigungen für die Schule, Schulausflüge, Nachhilfestunden oder auch über kleinere ärztliche Behandlungen. Bei Entscheidungen über Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung muss Einvernehmen zwischen den Eltern hergestellt werden. Dies betrifft insbesondere den Aufenthalt des Kindes, die Auswahl der Schule und Schularart oder bedeutsamere gesundheitliche Maßnahmen, wie die Zustimmung zu Operationen.

Wenn beide Elternteile übereinstimmend vorschlagen, einem Elternteil die Alleinsorge zu übertragen, ist das Gericht im Regelfall an diesen Vorschlag gebunden. Besteht kein Einvernehmen, kann das Gericht auf Antrag eines Elternteils die gemeinsame Sorge aufheben und sie einem Elternteil übertragen, wenn zu erwarten ist, dass dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

d) Kindesunterhalt

Der Kindesunterhalt ist im Bürgerlichen Gesetzbuch zusammen mit dem Verwandtenunterhalt geregelt (§§ 1601 ff. BGB). Voraussetzung für jeden Unterhaltsanspruch ist die Feststellung eines Bedarfs für Unterhalt, die Bedürftigkeit des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten.

Das Gesetz geht bei minderjährigen Kindern davon aus, dass sie für ihre Lebensstellung in finanzieller Sicht nicht selbst sorgen können. Der Unterhaltsanspruch richtet sich zunächst gegen beide

Eltern. Die Unterhaltsleistung an Kinder teilt sich auf in den *Barunterhalt* und den *Naturalunterhalt*. Übernimmt ein Elternteil die Betreuung, wird durch diesen Elternteil im Regelfall seine ganze Unterhaltungspflicht durch die Betreuungsleistung erfüllt. Naturalunterhalt und Barunterhalt werden als gleichgewichtig angesehen. Eine Geldzahlung durch den betreuenden Elternteil ist nicht geschuldet. Auch bei einer Aufteilung der Betreuung zwischen den Ehepartnern besteht keine Zahlungspflicht eines Ehepartners, solange das Schwergewicht der Betreuung von diesem Ehepartner getragen wird. Bei einem Wechselmodell mit genau hälftiger Betreuung wird der Unterhalt aus dem zusammengerechneten Einkommen beider Eltern ermittelt. Der andere Elternteil ist dann nach den gesetzlichen Vorschriften zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts verpflichtet. Der Bedarf des Kindes wird alters- und einkommensabhängig standardisiert nach der sogenannten *Düsseldorfer Tabelle* vom Gericht festgestellt. Hierbei wird nur auf das Einkommen des nichtbetreuenden Elternteils abgestellt.

Auch volljährige Kinder können Anspruch auf Unterhalt haben. Hauptfall von Unterhaltszahlungen an volljährige Kinder ist der Anspruch auf Ausbildungsunterhalt, der eine Unterhaltsleistung gewährt, bis eine angemessene Ausbildung abgeschlossen ist. Was angemessen ist, richtet sich nach der Begabung, den Fähigkeiten, den beachtenswerten Neigungen und dem Leistungswillen des Kindes. Da Volljährige keiner Betreuung bedürfen, sind beide Eltern anteilig nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen zur Zahlung des Unterhalts verpflichtet.

3 | ADOPTION

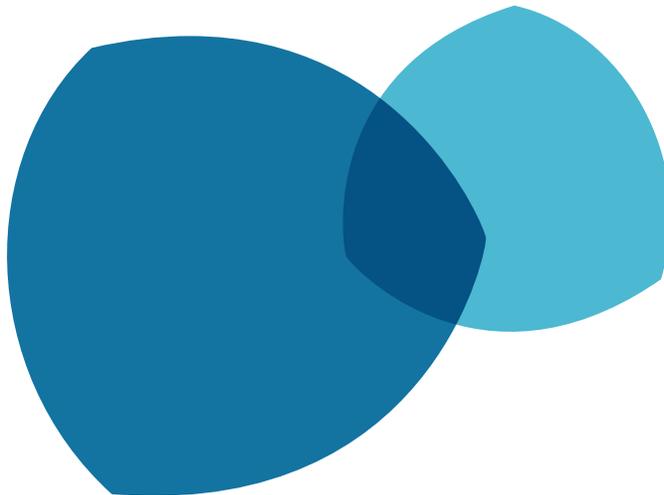
Neben der Blutsverwandtschaft, die das Gesetz gem. § 1589 BGB als Verwandtschaft definiert (siehe dazu oben unter III. 1. a), besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, durch Adoption – das BGB spricht von der Annahme als Kind, §§ 1741 ff. – eine allein rechtliche Verwandtschaft zu begründen. In Familienunternehmen wird

von dieser Option bisweilen Gebrauch gemacht, wenn sich in der Unternehmerfamilie kein (geeigneter) Nachfolger findet.

Nach der gesetzlichen Systematik ist danach zu unterscheiden, ob die anzunehmende Person minderjährig oder volljährig ist. In beiden Fällen müssen zunächst die Grundvoraussetzungen vorliegen. Diese ergeben sich aus § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die Annahme als Kind dem Wohl des Kindes dienen und zu erwarten sein muss, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht. Eine Adoption dient dem Kindeswohl, wenn sie im Vergleich zur gegenwärtigen Lage zu einer merklichen Verbesserung der Lebensbedingungen oder der Rechtsstellung des Kindes führt (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 839). Im Hinblick auf die zu erwartende Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses muss das Gericht, das über die Annahme als Kind zu entscheiden hat, davon überzeugt sein, dass zwischen den beiden Personen eine Beziehung entstehen wird, die einer solchen zwischen leiblichen Eltern und Kindern entspricht. Soll eine volljährige Person adoptiert werden, kommt das Erfordernis der sittlichen Rechtfertigung i. S. d. 1767 Abs. 1 BGB hinzu. Diese ist immer dann, aber nicht nur dann, gegeben, wenn zwischen den Personen ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist. Ist dies nicht der Fall, muss das Gericht die sittliche Rechtfertigung unabhängig davon feststellen. Dies bereitet Schwierigkeiten, wenn die Annahme als Kind den Zweck hat, das Unternehmen durch den Angenommenen fortführen zu lassen. Die Rechtsprechung ist insoweit großzügig. Nach ihr reicht es aus, wenn die Annahme von familienbezogenen Motiven getragen ist (siehe etwa BayObLG NJW 1985, 2094; OLG Köln FamRZ 1990 800). Darunter soll auch die Fortführung des Lebenswerks des Annehmenden fallen, solange andere Motive etwa erbschaft- und schenkungsteuerrechtlicher Art nur als Nebenmotive zu qualifizieren sind (BayObLG a. a. O., OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 364; OLG München FGPrax 2009, 72). Die Geschäftsfortführung als Motiv für die Erwachsenenadoption ist in der Praxis also grundsätzlich anerkannt (dazu im Einzelnen C. Schreiber, StAZ 2020, 166, 168).

Wie schwierig die Feststellung dieser familienbezogenen Motive im Einzelfall sein kann, zeigt der Fall des Hamburger Kaffee-Unternehmers Albert Darboven, der den aus der gleichnamigen Hamburger Kaffee-Dynastie stammenden Andreas Jacobs im Jahre 2018 adoptieren wollte. Dieses Vorhaben war auf heftigen Widerstand der Familie von Albert Darboven, insbesondere seines leiblichen Sohnes Arthur, gestoßen. Das zuständige Amtsgericht Hamburg-Blankenese (Beschl. v. 7.12.2018 – 553 F 232/17, nicht veröffentlicht) hat diesen Bedenken Rechnung getragen und einen Antrag auf Erwachsenenadoption abgelehnt, da es offensichtlich wirtschaftliche Motive der Nachfolgesicherung als dominierend betrachtet hat (vgl. Handelsblatt v. 11.12.2018; Staake, NJW 2019, 631).

Auch auf der Rechtsfolgenseite unterscheidet sich die Minderjährigen- von der Erwachsenenadoption. Bei der Adoption Minderjähriger erlöschen gem. § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB die früheren Verwandtschaftsverhältnisse und das angenommene Kind tritt gem. § 1754 BGB vollumfänglich in die Stellung eines leiblichen Kindes ein. Wird eine volljährige Person adoptiert, erlöschen deren frühere Verwandtschaftsverhältnisse indessen gem. § 1770 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht. Ausnahmen sind für die sog. Volladoption in § 1772 BGB vorgesehen. Auch die Begründung neuer Verwandtschaftsverhältnisse geht nicht so weit wie bei der Adoption Minderjähriger: § 1770 Abs. 1 BGB bestimmt, dass eine neue Verwandtschaft allein zu dem Annehmenden, nicht aber zu dessen Verwandten begründet wird. Der adoptierte Volljährige erhält also einen weiteren Elternteil oder ein weiteres Elternpaar, nicht aber etwa weitere Großeltern oder Geschwister.



IV | BESONDERE FÜRSORGEVERHÄLTNISSE

1 | VORMUNDSCHAFT ÜBER MINDERJÄHRIGE KINDER, INSB. TESTAMENTARISCHE VORSORGE

Das BGB ist getragen von dem Gedanken, den Minderjährigen zu schützen (vgl. §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1, 106 ff. BGB). Zuvörderst haben die Eltern gem. § 1626 Abs. 1 BGB die Pflicht (und das Recht), für das minderjährige Kind zu sorgen. Diese elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person und das Vermögen sowie die Vertretung des Kindes. Sind beide Elternteile verstorben, muss jemand anderes für das Kind sorgen. Das gilt auch für den Fall, dass den Eltern das Sorgerecht wegen einer Gefährdung des Kindeswohls entzogen wurde (§ 1666 BGB) oder das Sorgerecht ruht (§§ 1673 ff. BGB). Ein Vormund wird außerdem tätig, wenn die Eltern in die Adoption ihres Kindes eingewilligt haben (§ 1751 Abs. 1 BGB: Jugendamt als Vormund) oder wenn die sorgeberechtigten Eltern nicht zu ermitteln sind (§ 1773 Abs. 2 BGB). Letzteres hat in den vergangenen Jahren bei minderjährigen, unbegleiteten Flüchtlingskindern große Bedeutung erlangt.

Die Aufgabe der Eltern übernimmt in diesen Konstellationen der Vormund nach Maßgabe der §§ 1773 ff. BGB. Er wird vom Familiengericht ausgewählt, bestellt, beraten und beaufsichtigt. Seit dem Jahre 1992 gilt das Institut der Vormundschaft ausschließlich für die Fürsorge von Minderjährigen. Bedarf eine volljährige Person besonderer Fürsorge, so wurde hierfür das Rechtsinstitut der Betreuung geschaffen.

Eltern minderjähriger Kinder ist dringend zu empfehlen, im Rahmen ihrer testamentarischen Vorsorge auch eine Regelung darüber zu treffen, wer im Falle ihres gemeinsamen Versterbens zum Vormund ihrer minderjährigen Kinder bestellt werden soll. Dies gilt unabhängig davon, ob im Falle des Todes unternehmerisches Vermögen auf die minderjährigen Kinder übergeht. Eltern steht das Recht zu, durch Testament einen Vormund für ihre minderjährigen Kinder zu benennen (vgl. § 1776 BGB). Das Familiengericht darf von dieser Benennung nur in eng definierten Ausnahmefällen abweichen. Wenn Eltern es versäumt haben, einen geeigneten Vormund zu benennen, erfolgt die Auswahl des

Vormunds durch das Gericht. Das Benennungsrecht geht also nicht etwa auf Großeltern oder nahe Angehörige über. Das Familiengericht ist aber gehalten, auf die persönlichen Bindungen des Kindes und auf verwandtschaftliche Beziehungen zu achten. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass nahen Angehörigen, die dem Kind familiär verbunden sind, der Vorrang vor Dritten einzuräumen ist (vgl. BVerfG NJW 2014, 2853, Rn. 20 ff.).

In einem Testament von Eltern, in dem diese Regelungen über minderjährige Kinder und unternehmerisches Vermögen treffen, sollte außerdem ein **Testamentsvollstrecker** bestellt werden, der das unternehmerische Vermögen der Kinder bis zur Volljährigkeit, im Einzelfall ggf. besser noch bis zur Vollendung des 21. oder 25. Lebensjahres, verwaltet. Ein Testamentsvollstrecker ist in der Regel besser geeignet, das unternehmerische Vermögen der Kinder zu verwalten, als ein Vormund, da letzterer umfangreichen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt. So ist ein Vormund in der Vermögenssorge etwa daran gebunden, liquides Vermögen des Kindes ausschließlich mündelsicher anzulegen (vgl. § 1807 BGB), d. h. in Pfandbriefen, hypothekarisch gesicherten Forderungen, als Anlage bei öffentlichen Sparkassen etc. Abweichende Anlageformen bedürfen der Zustimmung des Familiengerichts. Außerdem gelten für die Verwaltungstätigkeit des Vormunds umfangreiche Genehmigungsvorbehalte des Familiengerichts, die Grundstücksgeschäfte jedweder Art, aber auch die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten in Familienunternehmen massiv erschweren (vgl. dazu bereits oben zur elterlichen Sorge, III. 2. a). Hier ist der Umfang der Maßnahmen, zu denen der Vormund der Zustimmung des Familiengerichts bedarf, deutlich weiter als bei der elterlichen Sorge.

2 | PFLEGSCHAFT, INSB. ERGÄNZUNGSPFLEGSCHAFT

Auch die Pflegschaft i. S. d. §§ 1909 ff. BGB verfolgt den Zweck, die Sorge für eine andere Person (oder ein Vermögen, s. §§ 1914, 1961 BGB) sicherzustellen. Von der Vormundschaft unterscheidet sie sich dadurch, dass der Pfleger nicht umfassend, sondern nur für bestimmte Angelegen-

heiten bestellt wird. Die Pflegschaft wird oftmals als die „kleine Schwester“ der Vormundschaft bezeichnet. Sie kann für Minderjährige, in Einzelfällen für Volljährige, für ein ungeborenes Kind oder über ein gesamtes Vermögen angeordnet werden.

In den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg hatte die **Abwesenheitspflegschaft** (§ 1911 BGB) für Personen, deren Aufenthalt unbekannt war, eine große Bedeutung. Praktische Relevanz für ein bedeutendes Familienunternehmen erlangte dieses Institut im Jahre 2018, als der geschäftsführende Gesellschafter der Tengelmann-Gruppe, Karl-Erivan Haub, von einer Skitour in den Schweizer Alpen nicht mehr zurückkehrte und dessen Ehefrau Katrin zur Abwesenheitspflegerin bestellt wurde.

Von besonderer Bedeutung in Familienunternehmen ist die **Ergänzungspflegschaft**. Sind die Eltern oder der Vormund an der Besorgung einer bestimmten Angelegenheit verhindert, erhält die minderjährige Person gem. § 1909 BGB durch eine gerichtliche Bestellung einen Ergänzungspfleger, der an die Stelle der Eltern oder des Vormunds tritt. Dies ist insbesondere bei Rechtsgeschäften zwischen dem Kind und dessen in gerader Linie Verwandten (dazu oben III.1.a) der Fall, wenn das Rechtsgeschäft für das Kind nicht nur rechtlich vorteilhaft ist. Dazu gehört nach der Rechtsprechung insbesondere die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf minderjährige Kinder im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (zuletzt zu Kommanditanteilen OLG Oldenburg GmbHR 2019, 1119). Dies ist im Rahmen der zeitlichen Planung einer Unternehmensnachfolge zu berücksichtigen, da die Bestellung eines Ergänzungspflegers mindestens einige Wochen Vorlauf benötigt.

Große Bedeutung im Alltag eines Familienunternehmens haben Ergänzungspfleger außerdem dann, wenn dieses über minderjährige Gesellschafter verfügt. In einigen großen Familienunternehmen hat es durchaus Tradition, minderjährige Kinder von Gesellschaftern frühzeitig am Unternehmen zu beteiligen, um hiermit erbschaftsteuerrechtliche Vorteile zu erzielen. Insbesondere die Wellen der Erbschaftsteuerverschärfungen der letzten zehn Jahre haben dazu beigetragen, dass es heute in großen Familienunternehmen viele minderjährige

Gesellschafter gibt, die von Ergänzungspflegern vertreten werden.

3 | GESCHÄFTSUNFÄHIGKEIT UND DIE RECHTLICHE BETREUUNG ÜBER VOLLJÄHRIGE

Für eine volljährige Person, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu besorgen, kann (ausschließlich) durch ein Familiengericht ein Betreuer bestellt werden. Man spricht insoweit von der „Betreuungsbedürftigkeit“ einer Person, die nicht mit der Geschäftsunfähigkeit gleichzusetzen ist.

Das Risiko der eigenen Handlungs- und Geschäftsunfähigkeit wird immer noch unterschätzt. Bereits heute leben in Deutschland mehr als 1,7 Millionen Menschen, die an Demenz erkrankt sind. Ohne weitere Fortschritte in der Medizin werden auch in Zukunft jedes Jahr über 300 000 Menschen in Deutschland neu an Demenz erkranken.⁹

a) Abgrenzung zur Geschäftsunfähigkeit

Unter Geschäftsfähigkeit versteht man im deutschen Recht die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbst vollwirksam vornehmen zu können. Grundsätzlich geht das BGB davon aus, dass eine Person mit Erlangung der Volljährigkeit geschäftsfähig wird. Definiert ist die Geschäftsunfähigkeit in der Vorschrift des § 104 BGB:

„Geschäftsunfähig ist:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat,
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.“

⁹ Vgl. Deutsche Alzheimer Gesellschaft e. V. (2020).

Die Auswirkungen einer Geschäftsunfähigkeit sind für den Betroffenen enorm (vgl. hierzu aus der Rechtsprechung etwa OLG Bamberg ZEV 2015).¹⁰ Dieser kann keine wirksamen Willenserklärungen mehr abgeben, er kann nicht mehr Vorstand einer AG (§ 78 Abs. 3 Satz 1 AktG) oder Geschäftsführer einer GmbH (§ 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) sein, er kann in der Gesellschafterversammlung sein Stimmrecht nicht mehr ausüben, keine Auskünfte von der Geschäftsführung mehr verlangen und keine Dividendenzahlungen mehr einfordern.

Mit der Geschäftsunfähigkeit geht der Verlust der Testierfähigkeit einher. Nach § 2229 BGB ist testierunfähig, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Der Betroffene kann einmal vorgenommene testamentarische Regelungen nicht mehr verändern. Eine weitere Nachfolgeplanung ist nicht mehr möglich.¹¹

In der Praxis ist es im Fall einer Erkrankung eines Betroffenen für Mitgesellschafter oder Geschäftsführer nicht ohne Weiteres ersichtlich, ob der Betroffene noch fähig ist, einen freien Willen zu bilden. Hierfür ist die Erstellung eines medizinischen Gutachtens unerlässlich. Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, ob unter Mitwirkung des Erkrankten getroffene Gesellschafterbeschlüsse wirksam sind. Hinzu tritt die emotionale Belastung der Familie durch die Krankheit eines engen Angehörigen.

b) Betreuung

Um die Interessen des Betroffenen zu schützen, bietet das Gesetz die Möglichkeit, eine **rechtliche Betreuung** für ihn anzuordnen. Noch immer ist in der Praxis die Meinung weit verbreitet, die Anordnung einer Betreuung führe zur „**Entmündigung**“ des Betroffenen. Das Instrument der Entmündigung wurde aber bereits vor über 30 Jahren abgeschafft. Die Betreuung führt also weder zur Geschäftsunfähigkeit des Betreuten noch ist es Voraussetzung für die Anordnung einer Betreuung, dass der Betroffene

ne geschäftsunfähig ist. Auch für geschäftsfähige Personen kann eine Betreuung durch ein Familiengericht angeordnet werden.

Voraussetzungen einer rechtlichen Betreuung (§ 1896 BGB):

- Hilfsbedürftigkeit eines Volljährigen.
- Diese beruht auf einer psychischen Krankheit oder einer geistigen, seelischen oder körperlichen Behinderung.
- Die Betreuung muss in „Ob“, Umfang und Reichweite erforderlich sein (hieran fehlt es z. B. wenn der Betroffene durch einen Bevollmächtigten auf Grund einer Vorsorgevollmacht handeln kann).
- Gegen den „freien Willen des Volljährigen“ darf keine Betreuung angeordnet werden.

Die Anordnung einer Betreuung kann nur durch ein **Betreuungsgericht** erfolgen. Das Gericht kann auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen tätig werden, z. B. wenn Familienangehörige oder Mitgesellschafter im Familienunternehmen eine entsprechende Anregung gegeben haben. Im Verfahren muss das Gericht ein Sachverständigengutachten einholen. Von überragender Bedeutung ist die Frage, welche **Person zum Betreuer** bestellt wird. Die Entscheidung hierüber liegt allein beim Betreuungsgericht. Ausschlaggebend ist, ob der Betroffene rechtzeitig einen eigenen Vorschlag unterbreitet hat, z. B. in Form einer sog. **Betreuungsverfügung** (vgl. dazu unten V.2). Schlägt der Betroffene niemanden vor, so soll das Gericht die verwandtschaftlichen und persönlichen Bindungen des Betroffenen berücksichtigen, allerdings auch die Gefahr möglicher Interessenkonflikte (§ 1897 Abs. 5 BGB). Im Umfeld eines Familienunternehmens besteht hierbei die Gefahr, dass die Bestellung von Eltern oder Kindern zu Betreuern im Bereich der Vermögenssorge abgelehnt wird, da die nächsten Angehörigen Mitgesellschafter oder sogar Organ im Unternehmen sind und hieraus ein Interessenkonflikt abgeleitet wird.

Anders als bei der elterlichen Sorge über Minderjährige ist in der Regel der **Aufgabenkreis** des Betreuten nicht allumfassend, sondern auf einzelne

¹⁰ Ausführlich dazu Kögel in: Rügen & Heider (2020), S. 295, S. 304 ff.

¹¹ Vgl. dazu Oertzen & Windeknecht (2019), S. 8 ff.

Aufgaben begrenzt. Auch hier ist stets die „Erforderlichkeit“ Maßstab der Betreuerbestellung. Für die Handlungsfähigkeit als Gesellschafter eines Familienunternehmens kommt es darauf an, ob ein Betreuer für den Aufgabenbereich der Vermögenssorge bestellt wird. Der Betreuer erhält in diesem Aufgabenbereich die Stellung eines **gesetzlichen Vertreters** (§ 1902 BGB). Dadurch kann der Betreuer für den Betroffenen dessen persönliche Gesellschafterrechte, insbesondere Stimm-, Auskunfts- und Vermögensrechte, wahrnehmen. Er kann allerdings für den Betroffenen nicht als Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder persönlich haftender Gesellschafter (strittig) tätig sein.¹²

Ist nicht geklärt, ob der Betroffene geschäftsfähig ist, stellen sich in der Praxis trotz der Betreuerbestellung schwierige Abgrenzungsfragen: Sowohl der betroffene Gesellschafter als auch sein Betreuer können wirksame Willenserklärung abgeben und dadurch z. B. ihr Stimmrecht in widersprüchlicher Weise ausüben. Bei einem solchen Konflikt gilt das Prioritätsprinzip, d. h., es gilt diejenige Erklärung, die zuerst wirksam abgegeben wurde. Bei zeitgleich abgegebenen, widersprüchlichen Erklärungen (z. B. bei Stimmabgabe in einer Gesellschafterversammlung) sind beide Erklärungen wegen Perplexität nichtig.¹³ Unklar ist in einer solchen Situation auch, an wen etwa Einladungen zur Gesellschafterversammlung zu richten sind. In diesen Fällen empfiehlt es sich, durch ein medizinisches Gutachten den Gesundheitszustand des Betroffenen und seine Fähigkeit zur freien Willensbildung feststellen zu lassen.

In der Praxis ist zu beobachten, dass im Bereich der Vermögenssorge die Gerichte häufig zusätzlich

zur Betreuung einen sog. **Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB** anordnen. Der Betroffene kann dann wirksame Verträge nur mit Zustimmung des Betreuers abschließen. Seine Situation ist der eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen vergleichbar. Hiervon ausgenommen ist die Wahrnehmung seiner höchstpersönlichen Rechte, wie z. B. eine Ehe einzugehen oder ein Testament zu errichten (wenn er testierfähig ist). Für diese höchstpersönlichen Rechte gibt es keinen Einwilligungsvorbehalt. Eine solche gerichtliche Anordnung setzt allerdings voraus, dass eine „erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten“ besteht. Es kommt allein auf den Schutz des Betroffenen an. Die Interessen von Mitgesellschaftern oder des Familienunternehmens an Rechtssicherheit spielen hierbei keine Rolle.

In seiner laufenden Tätigkeit unterliegt der Betreuer denselben Genehmigungsvorbehalten wie ein Vormund (§§ 1908i, 1821 ff. BGB, siehe oben V.1.), er bedarf also für bestimmte Rechtsgeschäfte und die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten in Grundlagenentscheidungen der Zustimmung des Betreuungsgerichts. Zumeist sind dann langwierige Gespräche mit dem Betreuungsgericht erforderlich, um dieses von der Notwendigkeit eines Beschlusses zu überzeugen. Hinzu kommt, dass ein Betreuer keine unentgeltlichen Übertragungen vornehmen darf und damit Schenkungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nicht mehr möglich sind. Darüber hinaus unterliegt der Betreuer auf Grund seiner weitreichenden Rechte der umfassenden Kontrolle des Gerichts und muss insbesondere jährlich über seine Tätigkeit Rechnung legen (§§ 1908i, 1840 ff. BGB) und Anlagegenehmigungen einholen etc.

¹² Vgl. hierzu ausführlich: Stiftung Familienunternehmen (2020), S. 61-68.

¹³ Vgl. hierzu ausführlich: Stiftung Familienunternehmen (2020), S. 58.

V | ABSICHERUNG GEGEN HANDLUNGS- UND GESCHÄFTSUNFÄHIGKEIT

1 | FOLGEN EINER BETREUUNGS-BEDÜRFTIGKEIT UND EINES VERLUSTS DER GESCHÄFTSFÄHIGKEIT

Die Anordnung einer Betreuung führt zu einem weitreichenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des/der Betroffenen. Sie kann dazu führen, dass er oder sie – im Falle der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts – die Fähigkeit verliert, eigenständig Rechtsgeschäfte zu tätigen und seine/ihre individuellen Gesellschafterrechte wahrzunehmen. Ganz unabhängig von den rechtlichen Folgen einer Betreuung führt aber bereits der krankheitsbedingte Verlust der Geschäftsfähigkeit dazu, dass ein Betroffener nicht mehr selbst in der Lage ist, am Rechtsverkehr selbstständig teilzunehmen. Um die Interessen des Betroffenen zu schützen, hat der Gesetzgeber – wie dargestellt – das Institut der Betreuung geschaffen. Mit einer Betreuung sind jedoch gravierende Nachteile verbunden: die Bestimmung der Person des Betreuers durch das Betreuungsgericht und die komplexen Verfahrensvorschriften zur Ausübung des Betreueramtes, insbesondere im Bereich der Vermögenssorge, die nur schwer mit dem Erfordernis der jederzeitigen Handlungsfähigkeit im Familienunternehmen in Einklang zu bringen sind.

Die Rechtsordnung gibt jedem Betroffenen die Möglichkeit, privatautonom die Folgen der eigenen Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit zu regeln: Die Instrumente hierfür sind die Betreuungsverfügung, die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung. Sie ermöglichen ein hohes Maß an Selbstbestimmung in der Auswahl der Person des Bevollmächtigten und der Berücksichtigung persönlicher Wünsche und Bedürfnisse. Liegen diese Verfügungen vor, kommt es in der Regel gar nicht zur Anordnung einer Betreuung, da es an deren Erforderlichkeit mangelt.

2 | BETREUUNGSVERFÜGUNG

Welche Möglichkeiten bestehen nun, um für solche Fälle der Handlungsunfähigkeit Vorsorge zu treffen? Mit der sog. Betreuungsverfügung¹⁴ gibt der Gesetzgeber jedem Betroffenen die

Möglichkeit festzulegen, welche Person für ihn im Falle der Notwendigkeit einer gerichtlichen Betreuung zum Betreuer bestellt wird. Liegt eine solche Erklärung vor, hat das Betreuungsgericht dieser zu entsprechen, wenn sie nicht dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft (§ 1897 Abs. 4 BGB). Dies ist z. B. dann anzunehmen, wenn Zweifel an der Redlichkeit des Vorgeschlagenen bestehen, der Vorgeschlagene einem Interessenkonflikt unterliegt oder dieser mit dem Umfang und der Schwierigkeit der Geschäfte überfordert ist. Mit einer Betreuungsverfügung allein lässt sich zwar keine Betreuung verhindern, der Betroffene kann aber für das Betreuungsverfahren rechtzeitig vor einer möglichen Erkrankung umfassende Wünsche und Bedürfnisse festlegen.

3 | VORSORGEVOLLMACHT

Durch die Errichtung einer Vorsorgevollmacht lässt sich erreichen, dass die Anordnung einer gerichtlichen Betreuung von vornherein unterbleibt. Im Unterschied zu einer Generalvollmacht spricht man von einer Vorsorgevollmacht dann, wenn eine Vertrauensperson nur für den Fall der persönlichen Entscheidungs- und Handlungsunfähigkeit bevollmächtigt wird. In der Neuordnung des Betreuungsrechts ab dem 1.1.2023 findet die Vorsorgevollmacht in § 1820 BGB n. F. eine ausdrückliche Verankerung.

Das Gesetz schließt die Anordnung einer Betreuung aus, wenn dieselben Aufgaben von einem Vorsorgebevollmächtigten wahrgenommen werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der entscheidende Vorteil der Vorsorgevollmacht besteht darin, dass der Vollmachtgeber die Person des Bevollmächtigten frei wählen kann und dadurch wirtschaftlich unerfahrene Familienrichter und Rechtspfleger von Entscheidungsprozessen im Familienunternehmen ferngehalten werden.

Vorsorgevollmachten sind heute zu einem wichtigen Instrument zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit in Familienunternehmen geworden. Viele Familienverfassungen enthalten deshalb zu Recht die Pflicht eines jeden Gesellschafters, eine solche Vorsorgevollmacht zu errichten. Es empfiehlt sich,

¹⁴ Hierzu ausführlich Kögel in: Rösen & Heider (2020), S. 295, S. 304 f.

auch in den Gesellschaftsvertrag eine Regelung zur Zulässigkeit wie auch zu den rechtlichen Grenzen einer Vorsorgevollmacht aufzunehmen. Nach einhelliger Auffassung ist heute die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorsorgevollmachten zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten im Gesellschaftsrecht anerkannt. Hierin ist kein Verstoß gegen das sog. Abspaltungsverbot zu sehen, das die dauerhafte Trennung von Mitgliedschaft und Verwaltungsrecht verhindern will.

Bei der Ausgestaltung von Vorsorgevollmachten ist zu beachten, dass nachgenannte Befugnisse von der Vollmacht nur umfasst sind, wenn diese in der Vorsorgevollmacht ausdrücklich bezeichnet sind; allgemeine Formulierungen decken diese Befugnisse nicht ab (zukünftig zusammengefasst in § 1820 Abs. 2 BGB n. F. (ab 1.1.2023)):

- Zustimmung zu einer ärztlichen Untersuchung, einer Heilbehandlung oder zu einem Eingriff bei Lebensgefahr (z. B. Herzoperation) oder der Gefahr gravierender Gesundheitsschäden,
- Ablehnung einer ärztlichen Untersuchung, einer Heilbehandlung oder einem Eingriff bei Lebensgefahr oder der Gefahr gravierender Gesundheitsschäden, insbesondere der Fortsetzung von lebensverlängernden Maßnahmen,
- Einwilligung zu einer geschlossenen Unterbringung, einer ärztlichen Zwangsmaßnahme oder anderen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen (z. B. Fixierungen im Bett),
- Einwilligung in eine Organspende.

Für die Ausgestaltung einer Vorsorgevollmacht lassen sich folgende Leitlinien formulieren:¹⁵

- Eine Vorsorgevollmacht muss umfassend sein und die Bereiche betriebliches Vermögen, Privatvermögen und persönliche Angelegenheiten, insbesondere Gesundheitsangelegenheiten, umfassen.
- Für eine Vorsorgevollmacht bestehen keine Formvorschriften, eine notarielle Beurkundung ist dennoch zu empfehlen.
- Bei der Auswahl der Person des Bevollmächtigten sollte größtmögliche Sorgfalt verwendet werden. Wichtig sind persönliche Nähe, Vertrauen des Vollmachtgebers, fachliche Eignung und die Vermeidung von Interessenkonflikten.

- Bei der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten im Kontext eines Familienunternehmens sind die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Vertretungsregelungen zu beachten.
- Es muss gut überlegt werden, ob nur eine oder mehrere Vertrauenspersonen – ggf. für unterschiedliche Aufgabenkreise – bevollmächtigt werden.
- Es sollte immer ein Ersatzbevollmächtigter benannt werden.
- Da es anders als bei der rechtlichen Betreuung an einer Kontrolle durch das Betreuungsgericht fehlt, besteht ein Missbrauchsrisiko. Es empfiehlt sich deshalb, Kontrollmechanismen zu verankern. So kann man beispielsweise mehrere Personen gemeinsam bevollmächtigen oder eine Kontrollperson benennen.
- Im Außenverhältnis sollte eine Vorsorgevollmacht unbeschränkt sein. Im Innenverhältnis können inhaltliche Anweisungen an den Bevollmächtigten getroffen werden, wie zur Zulässigkeit von Schenkungen oder Wünsche zur persönlichen Pflege.
- Es ist festzulegen, ob der Bevollmächtigte zu sog. Insichgeschäften nach § 181 BGB berechtigt sein soll; das ist zumeist erforderlich, wenn der Bevollmächtigte Mitgesellschafter desselben Familienunternehmens ist. Dies birgt aber auch ein Missbrauchsrisiko.
- Es sollte geregelt sein, in welchem Umfang Untervollmacht erteilt werden kann, was in der Regel zur Beauftragung von Steuerberatern, Vermögensverwaltern, Rechtsanwälten etc. unvermeidbar ist.
- Da nicht vollständig ausgeschlossen ist, dass trotz des Bestehens einer Vorsorgevollmacht eine rechtliche Betreuung angeordnet wird, z. B. bei Zweifeln an der Geeignetheit des Bevollmächtigten, empfiehlt es sich, in die Vorsorgevollmacht eine Betreuungsverfügung (siehe oben V.2) zu integrieren.
- Es ist festzulegen, ob die Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers endet oder darüber hinaus Gültigkeit haben soll (post mortem). Letzteres empfiehlt sich, um für den Nachlass Handlungsfähigkeit bis zur Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu gewährleisten.
- Schließlich empfiehlt es sich, die Vorsorgevollmacht beim Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer in Berlin registrieren zu lassen, damit diese im Ernstfall schnell gefunden wird.

¹⁵ Hierzu ausführlich Kögel in: Rösen & Heider (2020), S. 295, S. 305 f.

Um das einer umfassenden Vorsorgevollmacht innewohnende Missbrauchsrisiko zu begrenzen, gelten mit Wirkung zum 1.1.2023 in § 1820 Abs. 3 bis 5 BGB n. F. neue Regelungen zur Kontrolle von Bevollmächtigten. Liegen konkrete Anhaltspunkte vor, dass der Bevollmächtigte den Willen des Vollmachtgebers missachtet, kann das zuständige Betreuungsgericht einen Kontrollbetreuer bestellen oder zukünftig die Vorsorgevollmacht suspendieren. In besonders schweren Fällen kann auch ein Betreuer bestellt werden, der die Vollmacht (mit Zustimmung des Betreuungsgerichts) widerruft.

4 | PATIENTENVERFÜGUNG

Ergänzend zur Vorsorgevollmacht ist zu raten, eine Patientenverfügung zu verfassen.¹⁶ Hierunter versteht man eine Willenserklärung, gerichtet an behandelnde Ärzte, Pfleger oder Betreuer, in denen ein Patient festlegt, ob er in bestimmte „Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt“ (§ 1901a Abs. 1 BGB). Üblich sind hierbei Regelungen zu lebensverlängernden Maßnahmen, wie künstliche Beatmung, Ernährung, Flüssigkeitszufuhr, zur Schmerzmedikation, zur Art und Weise einer Unterbringung in Kranken- und Pflegeheimen, zur Organspende etc.¹⁷

Der Bundesgerichtshof hat durch eine Reihe von Beschlüssen für Verunsicherung gesorgt, wann eine Patientenverfügung tatsächlich die vom Patienten gewünschte Bindungswirkung erzeugt.¹⁸ Seither ist klar, dass pauschale Aussagen, wie „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen,

nicht ausreichend sind. Vielmehr müssen die jeweilige Behandlungssituation und die ärztlichen Maßnahmen oder spezifische Krankheiten konkret dargestellt werden, um Bindungswirkung zu erzeugen. Bei der Abfassung einer Patientenverfügung empfiehlt es sich, fachkundigen Rat oder einen Arzt hinzuzuziehen. Außerdem ist zu raten, eine Patientenverfügung regelmäßig zu aktualisieren, da bei einer älteren Verfügung immer der Einwand erhoben werden kann, diese entspreche nicht mehr dem aktuellen Willen des Patienten.

Durch die Verankerung der Patientenverfügung im BGB seit dem Jahr 2009 ist heute geregelt, dass diese für die behandelnden Ärzte, Betreuer oder Bevollmächtigten rechtlich verbindlich ist und nicht nur empfehlenden Charakter hat. Allerdings haben die eingesetzten Betreuer und/oder Bevollmächtigten immer zu überprüfen, ob die in der Patientenverfügung festgelegten Wünsche noch den aktuellen, auf die jeweilige Behandlungssituation bezogenen Wünschen und Vorstellungen des Patienten entsprechen. Besteht zwischen dem behandelnden Arzt und dem Betreuer bzw. Bevollmächtigten Einvernehmen, dass die Vornahme oder Nichtvornahme einer ärztlichen Maßnahme dem Willen des Patienten entspricht, so ist keine Genehmigung durch das Betreuungsgericht erforderlich. Hierfür ist aber Voraussetzung, dass der Wille des Patienten in Form einer Patientenverfügung eindeutig erteilt wurde (§ 1901a Abs. 1 BGB), oder es besteht Einigkeit zwischen dem behandelnden Arzt bzw. dem Betreuer oder Bevollmächtigten über die Behandlungswünsche bzw. den mutmaßlichen Willen des Patienten (§ 1901a Abs. 2 BGB). Insofern kommt dem Inhalt einer solchen Patientenverfügung weitreichende Bedeutung zu.

¹⁶ Hierzu ausführlich Kögel in: Rösen & Heider (2020), S. 295, S. 306 f.

¹⁷ Vgl. hierzu Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz: Patientenverfügung Leiden – Krankheit – Sterben.

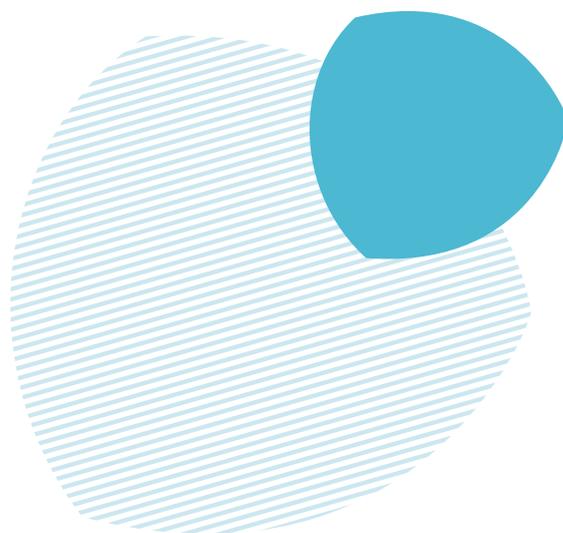
¹⁸ Vgl. hierzu BGH NJW (2016), S. 3297; NJW (2017), S. 1797; NJW (2019), S. 600.

VI | AUSBLICK: REFORM DES VORMUNDSCHAFTS- UND BETREUUNGSRECHTS ZUM 1.1.2023

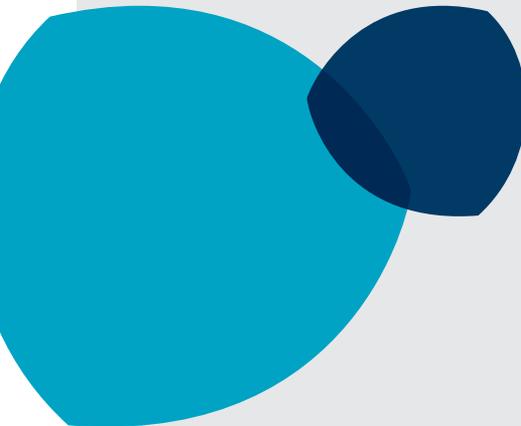
Der Gesetzgeber hat das deutsche Vormundschafts- und Betreuungsrecht kürzlich umfassend reformiert (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl. I 2021, 882 ff.). Die Neuregelungen treten am 1.1.2023 in Kraft.

An dieser Stelle kann nur ein kurzer Überblick gegeben werden, welche maßgeblichen Änderungen diese Reform mit sich bringen wird:

- Kern der Reform ist das Ziel, die **Selbstbestimmung** unterstützungsbedürftiger Menschen im Vorfeld und im Rahmen einer rechtlichen Betreuung im Sinne des Art. 12 der UN-Behindertenkonvention zu **stärken**. So darf die Stellvertretung durch einen Betreuer nur eingesetzt werden, wenn diese erforderlich ist. Das Handeln des Betreuers soll noch stärker als bisher an den Wünschen und Vorstellungen des Betreuten ausgerichtet werden.
- Auch im **Vormundschaftsrecht** bei der Vertretung Minderjähriger sollen zukünftig die Rechte und Mitsprachemöglichkeiten des Mündels gestärkt werden.
- Neu eingeführt wird ein **wechselseitiges gesetzliches Vertretungsrecht für Ehepartner** in Gesundheitsangelegenheiten (§ 1358 BGB n. F.). Voraussetzung ist, dass ein Ehepartner auf Grund von „Bewusstlosigkeit oder Krankheit“ seine Gesundheitsangelegenheiten nicht mehr selbst besorgen kann. Das gesetzliche Vertretungsrecht ist auf maximal sechs Monate begrenzt und schließt die Entbindung von Ärzten von ihrer Schweigepflicht gegenüber dem vertretenden Ehegatten mit ein. Das Vertretungsrecht soll dann nicht gelten, wenn die Ehegatten getrennt leben, der zu vertretende Ehegatte dies ablehnt oder bereits ein Betreuer bzw. Bevollmächtigter für diesen Wirkungskreis bestellt wurde (zur Kritik an dieser Neuregelung Dutta, FamRZ 2020, S. 1881 ff.; Müller-Engels, FamRZ 2021, S. 645, 651 f.)
- Die Regelungen zur **Vorsorgevollmacht** werden zukünftig in einer Bestimmung (§ 1820 BGB n. F.) zusammengefasst. Die Kontrollbefugnisse und Sanktionsinstrumente beim Missbrauch von Vorsorgevollmachten werden in Zukunft erweitert. Das Betreuungsgericht kann einen Kontrollbetreuer bestellen, dem das Recht zusteht, eine Vorsorgevollmacht zu widerrufen. Ist neben einem Bevollmächtigten ein Betreuer bestellt, so erhält er künftig unter engen Voraussetzungen das Recht, mit Zustimmung des Genehmigungsgerichts eine Vorsorgevollmacht ganz oder teilweise zu widerrufen. Neu ist die Möglichkeit des Betreuungsgerichts, Vorsorgevollmachten zu suspendieren (§ 1820 Abs. 4 BGB n. F.).



QUELLEN UND WEITERFÜHRENDE LITERATUR

- 
- ➔ Antomo, J. (2016): Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht. NZFam, S. 1155 ff.
 - ➔ Behrentin, R. (2017): Handbuch Adoptionsrecht. München: Beck.
 - ➔ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (o. J.): Patientenverfügung Leiden – Krankheit – Sterben. Unter: www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Patientenverfuegung.pdf.
 - ➔ Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V. (2020): Informationsblatt 1, Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen. Unter: www.deutsche-alzheimer.de | abgerufen am 20.8.2021, 10.25 Uhr.
 - ➔ Dutta, A. (2020): Handlungsbefugnisse von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitspflege – ein weiterer Versuch für einen neuen § 1358 BGB. FamRZ, S. 1881 ff.
 - ➔ Engelhardt, H. (2019): Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder. NZFam, S. 1042 ff.
 - ➔ Erbarth, A (2011): Ansprüche bei Beendigung eines Verlöbnisses. FPR, S. 89 ff.
 - ➔ Frank, R (2008): Rechtsprobleme der Erwachsenenadoption. StAZ, S. 65 ff.
 - ➔ Funke, S. & Gerber, O. (2011): Minderjährige und Familienunternehmen (Teil 1). FuS 03/2011, S. 121 ff.
 - ➔ Gerber, O. (2013): Der Ehevertrag des Unternehmers. FuS, S. 173 ff.
 - ➔ Gernhuber, J. & Coester-Waltjen, D. (2020): Familienrecht (7. Aufl.). München: Beck.
 - ➔ Heilmann, St. (2020): Praxiskommentar Kindschaftsrecht (2. Aufl.). München: Beck.
 - ➔ Kalss, S. & Probst, St. (2013): Familienunternehmen. Gesellschafts- und zivilrechtliche Fragen. Wien: Manz.
 - ➔ Kögel, R. (2020): Der private Regelungsbedarf der Unternehmerfamilie – Grundlagen des Erb- und Familienrechts. In: Rösen & Heider (2020): Aktive Eigentümerschaft in Familienunternehmen, S. 295 ff.
 - ➔ Kögel, R. (2016): Grundzüge des deutschen Erbrechts. Erbrechtliche Grundlagen zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge und zur Errichtung eines Unternehmertestaments. WIFU-Praxisleitfaden. Witten: WIFU.
 - ➔ Lamers, P. & Pawlytta, M. (2021): Notfallplanung für Unternehmerfamilien. Mit Sorgfalt und Voraussicht den Bestand des Unternehmens sichern. WIFU-Praxisleitfaden. Witten: WIFU.
 - ➔ Lamers, P. & Pawlytta, M. (2021): Formularband zum Praxisleitfaden Notfallplanung für Unternehmerfamilien. Witten: WIFU.

- ➔ Layer, B. & Kögel, R. (2021): Praxisrelevante Änderungen des Erbschaftsteuergesetzes durch das Jahressteuergesetz 2020. FuS, S. 88 ff., 91.
- ➔ Mugdan, B. (1899): Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. Band. Berlin: von Decker.
- ➔ Müller-Engels, G. (2021): Vorsorgevollmacht und Kontrollbetreuung in der Reform – was kommt, was bleibt? FamRZ, S. 645.
- ➔ Muscheler, K. (2005): Die Voraussetzungen der Erwachsenenadoption. FS Schwab, S. 843 ff.
- ➔ Muscheler, K. (2017): Familienrecht (4. Aufl.). München: Beck.
- ➔ Oertzen, C. v. & Windeknecht, P. (2019): Demenz als Feind der Nachfolgeplanung. ZEV, S. 8 ff.
- ➔ Palandt, O. (2021): Bürgerliches Gesetzbuch (80. Aufl.). München: Beck.
- ➔ Röthel, A. (2015): Güterrecht: Eine Einführung, Jura, S. 242 ff.
- ➔ Röthel, A. (2017): Standort und Gegenstand des Familienrechts. Jura, S. 279 ff.
- ➔ Rüsen, T. A. & Heider, A. K. (2020): Aktive Eigentümerschaft in Familienunternehmen. Gesellschafterkompetenz in Unternehmerfamilien entwickeln und anwenden. Berlin: Erich Schmidt.
- ➔ Schreiber, C. (2020): Unentgeltliche Übertragung von Kommanditanteilen auf Minderjährige. FuS, S. 106 f.
- ➔ Schreiber, C. (2020): Unternehmensnachfolge – Adoption, Verwandtschaft und Ehe. StAZ, S. 166 ff.
- ➔ Schwab, D. (2021): Familienrecht (29. Aufl.). München: Beck.
- ➔ Staake, M. (2021): Rechtsgeschäftlicher Beteiligungserwerb durch Minderjährige. FuS, S. 11 ff., 57 ff.
- ➔ Staake, M. (2019): Unternehmensnachfolge durch Adoption. NJW, S. 631 ff.
- ➔ Statistisches Bundesamt (2019): Ehescheidungen, Eheschließungen, Geborene und Gestorbene nach Kreisen. S. 11.
- ➔ Statistisches Bundesamt (Destatis) (2018): Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Statistik der rechtskräftigen Beschlüsse in Eheauflösungssachen (Scheidungsstatistik) und Statistik der Aufhebung von Lebenspartnerschaften. Download unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-Lebenspartnerschaften/Publikationen/Downloads-Eheschliessungen/scheidungsstatistik-2010140167004.pdf;jsessionid=D1228437B626F8351066ACE374C48543.live741?__blob=publicationFileb | abgerufen am 25.8.2021, 18.19 Uhr.
- ➔ Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.) (2020): Minderjährigkeit und Betreuung bei Familiengesellschaften, Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge für Praxis und Gesetzgeber. München: Stiftung Familienunternehmen.
- ➔ Soergel, H. Th. (2012): Bürgerliches Gesetzbuch, Band 17/1 (13. Aufl.). München: Beck.
- ➔ Wellenhofer, M. (2019): Familienrecht (5. Aufl.). München: Beck.

KONTAKT

HERAUSGEBER

Die im Jahr 2009 gegründete gemeinnützige WIFU-Stiftung hat die Aufgabe, Forschung und Lehre auf dem Gebiet des Familienunternehmertums sowie den Praxistransfer der Erkenntnisse zu fördern. Zu ihren wichtigsten Förderern zählen rund 80 Familienunternehmen aus dem deutschsprachigen Raum. Im Mittelpunkt aller Aktivitäten der WIFU-Stiftung steht die Gewinnung, Vermittlung und Verbreitung hochwertigen und an aktuellen Fragestellungen orientierten Wissens über Familienunternehmen und Unternehmerfamilien. Die eingesetzten Fördermittel dienen vornehmlich der Errichtung und dem Erhalt von Lehrstühlen, der Unterstützung von Forschungsvorhaben sowie der Vergabe von Stipendien an Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler. Ein Schwerpunkt der Forschungsförderung durch die WIFU-Stiftung liegt auf dem Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU) an der Universität Witten/Herdecke mit seinen drei Forschungs- und Lehrbereichen Betriebswirtschaftslehre, Rechtswissenschaft und Psychologie/Soziologie. In Forschung und Lehre leistet das WIFU seit fast 25 Jahren einen signifikanten Beitrag zur generationenübergreifenden Zukunftsfähigkeit von Familienunternehmen. Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit der WIFU-Stiftung ist die Durchführung von Kongressen und anderen Veranstaltungen zu Themen des Familienunternehmertums. In Arbeitskreisen, Schulungen und anderen Formaten werden zudem praxisorientierte Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt, die eine familieninterne Nachfolge in der Leitung von Familienunternehmen fördern. Die Veranstaltungen der WIFU-Stiftung zeichnen sich durch einen geschützten Rahmen aus, in dem ein vertrauensvoller, offener Austausch möglich ist. Eine umfassende und aktive Öffentlichkeitsarbeit für Forschungsergebnisse auf dem Gebiet des Familienunternehmertums rundet das Aufgabenspektrum der WIFU-Stiftung ab.

Prof. Dr. Tom A. Rösen

Vorstand der WIFU-Stiftung
Alfred-Herrhausen-Straße 48
58448 Witten
E-Mail: tom.ruesen@wifu-stiftung.de
Telefon: +49 2302 926 513

AUTOREN

Prof. Dr. Christoph Schreiber

Inhaber WIFU-Stiftungslehrstuhl für
Recht der Familienunternehmen

Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU)
Department für Management und Unternehmertum
Fakultät für Wirtschaft und Gesellschaft
Universität Witten/Herdecke
Alfred-Herrhausen-Straße 50
58448 Witten
E-Mail: christoph.schreiber@uni-wh.de
Telefon: +49 2302 926 559

Prof. Dr. Rainer Kögel

Honorarprofessor WIFU-Stiftungslehrstuhl für
Recht der Familienunternehmen

Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz
Rechtsanwälte · Steuerberater
Jahnstraße 43
70597 Stuttgart
E-Mail: koegel@hennerkes.de
Telefon: +49 711 725 79-0
www.hennerkes.de

Das Büro Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz wurde im Jahre 1929 gegründet und ist auf die konzeptionelle Beratung und Begleitung von Familienunternehmen und deren Eigentümern fokussiert. Das Büro berät Familienunternehmen rechtlich und steuerlich in ganz Deutschland, der Schweiz und in Österreich. Der Tätigkeitsbereich umfasst insbesondere die Gestaltung und Betreuung bei:

- Unternehmensnachfolge
- Unternehmenstransaktionen
- Unternehmensorganisation
- Unternehmensfinanzierung
- Familienverträge
- Stiftungen

WWW.WIFU.DE

WIFU-PUBLIKATIONEN



QR-CODE
ZUR WIFU
ONLINE-
BIBLIOTHEK



Neben unseren
Praxisleitfäden stehen in der
WIFU Online-Bibliothek
auch zahlreiche weitere
Publikationen des
WIFU zum kostenlosen
Download bereit.





Alfred-Herrhausen-Straße 48
58448 Witten
E-Mail: herausgeber@wifu.de
Telefon: +49 2302 926 513

www.wifu.de
<https://de.linkedin.com/company/wifu-stiftung>

© 2022 · WIFU-Stiftung