

Rede stehenden und strikt an § 41 FamGKG ausgerichteten Verfahrenswerten

Trennungsunterhalt (800,00 € x 6 Monate)	4.800,00 €
Kindesunterhalt (509,50 x 6 Monate)	3.057,00 €
<b>insgesamt</b>	<b>7.857,00 €</b>
und einem Vergleichsmehrwert i.H.v.	7.857,00 €

zu folgender Abrechnung des EA-Verfahrens führt:

1,3 Verfahrensgebühr aus 7.857,00 €	652,60 €
0,8 Verfahrens(differenz)gebühr aus 7.857,00 €	401,60 €
<i>Grenze des § 15 Abs. 3 RVG (= 933,40 €)<sup>18</sup></i>	
<i>wird hierbei überschritten i.H.v.</i>	<i>- 120,80 €</i>
1,2 Terminsgebühr aus 15.714,00 €	861,60 €
1,0 Einigungsgebühr aus 7.857,00 €	502,00 €
1,5 Einigungsgebühr Nr. 1000 VV-RVG aus 7.857,00 €	753,00 €
<i>Grenze des § 15 Abs. 3 RVG (= 1.077,00 €)<sup>19</sup></i>	
<i>wird hierbei überschritten i.H.v.</i>	<i>- 178,00 €</i>
Pauschale Nr. 7002 VV-RVG	20,00 €
19 % USt aus 2.892,20 €	<u>549,51 €</u>
<b>Insgesamt</b>	<b>3.441,71 €</b>

(c) Und schließlich stellt sich die Frage nach der richtigen Anrechnung.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist bei unterschiedlichen Verfahrenswerten die Bestimmung der Vorbem. 3 Abs. 4 Satz 5 VV zu beachten, nach der »bei einer wertabhängigen Gebühr die Anrechnung nach dem Wert des Gegenstands erfolgt, der auch Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist«. In den Fällen also, in denen der Verfahrensgegenstand niedriger ist als der Wert der außergerichtlichen Tätigkeit, ermöglicht diese Bestimmung eine unkomplizierte Anrechnung der Geschäftsgebühr, insbesondere auch in den Fällen der Abrechnung einer Angelegenheit mit mehreren Gegenständen, von denen nur ein Gegenstand ins Verfahren übergeleitet wird.<sup>20</sup> Denn es kommt allein auf den Wert an, »der Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens (geworden) ist«, sodass die Anrechnung – was ja denkbar wäre – gerade nicht anteilig im Verhältnis der Gegenstandswerte zueinander zu erfolgen hat, sondern nach dem Wert desselben und **in das gerichtliche Verfahren eingeführten Gegenstandes**.

Anzurechnen ist vorliegend nur die außergerichtliche Tätigkeit in Zusammenhang mit dem in das Verfahren übergeleiteten Trennungsunterhalt. Deshalb unterfällt der Anrechnung nicht eine 0,65 Geschäftsgebühr aus 14.400,00 €, sondern nur eine solche aus dem Wert, der im EA-Verfahren auf den Trennungsunterhalt entfällt, sodass die für die Kollegin wohl richtige, aus anwaltlicher Sicht aber auch gebührenoptimalste Abrechnung wäre:

1,3 Geschäftsgebühr aus 14.400,00 €	933,40 €
1,3 Verfahrensgebühr aus 7.857,00 €	652,60 €
0,8 Verfahrens(differenz)gebühr aus 7.857,00 €	401,60 €
<i>Grenze des § 15 Abs. 3 RVG (= 933,40 €)</i>	
<i>wird hierbei überschritten i.H.v.</i>	<i>- 120,80 €</i>
anzurechnen 0,65 aus 9.600,00 € <sup>21</sup>	- 399,10 €
1,2 Terminsgebühr aus 15.714,00 €	861,60 €
1,0 Einigungsgebühr aus 7.857,00 €	502,00 €
1,5 Einigungsgebühr Nr. 1000 VV-RVG aus 7.857,00 €	753,00 €
<i>Grenze des § 15 Abs. 3 RVG (= 1.077,00 €)</i>	
<i>wird hierbei überschritten i.H.v.</i>	<i>- 178,00 €</i>
2x Pauschale Nr. 7002 VV-RVG <sup>22</sup>	40,00 €
19 % USt aus 3.446,30 €	<u>654,79 €</u>
<b>Insgesamt</b>	<b>4.101,09 €</b>

Und mit der Feststellung, dass die Kollegin mit ihren beiden Abrechnungen **im Ergebnis** gar nicht so sehr daneben lag, die ihr zustehenden Gebühren sogar unterschritten hatte, endete die coronabedingte Online-Fortbildung im hiesigen Anwaltssprengel versöhnlich und entsprechend dem geflügelten Wort von Marcel Reich-Ranicki am Ende eines jeden Literarischen Quartetts: »Den Vorhang (zum Gebührenrecht) zu und alle Fragen offen«.

18 Nicht mehr als 1,3 aus 15.714,00 €.

19 Nicht mehr als 1,5 aus 15.714,00 €.

20 Z.B. außergerichtlich TU und KU, gerichtlich aber nur TU.

21 Vgl. § 15a Abs. 2 Satz 2 RVG; Rechenbeispiel zur Anrechnung: Bischof/Jungbauer, RVG, 9. Aufl. 2021, § 15a RVG Rn. 34 f.

22 Außergerichtlich und gerichtlich.

## Ehegattengesellschaft im Familien-, Gesellschafts- und Steuerrecht

von Dr. Renate Perleberg-Kölbel, Fachanwältin für Familien-, Steuer- und Insolvenzrecht, Mediatorin/Wirtschaftsmediatorin, Hannover und

Bernd Kuckenburg, Fachanwalt für Familien- und Steuerrecht, Mediator, vereidigter Buchprüfer, Hannover

### I. Systematik der vermögensrechtlichen Ausgleichsansprüche

Die Einordnung der Ehegattengesellschaft in die Systematik des Nebengüterrechts und deren Einordnung in das Gesamtkonzept der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung macht deren sachgerechte Anwendung schwierig.

Dabei ist das Verbot der Doppelverwertung zu berücksichtigen.<sup>1</sup>

1 BGH NJW 2008, 1221; BGH FamRZ 2020, 231; Perleberg-Kölbel/Kuckenburg, Unternehmen im Familienrecht, 2. Aufl. 2022, A Rn. 661 ff.

Bei der Systematisierung hilft das sogenannte »*Dreistufenmodell*«:<sup>2</sup>

**1. Stufe: Ausgleich im Nebengüterrecht**

materiell-rechtlich:

- Gesamtschuldnerausgleich
- Gesamtgläubigerausgleich
- Ehegattengesellschaft
- Bruchteilsgemeinschaft

formalrechtlich:

- Verfahren nach §§ 266 ff. FamFG<sup>3</sup>

**2. Stufe Zugewinnausgleich §§ 1372 ff.**

*Hinweis:*

Ausgleichsansprüche aus nebengüterrechtlicher Abwicklung müssen beim Endvermögen berücksichtigt werden!

**3. Stufe: Billigkeitskorrektiv im Einzelfall**

- unbenannte ehebedingte Zuwendungen
- familienrechtliche Kooperationsverträge
- Einwand nach § 242 BGB ua wegen »nachträglicher Verfälschung« des Zugewinnausgleichs.<sup>4</sup>

Zudem weist Erbath<sup>5</sup> darauf hin, dass die Ehegattengesellschaft weder beim Güterstand der Gütertrennung noch bei der Zugewinngemeinschaft ausgeschlossen ist. Es besteht infolgedessen nicht nur ein gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch. Vielmehr ist dieser auch in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen.

## II. Definition und Tatbestandsvoraussetzungen der Ehegattengesellschaft im Familienrecht

Die familienrechtliche Literatur definiert mit dem BGH<sup>6</sup> die Ehegattengesellschaft<sup>7</sup> als eine Gesellschaft, in der die Eheleute abredegemäß ohne ausdrückliche Vereinbarung durch beiderseitige bedeutsame Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, indem sie etwa durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Unternehmen oder Immobilienvermögen aufbauen oder gemeinsam eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben.

## III. Vertretung und Haftung der Geschäftsführung

Der Außengesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) in Form einer stillen (Innen-)Gesellschaft ist nach dem Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs<sup>8</sup> keineswegs automatisch allein geschäftsführungsbefugt. Vielmehr bedarf es dazu einer Absprache der Gesellschafter.<sup>9</sup> Allein aus der Existenz einer Innen-GbR und ihrem Wesen folgt nach Ansicht des BGH keine alleinige Geschäftsführungsbefugnis des Außengesellschafters. Ebenso wenig reicht es dazu aus, dass er allein die (Außen-)Geschäfte der Innengesellschaft im eigenen Namen führt. Die vertragliche Beschränkung des Außenhandelns auf ihn führt ebenfalls nicht zum Ausschluss der Mitgesellschafter von der Geschäftsführung. Vielmehr sind im Innenverhältnis die Regelungen der §§ 709 ff. BGB über die Geschäftsführung anwendbar. Danach steht die Führung der Geschäfte mangels abweichender Vereinbarung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Für jedes Geschäft ist dann entsprechend der Grundregel die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Den Gesellschaftern bleibt es jedoch unbenommen, im Bedarfsfall die Geschäftsführung allgemein oder zumindest für einzel-

ne Geschäfte auf den Außengesellschafter ausdrücklich oder konkudent zu übertragen.

**Praxishinweis:**

Ob und inwieweit der Außengesellschafter tatsächlich allein geschäftsführungsbefugt ist, muss somit vom Tatsächter unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls geprüft werden.

Da der Außengesellschafter die Geschäfte im eigenen Namen führt und abschließt, wird er hieraus persönlich verpflichtet. Dies gilt unabhängig davon, ob er die ihm im Innenverhältnis zukommende Geschäftsführungsbefugnis überschreitet. Im Innenverhältnis führt er die Geschäfte jedoch für Rechnung der Gesellschaft. Deshalb sind der Innen-GbR diejenigen Kosten und Aufwendungen sowie die Gewinne zuzurechnen, welche durch die im Außenverhältnis den Außengesellschafter persönlich verpflichtenden, aber im Innenverhältnis für Rechnung der Gesellschaft geführten Geschäfte entstehen.

Das Überschreiten der eingeräumten Geschäftsführungsbefugnis führt nicht dazu, dass das Geschäft nicht mehr der Innengesellschaft, sondern dem Außengesellschafter zuzurechnen wäre. In einer Missachtung der Grenzen der eingeräumten Geschäftsführungsbefugnis liegt aber ein Pflichtverstoß, der bei entsprechendem Verschulden (§§ 708, 277 BGB) einen Schadensersatzanspruch der Innengesellschafter gegenüber dem Außengesellschafter begründet.

Der Außengesellschafter kann demgegenüber darlegen und ggf. beweisen, dass durch die Pflichtverletzung kein Schaden an den im Außenverhältnis von ihm in seinem Namen geführten Geschäften der Innengesellschaft eingetreten ist. Beruft er sich auf den geltenden Sorgfaltmaßstab<sup>10</sup> (Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, § 708 BGB), trifft ihn die Beweislast dafür, dass er – für die Mitgesellschafter erkennbar – in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) anwendet.<sup>11</sup>

## IV. Aufbau von Immobilienvermögen

Beim Aufbau von Immobilienvermögen durch die Eheleute droht der gewerbliche Grundstückshandel. Rechtsfolge ist die Gewerblichkeit nach § 15 EStG, sodass die Grundstücke aus der privaten Vermögensverwaltung in Betriebsvermögen umqualifiziert werden. Einer Anwendung des Instituts der Ehegattengesellschaft bedarf es dann nicht. Dies ist zunächst von Bedeutung für das Bewertungsverfahren, in dem selbst

2 Roßmann, Vortragskript »update Familienrecht« 2020, Folie 11.

3 BeckOK/Scheller/Sprink, BGB § 1372 Rn. 65.

4 BGH FamRZ 2020, 231; Herr, Güterrechtliche Auskunftsansprüche – Der Schlüssel zur erfolgreichen Vermögensauseinandersetzung – Die Anwendbarkeit von § 242 BGB, FuR 2022, 174 ff.

5 Erbath, Die Bedeutung des Getrenntlebens im Nebengüterrecht, NZFam 2018, 1129 ff., V, 2.

6 U.a. für einen Geflügelmastbetrieb: BGH, Urt. v. 03.02.2016 – XII ZR 29/13, FamRZ 2016, 965 (m. Anm. Wever) mit Hinweis auf BGHZ 165, 1 – NJW 2006, 1268 – FamRZ 2006, 607 [608], und BGHZ 142, 137 = FamRZ 1999, 1580.

7 BeckOK/Scheller/Sprink, BGB § 1372 Rn. 59.

8 BGH, Urt. v. 11.09.2018 – II ZR 161/17, WKRS 2018, 38955.

9 Hülsmann, Der Außengesellschafter in der Innengesellschaft, NWB Nr. 3 v. 14.01.2019, S. 125.

10 Näher hierzu Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481.

11 BGH, Urt. v. 26.06.1989 – II ZR 128/88, NJW-RR 1990, 355.

Ein-Objekt-Gesellschaften nicht nach den Regeln der Immobilienbewertung,<sup>12</sup> sondern nach denen der Unternehmensbewertung i.S.d. IDW S 1 zu erfolgen haben.<sup>13</sup>

#### Praxishinweis:

Aus den Eigentumsverhältnissen an den Grundstücken kann sich eine disparitätische Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ergeben.

Zudem gibt es beachtliche Rechtsfolgen bei der latenten Steuer, indem die Regeln der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach §§ 15, 16 EStG und nicht die der privaten Veräußerungsgeschäfte nach §§ 22, 23 EStG gelten.

Generell ist bei Steuerfragen im Zusammenhang mit einer Vermögensauseinandersetzung, also auch der Auseinandersetzung von Bruchteilsgemeinschaften, zu beachten, dass die Steuerbelastung der Eheleute nicht identisch ist!

Von einem gewerblichen Grundstückshandel<sup>14</sup> wird ausgegangen, wenn innerhalb von fünf Jahren im Privatvermögen (Veräußerung aus dem Betriebsvermögen ist stets steuerbar) gehaltene drei Objekte angeschafft und veräußert werden. Unter Objekten sind hierbei Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen, Mehrfamilienhäuser, Gewerbeimmobilien, Erbbaurechte, unbebaute Grundstücke, Miteigentumsanteile an Immobilien und Beteiligungen an Grundstücksgesellschaften (Zählobjekte sind die Grundstücke der Gesellschaft, nicht der Beteiligungsanteil) zu verstehen.

Bei einem gewerblichen Grundstückshandel unterliegen die Einnahmen der Einkommensteuer und der Gewerbesteuer. In die Drei-Objekt-Grenze sind ererbte Grundstücke nicht mit einzubeziehen. Werden weniger als drei Objekte angeschafft, modernisiert, veräußert, erzielt der Steuerpflichtige Einnahmen und Ausgaben aus privater Vermögensverwaltung. Die Einnahmen sind dann steuerfrei, wenn die sogenannte Zehnjahresfrist überschritten wird. Die Drei-Objekt-Grenze kann auf zehn Jahre ausgedehnt werden, wenn Umstände dafür sprechen, dass zum Zeitpunkt der Errichtung, des Erwerbs, der Modernisierung eine Veräußerungsabsicht vorlag.

Bei Ehepartnern gilt die Drei-Objekt-Grenze für jeden Partner. Daher können beide Ehepartner generell drei Grundstücke innerhalb der Fünfjahresfrist erwerben und wieder (steuerfrei) veräußern. Liegen zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verwertung jedoch mehr als zehn Jahre, so ist nach Ansicht des BFH die Verwertung der Grundstücke oder Rechte grundsätzlich privater Natur, da eine derart lange Haltedauer typischem Händlerverhalten nicht entspreche.<sup>15</sup>

#### V. Zweck der Ehegattengesellschaft

Bei der Ehegattengesellschaft steht nicht die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Vordergrund. Vielmehr wird eine Vermögensbildung als solche verfolgt, die den vorgenannten Zweck überschreitet.<sup>16</sup>

Ein solcher eheüberschreitender Zweck wird vom BGH<sup>17</sup> abgelehnt, wenn sich die gemeinsamen Tätigkeit lediglich in der Anschaffung oder Herstellung eines Einfamilienheimes erschöpft.

#### Haftungshinweis:

In Norddeutschland, insbesondere Hamburg, soll es notariellen »Brauch« darstellen, wonach die Eheleute den Erwerb der Immobilie als GbR vornehmen. Dies soll die Haftungsmasse bei etwaigen Vollstreckungen durch eine später angenommene Beteiligungsquote (!) beschränken. Bei diesem »Brauchtum« sollten jedoch zivilrechtliche und auch strafrechtliche Rechtsfolgen bedacht werden, denn das Rechtsleben dieser GbR erschöpft sich offenbar ausschließlich auf diesen Gründungsakt. Zudem wird letztlich der Gewinn nicht verteilt. Dies geschieht bei einer GbR jedoch im Wege einer Einnahmenüberschussrechnung und sodann über die gesonderte und einheitliche Gewinnermittlung als Grundlagenbescheid für die Einkommensteuer. Auch gibt es über den notariellen Kaufvertrag hinaus keinen Hinweis auf irgendwelche gesellschaftsvertraglichen Regelungen. Es fehlt an einer Satzung und die Konstruktion bleibt eine Bruchteilsgemeinschaft, deren Regelungen gem. §§ 741 ff. BGB im Gesellschaftsrecht nicht gelten.<sup>18</sup>

#### VI. Die Ehegattengesellschaft als Außengesellschaft

Nach Ansicht der oben genannten Literatur soll diese Gesellschaft keine Außengesellschaft<sup>19</sup> darstellen.

Demgegenüber handelt es sich dem BFH<sup>20</sup> folgend um eine Außengesellschaft mit allen steuerrechtlichen Konsequenzen!

Ähnlich wie bei der Berechnung der latenten Steuer, insbesondere bei der Berücksichtigung des gewerblichen Grundstückshandels, prägt das Bilanzsteuerrecht und das Steuerrecht die familienrechtliche Beurteilung. Dies kann auch mit der Einheit der Rechtsordnung begründet werden, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatprinzip ergibt.<sup>21</sup>

Der BFH<sup>22</sup> hat sich unbeachtet vom Familienrecht zu den steuerrechtlichen und bilanzsteuerlichen Konsequenzen positioniert.

Wenn eine sogenannte Ehegattengesellschaft positiv festgestellt werden kann, handelt es sich auch um eine Außenge-

12 Perleberg-Köbel/Kuckenburg, ImmoWertV 2021 mit ihren Regelungen ab dem 01.01.2022, FuR 2022, 281 ff.

13 IDW S 10 Tz. 12, FN-IDW 2013, 503 ff.; Ranker, Die Bewertung der Ein-Objekt-Gesellschaften – Zusammenwirken von IDW S 1 und IDW S 10, WPg 2015, 278 ff.

14 Vgl. zum gewerblichen Grundstückshandel; Anwendung der Grundsätze des Beschlusses des Großen Senats des BFH v. 10.12.2001 (BStBl. 2002 II S. 291), BMF-Schreiben v. 06.01.2003 – IV A 6 – S 2240 – 136/02, BStBl. 2003 I S. 171.

15 Kuckenburg/Perleberg-Köbel in: Gerhardt u.a., Handbuch Familienrecht, 12. Aufl. 2021, Kap. 13, B, Rn. 134.

16 BGH FamRZ 1999, 1580; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 7. Aufl. 2022, Rn. 694 m.w.N.; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl. 2018, Rn. 1112 ff.; Weber fordert sogar für ehebezogene Zuwendung, Ehegatteninnengesellschaft und Kooperationsvertrag den gesetzgeberischen Eingriff, FamRZ 2019, 1289 ff.

17 BGH FamRZ 1989, 148.

18 Roßmann, Die Auseinandersetzung eines Ehegattengemeinschaft nach Bruchteilen, FuR 2019, 558.

19 So Kogel, a.a.O., Rn. 691.

20 BFH, Urt. v. 16.05.2018 – VI R 45/16, AgrB 2019, 78 ff.

21 Ausführlich zum Prinzip der Einheit der Rechtsordnung: Felix, Einheit der Rechtsordnung, zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.

22 BFH, Urt. v. 16.05.2018 – VI R 45/16, AgrB 2019, 78 ff.

sellschaft, wobei der BFH für diesen Fall klarstellt, dass die Mitgesellschafterehegatten als »Gesellschafter einer Ehegattengesellschaft« behandelt werden.

Dies kennzeichnet die Ehegattengesellschaft als eigenständige Gesellschaftsform und sie ist damit uneingeschränkt einer Personengesellschaft zuzuordnen.

Die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung im Sinne der Vorschriften der §§ 179 ff. AO setzt unabdingbar das Vorliegen einer rechtlich wirksamen Personengesellschaft voraus. Das Steuerrecht folgt damit konsequenterweise dem Zivilrecht.

#### Praxishinweis:

Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Gesellschaft eine Gewinnermittlung aufzustellen hat. Bei Überschreiten der Größenklassen der §§ 140 AO erfolgt dies nach §§ 4 Abs. 1 EStG im Betriebsvermögensvergleich oder anderenfalls, insbesondere auch bei Einkunftsarten der freien Berufe und bei Landwirtschaft und Forsten nach § 4 Abs. 3 EStG durch eine Einnahmen-/Überschussrechnung.

#### VII. Auseinandersetzungsanspruch

Wie wird gesellschaftsrechtlich und familienrechtlich konsequenterweise der Auseinandersetzungsanspruch ermittelt?

Der Auseinandersetzungsanspruch entsteht generell mit der Auflösung der Gesellschaft, d.h. entweder mit Kündigung oder Tod eines Gesellschafters. Dabei wird zu differenzieren sein, ob die Beendigung der Gesellschaft der Ehegatten vor dem Stichtag des Endvermögens erfolgt oder nicht. Normalerweise beenden die Ehegatten irgendwann ihre Zusammenarbeit. Darin sieht der BGH<sup>23</sup> im Regelfall die konkludente Kündigung der Gesellschaft, wenn und soweit es keine Kündigung in anderer Form gibt.

Maßgeblicher Zeitpunkt ist demzufolge nicht unbedingt der Tag, an dem die Ehegatten sich getrennt haben, sondern der Zeitpunkt, zu dem sie ihre Zusammenarbeit tatsächlich beendet haben und ein Ehegatte die Gesellschaft als Einzelunternehmen allein weitergeführt hat. Selbst nach Trennung der Eheleute kann nämlich die Gesellschaft noch geraume Zeit fortgesetzt worden sein. Konsequenterweise partizipiert der Ehegattengesellschafter solange noch an den dadurch bedingten Geschäftsergebnissen der Gesellschaft.

Im Falle des Ausscheidens vor dem Stichtag des Endvermögens ist ein Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens oder des Auseinandersetzungsvorlustes gegeben, wobei der Anspruch sich nicht nur an einer Vergütung für die Mitarbeit, sondern an dem erwirtschafteten Wertzuwachs orientiert, der grds. hälftig wegen der Auslegungsregel des § 722 BGB (Achtung: die gesetzliche Regelung betrifft nicht die Beteiligung an der Gesellschaft, sondern ausdrücklich die Beteiligung am Gewinn und Verlust!) zu teilen sein wird.<sup>24</sup> Dies gilt aber nur dann, wenn die Auslegung der konkludent geschlossenen gesellschaftsvertraglichen Regelung der Eheleute nicht für eine disparitätische Beteiligung spricht.<sup>25</sup>

Der Anspruch eines Ehegattengeschafters gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ist auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens gerichtet. Entsprechend sind ein Anspruch und eine Verpflichtung in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen.<sup>26</sup>

Der BGH<sup>27</sup> nimmt aber bezüglich aller positiven und negativen Vermögenswerte im Zugewinnausgleich einen fiktiven Veräußerungsfall an! Demgegenüber nimmt die zuvor genannte Meinung das Ausscheiden des seine Mitwirkung einstellenden Ehegatten und das Verbleiben des anderen voraus. Dies ist eine Going-Concern-Prämissen, die der BGH-Rechtsprechung widerspricht.

#### Haftungshinweis:

Infolgedessen hat eine Unternehmensbewertung des Betriebsvermögens der Ehegattengesellschaft durch Abschichtungsbilanz/Auseinandersetzungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens eines Ehegattens unter Berücksichtigung der latenten Steuerlast zu erfolgen.

Anspruch und Verpflichtung sind der anfangs genannten Systematik folgend, zum Stichtag als Forderung bzw. Verbindlichkeit, gegebenenfalls die Surrogate, in die Vermögensbilanz des Endvermögens einzustellen.

Etwas anderes gilt, wenn das Unternehmen bis zum Stichtag fortgeführt wird. Gemäß der Rechtsprechung des BGH<sup>28</sup> liegt für alle Vermögenswerte und Verbindlichkeiten der Eheleute ein fiktiver Veräußerungsfall vor. Deshalb hat zum Stichtag eine Unternehmensbewertung der Ehegattengesellschaft zu erfolgen. Die paritätische Beteiligung gilt es zu beachten. Aber auch bei hälftiger Beteiligung sind die Unternehmensanteilswerte nicht identisch, weil die latente Steuerlast regelmäßig unterschiedlich ist. Die Eheleute unterliegen praktisch nie einer gleichen Steuerprogression!

#### VIII. Fazit

Die Behandlung der Ehegattengesellschaft als Außengesellschaft führt zu familienrechtlichen-, gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen. Sie ist letztlich mit der Einheit der Rechtsordnung zu begründen.

Der Titel dieses Beitrages lautet aus den oben genannten Gründen deshalb auch nicht »Ehegatteninnengesellschaft«, sondern »Ehegattengesellschaft«. Bei der familienrechtlichen Fallbearbeitung sollte dies bereits aus Haftungsgründen beachtet werden.

23 BGH FamRZ 2006, 607; BGH FamRZ 1999, 1580; BGH FamRZ 2016, 965.

24 Erbath, a.a.O., V, 4.).

25 BeckOK/Scheller/Sprink, BGB § 1372 Rn. 62.

26 BeckOK/Scheller/Sprink, BGB § 1372 Rn. 63.

27 BGH FamRZ 2011, 622 und 1367.

28 BGH FamRZ 2011, 622 und 1367.