

**Steuervermeidende und pflichtteilsminimierende
Gestaltungen
im Familienrecht und Erbrecht
-
Pflichtteilsvermeidungsstrategien**

Rechtsanwalt Dr. Michael Waxenberger

Fachanwalt für Erbrecht - Fachanwalt für Familienrecht

MOSLER+PARTNER RECHTSANWÄLTE Baierbrunner Str. 25, 81379 München

A.

**Steuervermeidende und pflichtteilsminimierende
Gestaltungen**

I.

**Steueroptimierte Gestaltung
des
„Berliner Testaments“**

Vater

Mutter

Kind 1 Kind 2

Kind 1 Kind 2

400.000,00 € 400.000,00 €

400.000,00 € 400.000,00 €

Enkelkinder

Enkelkinder

je 200.000,00 €

je 200.000,00 €

Gegenseitige Erbeinsetzung und jeweilige Ersatzerbeinsetzung der gemeinsamen Kinder

Vorsicht:

Verlust des Freibetragsvolumens nach dem erstversterbenden Elternteil !!!!

1.

Steuerliche Gestaltungsempfehlung

Richtige Gestaltung: Anordnung von sog. Zweckvermächtnissen zur ganzen / teilweisen (optionalen) Ausschöpfung der Erbschaftsteuerfreibeträge und des erbschaftsteuerlichen Progressionsgefälles

Muster**Zweckvermächtnisse**

a)

*Nimmt der überlebende Ehegatte die Erbschaft an, erhalten gemeinsame Abkömmlinge (**Kinder und Kindes Kinder**) vom erstversterbenden Ehegatten ein Vermächtnis im Sinn des § 2156 BGB zum Zweck der ganzen oder teilweisen Ausnutzung ihrer Erbschaftsteuerfreibeträge oder des erbschaftsteuerlichen Progressionsgefälles zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer.*

Eine einstweilige Sicherung des Anspruchs der Vermächtnisnehmer kann nicht verlangt werden. Gegenstand des Vermächtnisses sind Sachübereignungen, wobei der überlebende Ehegatte bestimmen kann,

welcher Gegenstand zu welchen Bedingungen und zu welchem Zeitpunkt zu übereignen ist; er erhält insoweit auch die Ersetzungsbefugnis, eine Geldleistung vorzunehmen (§ 2156 BGB; im Rahmen des §§ 2156 Satz 2, 315 BGB kann er dabei auch sein eigenes Versorgungsinteresse berücksichtigen) die Zeit der Erfüllung, § 2181 BGB, die der Beschwerde gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen, spätestens jedoch binnen zehn Jahren nach dem Erbfall, zu bestimmen hat, und die Person des Berechtigten.

Art und Umfang der Erfüllung ist also dem überlebenden Ehegatten überlassen. Soweit er ein Vermächtnis leistet, ist er auch berechtigt, es als Vorvermächtnis zu leisten, sich den Nießbrauch oder Rückforderungsrechte auszubedingen etc.

b)

Nimmt/nehmen der/die Ersatzerben die Erbschaft an, erhalten deren jeweilige Abkömmlinge vom Letztversterbenden in vergleichbarer Weise ein Vermächtnis im Sinn des § 2156 BGB zum Zweck der ganzen oder teilweisen Ausnutzung der Erbschaftsteuerfreibeträge.

Für dieses Zweckvermächtnis gelten die Regelungen vorstehend lit. a) entsprechend mit der Massgabe, dass der jeweilige Ersatzerbe / Nacherbe an die Stelle des überlebenden Ehegatte tritt.

Exkurs:

Bei Vor- und Nacherbschaft

Sofern der Vorerbe Vermögen in Vermächtniserfüllung überträgt, ist ihm der jeweilige Gegenstand vorausvermächtnisweise, also ausserhalb der Beschränkungen durch die angeordnete Nacherbfolge zugeordnet.

2.

Zivilrechtliche Gestaltungsempfehlung

Bindungswirkung und Pflichtteilslast beachten

Ggfls. mehrseitiger Erbvertrag mit Pflichtteilsverzicht

Muster

Die Erschienenen erklärten, einen mehrseitigen Erbvertrag errichten zu wollen.

Nach meiner, aus der Verhandlung gewonnenen Überzeugung, sind die Vertragsteile voll geschäftsfähig.

Es war weder gesetzlich geboten, noch gewünscht, Zeugen oder einen zweiten Notar hinzuzuziehen.

Es wird klargestellt, dass nur die Erschienenen zu 1) und 2) heute letztwillige Verfügungen treffen. Die Erschienenen zu 3) und 4) sind lediglich in die Bindungswirkung des Erbvertrags einbezogen und verzichten hierfür auf den gesetzlichen Pflichtteil am Nachlass der Erschienenen zu 1) und 2), (ggfl. nach Erstversterbenden).

Die Erschienenen erklärten sodann vor mir, Notar, bei gleichzeitiger Anwesenheit mündlich zur Beurkundung was folgt:

I.**Persönliche Verhältnisse**

Ich, ... , wurde in ... StandesamtsNr als Sohn von ... und ... geboren.

Ich, ..., wurde in ... StandesamtsNr als Tochter von ... und ... geboren.

Wir haben am ... die Ehe geschlossen.

Aus der Ehe sind die Erschienenen zu 3) und 4) als Kinder hervorgegangen. Weitere Kinder haben wir nicht, weder eheliche, nichteheliche noch adoptierte.

Güterrechtliche Bestimmungen haben wir nicht getroffen.

Eine vorsorgliche Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechtes halten wir derzeit für nicht erforderlich.

Sämtliche etwaigen früheren Verfügungen von Todes wegen werden hiermit widerrufen. Sämtliche Verfügungen in diesem Erbvertrag gelten ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder künftige Pflichtteilsberechtigte und vorrangig gegenüber anderslautenden gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregelungen.

II.**Bestimmungen mit erbvertraglicher Bindungswirkung**

Im Wege eines bindend angenommenen Erbvertrages vereinbaren wir:

1.

Gegenseitige Alleinerbeinsetzung

Wir bestimmen uns gegenseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben.

2.

Schlusserbeinsetzung

Wir bestimmen jeweils ersatzweise für den Fall, dass die an sich bedachte Person nicht Erbe sein kann (Vorversterben) oder nicht Erbe sein will (Ausschlagung), unsere gemeinsamen Kinder zu Erben zu untereinander gleichen Teilen, ersatzweise für jedes Kind dessen Abkömmlinge zu gleichen Stammanteilen, weiter ersatzweise gilt Anwachsung.

Diese Erbeneinsetzungen gelten auch für den Fall, dass wir durch Unfall oder ein anderes tragisches Ereignis gleichzeitig oder als unmittelbare Folge hiervon kurz nacheinander versterben.

Unser Kind ... soll im Ersatzerbfall nur Vorerbe sein. Nacherbe ist unser Kind ..., ersatzweise dessen Abkömmlinge zu gleichen Stammanteilen. Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tod des Vorerben.

Der Vorerbe ist von den Beschränkungen des Vorerben soweit befreit, wie es das Gesetz zulässt, d. h., er kann insbesondere ererbten Grundbesitz verkaufen und belasten.

Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er jedoch nicht berechtigt.

Die Vorerbeneinsetzung ist für den Fall auflösend bedingt, dass dem Vorerben eigene Abkömmlinge geboren werden.

Die Nacherbenanwartschaftsrechte sind nur an den Vorerben veräußerlich, im Übrigen jedoch unvererblich und unveräußerlich. Die Einsetzung der Ersatznacherben ist für den Fall auflösend bedingt, dass die Nacherbenanwartschaftsrechte auf den Vorerben übertragen werden.

3.

Vermächtnisse für den ersten Erbgang

Nimmt der überlebende Ehegatte die Erbschaft an, erhalten unsere gemeinsame Abkömmlinge (Kinder und Kindes Kinder) vorbehaltlich der Zustimmung beider Kinder als Erbvertragspartner vom erstversterbenden Ehegatten ein Vermächtnis im Sinn des § 2156 BGB zum Zweck der ganzen oder teilweisen Ausnutzung ihrer Erbschaftsteuerfreibeträge oder des erbschaftsteuerlichen Progressionsgefälles zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer.

Eine einstweilige Sicherung des Anspruchs der Vermächtnisnehmer kann nicht verlangt werden. Gegenstand des Vermächtnisses sind Sachübereignungen, wobei der überlebende Ehegatte bestimmen kann,

welcher Gegenstand zu welchen Bedingungen und zu welchem Zeitpunkt zu übereignen ist; er erhält insoweit auch die Ersetzungsbefugnis, eine Geldleistung vorzunehmen (§ 2156 BGB; im Rahmen des §§ 2156 Satz 2, 315 BGB kann er dabei auch sein eigenes Versorgungsinteresse berücksichtigen) die Zeit der Erfüllung, § 2181 BGB, die der Beschwerde gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen, spätestens jedoch binnen zehn Jahren nach dem Erbfall, zu bestimmen hat, und die Person des Berechtigten.

Art und Umfang der Erfüllung ist also dem überlebenden Ehegatten überlassen. Soweit er ein Vermächtnis leistet, ist er auch berechtigt, es als Vorvermächtnis zu leisten, sich den Nießbrauch oder Rückforderungsrechte auszubedingen etc.

4.

Vermächtnisse für den zweiten Erbgang

Nimmt/nehmen der/die Schlusserbe/en die Erbschaft an, erhalten deren jeweilige Abkömmlinge vom Letztversterbenden in vergleichbarer Weise ein Vermächtnis im Sinn des § 2156 BGB zum Zweck der ganzen oder teilweisen Ausnutzung der Erbschaftsteuerfreibeträge. Für dieses Zweckvermächtnis gelten die Regelungen vorstehend entsprechend mit der Maßgabe, dass der jeweilige Schlusserbe an die Stelle des überlebenden Ehegatten tritt.

III.

Lediglich testamentarische Bestimmungen

Ohne erbvertragliche Bindungswirkung, also jederzeit widerruflich, bestimmen wir:

1.

Weitere Vermächtnisanordnungen

Ein jeder von uns (der Erschienenen zu 1) und 2)) ordnet folgendes Vermächtnis an:

Sofern und soweit Gegenstände aus meinem Nachlass oder Surrogate im Sinn des § 2111 BGB an andere Personen als unsere Abkömmlinge (Kinder und Kindeskinde) übergehen, sei es durch gesetzlich oder gewillkürte Erbfolge, durch Vermächtnis oder Auflagenbegünstigung oder Grundlage einer Pflichtteilsberechnung werden sollten, vermache ich diese Gegenstände den vorgenannten Erben in der angegebenen Reihenfolge.

Die Vermächtnisnehmer werden nicht Nacherben, sondern erhalten den Überrest des Nachlasses als aufschiebend befristetes Herausgabevermächtnis, das mit dem Tod des Erben anfällt und fällig wird. Diese Anwartschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich.

Der Erbe ist berechtigt, unbeschränkt in jeder Weise - auch unentgeltlich - über den Nachlass zu verfügen. Die Vermächtnisbedachten haben bis zum Anfall des Vermächtnisses keine Ansprüche auf Auskunft oder Inventarisierung, ebenso wenig auf Sicherheitsleistung oder dingliche Sicherung, auch nicht durch Vormerkung bei Grundstücken.

Zum Vermächtnis gehören auch alle Surrogate im Sinn des § 2111 BGB. Die Herausgabepflicht beschränkt sich auf den beim Anfall des Vermächtnisses vorhandenen Bestand. Eine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung oder sonstige Beschränkung besteht also für die Erben nicht; sie sind also zu allen Verfügungen, auch unentgeltlich, befugt. Der Erbe hat seinerseits keinen Anspruch auf Aufwendungs- und Verwendungsersatz im Sinn des § 2115 BGB. Früchte des Nachlasses, also z.B. Zinserträge, sind nur herauszugeben, soweit sie seit dem Anfall des Vermächtnisses anfallen.

Für dieses aufschiebend bedingte Vermächtnis ordne ich ab dem auslösenden Erbfall Testamentsvollstreckung an. Vollstrecker ist der jeweilige Vermächtnisnehmer zum Zwecke der Erfüllung des Vermächtnisses zu seinen eigenen Gunsten. § 2201 BGB ist bekannt.

IV.

Vertragsmässigkeit

Die Erschienenen zu 3) und 4) nehmen die in Ziffer III. dieser Urkunde enthaltenen vertragsmässigen letztwilligen Verfügungen als erbvertraglich bindend an.

V.

Pflichtteilsverzicht

Die Erschienenen zu 3) und 4) verzichten auf den gesetzlichen Pflichtteil am Nachlass ihrer Eltern, der Erschienenen zu 1) und 2), die den jeweiligen Verzicht annehmen.

Der Verzicht erfasst sämtliche Pflichtteilsansprüche (ordentlicher Pflichtteil, Pflichtteilsrest, Pflichtteilsergänzung und eine Aufgabe der rechte, die dem Schutz des Pflichtteilsrechts dienen.

VI.

Testamentsvollstreckung

Es wird für den Fall, dass Personen als Erbe und/oder Vermächtnisnehmer („Betroffene“) Vermögen aus unserem Nachlass erhalten und noch nicht das ... te Lebensjahr erreicht haben, Testamentsvollstreckung angeordnet.

Die Testamentsvollstreckung gilt für jede Person bis zur Vollendung deren ... ten Lebensjahres.

Zum Testamentsvollstrecker wird bestimmt:

der mit uns verwandte Elternteil des Begünstigten,

ersatzweise

das andere Kind (Tante, Onkel des Begünstigten).

Einen weiteren Ersatzvollstrecker möge das Gericht benennen.

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, den Nachlass bestmöglich zu erhalten und zu verwalten, Substanz und Erträge insbesondere nur für wirtschaftlich und in der Lebensplanung vernünftige Zwecke einzusetzen, insbesondere für eine solide Aus- und Berufsbildung, Existenz- und Familiengründung.

Es handelt sich also um eine Dauervollstreckung nach § 2209 BGB. Er kann einzelne Gegenstände mit Rücksicht auf die zunehmende Selbständigkeit der Betroffenen freigeben.

Sofern eine Auseinandersetzung unter mehreren Miterben durchzuführen ist, kann er diese - mangels abweichender letztwilliger Anweisungen - nach billigem Ermessen vornehmen (§§ 2204, 2048 Satz 2 BGB); auch in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass ist er nicht beschränkt (§ 2207 BGB).

Der Testamentsvollstrecker hat entgegen § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB auch die Aufgabe, etwaige Pflichtteilsansprüche zu regeln. Ich erteile ihm hierzu Vollmacht, alle Maßnahmen zu treffen, die zur Ermittlung und Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs erforderlich sind. Meine Erben belaste ich mit der Auflage, diese Vollmacht nach meinem Ableben nicht zu widerrufen.

Im Übrigen hat er die gesetzlichen Rechte und Pflichten; er ist jedoch von § 181 BGB befreit. Der Testamentsvollstrecker erhält neben der Erstattung seiner Auslagen keine Vergütung.

VI.

Auflösung bei Scheidung

Bei Nichtigkeit unserer Ehe oder deren Auflösung durch andere Gründe als den Tod sind die Verfügungen von Todes wegen zugunsten des jeweils anderen Ehepartners unwirksam. Gleiches gilt, wenn beim Tod eines Ehegatten ein Scheidungsantrag gestellt ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen einer Scheidung bereits vorliegen oder nicht.

Die Ersatzerbeneinsetzungen bleiben hingegen wirksam angeordnet.

VII.

Hinweise, Schlussbestimmungen

...

Gesetzlicher Schutz des Vertragserben

§ 2287 BGB

Die Regelung des § 2287 ist im Zusammenhang mit § 2286 und § 2288 zu sehen.

Diese Vorschriften beschreiben gemeinsam die weitreichende (verbleibende) Befugnis des Erblassers, trotz erbvertraglicher Bindungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen.

Schenkungen, die der Erblasser in der Absicht vornimmt, den Vertragserben zu beeinträchtigen, sind wirksam, lösen aber beim dem benachteiligten Erben nach dem Tode des Erblassers einen Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, also auch mit der Möglichkeit, dass zwischenzeitlich die Bereicherung weggefallen ist (§ 818 Abs. 3) aus.

Diese Großzügigkeit des Gesetzgebers gegenüber der Freiheit des Erblassers zur Vornahme von Rechtsgeschäften unter Lebenden ist eine bewusste Entscheidung (vgl. Prot. V 390–393), die man zwar rechtspolitisch für verfehlt halten kann, die man aber nicht auf Umwegen korrigieren darf.

Deshalb ist der Versuch, die Nichtigkeit von sog. „Aushöhlungsgeschäften“ zu konstruieren, in gleicher Weise abzulehnen wie die Auffassung, dass der Vertragserbe gegen den Erblasser oder gegen Dritte Schadensersatzansprüche nach § 826 wegen Handlungen geltend machen kann, die vor dem Erbfall liegen (vgl. Münchner Kommentar, § 2287, Rn 1 -2)

Hinweis

vertragliche Erweiterung des Schutzes des Vertragserben

durch

Verfügungsunterlassungsverpflichtung

Muster

...

Verfügungsunterlassungsverpflichtung

... verpflichtet sich, nicht ohne schriftliche Zustimmung des ... über den im folgenden beschriebenen Grundbesitz zu verfügen, diesen insbesondere nicht zu veräußern oder zu belasten, und zwar über

...

... ist berechtigt, die Übereignung des jeweiligen Vertragsbesitzes auf sich, ersatzweise auf seine Kinder, zu verlangen, wenn ...

a) den jeweiligen Vertragsbesitz ganz oder teilweise ohne schriftliche Einwilligung des ... veräußert oder sonst das Eigentum daran verliert, belastet oder eingetragene Belastungen revaluiert,

b) von Zwangsvollstreckung in den Vertragsbesitz betroffen ist, sofern die Maßnahme nicht binnen zwei Monaten aufgehoben wird,

c) in (Privat)Insolvenz fällt, die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird, oder die eidesstattliche Versicherung abgibt.

Zur Sicherung der bedingten Übertragungsansprüche nach wirksamer Ausübung eines vorstehend eingeräumten Übertragungsverlangens bestellt hiermit ... zugunsten von ... eine

Eigentumsvormerkung

am j Vertragsbesitz

und

bewilligt und beantragt

deren Eintragungen im jeweiligen Grundbuch an nächstfolgender Rangstelle.

II.

Steueroptimierte Gestaltungen betreffend das Familienheim (§ 13 ErbStG)

1.

Die Übertragung des Familienheims auf den vermeintlich längerlebenden Ehegatten



Ehegatte 1

Ehegatte 2



Übertragung Eigentum

Der Erwerb des Familienheims ist privilegiert und zwar unabhängig von Wert und Grösse. Allerdings gilt beim Erwerb von Todes wegen eine so genannte Behaltensfrist, innerhalb derer der überlebende Ehegatte das Familienheim selbst zu Wohnzwecken nutzen muss.

Um diesen Nachbesteuerungsvorbehalt zu umgehen, kann das Familienheim zu Lebzeiten nach § 13 I Nr. 4 a ErbStG (**keine Behaltensfrist!!!!**) auf den vermeintlich längerlebenden Ehegatten übertragen werden.

Sollte wider Erwarten der übergebende Ehegatte überleben, kann das Familienheim aufgrund eines vertraglich vereinbarten Rückforderungsrechts „zurückgeholt“ werden, ohne dass dadurch ein steuerbarer Tatbestand ausgelöst wird. Das Erlöschen des Anspruchs durch Vereinigung von Forderung und Schuld (bei einem begleitenden, entsprechenden Ehegattentestament) gilt im Steuerrecht nicht.

2.

Der Tausch ideeller Bruchteile am Familienheim
und
Vereinbarung von Rückforderungsrechten



Ehegatte 1

Ehegatte 2



Tauschhalber Übertragung von Bruchteilseigentum

Sind die Ehegatten gemeinschaftliche Eigentümer des Familienheims (Miteigentum zu jeweils ½) können die jeweiligen ideellen Bruchteile tauschhalber übertragen und hinsichtlich des weggegebenen ideellen Bruchteils die Rückforderbarkeit bei Vorversterbens des erwerbenden Ehegatten vorbehalten werden.

Muster

...

Grundbuch- und Sachstand

Der Ehemann / die Ehefrau ist Eigentümer / Die Ehegatten sind hälftiger Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts ... unter Blatt ... vorgetragenen Grundbesitzes.

Der Grundbesitz ist wie folgt belastet:

Abteilung II:

Abteilung III

Überlassung

...

- im folgenden "der Veräußerer" genannt -

überlässt das Eigentum / Miteigentumsanteil an dem vorbezeichneten Grundbesitz mit allen Rechten und dem gesetzlichen Zubehör

a n

...

- im folgenden "der Erwerber" genannt -

zum Eigentum.

Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung wird trotz Hinweises auf den Sicherungszweck nicht gewünscht.

Die Beteiligten sind über den vereinbarten Eigentumsübergang in dem angegebenen Erwerbsverhältnis einig.

Der Veräußerer bewilligt und der Erwerber beantragt, den Eigentumsübergang gemäß dieser

A u f l a s s u n g

in das Grundbuch einzutragen.

Vorbehaltene Rechte

Die vorstehende Überlassung erfolgt als ehebedingte Zuwendung zur Verwirklichung der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft, jedoch unter Beachtung der nachfolgenden Vorbehalte:

Vereinbarungsgemäß hat der Erwerber den Vertragsbesitz auf höchstpersönliches Verlangen des Veräußerers oder seines rechtsgeschäftlichen Vertreters an diesen zurückzuübertragen und rückaufzulassen, wenn

- **der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt**
- *er ihn ohne Zustimmung des Veräußerers (bzw seines gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreters) weiterveräußert, vermietet oder belastet*
- *bzgl. des Vertragsbesitzes das Insolvenz- oder Zwangsversteigerungs- bzw. Zwangsverwaltungsverfahren eröffnet wird oder eine Sicherungshypothek eingetragen wird*
- *eingetragene Grundpfandrechte (re-)valuiert werden ohne Zustimmung des Veräußerers,*
- *die Beteiligten länger als sechs Monate getrennt leben im Sinne des § 1567 BGB. Wird in diesem Fall das Rückübertragungsverlangen nicht spätestens bis zur Rechtskraft der Scheidung gestellt, entfällt die Rückforderungsmöglichkeit auch aus allen anderen Gründen; die etwa zur Sicherung des bedingten Rückforderungsanspruchs bewilligte Vormerkung ist auf Kosten des Erwerbers zu löschen.*

Erwerber und Veräußerer sind bei Ausübung des Rückforderungsrechtes im Zuge eines etwaigen Zugewinnausgleichsverfahrens bei Scheidung so zu stellen, als habe die Überlassung in dieser Urkunde nie stattgefunden, so dass eine etwa eingetretene Werterhöhung des Vertragsbesitzes während der Ehezeit, auch soweit diese durch die Tilgung von Verbindlichkeiten oder durch Investitionen - gleich von welcher Seite - eintritt.

In jedem der vorgenannten Fälle hat die Übertragung und Auflassung unverzüglich auf Verlangen des Berechtigten zu erfolgen. Der Berechtigte hat die im Grundbuch eingetragenen Rechte in Abt. II und III dinglich zu übernehmen, soweit sie im Rang vor der nachstehend bestellten Auflassungsvormerkung eingetragen sind. Im übrigen erfolgt die Rückübertragung unentgeltlich, eine direkte Erstattung etwaiger Investitionen oder Tilgungsbeiträge des Erwerbers ist also nicht geschuldet. Die Kosten der Rückauflassung hat jedoch der Anspruchsberechtigte zu tragen.

Die Vertragsteile sind sich über die Einräumung des bedingten Anspruchs einig. Der Anspruch ist nicht vererblich und nicht übertragbar und erlischt somit mit dem Ableben des Berechtigten, wenn er nicht vorher geltend gemacht wurde.

Zur Sicherung des vorstehend eingeräumten, bedingten Anspruchs auf Rückübertragung bestellt hiermit der Erwerber zugunsten des vorgenannten Berechtigten eine Auflassungsvormerkung am Vertragsbesitz (gesamte Liegenschaft, jedoch gerichtet auf Übertragung eines ideellen Halbaneils) und

bewilligt und beantragt

deren Eintragung im Grundbuch. Die Vormerkung ist als Sicherungsmittel auflösend befristet. Sie erlischt mit dem Tod des Berechtigten.

...

**Die Sicherung der Rückforderbarkeit bei Vorversterben
muss und sollte aus Kostengründen
nicht
durch Vormerkung gesichert werden.**

III.

Übertragung von Grundbesitz unter Nießbrauchsvorbehalt



Ehegatte 1

Ehegatte 2 / Kind



Nießbrauch / Rückforderung

Die Übertragung von Grundbesitz unter Nießbrauchsvorbehalt (und gegebenenfalls Rückforderung) hat erhebliches steuerrechtliches und zivilrechtliches Potential.

In steuerrechtlicher und in zivilrechtlicher Hinsicht wird der Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung „eingefroren“, Wertsteigerungen ab diesem Zeitpunkt sind steuerrechtlich und zivilrechtlich nicht von Relevanz.

Bei Grundbesitz wird regelmässig in Anwendung des sogenannten Niederstwertprinzips der Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen zugrunde zu legen sein.

In diesem Fall darf der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs in Abzug gebracht werden
(BGH NJW-RR 1990, 1158; DNotZ 1990, 902; Gutachten in DNotI Report 2002, 178) .

Der Nießbrauchsvorbehalt mindert den Wert von Schenkungen zum Zeitpunkt der Schenkung. Soweit der Wert des Schenkungsgegenstands zum Zeitpunkt des Todes nicht höher als der um den Nießbrauch nicht geminderte Wert zum Zeitpunkt der Schenkung ist, so reduziert der Nießbrauchsvorbehalt mögliche Pflichtteilsergänzungsansprüche (BGHZ 118, 49).

In steuerrechtlicher Hinsicht gilt dies ebenso, geschenkt wird aus Sicht des Gesetzgebers lediglich die Eigentumshülle, also der massgebliche Verkehrswert abzüglich des kapitalisierten Nießbrauchs.

Die Freibeträge können gegebenenfalls mehrfach ausgeschöpft werden.

III.
Übertragung von Grundbesitz
unter
Nießbrauchsvorbehalt
und
Rechtsvorbehalt

1.
Vereinbarter Rechtevorbehalt
- Katalogtatbestände -

Jeder Erwerber und seine Gesamtrechtsnachfolger sind gegenüber dem Veräußerer verpflichtet, den betreffenden Vertragsbesitz (Miteigentumsanteil von je 1/3) zurückzuübertragen, wenn und soweit ein Rückforderungsgrund eintritt und die Rückforderung vertragsgemäss d.h. binnen zwölf Monaten nach Kenntnis vom Rückforderungstatbestand und in notariell beglaubigter Form, aufgrund höchstpersönlicher Entscheidung erklärt wird. Das Rückforderungsrecht ist nur in nachfolgend vereinbartem Umfang übertragbar, im Übrigen nicht vererblich oder übertragbar und kann nicht durch gesetzliche Vertreter oder Insolvenzverwalter ausgeübt werden. Es kann sich auch lediglich auf Teile des Vertragsbesitzes erstrecken.

Macht zu Lebzeiten beider Veräußerer nur einer der Veräußerer das Rückforderungsrecht geltend, oder ist der andere Veräußerer verstorben, ist nur an den verbleibenden Veräußerer aufzulassen, der auch die Verpflichtungen alleine übernimmt. Andernfalls ist an beide zu je hälftigem Miteigentum unter gesamtschuldnerischer Übernahme der Verpflichtungen aufzulassen. Ein Rückforderungsgrund tritt jeweils ein, sobald der jeweilige Eigentümer

a) den Vertragsbesitz (ideeller Bruchteil) ganz oder teilweise ohne schriftliche Einwilligung des Veräußerers (bzw. seines gesetzlichen Vertreters oder Bevollmächtigten) veräußert oder sonst das Eigentum daran verliert, es in das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft einbringt, belastet oder eingetragene Belastungen revaluiert, während der Dauer des Niessbrauchs vermietet oder die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft betreibt

b) von Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz (ideeller Bruchteil) betroffen ist, sofern die Maßnahme nicht binnen zwei Monaten aufgehoben wird,

c) *in Insolvenz fällt, die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird, oder er die eidesstattliche Versicherung abgibt*

d) *vor dem Berechtigten verstirbt*

e) *von seinem (künftigen) Ehegatten / Lebenspartner getrennt lebt im Sinne des § 1567 BGB, oder Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich erhoben wird, es sei denn, durch vertragliche Vereinbarung ist sichergestellt, dass der Vertragsbesitz im Rahmen des Zugewinn- bzw. Vermögensausgleiches nicht berücksichtigt wird, sondern allenfalls tatsächlich getätigte Investitionen oder Tilgungsleistungen zu erstatten sind*

f) *der Drogen- oder Alkoholsucht verfällt, oder*

g) *Mitglied einer im Sektenbericht des Bundestages aufgeführten Sekte oder einer unter Beobachtung des Verfassungsschutzes stehenden Vereinigung ist*

h) *seit mindestens sechs Monaten geschäftsunfähig ist*

i) *Der Veräußerer ist zur Rückforderung ferner dann berechtigt, wenn und soweit für die heutige Übertragung Schenkungsteuer anfallen sollte oder wenn sich das Schenkungsteuerrecht oder seine Anwendung nach dieser Zuwendung in einer Weise ändert, dass sich nach dieser Änderung für die heutige Übertragung im Vergleich zum geltenden Recht eine geringere Steuerbelastung, eine spätere Fälligkeit der Steuer oder die Möglichkeit ihrer Vermeidung bei Eintritt zusätzlicher Bedingungen ergibt*

Der Veräußerer hat die im Grundbuch eingetragenen Rechte und Grundpfandrechte dinglich zu übernehmen, soweit sie im Rang vor der nachstehend bestellten Auflassungsvormerkung eingetragen sind.

Aufwendungen aus dem Vermögen des Rückübertragungsverpflichteten werden - maximal jedoch bis zur Höhe der noch vorhandenen Zeitwerterhöhung - gegen Rechnungsnachweis erstattet bzw. durch Schuldübernahme abgegolten, soweit sie nicht nur der Erhaltung des Anwesens im derzeitigen Zustand, sondern der Verbesserung oder Erweiterung des Anwesens gedient haben und mit schriftlicher Zustimmung des Berechtigten oder seines Vertreters durchgeführt wurden. Im übrigen erfolgt die Rückübertragung unentgeltlich, also insbesondere ohne Ausgleich für geleistete Dienste, wiederkehrende Leistungen, Tilgungen, geleistete Zinsen, Arbeitsleistungen, oder die gezogenen Nutzungen. Hilfsweise gelten die gesetzlichen Bestimmungen zum Rücktrittsrecht.

Die Kosten der Rückübertragung hat der Anspruchsberechtigte zu tragen. Mit Durchführung der Rückübertragung entfällt der in dieser Urkunde jeweils vereinbarte Pflichtteilsverzicht (auflösende Bedingung).

Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs nach wirksamer Ausübung eines vorstehend eingeräumten Rückforderungsrechtes oder des gesetzlichen Widerrufs gemäß § 530 BGB („grober Undank“) bestellt hiermit der Erwerber zugunsten des vorgenannten Veräußerers als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB eine

Auflassungsvormerkung

am Vertragsbesitz und

bewilligt und beantragt

deren Eintragung im Grundbuch. Die Vormerkung ist als Sicherungsmittel auflösend befristet. Sie erlischt mit dem Tod des (beider) Veräußerers.

Die Vormerkung erhält nächstfolgende Rangstelle, jedoch Rang nach dem Nießbrauch (§ 3 a).

2.

Vereinbarter Rechtevorbehalt **- freies Rückforderungsrecht -**

Eines besonderen Rückforderungsgrundes bedarf es nicht. Den Beteiligten ist bewusst, dass demzufolge (wohl) der Schenkungsgegenstand zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich ausgegliedert wurde, also die Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB - nach deren Ablauf die heutige Zuwendung bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen dritter Personen nicht mehr zu berücksichtigen wäre - nicht zu laufen beginnt. Auch unterliegt das Rückforderungsrecht (wohl) auf Seiten des Veräußerers der uneingeschränkten Pfändung Dritter, über die Fristen zur Gläubigeranfechtung und Rückforderung wegen Verarmung hinaus. Ferner können ertragsteuerliche Nachteile entstehen (etwa weil die Einkunftsquelle weiterhin dem Veräußerer zugerechnet wird).

Bei Ausübung des Rückforderungsrechtes gilt: Der Veräußerer hat die im Grundbuch eingetragenen Rechte und Grundpfandrechte dinglich zu übernehmen, soweit sie im Rang vor der nachstehend bestellten Auflassungsvormerkung eingetragen sind. Aufwendungen aus dem Vermögen des Rückübertragungsverpflichteten werden - maximal jedoch bis zur Höhe der noch vorhandenen Zeitwerterhöhung - gegen Rechnungsnachweis erstattet bzw. durch Schuldübernahme abgegolten, soweit sie nicht nur der Erhaltung des Anwesens im derzeitigen Zustand, sondern der Verbesserung oder Erweiterung des Anwesens gedient haben und mit schriftlicher Zustimmung des Berechtigten oder seines Vertreters durchgeführt wurden. Im Übrigen erfolgt die Rückübertragung unentgeltlich, also insbesondere ohne Ausgleich für geleistete Dienste, wiederkehrende Leistungen, Tilgungen, geleistete Zinsen, Arbeitsleistungen, oder die gezogenen Nutzungen. Hilfsweise gelten die gesetzlichen Bestimmungen zum Rücktrittsrecht. Die Kosten der Rückübertragung hat der Anspruchsberechtigte zu tragen. Mit Durchführung der Rückübertragung entfällt die ggf. angeordnete Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteilsanspruch des heutigen Erwerbers sowie ein etwa mit ihm in dieser Urkunde vereinbarter Pflichtteilsverzicht (auflösende Bedingung).

Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs nach wirksamer Ausübung des vorstehend eingeräumten Rückforderungsrechtes bestellt hiermit der Erwerber zugunsten des vorgenannten Veräußerers in Gesamtberechtigung nach § 428 BGB eine

Rückübertragungsvormerkung

am Vertragsbesitz und

bewilligt und beantragt

deren Eintragung im Grundbuch. Die Vormerkung ist als Sicherungsmittel auflösend befristet. Sie erlischt mit dem Tod beider Veräußerer. Sie erhält nächststoffene Rangstelle.

Pfändbarkeit eines freien Rückforderungsrechts im Wege der Doppelpfändung von Gestaltungsrecht und Rückübertragungsanspruch vom BGH bejaht (DNotZ 2004, 298 = ZEV 2003, 293 m. Anm. Langenfeld; Berringer DNotZ 2004, 245; Meyer/Burrer NotBZ 2004, 383). Noch nicht geklärt, aber vielfach befürwortet werden Pfändungsbeschränkungen in Anlehnung an § 852 I und II ZPO bei ehebezogenen und familiären Rückforderungsgründen (Scheidung, Vorversterben, vgl. Langenfeld ZEV 2003, 295).

BFH bejaht in ständiger Rechtsprechung die Ausführung einer Schenkung i. S. v. § 9 I Nr. 2 ErbStG trotz freier Widerruflichkeit (BFH NJW 1990, 1750; Arg.: Schenkung erlösche erst mit Ausübung des Widerrufsrechts und Herausgabe des Zuwendungsgegenstands nach § 29 I Nr. 1 ErbStG).

In einem solchen Fall regelmässig aber kein Erwerb der Mitunternehmerstellung, wodurch die Anwendung der §§ 13a, 13b ErbStG ausscheidet, vgl. Abschn. H E 13b.5 ErbStH 2011. Im Hinblick auf die Einkommensteuer kann - auch im Privatvermögen - allenfalls an der Ernsthaftigkeit der Übertragung der Einkunftsquelle gezweifelt werden (vgl. BFH BStBl. 1983 II 631, wonach das wirtschaftliche Eigentum bei Rückbehalt umfassender Nutzungs- und Widerrufsrechte nicht übergeht).

3.

Checkliste Rückforderungsrecht

(1) Gesetzliches Rückforderungsrecht

(2) Vertragliches Rückerwerbsrecht

(a) Rückforderungsgründe

- Freies Rückforderungsrecht (wohl nur aus schenkungsteuerlichen Gründen)
- Enumerative Rückforderungsgründe (unberechtigte Veräußerung/Belastung; Vorversterben; Insolvenz oder Zwangsvollstreckungsmassnahmen; Heirat ohne Ehevertrag; Scheidung; Fehlverhalten; unerwünschte steuerliche Folgen)
- Anlauf der 10-Jahresfrist des § 2325 III 1, 2 BGB

(b) Berechtigungsverhältnis bei mehreren Berechtigten

Bei mehreren Erwerbern ist nur derjenige zur Rückgabe verpflichtet, der die Voraussetzung erfüllt (oder beide, je nach Gestaltung).

Bei gesamthänderischer Berechtigung mehrerer Erwerber Rückforderung insgesamt zulassen, wenn der Tatbestand in der Person eines Erwerbers erfüllt ist.

Hinsichtlich Rechtsnachfolge auf Erwerberseite zu treffen Rückforderungstatbestände verlängern, durch den „jeweiligen Eigentümer“ abgestellt werden (vgl. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rn. 1863 ff.).

Bei mehreren Berechtigten Zuordnung des einheitlichen Übereignungsanspruch zu gleichen oder verschiedenen Teilen nach §§ 741 ff. BGB und Klärung der Frage, wer den Anspruch geltend macht und an wen zu leisten ist (als Mitberechtigten nach § 432 BGB oder als Gesamtgläubiger)

(c) Begründung des Rückübereignungsanspruchs

- Entstehung des Rückübereignungsanspruchs nur bei form- und fristgerechter Ausübung des Rückerwerbsrechts
- Ausübung i. d. R. höchstpersönlich
- Übertragbarkeit bzw. Vererblichkeit des Rückerwerbsrechts bzw. des entstandenen Rückübereignungsanspruchs)

(d) Rückübereignung: Erleichterung durch Erteilung einer Vollmacht

(e) Absicherung des (bedingten) Rückübertragnungsanspruchs

Ein bedingter Rückübertragnungsanspruch kann durch Vormerkung gesichert werden (BGH DNotZ 1997, 155).

Nachträgliche Erstreckung einer eingetragenen Vormerkung auf weitere Rückforderungsgründe nach Ansicht des BGH möglich sein (DNotZ 2008, 514 m. krit. Anm. Amann; vgl. zur Wiederverwendung bzw. -aufladung der Vormerkung Rn. 416, 422). Anspruch mehrerer Berechtigter kann durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann (BayObLG DNotZ 1996, 366 m. Anm. Liedel = ZEV 1995, 294)

Ist Rückforderungsanspruch für den Fall der lebzeitigen Geltendmachung vererblich, behält die Vormerkung ihre Sicherungsfunktion über den Tod des Berechtigten hinaus und sollte tendenziell nicht auf den Tod des Berechtigten auflösend befristet werden (a. A. wohl Krauß Rn. 1974). Eine nicht auf den Tod, sondern auf einen angemessenen Zeitraum nach dem Tod des/der Berechtigten auflösend befristete Vormerkung erscheint vorzugswürdig (Lambert-Lang/Tropf/Frenz/Hertel, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 2 Rn. 611).

-

3.**Rechtevorbehalt und Fristanlauf****a.)****Nießbrauch**

Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt gilt mit dinglichem Vollzug als Schenkung im Sinne des Schenkungssteuerrechts. In zivilrechtlicher Hinsicht ist die Schenkung ebenfalls vollzogen, die Abschmelzung im Sinne § 2325 III BGB beginnt aber nicht zu laufen.

bb.)**Rückforderungsrecht****a.)****§ 2325 III BGB****aa.)****Freies Rückforderungsrecht**

In Anlehnung an die BGH-Entscheidung zum Nießbrauchsvorbehalt steht eine umfassende Zugriffsmöglichkeit des Veräußerers auf den Substanzwert des Zuwendungsgegenstandes (Genussrechtsprechung) dem Anlauf der 10-Jahresfrist wohl entgegen.

bb.)**Bedingtes Rückforderungsrecht**

Bedingte Rückforderungsgründe (ausserhalb des Einflussbereichs des Übergebers) stehen der wirtschaftlichen Ausgliederung und damit dem Anlauf der 10-Jahresfrist nach ganz h. L. nicht entgegen.

Das OLG Düsseldorf hat allerdings den Anlauf der 10-Jahresfrist für den Rückforderungsgrund der Veräußerung oder Belastung ohne Zustimmung des Veräußerers verneint, da die Eigentümerposition des Erwerbers dadurch erheblich beeinträchtigt werde und darin die Absicht der Übergeberin zum Ausdruck komme, den wirtschaftlichen Wert der Grundstücke zu ihrer Verfügbarkeit zu halten (ZEV 2008, 525 m. abl. Anm. Herrler = DNotZ 2009, 67).

b.)

Schenkungssteuerliche Folgen

Mit dinglichem Vollzug (Bereicherung beim Beschenkten) ist die Schenkung im Sinne des Schenkungssteuerrechts vollzogen (BFH, BstBl 1989 II, S. 1034), auch bei Kombination von Rechtevorbehalten (Rückforderung / Nießbrauch).

Anderslautende Andeutungen der Finanzverwaltungen wurden zurückgenommen (vgl. diesbezügliche Erlasse 18.09.1995 DStR 1995, 713 einerseits und v. 11.10.1995, DStR 1995, 1714 andererseits).

4.

Verlängerung des Rechtevorbhalts

Eine solche Verlängerung des Rechtevorbhalts hat zum Ziel, den Vertragsgegenstand nach Ablauf des eigentlichen Rückforderungsrechts unter vergleichbaren Bedingungen an Dritte, meist Geschwister oder Kinder des Erwerbers zu übereignen, da die Rückforderungsmotive auch nach Versterben des (Erst) Forderungsberechtigten eintreten können.

Muster

Jeder Veräußerer tritt bereits heute aufschiebend bedingt und befristet auf seinen eigenen Tod, sofern er der Längerlebende ist, das Rückforderungsrecht (mit Einschränkung auf die Rückforderungstatbestände ... sowie die Rechte aus etwa bereits erklärter Rückforderung an jeden dies annehmenden Erwerber ab, und zwar jeweils an ... hinsichtlich des an ... übertragenen Miteigentumsanteils und umgekehrt.

Demnach ist nach dem Tod der Mutter bzw des Vaters, je nachdem wer der Längerlebende der beiden ist - jeder der Geschwister berechtigt, die Übertragung des ideellen Bruchteils des Geschwisters auf sich zu verlangen, wenn die Rückforderungstatbestände b), c), d) e) oder f) eintreten; an die Stelle des Veräußerers tritt also der Übertragungsberechtigte als derjenige, der die Zustimmung zu erteilen hat bzw. dem ggf. der Halbbanteil zu übertragen ist. Hinsichtlich des Versterbens des anderen Geschwisters wird der Rückforderungstatbestand d) dahingehend modifiziert, dass eine Übertragung nur verlangt werden kann, wenn der Halbbanteil nicht von Todes wegen an leibliche eheliche Abkömmlinge des Eigentümers oder seines Geschwisters fällt.

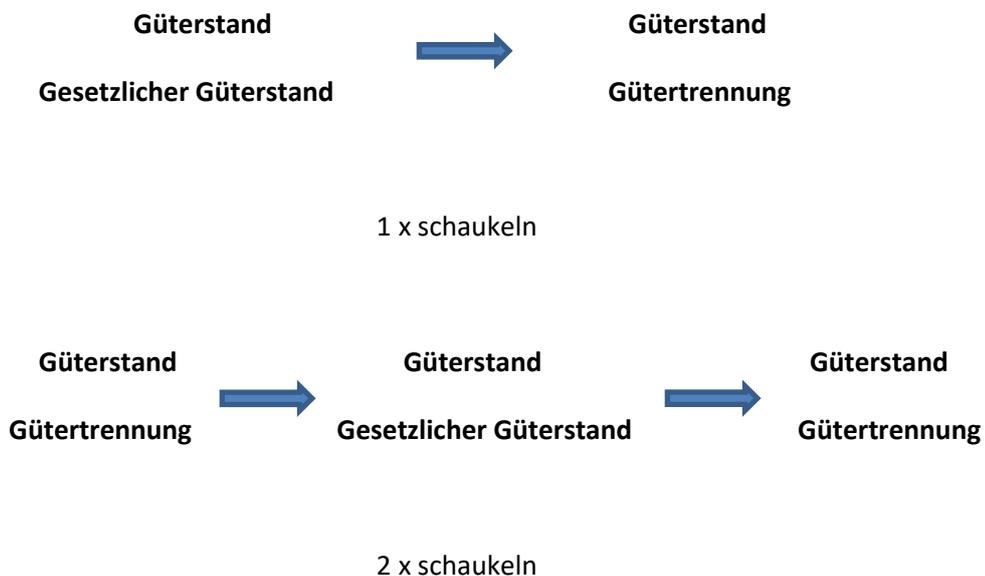
Die Vertragsteile

bewilligen und beantragen

demnach, zur Sicherung des mehrfach bedingten (Rück-)Übereignungsanspruchs bei der Vormerkung für beide Veräußerer (§ 428 BGB) zu vermerken, dass dieser bedingt abgetreten ist an ... bzw.... , jeweils bezüglich des ideellen Bruchteils des Geschwisters.

IV. Die Güterstandsschaukel

Durch ehevertragliche Gestaltung kann Vermögen steuerneutral neu strukturiert und können steuerauslösende Sachverhalte nachträglich in entgeltliche und schenkungssteuerfreie Sachverhalte „umgeschafft“ werden.



Durch Beendigung des gesetzlichen Güterstands durch Ehevertrag entsteht in Händen des ausgleichberechtigten Ehegatten gegen den ausgleichsverpflichteten Ehegatten eine Forderung in Geld.

In Erfüllung der Forderung kann Vermögen schenkungssteuerfrei neu strukturiert, also auf beide Ehegatten verteilt werden, was sinnvoll ist, um Steuerfreibeträge gemeinsamer Kinder nach beiden Elternteilen auszunutzen.

Übertragungen, die in Erfüllung der Verpflichtung zum Zugewinnausgleich erfolgen, sind schenkungssteuerfrei.

Sofern die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung verheiratet sind, kann (steuerrechtlich) mit Rückwirkung der gesetzliche Güterstand vereinbart werden und die mit Wirkung für die Vergangenheit generierte Zugewinnausgleichsforderung durch Wechsel in die Gütertrennung zur Entstehung gelangen.

Die steuerrechtliche Rückwirkung wird anerkannt, aber nur dann, wenn der Güterstand zu Lebzeiten beendet wird (kein Rückwirkungsverbot für die güterrechtliche Lösung, R E 5.2 Abs. 2 S. 4 ErbStR 2011).

„Fliegender Zugewinnausgleich“

steuerrechtlich nicht, aber womöglich pflichtteilsrechtlich

Ob auch der sog. fliegende Zugewinnausgleich (Ausgleich des Zugewinns unter Beibehaltung des gesetzlichen Güterstands und gleichzeitiger Neufestsetzung des Anfangsvermögens) pflichtteilsfest ist, ist streitig.

Nach einer Ansicht nein, da das Gesetz einen Anspruch auf vorzeitigen Zugewinnausgleich nur im Fall des § 1385 BGB gebe; auf vertraglicher Grundlage könne der Zugewinn nur bei Vereinbarung von Gütertrennung vorzeitig ausgeglichen werden.

Eine andere Möglichkeit der Beendigung des Güterstands auf vertraglicher Grundlage kenne das Gesetz nicht, insbesondere nicht die Möglichkeit, den Zugewinn für die bisherige Ehezeit auszugleichen.

Nach anderer Ansicht könne es von der Wertung her keinen Unterschied machen, ob der latente Zugewinnausgleichsanspruch durch eine „Ehevertragsschaukel“ oder durch eine nach § 1380 BGB anzurechnende ehebedingte Zuwendung realisiert werde.

Es kann im Ergebnis (wohl) keinen Unterschied machen, ob - in zeitlicher Abfolge - Gütertrennung vereinbart, der Zugewinn (pflichtteilsfest) ausgeglichen und zum Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft (nach Abwarten einer Schamfrist) zurückgekehrt wird, oder eine „fiktive“ Ausgleichung des Zugewinns stattfindet; dies wäre bloße „Förmelei“. Folglich sind richtigerweise auch Übertragungen durch fliegenden Zugewinnausgleich als pflichtteilsfest anzuerkennen (ZEV 2017, 601)

Die Vorschrift des § 29 Absatz 1 Nr. 3 ErbStG ist im Zusammenwirken mit § 5 Absatz 2 ErbStG zu sehen.

Danach bleibt die Ausgleichsforderung bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft im Fall der Scheidung der Ehe ebenso wie in jedem anderen Fall der Beendigung des gesetzlichen Güterstands (durch Ehevertrag) steuerfrei.

Da nach § 1380 BGB Zuwendungen, die über die üblichen Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, auf die Zugewinnausgleichsforderung angerechnet werden können, werden diese im Ergebnis **nachträglich steuerfrei gestellt**. Es entsteht durch die Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft also eine ähnliche Situation wie bei der Rückgabe eines geschenkten Gegenstandes (sozusagen rückwirkendes „Steuerstorno“). Eine zunächst steuerbare Zuwendung erweist sich nachträglich als steuerfrei.

Der Abschluss des notariellen Ehevertrages, der die Beendigung des Güterstandes „Zugewinnsgemeinschaft“ regelt, bewirkt damit rückwirkend, dass die Steuerpflicht der ehemals steuerpflichtigen unbenannten Zuwendungen entfällt. Die unbenannten Zuwendungen können als Folge des Abschlusses des notariellen Ehevertrages auf den entstandenen Zugewinnausgleichsanspruch angerechnet werden und teilen gleichsam dessen steuerliches Schicksal, also volle Steuerfreiheit.

Für den Gesetzgeber ergab sich damit die Notwendigkeit anzuordnen, dass die zunächst gezahlte Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit erlischt. Andernfalls würden diejenigen Ehegatten, bei denen nach § 1380 BGB eine Anrechnung früherer Zuwendungen vorgenommen wird, gegenüber denjenigen benachteiligt, die erst im Zeitpunkt der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft den Zugewinn - vollständig steuerfrei - erhalten.

Sämtliche in der Vergangenheit erfolgten „unbenannten Zuwendungen“, die aus Sicht des Schenkungsteuerrechts im Zeitpunkt der Zuwendung voll steuerpflichtig waren, sind nunmehr auf Grund der in § 29 Absatz 1 Nr. 3 ErbStG angeordneten Rechtsfolge ex tunc als steuerfrei anzusehen.

Muster 1

Rückwirkende Vereinbarung des gesetzlichen Güterstandes

...

Die Vertragsteile heben hiermit den Güterstand der Gütertrennung auf und vereinbaren für die weitere Dauer der Ehe den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Dabei soll das Anfangsvermögen eines jeden Ehegatten so berechnet werden, als hätten sie seit der Eheschliessung im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt, so dass die Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft in dieser Weise zurückwirkt.

Der Notar hat belehrt:

Gemäss § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG gilt für den Fall, dass der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft durch Ehevertrag vereinbart wird, als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes der Tag des Vertragsabschlusses.

*Die bei gesetzlichem Güterstand zusätzlich gewährten erbschaftssteuerlichen Freibeträge erfassen also nach derzeitiger Rechtslage lediglich den Zeitraum ab heute. Beim güterrechtlichen Ausgleich (§ 5 Abs. 2 ErbStG), also im Falle der lebzeitigen Beendigung des Güterstandes, **wird jedoch eine Rückwirkung auch steuerrechtlich anerkannt.***

...

Muster 2

...

Vereinbarung der Gütertrennung

Wir heben nach Belehrung über die Folgen des gesetzlichen Güterstandes, insbesondere über § 1365 BGB, diesen mit sofortiger Wirkung auf und vereinbaren als künftigen Güterstand für unsere Ehe die

Gütertrennung.

Wir sind darüber unterrichtet,

- a) dass damit jeder Ehegatte völlig frei über sein Vermögen verfügen kann,*
- b) dass im Falle einer Ehescheidung der Zugewinn während der Ehe nicht ausgeglichen wird,*
- c) dass sich das Erbrecht des längerlebenden Ehegatten dadurch verringern und seine Erbschaftssteuer erhöhen kann,*

Die Eintragung der Gütertrennung im Güterrechtsregister und die Veröffentlichung wird nicht gewünscht.

Jeder Vertragsteil ist jedoch berechtigt, diese Eintragung jederzeit einseitig zu beantragen.

Ermittlung des Zugewinnausgleichs

Durch den Wechsel des Güterstandes ist der gesetzliche Güterstand beendet und der Zugewinnausgleich durchzuführen, und zwar unter Berücksichtigung des ab Eheschliessung erwirtschafteten Zugewinns, und zwar mit zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Wirkung (§ 5 Abs. 2 ErbStG)

Die Ermittlung der beiderseitigen Anfangs- und Endvermögen, unter Einschluss des Geldvermögens, hat (jeweils inflationsbereinigt) auf Seiten ... einen Zugewinn in Höhe von 0,00 EUR, auf seiten ... in Höhe von 0 EUR ergeben, so dass der fällige hälftige Ausgleich der Differenz sich auf 0,00 EUR beläuft

Diesen Betrag schuldet

Die Indexierung ist dabei bereits berücksichtigt.

Die Vertragsteile vereinbaren, dass die Zugewinnausgleichsforderung des/der ... bis zum Ableben des/der gestundet wird. Eine leibzeitige Erfüllung durch Leistung von Gegenständen an Erfüllung statt bleibt vorbehalten, wobei den Beteiligten bekannt ist, dass einkommensteuerlich verhaftete Gegenstände (Spekulationsfrist) bei der Übertragung an Erfüllung statt als verkauft gelten.

Auf Verzinsung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung wird verzichtet, ebenso auf dingliche Sicherung durch Grundschuld.

... erklärt für den Fall, dass die Eheleute sechs Monate im Sinne von § 1567 BGB getrennt leben, den Erlass auf die zur Entstehung gelangte, noch nicht anderweit erfüllte, Zugewinnausgleichsforderung.

... nimmt den (bedingten) Erlass an.

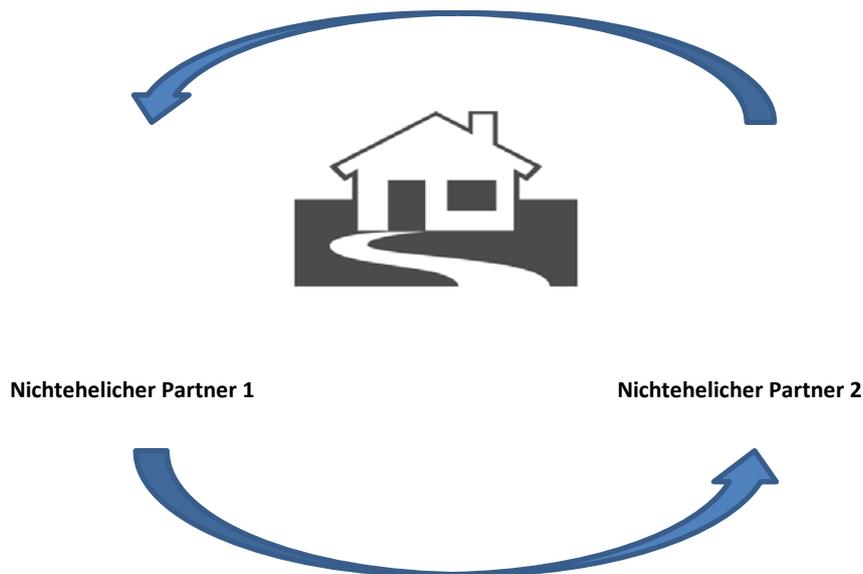
V.**Das wechselseitige Zuwendungsversprechen**

Das wechselseitige Zuwendungsversprechen als Gestaltung zur Steueroptimierung.

Sind zB. nichteheliche Lebenspartner (auch anwendbar bei Ehegatten) gemeinschaftliche Eigentümer eines Vermögensgegenstandes, zB. eines Grundbesitzes, wäre die Vererbung des ideellen Bruchteils des jeweils einen an den jeweils anderen steuerrechtlich ungünstig.

Es wird (wohl) in Anlehnung an eine gesellschaftsrechtliche Entscheidung (BGH NJW 1981, 1956) das wechselseitige Zuwendungsversprechen als aleatorisches, also entgeltliches, Rechtsgeschäft anerkannt.

Somit löst Erwerb des Bruchteils keinen erbschaftsteuerbaren / schenkungssteuerbaren Tatbestand aus.



Bedingen sich zwei Leistungspflichten „spiegelbildlich“ in dem Sinn, dass die des jeweils erstverstorbenen Beteiligten auf dessen Ableben hin zu erfüllen ist, liegt das „Entgelt“ in der jeweils bedingten Pflicht des Anderen.

Haben zwei Ehepartner oder Lebensgefährten etwa gleiche Lebenserwartung, liegt Entgeltlichkeit vor, wenn sie sich gegenseitig zur Übertragung ihrer je hälftigen Immobilienmehrgewinnanteile auf den Todesfall verpflichten (ähnlich wie das abfindungslose Ausscheiden eines verstorbenen Gesellschafters aus einer Personengesellschaft ohne Abfindung der Erben bei etwa gleich hoher Sterbewahrscheinlichkeit); differiert die Sterbewahrscheinlichkeit deutlich, müssten die Mehrgewinnanteile jeweils unterschiedliche Höhe haben, so dass das beiderseitige Produkt aus Mortalität und Erwerbsobjekt wieder gleich hoch ist.

Die objektiv gegebene und vom subjektiven Willen getragene Entgeltlichkeit dürfte auch im Hinblick auf § 2325 BGB anzuerkennen sein (vgl. Egerland NotBZ 2002, 234). Im Schenkungsteuerrecht hat der BFH die Frage der objektiven Entgeltlichkeit von gesellschaftsvertraglichen Öffnungsklauseln mit Abfindungsausschluss ausdrücklich offengelassen, BFH BStBl. 1992 II 927 f.; vgl. hierzu Neumayer/Imschweiler DStR 2010, 20. Die Konstruktion weicht zwar vom einfachsten rechtlichen Weg (erbvertragliches Vermächtnis) ab und ist damit „unangemessen“ i. S. d. § 42 AO, führt auch zu einer Steuerreduzierung, ist allerdings - so lässt sich mit guten Gründen darlegen - durch aussersteuerliche Motive gerechtfertigt; so geht z.B. der Vormerkungsschutz im Grundbuch weiter als § 2287 BGB.

Es entsteht also lediglich (unter Lebensgefährten, natürlich nicht unter Ehegatten) Grunderwerbsteuer, da der Befreiungstatbestand des § 3 I Nr. 2 GrEStG (vorrangige Schenkungsteuerpflicht) nicht greift, und zwar mit Bedingungseintritt (erster Sterbefall; § 14 I GrEStG).

Nach anderer Ansicht handelt es sich dogmatisch handelt es um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, mit der Folge, dass der Zuwendungsgegenstand „am Nachlass vorbei“ auf den Beschenkten übertragen werden muss. Der Zuwendungsgegenstand befindet sich im Zeitpunkt des Erbfalls zwar im Nachlass, könne aber wertmässig für die Bemessung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs gem. § 2311 BGB wegen des Übertragungsanspruchs des Beschenkten unberücksichtigt bleiben. Mit dieser Begründung wird teilweise die Berücksichtigung des Zuwendungsgegenstands beim ordentlichen Pflichtteilsanspruch verneint, aber ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB für möglich gehalten, sofern trotz der Wechselseitigkeit der Schenkungsversprechen nicht von entgeltlichen Rechtsgeschäften auszugehen sein sollte.

Mangels Vollzugs der Schenkung iSv § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB sowie mangels Leistung iSv § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB muss eine Anwendung des Niederstwertprinzips ebenso ausscheiden wie ein Anspruchsausschluss infolge Ablaufs der 10-Jahresfrist. Richtigerweise dürfte das Schenkungsversprechen von Todes wegen mangels Vollzugs der Schenkung zu Lebzeiten des Schenkers aber gem. § 2301 Abs. 1 BGB als Verfügung von Todes wegen und damit als bzw. wie ein Vermächtnis zu behandeln sein, mit der Folge, dass für die Zwecke des § 2311 BGB gerade keine Neutralisierung des Zuwendungsgegenstandes stattfindet (Vermächtnis im Rahmen von § 2311 BGB nach allgemeiner Meinung nicht abzugsfähig) Dauner-Lieb/Grziwotz, Pflichtteilsrecht 2. Auflage 2016, RN 45-46.

Muster

Wechselseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall

...

Grundbuch- und Sachstand

Das Grundbuch des Amtsgerichts ... von ... Blatt ... wurde eingesehen.

Es ist dort folgender Grundbesitz vorgetragen:

...

Als Eigentümer zu je ½ sind vermerkt:

...

Der Grundbesitz ist wie folgt belastet:

Abteilung II:

...

Abteilung III:

...

Wechselseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall

1.

Die Vertragsteile verpflichten sich gegenseitig, ihren jeweiligen hälftigen Miteigentumsanteil an dem in ... beschriebenen Grundbesitz mit allen wesentlichen Bestandteilen und dem Zubehör auf den jeweils anderen zu übertragen.

Die Verpflichtung zur Übertragung steht jeweils unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende verstirbt und der Erwerber den Übertragenden überlebt (echte Überlebensbedingung); sie ist auflösend bedingt durch Erwerb des anderen Miteigentumsanteils und durch die Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts durch den anderen Vertragsteil.

Die Übertragung erfolgt im Wege des entgeltlichen Rechtsgeschäfts unter Lebenden auf den Todesfall zur Vermögensnachfolge ausserhalb der Formen des Erbrechts.

Wir sind uns darüber einig, dass dieser Übertragungsvertrag ein gegenseitiger und vollentgeltlicher ist.

Die volle Entgeltlichkeit ergibt sich aus der Gleichwertigkeit der Leistungsgegenstände und der Tatsache, dass unsere Lebenserwartungen angesichts unseres etwa gleichen Lebensalters und des Fehlens atypischer Umstände, etwa bekannter schwerer Krankheiten, gefährlichen Berufs etc., nicht deutlich unterschiedlich hoch sind (aleatorisches Geschäft).

Der Besitz am Vertragsgegenstand ist unverzüglich nach dem Tod des Übertragenden zu übergeben.

2.

Jeder Vertragsteil bevollmächtigt den jeweils anderen, befreit von § 181 BGB, über den Tod hinaus und mit dem Recht zur Erteilung von Untervollmacht, die Auflassung des Halbbanteils des Erstverstorbenen an den Längerlebenden an der Amtsstelle des amtierenden Notars zu erklären und entgegenzunehmen.

3.

Ein jeder der Erschienenen behält sich den Rücktritt von diesem Übertragungsversprechen und der vorstehend erteilten Vollmacht vor mit der Massgabe, dass der Rücktritt nur mit Zugang auch an der Amtsstelle des amtierenden Notars wirksam wird und mit Zugang des Rücktritts beim anderen Erschienenen zugleich die auflösende Bedingung für dessen Übertragungsversprechen eintritt.

Die Vertragsteile sind sich über die Einräumung des bedingten Anspruchs einig.

Zur Sicherung des vorstehend eingeräumten, bedingten Anspruchs auf Übertragung bestellt hiermit ... zugunsten von ... und bestellt ... zugunsten von ... an ihren jeweiligen grundbuchlichen Miteigentumsanteilen eine

Eigentumsvormerkung

und

bewilligt und beantragt

deren Eintragung im Grundbuch an nächstoffener Rangstelle.

Die Vormerkungen sind als Sicherungsmittel auflösend befristet. Sie erlöschen mit dem Tod des jeweils Berechtigten.

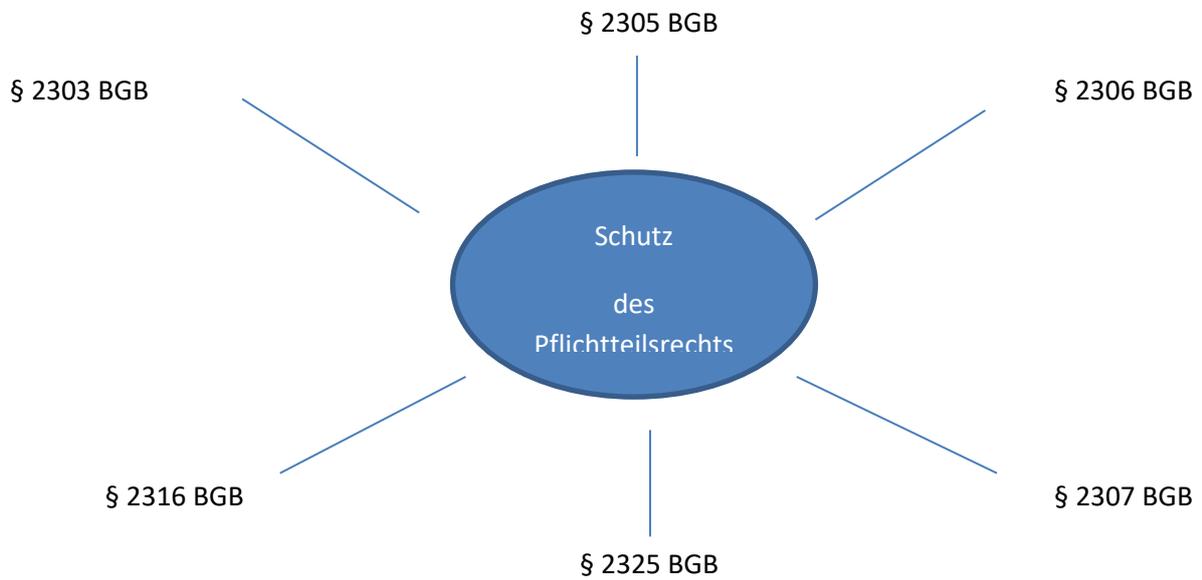
...

B.

Pflichtteilsvermeidungsstrategien

I.

Der gesetzliche Schutz des Pflichtteilsrechts



II.

Die Abschmelzung

Bei der Berechnung des Pflichtteils wird das Vermögen zu Zeitpunkt des Erbfalls berücksichtigt, aber auch dasjenige Vermögen, das der Erblasser innerhalb von 10 Jahren vor dem Erbfall schenkungshalber aus einem Vermögen ausgegliedert hat.

Wird ein Vermögensgegenstand schenkungshalber übertragen, schmilzt dessen Wert (ab Schenkung) jährlich um 1/10 ab.

Beispiel:

Erblasser E schenkt im März 2004 einer gemeinnützigen Organisation 100.000 EUR im April 2010 weitere 30.000 EUR (jeweils wertindexiert). E verstirbt im Mai 2015. Die erste Schenkung wird gar nicht (Abs. 3 S. 2) berücksichtigt. Die zweite Schenkung (fünf Jahre seit dem Vollzug vergangen, vgl. Abs. 3 S. 1) wird für den Pflichtteilergänzungsanspruch nur mit dem noch nicht „abgeschmolzenen“ Wert von 50 %, mithin 15.000 EUR, dem fiktiven Nachlass hinzugerechnet.

Voraussetzung für den Anlauf der Abschmelzungsfrist nach § 2325 BGB ist aber, dass der Erblasser den Genuss des geschenkten Gegenstandes aufgibt.

Der BGH will Schenkungen innerhalb und außerhalb der Zehnjahresfrist gleichbehandeln, da der Erblasser, der sich den Nießbrauch vorbehalten habe, die Schenkung iSv Abs. 3 S. 1 und 2 noch nicht vollzogen habe.

Als Begründung hat er ausgeführt, dass ein Erblasser, der ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt außerhalb der Zehnjahresfrist verschenkt hat, „den Genuss des verschenkten Gegenstandes nicht tatsächlich entbehren muss. BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 mit Anm. Leipold JZ 1994, 1121; Meyding ZEV 1994, 202; Reiff NJW 1995, 1136; Schwane JA 1994, 357; Wegmann MittBayNot 1994, 307. BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 unter Berufung auf BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122

III.

Die Übertragung von Vermögen unter Rechtevorbehalt

Behält sich der Übergeber bei der Übertragung Nutzungsrechte vor, ist zu unterscheiden:

Bei Nießbrauchsvorbehalt als umfassendes Nutzungsrechts beginnt die Frist nach § 2325 BGB nicht zu laufen. Bei Wohnungsvorbehalt (unterschiedlich zum Nießbrauch) beginnt die Frist nach § 2325 BGB zu laufen, nach BGH v. 29.06.2016 IV ZR 474/15 wohl nicht nur bezogen auf die nicht dem Wohnungsrecht unterliegenden Räumlichkeiten, sondern den Gegenstand insgesamt.

2.

Die Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt - Ausnutzung des Niederstwertprinzips



Ehegatte 1

Ehegatte 2 / Kind



Nießbrauch / Rückforderung

**Bedingtes Rückforderungsrecht oder freies Rückforderungsrecht
vereinbaren**

IV.

Flucht in die Schenkung

Für den Fall, dass bei einer lebzeitigen Zuwendung die Anrechnung auf den Pflichtteil unterblieben ist, kann durch Flucht in die Schenkung die unterschiedliche Struktur des Gesetzes (Anrechnung auf Pflichtteil muss erklärt werden - Anrechnung eines Eigengeschenks erfolgt ipso iure) eine Lösung sein.

Der Vorbehalt von Nutzungsrechten und/oder Rückforderbarkeit ändert nichts am Rechtsgrund der Schenkung.



Erblasser

Übertragung unter Rechtevorbehalt
an Kind 2

Kind 1

Kind 2



Übertragung zu Lebzeiten
ohne Anrechnung auf den
Pflichtteil an Kind 1



V.**Ausstattung statt Schenkung**
und
Verschiebungseffekt des § 2056 BGB

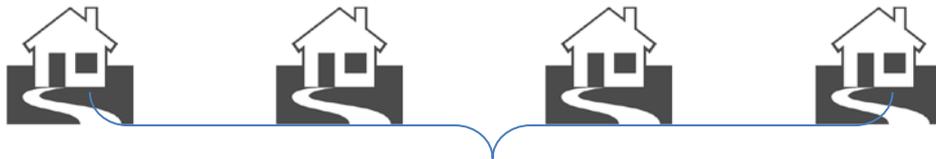
Nach § 2316 BGB ist die nach §§ 2050 ff. durchzuführende Ausgleichung unter Abkömmlingen bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge (Grundlage für die Berechnung des Pflichtteils) beachtlich. Die Abschmelzungsfrist vgl. § 2325 BGB gilt nicht, abweichende Anordnungen des Erblassers, wonach eine Ausgleichung nicht durchzuführen ist, sind bei Berechnung von Pflichtteilsansprüchen unwirksam.

VI.

Die Vererbung von Gesellschaftsanteilen

Der Pflichtteilsberechtigte kann sämtlich seitens des Erblassers angeordnete erbrechtliche Beschränkungen / Beschwerungen nach § 2306 BGB „abschütteln“ und seinen Pflichtteil in Geld fordern.

§ 2306 BGB gilt aber nach dem eindeutigen Wortlaut (und herrschender Meinung in der Literatur) nur für erbrechtliche Beschränkungen, nicht für Beschränkungen, die zB. gesellschaftsvertraglich vereinbart werden.



in Gesellschaft einbringen

und

Gesellschaftsanteile vererben

Mitgliedschaft in der Gesellschaft (Vererblichkeit einmal unterstellt) geht unmittelbar auf den einzelnen Miterben über, ohne Bestandteil des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens zu werden (einfache Nachfolgeklausel).

Umstritten ist, ob und wie die gesellschaftsrechtliche Einzelrechtsnachfolge bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel in das System des § 2306 einzupassen ist. In der Literatur wurde früher die Anwendung der Vorschrift zumeist wegen der damit einhergehenden unerwünschten Folgen ganz abgelehnt.

Heute erfolgt eine differenzierende Betrachtung.

So ist zu beachten, dass § 2306 stets eine Anordnung des Erblassers verlangt. Stellt etwa eine qualifizierte Nachfolgeklausel den Gesellschaftsanteil nur eingeschränkt vererblich, so liegt keine Anordnung vor, da die abweichende Beteiligung am OHG-Anteil letztlich auf der nur eingeschränkten Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils beruht.

Der diese qualifizierten Anforderungen nicht erfüllende pflichtteilsberechtigte Erbe wird nicht durch eine letztwillige Verfügung, sondern aufgrund der gesellschaftsrechtlich niedergelegten Nachfolgeregelung beschränkt.

Im Falle eines Gleichklangs zwischen Nachfolgeklausel und Verfügung von Todes wegen fehlt es an einer Beeinträchtigung. Setzt der Gesellschafter-Erblasser also ausschließlich solche Personen zu Erben ein, die sämtlich auch Nachfolger in den Gesellschaftsanteil werden können, ist für § 2306 BGB jedenfalls dann kein Raum, wenn er die Beteiligungsverhältnisse unverändert lässt. Anders ist der Fall zu beurteilen, dass bei Vorliegen einer qualifizierten Nachfolgeklausel der Gesellschafter-Erblasser mehrere Personen zu Erben einsetzt, aber abweichend von der Erbquote ein anderes Anteilsverhältnis verfügt mit der Folge, dass die abweichende Beteiligung im Gesellschaftsanteil letztlich auf seiner letztwilligen Anordnung beruht und nicht kraft Gesetzes eintritt. Bei diesem Konstrukt wirkt die qualifizierte Nachfolgeklausel wie eine Teilungsanordnung (§ 2048). Beschwert diese Teilungsanordnung den Pflichtteilsberechtigten, so steht ihm das Wahlrecht zu.

Sonstige gesellschaftsvertragliche Beschränkungen (Vinkulierungsbestimmungen; Kündigungsbeschränkungen; Abfindungsbeschränkungen etc) fallen nicht in den Anwendungsbereich von § 2306. Es handelt sich bei ihnen um Beschränkungen, die mit dem Vermögensgegenstand verbunden sind.

Die Rechtsprechung hält Kautelen in Gesellschaftsverträgen, die Abfindungsansprüche beim Tod eines Gesellschafters ausschliessen, für grds. zulässig. Im Abfindungsausschluss soll wegen des aleatorischen Charakters auch keine (pflichtteilsergänzungsbedürftige) Schenkung an die verbleibenden Gesellschafter liegen, sofern der Ausschluss für alle Gesellschafter in gleicher Weise gilt.

Gehen die Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags von in etwa gleich langen Lebenserwartungen aus („ausgeglichenes Todesfallrisiko“) hängt es letztlich vom Zufall ab, wer von ihnen früher („zugunsten des anderen Gesellschafters“) verstirbt. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die Gesellschafter die Gesellschaft gemeinsam „bei Null“ gründen.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 war der BGH mit der Frage befasst, ob die Aufnahme eines Gesellschafters in ein bereits bestehendes Unternehmen eine (pflichtteilsergänzungspflichtige) Schenkung darstellt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Ehemann M war Alleininhaber eines gewerblichen Verlags (Wert: mindestens 500.000 DM). Er gründete zusammen mit seiner Ehefrau F eine oHG, in die er den Verlag einbrachte. F leistete als Einlage einen Geldbetrag iHv 30.000 DM. Die Erbringung der Einlage erfolgte jedoch nicht in bar, sondern vielmehr durch Nichtausschüttung und Verrechnung künftiger Gewinne der F, durch die Erbringung ihrer vollen Arbeitskraft (tatsächlich aber in nicht größerem Umfang, als schon davor im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses) sowie durch Eingehung der umfassenden (Außen-)Haftung als persönlich haftender Gesellschafter. Laut Gesellschaftsvertrag sollte der erstversterbende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden und das Gesellschaftsvermögen ohne Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindung dem verbleibenden Gesellschafter anwachsen. M verstarb kurz nach Gründung.

Der BGH stellte klar, die Gründung einerseits und das Übernahmerecht nebst Abfindungsausschluss andererseits dürften nicht voneinander getrennt werden; erst die Berücksichtigung beider Aspekte ermögliche ein zutreffendes Bild.

Zwar fiel die Einlage der F anlässlich der Gründung nicht ins Gewicht, gleichwohl betonte der BGH ihre gestiegene Verantwortung und das übernommene Haftungsrisiko. Leistung und Gegenleistung seien zu bewerten:

„Erst der Vergleich beider kann ergeben, ob das auffallende, grobe Missverhältnis vorliegt, das den Schluss auf die für § BGB § 516 BGB erforderliche Einigung über die (teilweise) Unentgeltlichkeit nahe legt ... und inwieweit besondere Umstände vorliegen, die eine Abweichung von dem Grundsatz rechtfertigen, die Aufnahme eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft stelle im allgemeinen keine Schenkung iSv § BGB § 516 BGB dar. Dass der allseitige Abfindungsausschluss für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters für sich allein nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nicht als Schenkung gewertet wird, steht dabei nicht im Wege.“ Es komme für die Annahme einer Schenkung nicht allein darauf an, ob die Gründung der Gesellschaft zu dem Zweck erfolgte, „die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Erblassers zu vermindern“; allerdings spreche dieser Zweck für einen Schenkungswillen. Massgeblich sei, ob die Ehegatten von gleich langen Lebenserwartungen ausgegangen seien zu; auch müsse das Interesse an der Fortführung des Unternehmens hinreichende Berücksichtigung finden. In einer weiteren Entscheidung, der die Aufnahme eines Gesellschafters als Kommanditist in eine bestehende KG zugrunde lag, stellte der BGH entscheidend auf die Übernahme der persönliche Haftung sowie die mit der Stellung als Gesellschafter zusammenhängenden Pflichten ab: ... Der Kommanditist hafte nur mit seiner Einlage, zur Geschäftsführung sei er nicht berechtigt, im Vordergrund stehe seine kapitalmäßige Beteiligung. Die Zuwendung der KG-Beteiligung beurteilte der BGH hier als Schenkung, (ZEV 2017, 601).

Hinweis

In den vom BGH entschiedenen Fällen zur Pflichtteilsfestigkeit des Abfindungsausschlusses ging es aber stets um unternehmenstragende Gesellschaften. Ob diese Rechtsprechung auf rein vermögensverwaltende Gesellschaften übertragen werden kann, wird in der Literatur nicht einheitlich bewertet. Richtigerweise wird eine Übertragung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze auf vermögensverwaltende Gesellschaften aber in Betracht kommen.

Bringt F das Wohnhaus in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), bestehend aus ihr und M, ein, übernimmt die GbR alle objektbezogenen Verbindlichkeiten und verpflichten sich beide Gesellschafter zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks (Erhaltung des Wohnhauses, Tilgung der Verbindlichkeiten, etc.), liegen tatbestandlich die gleichen Voraussetzungen wie in dem vom BGH entschiedenen Fall zur oHG vor.

VII.

Pflichtteilsstrafklauseln

1.

Einfache Pflichtteilsstrafklausel

Muster

Für den Fall, dass nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns einer unserer Abkömmlinge einen Pflichtteilsanspruch gegen den Längstlebenden geltend machen sollte, ist dieser berechtigt, den anspruchstellenden Abkömmling und seine Nachkommen durch Testament von der Ersatzerbfolge auszuschließen

Empfehlung, eine „fakultative Ausschlussklausel“ zu gestalten, bei der der Überlebende (gemeinschaftliches Testament / Erbvertrag) eine abändernde Verfügung vornehmen kann, aber nicht muss, mit dem Vorteil, dass dem Längstlebenden eine angemessene Reaktion auf die dann konkret gegebene Situation ermöglicht wird.

Darüber hinaus erhält der Erbe die Möglichkeit, die Verfügung gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO gegenüber dem Grundbuchamt zum Nachweis der Erbfolge vorzulegen, wohingegen bei einer automatischen Enterbung stets ein Erbnachweis durch Erbschein oder zumindest eine eidesstattliche Versicherung der Nichtgeltendmachung des Pflichtteils in notarieller Form (OLG Hamm ZErB 2016, 51) erforderlich ist, weil das Grundbuchamt nicht prüfen kann, ob ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht worden ist (Lange, ZEV 2009, 371).

Nachteil: Geschäftsunfähigkeit des Erblassers (Zimmer, NotBZ 2007, 10).

2.

Automatische Pflichtteilsstrafklausel

Muster

Erben des Längstlebenden von uns sind unsere Kinder zu gleichen Teilen. Falls eines unserer Kinder nach dem Tode des Erstversterbenden von uns einen Pflichtteilsanspruch gegen den Längstlebenden geltend machen sollte, soll er, bzw. sein ganzer Stamm auch nach dem Tode des Längstlebenden von uns nur den Pflichtteil erhalten.

3.

Jastrowsche PflichtteilsstrafklauselMuster

Falls einer unserer Abkömmlinge nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns einen Pflichtteilsanspruch gegen den Längstlebenden von uns geltend machen sollte, sind der anspruchstellende Abkömmling und seine Nachkömmlinge durch Testament von der Schlusserbfolge ausgeschlossen.

Es erhalten ausserdem diejenigen Abkömmlinge, die den Pflichtteil nicht verlangen, beim ersten Erbfall ein Geldvermächtnis in Höhe des Wertes ihres gesetzlichen Erbteils. Dieses Vermächtnis ist ab dem ersten Erbfall mit ... Prozent jährlich zu verzinsen und wird mit dem Tod des Längstlebenden mit den Zinsen fällig

Durch diese Klausel wird der Nachlass des Letztversterbenden Ehegatten um die Pflichtteilslast als eine Nachlassverbindlichkeit (betagtes Vermächtnis nach dem erstversterbenden Ehegatten) vermindert.

4.

„Pflichtteilsanrechnung“Muster

Verlangt ein Erbe beim Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil, so hat er sich den erhaltenen Pflichtteil beim Tode des Längstlebenden anrechnen zu lassen

Der Abkömmling, der den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden verlangt, erhält als Vorausvermächtnis den Vorteil der früheren Leistung etwa den Zinsvorteil. Mit der Klausel wird sichergestellt, dass die Geltendmachung des Pflichtteils jedenfalls nicht zu einer größeren Nachlassbeteiligung führt (vgl. BGH NJW 2010, 3023)