

Kerstin Löbe

Spezialreport: Schenkungsrecht

Stand: Juli 2020

www.deubner-recht.de
Ein kostenloser Service
des Deubner Verlags

Inhaltsverzeichnis

1. Fehlerhafte Ausgestaltung von Nießbrauchsrechten	1
1.1 Lastentragung.....	1
1.2 Gesamtberechtigung eines Nießbrauchs am Alleineigentum eines Ehegatten	4
1.3 Nachträglicher Verzicht auf Nießbrauchsrecht	5
2. Mangelnde Berücksichtigung von künftigen Pflichtteilsansprüchen.....	8
3. Vergessen von vertraglichen Rückforderungsrechten.....	11
4. Fehler bei der Rückabwicklung einer Schenkung	14
5. Hinweis auf den Unterschied zwischen Ausstattung und Schenkung vergessen	20
6. Mangelnde Prüfung der Nichtigkeit von Überlassungsverträgen wegen Verstoßes gegen das sozialrechtliche Nachrangprinzip (§ 138 BGB)	22
7. Probleme bei Vereinbarungen von Wart- und Pflegeverpflichtungen in Überlassungsverträgen.....	25
8. Probleme bei Abfindung von weichenden Geschwistern werden übersehen	27
9. Übersehen der Genussverzichtsrechtsprechung des BGH bei Schenkungen	30
10. Unzureichende Gestaltung der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall	32

laufenden Unterhaltung des Grundstücks, die regelmäßig innerhalb kürzerer Zeitabstände anfallen, z.B. die Beseitigung geringer Schäden an der Dacheindeckung oder das Erneuern zerbrochener Fensterscheiben.

Außergewöhnliche Aufwendungen

Größere Renovierungskosten – wie die Neueindeckung eines Dachs, der Anstrich des ganzen Hauses, umfangreiche Innen- und Außenputzarbeiten oder die Wärmedämmung eines Dachs – sind keine Aufwendungen i.S.d. § 1041 BGB. Auch andere Veränderungen oder Verschlechterungen, die trotz regelmäßiger Erhaltung eintreten, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten. Droht der Sache Gefahr, oder werden außergewöhnliche Instandsetzungsarbeiten notwendig, so muss er dem Eigentümer unverzüglich Anzeige erstatten (§ 1042 BGB). Zu außergewöhnlichen Aufwendungen ist der Nießbraucher nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt (§ 1043 BGB). Gegenüber dem Eigentümer steht ihm hierfür nur ein Ersatzanspruch bei einer entsprechenden schuldrechtlichen Verpflichtung oder nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu (§ 1049 Abs. 1, § 1068 BGB).

Abweichende Kostentragungsregelung

Die Kostentragungsregelung des § 1047 BGB ist getragen von dem Grundsatz, dass dem Nießbraucher der Reinertrag gebührt, er also all diejenigen Lasten zu tragen hat, deren Entrichtung aus den Erträgen erwartet werden darf, ebenso alle Betriebs- und Fruchtgewinnungskosten. Hierbei handelt es sich jedoch um dispositives Recht, von dem die Vertragsparteien abweichen können. Im Regelfall wird eine Abweichung von den Regelungen der §§ 1041 und 1047 BGB durch den kautelarjuristischen Berater auch anzuraten sein. Zum einen führen die gesetzlichen Regelungen gerade bei den Kindern zu erheblichem Unmut, denn auf der einen Seite sind sie durch den Nießbrauch von jeglicher Nutzungsmöglichkeit ausgeschlossen, auf der anderen Seite sollen sie aber die Kosten bzw. außergewöhnlichen Belastungen tragen. Dies führt i.d.R. zu erheblichem Unverständnis auf Seiten der Kinder.

Ein Abweichen von den gesetzlichen Regelungen ist aber auch aus einkommensteuerrechtlicher Sicht geboten, um dem Vorbehaltsnießbraucher die volle Anerkennung der Lasten als Werbungskosten zu ermöglichen.

Sicherung des
Werbungs-
kostenabzugs

Führt der Vorbehaltsnießbraucher eine außergewöhnliche Instandsetzungsmaßnahme (z.B. eine Dachsanierung) durch, und macht er seinen Aufwand gegenüber dem Eigentümer **nicht** geltend, ist ein Werbungskostenabzug beim Nießbraucher ausgeschlossen, da hierin eine nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbare Zuwendung an den Eigentümer liegen würde.¹⁾ Der getätigte Aufwand wäre damit steuerlich in vollem Umfang verloren. Ein Werbungskostenabzug wäre allenfalls dann möglich, wenn der gesetzlich bestehende Ersatzanspruch vom Nießbraucher zwar geltend gemacht, aber nicht realisiert wird.²⁾

(Kein)
Werbungs-
kostenabzug
beim Nieß-
braucher

Trägt hingegen der Eigentümer bei gesetzlicher Kostentragung entsprechend seiner sich aus § 1041 BGB ergebenden Verpflichtung die Aufwendungen für außergewöhnliche Instandsetzungsmaßnahmen, führt dies steuerlich zu dem Ergebnis, dass bei ihm ein Werbungskostenabzug mangels Einkünfteerzielung ausgeschlossen ist. Ein steuermindernder Abzug ist in derartigen Fällen i.d.R. auch nicht unter dem Gesichtspunkt sogenannter vorweggenommener Werbungskosten im Hinblick auf eine nach Erlöschen des Nießbrauchs beabsichtigte Vermietung möglich, da ein Ende der Nutzung durch den Vorbehaltsnießbraucher noch nicht absehbar ist.³⁾ Derartige Fallgestaltungen sollten daher dadurch vermieden werden, dass sich der Nießbraucher im Übertragungsvertrag zur Übernahme auch größerer Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet, so dass er die Aufwendungen als Einkünfteerzieler steuermindernd berücksichtigen kann.

(Kein)
Werbungs-
kostenabzug
beim Eigen-
tümer

1) BFH, Urt. v. 10.04.1991 – XI R 13/87, BFH/NV 1991, 740.

2) BFH, Urt. v. 17.08.2005 – IX R 27/03, BFH/NV 2006, 270.

3) BFH, Urt. v. 19.02.2019 – IX R 20/17, BFH/NV 2019, 540.

Hinweis

Gleichwohl hat die Rechtsprechung in Ausnahmefällen auch dem Eigentümer eines nießbrauchsbelasteten Objekts den Abzug vorweggenommener Werbungskosten erlaubt. Dieser ist ausnahmsweise dann möglich, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt, dass der Steuerpflichtige die Aufwendungen im eigenen Interesse als zukünftiger Nutzer des Hauses tätigt, d.h. wenn die zukünftige Nutzung zeitlich konkret ansteht.¹⁾ Der Eigentümer einer nießbrauchsbelasteten Immobilie kann daher vorweggenommene Werbungskosten z.B. dann geltend machen, wenn der Nießbrauch nach den zugrundeliegenden Vereinbarungen zeitnah aufgehoben werden soll.²⁾ Damit können „verloren geglaubte“ Fälle ggf. noch „gerettet“ werden.

Da die in § 1041 BGB geregelte Lastenverteilung vertraglich abdingbar ist, sollte der Übertragungsvertrag die Vereinbarung vorsehen, dass der Nießbraucher abweichend von der Grundregel des § 1041 BGB auch außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen auf eigene Kosten zu tragen hat. Diese Nebenabrede muss, wenn sie zwischen nahen Angehörigen erfolgt, klar und eindeutig getroffen und tatsächlich durchgeführt werden. Ist dies der Fall, sind die größeren Instandsetzungsaufwendungen beim Nießbraucher steuerlich berücksichtigungsfähig.³⁾

1.2 Gesamtberechtigung eines Nießbrauchs am Alleineigentum eines Ehegatten

Aufschiebend bedingter Nießbrauch

Bei der Übertragung von Grundbesitz ist es nicht unüblich, dass der schenkende Alleineigentümer für sich **und** seinen Ehegatten Rechte vorbehält, etwa ein Nießbrauchsrecht oder ein Rentenrecht. Es empfiehlt sich dabei, genau zu formulieren, **wann** das Recht dem anderen Ehegatten zusteht. Die leider nicht ungebrauchliche Formulierung „behält sich der Schenker für sich und

1) BFH, Urt. v. 31.05.2000 – IX R 6/96, BFH/NV 2001, 24.

2) BFH, Urt. v. 25.02.2009 – IX R 3/07, BFH/NV 2009, 1251.

3) BFH, Urt. v. 24.06.2009 – IV R 20/07, BFH/NV 2010, 20.

seinen Ehegatten ein Nießbrauchsrecht gem. § 428 BGB vor“ bietet vom Wortlaut her Anlass zu der Annahme, der Schenker habe das Nießbrauchsrecht zur Hälfte bereits an seinen Ehegatten schenkweise abgetreten. Dies dürfte jedoch regelmäßig, insbesondere ertragsteuerlich (Thema Zuwendungsnießbrauch und AfA-Verlust) nicht gewollt sein. Die Rechtsprechung hat bislang solche „verkorksten“ Formulierungen dahin gehend ausgelegt, dass die Rechtsposition des Ehegatten erst **aufschiebend bedingt** durch das Ableben des Schenkers entsteht.¹⁾

Die Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB führt danach **nur dann** zu einer Bereicherung des Dritten, wenn er über den Gegenstand sodann tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann.²⁾

Die Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB beinhaltet nur, dass der Schuldner an jeden der Gläubiger mit befreiender Wirkung leisten kann, sagt aber nichts über die Innenberechtigung nach § 430 BGB aus. Besteht im Innenverhältnis die Abrede, dass z.B. die Mieteinnahmen dem bisherigen Alleineigentümer allein zustehen und diese auch so verwendet werden, scheidet eine Schenkung an den Ehegatten aus.

Vereinbarung
im Innen-
verhältnis

1.3 Nachträglicher Verzicht auf Nießbrauchsrecht

Immer wieder gelangen die schenkenden Eltern einige Zeit später zu der Einsicht, dass sie die Einnahmen aus dem Nießbrauchsrecht nicht mehr benötigen oder das Nießbrauchsrecht aufgeben wollen, um den Kindern einen Verkauf des Objekts zu ermöglichen.

Schenkungssteuerlich führt der vorzeitige unentgeltliche Verzicht auf den vorbehaltenen, nicht auf einen bestimmten Endtermin befristeten Nießbrauch zu einer (weiteren) Bereicherung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Gestalt der Minderung von Belastungen

1) FG Hamburg, Urt. v. 29.11.2004 – III 257/02, DStRE 2006, 275.

2) BFH, Urt. v. 22.08.2007 – II R 33/06, DStR 2007, 2108.

des Eigentümers. Dadurch bestand die Gefahr einer doppelten Belastung, sofern das vorbehaltene Nießbrauchsrecht bei der Übertragung des Wirtschaftsguts selbst nicht als Abzugsposten berücksichtigt wurde, andererseits aber der Verzicht hierauf als schenkungsteuerbarer Vorgang betrachtet wird. Die sich nach altem Recht durch die Nichtabzugsfähigkeit der Nießbrauchlast nach § 25 Abs. 1 ErbStG a.F. und dem späteren Verzicht an sich ergebende Doppelbelastung beseitigte die Rechtsprechung nach früherem Recht durch einen Abzug des ursprünglich unberücksichtigt gebliebenen Kapitalwerts der Belastung vom Kapitalwert zum Zeitpunkt des Verzichts.¹⁾ In aller Regel ergab sich durch einen späteren Verzicht keine weitere Steuerlast, da der Kapitalwert der Nutzungslast zum Zeitpunkt des Verzichts meist niedriger war als derjenige zum Zeitpunkt der Übertragung.²⁾ Zur Festsetzung einer Steuer kam es nur, wenn der aufgrund des gestiegenen Lebensalters des Schenkers geringere Faktor für die Kapitalisierung durch eine andere Entwicklung, wie z.B. dadurch, dass das Objekt deutlich höhere Erträge erbrachte, überkompensiert wurde.

Beispiel

Vater V schenkte seinem Sohn im Jahr 2006 unter Nießbrauchsvorbehalt ein Grundstück mit einem Grundbesitzwert von 500.000 € (Verkehrswert 700.000 €). Der Nießbrauch blieb bei der Feststellung des Grundbesitzwerts unberücksichtigt. Der Jahreswert des Nießbrauchs beträgt 40.000 €. Zum Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung ist V 65 Jahre alt. Im Jahr 2018 verzichtet er unentgeltlich auf den Nießbrauch. Zum Zeitpunkt der Ausführung dieser Zuwendung ist V 77 Jahre alt. Der Grundbesitzwert beträgt 710.000 € und entspricht dem Verkehrswert. Der Jahreswert des Nießbrauchs beträgt unverändert 40.000 €.³⁾

1) BFH, Urt. v. 17.03.2004 – II R 3/01, BStBl II, 429.

2) ZIMMERMANN, BBEV 2008, 56, 60; MOENCH, ZEV 2008, 227, 228.

3) Aus H E 25 „Verzicht auf Nutzungsrechte in den Fällen des § 25 ErbStG a.F. bei Steuerentstehungszeitpunkten für die Vermögenszuwendung unter Nießbrauchsvorbehalt vor dem 1.1.2009“ ErbStH 2019 entnommen.

Die schenkungsteuerliche Berücksichtigung der Vorgänge stellt sich wie folgt dar:

Lösung

Erwerb 2006	
Bruttowert des Erwerbs	500.000 €
Persönlicher Freibetrag	- 205.000 €
Steuerpflichtiger Erwerb	<u>295.000 €</u>
Steuersatz 15 %	
Steuer 2006	44.250 €
Bruttowert des Erwerbs	500.000 €
Jahreswert Nießbrauch	
500.000 € / 18,6 (§ 16 BewG) = 26.882 €	
(tatsächlicher Wert höher)	
Kapitalwert Nießbrauch (§ 14 BewG)	
26.882 € × 9,019	<u>- 242.449 €</u>
Nettowert des Erwerbs	257.551 €
Persönlicher Freibetrag	<u>- 205.000 €</u>
Steuerpflichtiger Nettoerwerb	52.551 €
Abgerundet	52.500 €
Sofort fällige Steuer 2006	
nach Härteausgleich (§ 19 Abs. 3 ErbStG)	<u>- 3.890 €</u>
Zu stundende Steuer	40.360 €
Erwerb 2018	
Erwerb aus Nießbrauchsverzicht	
Jahreswert Nießbrauch 2018	
710.000 € / 18,6 (§ 16 BewG) = 38.172 €	
(tatsächlicher Wert höher)	
Kapitalwert Nießbrauch 2018 (§ 14 BewG)	
38.172 € × 7,478	285.450 €
Kapitalwert Nießbrauch 2006 (siehe oben)	<u>- 242.449 €</u>
Bereicherung 2018	43.001 €

Eine steuerliche Doppelerfassung des Nutzungsrechts kann im neuen Erbschaftsteuerrecht – im Gegensatz zu Übertragungen, bei denen § 25 ErbStG noch anzuwenden war – nicht mehr eintreten, so dass in diesen Fällen der Wert des Nießbrauchs- oder anderen Nutzungsrechts im Zeitpunkt des Verzichts ungeschmälert als eigenständige Schenkung anzusetzen ist (R E 25 Abs. 4 Satz 2 ErbStR 2019).

Da der Verzicht auf das Nießbrauchsrecht eine Schenkung unter Lebenden i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG darstellt, sind auch Folgeregelungen des ErbStG, insbesondere die Freibeträge des § 16 ErbStG, anwendbar.

Sofern die Mandanten über einen Verzicht auf das Nießbrauchsrecht oder ein Wohnrecht nachdenken, sollte der anwaltliche Berater an dieser Stelle die schenkungsteuerliche Situation jedenfalls genau prüfen.

2. Mangelnde Berücksichtigung von künftigen Pflichtteilsansprüchen

Jede lebzeitige Zuwendung hat immer auch eine erbrechtliche oder pflichtteilsrechtliche Konsequenz. Der juristische Laie denkt natürlich nicht bei Hingabe eines namhaften Geldbetrags zu Lebzeiten an eines seiner Kinder daran, dass diese Hingabe bei seinem Ableben nochmals erhebliche Bedeutung erlangen kann. Aber auch in notariellen Urkunden zu lebzeitigen Zuwendungen findet man oft gar nichts zu den erbrechtlichen Bestimmungen oder aber lediglich Floskeln, die den tatsächlichen Umständen nicht gerecht werden. Dabei kann der Schenker selbst bestimmen, welche erbrechtlichen oder pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen eine Hingabe zu Lebzeiten haben soll.

Die häufig anzutreffende Anordnung, dass ein Geschenk „auf den Erbteil anzurechnen“ sei, enthält keine Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil. Die Formulierung bedeutet nur, dass die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen ist. Es sollte daher immer ausdrücklich angeordnet werden, worauf die Zuwendung angerechnet werden soll. Wenn eine Anrechnung auf den Erb- und Pflichtteil gewünscht ist, muss beides angeordnet werden.

Unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden können erbrechtlich nicht nur Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen, sondern entfalten auch über die §§ 2050, 2315, 2316 BGB Wirkungen auf den Pflichtteil. Den Notar trifft lediglich dann eine entsprechende Aufklärungs- und Belehrungspflicht, wenn sich aus dem Vorbringen der Beteiligten ergibt, dass auch diese Spätfolgen der Zuwendung geregelt werden sollen. Für den erbrechtlichen Berater ist es jedoch zwingende Pflicht, die rechtlichen Auswirkungen einer unentgeltlichen Zuwendung mit den Beteiligten von sich aus zu erörtern.

Die massivste Maßnahme ist an dieser Stelle, dass alle weichenden Erben generell auf ihre Pflichtteile gegenüber dem Erblasser verzichten, weiter kann ein Verzicht gegenständlich beschränkt auf diese Zuwendung ausgesprochen werden. Möglich ist bei Mitwirkung aller Pflichtteilsberechtigten bei der Zuwendung auch eine schuldrechtliche Gleichstellungserklärung im Wege des schuldrechtlichen, der notariellen Beurkundung bedürftigen Vertrags über die Pflichtteile am Nachlass eines noch lebenden Dritten unter den Pflichtteilsberechtigten.

Sind jedoch die bei der Zuwendung nicht bedachten Pflichtteilsberechtigten nicht bereit oder in der Lage, bei der Zuwendung mitzuwirken, kann nur versucht werden, den jeweiligen Willen des Erblassers durch Anrechnungsbestimmungen gem. § 2315 BGB, Ausgleichungsanordnungen gem. § 2050 Abs. 3, § 2316 Abs. 1 BGB bzw. Klarstellung der vorhandenen Ausstattungsabsicht gem. § 1694 Abs. 1, § 2050 Abs. 1 BGB oder gleichzeitige Anordnung

von Anrechnung- und Ausgleichspflicht (§ 2316 Abs. 4 BGB) Rechnung zu tragen. Hierbei sind selbstverständlich die verschiedenen Auswirkungen dieser Gestaltungsmöglichkeiten auf die Pflichtteile zu erörtern und zu beachten.

Ob dabei allerdings die bloße Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB) oder die zusätzliche Ausgleichsordnung (§ 2316 Abs. 4 BGB) für die Beteiligten günstiger ist, kann im Einzelfall vom Berater kaum entschieden werden, weil insoweit die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls und nicht der Zuwendung maßgeblich sind.

Fest steht insoweit nur, dass die bloße Anrechnung auf den Pflichtteil die Pflichtteilslast des Erben am stärksten mindert und die reine Ausgleichsordnung bzw. die Festlegung der Ausstattungsabsicht die Pflichtteilswerte der übergangenen Pflichtteilsberechtigten am stärksten erhöht.

Zeitpunkt der Vereinbarung

Eine Anrechnungsbestimmung bzw. Ausgleichsordnung ist nur jeweils vor oder gleichzeitig mit der Hingabe der Zuwendung möglich und nicht mehr nachträglich.

Zum Schutz des längstlebenden Elternteils vor den Pflichtteilsansprüchen des Zuwendungsempfängers bei Vorliegen eines Berliner Testaments sollte man jeweils einen Pflichtteilsverzicht des Beschenkten auf den Erbfall des Erstversterbenden für den Fall vorsehen, dass der überlebende Elternteil Alleinerbe wird. Gegebenenfalls könnte dieser Pflichtteilsverzicht noch dadurch bedingt werden, dass in dem Berliner Testament der Zuwendungsempfänger vom Längstlebenden entsprechend bedacht ist.

In jedem Fall muss der erbrechtliche Berater bei lebzeitigen Zuwendungen diese Problematik erfassen und im Detail mit den Beteiligten erörtern.

3. Vergessen von vertraglichen Rückforderungsrechten

Immer wieder sieht man in der täglichen Praxis Grundstücksüberlassungsverträge, die ohne entsprechende vertragliche Rückfallklausel ausgestaltet sind. Dies ist leichtsinnig und kann für den Schenker zu schmerzlichen Konsequenzen führen. Die gesetzlichen Rückforderungsrechte sind i.d.R. nicht ausreichend, um den Schenker umfassend zu schützen. Es handelt sich hierbei um die Rückforderung bei Nichtvollziehung einer Auflage, Verarmung des Schenkers oder groben Undanks des Beschenkten. Der Berater sollte deshalb bei Gestaltung entsprechender Überlassungsverträge immer auch weitere vertragliche Rückforderungsrechte mit den Übergebern diskutieren, um diese zu Lebzeiten noch besser zu schützen. Andernfalls kann es zu bösen Überraschungen kommen.

Die Eltern schenken ihrer Tochter einen Bauplatz, der direkt an ihr eigenes Grundstück angrenzt. Sie ist mittlerweile liiert. Von dem Freund der Tochter sind die Eltern nicht begeistert. Trotzdem schenken sie der Tochter nur kurze Zeit später weitere 150.000 €, damit diese auf dem Bauplatz ein Haus errichten kann. Dies geschieht dann auch in den nächsten Monaten. Kurze Zeit später heiratet die Tochter ihren Freund. Die Tochter verstirbt sechs Monate später bei einem Verkehrsunfall. Sie hatte zugunsten ihres Freundes ein Testament verfasst. Keine zwei Monate später zieht dort die nächste Freundin des Schwiegersohns ein. Die Eltern erleben eine doppelte Katastrophe: Zum einen haben sie ihre geliebte Tochter verloren, zum anderen haben sie ihren Grundbesitz und ihr Geld an den Schwiegersohn verloren.

Beispiel

Der Verlust des Grundstücks und des Geldes wäre zu vermeiden gewesen, wenn sich die Schenker ein Rückforderungsrecht für den Fall des Vorversterbens der Erwerberin vorbehalten hätten. Eine derartige Klausel fand sich allerdings nicht in dem Überlassungsvertrag.

Rück-
forderungs-
tatbestände

Typische Rückforderungstatbestände sind:

a) **Schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung**

Nicht unüblich ist es, ein Rückforderungsrecht für den Fall zu vereinbaren, dass der Zuwendungsgegenstand veräußert oder belastet wird. Häufig wird ein Rükckerwerbsrecht an abredewidrige Weiterveräußerungen oder Belastungen seitens des Erwerbers geknüpft, so dass bei entsprechender Grundbuchlicher Sicherung ein Ergebnis erzielt werden kann, das der verbotenen dinglichen Verfügungsbeschränkung gem. § 137 Satz 1 BGB nahekommt. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs sollte nicht nur die entgeltliche, sondern auch die unentgeltliche Veräußerung erfasst sein. Um das Risiko einer Zwangsversteigerung aus Grundpfandrechten zu minimieren, empfiehlt es sich, nicht nur die Eintragung von Grundpfandrechten, sondern auch deren Revaluierung ohne Zustimmung des Veräußerers als Rückforderungstatbestand auszugestalten.

b) **Vermögensverfall des Eigentümers**

Der Schutz des Zuwendungsobjekts vor Eigentumsverlust aufgrund eigener Verbindlichkeiten des Erwerbers (Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Erwerbers) liegt dem Veräußerer regelmäßig besonders am Herzen. Hierbei sind angeordnete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung) regelmäßig erst dann Rückforderungsgrund, wenn sie nicht binnen kurzer Zeit (maximal drei Monate) wieder aufgehoben werden. Die Vereinbarung der Rückforderungsmöglichkeit bei Vermögensverfall verstößt weder gegen § 138 BGB noch liegt darin eine wegen § 119 InsO unwirksame Klausel.

c) **Scheidung des Erwerbers**

Im Fall der Scheidung des Erwerbers befürchtet der Übergeber regelmäßig, dass der Schwiegerpartner zumindest an der Wertsteigerung der Immobilie, die über den Inflationsausgleich hinausgeht, beteiligt ist. Um dies zu verhindern, könnte

an den Tatbestand eines nicht nur geringfügigen Getrenntlebens angeknüpft werden. Hier könnte an einen Zeitraum von etwa sechs Monaten gedacht werden. Der Zugang des Scheidungsantrags ist als Zeitmoment möglicherweise zu spät, da das Endvermögen dann bereits feststeht und das Rückerberisiko nur mit einem, wenn auch sehr hohen, Abschlag berücksichtigt werden dürfte.

d) **Vorversterben des Erwerbers**

Sofern keine erbvertraglichen Bindungen mit dem Veräußerer als Bindungspartner vorliegen, ist der Erwerber im Hinblick auf die Gestaltung seiner Rechtsnachfolge von Todes wegen frei. Auch vertragliche Verpflichtungen, in bestimmter Weise nicht zu testieren, schützen wegen § 2302 BGB nicht. Um das beabsichtigte Ziel, den Erhalt des Vermögens innerhalb der Familie, zu erreichen, wird häufig das Rückerberisiko auch für den Fall vorbehalten, dass der Zuwendungsgegenstand nicht von Todes wegen an bestimmte privilegierte Zweiterwerber (zumeist die Abkömmlinge des Erwerbers) fällt. In der Regel wird aber ein jederzeitiges Rückforderungsrecht im Todesfall vorbehalten, ohne Anknüpfung an eine bestimmte Bedingung.

e) **Sonstige Rückforderungstatbestände**

Grundsätzlich sind an dieser Stelle der Phantasie der Beteiligten keine Grenzen gesetzt, so könnte ein Rückforderungsrecht des Schenkers bei einem Fehlverhalten des Beschenkten gewährt werden. Insoweit kommt in Betracht, an den Tatbestand des groben Undanks i.S.d. § 530 BGB, konkreter an die Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung gem. § 2333 BGB, oder an Umstände wie Alkoholismus, Sektenmitgliedschaft oder Nichtvollendung einer Ausbildung anzuknüpfen. Aber auch das Fehlschlagen der Übertragung aus schenkungssteuerlicher Sicht („Steuerklausel“) kann einen Rückforderungstatbestand darstellen.

„Zweistufiges“
Rückforderungsrecht

In jedem Fall sollte der Berater diesen Punkt eingehend mit den Beteiligten besprechen und die Durchführung (Form, Frist, Gegenleistung) exakt festhalten. In den genannten Fällen ist ein „doppelt bedingtes“ oder auch „zweistufiges“ Rückforderungsrecht zu empfehlen, bei dem der Rückforderungsanspruch erst entsteht, wenn nicht nur der Auslösetatbestand (z.B. Tod des Beschenkten) eingetreten, sondern auch eine Rückforderungserklärung abgegeben ist, die als Gestaltungserklärung aus gestattet sein kann.

4. Fehler bei der Rückabwicklung einer Schenkung

Immer wieder kommt es vor, dass eine Sache geschenkt wird, aber die Beteiligten die Schenkung dann aus unterschiedlichsten Gründen rückgängig machen wollen. In aller Regel geschieht dies auch einvernehmlich. Die Gründe für den Wunsch der Rückabwicklung können vielfältig sein und im Steuerrecht selbst liegen, aber auch außerhalb des Steuerrechts. Aus zivilrechtlicher Sicht steht es den Parteien frei, die Schenkung jederzeit aufzuheben und rückgängig zu machen. Aus steuerrechtlicher Sicht ist hier allerdings Vorsicht geboten.

Eine bürgerlichrechtlich vollzogene Schenkung bringt – sofern sie ernst gemeint ist (§ 117 Abs. 1 BGB) – auch dann die Schenkungssteuer nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zur Entstehung, wenn sie unter freiem Widerrufsvorbehalt steht. Denn mit dem Vollzug einer Sachschenkung durch Übereignung des Schenkungsgegenstands ist dieser aus dem Vermögen des Zuwendenden ausgeschieden und in das Vermögen des Zuwendungsempfängers übergegangen, es hat folglich eine auf der causa der unentgeltlichen Zuwendung beruhende Vermögensverschiebung stattgefunden.¹⁾ Die Frage danach, ob diese von sicherem Bestand ist, berührt den Umstand der Bereicherung des Zuwendungsempfängers auf Kosten des Zuwendenden nicht.

1) BFH, Urt. v. 13.09.1989 – II R 67/86, BStBl II, 1034.

Die freiwillige Aufhebung der Schenkung führt **nicht** zum Erlöschen der einmal entstandenen Schenkungsteuer. Vielmehr wird die Rückübertragung des Gegenstands vom Beschenkten an den Schenker als erneute Schenkung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gewertet.

Freiwillige
Aufhebung
der
Schenkungen

Anders ist dies nur zu bewerten, wenn die Rückübertragung unfreiwillig aufgrund Gesetzes oder aufgrund einer vertraglich vereinbarten Rückfallklausel erfolgt. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erlischt die Erbschaftsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit ein Geschenk wegen eines Rückforderungsrechts herausgegeben werden muss.

Rückwirkendes
Erlöschen
der Erbschaft-
steuer

Aus § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ergibt sich, dass der Gesetzgeber an die Rückabwicklung bzw. Rückgabe von Schenkungen bzw. Geschenken gedacht hat, diese Vorgänge aber nur unter den dort normierten Voraussetzungen schenkungsteuerrechtlich berücksichtigen wollte. Im Schenkungssteuerrecht gilt der Grundsatz, dass Umstände, die nach dem Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung den Wegfall der Bereicherung zur Folge haben, auf die für die Schenkung angefallene Schenkungsteuer keinen Einfluss haben. Die Schenkungsteuerpflicht hinsichtlich einer ausgeführten Schenkung kann daher z.B. **nicht** dadurch beseitigt werden, dass die Schenkung aus freien Stücken rückgängig gemacht wird. Bei Rückgabe wegen eines Rückforderungsrechts ist der Rückfall selbst aber nicht nach dem ErbStG steuerbar, weil es sich nicht um eine freiwillige Zuwendung, sondern um eine erzwungene Rückgabe handelt. Die Anwendbarkeit des § 29 ErbStG auf die frühere Schenkung hat also indizielle Bedeutung für die Steuerfreiheit des Vermögensrückfalls.

Die gesetzlichen Rückforderungsrechte sind im Wesentlichen:

- die Nichtvollziehung einer Auflage (§ 527 BGB),
- die Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB)
- sowie der grobe Undank (§ 530 BGB).

Gesetzliche
Rückforde-
rungsrechte

Ein Rückforderungsrecht besteht auch im Fall der **Nichtigkeit** der Schenkung (§ 142 Abs. 1 BGB), z.B. aufgrund Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung (§§ 119, 123 BGB). Der Beschenkte ist in diesem Fall nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) zur Herausgabe des Geschenks verpflichtet.

Vertragliche
Rückforde-
rungsrechte

Vertragliche Rückforderungsrechte i.S.d. § 29 ErbStG müssen in Gestalt eines Rücktrittsrechts, Widerrufsvorbehalts oder einer aufschiebenden Bedingung ausdrücklich in dem ursprünglichen Schenkungsvertrag geregelt sein.¹⁾ Bei einem erst nach Ausführung der Schenkung vereinbarten Rückforderungsrecht ist § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht erfüllt.

Besonders katastrophal wirkt sich die nicht vorbehaltene Rückübertragung immer dann aus, wenn diese **in einer ungünstigeren Steuerklasse erfolgt als die ursprüngliche Schenkung**. Dies ist immer so im Fall einer Schenkung zwischen Eltern und Kindern. Die erste Schenkung erfolgt in der Steuerklasse I, die zweite Schenkung erfolgt in der Steuerklasse II. Eine Minderung gem. § 27 ErbStG kommt nicht in Betracht, weil die Eltern nicht von Todes wegen erwerben und auch nicht in der Steuerklasse I. Der einfache Bürger, der sich mit erbschaftsteuerlichen Belangen nicht befasst, ist sich dieser Konsequenzen i.d.R. nicht bewusst. Es besteht häufig die Annahme, dass mit dem Rückgängigmachen einer Schenkung nicht erneute Schenkungsteuer ausgelöst wird. Um diese belastenden Konsequenzen zu vermeiden, sollten entsprechende **Rückfallklauseln** vereinbart werden (wie unter 6/2.3 dargestellt) bzw. weitere kautelarjuristische Vorsorge betrieben werden.

Nicht immer lassen sich nämlich die schenkungsteuerlichen Folgen einer Schenkung ganz exakt prognostizieren. Gerade bei Schenkungen von Unternehmensanteilen kommt es im Rahmen einer späteren Betriebsprüfung oft zu einer nicht unerheblichen Erhö-

1) Z.B. MEINCKE/HANNES/HOLTZ, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 7.

hung der Bemessungsgrundlage für die Schenkung. Hier sollte im Rahmen der Beratung Vorsorge getroffen und eine sogenannte „**Steuerklausel**“ in das Vertragswerk aufgenommen werden.¹⁾

Nach den in § 313 BGB gesetzlich geregelten Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann eine Rückabwicklung eines Schenkungsvertrags in Betracht kommen. Nach diesem Grundsatz hat ein Vertragspartner gegen den anderen einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags, wenn die sich bei Abschluss des Vertrags von beiden Seiten übereinstimmend zugrunde gelegten Verhältnisse außerhalb des Vertrags schwerwiegend verändern, das Geschäft in Kenntnis des Fehlens dieser außervertraglichen Grundlagen nicht abgeschlossen worden wäre, das Risiko des Fortfalls der Geschäftsgrundlage nicht von einer Partei getragen werden muss und der anderen Partei die Anpassung nicht unzumutbar ist. Dies kann gem. § 313 Abs. 3 BGB im äußersten Fall ein Rücktrittsrecht des benachteiligten Teils begründen, wenn die Anpassung durch die Rechtsordnung verboten, undurchführbar oder sinnlos ist.

Wegfall der
Geschäfts-
grundlage

Wenn aufgrund dieses Vertrags entgegen unserer Erwartung eine Schenkungsteuer (oder alternativ: eine höhere Schenkungsteuer als 50.000 €) anfällt, kann der Schenker die Schenkung widerrufen.

Beispiel

Solche Klauseln sollten zweckmäßigerweise **nicht mit einem Automatismus versehen werden**, d.h., dass bei Eintritt der Bedingung die Aufhebung der Schenkung von selbst erfolgt, sondern vielmehr optional ausgestaltet werden. Dies bedeutet, dass der Schenker die Schenkung bei Eintreten der Voraussetzungen der Klausel beseitigen kann, aber nicht muss („doppelt bedingtes“ oder auch „zweistufiges“ Rückforderungsrecht).

1) Zur grundsätzlichen Anerkennung von Steuerklauseln vgl. Schiffsverkaufsfall, BFH, Urt. v. 24.08.1961 – IV 352/59 U, BStBl III 1962, 112.

Anerkennung einer Steuerklausel

Die schenkungsteuerlichen Folgen einer derartigen Steuerklausel sind allgemein anerkannt. Der BFH hat in einer sehr frühen Entscheidung¹⁾ die Auffassung vertreten, dass in Fällen, in denen alle Beteiligten davon ausgehen, dass bestimmte Vorgänge keine Schenkungsteuer auslösen, ein auch schenkungsteuerlich beachtlicher Rücktritt vom Vertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich ist. Auch in späteren Entscheidungen²⁾ erkannte der BFH einen Wegfall der Geschäftsgrundlage in Konstellationen als grundsätzlich möglich an, in denen von den Vertragsparteien nicht erwartete schenkungsteuerliche Folgen eingetreten waren.

Auch die erstinstanzliche Rechtsprechung hält es für möglich, dass nicht erwartete schenkungsteuerliche Folgen unter bestimmten Voraussetzungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Vertrags führen.³⁾ Voraussetzung hierfür ist allerdings stets, dass die Vertragsparteien den Umstand, dass keine Schenkungsteuer anfällt, bei Abschluss des Vertrags als für den Vertragsabschluss übereinstimmend vorausgesetzt haben. Eine beachtliche Geschäftsgrundlage sind nach § 313 BGB wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind. Die Parteien müssen also nach eigener Prüfung oder fachlicher Auskunft davon ausgegangen sein, dass keine Schenkungsteuer anfällt. Sie müssen diesem Gesichtspunkt eindeutig erkennbar maßgebende Bedeutung zugemessen haben.⁴⁾ Nicht durch eigene Sachkunde oder fachliche Informationen abgesicherte Vermutungen sind keine wesentlichen Vorstellungen in diesem Sinne.⁵⁾ Sich „überhaupt keine

1) BFH, Urt. v. 03.08.1960 – II 263/57, DB 1961, 226.

2) BFH, Urt. v. 29.07.1964 – II 106/62, BB 1979, 1208; BFH, Urt. v. 19.10.1977 – II R 89/71, BStBl II 1978, 217; BFH, Urt. v. 27.10.1972 – II B 7/72, BStBl II 1973, 14.

3) FG Berlin, Urt. v. 10.01.1989 – V 191/87, EFG 1989, 415; FG München, Beschl. v. 02.10.1998 – 4 V 1889/98, DStRE 1999, 234; FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.03.2001 – 4 K 2805/99, DStRE 2001, 765.

4) SCHUMANN, UVR 1993, 17.

5) FG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.04.2008 – 14 V 14016/08, DRsp Nr. 2008/16250.

Gedanken“ über schenkungsteuerliche Folgen gemacht zu haben, erhebt den Umstand, dass Schenkungsteuer nicht anfallen wird, jedoch nicht zur Geschäftsgrundlage.¹⁾

Der Nachweis, dass eine bestimmte erhoffte steuerliche Folge Grundlage für die Schenkung war, ist meist schwierig, sofern in dem Vertrag nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wurde. In der Literatur wird daher empfohlen, den Rückübertragungsanspruch zivilgerichtlich zu erstreiten, um diesen Nachweis zu führen.²⁾

Hinweis

Zu beachten sind auch die sich aus § 41 AO ergebenden Rechtsfolgen. Die zivilrechtliche Rückwirkung wird bei laufend veranlagten Steuern nicht nachvollzogen, sondern beschränkt sich auf einmalig festgesetzte Steuern wie Erbschaftsteuer und Grunderwerbsteuer. Für den Bereich der Einkommensteuer gilt der „Grundsatz der Unabänderlichkeit des verwirklichten Einkünfteerzielungsbestands“.³⁾ Die Schenkung unter bedingtem Widerrufsvorbehalt kann auch einkommensteuerliche Folgen haben.

Ertragsteuerlich wird angenommen, dass derartige Klauseln un-
schädlich sind. Der Beschenkte (z.B. bei einer Grundstücksschenkung) erzielt bereits mit Übergang von Nutzen und Lasten in eigener Person Einkünfte (z.B. aus Vermietung und Verpachtung). Die Tatsache, dass der Schenker sich einen Widerruf ausbedungen hat, lässt die einkommensteuerliche Zurechnung also unberührt. Zivil- und Einkommensteuerrecht decken sich. Wird der Widerruf der Schenkung erklärt, so ist dies einkommensteuerlich nur bedeutsam, wenn das Geschenk vom Schenker bislang zur Einkünfteerzielung verwandt wurde. Mit der Herausgabe verliert der Be-

Ertrag-
steuerliche
Folgen

1) FG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.04.2008 – 14 V 14016/08, DRsp Nr. 2008/16250.

2) Vgl. TROLL/GEBEL/JÜLICHER/GOTTSCHALK, ErbStG, § 29 Rdnr. 23 (Dezember 2019).

3) BFH, Urt. v. 21.10.1999 – I R 43,44/98, BStBl II 2000, 424, sowie BFH, Beschl. v. 15.03.2000 – VI B 31/99, BFH/NV 2000, 1185.

schenkte dann die Einkunftsquelle, und seine Steuerpflicht endet insoweit. Eine „Rückabwicklung“ der Versteuerung der laufenden Einkünfte erfolgt hingegen nicht.

5. Hinweis auf den Unterschied zwischen Ausstattung und Schenkung vergessen

Ist es das Ziel des Schenkers, den Zugriff des Sozialhilfeträgers zu vermeiden, könnte über eine Ausstattung anstelle einer Schenkung nachgedacht werden. Da der Gesetzgeber die **Ausstattung** nach § 1624 BGB nicht als gänzlich freiwillig, sondern als Erfüllung einer familiären, sittlichen Verpflichtung angesehen hat, hat er den Grund der Zuwendung nicht als Schenkung, sondern insoweit als causa sui generis behandelt.

§ 2050 Abs. 1 BGB bestimmt, dass Abkömmlinge dasjenige, was sie zu Lebzeiten des Erblassers als Ausstattung erhalten haben, untereinander ausgleichen müssen; es sei denn, der Erblasser ordnet das Gegenteil an (§ 2020 BGB). Unter Pflichtteilsberechtigten sind Ausstattungen gem. § 2316 i.V.m. § 2050 BGB immer auszugleichen, dies kann vom Erblasser nicht ausgeschlossen werden. § 2325 BGB zur Pflichtteilsergänzung ist bei einer Ausstattung nicht einschlägig. Im Gegensatz zu einer Schenkung unterliegt eine Ausstattung niemals der Pflichtteilsergänzung. Andererseits ist sie auch dann zur Pflichtteilsberechnung heranzuziehen, wenn sie länger als zehn Jahre zurückliegt.

Als objektive Voraussetzung muss die Ausstattung aus dem Vermögen eines Elternteils gewährt werden. Subjektive Voraussetzung ist wiederum, dass zwischen den Beteiligten Einigkeit über den gesetzlichen Ausstattungszweck bestehen muss. Dieser kann entweder in der Begründung oder Erhaltung einer selbständigen Lebensstellung liegen, aber auch als Zuwendung anlässlich der Heirat des Kindes (Mitgift, Aussteuer) gewährt werden.

Die Ausstattung wird allerdings dann als Schenkung begriffen, soweit es sich um eine Übermaßausstattung handelt. Die Frage der Angemessenheit einer Ausstattung ist stets auf den Zuwendungszeitpunkt zu beantworten. Eine Übermaßausstattung liegt vor, wenn über die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus zugewendet wird. Ist eine übermäßige Ausstattung als Schenkung zu qualifizieren, ist sie dies nur bezüglich des überschießenden Teils. Insoweit bedarf ein Schenkungsversprechen der Form des § 518 BGB. Fehlt es an der Form, ist das Ausstattungsversprechen nichtig, sein Gesamtschicksal beurteilt sich nach § 139 BGB. Im Zweifel wird demnach von der Gültigkeit des Ausstattungsversprechens in dem § 1624 BGB entsprechenden Umfang ausgegangen, denn der Zweck des § 1624 BGB spricht gegen die Regel des § 139 BGB. Die Beweislast für einen das angemessene Maß überschreitenden Umfang der Ausstattung trägt derjenige, der das Übermaß behauptet.

Übermaßausstattung

Die Übertragung der wesentlichen Vermögensanteile des Erblassers wird regelmäßig durch die Ausstattung nicht möglich sein, da andernfalls eine Übermaßausstattung vorliegen würde.

Da die Ausstattung nicht dem Schenkungsrecht unterliegt, bedarf das Ausstattungsversprechen grundsätzlich keiner Form, insbesondere gilt § 518 Abs. 1 BGB nicht. Die Regeln über die Notbedarfseinrede (§ 519 BGB), die Rückforderung wegen Notbedarfs (§ 528 BGB) und den Widerruf (§ 530 BGB) gelten ebenfalls nicht. Folglich gibt die Ausstattung dem Empfänger größeren Schutz vor Rückforderungen insbesondere des Sozialamts!

Zuwendungen, die nicht als Schenkung, sondern als Ausstattung anzusehen sind, stellen demnach ein geeignetes Mittel dar, um Pflichtteilsergänzungsansprüche zu reduzieren. Nur bei Vorliegen einer Schenkung greifen die Pflichtteilsergänzungsansprüche der §§ 2325 und 2326 BGB ein.

Ob man Zuwendungen an Kinder als Ausstattung betitelt, um die Ansprüche unliebsamer Pflichtteilsberechtigter zu umgehen oder wenigstens zu minimieren, sollte dennoch wohl überlegt sein. Wenn der Erblasser die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB erlebt, hätte er den Vermögenswert zwar erfolgreich dem Pflichtteilergänzungsanspruch entzogen. Allerdings gilt es zu bedenken, dass eine Ausstattung zwingend unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen auszugleichen ist (§ 2316 Abs. 3 BGB). Folglich würde der Vermögenswert wegen der nicht dispositiven Ausgleichspflicht der Ausstattung auf den Erbfall noch Berücksichtigung finden. Vor diesem Hintergrund ist eine Ausstattung regelmäßig nur dann empfehlenswert, wenn es sich bei dem unerwünschten Pflichtteilsberechtigten um den Ehegatten oder Lebenspartner handelt, da hier keine Ausgleichspflicht nach § 2316 BGB besteht. Sinn machen kann die Ausstattung ferner, wenn der Erblasser den Ablauf der Zehnjahresfrist aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr erleben wird.

6. Mangelnde Prüfung der Nichtigkeit von Überlassungsverträgen wegen Verstoßes gegen das sozialrechtliche Nachrangprinzip (§ 138 BGB)

Für den erbrechtlichen Berater ist immer die mögliche Nichtigkeit der Veräußerung und Übereignung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), und zwar insbesondere dann, wenn sich die Vermögens- und Einkommensminderung beim Veräußerer zu Lasten der öffentlichen Hand auswirkt, bei welcher er vermögens- und einkommensabhängige Sozialleistungen beantragt hat, zu prüfen.

Zu Lebzeiten der leistungsberechtigten Personen sind angemessene Immobilien nach dem SGB II und SGB XII nicht zur Deckung des leistungsrechtlichen Bedarfs, z.B. von Leistungen zum Lebensunterhalt oder bei Leistungen der Hilfe zur Pflege, einzusetzen. Angesichts des hohen Werts von Immobilien stehen diese aber im Fokus

von Leistungsträgern, wenn der vermögensrechtliche Schutz bei Tod der leistungsberechtigten Person entfällt und der Leistungsträger Kostenersatz durch Erben (vgl. § 102 SGB XII, § 35 SGB II) geltend macht und die in den Jahren zuvor aufgewandte Leistung post mortem wieder bekommen kann.

Die Schenkung einer Immobilie, die einen wesentlichen Teil des Vermögens des Schenkers bildet, ist nicht schon dann als solche sittenwidrig, wenn der Schenker deshalb nicht mehr in der Lage ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Den Schenker trifft keine Verpflichtung, für sein Alter vorzusorgen. Im Fall der Verarmung sieht der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB einen Ausgleich vor, der mittelbar auch die Interessen der Allgemeinheit schützt, weil grundsätzlich der Wert des Geschenks zur Deckung eines später eintretenden Notbedarfs herangezogen werden und eine Belastung des Sozialhilfeträgers insoweit vermieden werden kann.¹⁾ Vielmehr ergibt sich der Verstoß gegen die guten Sitten erst aus der Vereitelung des Rückgriffs des Sozialhilfeträgers auf das Geschenk oder dessen Wert durch die Erhebung der Notbedarfseinrede des Beschenkten.²⁾

Die Vollziehung eines Schenkungsvertrags verstößt regelmäßig gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), wenn der Schenker dem Beschenkten einen Vermögensgegenstand zuwendet, den er zur Deckung seines Unterhaltsbedarfs benötigt, dieser Unterhaltsbedarf deshalb vom Sozialhilfeträger befriedigt werden muss und der Beschenkte annehmen muss, den zugewendeten Gegenstand mit der Schenkung einer Verwertung zur Deckung des Unterhaltsbedarfs des Schenkers zu entziehen. Geht mit dem Vollzug der Schenkung für die Beteiligten erkennbar einher, dass der Schenker für seinen Lebensunterhalt auf staatliche Sozialleistungen angewiesen ist, kann dies in vergleichbarer Weise sittlich anstößig sein wie der Abschluss einer Unterhaltsvereinbarung, mit der die Ehegatten auf

1) Vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2009 – Xa ZR 6/09, NJW 2010, 2655, Rdnr. 16 m.w.N.; BGH, Urt. v. 06.02.2009 – V ZR 130/08, NJW 2009, 1346, Rdnr. 11.

2) BGH, Urt. v. 20.11.2018 – X ZR 115/16, BGHZ 220, 226, Rdnr. 23.

der Ehe beruhende Familienlasten zum Nachteil des Sozialleistungsträgers dergestalt regeln, dass der über den gesetzlichen Unterhalt hinaus zahlungspflichtige Ehegatte finanziell nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern und deshalb ergänzender Sozialleistungen bedarf.¹⁾

So verhält es sich regelmäßig, wenn der Schenker und der Beschenkte mit der Schenkung bewusst oder zumindest grob fahrlässig den Bezug von Sozialhilfeleistungen herbeiführen und der Sozialhilfeträger den geschenkten Gegenstand nicht im Wege des Rückgriffs verwerten kann. Eine solche Schenkung ist mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren, denn die Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG endet dort, wo ihr die Rechtspositionen Dritter entgegenstehen.²⁾ Vertragsparteien, die wie bei einer Schenkung gem. §§ 519, 528, 529 Abs. 2 BGB auf die Fähigkeit der jeweils anderen Vertragspartei zur Bestreitung des eigenen Unterhalts Rücksicht zu nehmen haben, missachten die guten Sitten, wenn sie versuchen, eine Unterstützungsbedürftigkeit zu Lasten des Sozialhilfeträgers herbeizuführen.³⁾ Dies ist grundsätzlich anzunehmen, wenn die maßgeblichen Umstände den Vertragsparteien bei Abschluss des Schenkungsvertrags bekannt sind oder sie sich diesen Erkenntnissen grob fahrlässig verschließen.⁴⁾

Der anwaltliche Berater sollte diese Thematik immer im Auge behalten, da durchaus damit zu rechnen ist, dass in Zeiten leerer öffentlicher Kassen die Frage der Sittenwidrigkeit möglicherweise in Zukunft stringenter behandelt wird.

1) BGH, Urt. v. 05.11.2008 – XII ZR 157/06, BGHZ 178, 322, Rdnr. 36 f.

2) Vgl. BGH, Urt. v. 08.12.1982 – IVb ZR 333/81, BGHZ 86, 82, 87 f.; BGH, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228, 233.

3) Vgl. BGH, Urt. v. 05.11.2008 – XII ZR 157/06, BGHZ 178, 322, Rdnr. 36 f.

4) BGH, Urt. v. 20.11.2018 – X ZR 115/16, BGHZ 220, 226.

7. Probleme bei der Vereinbarung von Wart- und Pflegeverpflichtungen in Überlassungsverträgen

Gerade bei Grundstücksüberlassungen wird häufig als Gegenleistung eine Wart- und Pflegeverpflichtung vereinbart. Sie resultiert aus dem Wunsch des Übergebers, zu Hause versorgt zu werden, solange dies möglich ist, und trägt den Gerechtigkeitsvorstellungen der übrigen Beteiligten insoweit Rechnung, als derjenige, der den wesentlichen Teil des elterlichen Vermögens in Form einer Immobilie erhält, auch Mehrbelastungen gegenüber seinen Eltern zu tragen haben soll und damit zugleich mittelbar das Risiko der weichenden Geschwister, im Rahmen des zivilrechtlichen Elternunterhalts herangezogen zu werden, reduziert. Als kautelarjuristische Berater sollte man an dieser Stelle jedoch Übergeber und auch Erwerber entsprechend belehren.

In der Beratung sollten gerade die Übergeber darauf hingewiesen werden, dass auch die perfekt definierte Pflegeverpflichtung dann wenig nützt, wenn das persönliche Verhältnis von Berechtigtem und Verpflichteten zerrüttet ist. Wenn der Erwerber nicht wirklich aus eigenen Stücken zur Wart und Pflege des Übergebers bereit ist, ist auch die schönste vertragliche Vereinbarung letztendlich Makulatur.

Persönliches
Verhältnis

Den weichenden Erben, zumeist die Geschwister des Erwerbers, ist deutlich zu machen, dass die Übernahme einer Pflegeverpflichtung nichts mit der Tragung der Kosten bei einem notwendigen Heimaufenthalt zu tun hat.

Häufig wird eine Wart- und Pflegeverpflichtung nur deshalb in den Vertrag aufgenommen, um eine weitere Gegenleistung aufzubauen, die später, bei Ableben des Übergebers und Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche, in Abzug gebracht werden kann. Tatsächlich ist es nämlich so, dass die Minderung in der zivilrecht-

lichen Bereicherung bereits durch die abstrakte Übernahme des Pflegerisikos eintritt.¹⁾ Dies bedeutet im Hinblick auf die Berechnung von Pflichtteilergänzungsansprüchen, dass der Erwerber tatsächlich überhaupt keine Pflegeleistungen erbracht haben muss und dennoch den Gegenwert in Abzug bringen kann. Dieser wird mit einem an der Wahrscheinlichkeit orientierten Teilwert des kapitalisierten Jahresbetrags der Pflege, Letztere i.d.R. orientiert an dem Pflegegeldbetrag der jeweiligen Stufe, bewertet.

Im **Schenkungssteuerrecht** wird die Minderung der Bereicherung erst dann anerkannt, wenn die Pflege tatsächlich ausgeübt wird. Die Pflegeleistung stellt zwar auch schenkungssteuerrechtlich eine Gegenleistung für die Grundstücksübertragung dar. Da der Grundstückserwerber erst im Bedarfsfall zur Pflege des Berechtigten verpflichtet ist, liegt insoweit jedoch eine aufschiebend bedingte Last vor, die nach § 6 Abs. 1 BewG vor Eintritt der Bedingung nicht zu berücksichtigen ist. Die Pflegeverpflichtung bleibt deshalb zum Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung außer Ansatz und wird erst dann berücksichtigt, wenn der Pflegefall tatsächlich eingetreten ist. Bei der Schenkungssteuer liegt (erst) ab diesem Zeitpunkt eine gemischte Schenkung vor.

Ertragsteuerlich bilden übernommene und erbrachte Dienstleistungen kein Entgelt i.S.v. Anschaffungskosten bzw. Veräußerungserlös; nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei derartigen (privaten) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit Übertragungen im Wege vorweggenommener Erbfolge um vorbehaltenen Erträge und damit nicht um Anschaffungskosten.²⁾

1) BGH, Urt. v. 21.06.1972 – IV ZR 221/69, BGHZ 59, 132.

2) Vgl. BFH, Urt. v. 24.04.1991 – XI R 9/84, BStBl II, 794; BFH, Urt. v. 22.01.1992 – X R 35/89, BStBl II, 552; BFH, Urt. v. 11.03.1992 – X R 141/88, BStBl II, 499; siehe auch BFH, Urt. v. 14.09.1999 – IX R 88/95, BStBl II, 776; BFH, Beschl. v. 16.03.2012 – IX B 180/11, BFH/NV 2012, 1313.

Nicht selten erlebt man, dass der Erwerber den Übergeber dazu drängt, die Gegenleistungen, insbesondere Versorgungsansprüche, möglichst gering zu halten oder gar außerhalb der Notarurkunde zu vereinbaren. Hierbei wird das Argument durch den Erwerber ins Feld geführt, dass schließlich bei zahlreichen künftigen Sozialbezügen des Übergebers die Versorgungsansprüche als Einkommen anrechenbar sind oder dazu führen, dass der Sozialleistungsträger nach Überleitung diverse Möglichkeiten habe, den Erwerber in Anspruch zu nehmen. Der anwaltliche Berater hat in derartigen Fällen dem Übergeber immer vor Augen zu halten, dass seine legitimen, mit dem Erwerber und dessen Leistungsfähigkeit abzustimmenden Versorgungsinteressen vor allen sozial- und steuerrechtlichen Detailüberlegungen für die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses maßgeblich sein sollten. Dem Erwerber wiederum ist in diesem Zusammenhang zu vermitteln, dass mit abnehmender vertraglicher Versorgungspflicht der Grad der Untergeltlichkeit und damit die Wahrscheinlichkeit der Rückforderung gem. § 528 BGB steigen wird.

8. Probleme bei Abfindung von weichenden Geschwistern werden übersehen

Ein häufig anzutreffendes Problem besteht darin, dass die Eltern mehrere Kinder haben, aber nur ein Haus, das häufig den wesentlichen Vermögensbestandteil darstellt. In der Regel besteht das Interesse der Eltern darin, das Haus, das häufig auch selbst errichtet wurde, im Familienbesitz zu halten. Das Haus wird deshalb immer wieder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf eines der Kinder „abgeschichtet“. Hierbei ist es den Eltern regelmäßig ein Anliegen, nicht nur die eigene Absicherung zu gewährleisten, sondern auch die Interessen der weichenden Geschwister in einem Maß zu berücksichtigen, das spätere Streitigkeiten unter den Kindern ausschließt.

Aus Sicht des Erwerbers wird i.d.R. das Ziel verfolgt, die Ungewissheiten des Pflichtteilergänzungsrechts und des zeitlich unbegrenzt drohenden Ausgleichspflichtteils in den Griff zu bekommen. Dies geschieht meist durch zumindest gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzichte, welche in einem Kausalverhältnis zu entsprechenden Abfindungszahlungen stehen.

Aus Sicht der weichenden Geschwister sind derartige Zahlungen deshalb attraktiv, da sie planbar sind im Verhältnis zu den unbestimmten, weder dem Zeitpunkt noch der Höhe nach planbaren postmortalen Ausgleichsansprüchen des Pflichtteilsrechts.

Der Erblasser kann zu Lebzeiten mit künftigen Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisgläubigern rechtsgeschäftlich vereinbaren, dass diese auf die Erbaussicht verzichten (§§ 2346, 2348, 2352 BGB). Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden. Wenn die Beteiligten eine Abfindung erhalten, handelt es sich dabei schenkungsrechtlich um ein entgeltliches Geschäft, welches ausnahmsweise von § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG besteuert wird.

Nicht von § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG erfasst wird die Abfindung zwischen künftigen gesetzlichen Erben zu Lebzeiten des Erblassers (§ 311b Abs. 4, Abs. 5 BGB). Allerdings geht der BFH¹⁾ von einer freigebigen Zuwendung i.S.d. Grundtatbestands des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aus. Die Abfindung, die ein gesetzlicher Erbe für den Pflichtteilsverzicht erhält, stellt eine freigebige Zuwendung des Zahlenden i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar, da dieser als potentieller (Mit-)Erbe und nicht der spätere Erblasser zahlt.

Häufig wird der beratende Jurist nach der **Höhe der Gleichstellungsgelder** gefragt. Hier ist äußerste Zurückhaltung geboten. Allenfalls kann der Berater Anhaltspunkte dafür liefern, wie sich die im Verhältnis zum Veräußerer und ggf. dessen Ehegatten vorbehal-

1) BFH, Urt. v. 25.01.2001 – II R 22/98, BStBl II, 456.

tenen Gegenleistungen reduzierend auf das verbleibende Maß der Unentgeltlichkeit auswirken. Sodann wird der Berater erläutern müssen, wie hoch die Pflichtteilsquote der weichenden Geschwister ist. Allerdings ist an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich einerseits die Quote erhöhen kann, wenn der Ehegatte des Veräußerers oder Geschwister ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorversterben sollten, andererseits aber auch die Pflichtteilslast deutlich abnehmen kann, wenn der Veräußerer noch zehn Jahre nach Eintragung des Vollzugs im Grundbuch gelebt hat. Nach der Erbrechtsreform wirkt sich jedes Jahr, das der Veräußerer nach der Übertragung noch lebt, auf die Pflichtteilslast aus, da pro Jahr 10 % des hingegebenen Werts bei Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche „abgeschmolzen“ werden (Pro-rata-temporis-Lösung, dazu unter 6/2.9). Außerdem kann sich durch Vorempfänge der anderen Geschwister, die mit einer Ausgleichs- oder Anrechnungsbestimmung (§§ 2315, 2116 BGB) hingegeben wurden, das Ergebnis nach oben oder unten verändern.

Zur Schaffung klarer Verhältnisse sowohl für den Erwerber als auch für die weichenden Geschwister sollten die Leistungspflichten konkret vereinbart werden. Zu regeln sind Betrag, Fälligkeit, Verzinsung sowie die Absicherung der weichenden Geschwister. Häufig ist die Ausgleichszahlung hinsichtlich des Kausalgeschäfts oder durch aufschiebende bzw. auflösende Bedingungen verknüpft mit Erklärungen der weichenden Geschwister, die der Absicherung des Veräußerers und in erster Linie des Erwerbers dienen, vor allem mit einem gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht und Pflichtteilsergänzungsverzicht. Typischerweise wird die Zahlung nur dann geschuldet sein, wenn die weichenden Geschwister ihrerseits entsprechende Pflichtteilsverzichtserklärungen abgeben.

9. Übersehen der Genussverzichtsrechtsprechung des BGH bei Schenkungen

Für Erbfälle seit dem 01.01.2010 gilt bei der Ermittlung des Pflichtteilergänzungsanspruchs das sogenannte Abschmelzungsmodell des § 2325 Abs. 3 BGB: Schenkungen innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall werden mit dem vollen Wert, solche innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall mit jeweils 1/10 des Werts weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des geschenkten Gegenstands verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt.

Beispiel

Der Erblasser verschenkt eine Immobilie im Werte von 100.000 € an eines seiner Kinder. Verstirbt er innerhalb eines Jahres ab der Schenkung, wird für den Pflichtteilergänzungsanspruch der volle Wert in Ansatz gebracht, verstirbt er im zweiten Jahr, so kommen „nur“ noch 90.000 €, im dritten Jahr 80.000 €, im vierten Jahr 70.000 € usw. in Ansatz. Überlebt der Erblasser die Schenkung um mehr als zehn Jahre, so bleibt diese – wie schon nach alter Rechtslage – vollkommen außen vor.

Der Pflichtteilergänzungsanspruch errechnet sich aus der Differenz von Gesamtpflichtteil (berechnet nach dem fiktiven Nachlass) und dem ordentlichen Pflichtteil (beim enterbten Pflichtteilsberechtigten) oder einem hinterlassenen Erbteil (beim pflichtteilsberechtigten Erben). Anders ausgedrückt: Ein Pflichtteilergänzungsanspruch kommt immer dann in Betracht, wenn der ordentliche Pflichtteil nach dem realen Nachlass hinter dem Gesamtpflichtteil nach dem Wert des fiktiven Nachlasses zurückbleibt oder wenn das einem pflichtteilsberechtigten Erben oder Vermächtnisnehmer Hinterlassene im Wert geringer ist als der zusammengerechnete Wert von ordentlichem Pflichtteil und Ergänzungspflichtteil.

Immer wieder wird übersehen, dass nach Ansicht des BGH¹⁾ eine den Fristbeginn auslösende „Leistung“ i.S.d. § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB nur dann vorliegen kann, „wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen“.

Beim Vorbehaltsnießbrauch gibt der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands aber gerade nicht auf. Eine „Leistung“ gem. § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB des verschenkten Gegenstands liegt daher trotz Umschreibung im Grundbuch **nicht** vor. Dasselbe gilt auch bei einem Wohnungsrecht, wenn dem Eigentümer keine eigenständige Nutzungsmöglichkeit verbleibt. In der Literatur ist die Sichtweise des BGH zwar umstritten, mit einer Änderung der diesbezüglichen Rechtsprechung kann aber wohl nicht gerechnet werden.

Vorbehalts-
nießbrauch

Ob auch der Vorbehalt eines Wohnungsrechts das Anlaufen der Abschmelzungsfrist hindert, war lange Zeit umstritten. Fraglich war, wann ein Verzicht der Nutzung „im Wesentlichen“ vorlag. Der BGH hat 2016²⁾ erstmals zu dieser Frage Stellung genommen und sie für den Regelfall verneint: „Ein vorbehaltenes Wohnungsrecht steht einer ‚Leistung‘ i.S.d. § 2325 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht entgegen“, so dass die Abschmelzungsfrist mit dem Vollzug der Schenkung zu laufen beginnt. Gleichwohl hat der BGH in seinem Entscheidungsleitsatz betont, dass in Ausnahmefällen der Fristlauf sehr wohl gehindert sein könnte. Eine eindeutige Klarheit hat das Urteil des BGH nicht gebracht; es wurden aber einige Einzelfallkriterien herausgearbeitet, die für die Gestaltungspraxis relevant sind: Dient eine Immobilienschenkung gegen Wohnungsvorbehalt auch dem Zweck der Pflichtteilsvermeidung, sollte bei der Vertragsgestaltung darauf geachtet werden, dass sich das

Wohnungs-
recht

1) BGH, Urt. v. 27.04.1994 – IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395.

2) BGH, Urt. v. 29.06.2016 – IV ZR 474/15, BGHZ 211, 38.

Wohnungsrecht nur auf Teile der Räumlichkeiten oder einzelne von mehreren Wohnungen erstreckt und die Nutzung Dritten nicht überlassen werden darf.

Das bedeutet gleichzeitig, dass in dem Fall, dass die Schenkung auch der Pflichtteilsreduzierung dienen soll, die Vereinbarung eines Wohnungsrechts bei Einfamilienhäusern oder Eigentumswohnungen von vornherein ausscheidet.

Schenkungen
an den
Ehegatten

Eine Ausnahme von den soeben dargestellten Grundsätzen enthält das Gesetz in § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB. Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Zehnjahresfrist nicht vor Auflösung der Ehe zu laufen. Wird die Ehe erst durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst, sind also alle Schenkungen ergänzungspflichtig, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt des Eintritts des rechtlichen Leistungserfolgs beim beschenkten Ehegatten. Dieser kann also auch schon mehrere Jahrzehnte zurückliegen. Die Regelung des § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB ist verfassungsgemäß und verstößt weder gegen Art. 6 Abs. 1 noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁾

10. Unzureichende Gestaltung der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall

Besondere Probleme bereiten oft auch Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB), insbesondere Lebensversicherungsverträge.

Der spätere Erblasser (Versprechensempfänger) lässt sich vom Versprechenden (z.B. Bank oder Versicherungsgesellschaft) im Deckungsverhältnis (Bank- oder Versicherungsvertrag) entgeltlich, also gegen Prämien, Leistungen versprechen. Hierbei wird vereinbart, dass eine dritte Person, die mit dem Versprechensempfänger

1) BVerfG, Beschl. v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87, NJW 1991, 217; BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 1511/14, NJW 2019, 1434.

durch das Valutaverhältnis verbunden ist, mit dem Tod des Versprechensempfängers forderungsberechtigt sein soll. Das Valutaverhältnis stellt regelmäßig einen Schenkungsvertrag dar, auf den § 2301 Abs. 1 BGB nicht anwendbar ist, so dass allein die Regelungen der Schenkung unter Lebenden gem. §§ 516 ff. BGB zur Anwendung kommen, auch wenn die dritte Person den Leistungsanspruch gegen den Versprechenden erst mit dem Tod des Versprechensempfängers erwirbt.

Gegenstand einer solchen Zuwendung auf den Todesfall kann z.B. das Guthaben auf einem Sparkonto oder Bankdepot sein. Hat der Erblasser mit seiner Bank einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall über seine Guthaben abgeschlossen, bewirkt dieser Vertrag, dass die Bankguthaben außerhalb der Erbfolge unmittelbar auf den Dritten übergehen. Insoweit tritt bei dem Dritten nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG als Erwerb auf den Todesfall Steuerpflicht ein (wegen weiterer Einzelheiten vgl. R E 3.7 ErbStR 2019).

Hat der spätere Verstorbene dagegen lediglich ein Sparbuch auf einen fremden Namen angelegt, dieses jedoch noch nicht aus der Hand gegeben, ist im Zweifel anzunehmen, dass noch keine Schenkung zustande gekommen ist, der Erblasser sich vielmehr die Verfügungsbefugnis bis zu seinem Tod vorbehalten wollte.

Von erheblicher Bedeutung in der Praxis ist der **Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall** im Rahmen von Lebensversicherungsverträgen, bei denen der spätere Erblasser eine bezugsberechtigte Person bestimmt, an den die Versicherungssumme bei seinem Ableben ausbezahlt werden soll.

Fehlt beim Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags die Benennung eines Bezugsberechtigten für den Sterbefall, handelt es sich um einen Vertrag zu eigenen Gunsten mit der Folge, dass der Anspruch auf die Versicherung dem Versicherungsnehmer selbst zusteht und aufgrund seines Todes auf seine Erben oder sonst

Bedachten übergeht (§ 1922 BGB). Die Erben haben gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die Versicherungssumme zusammen mit den anderen Erwerben vom Erblasser zu versteuern (Erwerb durch Erbanfall).

In aller Regel wird aber im Deckungsverhältnis eine bezugsberechtigte Person benannt, der das Recht auf die Versicherungsleistung gem. § 328 Abs. 1 BGB zugewendet wird, ohne dass sie hieran mitzuwirken hätte. Mit Einräumung der Bezugsberechtigung erhält der Bezugsberechtigte bei Eintritt des Versicherungsfalls einen Anspruch gegen den Versicherer auf Auszahlung der Versicherungssumme. Die Einräumung der Bezugsberechtigung ist noch keine steuerbare Schenkung, sondern ein aufschiebend bedingter Erwerb gem. § 4 BewG, der erst bei Eintritt der Bedingung steuerbar ist. Deshalb spielt es auch keine Rolle, ob die Bezugsberechtigung widerruflich oder unwiderruflich eingeräumt wird. Räumt der Versicherungsnehmer einer anderen Person die Bezugsberechtigung für den Fall seines Todes vor Ablauf der Versicherungslaufzeit ein, liegt beim Bezugsberechtigten (erst) bei Eintritt des Versicherungsfalls ein Erwerb von Todes wegen i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG vor. In diesen Fällen ist insbesondere die exakte Bezeichnung der bezugsberechtigten Personen wichtig. Unter „Hinterbliebenen“ werden sowohl Ehegatte als auch Kinder gemeinsam verstanden, während die Klausel „Ehefrau oder Kinder“ zunächst allein den Ehegatten, ersatzweise die Kinder, begünstigt. Mit der schlichten Benennung des „Ehegatten“ ist der im Zeitpunkt des Versicherungsfalls verheiratete Ehepartner gemeint.

Im Zweifel handelt es sich um eine stets widerrufliche Benennung, so dass das Recht auf Leistung an den Begünstigten erst mit dem Versicherungsfall anfällt. Wurde der Bezugsberechtigte nicht zu Lebzeiten unterrichtet, ist das an ihn durch den Versicherer übermittelte Schenkungsangebot zusätzlich noch vor seiner Annahme seitens der Erben widerruflich, so dass es an einem Rechtsgrund für das Behaltendürfen fehlt und der volle Betrag bereicherungsrechtlich herauszugeben ist. Dies kann verhindert werden durch

eine Vereinbarung mit dem Versicherer, wonach der Widerruf der Bezugsberechtigung ausgeschlossen ist. In einem derartigen Fall liegt im Zweifel bereits eine gem. § 330 BGB zu Lebzeiten vollzogene Schenkung vor. Eine andere Variante besteht darin, im Rahmen einer letztwilligen Verfügung den Erbschaftsanfall unter die Bedingung zu stellen, dass der Erbe das Schenkungsangebot an die bezugsberechtigte Person nicht widerruft.

Wird von der versicherten Person ein Bezugsberechtigter benannt, dem der Anspruch auf die Versicherungssumme mit dessen Tod zusteht, fällt der Anspruch nicht in den Nachlass und wird somit außerhalb des Erbrechts übertragen. Ist der Bezugsberechtigte auch Erbe, könnte er, selbst wenn er die Erbschaft ausschlagen würde, die Lebensversicherung bekommen und behalten. Der Berechtigte erwirbt den Anspruch auf die Versicherungssumme unmittelbar gegenüber der Versicherung aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall. Anordnungen wie Testamentsvollstreckung, Vor- und Nacherbfolge etc. erfassen den Anspruch gegen den Versicherer demnach ebenfalls nicht. Dies wird häufig bei der Nachfolgeplanung übersehen.

