

**Beitrag zum  
27. Immobilien Markt der  
Sparkasse Essen**

**Das Einmaleins zur Vererbung von Immobilien**

Beitrag von  
Dr. Klaus-Peter Lindow  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Erbrecht



**HEINEMANN & PARTNER**

Rechtsanwälte | Partnerschaftsgesellschaft mbB

## **Das Einmaleins zur Vererbung von Immobilien**

### **Vorbemerkung**

Alle Jahre wieder, dieses Jahr jedoch Corona-bedingt in digitaler Form der Beitrag zur Behandlung von Immobilien im Rahmen der Nachlassplanung.

Achtung: Schon die Überschrift zu diesem Beitrag ist – an sich – unrichtig. Denn eine Immobilie kann man als einzelnen Gegenstand gar nicht „vererben“. Der Erbe oder, wenn es mehrere sind, die Erben, werden Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers und damit Eigentümer des gesamten Nachlasses, nicht (nur) einzelner im Nachlass befindlicher Dinge, wie etwa einer Immobilie. Einzelne Vermögenswerte, wie etwa eine Immobilie oder ein Miteigentumsanteil an einer Immobilie, können einzelnen Personen nur zugeordnet werden durch eine Erbeinsetzung in Verbindung mit einer Teilungsanordnung oder aber die Aussetzung eines Vermächtnisses. Dazu aber später.

### **A. Grundüberlegungen**

Immer dann, wenn ein gewisses Vermögen vorhanden ist, dies ist bei Immobilieneigentümern immer der Fall, sollte die Erbfolge - gerade hinsichtlich des Vermögenswerts Immobilie - geregelt sein. Meist geht es um die Übertragung auf die nächsten Angehörigen. Dies sind im Regelfall ein Ehegatte oder Lebensgefährte sowie etwa vorhandene Kinder, ggf. auch Enkelkinder. Der Übergang des Immobilienvermögens wie auch sonstigen Vermögens kann sich grundsätzlich auf zwei verschiedenen Wegen vollziehen, nämlich zum einen im Wege der sogenannten vorweggenommenen Erbfolge, zum anderen durch die Erbfolge beim Tod des Erblassers.

Schon an dieser Stelle sei angemerkt, dass hier, was die rechtlichen und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen betrifft, von der Anwendung Deutschen Rechts ausgegangen wird, was aber - vgl. dazu noch die Ausführungen in Abschnitt B. VI. - ab dem 17.08.2015 bei deutschen Staatsangehörigen keinesfalls mehr selbstverständlich ist.

Um eine vorweggenommene Erbfolge handelt es sich, wenn ein Übertragungsakt schon zu Lebzeiten des Inhabers des Vermögenswertes (Erblassers) an Personen erfolgt, die ansonsten den entsprechenden Vermögenswert von Todes wegen erhalten würden. Es geht also um eine Vermögensübertragung zu Lebzeiten auf künftige Erben im Vorgriff auf die Erbfolge. Für eine vorweggenommene Erbfolge besteht meist nur bei Vorhandensein etwas größeren Vermögens eine entsprechende Motivationslage, nämlich

- einerseits dann, wenn durch Zuwendung an Ehegatten, Kinder oder auch Enkelkinder die alle 10 Jahre wieder neu zur Verfügung stehenden erbschaftsteuerlichen Freibeträge genutzt werden sollen (auf diesem Wege lässt sich dann also eine ungünstige Besteuerung im Erbfall vermeiden);
- andererseits kann bei Durchführung einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung, dies ist meist bei zum Vermögen gehörenden Mietobjekten der Fall, das Bedürfnis bestehen, die oftmals „nervenaufreibende“ Verwaltung der Immobilie Jüngeren zu überlassen.

Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine vorweggenommene Erbfolgeregelung sinnvoller Bestandteil eines unbedingt erforderlichen familiären und wirtschaftlichen Gesamtkonzepts sein kann; dabei sind dann auch - aber auf keinen Fall im alleinigen Fokus - steuerrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

Ausgangspunkt der Überlegungen sollte stets die persönliche Situation des Erblassers bzw. Übertragenden in Bezug zu den vorgesehenen bzw. in Betracht kommenden Zuwendungsempfängern sein. Hiervon hängen nämlich die für die steuerrechtliche Würdigung maßgeblichen Faktoren der Steuerklasse, Freibeträge und Steuersätze ab. Im Mittelpunkt muss dann die Analyse der Vermögensstruktur des Erblassers bzw. Übertragenden stehen. Es stellt sich also die Frage, welche Vermögenswerte er schon zu Lebzeiten - ggf. unter bestimmten Vorgaben - weggeben kann, ohne die eigene Versorgung und Liquidität - ggf. auch diejenige seines Ehegatten oder Lebensgefährten - zu beeinträchtigen.

Bei kleineren bis mittleren Vermögen wird eine vorweggenommene Erbfolgeregelung eher die Ausnahme sein. Wenn etwa (nur) eine Immobilie vorhanden ist, die dann meist auch noch ganz oder teilweise selbst bewohnt wird, wird der Erblasser/Übertragende nur ausnahmsweise schon den Vermögenswert hingeben wollen.

Deshalb soll nachfolgend die Darstellung der Vermögensnachfolge mit dem Schwerpunkt Immobilie im Erbfall im Vordergrund stehen, nur ergänzend sollen einige Überlegungen zur Gestaltung einer vorweggenommenen Erbfolge dargestellt werden.

## **B. Erbfolge**

Soweit nicht ausnahmsweise bereits eine vorweggenommene Erbfolgeregelung getroffen wurde, erfolgt der Übergang des Vermögens mit dem Tod des Erblassers/der Erblasserin im Wege der Erbfolge. Der oder die Erben rücken dabei hinsichtlich des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens automatisch in die Rechtstellung des Erblassers ein (Von-Selbst-Erwerb).

Hier besteht nun die Möglichkeit, die Erbfolge durch die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen - dabei kann es sich entweder um ein Testament oder einen Erb-

vertrag handeln - selbst zu gestalten. Wird dies unterlassen, was unverständlicherweise sehr häufig vorkommt, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Wenn man Überlegungen zu einer sinnvollen Erbfolgeregelung treffen will, sollte man sich zunächst darüber klar werden, welche Erbfolge zum Tragen käme, wenn die Erbfolge sich nach der gesetzlichen Regelung vollzöge. Die gesetzliche Erbfolge ist zudem maßgebend im Hinblick auf etwaige Pflichtteilsansprüche. Es ist deshalb unerlässlich, die Grundzüge des gesetzlichen Erbrechts zu kennen.

Gesetzliche Erben sind zum einen der Ehegatte des Erblassers (bei eingetragenen Lebenspartnerschaften der Lebenspartner) sowie zum anderen die Verwandten.

## I. **Gesetzliches Erbrecht der Verwandten**

Für das gesetzliche (deutsche) Erbrecht der Verwandten gilt Folgendes:

Verwandt miteinander sind alle Personen, die voneinander oder von derselben dritten Person abstammen. Eine den Blutsverwandten entsprechende Rechtstellung haben allerdings auch adoptierte Kinder. Angeheiratete Personen, so der Ehegatte oder etwa Schwiegerkinder, gehören dagegen nicht zur Verwandtschaft.

Die Verwandten werden nach der gesetzlichen Regelung in Ordnungen eingeteilt, wobei die Verwandten einer vorrangigen Ordnung alle Verwandten der nachrangigen Ordnungen von der Erbfolge ausschließen.

Verwandte der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers, also Kinder und Enkelkinder (einschließlich Adoptivkindern und nichtehelichen Kindern).

Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

Hinterlässt der Erblasser also ein Kind oder Enkelkind, so kommen die Eltern oder Geschwister des Erblassers nicht zum Zuge.

Sind mehrere mit dem Erblasser verwandte Personen innerhalb derselben Ordnung vorhanden, so gilt Folgendes:

- Ein zum Zeitpunkt des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge aus. Hat also der Erblasser etwa einen Sohn, der wiederum zwei Kinder hat, so kommt nur der Sohn zum Zuge, nicht aber dessen Kinder, die Enkelkinder des Erblassers.
- An die Stelle des zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge. Man nennt

dies Erbfolge nach Stämmen. Stirbt also das einzige Kind des Erblassers und hinterlässt seinerseits zwei Kinder, Enkelkinder des Erblassers, so treten diese zu untereinander gleichen Anteilen an dessen Stelle, werden also Erben ihres Großvaters oder ihrer Großmutter.

## II.

### **Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten/Lebenspartners**

Der überlebende Ehegatte des Erblassers erbt nach der gesetzlichen Grundregelung neben Verwandten der ersten Ordnung zu  $\frac{1}{4}$ , neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern des Erblassers zur Hälfte. Nur dann, wenn weder Verwandte der ersten noch der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden sind, erbt der überlebende Ehegatte allein.

Haben die Ehegatten, was den Regelfall darstellt, im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft miteinander gelebt, also keinen Ehevertrag geschlossen, mit welchem sie Gütertrennung oder Gütergemeinschaft vereinbart haben, so erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um  $\frac{1}{4}$ . Bei einer Familie mit zwei Kindern wird also der erstversterbende Ehegatte, soweit die Ehegatten in Zugewinnungsgemeinschaft gelebt haben, von seinem Ehegatten zu  $\frac{1}{2}$  Anteil und von seinen beiden Kindern zu je  $\frac{1}{4}$  Anteil beerbt. Diese bilden eine Erbengemeinschaft. Das Ehegattenerbrecht endet mit Scheidung der Ehe bzw. auch schon dann, wenn beim Tod des Erblassers die Scheidungsvoraussetzungen vorlagen und der Erblasser die Scheidung entweder selbst beantragt oder dieser zugestimmt hat.

## III.

### **Pflichtteilsrechte**

Flankiert wird das gesetzliche Erbrecht von den sogenannten Pflichtteilsrechten. Nach der gesetzlichen Grundlegung können bestimmte gesetzliche Erben, soweit sie aufgrund einer Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind, von dem oder den Erben den Pflichtteil verlangen. Bei dem Pflichtteilsanspruch handelt es sich um einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch gegen den oder die Erben in Höhe der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils. Einen solchen Anspruch können etwa Kinder gegen den längerlebenden Ehegatten geltend machen, wenn aufgrund einer Verfügung von Todes wegen der erstversterbende Elternteil von dem längerlebenden Elternteil allein beerbt wird. Auch der Ehegatte ist pflichtteilsberechtigt, wenn er aufgrund einer Verfügung von Todes wegen nicht zum Zuge kommt. Die Eltern des Erblassers sind nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn der Erblasser keine Kinder hinterlässt. Geschwister des Erblassers sind nicht pflichtteilsberechtigt.

#### **IV. Nachteile der gesetzlichen Erbfolge**

Wie schon deutlich wurde, führt die gesetzliche Erbfolge sehr häufig zum Entstehen einer Erbengemeinschaft. Der Erblasser wird dann also von mehreren Personen, meist Ehegatten und Kindern, beerbt. Der Nachlass geht in einem solchen Falle als Ganzes auf die Erbengemeinschaft zur Gesamthand über. Der Nachlass und so auch eine etwa in den Nachlass fallende Immobilie werden gemeinschaftliches Vermögen aller Miterben. Zwar ist die Verwaltung dieses Nachlassvermögens mit Mehrheitsentscheidung der Erben möglich; Verfügungen können sie dagegen nur einstimmig treffen. Falls ein Mitglied der Erbengemeinschaft noch minderjährig ist, ist zudem zu berücksichtigen, dass für bestimmte Entscheidungen sogar die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist.

Die Erbengemeinschaft ist zudem tendenziell auf Auseinandersetzung angelegt und schon deshalb sehr streitanfällig. So kann etwa betreffend eine in den Nachlass gefallene Immobilie jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen. Lässt sich eine Einigung über den Verkauf der Immobilie insgesamt oder den Abkauf des Erbteils des die Auseinandersetzung verlangenden Erben nicht erreichen, kann es gegen den Willen der übrigen Erben zur Einleitung eines Verfahrens zur Aufhebung der Gemeinschaft, dem sogenannten Teilungsversteigerungsverfahren, kommen. Die gesetzliche Erbfolge ist deshalb meist nicht optimal. Es sollte deshalb unbedingt von der Möglichkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen Gebrauch gemacht werden.

#### **V. Verfügungen von Todes wegen**

Bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen geht es darum, zum einen rechtswirksame und zum anderen im Hinblick auf die Familie und den Nachlass klare und sinnvolle Regelungen zu treffen, um Streitigkeiten zu vermeiden. Die Abfassung einer Verfügung von Todes wegen sollte daher juristisch fundiert begleitet werden und die einzelnen Regelungen sorgfältig ausformuliert werden.

#### **VI. Rechtswahl**

Bei der Abfassung einer Verfügung von Todes wegen sollte unbedingt berücksichtigt werden, dass für deutsche Staatsangehörige nicht mehr - wie früher - automatisch deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt und ein deutsches Nachlassgericht zuständig ist, sondern dass nunmehr nach den Regelungen in der EU-Erbrechtsverordnung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers angeknüpft wird. Immer dann, wenn eine Person sich viel im Ausland aufhält, so beispielsweise ein „Mallorca-Rentner“, der beispielsweise 8 Monate des Jahres auf Mal-

lorca und nur den Rest des Jahres in Deutschland zubringt, ergibt sich ein Problem. Stirbt dieser „Mallorca-Rentner“ und zwar unabhängig davon, ob er in Spanien oder in Deutschland oder in einem dritten Land verstirbt, gilt, anknüpfend an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt, der dann in Spanien liegen dürfte, aus deutscher Sicht spanisches Erbrecht und sind die spanischen Gerichte für den Nachlass zuständig. Hier lassen nun Artikel 22, 24 Abs. 2 sowie 25 Abs. 2 EU-Erbrechtsverordnung die Möglichkeit zu, im Rahmen eines Testaments oder eines Erbvertrags für den Nachlass deutsches Recht zu wählen. Von dieser Rechtswahlmöglichkeit sollte, will man seinen Erben nicht böse Überraschungen zumuten, unbedingt Gebrauch gemacht werden. Es gilt also künftig, nicht nur eine formgültige Verfügung von Todes wegen zu treffen, sondern diese mit einer Rechtswahl zu verbinden.

## **VII. Formerfordernisse**

Für Verfügungen von Todes wegen gilt ein strenger Formzwang. Wird die zwingend vorgeschriebene Form nicht eingehalten, führt dies zur Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen.

### **1. Das Testament**

Mit einem Testament trifft der Erblasser eine einseitige Verfügung von Todes wegen.

In Betracht kommt bei Eheleuten auch die Errichtung eines gemeinsamen Testaments (gemeinschaftliches Ehegattentestament). In einem solchen Testament trifft ein jeder Ehegatte Verfügungen für seinen Todesfall. Meist regeln die Eheleute damit - quasi auf einen „Schlag“ - 4 denkbare Erbfälle: Das Erstversterben des Ehemanns, das Erstversterben der Ehefrau, das Zweitversterben des Ehemanns und das Zweitversterben der Ehefrau.

Wichtig ist es zu wissen, dass ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten im Hinblick auf die von dem Längerlebenden getroffenen Verfügungen von Todes wegen oftmals Bindungswirkung entfaltet, so dass der längerlebende Ehegatte nicht mehr abweichend testieren kann. Soll dies vermieden werden, sollte eine abweichende Verfügungsmöglichkeit des Längerlebenden im Testament ausdrücklich vorbehalten werden.

Als ordentliche Testamentsform kommt neben dem Testament zur Niederschrift eines Notars auch die Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift an den Notar in Betracht. Dies ist erfahrungsgemäß aber selten.

Das Testament kann, soweit kein Notar bemüht werden soll, auch als eigenhändiges privatschriftliches Testament errichtet werden. Der Erblasser muss das Testament dann selbst handschriftlich errichten und unterschreiben. Ein etwa am

Computer oder an der Schreibmaschine abgefasstes Testament ist formnichtig. Auch ein etwa nach dem Diktat des Erblassers von einer dritten Person niedergeschriebenes Testament, das der Erblasser nur unterschreibt, ist formnichtig und mithin unwirksam.

Eine Formerleichterung gewährt das Gesetz allerdings bei einem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten. Hier genügt es, wenn einer der Ehegatten den eigentlichen Testamentstext schreibt und unterschreibt und der andere Ehegatte das Testament zum Zeichen, dass es auch seinen Willen darstellt, mitunterzeichnet, regelmäßig mit dem Zusatz „Dies ist auch mein letzter Wille“.

## 2. Der Erbvertrag

Eine Verfügung von Todes wegen kann auch im Wege eines Erbvertrags erfolgen. Der Erbvertrag kann nur vor einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile geschlossen werden. Der Kern des Erbvertrags ist die vertragsmäßige, d.h. mit Bindungswirkung ausgestattete Erbeinsetzung und/oder die vertragsmäßige Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen. Während der Erblasser in einem Testament (auch einem notariellen Testament) getroffene Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich widerrufen kann, sind vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag grundsätzlich nicht widerruflich. Diese Bindungswirkung kann nur im Falle eines Abänderungs- oder Rücktrittsvorbehalts beseitigt werden. Zum Abschluss eines Erbvertrags kommt es oftmals, wenn nach dem Willen der Eheleute die Kinder erst im zweiten Erbgang, also beim Tod des Längerlebenden, erben sollen und die Kinder im Hinblick auf den ersten Todesfall zu notarieller Urkunde einen Pflichtteilsverzicht erklären sollen, um zu verhindern, dass der längerlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden Liquidität bereitstellen muss, um die Pflichtteilsansprüche von Kindern zu befriedigen. Zu einer solchen Pflichtteilsverzichtserklärung werden die Kinder meist nur bereit sein, wenn sie in ihrer späteren Erberwartung geschützt werden, sie also ein nicht mehr entziehbares Anwartschaftsrecht erlangen. Genau dies kann man mit einem Erbvertrag erreichen.

## VIII.

### **Vor- und Nachteile eines notariellen sowie eines eigenhändig errichteten Testaments**

Das eigenhändige Testament hat auf den ersten Blick den Vorteil, dass es leichter abzuändern und aufzubewahren ist und es zudem an jedem Ort errichtet oder neu abgefasst werden kann. Ein vermeintlicher weiterer Vorteil besteht darin, dass es nicht mit der Aufwendung von Kosten verbunden ist. Letzteres ist allerdings ein Trugschluss. Natürlich kostet die Errichtung eines notariellen Testaments Gebühren. Im Todesfalle ersparen sich der oder die Erben aber im Regelfall die Durchführung eines Erbscheinsverfahrens beim Nachlassgericht, das unter Umständen Gebühren in ähnlicher Höhe wie die notarielle Testamentserrichtung auslöst. Das notariell er-



richtete Testament hat, abgesehen davon, dass dieses Testament auch von minderjährigen Personen ab 16 Jahren errichtet werden kann, den entscheidenden Vorteil, dass es - so sollte es jedenfalls sein - juristisch sauber formuliert wird, es vollen Beweis für den beurkundeten Vorgang sowie den Inhalt der Erklärungen sowie deren Vollständigkeit erbringt und es mit Rücksicht darauf, dass es vom Notar beim Nachlassgericht zu hinterlegen ist, vor unbefugten Änderungen geschützt wird.

## **IX.**

### **Inhalt einer Verfügung von Todes wegen**

Als mögliche Inhalte einer Verfügung von Todes wegen kommen neben dem Kernpunkt der Erbeinsetzung und der etwaigen Aussetzung von Vermächtnissen (solche begründen schuldrechtliche Ansprüche gegen den oder die Erben) Auflagen, die Anordnung einer Testamentsvollstreckung sowie unter Umständen die Benennung eines Vormunds für minderjährige Kinder in Betracht.

Es ist bei Abfassung eines eigenhändigen Testaments immer wieder festzustellen, dass die falsche Vorstellung besteht, man könne Einzelgegenstände, so z.B. eine in den Nachlass fallende Immobilie, einer bestimmten Person mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung vererben („Karl erbt mein Haus, Veronika die Eigentumswohnung und Stefan das Auto sowie das Bargeld“). Der oder die Erben werden aber Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers hinsichtlich des gesamten Nachlasses (mit Ausnahme lediglich von gewissen Gesellschaftsbeteiligungen). Soweit mehrere Erben vorhanden sind, erben diese, wie oben schon ausgeführt, als Gesamthandsgemeinschaft.

Sieht der Erblasser mehrere Personen als Erben vor, so kann er einzelne Gegenstände - beispielsweise die Immobilie - einem von mehreren Erben nur dergestalt „zuschancen“, dass er entweder ein sogenanntes Vorausvermächtnis zugunsten eines Erben aussetzt oder aber mit einer Teilungsanordnung arbeitet.

Beim Vorausvermächtnis ordnet der Erblasser an, dass einer der Erben vorab aus dem Nachlass einen bestimmten Vermögenswert (z.B. die Immobilie) zu alleinigem Eigentum erhalten soll. Es bedarf dann in Umsetzung dieser Verfügung von Todes wegen einer Übertragung der Immobilie zu notarieller Urkunde von der Erbengemeinschaft auf den Vermächtnisnehmer.

Alternativ kommt eine Teilungsanordnung in Betracht, mit der der Erblasser verfügt, wie sein Nachlass unter den mehreren von ihm bestimmten Erben aufzuteilen ist. Auch die Teilungsanordnung bedarf dann noch der Umsetzung. Befindet sich eine Immobilie im Nachlass, muss auch hierfür ein Notar hinzugezogen werden. Erhält einer der Erben bei Vollzug der vom Erblasser verfügten Teilungsanordnung wertmäßig mehr als ein anderer, so hat bei der Teilungsanordnung - anders als bei einem Vorausvermächtnis - grundsätzlich ein Wertausgleich unter den Miterben stattzufinden. Dies geschieht regelmäßig durch eine Geldzahlung. Allerdings kann, um

dem begünstigten Erben eine Ausgleichszahlung zu ersparen, der Erblasser auch verfügen, dass ihm bei Vollzug der Teilungsanordnung der zufließende Mehrwert wiederum als Vorausvermächtnis zugewandt ist, also nicht ausgeglichen werden muss.

Schon hier zeigt sich deutlich, dass es sinnvoll ist, eine Verfügung von Todes wegen, die etwa derartige Regelungspunkte wie Vorausvermächtnisse oder Teilungsanordnungen beinhalten soll, fachkundig unter Hinzuziehung eines Notars zu errichten. Natürlich bestimmt sich der Inhalt der Verfügung von Todes wegen ausschließlich nach dem Willen des Erblassers. Einzelne Aspekte der typischen Regelungspunkte eines Testaments seien mit Blick insbesondere auf eine im Nachlass befindliche Immobilie nachfolgend etwas näher beleuchtet.

## **X. Erbeinsetzung**

Der Erblasser kann sich dazu entschließen, nur eine Person, oftmals ist dies der längerlebende Ehegatte, zum Erben einzusetzen. Diese Person wird dann Alleinerbe und damit alleiniger Rechtsnachfolger des Erblassers. Ist etwa eine Immobilie vorhanden, die den Eheleuten schon zu je  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil gehört hat, erbt der längerlebende Ehegatte den  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil seines Ehepartners und wird damit Alleineigentümer der Immobilie. Der längerlebende Ehegatte muss dann, soweit er nicht bereits durch ein gemeinschaftliches bindend gewordenes Testament oder einen Erbvertrag für seinen Tod Regelungen getroffen hat, überlegen, wer nach ihm Rechtsnachfolger werden soll. Setzt ein Ehegatte den anderen zum Alleinerben ein, ist die weitere Nutzung der Immobilie durch den längerlebenden Ehegatten gesichert. Zu berücksichtigen ist aber, dass, falls Kinder vorhanden sind, die nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils (zunächst) nichts erben, diese den Pflichtteil von dem Erben einfordern können. Bei dem Pflichtteil handelt es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch. Dieser ist gerichtet auf Zahlung der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbeils.

Ist nun der Nachlass so strukturiert, dass überwiegend illiquides Vermögen vorhanden ist, hierzu zählt etwa die Immobilie, muss oftmals, um den Pflichtteilsanspruch, wenn er denn geltend gemacht wird, befriedigen zu können, ein Kredit aufgenommen werden, der durch Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch besichert werden kann. Im schlimmsten Fall muss sogar die Immobilie verkauft werden, um Liquidität zu schaffen. Vermeiden lässt sich dies bei Vorhandensein von Kindern, die nicht so gleich zur Erbfolge gelangen oder jedenfalls im Wege des Vermächtnisses Vermögenswerte oberhalb der Pflichtteilsquote erhalten sollen, nur, soweit diese bewegen werden können, vor einem Notar zu Lebzeiten des Erblassers den Pflichtteilsverzicht zu erklären. Hinterlässt ein Erblasser keine Kinder, leben jedoch noch die Eltern oder ein Elternteil, so können auch diese den Pflichtteil gegenüber dem alleinerbenden längerlebenden Ehegatten geltend machen.

Vermeiden lässt sich ein Pflichtteilsverlangen nur, wenn der oder die Pflichtteilsberechtigten zu notarieller Urkunde den Pflichtteilsverzicht erklären. Gerade Kinder werden hierzu nur bereit sein, wenn sie im Gegenzug eine lebzeitige Zuwendung oder zumindest eine gesicherte Rechtsposition im Hinblick auf den späteren Nachlass erlangen. Letzteres wiederum ist nur bei einer nicht mehr abänderbaren Schlusserbeinsetzung im Rahmen eines Erbvertrags der Fall.

Denkbar ist anstelle einer Alleinerbeinsetzung auch, dass der Erblasser - z.B. aus erbschaftsteuerlichen Erwägungen, nämlich um zusätzliche Freibeträge zu nutzen - neben seinem Ehegatten auch die Kinder mit in die Erbfolge einbezieht, so dass eine Miterbengemeinschaft entsteht. Wenn in den Nachlass eine Immobilie fällt, so sollte für diesen Fall bei der selbstgenutzten Immobilie zusätzlich die weitere alleinige Nutzung durch den Ehegatten vorgesehen werden. Dies lässt sich durch Aussetzung eines Nießbrauchsvermächtnisses als Vorausvermächtnis zugunsten des Ehegatten erreichen. Gleiches gilt für eine vermietete Immobilie. Wenn hier ein Nießbrauch zugunsten des längerlebenden Ehegatten zugewandt wird, fließen dem Ehegatten die Früchte, also die Mieteinnahmen aus dem Objekt, für die Dauer des Nießbrauchs (meist ausgesetzt bis zum Tode des Ehegatten) zu.

Der Erblasser hat weiterhin die Möglichkeit, im Rahmen seiner Verfügung von Todes wegen einen oder mehrere Erben in der Weise einzusetzen, dass dieser oder diese erst Erbe wird/werden, nachdem ein anderer Erbe geworden ist. Man spricht von einer Vor- und Nacherbschaft. Mit dem Erbfall fällt die Erbschaft dann zunächst dem Vorerben an. Erst mit einem vom Erblasser bestimmten Ereignis, meist dem Tod des Vorerben oder etwa auch der Wiederverheiratung des erbenden Ehegatten, tritt dann der Nacherbfall ein. Vor- und Nacherbe beerben beide, wenn auch zeitlich nacheinander, den Erblasser. Im steuerlichen Sinne handelt es sich dabei allerdings um zwei gesonderte Erbgänge. Ob die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge für die in die Erbfolgeregelung einbezogenen Personen anbedachts der familiären Verhältnisse, der Art und des Umfangs des zu vererbenden Vermögens und gerade auch unter steuerrechtlichen Aspekten sinnvoll ist, muss im Einzelfall beurteilt werden.

Ordnet der Erblasser eine Vorerbschaft ohne Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen, denen ein Vorerbe normalerweise unterliegt, an, so erreicht er, dass der Vorerbe die Nutzungen aus dem Vermögen ziehen kann, jedoch nicht die Substanz verbrauchen kann. Die Rechtsstellung des Vorerben ähnelt dann, obwohl er bis zum Nacherbfall Eigentümer der Nachlassgegenstände wird und deshalb auch als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs eingetragen wird, der eines Nießbrauchers. Die Vorerbschaft ermöglicht so eine wirtschaftliche Absicherung auf Lebenszeit, der Nachlass bleibt aber letztlich in seiner Substanz den Nacherben weitgehend ungeschmälert erhalten. Der Vorerbe unterliegt dann nicht nur Verfügungsbeschränkungen, sondern sieht sich auch starken Kontrollrechten der Nacherben ausgesetzt, was innerhalb der Familie durchaus problematisch werden kann.

Oftmals wird die Vorerbschaft mit einer weitgehenden Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen, denen ein Vorerbe an sich unterliegt, verbunden. Bei einer weitestgehenden Befreiung ist der Vorerbe den Nacherben nicht rechenschaftspflichtig und kann, abgesehen von dem Wegschenken von Vermögen, das ihm untersagt ist, auch auf die Substanz Zugriff nehmen. Er kann dann beispielsweise eine Immobilie verkaufen, auch etwa auf Rentenbasis, und so den den Nacherben zugedachten Nachlass schmälern. Dies wiederum bringt ebenfalls nicht selten Streit in die Familie.

## **XI.**

### **Erbeinsetzung beim Ehegattentestament**

Meist wollen Eheleute ihr gesamtes Vermögen zunächst dem überlebenden Partner übertragen, um ihn bis zu seinem Tod wirtschaftlich bestmöglich abzusichern. Erst anschließend soll der Nachlass dann den gemeinsamen Abkömmlingen oder anderen bestimmten nahestehenden Personen zufallen. Um dies zu erreichen, stehen zwei Wege zur Verfügung, die Einheits- sowie die Trennungslösung.

Bei der Einheitslösung wird der längerlebende Ehegatte zum Vollerben des Erstversterbenden. Der ererbte Nachlass des Erstversterbenden wird also Bestandteil des Vermögens des Längerlebenden. Der Längerlebende vererbt dann sein Vermögen, einschließlich des zuvor von dem erstverstorbenen Ehegatten ererbten Vermögens, meist auf die Kinder. Diese werden sogenannte Schlusserben. Die Kinder beerben dann nicht den erstversterbenden Ehegatten, sondern nur den längerlebenden Ehegatten bei dessen Tode (Berliner Testament). Im ersten Erbfall erhalten die Kinder danach also nichts. Als Vollerbe kann der längerlebende Ehegatte über sein eigenes wie auch das ererbte Vermögen zu Lebzeiten frei verfügen. Lediglich abweichende Verfügungen von Todes wegen auf seinen eigenen Todesfall sind dann nicht mehr möglich, wenn das gemeinschaftliche Testament der Eheleute Bindungswirkung entfaltet, also auf den Tod des Längerlebenden von diesem keine abweichenden Verfügungen mehr getroffen werden können. Letzteres können die Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament allerdings abweichend bestimmen. Wenn bei den als Schlusserben vorgesehenen Kindern je nach weiterem Lebensverlauf des längerlebenden Elternteils unter Umständen nur noch wenig oder gar nichts mehr aus dem Nachlass zu verbleiben droht, werden sie zu überlegen haben, ob sie nach dem Tod des erstverstorbenen Elternteils gegenüber dem längerlebenden Elternteil Pflichtteilsansprüche geltend machen. Die Geltendmachung solcher Ansprüche liegt umso näher, wenn in dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute ausdrücklich geregelt ist, dass der Längerlebende auf seinen Todesfall auch noch abweichende Verfügungen von Todes wegen treffen können oder, was auch häufig vorkommt, zumindest die Erbquoten zwischen den vorgesehenen Schlusserben soll verändern können. Damit nämlich nimmt man die Schlusserben „ans Gängelband“. Andererseits kann bei einer eingetretenen Bindungswirkung auf eine unterschiedliche Entwicklung bei den Kindern vom längerlebenden Ehegatten kein Einfluss mehr genommen werden, was ebenfalls nachteilig sein kann. Ein Sonderproblem stellt die etwaige Wiederverheiratung des längerlebenden Ehegatten dar. Heiratet er erneut,

so könnte das an sich bindend gewordene Testament wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten werden. Soll dies vermieden werden, muss im Rahmen des gemeinschaftlichen Testaments auf etwaige Anfechtungsrechte umfassend verzichtet werden.

In steuerlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die Steuerfreibeträge der Kinder gegenüber dem ersten Elternteil beim ersten Erbgang „verloren“ gehen, also ungenutzt bleiben, wenn sie nicht erben und ihnen auch nicht etwa als Vermächtnisnehmer zumindest ein Teil des Nachlasses zugewendet wird. Um es noch klarer zu sagen: Werden aus dem Nachlass des Erstversterbenden nicht auch schon Teile über eine Miterbschaft oder Vermächtnisse den weiteren Angehörigen zugewandt, so fällt der gesamte Nachlass ungeschmälert dem längerlebenden Ehegatten zu. Dieser gibt ihn dann gemeinsam mit seinem eigenen Vermögen erst auf seinen Tod an die nächste Generation weiter. So unterliegt dasselbe Vermögen zwei vollen Erbgängen im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes.

Als Alternative zu der gerade beschriebenen Einheitslösung kommt unter Umständen die sogenannte Trennungslösung in Betracht. Hier setzen sich die Eheleute gegenseitig zu Vorerben des Erstversterbenden und die Kinder zu Nacherben ein. Der Nacherbfall wird meist mit dem Tod des Vorerben oder aber dessen Wiederverheiratung definiert, tritt also erst dann ein. Hier verschmilzt der Nachlass des erstversterbenden Ehegatten nicht mit dem Vermögen des überlebenden Ehegatten, sondern bleibt eine separate Vermögensmasse (wenn dies auch faktisch oft nicht sauber vollzogen wird). Der längerlebende Ehegatte wird zwar Eigentümer des Nachlasses seines vorverstorbenen Ehegatten, vererbt diesen Nachlass aber nicht selbst. Mit Eintritt des Nacherbfalls werden vielmehr die Nacherben Erben des erstverstorbenen Ehegatten. Daneben können sie, je nach Verfügung des längerlebenden Ehegatten, Erben des längerlebenden Elternteils werden. Die Kinder erben dann also das Vermögen des erstverstorbenen Elternteils als dessen Nacherben, das Vermögen des längerlebenden Elternteils als Vollerben.

Wird von der Trennungslösung bei Vorhandensein einer Immobilie Gebrauch gemacht und wird dem längerlebenden Ehegatten, was oft nicht bis zu Ende durchdacht wird, Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen erteilt, so wird der längerlebende Ehegatte, der wohlgemerkt nur Vorerbe des erstversterbenden Ehegatten geworden ist, in Abt. I des Grundbuchs als Eigentümer eingetragen. In Abt. II wird ein Nacherbenvermerk zugunsten der Nacherben eingetragen. Der von den Beschränkungen des § 2136 BGB befreite Vorerbe kann dann zwar die Immobilie nicht etwa an Dritte wegschenken oder weit unter Wert veräußern, wohl aber kann er ein vollentgeltliches Rechtsgeschäft tätigen, also die Immobilie verkaufen. Dies kann ohne und gegen den Willen der Nacherben geschehen. Der Nacherbenvermerk wird dann bei Übertragung des Eigentums auf den Käufer gelöscht. Die Nacherbenantwortung setzt sich dann an dem Surrogat, dem Kaufpreis, fort. Dieser aber kann natürlich wiederum verwertet werden, sei es durch Kreuzfahrten, die Anschaffung teuren Schmucks etc.

Letztlich muss also sehr wohl überlegt werden, ob und in welchem Umfange die Interessen des längerlebenden Ehegatten im Vordergrund stehen sollen oder aber die Interessen der Kinder.

Stehen nach den Vorstellungen des Erblassers letztlich die Interessen der Kinder oben an und will der Erblasser seinem Ehegatten lediglich eine gewisse Sicherung zuteil werden lassen, bietet es sich als dritte Lösung an, die Abkömmlinge als Erben einzusetzen und zugunsten des längerlebenden Ehegatten lediglich mit einem Nießbrauchsvermächtnis (ggf. kombiniert mit einem Geldvermächtnis) zu arbeiten. Das Nießbrauchsvermächtnis berechtigt den Ehegatten dann ausschließlich zur Fruchtziehung. Er darf also eine Immobilie entweder selbst bewohnen oder aber vermieten und die Mieten daraus ziehen, verkaufen oder belasten kann er den Grundbesitz dann aber nicht.

## **XII. Vermächtnisse**

Wie schon ausgeführt, können mittels der Aussetzung von Vermächtnissen bestimmte Vermögensgegenstände oder -werte einzelnen Personen zugedacht werden. Das Vermächtnis ist dann von dem oder den Erben zu erfüllen. Soweit ein Erbe selbst Vermächtnisnehmer ist, spricht man von einem Vorausvermächtnis. Das Vermächtnis ist oftmals auch der richtige Weg, um zusätzliche Freibeträge bei Familienangehörigen in die Erbfolgeplanung einzubeziehen, so beispielsweise die Aussetzung von Barvermächtnissen zugunsten von Enkelkindern.

## **XIII. Teilungsanordnung**

Soll einer von mehreren vorgesehenen Erben eine in den Nachlass fallende Immobilie für sich allein erhalten, so kann dies, wie oben schon erwähnt, nicht nur im Wege des Vorausvermächtnisses, sondern auch im Wege einer Teilungsanordnung erreicht werden. Bei der Teilungsanordnung ist dann allerdings eine mit der Zuwendung des Gegenstands einhergehende Besserstellung eines Erben gegenüber anderen Erben wertmäßig auszugleichen, soweit nicht weitere Regelungen hierzu getroffen werden. Gerade dann, wenn der Nachlass so strukturiert ist, dass ein wesentlicher Vermögenswert, meist eine Immobilie, vorhanden ist, und daneben nur in kleinerem Umfange übriges Vermögen (z.B. Wertpapiere oder Kontoguthaben), ist daher die Teilungsanordnung problematisch. Denn derjenige, dem die Immobilie zugewandt wird, muss dann Liquidität schaffen, um den Wertausgleich erbringen zu können.

#### **XIV. Auflage**

Im Wege der Anordnung einer Auflage kann der Erblasser seinem/seinen Erben oder auch einem Vermächtnisnehmer ein bestimmtes Tun oder Unterlassen aufgeben. Die Auflage krankt allerdings daran, dass der Pflicht des mit der Auflage Beschwer-ten kein klagbarer Rechtsanspruch eines Begünstigten der Auflage gegenübersteht. Die Anordnung der Auflage allein, so z.B. die Anordnung, dass eine Immobilie inner-halb eines vom Erblasser festgelegten Zeitraums nicht veräußert werden darf, son-dern im Familienvermögen zu halten ist, macht daher für sich gesehen wenig Sinn. Sie kann allerdings mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder aber mit der Aufnahme einer Strafklausel verbunden sein, etwa des Inhalts, dass ein Erbe nur auflösend bedingt als Erbe eingesetzt ist und auflösende Bedingung der Verstoß ge-gegen die Auflage ist.

#### **XV. Testamentsvollstreckung**

Um die Durchsetzung des Erblasserwillens, insbesondere in dem Fall, dass mehrere Erben vorhanden sind, abzusichern, kann eine Testamentsvollstreckung angeordnet werden. Man unterscheidet die Abwicklungsvollstreckung und die Verwaltungsvoll-streckung. Die Abwicklungsvollstreckung bietet sich etwa an, wenn eine Immobilie im Wege des Vorausvermächtnisses oder aufgrund Teilungsanordnung an eine be-stimmte Person zu übertragen ist. Es müssen dann nicht sämtliche Erben an der Übertragung mitwirken; vielmehr übernimmt dies der Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker wickelt auch sonst die Verfügungen ab bzw. überwacht deren Vollzug. Bei der Verwaltungsvollstreckung verwaltet der Testamentsvollstrecker den Nachlass bzw. Erbteile, so etwa für minderjährige oder behinderte Kinder.

Abwicklungs- und Verwaltungsvollstreckung können auch kombiniert werden.

#### **XVI. Das „Behindertentestament“**

Haben Eltern oder ein Elternteil ein behindertes Kind, so ist vielfach eine Verfügung von Todes wegen gewünscht, wonach nach ihrem Tod und dem Tod des behinder-ten Kindes das Vermögen in der Familie erhalten bleibt, und zwar, ohne dass das behinderte Kind Ansprüche auf staatliche Hilfen (Sozialhilfe) verliert. Das behinderte Kind muss, soweit es staatliche Hilfen in Anspruch nimmt, grundsätzlich sein eigenes und auch ererbtes Vermögen einsetzen. Auch weitere geldwerte Ansprüche, die dem behinderten Kind als Empfänger solcher Leistungen gegen Dritte zustehen, unterlie-gen grundsätzlich dem Zugriff des Sozialhilfeträgers.

Der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf das etwa dem behinderten Kind vererbte Vermögen wird durch eine Testamentsgestaltung verhindert, wonach das behinderte Kind als bloß nicht befreiter Vorerbe (meist neben weiteren Erben, dem Ehegatten und/oder Geschwisterkindern) erbt und auf den Tod des behinderten Kindes eine Nacherbfolge angeordnet wird, wonach andere Familienangehörige (oftmals die Geschwisterkinder des behinderten Kindes oder deren Abkömmlinge) erben sollen. Gleichzeitig wird zur Verwaltung des dem behinderten Kind zufallenden Nachlasses (Erbteils) ein Testamentsvollstrecker als Dauertestamentsvollstrecker eingesetzt und wird dieser durch eine Verwaltungsanordnung angewiesen, aus den Erträgen des Erbteils, ggf. noch aus der Substanz, dem Vorerben nur solche Zuwendungen zu machen, die nicht dem Zugriff des Sozialhilfeträgers unterliegen. Dies können z.B. die Zahlung eines Taschengelds für Kleidung oder persönliche Anschaffungen, für Hobbies und Liebhabereien sein, weiter Geschenke zu Festtagen, finanzielle Zuwendungen für Ferien und Kuraufenthalte etc. sein. Mit derartigen Zuwendungen wird die Lebensqualität des behinderten Kindes verbessert, ohne dass der Sozialhilfeträger nach den sozialrechtlichen Vorschriften auf sie zugreifen oder auch nur eine Anrechnung auf gewährte Sozialleistungen vornehmen kann.

Zwar wird das behinderte Kind nur als Vorerbe bedacht, so dass an eine Ausschlagung wegen der damit verbundenen Beschwerung zu denken wäre. Die Ausschlagung könnte aber nur ein Vormund/Betreuer des Kindes mit Genehmigung des Familiengerichts erklären, wobei eine solche Entscheidung am Kindeswohl zu orientieren ist. Sie wird in der Regel nicht erfolgen, da das Kind - ausgenommen bei sehr umfangreichen Nachlässen - bei Durchführung der Verfügungen im Behindertentestament besser stehen wird. An die Belange des Sozialhilfeträgers kann hier nicht angeknüpft werden. Dieser hat kein eigenes Ausschlagungsrecht – so jedenfalls die bisherige Rechtsprechung –.

## **C.**

### **Verfügungen im Wege vorweggenommener Erbfolge**

#### **I.**

#### **Allgemeines**

Wie schon im Rahmen der Grundüberlegungen kurz dargestellt, kann es unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll sein, Vermögen, insbesondere Immobilienvermögen, schon zu Lebzeiten auf die als zukünftiger Erbe in Betracht kommende Person oder Personen, meist Ehegatte oder Kinder, zu übertragen. Insbesondere bei größerem Immobilienvermögen wird dies zu überlegen sein. In erbschaftsteuerlicher Hinsicht ist insoweit zu berücksichtigen, dass der dem Zuwendungsempfänger im Verhältnis zum Erblasser zustehende erbschaft- und schenkungsteuerliche Freibetrag alle 10 Jahre genutzt werden kann und auch, soweit der Freibetrag im Einzelfall nicht ausreicht, um das zugewandte Vermögen abzudecken, es jedenfalls zu einer Minderung der Steuerprogression kommen kann. Soweit nicht über einen Nieß-



brauchsvorbehalt das wirtschaftliche Eigentum beim Schenker verbleiben soll, können so auch die Erträge aus dem übertragenen Vermögen, die sich ansonsten beim Übergeber angesammelt hätten und später bei der Festlegung der Bemessungsgrundlage für die erbschaftsteuerliche Behandlung berücksichtigt würden, erbschaftsteuerfrei dem ausgeguckten Erben übertragen werden.

Bei der vorweggenommenen Erbfolge im Hinblick auf Immobilien bestehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Es lassen sich hier bestimmte Grundtypen der Vertragsgestaltung unterscheiden.

### 1. Die reine Schenkung

Soweit ausreichendes Vermögen für die weitere Lebensplanung des Schenkers und, soweit die Schenkung nicht an den Ehegatten erfolgt, auch zur Absicherung der weiteren Lebensplanung des Ehegatten vorhanden ist, die Immobilie also weder zur Fruchtziehung (Mieteinnahmen) noch Substanzverwertung (Verkauf oder Belastung) benötigt wird, kann die Übertragung ohne „Wenn und Aber“ erfolgen. Der Beschenkte wird dann nicht nur juristischer, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer der Immobilie. Soweit bei einer solchen Schenkung der Beschenkte gegenüber anderen als Erben in Betracht kommenden Personen, z.B. Geschwisterkindern, besser gestellt werden soll, wird der Schenker hier keine Ausgleichung im Erbfolge anordnen. Die Kinder, die sich etwa gegenüber dem beschenkten Kind zurückgesetzt fühlen, weil sie nicht gleichermaßen bedacht werden, könnten beim späteren Erbfall zwar wegen dieser Vermögenszuwendung Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen, diese werden aber nach neuem Recht wertmäßig über 10 Jahre pro rata temporis abgeschmolzen. Dies bedeutet, dass etwa bei einer erfolgten Schenkung eines Betrags von 10.000,00 € im Oktober 2005 beim Tod des Schenkers im Dezember 2012 von dem geschenkten Betrag von 10.000,00 € nur noch 4.000,00 € anzusetzen sind, da zwischen der Schenkung und dem Todesfall mehr als 6 volle Jahre liegen.

### 2. Die Schenkung unter Auflage

Meist wird die Schenkung nicht ohne „Wenn und Aber“ erfolgen, sondern vielmehr mit einer Bestimmung des Schenkers verbunden sein, dass der Empfänger zu einer Leistung (einem Tun, Dulden oder Unterlassen) verpflichtet sein soll. Ein klassischer Fall ist hier die Zuwendung einer Immobilie unter Vorbehalt des Nießbrauchs oder unter Vorbehalt des Wohnungsrechts. Im ersteren Falle bleibt der Schenker wirtschaftlicher Eigentümer, im letzteren Falle darf er jedenfalls das Objekt unter Ausschluss des juristischen Eigentümers weiter selbst benutzen. Die erbschaftsteuerliche 10-Jahres-Frist wird auch bei einer solchen Schenkung unter Auflage in Gang gesetzt, nicht aber die 10-Jahres-Frist im Hinblick auf die Geltendmachung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen durch benachteiligte Personen, die bei gesetzlicher Erbfolge zum Zuge kämen. Hier ist also die spätere Gel-

tendmachung von Pflichtteilergänzungsansprüchen auf der Basis des vollen Werts der Schenkung in die Erbfolgeplanung einzukalkulieren.

### 3. Gemischte Schenkung

Daneben kommt noch eine sogenannte gemischte Schenkung in Betracht. Hier erfolgt bei wirtschaftlicher Betrachtung nur eine teilweise unentgeltliche Leistung des Schenkers. Als solche kommt etwa die Zahlung eines Gleichstellungsgeldes an nicht bedachte Geschwisterkinder in Betracht oder aber auch die Erbringung wiederkehrender Versorgungsleistungen an den Übertragenden.

## II. Vorbehalt der Rückübertragung

Die Übertragung eines Vermögenswertes, insbesondere einer Immobilie im Wege vorweggenommener Erbfolge erfolgt regelmäßig unter dem Vorbehalt, dass der Vermögenswert bei Eintritt bestimmter Bedingungen auf Verlangen an den Schenker zurückzuübertragen ist. Ein solcher bedingter Rückübertragungsanspruch hinsichtlich einer Immobilie wird meist durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch dinglich gesichert. Meist wird hier abgestellt auf den Eintritt folgender Bedingungen:

- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beschenkten bzw. Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse;
- Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Vermögen des Beschenkten und Nichtaufhebung innerhalb eines zu definierenden kurzen Zeitraums;
- Vorversterben des Beschenkten (vor dem Schenker);
- Veräußerung oder Belastung des Übertragungsobjekts zu Lebzeiten des Schenkers ohne dessen Zustimmung, ggf. weiter
- Ehescheidung des Beschenkten, soweit etwaige Wertsteigerungen des Übertragungsgegenstands bis zur Geltendmachung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht dem Anfangsvermögen des Beschenkten zugerechnet werden, weiter
- wenn die Voraussetzungen des § 528 BGB (regelt die Rückforderung wegen Notbedarfs) oder des § 530 BGB (regelt den Widerruf wegen groben Undanks) vorliegen.

An die Aufnahme solcher Regelungen ist also unbedingt zu denken.

### III.

#### **Grundsätze zum Vorbehalt eines Nießbrauchs- oder Wohnungsrechts**

Sollen nur die alle 10 Jahre voll zur Verfügung stehenden schenkungsteuerlichen Freibeträge genutzt werden, ohne dass sich wirtschaftlich schon etwas ändert, erfolgt die Übertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs. Dieser wird dann sinnvoller Weise in Abt. II des Grundbuchs eingetragen. Wird der Nießbrauch auf Lebenszeit bestellt, wie regelmäßig, kann die Grundbucheintragung mit dem Vermerk - löscher bei Todesnachweis - verbunden werden. Bei Herbeiführung der späteren Löschung im Grundbuch bedarf es dann lediglich der Vorlage einer Sterbeurkunde. Denkbar ist auch die Vereinbarung eines sogenannten Quotennießbrauchs, wonach der Nießbraucher nur eine bestimmte Quote der Erträge aus der Immobilie erhält und vom Aufwand zu tragen hat. Es kommt dann zu einer Ertrags- und Aufwandsteilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher.

Zu beachten ist, dass nach der gesetzlichen Grundregelung der Nießbraucher nur die Schönheitsreparaturen zu tragen hat, während alle außerordentlichen Aufwendungen, wie z.B. die Objektsanierung und die Erneuerung des Daches, dem Eigentümer obliegt. Dies ist oft nicht gewünscht, wenn eine Übertragung auf die - noch jüngeren - Kinder erfolgt, da dort entsprechende Einnahmen zur Tragung dieser außerordentlichen Aufwendungen fehlen werden. Es muss dann bei Vereinbarung des Nießbrauchs eine von der gesetzlichen Grundregelung abweichende Regelung getroffen werden. Letzteres ist bei der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt die Regel.

Anders ist die Interessenlage, wenn der - etwa schon im Ruhestand befindliche - Nießbraucher nicht mehr in der Lage ist, große Reparaturen aus den Erträgen oder sonstigen Einkommensquellen zu finanzieren, während dem Übertragungsempfänger dies bereits möglich ist. Dann wiederum passt die gesetzliche Grundregelung.

In steuerlicher Hinsicht ist noch zu beachten, dass der Beschenkte als Eigentümer einer mit einem unentgeltlichen Nießbrauch belasteten Immobilie vom Werbungskostenabzug ausgeschlossen ist. Muss er nach der getroffenen Regelung aber den gesamten Aufwand - eben auch außergewöhnliche Instandhaltungen und Instandsetzungen - tragen, kann er diesen dann steuerlich nicht geltend machen. Es ist dann zu überlegen, ob dieser steuerliche Nachteil in Kauf genommen werden kann/muss. Gleiches gilt übrigens bei einem Anschlussnießbrauch durch den längerlebenden Ehegatten. Auch dieser stellt sich gegenüber dem Vorbehaltsnießbrauch, wo wirtschaftlich alles beim Alten bleibt, steuerlich nachteilig dar.

Zu denken ist schließlich noch daran, dem Nießbraucher ein Wahlrecht einzuräumen, jederzeit anstelle des Nießbrauchs die Zahlung einer lebenslangen wiederkehrenden Versorgungsleistung in Höhe eines Teils oder der vollen durchschnittlichen Erträge der letzten Jahre zu verlangen, wobei dann der entstehende Zahlungsanspruch durch Eintragung einer Reallast im Grundbuch gegen Löschung des bisher eingetragenen Nießbrauchs abgelöst werden kann. Dieses früher des Öfteren prakti-

zierte Modell ist nach jetzigem Steuerrecht allerdings nicht mehr zu empfehlen. In schenkungsteuerlicher Hinsicht ist weiterhin noch zu beachten, dass nach aktuellem Steuerrecht der Kapitalwert des Nießbrauchs bereicherungsmindernd zu berücksichtigen ist. Der Schenkungsteuer unterliegt also nur der Wert der Immobilie abzüglich des kapitalisierten Werts des Nießbrauchs.

#### **IV.**

### **Übertragung von Immobilien gegen Versorgungsleistungen**

Da bei Übertragung einer Immobilie unter Nießbrauchsvorbehalt wirtschaftlich alles beim Alten bleibt, der Übertragende sich also weiterhin um die Immobilie kümmern muss, und - je nach Vereinbarung - nicht nur die normalen Lasten (wie Grundbesitzabgaben) sondern auch die außergewöhnlichen Belastungen zu tragen hat, ist diese Gestaltung nicht sinnvoll, soweit es gerade darum geht, dass sich die Eltern aus der Verwaltung des Grundbesitzes zurückziehen wollen. In diesem Falle kann es nur darum gehen, eine Alterssicherung auf anderem Wege zu erlangen. Dies geschieht durch Übertragung des Grundbesitzes gegen die Erbringung lebenslanger wiederkehrender Versorgungsleistungen.

Zu berücksichtigen ist hier zunächst in steuerlicher Hinsicht, dass - anders als früher - auf Seiten des Erbringers der Versorgungsleistungen ein Sonderausgabenabzug nur noch bei Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Mitunternehmeranteilen eines Betriebs oder Teilbetriebs oder einer mindestens 50 %-igen Beteiligung an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich ist. Die Übertragung von Grundbesitz gegen Versorgungsleistungen ist schon seit vielen Jahren steuerlich nicht mehr privilegiert. Darüber hinaus können mit einer Immobilienübertragung gegen wiederkehrende Versorgungsleistungen noch weitere steuerliche Probleme entstehen. Nach aktuellem Einkommensteuerrecht handelt es sich nämlich um einen voll- oder teilentgeltlichen Veräußerungsvorgang. Dieser führt bei steuerverstricktem Vermögen zu einer Aufdeckung stiller Reserven, soweit ein Gewinn erzielt wird. Problematisch ist dies bei Immobilien, die erst weniger als 10 Jahre vor der Übertragung angeschafft wurden. Zudem werden die in den wiederkehrenden Leistungen enthaltenen Zinsanteile beim Veräußerer der Immobilie als Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG der Besteuerung unterworfen. Bei rein steuerrechtlicher Betrachtung wird deshalb die Vereinbarung von Versorgungsleistungen anstelle einer Nießbrauchslösung wohl eher die Ausnahme bleiben. Nichtsdestotrotz gilt es, im Einzelfall die zivilrechtlichen und die steuerrechtlichen Folgen sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

#### **V.**

### **Einbringung einer Immobilie in eine Familiengesellschaft**

Anzutreffen sind oftmals auch Überlegungen, Immobilienbesitz in eine Gesellschaft einzubringen, an denen die nächste oder gar übernächste Generation beteiligt wird.

Solche Überlegungen machen allerdings nur bei größerem Vermögen der Eltern Sinn, bei denen erhebliche Jahreserträge erzielt werden können.

Hier ist zunächst an eine Grundstücksverwaltungsgesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu denken. Dabei wird regelmäßig im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung und Vertretung den Eltern übertragen. Wichtig ist es, im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters zu regeln, dass die Gesellschaft mit den Erben oder Vermächtnisnehmern des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt wird, da die gesetzliche Folge des Versterbens eines Gesellschafters an sich die Auflösung und Beendigung der Gesellschaft ist.

Zu beachten ist weiter, dass hinsichtlich der Beteiligung eines Erblassers an einer Gesellschaft (dies gilt allerdings gleichermaßen auch für die nachfolgend auch noch kurz angesprochenen Personenhandelsgesellschaften) bei Vorhandensein mehrerer Eben hinsichtlich dieses Vermögenswerts, eben des Gesellschaftsanteils, keine Gesamtrechtsnachfolge erfolgt, also insoweit keine Erbengemeinschaft entsteht, sondern vielmehr eine Sondererfolge Platz greift. Jeder Erbe eines Gesellschafters wird also im Verhältnis der Erbquoten unmittelbar Gesellschafter der Gesellschaft. Zu regeln ist weiter, dass, soweit weder Ehegatte noch Abkömmlinge des Verstorbenen zur Erbfolge gelangen, der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Gesellschaftsbeteiligung anwächst und der oder die Erben dann lediglich eine Abfindung erhalten. Nachdem die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr bis vor kurzem noch erhebliche Schwierigkeiten bereitete, kommt sie nun, nach einer bahnbrechenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs, auch im Grundbuchverkehr wieder in Betracht.

Die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts empfiehlt sich allerdings nicht, soweit minderjährige Kinder mit in die Gesellschaft einbezogen werden sollen. Denn aufgrund der in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unbeschränkten Haftung jedes Gesellschafters handelt es sich hier um ein für den Minderjährigen durchaus nachteiliges Geschäft, so dass es einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, die nicht zu erlangen sein dürfte. Darüber hinaus stellt sich die Problematik des Minderjährigenhaftungsbegrenzungsgesetzes, wonach eine vertragliche Bindung Minderjähriger an einen abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag nur bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres möglich ist. Danach muss mit einer Kündigung des Vertrags durch den dann volljährig gewordenen Gesellschafter gerechnet werden.

Soweit Immobilien im Familienvermögen erhalten bleiben und auch schon minderjährige Kinder daran beteiligt werden sollen, bietet sich daher gegenüber der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Errichtung einer Familiengesellschaft in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft an. Denkbar ist dabei, dass die Eltern, die Grundbesitz in eine vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft einbringen, sich den Nießbrauch an dem einzubringenden Grundbesitz vorbehalten. Dann erzielen weiterhin die Eltern als Nießbraucher und nicht etwa die Gesellschaft Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung mit der Folge, dass die übrigen Gesellschafter (meistens Kinder) zwar vermögensbeteiligt sind, aber während der Laufzeit des Nieß-

brauchs keine Einkünfte erzielen. Auch die AfA gebührt dann aufgrund des Nießbrauchsvorbehalts noch den Einbringenden (den Eltern).

**D.**  
**Abschließende Bemerkungen**

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sowohl die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen als auch eine Regelung im Wege vorweggenommener Erbfolge genau durchdacht sein will und es hier diverse Fallstricke gibt, denen man aus dem Wege gehen sollte. Es ist deshalb zu empfehlen, bei der Ausarbeitung einen Notar oder einen auf Erbrecht spezialisierten Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Insbesondere dann, wenn es um mittlere und größere Vermögen geht, sollte auch unbedingt ein steuerlicher Berater mit in die Planung einbezogen werden.

Essen, den 11.08.2020

Dr. Klaus-Peter Lindow  
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht