























## 9. Vermögensschutz auf privater Ebene

### Übertragung von Vermögen zum Schutz vor Zugriffen Dritter

Ist zu besorgen, dass die vermögende Person selbst in Insolvenz geraten könnte, so ist rechtzeitig das vorhandene Vermögen zu übertragen, das ansonsten gemäß § 35 InsO in die Insolvenzmasse fallen würde. Allerdings sind hier die insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände, insbesondere die §§ 133, 134 InsO, zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn das Vermögen in eine Familienstiftung eingebracht wird. Auch hier sind die insolvenzrechtlichen Regelungen zu beachten. Zwischen Ehegatten bietet die sog. Güterstandsschaukel die Möglichkeit, Vermögen auf den Ehepartner zu übertragen (vgl. unter Ziff. 7.3).

### Erbrechtliche Anlässe/Schenkungen

Werden im Zuge vorweggenommener Erbfolgen einzelne Wirtschaftsgüter, insbesondere Immobilien, übertragen, so fallen diese im Falle der Insolvenz des Beschenkten in dessen Insolvenzmasse. Ist eine Insolvenzgefahr des Beschenkten nicht auszuschließen, ist zu empfehlen, dass sich der Schenker ein Rückforderungsrecht vorbehält. In seinem Urteil vom 07.12.2007 (Az.: VZR 21/07) hat der BGH klargestellt, dass Rückforderungsvereinbarungen grundsätzlich, selbst wenn sie nur für den Fall der Insolvenz der anderen Partei vorgesehen sind, wirksam vereinbart werden können. Allerdings führen rein schuldrechtlich vereinbarte Rückforderungsansprüche im Falle der Insolvenz lediglich zu Insolvenzforderungen. Deshalb sollten die Rückforderungsansprüche dinglich abgesichert sein, beispielsweise durch Eintragung einer Vormerkung. Die Vormerkung ist im Insolvenzfall gemäß § 106 InsO auf Insolvenz gestützt.

Zu beachten ist allerdings, dass für den Fall, dass die Rückforderungsrechte erst nachträglich vereinbart werden, diese als unentgeltliche Leistung nach § 4 AnfG oder § 134 InsO anfechtbar sind. Anders verhält es sich mit Lösungsklauseln, die bereits im Vertrag selbst vereinbart werden. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, der haftungsgefährdeten Person lediglich das Nutzungsrecht an einem Wirtschaftsgut einzuräumen, das Wirtschaftsgut selbst aber nicht zu übertragen. Hier kommt insbesondere das dinglich gesicherte Wohnrecht in Betracht.

Als beschränkt persönliche Dienstbarkeit i. S. d. § 1090 BGB ist das Wohnrecht nicht übertragbar, belastbar und damit auch nicht pfändbar. Es sollte ausgeschlossen werden, dass das Wohnrecht einem Dritten überlassen werden soll, da ansonsten die Pfändung nach § 857 Abs. 3 ZPO wieder möglich wird.

Weiterhin besteht die Möglichkeit, die haftungsgefährdete Person durch Übertragung von Vermögen auf Dritte wirtschaftlich von der Erbfolge auszuschließen. Hier sind allerdings mögliche Pflichtteils und Pflichtteilsergänzungsansprüche zu berücksichtigen, die dann von einem möglichen Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können (vgl. DWS-Merkblatt Nr. 632 „Erbrecht und Erbschaft und Schenkungsteuer“).

Durch lebzeitige Zuwendungen kann der Nachlass geschmälert werden. Da der Pflichtteilsanspruch der Hälfte des Erbteils entspricht, sinkt dadurch auch die Höhe des Pflichtteilsanspruches. Die Grenze findet diese Gestaltung in den Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Schenkungen innerhalb eines 10-Jahres-Zeitraums sind über den Pflichtteilsergänzungsanspruch auszugleichen. Da sich aufgrund des nun mehr kodifizierten Abschmelzungsmodells der Wert des Schenkungsgegenstandes pro Jahr um 10 % reduziert, können lebzeitige Schenkungen durchaus sinnvoll sein. Außerhalb des 10-Jahres-Zeitraums findet die Schenkung keine Berücksichtigung mehr.

Es ist deshalb zu empfehlen, zwischen dem Erblasser und dem Haftungsgefährdeten einen Pflichtteilsverzichts-Vertrag gemäß § 2346 Abs. 2 BGB zu schließen. Dieser bedarf der notariellen Beurkundung. Der Pflichtteilsverzicht sollte auch den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2225 BGB umfassen. Dieser stellt grundsätzlich einen selbständigen Anspruch dar. Im Pflichtteilsverzichtsvertrag kann eine Abfindung als Gegenleistung für den Verzicht vereinbart werden. Um den Gläubigerzugriff zu erschweren, sollte hier eine Rentenleistung vereinbart werden, deren Höhe unterhalb der Pfändungsgrenze liegt.

Haftungsgefährdete Personen können insgesamt von der Erbfolge ausgenommen werden. Hierzu kommt ein sog. Bedürftigen bzw. Überschuldungstestament in Betracht. Mit einem Bedürftigen-Testament soll der Zugriff von dem Eigengläubiger des Bedürftigen bzw. der haftungsgefährdeten Person auf die Erbmasse vermieden werden. Ebenso soll das ererbte Vermögen nutzbar gemacht werden. Das Ziel der Vermeidung des Gläubigerzugriffs wird durch die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft in Verbindung mit einer für die Zeit der Vorerbschaft begrenzten Dauertestamentsvollstreckung erreicht. Durch die Einsetzung des Haftungsgefährdeten als nicht befreiter Vorerbe werden dessen Gläubiger gemäß § 2115 BGB i. V. m. § 773 ZPO und § 83 Abs. 2 InsO an der Verwertung einzelner Nachlassgegenstände gehindert. Einzelne Zwangsverfügungen gegen den Vorerben sind mit Eintritt des Nacherbfalles unwirksam. Während der Dauertestamentsvollstreckung können sich die Gläubiger des Erben gemäß § 2214 BGB nicht an die der Dauertestamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände halten. Vollstreckungshandlungen können schon im Vorfeld im Wege der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO aufgehoben werden.

Fällt der Vorerbe in Insolvenz, fällt die Erbschaft zwar in die Insolvenzmasse. Diese bildet dort aber eine Sondermasse, aus der nur Nachlassgläubiger Befriedigung erlangen können. Eigengläubiger des Vorerben haben keinen Zugriff. Die Dauertestamentsvollstreckung endet mit dem Tod des Bedachten gemäß § 2210 BGB. Die Eigengläubiger des Bedachten können nach dem Erbfall als Nachlassgläubiger auf den Nachlass zugreifen. Die Nutzarmachung des Nachlasses für den Haftungsgefährdeten kann durch konkrete Verwaltungsanweisungen des Erblassers an den Testamentsvollstrecker erfolgen. Da § 863 ZPO nicht einschlägig ist, unterfallen die Nutzungen grundsätzlich voll dem Gläubigerzugriff. Deshalb sind besondere Vollstreckungsanweisungen zu treffen. Von der Rechtsprechung anerkannt ist z. B., sämtliche Erträge nur in Naturalleistungen auszukehren. Wie die Beschränkungen des Vorerben im Falle der Bewältigung der finanziellen Krise wieder aufgehoben werden können, ohne dass dadurch ein Gläubigerzugriff ermöglicht wird, ist streitig. Diskutiert werden folgende Varianten:

- Vor und Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung unter auflösender Bedingung der Entschuldung
- Verzicht auf Vor und Nacherbschaft, lediglich Dauertestamentsvollstreckung
- Nach sog. Befreiungslösung soll lediglich die Testamentsvollstreckung auflösend bedingt und die Befreiung des Vorerben nach § 2136 BGB aufschiebend durch die Entschuldung bedingt sein. Die Vor und Nacherbschaft soll bestehen bleiben. Inwieweit diese Gestaltungsvarianten wirksam sind, wird nicht einheitlich beantwortet. Diese Frage ist hochrichterlich noch nicht entschieden.

## Familienrechtliche Anlässe

### Die Zugewinnngemeinschaft

Ist kein Ehevertrag abgeschlossen, leben die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Grundsätzlich bleiben die Vermögensmassen der Ehepartner getrennt. Der während der Ehe erzielte Zugewinn ist zum Zeitpunkt der Beendigung der Ehe auszugleichen. Aufgrund der Trennung der Vermögensmasse haftet jeder Ehegatte mit seinem Vermögen nur für die eigenen Verbindlichkeiten. Fällt ein Ehegatte in die Insolvenz, hat dies auf den anderen grundsätzlich keine Auswirkungen.

Der während der Ehe erzielte Zugewinn ist zum Zeitpunkt der Beendigung auszugleichen. Zugewinn ist nach dem Gesetz der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten dessen Anfangsvermögen übersteigt. Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen Ehegatten, so hat derjenige Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, einen Anspruch auf Geld in Höhe der Hälfte des Mehrgewinns des anderen Ehegatten. Die Rechtsprechung korrigiert diese Betrachtung z. B. dann, wenn der Ehegatte während der Ehe sein Vermögen verschwendet oder der Ehepartner durch Verfügungen benachteiligt werden soll. Der Zugewinnausgleichsanspruch kann einem Unternehmer derart viel Liquidität entziehen, dass er verpflichtet ist, sein Unternehmen zu verkaufen, um die Ansprüche des Ehegatten zu erfüllen.

Es ist deshalb dringend anzuraten, die gesetzlichen Regelungen zu modifizieren. Hierzu bedarf es keiner Vereinbarung einer Gütertrennung. Eine Modifikation des Zugewinnausgleichsanspruchs ist jedoch in folgenden Punkten sinnvoll:

- Herausnahme des gesamten unternehmerischen Vermögens aus dem Zugewinnausgleichsanspruch. Lediglich das Privatvermögen ist auszugleichen.
- In einigen Eheverträgen wird der Zugewinnausgleichsanspruch für den Fall der Scheidung insgesamt ausgeschlossen, im Fall der anderweitigen Beendigung (z. B. im Falle des Todes) aufrechterhalten.
- Definition einer betraglichen Obergrenze bzw. eine Abstufung nach Ehedauer.
- Eine Modifikation des Zugewinnausgleichs bedarf grundsätzlich der notariellen Form.

Die Vereinbarung einer modifizierten Zugewinngemeinschaft weist gegenüber der Gütertrennung einige wichtige Vorteile auf:

- Der Pflichtteil der Kinder wird, je geringer der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten wird, automatisch kraft Gesetzes um ein weiteres Viertel (= pauschalisierter Zugewinnausgleich) erhöht. Hierdurch vermindert sich zugleich der gesetzliche Erbteil der Kinder — damit auch automatisch der Pflichtteil der Kinder. Ziel ist es, die Ehefrau und das Unternehmen zu schützen.
- Der Zugewinnausgleich ist erbschaftsteuerrechtlich regelmäßig günstiger als die Gütertrennung. Bei der Zugewinngemeinschaft bleibt nämlich derjenige Betrag erbschaftsteuerfrei, den der überlebende Partner des verstorbenen Ehegatten als Zugewinnausgleichszahlung hätte verlangen können, wenn die Ehe nicht durch Tod, sondern durch Scheidung beendet worden wäre.

### **Übertragung von Vermögen in der Ehe: Ehevertrag (Güterstandsschaukel)**

Die Wahl des Güterstandes bietet die Möglichkeit zur (steuerfreien) Übertragung von Familienvermögen. Konkret geht es um die Frage, ob Ehegatten, die im Güterstand der Gütertrennung leben, rückwirkend den Güterstand der Zugewinngemeinschaft vereinbaren können, um dann später wieder in den Güterstand der Gütertrennung zu wechseln (sog. Güterstandsschaukel) oder aber auch den Güterstand der Zugewinngemeinschaft vorübergehend beenden können, um dann wieder zu diesem zurückzukehren. Die sog. Güterstandsschaukel basiert auf § 5 Abs. 2 ErbStG. Danach gehört die bei Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft entstehende Zugewinnausgleichsforderung (§ 1378 BGB) nicht zum schenkungsteuerbaren Erwerb nach § 7 ErbStG. Zur Erfüllung der Ausgleichsforderung kann also ein Ehegatte auf den anderen schenkungssteuerfrei Vermögensgegenstände übertragen — und zwar in beliebiger Höhe, da bereits der Vorgang an sich nicht der Schenkungsteuer unterliegt und es somit auf schenkungssteuerliche Freibeträge gar nicht mehr ankommt.

Die Ehegatten dürfen bekanntlich zwischen den Güterständen der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 BGB), der Gütertrennung (§ 1414 BGB) und der Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB) frei wählen und vor allem frei wechseln. Dementsprechend dürfen Ehegatten jederzeit auch während der Ehe den Güterstand der Zugewinngemeinschaft beenden, indem sie etwa durch einen Ehevertrag nach § 1408 BGB Gütertrennung vereinbaren. Der Ehevertrag bedarf zur Wirksamkeit der notariellen Beurkundung. Mit der dadurch bedingten Beendigung der Zugewinngemeinschaft entsteht von Gesetzes wegen die Zugewinnausgleichsforderung nach § 1378 BGB. Wenn einer der Ehegatten während der Ehezeit einen großen Zugewinn verbuchen konnte — weil er z. B. erfolgreich ein Unternehmen gegründet und geführt hat, Vermögen aufgebaut oder geerbt hat — kann er nunmehr einen Teil des Vermögens in Form einzelner Vermögensgegenstände steuerfrei auf den Ehegatten übertragen.

Der Güterstandswechsel bietet sich auch als Instrument der Vermögenssicherung an. Wenn etwa ein Ehepartner Vermögen aufgebaut hat, aber zugleich erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt ist, kann er zumindest einen Teil seines Vermögens als Zugewinnausgleich auf den Ehepartner übertragen und damit vor dem Gläubigerzugriff abschirmen. Dabei einigen sich die Ehepartner, den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (ehe)vertraglich (meist übergangsweise) zu beenden, um von der Zugewinnngemeinschaft in die Gütertrennung zu wechseln (§ 1408 BGB)<sup>2</sup>. Hierdurch wird das während der Ehe vom haftenden Ehegatten betrieblich erwirtschaftete Vermögen auf den anderen Ehepartner übertragen.

Mit Auflösung der Zugewinnngemeinschaft ist dann der Ausgleichsanspruch fällig (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB). Der entsprechende Zugewinnausgleichsanspruch mindert den Zugewinn des wirtschaftenden Ehegatten, gerät dadurch aber auch aus der Sphäre seiner Gläubiger. Der Vorteil besteht im Übrigen auch darin, dass die Zugewinnausgleichforderung keine Schenkung begründet, sondern kraft Gesetzes entsteht und dies zum einen steuerlich vorteilhaft ist. Zum anderen sind auch die Möglichkeiten der Gläubiger im Insolvenzfall eingeschränkt, die Vermögensübertragung im Wege der Insolvenzanfechtung anfechten zu können. Allerdings beseitigt dieser Weg nicht restlos sämtliche Anfechtungsgefahren (§ 133 Abs. 2 und Abs. 4 InsO). Es stellt sich die Frage, ob die Gestaltung möglicherweise rechtsmissbräuchlich sein könnte. Hier ist zunächst vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen. Ein missbräuchliches Verhalten könnte allenfalls bei der primären Verfolgung ehewidriger Ziele, z. B. die Minimierung der Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen, im Vordergrund stehen. Der BGH hatte in der Vergangenheit bei zweimaligem Wechsel des Güterstandes einen Missbrauchstatbestand angenommen und in diesen Fällen eine Schenkung gesehen, wenn in Wahrheit kein Ehevertrag, sondern nur eine Schenkung gewollt war und sich beide Ehepartner hierüber einig waren.

Die Güterstandsschaukel wird jedoch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 2005 grundsätzlich akzeptiert. Entscheidend ist, ob die Neuordnung des Güterstands im Vordergrund stand und ob dieser Wechsel auch ernsthaft gewollt war. Zum einen muss deshalb der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft tatsächlich beendet werden. Dazu muss der ausgleichsberechtigte Ehepartner frei über sein Vermögen inklusive der Zugewinnausgleichsforderung verfügen dürfen. Erst in einer zweiten, rechtlich unabhängigen Vereinbarung, sollten die Ehepartner wieder zur Zugewinnngemeinschaft zurückkehren. Es ist deshalb dringend anzuraten, die beiden Güterstandswechsel in zwei verschiedenen Urkunden durchzuführen. Der Wechsel muss auch bedingungslos vereinbart sein. Zum anderen muss die Ausgleichsforderung auch tatsächlich wertmäßig entstanden sein. Dazu gehört auch die konkrete Berechnung des Zugewinnausgleichs mit entsprechenden Nachweisen, um die Ernsthaftigkeit des Wechsels zu dokumentieren. Die Ehepartner dürfen daher keine willkürlichen Werte ansetzen, um die ihnen genehme Folge zu erreichen. Vielmehr müssen sie den Zugewinn konkret nach §§ 1373 ff. BGB berechnen und die zugrunde liegenden Tatsachen dokumentieren. Idealerweise belegen sie diese durch Verzeichnisse des Anfangsvermögens und des gegenwärtigen Vermögens.

---

<sup>2</sup> Vgl. BGHUrteil 12.7.05, II R 29/02, BStBl. II 05, 843.

Im Übrigen dürfen sie aus Praktikabilitätsgründen Werte einvernehmlich festsetzen und schätzen, sofern diese nicht willkürlich sind.

### **Schutz vor Haftungsdurchgriffen**

Krisensituationen bergen die Gefahr von Haftungstatbeständen, die einen Zugriff auf das persönliche Vermögen des Geschäftsführers ermöglichen. Dem Geschäftsführer ist es deshalb dringend anzuraten, sich frühzeitig über die in der Unternehmenskrise bestehenden Pflichten zu bemühen.

---

# SMARTROCK

Consulting Group