

DEPESCHE QUINTA ESSENTIA

Ausgabe 06 / 30. September 2011

DIE QUINTESSENZ WICHTIGER THEMEN AUS DEN BEREICHEN WIRTSCHAFT, RECHT & STEUERN

Themen in dieser Ausgabe:

TESTAMENT, GÜTERSTANDSWECHSEL, NOTARTOURISMUS UND LANGZEITKRANKE

EDITORIAL

Geographisch und kalendarisch ist der Sommer vorbei. Wir sind im Herbst, die Tage werden kürzer, die Nächte länger. Wir haben also Zeit, uns wieder einmal mit wichtigen Themen zu befassen. Wir möchten mit der Depesche dazu Anregungen geben. In dieser Ausgabe bilden wieder einmal wegen der großen Bedeutung zwei Themen im Zusammenhang mit Fragen der Vermögensnachfolge einen Schwerpunkt. Wir berichten im ersten Thema über wichtige Elemente, die bei dem Abfassen eines Testamentes zu beachten sind. Darüber hinaus berichten wir über die Möglichkeiten, durch Wahl und / oder Wechsel des ehelichen Güterstandes zu Lebzeiten zivilrechtliche, aber auch steuerrecht-

liche Chancen zu nutzen und Risiken zu vermeiden.

Ein weiteres Thema ist für Unternehmen interessant, weil es erheblichen Sprengstoff birgt: ein Urteil des EuGH kommt zu dem kaum noch nachvollziehbaren Ergebnis, dass Langzeitkranke über Jahrzehnte hinweg Urlaubsansprüche ansammeln können, die im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vergüten sind. Das kann für Unternehmer richtig teuer werden.

Weiter befassen wir uns mit dem „Notartourismus“. Damit ist nicht die Reisetätigkeit dieser Berufsgruppe gemeint, sondern die Beobachtung, dass Mandanten die oft teure notarielle Beurkundung vor einem deutschen Notar durch eine günsti-

gere Auslandsbeurkundung ersetzen möchten. Wir informieren über die aktuelle Rechtslage und die mit Auslandsbeurkundungen verbundenen Chancen und Risiken.

Schon Nietzsche hat erkannt, dass die Hast zu nichts Gutem führt: „die Bildung wird täglich geringer, weil die Hast größer wird“. Das gilt im Zeitalter des nahezu uneingeschränkten Zugangs zu Informationen erst recht. Das Problem ist also nicht, dass die Informationen nicht zugänglich wären. Das Problem besteht darin, die richtigen Informationen zu haben, ohne zum Fachidioten zu mutieren.

Getreu unserem Motto „wider die Informationsvermüllung“ haben wir die Beiträge für Sie „lesbar“ aufbereitet, ohne ihnen die Brisanz zu nehmen.

Ich wünsche wie immer eine ebenso erkenntnisreiche wie unterhaltsame Lektüre.



Ihr Dr. Wolfgang Sturm

1. IM TESTAMENT ALLES BEDACHT? HOFFENTLICH!

Der Ausspruch „Erstens kommt es anders und zweitens als man denkt“ wird Alexander Johann Heinrich Spoerl, gestorben 16. Oktober 1978, zugerechnet. Das Zitat passt auf so manches Testament. Niemand beschäftigt sich gerne mit dem eigenen Tode, und so verwundert es nicht, dass Testamente von den Betroffenen häufig mit „heißer Nadel“ verfasst werden. Dabei wird im Regelfall unterstellt, dass die Ehemänner vor den Ehefrauen versterben, und die Kinder die Eltern überleben.

Meist wird aber nicht geregelt, was gelten soll, wenn es anders kommt als gedacht. Solche Regelungen sind aber häufig eminent wichtig, wie das folgende Beispiel zeigen soll: Ein Unternehmer hat seiner Ehefrau zu deren Absicherung schon zu Lebzeiten eine betrieblich genutzte Immobilie geschenkt. Die damit einhergehende Entnahme des Grundstücks aus dem Betriebsvermögen und die damit verbundene Steuerbelastung hat er bewusst in Kauf genommen, weil künftige Wertsteigerungen im Privatvermögen der Ehefrau stattfinden. Angedacht war darüber hinaus, nach Ablauf der Spekulationsfrist das Betriebsgrundstück gegebenenfalls wie-

der von dem Betrieb kaufen und den höheren Kaufpreis steuerlich abschreiben zu können. Soweit so gut. Dringend anzuraten ist dem Unternehmer allerdings, in seinem Testament auch den Fall zu regeln, der gelten soll, sollte die Ehefrau vor dem Unternehmer versterben. Hier ist auf jeden Fall zu verhindern, dass der Unternehmer wieder im Wege der Erbfolge Eigentümer des Betriebsgrundstücks wird. Hier sind in erster Linie die gemeinsamen Kinder zu bedenken. In diesem Zusammenhang ist allerdings auch auf eine ausreichende Sicherung des Unternehmers zu achten, damit ihm die Nutzung des Betriebsgrundstückes nicht gegen seinen Willen entzogen werden kann.

Ebenso wichtig wäre es in dem Beispiel, für klare Verhältnisse im Hinblick auf die Nachfolge in dem Unternehmen zu sorgen. Würde die Ehefrau des Unternehmers nach dessen Tode das Unternehmen erben, würde das ihr vorher geschenkte Grundstück zwangsweise wieder Betriebsvermögen werden. Realisierte stille Reserven wären erneut der Steuer zu unterwerfen.

Das zum Unternehmer „zurückkehrende“ Grundstück im Falle des Vorversterbens seiner Ehefrau zeigt eine weitere erbschaftsteuerrechtliche

Falle: Verstirbt die Ehefrau vor dem Unternehmer, fällt das aus dem Vermögen des Unternehmers stammende Grundstück erbschaftsteuerpflichtig an den Unternehmer zurück. Dieses missliche Ergebnis kann man zwar durch ein sogenanntes „Rückfallsrecht“ vermeiden. Denn der Rückfall ist keine Schenkung. Es kommt zur Erstattung der bei der früheren Schenkung gezahlten Schenkungsteuer. Unter Ehegatten funktioniert das allerdings nicht. Das Rückfallsrecht geht durch den Erbfall unter. Es bleibt daher dabei, dass das Grundstück (erneut) erbschaftsteuerpflichtig an den Unternehmerehegatten zurückfällt.

Auch die Hoffnung, das im Falle des Vorversterbens eines Kindes verunglückte Testament durch Ausschlagen der Erbschaft durch einen der Elternteile wieder korrigieren zu können, kann sich schnell als trügerisch erweisen. Es ist zwar richtig, dass die Lebenserwartung ständig steigt. Dennoch werden wir alle älter, aber niemand ist davor geschützt, dass er altersbedingt, zum Beispiel wegen Alzheimer oder aus anderen Gründen faktisch oder rechtlich gar nicht mehr in der Lage ist, wirksam zu handeln.

Das gleiche gilt, wenn Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament mit sogenannten wechselbezüglichen Anord-

nungen errichtet haben, und ein Ehegatte krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage ist, an einer Änderung des Testamentes mitzuwirken. In diesem Fall bleibt das Testament unabänderlich in der Fassung bestehen, in der es seinerzeit abgeschlossen worden ist, und sei es noch so widersinnig.

Die genannten Beispiele mögen erschreckend sein, es ist aber das Leben, das diese Beispiele schreibt.

Für die Vermögensnachfolge gilt in noch größerem Maße das, was für Verträge gilt: Sie will wohlüberlegt und in allen Verästelungen gut durchdacht sein. Eine gute und zugleich steuerlich optimale Vermögensnachfolge ist eine herausfordernde und heikle Aufgabe. Wer sie gelöst hat, ist gut beraten, sie alle zwei bis vier Jahre auf den Prüfstand zu stellen und der tatsächlichen Situation gegebenenfalls anzupassen. Die Welt um uns herum ändert sich in einer derartigen Geschwindigkeit, dass es kein für die Ewigkeit geschriebenes Testament geben kann.

2. NOTARTOURISMUS

Ob die Rechnung nun Rechnung, Kostennote oder Honorarnote heißt, ändert nichts daran, dass der Aussteller vom Adressaten Geld verlangt. Deutsche Notare berechnen den Mandanten „Gebühren“, das erinnert uns ein wenig an eine hoheitliche Tätigkeit, auch wenn das nicht stimmt. Mit Rechtsanwältinnen kann man eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung treffen, auch wenn die gesetzliche Gebührenordnung eine in jedem Fall zu zahlende Mindestvergütung vorsieht. Bei deutschen Notaren gibt es bei den Gebühren nichts zu verhandeln. Dafür sorgen die Revisoren der Kammern, die das regelmäßig prüfen. Was liegt da für das Publikum näher, als eine nach deutschem Recht notwendige notarielle Beurkundung im Ausland vorzunehmen? Insbesondere bei der Übertragung von GmbH-Anteilen im Rahmen von Unternehmenskäufen beauftragen die Parteien wegen der hohen Gegenstandswerte und der daraus resultierenden hohen Gebühren gerne Notare in der Schweiz. Schweizer Notare sind anders als deutsche Notare nicht an feste Gebühren für die Beurkundung gebunden. Je nach Kanton können sie Vereinbarungen über die Höhe der Gebühren treffen.

Problematisch ist dabei allerdings, ob

eine Auslandsbeurkundung auch zu einem formwirksamen Vertrag nach deutschem Recht führt. Und was nützt der schönste Unternehmenskaufvertrag, wenn der Verkäufer die Anteile zurückfordert oder die Zahlung des Kaufpreises mangels Kaufpreisanspruch nicht durchsetzbar ist? Wie aber ist die Rechtslage? Der BGH hat schon vor Jahren entschieden, dass eine Beurkundung im Ausland jedenfalls dann wirksam ist, wenn sie der deutschen Beurkundung vergleichbar ist. Diese Voraussetzung ist nach dem BGH erfüllt, wenn die ausländische „Urkundsperson“ nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten ist, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.

Ob eine solche Vergleichbarkeit bei einer Beurkundung in der Schweiz vorliegt, hängt davon ab, in welchem Kanton beurkundet wird. Deutsche Gerichte haben eine Vergleichbarkeit in der Vergangenheit nur für einige wenige Kantone bejaht. Im Kanton Obwalden ist die Ausbildung eines Notars nicht mit der eines deutschen Notars vergleichbar; dort und auch in Zürich werden die Urkunden auch nicht vorgelesen. Eine Vergleichbarkeit dürfte damit nicht vorliegen. Das

Vorlesen einer Urkunde ist aber ein tragendes Prinzip des deutschen Beurkundungsrechts. Anders sieht es im Kanton Basel aus. Aufgrund der Nähe zu Deutschland entspricht das Beurkundungsrecht des Kantons Basel ganz wesentlich dem deutschen Beurkundungsrecht.

In diesem Zusammenhang sind kürzliche Änderungen des GmbH-Gesetzes durch das sogenannte MoMiG zu beachten. Das Landgericht Frankfurt am Main (3-13 o 46/09) hat in einem Urteil vom 7. Oktober 2009 entschieden, dass ein Geschäftsanteil einer deutschen GmbH nicht mit einer in Zürich privatschriftlich unterzeichneten Vereinbarung wirksam verpfändet werden kann. In dem gleichen Urteil hat das Landgericht aber auch erkannt, dass der Verkauf eines Geschäftsanteils an einer deutschen GmbH in eine Urkunde vor einem Schweizer Notar in Basel wirksam ist. Das Landgericht weist allerdings ausdrücklich darauf hin, dass es davon ausgehe, dass unter Geltung der neuen Fassung des § 40 Abs. 2 GmbH-Gesetz eine andere Einschätzung wahrscheinlich sei. § 40 Abs. 2 GmbH-Gesetz sieht vor, dass ein Notar im Zusammenhang mit der Liste der Gesellschafter bestimmte Pflichten hat. Diesen Pflichten unterliegen Schweizer Notare nicht.

Wer jetzt das Ende des Notartourismus gekommen sah, war über den

Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. März 2011 (I-3 Wx 236/10) erstaunt. Das Gericht entschied, dass die Beurkundung einer Anteilsabtretung in der Schweiz (Basel) weiterhin anzuerkennen ist. Nach Ansicht des Gerichts ist strikt zu trennen zwischen der (Wirksamkeit der) Beurkundung und der (nur) einen (deutschen) Notar treffenden Mitteilungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG, die aber - wie im Entscheidungsfall - durchaus durch einen deutschen Notar als Bote des Schweizer Notars erfüllt werden könne. Die Entscheidung verdanken wir, so sagen es jedenfalls die Gerichte, findigen Anwälten, die „es wissen wollten“ und den Fall gezielt vor die Gerichte gebracht haben. Dennoch: Gerichte in den Bezirken anderer Handelsregister mögen das anders sehen. Wer die Beurkundung im Ausland wählt, sollte den Ort mit Bedacht wählen, um auch eine Vergleichbarkeit mit der Beurkundung vor einem deutschen Notar zu haben. Das Risiko bleibt.

Im Einzelfall muss eine Abwägung zwischen ersparten Gebühren und eingegangenem Risiko erfolgen. Damit der Leser eine Vorstellung erhält, worüber wir sprechen: bei einem Kaufpreis von € 1,0 Mio. für einen GmbH - Geschäftsanteil betragen die Gebühren des deutschen Notars rund € 3.200,00. § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO

begrenzt den Geschäftswert auf einen Höchstbetrag von € 60,0 Mio., was zu einer Notargebühr von rd. € 52.000,00 führt.

Wir können den Notartourismus nicht empfehlen, auch wenn er aus Kostengründen lukrativ erscheinen mag. Ein unwirksamer, wenn auch günstiger, Vertrag ist im Verhältnis zu einem teurer (erscheinenden) Vertrag immer die schlechtere Variante. Die Frage ist daher nach unserer Ansicht nicht, ob in Deutschland oder im Ausland beurkundet werden soll. Die richtige Frage ist vielmehr, welcher Notar derjenige ist, der für die Gebühren eine exzellente Arbeit abliefert.

3. DER GÜTERSTANDS-WECHSEL UNTER EHEGATTEN ALS GESTALTUNGSMITTEL?

Die sogenannte Zugewinnsgemeinschaft ist der vom BGB vorgesehene gesetzliche Güterstand. Wollen die Ehegatten einen anderen Güterstand vereinbaren, müssen sie dazu einen notariell beurkundeten Ehevertrag schließen. Anstelle der Zugewinnsgemeinschaft wird häufig die Gütertrennung gewählt, insbesondere zwischen Ehegatten, die bei dem Start in die Ehe über unterschiedlich hohe Vermögen verfügen. Der vermögendere Ehegatte

befürchtet im Fall der Scheidung, als Zugewinnausgleich im Extremfall die Hälfte seines aktuellen Vermögens an den anderen Ehepartner zahlen zu müssen. Weil der Zugewinnausgleichsanspruch nach § 1378 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Geld zu leisten ist, ist nicht allein der Umstand, die Hälfte seines Vermögens „los“ zu sein, misslich. Misslich ist auch, dass gegebenenfalls Vermögenswerte versilbert werden müssen, um den Zugewinnausgleich zahlen zu können.

Die Motive für eine Gütertrennung statt der Zugewinnsgemeinschaft sind daher nachvollziehbar. Allerdings sollte auch hier nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden. Denn wenn eine Ehe zu Lebzeiten ihren Zweck erfüllt hat und erst durch den Tod endet, besteht häufig kein Grund, dem überlebenden Ehegatten keinen Zugewinnausgleich zukommen zu lassen.

Häufig erweist sich die Vereinbarung der sogenannten modifizierten Zugewinnsgemeinschaft als gute Lösung: sie bedeutet, dass die Gütertrennung für den Fall der Auflösung der Ehe zu Lebzeiten gilt, im Todesfall aber der Zugewinnausgleich erfolgt. Denkbar sind auch Varianten in dem Sinne, dass vom Zugewinnausgleich bestimmte Vermögenswerte, z.B. Firmenbeteili-

gungen, ausgenommen werden.

Eine interessante Variante bietet auch der Wechsel des Güterstandes zu Lebzeiten. Wechselt ein Ehepaar zu Lebzeiten von der Gütertrennung zur Zugewinnsgemeinschaft, können so Pflichtteilsansprüche der Pflichtteilsberechtigten reduziert werden. Eine durch Wechsel des Güterstandes bei einem Ehegatten eintretende Vermögensmehrung ist auch keine Schenkung, so dass auch Pflichtteilsergänzungsansprüche insoweit nicht geltend gemacht werden können.

Durch richtige Gestaltung des ehelichen Güterstandes können zum Teil in erheblichem Umfang Vermögenswerte steuerfrei oder steuerbegünstigt von einem auf den anderen Ehegatten übertragen werden. Potentielle Pflichtteilsansprüche können gesenkt werden. Dadurch erhalten die Ehegatten bereits zu Lebzeiten die Möglichkeit, auf die Verteilung des Nachlasses Einfluss zu nehmen.

Ein Güterstandswechsel birgt aber auch Risiken, so bei der Übertragung von Betriebsvermögen. Ebenfalls zu bedenken sind bei der Beratung die Kosten des Güterstandswechsels. Ein Güterstandswechsel setzt einen notariellen Vertrag der Ehegatten voraus. Die Kosten dafür richten sich nach dem Wert des übertragenen Vermögens.

Nicht oder nur eingeschränkt geeignet dagegen ist der Güterstandswechsel als insolvenzrechtliches Gestaltungsmittel. Am 1. Juli 2010 hat der BGH (IX ZR 58/09) entschieden, dass güterrechtliche Verträge, die der Schuldner zwei Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen hat, anfechtbar sind mit der Folge, dass das auf den anderen Ehegatten übertragene Vermögen wieder dem Zugriff der Gläubiger unterliegt. Missbräuchlichen Vermögensübertragungen zwischen Ehegatten ist in diesem Fall ein Riegel vorgeschoben.

4. EUROPARECHT UND LANGZEITKRANKE: DER EUGH IST IMMER FÜR EINE ÜBERRASCHUNG GUT

Eine nach dem Kläger („Schulz-Hoff“) benannte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) aus dem Jahr 2009 rückt erst jetzt in den Fokus der Öffentlichkeit, auch der betroffenen Unternehmen. Bis zu der eben genannten Entscheidung ging man in Deutschland davon aus, dass langzeiterkrankte Arbeitnehmer für die Unternehmen kein Problem darstellen. Im Regelfall endete der Lohnzahlungszeitraum nach sechs Wochen,

Unternehmen waren daher nach Ablauf des Lohnfortzahlungszeitraumes durch Langzeiterkrankte nicht mehr belastet. Seit der Entscheidung des EuGH in der Sache Schulz-Hoff sieht die Welt einmal mehr anders aus. Der EuGH entschied, dass erkrankte Arbeitnehmer ihre Urlaubsansprüche, selbst wenn sie mehrere Jahre dauerhaft erkrankt sind, ansammeln. Bislang konnte man davon ausgehen, dass Urlaubsansprüche erkrankter Arbeitnehmer jeweils im Folgejahr nach Ablauf von drei Monaten entsprechend der gesetzlichen Regelung im Bundesurlaubsgesetz verfielen. Dieser Auffassung erteilte der EuGH eine Absage, weil die entsprechende Regelung des Bundesurlaubsgesetzes gegen Unionsrecht verstößt.

Dass wir in diesem Zusammenhang nicht von Kleingeld reden, zeigt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das dem EuGH in der Angelegenheit Schulz-Hoff die Frage, ob Urlaubsansprüche langzeiterkrankter Arbeitnehmer erlöschen, vorgelegt hatte. Das Landesarbeitsgericht verurteilte den Arbeitgeber im Streitfall zur Zahlung von rund 12.000,00 Euro zur Abgeltung der Urlaubsansprüche des Langzeiterkrankten.

Interessant sind in dem Zusammenhang noch folgende Aspekte:

Der EuGH hat entschieden, dass es einen Vertrauensschutz im Hinblick auf die bisher als sicher angesehene Rechtslage nicht gibt.

Der EuGH hat weiter entschieden, dass Arbeitgeber sich nicht auf Verjährung berufen können. Denn der Urlaubsabgeltungsanspruch entstehe erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Und erst ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung zu laufen. Das ist für Arbeitgeber besonders misslich. Denn sie waren bisher in dem (guten) Glauben, sich um die langzeiterkrankten Arbeitnehmer nicht kümmern zu müssen. Völlig unerwartet sehen sie sich jetzt mit einem brisanten Problem konfrontiert.

Ein wenn auch geringer Trost besteht darin, dass bei entsprechender Gestaltung in den Anstellungsverträgen gegebenenfalls nur der gesetzliche Mindesturlaub abzugelten ist. Darüber hinausgehender Urlaub muss, bei entsprechend vertraglicher Gestaltung, nicht ausbezahlt werden.

Ebenfalls als geklärt anzusehen ist die Frage, was passiert, wenn der Langzeiterkrankte seine Arbeit wieder aufnimmt. Auch hier ist es bedauerlicherweise so, dass der Arbeitnehmer die von ihm während seiner Erkrankung angesammelten Urlaubsansprüche in vollem Umfang nehmen kann.

Die Entscheidung des EuGH ist ein weiteres Beispiel dafür, wie tief das EU-Recht und die Rechtsprechung des EuGH die Rechtsprechung der nationalen Gerichte verdrängen.

IN EIGENER SACHE

Viele werden es bereits wissen: Ab Juli 2011 leitet Frau Jasmin Schröder unser back office.

Frau Schröder begeistert durch ihre offene, loyale und zugleich zupackende Art. Ihr Ehrgeiz duldet keinen Aufschub bei den zu erledigenden Arbeiten, ihre Gewissenhaftigkeit ist Vorbild für das gesamte Team. Dabei ist sie stets fröhlich und steht dem gesamten Team hilfreich zur Seite.



Wir freuen uns, Frau Schröder zu unserem Team zählen zu dürfen.

Die nächste Depesche ist für Ende Dezember 2011 geplant. Wir werden ein Resümee zum Jahresende 2011 und einen Ausblick auf das Jahr 2012 versuchen.

IMPRESSUM

© 2011 by random coil

Dr. Sturm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Scharnhorststraße 13
D-32105 Bad Salzuflen

Telefon: +49 5222 / 960 33 0
Telefax: +49 5222 / 960 33 29
E-mail: info@random-coil.de

Amtsgericht Lemgo HRB 5856

V.i.S.d.P. : Dr. Wolfgang Sturm -
Geschäftsführer

Weitere Ausgaben, sowie die Möglichkeit, sich in den Mail-Verteiler einzutragen, finden Sie auf unserer website unter www.random-coil.de/depesche

DISCLAIMER

Auch wenn alle Inhalte sorgfältig recherchiert sind, kann die Depesche eine sorgfältige Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher für den Inhalt der Depesche keine Haftung. Die Depesche enthält auch keine Empfehlungen, sie gibt nur Meinungen wieder. Die Umsetzung der hier beschriebenen Themen oder darauf fußende Entscheidungen trifft der / die geeignete Leser/in auf eigene Verantwortung und Gefahr. Wir bitten höflich um Verständnis.