

Maßnahmen zum Schutz des Vermögens und zum Erhalt geschaffener Werte im Mittelstand – Asset Protection

Inhalt

1. Nutzen von Asset Protection
2. Grundsätzliche Überlegungen
3. Anfechtungsrecht
4. Unternehmenswert aufbauen
5. Unternehmen schützen
 - 5.1 Angriffe von innen
 - 5.1.1 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen der Stimmrechte
 - 5.1.2 Einziehungsklauseln zur Vermeidung von Blockaden
 - 5.1.3 Abfindungen im Gesellschaftsvertrag
 - 5.1.4 Sicherstellung der Handlungsfähigkeit im Notfall
 - 5.2 Angriffe von außen
 - 5.2.1 Wahl der Rechtsform
 - 5.2.2 Vertragliche Absicherungen; insbesondere Verwendung von AGB
 - 5.2.3 Trennung von Gesellschaftsvermögen und unternehmerischen Risiken
6. Vermögen rechtssicher übertragen
 - 6.1 Übertragbare Ertragskraft
 - 6.2 Nachfolgeplanung
7. Vermögensschutz auf privater Ebene
 - 7.1 Übertragung von Vermögen zum Schutz vor Zugriffen Dritter
 - 7.2 Erbrechtliche Anlässe/Schenkungen
 - 7.3 Familienrechtliche Anlässe
 - 7.3.1 Die Zugewinnngemeinschaft
 - 7.3.2 Übertragung von Vermögen in der Ehe: Ehevertrag (Güterstandsschaukel)
8. Schutz vor Haftungsdurchgriffen

1. Nutzen von Asset Protection

Unternehmerische Tätigkeit, Finanzierungen, Scheidungen, Erbfälle etc. bergen die Gefahr eines Haftungszugriffs von Gläubigern wie z.B. Banken, dem Finanzamt, Ex-Gatten oder Pflichtteilsberechtigten. Damit im Ernstfall Betriebsvermögen und insbesondere das davon getrennte Privatvermögen einer solchen Haftung entzogen

ist, sind rechtzeitig entsprechende Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Diese Gestaltungen zum Vermögensschutz werden angloamerikanisch auch als „Asset Protection“ bezeichnet.

Leider ist in der Praxis immer wieder zu beobachten, dass Unternehmen kaum oder nicht durchgehende Maßnahmen ergreifen, das Vermögen wirksam zu schützen.

Das Merkblatt gibt einen – wenn auch nicht abschließenden – Überblick, welche Maßnahmen für einen effektiven Vermögensschutz in Betracht kommen.

Hierdurch kann ein wichtiger Beitrag für den Erhalt des Unternehmens, aber auch des dahinter stehenden Unternehmers und dessen Familie geleistet werden.

Der Steuerberater ist bei der Planung und Umsetzung wichtiger Ansprechpartner des Unternehmers.

2. Grundsätzliche Überlegungen

Maßnahmen zum Schutz des Vermögens können jedoch nur im Vorfeld eines möglichen Haftungsfalls zum Ziel führen. Ist der Haftungsfall bereits eingetreten, sind z.B. erst dann erfolgende Vermögensverschiebungen in der Regel anfechtbar bzw. sogar nichtig. Außerdem wird das Beiseiteschaffen oder Verschleiern von Vermögenswerten in diesen Fällen schon strafrechtlich relevant. Seriöser Vermögensschutz erfolgt daher stets nur prophylaktisch im Vorfeld einer möglichen Haftung.

Die Grenzen findet die Asset Protection im Gläubigerschutz und der Strafbarkeit von Maßnahmen:

Die Anfechtungsrechte des Anfechtungsgesetzes und der Insolvenzordnung schützen Gläubiger vor bestimmten Vermögensübertragungen eines Schuldners. Anfechtbar sind Rechtshandlungen, wie z.B. Schenkungen, Verkäufe, Eheverträge etc., wenn Gläubiger hierdurch objektiv benachteiligt werden.

Versuchte Vermögensschutzmaßnahmen und Verschleierungen sind oft auch strafrechtlich relevant. Wer bei einem konkreten Haftungsfall noch schnell Vermögen zur Seite schaffen oder verschleiern will, wird sich daher nicht selten vor einem Strafgericht wegen Untreue, Betrug, strafbaren Bankrotts etc. verantworten müssen.

Darüber hinaus ist Asset Protection nicht allein auf eine Abwehr von möglichen Ansprüchen beschränkt. Vermögensschutz bedeutet auch, Maßnahmen für den Erhalt geschaffener Werte zu entwickeln. Dieser Aspekt beinhaltet eine strategische Planung zum Erhalt geschaffener Werte.

Hieraus ergeben sich die drei goldenen **Regeln der Asset Protection**:

- I. **Strategisch planen**
- II. **Frühzeitig handeln**
- III. **Sorgfältig dokumentieren**

3. Anfechtungsrecht

Die Anfechtung im Insolvenzrecht soll das den Gläubigern haftende Schuldnervermögen wiederherstellen. Es werden hierbei solche Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht, die zum Nachteil der Gläubiger waren und vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sind.

Anfechtbar sind gemäß § 129 InsO Rechtshandlungen, die vor Verfahrenseröffnung vorgenommen worden sind und dadurch die Gläubiger benachteiligt wurden.

Eine solche Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die anzufechtende Rechtshandlung die Insolvenzmasse verkürzt hat, vereitelt, erschwert oder verzögert. Die Befriedigung der Gläubiger müsste sich also im Falle des Unterbleibens der angefochtenen Handlung günstiger gestaltet haben.

Die Insolvenzordnung unterscheidet mehrere Insolvenzanfechtungstatbestände, die eine Anfechtung von Rechtshandlungen bis zu 10 Jahren ermöglichen.

Von Vermögensübertragungen kurz vor einer Insolvenz ist dringend abzuraten. Neben den in den meisten Fällen

einschlägigen Anfechtungstatbeständen der §§ 130, 131 InsO besteht ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko, insbesondere wegen eines Bankrottstraftatbestandes gemäß § 283 StGB. Deshalb können in Abgrenzung zu strafbaren Vermögensverschiebungen unter Asset Protection nur solche Maßnahmen verstanden werden, vor einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen.

Vor diesem Hintergrund sind weniger die Anfechtungstatbestände nach §§ 130, 131 InsO relevant, als vielmehr die Ansprüche nach §§ 132 Abs. 2, 133, 134 und § 135 InsO.

4. Unternehmenswert aufbauen

Jedes Unternehmen sollte in regelmäßigen Abständen in einem strukturierten Prozess seine Stellung im Markt reflektieren und im Rahmen einer definierten Strategie seine mittel- und langfristigen Ziele definieren. Als Steuerungsinstrument und Instrument nicht nur zur Haftungsvermeidung, sondern in erster Linie zum Aufbau und dem Erhalt des Unternehmens (vgl. hierzu auch DWS-Merkblatt Nr. 1665 „Businessplan“).

Auch die rollierenden Erstellungen von kurz- und mittelfristigen integrierten Unternehmensplanungsrechnungen dienen diesem Zweck.

Zeitpunkt	Anfechtungsgründe	Der Handelnde war der ...
mind. 10 Jahre vor Eröffnungsantrag	– Vorsätzliche Benachteiligung, § 133 Abs. 1 InsO – Sicherung der Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens, § 135 Nr. 1 InsO	Schuldner Schuldner oder Gläubiger
mind. 4 Jahre vor Eröffnungsantrag	– vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung nach neuem Anfechtungsrecht gem. § 133 Abs. 2 InsO – unentgeltliche Leistung, § 134 InsO	Schuldner
mind. 2 Jahre vor Eröffnungsantrag	– entgeltlicher Vertrag mit nahestehender Person, § 133 Abs. 4 InsO	Schuldner
mind. 1 Jahr vor Eröffnungsantrag	– Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens, § 135 Nr. 2 InsO – Einlagenrückgewähr oder Erlass des Verlustanteils eines stillen Gesellschafters	Schuldner oder Gläubiger Schuldner, Schuldner und Gläubiger
mind. 3 Monate vor Eröffnungsantrag	– Deckungsanfechtung bei Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO – unmittelbar nachteilige Rechtshandlung und Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, § 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO	Schuldner oder Gläubiger Schuldner
2-3 Monate vor Eröffnungsantrag	– kongruente Deckung bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO – inkongruente Deckung bei Kenntnis des Gläubigers von der Gläubigerbenachteiligung, § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO	Schuldner oder Gläubiger Schuldner oder Gläubiger
mind. 1 Monat vor Eröffnungsantrag	– inkongruente Deckung, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO	Schuldner oder Gläubiger
nach dem Eröffnungsantrag	– Deckungsanfechtung bei Kenntnis des Gläubigers von dem Eröffnungsantrag oder der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO – inkongruente Deckung, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO – unmittelbar nachteilige Rechtshandlung, § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO – vorsätzliche Benachteiligung, § 133 Abs. 1 InsO – Einlagenrückgewähr oder Erlass des Verlustanteils eines stillen Gesellschafters, § 136 InsO	Schuldner oder Gläubiger Schuldner Schuldner Schuldner
Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung	– Rechtshandlungen, die entgegen den Regelungen in den §§ 80, 91 InsO wegen des Gutglaubensschutzes bei Registergeschäften wirksam sind	Gläubiger und Schuldner

Gerade in der Krise ist eine Unternehmensplanung unerlässlich. Davon unabhängig stellt sich die Frage, ob es eine allgemeine Pflicht zur Erstellung einer Unternehmensplanung gibt. Eine Norm, in der dies generell geregelt ist, existiert nicht; es gibt also kein klares gesetzliches Gebot zur Einrichtung einer Unternehmensplanung (vgl. hierzu auch DWS-Checkliste Nr. 67 „Liquiditätsplanung“).

Mittelbar aber gibt es gesetzliche Konkretisierungen, die teilweise von der Verpflichtung zur Planung ausgehen. So regelt § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG, dass der Vorstand dem Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grds. Fragen der Unternehmensplanung zu berichten hat. Ein solcher kann nur bei Vorliegen einer Unternehmensplanung angenommen werden. In § 91 Abs. 2 AktG ist die Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems statuiert. Das Risikofrüherkennungssystem soll Bestandsgefährdungen aufzeigen. Unter solchen versteht man nachteilige Veränderungen auf die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage der Aktiengesellschaft, sofern sie sich wesentlich auswirken können. Eben diese Wesentlichkeit kann erst ermittelt und aufgezeigt werden, wenn die Bestandsgefährdungen in der Planungsrechnung aufgezeigt werden. Für Unternehmen, die einen Lagebericht zu erstellen haben, muss nach § 289 HGB die Unternehmensplanung in ihrer Ausprägung und in ihrer Planungssicherheit so qualifiziert sein, dass sie als Grundlage für den Prognose- und Risikobericht dienen kann. Gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB muss der Kaufmann prüfen, ob die Beibehaltung der Fortführungsprognose im Rechnungswesen vertretbar ist. Hilfsmittel hierzu ist u. a. die Unternehmensplanung.

Die Unternehmensplanung dient zum einen als Bindeglied zur Unternehmensstrategie, als Steuerungs- und Controllinginstrument als erster Baustein eines Risikomanagementsystems. Damit kann ein Unternehmen möglichst frühzeitig auf Fehlentwicklungen reagieren und Maßnahmen ergreifen.

Dies ist letztlich auch Grundlage eines wirksamen Risikomanagementprozesses. Das betriebliche Risikomanagement stellt einen wesentlichen Baustein im Bereich des Vermögensschutzes und des Vermögenserhaltes dar.

Der Risikomanagementprozess besteht aus folgenden Elementen:

- Risikoidentifikation
- Risikobewertung
- Risikosteuerung und -überwachung

Der Risikomanagementprozess ist ein rollierender Prozess, der immer wieder von vorne beginnt und alle genannten Phasen durchläuft.

Das Risikomanagement ist als echte Führungsaufgabe im Unternehmen zu verstehen. Das Risikomanagement des Unternehmens und die hieraus gewonnenen Erkenntnisse haben direkten Einfluss auf die Führung des Unternehmens. Risiko- und Chancenbeziehungen bestehen in sämtlichen relevanten Führungsbereichen, wie beispielsweise das Verhältnis zu den Stakeholdern, strategische und operative Steuerung des Unternehmens, in der Organisation und der Führungsstruktur.

5. Unternehmen schützen

5.1 Angriffe von innen

5.1.1 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen der Stimmrechte

Bei einer Gesellschaft mit einem Gesellschafter, der die Anteilsmehrheit innehat, sog. Mehrheitsgesellschafter, ist der Gesellschaftsvertrag entsprechend seiner Interessen im Rahmen von Macht- und Entscheidungsbefugnissen auszurichten. Hier ist beispielsweise das Stimmrecht von besonderer Relevanz. Es ist zu beachten, ob eine Zustimmung anderer Gesellschafter für die jeweilige Handlung erforderlich ist. Das Stimmrecht kann von Gesetzes wegen beschränkt oder ausgeschlossen sein und bedarf daher einer anderweitigen vertraglichen Regelung. Ein Gesellschafter einer GmbH hat beispielsweise kein Stimmrecht, wenn er durch eine Beschlussfassung entlastet werden soll oder bestimmte Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern betroffen sind.

5.1.2 Einziehungsklauseln zur Vermeidung von Blockaden

§ 34 Abs. 2 GmbHG bestimmt, dass die Zwangseinziehung oder Zwangsabtretung nur wirksam ist, wenn eine entsprechende Satzungsregelung vorhanden ist.

Voraussetzung und Rechtsfolgen müssen in der Satzung hinreichend bestimmt sein. Eine Satzungsregelung, die die Zwangseinziehung ohne Angabe von Gründen durch einen bloßen Mehrheitsbeschluss zulässt, ist regelmäßig unwirksam. Ebenfalls unzulässig ist eine Einziehung ohne besonderen Einziehungsbeschluss, allein kraft entsprechender Satzungsbestimmung.

Meist ist in Satzungen eine Zwangseinziehung gegen Abfindung/Zwangsabtretung geregelt. Als Voraussetzung werden die Pfändung des Geschäftsanteiles, die Insolvenz des Gesellschafters oder ein „wichtiger Grund“ (bei Pflichtverletzung oder einer sonstigen Störung) genannt.

Die Wirksamkeit der Satzungsregelung wird nicht dadurch berührt, dass sie mit einer ungültigen Abfindungsregelung verbunden ist.

Die Zwangseinziehung führt grundsätzlich bereits bei der Beschlussfassung zur „Vernichtung“ des Geschäftsanteils und zum Verlust sämtlicher, mit diesem Geschäftsanteil verbundener, Mitgliedschaftsrechte.

Die Zwangsabtretung ist aus Sicht der verbleibenden Gesellschafter in jedem Fall weit weniger vorteilhaft. Der Abtretungsbeschluss muss notariell beurkundet vollzogen werden (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

Nach neuester Rechtsprechung ist die Einziehung auch ohne Zahlung der Abfindung wirksam mit der Zustellung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter, wenn keine Nichtigkeit festgestellt wurde¹.

Der Gesellschafter hat dann also auch kein Stimmrecht mehr. Für den Ausschluss als Gesellschafter gilt das laut BGH nicht. Ggfs. ist eine andere Beurteilung des BGH

¹ BGH-Urteil vom 24.01.2012, AZ II ZR 109/11.

beim Ausschluss möglich, wenn eine Satzungsregelung dazu vorliegt.

Es wird jedoch auch die Ansicht vertreten, dass die Verwaltungsrechte bis zum Bedingungseintritt (Abfindungszahlung) beim Ausschluss als Gesellschafter ruhen.

Es ist deshalb anzuraten, in die Satzung eine klarstellende Klausel aufzunehmen. Damit kann die Gesellschaft die Unsicherheit vermeiden, dass ein Gesellschafter auch nach Einziehung des Gesellschaftsanteils, aber noch vor Auszahlung des Abfindungsguthabens, weiterhin seine Gesellschaftsrechte ausüben kann.

5.1.3 Abfindungen im Gesellschaftsvertrag

Bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod oder Krankheit sind gesellschaftsrechtliche Besonderheiten zu beachten. War der ausscheidende Gesellschafter auch Geschäftsführer, so kann geregelt werden, dass dessen Erben gegen eine Abfindung ebenfalls ausscheiden. Dies ist vor allen Dingen dann besonders problembehaftet, wenn die Erben nicht in der Gesellschaft tätig gewesen sind und sich daher zwischen den verbliebenen Gesellschaftern und den Erben ein Spannungsfeld aufgrund divergierender Interessen ergibt.

Im Todesfall sind auch Pflichtteilsansprüche von nicht berücksichtigten Angehörigen zu beachten. Hier ist gesellschaftsvertraglich auf einen Pflichtteilsverzicht hinzuwirken.

Abfindungszahlungen können die Existenz der Gesellschaft gefährden.

Trifft man also bei der Gründung eines Unternehmens keine explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag, so ist der tatsächliche Wert des Unternehmens unter Einbeziehung aller stillen Reserven sowie des Firmenwerts zu berechnen. Dieser Wert ist dann auch sofort in bar zu erbringen. In der Praxis ist aber häufig gerade das nicht gewollt.

So ist Ziel vertraglicher Abfindungsregelungen in der Praxis regelmäßig eine Beschränkung des Abfindungsanspruchs der Höhe nach und/oder, die Auszahlung der Abfindung zeitlich zu strecken. Außerdem sollen vertraglich geregelte Abfindungen auch immer zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Ist nämlich nichts geregelt, besteht ja immer die Unsicherheit, nach welcher Methode der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils nun zu bewerten ist – immerhin gibt es hier unzählige anerkannte Bewertungsmethoden.

Allen Abfindungsklauseln gemein ist, dass sie den Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters nicht aushöhlen oder unangemessen einschränken dürfen.

Beim Austritt eines Gesellschafters sind die Interessenlagen der bleibenden Gesellschafter und des weichenden Gesellschafters meist gegenläufig. Die im Gesellschaftsvertrag geregelte Klausel ist hauptsächlich dafür gedacht, die vom Gesetzgeber festgelegte Verkehrswertabfindung in dem Maße zu modifizieren, dass die Abfindung für das Unternehmen liquiditätsmäßig tragbar ist – und um weitestgehend Streitigkeiten über die Höhe der Abfindung unter den Gesellschaftern zu vermeiden.

Grundsätzlich ist es so, dass die vom Gesetzgeber festgelegte Abfindungsregelung durch eine selbst getroffene Satzungs-klausel geändert werden kann. Allerdings darf

der Abfindungsanspruch nicht unangemessen eingeschränkt werden. Der BGH sieht eine solche Beeinträchtigung in der Regel als gegeben an, wenn das Abfindungsguthaben bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags unter 50 % des Verkehrswerts beträgt. Wird dieser Wert erst im Laufe der Zeit unterschritten, ist die Satzungs-klausel grundsätzlich nicht von Anfang an unwirksam, sondern es besteht hier das Recht auf Anpassung im Gesellschaftsvertrag.

Eine Möglichkeit, den Anspruch der Höhe nach zu beschränken, ist, sich in der Abfindungsklausel auf die Abfindung gemessen am Buchwert zu einigen. Der scheidende Gesellschafter erhält den auf der Grundlage der Handels- oder Steuerbilanz ermittelten buchmäßigen Kapitalanteil, zzgl. des anteiligen Gewinns des laufenden Geschäftsjahres sowie zzgl. anteiliger offener Rücklagen und Gewinnvorträge sowie abzüglich eines anteiligen Verlustvortrags.

Die stillen Reserven und der Geschäfts- bzw. Firmenwert werden in dieser Variante nicht berücksichtigt. Außerdem partizipiert der ausscheidende Gesellschafter bei dieser Variante nicht an einem durch die erfolgreiche Geschäftstätigkeit und die positiver Unternehmensentwicklung gestiegenen Ertragswert. In aller Regel ist die Buchwertklausel daher für den ausscheidenden Gesellschafter gemessen an der gesetzlichen Regelung eher nachteilig.

Im Übrigen kann die Gesellschaft auch dadurch geschädigt werden, in dem in den Gesellschaftsvertrag Modalitäten über die Auszahlung des Abfindungsguthabens aufgenommen werden. Ist im Gesellschaftsvertrag nichts zu den Auszahlungsmodalitäten der Abfindung geregelt, so ist die gesamte Abfindung unverzüglich mit dem Austritt des Gesellschafters aus der Gesellschaft fällig. Dies kann zu Liquiditätsengpässen führen bis hin zur existenziellen Gefährdung der Gesellschaft.

Daher ist auch eine vertragliche Regelung zu den Auszahlungsmodalitäten unbedingt anzuraten. Wichtig ist, dass dem ausscheidenden Gesellschafter in einer solchen Vertragsklausel eine angemessene Verzinsung seines Abfindungsanspruchs gewährt wird.

5.1.4 Sicherstellung der Handlungsfähigkeit im Notfall

Der plötzliche Tod oder eine lange und schwere Erkrankung des Unternehmers können das Unternehmen in eine existenzbedrohende Lage bringen. Durch eine vorausschauende Planung kann die Handlungsfähigkeit des Unternehmens sichergestellt werden.

Ziel des Notfallkoffers ist es, die Kontinuität zu sichern, indem alle wesentlichen Informationen und Handlungsanweisungen zusammengefasst und dokumentiert werden.

Anbei die wichtigsten Inhalte eines Unternehmer-Notfallkoffers:

Grundlegende Regelungen

- Zu informierende Personen
- Maßnahmen für die kontinuierliche Weiterführung des Unternehmens
- Verantwortlichkeiten für wichtige betriebliche Abläufe
- Unternehmensnachfolge

Finanzen

- Geschäftskonten
- Bankschließfächer
- Bürgschaften
- Wertpapiere des Unternehmens
- Betriebliche Zahlungsverpflichtungen (Miete)
- Immobilienfinanzierungen
- Weitere Darlehen/Kredite für Investitionen oder Betriebsmittel
- Unternehmensbeteiligungen
- Betriebliche Versicherungen

Mitgliedschaften

- Betriebliche Mitgliedschaften

Verträge und Urkunden

- Gesellschaftsverträge und Vertretungsvollmachten
- Handelsregisterauszüge
- Grundbuchauszüge
- Gewerbliche Schutzrechte
- Sonstige wichtige Unterlagen

Betriebliche Daten

- Wichtige Kunden
- Wichtige Lieferanten
- Aufträge und Kalkulationen
- Verzeichnis anhängiger Rechtsstreitigkeiten
- Verzeichnis gegebener/erhaltener Gewährleistungen

Sonstiges

- Passwörter
- Schlüsselverzeichnis
- Sonstige Zugangsdaten

Persönliche Würdigung und Vorstellungen

Auf die DWS-Vorsorgeplaner für Mandanten Nr. 509.1 als ausfüllbares Heft sowie Nr. 509.2 als ausfüllbare Word-Datei auf Stick wird hingewiesen. Sie bieten wichtige Hinweise und Anmerkungen, die in einer Notsituation zu bedenken sind. Zudem geben sie den Hinterbliebenen wichtige Angaben über Erben, Nachlass und notwendige Maßnahmen in der privaten und beruflichen Sphäre.

5.2 Angriffe von außen**5.2.1 Wahl der Rechtsform**

Je nach Rechtsform besteht für die Gläubiger der Gesellschaft die Möglichkeit, auf das Vermögen der Gesellschafter zuzugreifen. Bei haftungsbeschränkten Rechtsformen, wie z. B. der GmbH, der AG und der GmbH & Co. KG ist die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Ein Durchgriff auf die Gesellschafter besteht nur bei entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen (z. B. Bürgschaft) oder bei Vorliegen entsprechender Haftungstatbestände oder gesetzlicher Ansprüche. Hier sind vor allen Dingen die Haftungstatbestände im Zusammenhang mit der Unternehmensgründung, wie die verdeckte Sachgründung oder auch bei der KG und GmbH & Co. KG die Wiederaufle-

bung der Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB zu nennen.

5.2.2 Vertragliche Absicherungen; insbesondere Verwendung von AGB

Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen ist im geschäftlichen Verkehr ein wichtiger Baustein gelebter Asset Protection.

Durch die Verwendung von AGB können:

- Haftungsreduzierungen vereinbart werden.
- ein dem Unternehmer gegenüber den gesetzlichen Vorschriften günstigerer Rahmen ausgeschöpft werden.
- negative Regelungen des Vertragspartners verhindert werden.

In der Praxis scheitern AGB schon häufig daran, dass diese nicht wirksam in den Vertrag mit einbezogen sind.

Es gelten unterschiedliche Anforderungen – je nachdem, ob die AGB gegenüber einerseits einem Verbraucher oder andererseits einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Während in den letztgenannten Fällen ein ausdrücklicher Hinweis auf nicht übermittelte AGB ausreicht und sogar eine Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten möglich ist, muss gegenüber Verbrauchern ausdrücklich auf die AGB hingewiesen werden oder wenn dies nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, ein deutlich sichtbarer Hinweis auf die AGB am Ort des Vertragsschlusses erfolgen, und dem Verbraucher muss die Möglichkeit verschafft werden, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen.

5.2.3 Trennung von Gesellschaftsvermögen und unternehmerischen Risiken

Es kann durchaus Sinn machen, die Geschäftstätigkeit eines Familienunternehmens auf rechtlich selbständige Gesellschaften zu verteilen. Gerade Geschäftsfelder, die mit erheblichen wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken einhergehen, sollten in separate Gesellschaften ausgegliedert werden. Realisiert sich ein Risiko innerhalb eines solchen Geschäftsfeldes, z. B. durch Gewährleistungs- oder Produkthaftungsrisiken, führt dies grundsätzlich nicht zu einem Dominoeffekt. Im schlimmsten Fall muss die konkret betroffene Gesellschaft die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen, ohne dass dies unmittelbare Auswirkungen auf die übrigen Gesellschaften hätte.

Die Problematik bei Familienunternehmen ist häufig, dass solche Familienkonzerne oft unstrukturiert wachsen. In wenigen Fällen ist dies wirklich strategisch geplant, sondern vielmehr Ergebnis dringender Notwendigkeiten.

Entsteht eine solche Konzernstruktur, ist es dringend zu empfehlen, dass die Unternehmensgruppe in regelmäßigen Abständen durchleuchtet und gegebenenfalls Auswüchse beschnitten werden. Eine wichtige Maxime ist es, komplexe Strukturen zu vermeiden und diese so einfach wie möglich zu halten.

Der Grundsatz der Haftungstrennung findet allerdings dann seine Grenze, wenn diese, wie häufig, über Finanzierungsstrukturen verbunden sind. Typischerweise werden ertrags- und liquiditätsstarke Gesellschaften als Kapital-

geber für schwächere Gesellschaften genutzt, z. B. durch Einrichtung eines Cash-Pool-Systems oder durch den Antrag von Darlehen.

Gerät nunmehr eine der Gesellschaften in eine Krise bzw. beantragt diese die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann dies zu erheblichen Risiken der übrigen Gesellschaft führen (vgl. DWS-Merkblatt Nr. 1678 „Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Unternehmenskrise“).

Eine Problematik besteht schon darin, dass gerade in Familienunternehmen Dokumentationspflichten häufig vernachlässigt werden. Häufig ist schon gar nicht klar, auf welcher konkreten vertraglichen Grundlage Finanzmittel gewährt werden. Die Vermögensvermischung führt zu Haftungssachverhalten im Konzern. Wenn die Vermögensvermischung auch im Privatvermögen des Unternehmers erfolgt, führt dies im schlimmsten Fall zur Durchgriffshaftung auf das Privatvermögen des Unternehmers.

Daneben ist die Darlehensvergabe innerhalb eines Konzerns auch strafrechtlich relevant. Gerade in Familienunternehmen erfolgt die Darlehensvergabe ohne adäquate Sicherheiten. Werden Darlehensmittel an ein Krisenunternehmen ausgereicht, ohne dass diese adäquat gesichert werden, macht sich der Geschäftsführer der darlehensgebenden Gesellschaft der Untreue strafbar. Dies führt nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers.

Weitere Probleme bei Konzernfinanzierung bestehen, wenn die beteiligten Banken im Rahmen einer Sanierung versuchen, ausnahmslos auf alle Sicherheiten der gesamten Unternehmensgruppe zuzugreifen. Häufig werden Kredite über die Muttergesellschaft ausgereicht, während die Sicherheit in Form von Vorräten, Forderungen und Maschinen etc. in größerem Umfang bei den Tochtergesellschaften liegen. Fordern die Banken diese Sicherheiten ein, muss der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft große Sorgfalt walten lassen. Die Kapitalerhaltungs- und Vermögensbetreuungspflicht eines Geschäftsführers bezieht sich zunächst auf die jeweilige Gesellschaft. Der Geschäftsführer wird die Forderung der Banken nicht ohne weiteres erfüllen können, ohne dass der Gesellschaft nicht gleichwertige Mittel zur Verfügung gestellt werden. Da gerade Fremdgeschäftsführer in einem Familienkonzern den Weisungen des Unternehmers Folge leisten müssen, ergeben sich diese in persönliche Haftungssituationen.

Eine weitere Problematik im Familienkonzern entsteht häufig durch steuerliche Optimierung. Da Verluste einer Kapitalgesellschaft steuerlich nicht mit etwaigen Gewinnen einer anderen Gruppengesellschaft verrechnet werden dürfen, hat man innerhalb der Gruppe häufig sogenannte steuerliche Organschaften durch Ergebnisabführungsverträge vereinbart. Damit werden Verluste einer Kapitalgesellschaft mit Gewinnen einer anderen auf Ebene des Organträgers verrechnet (vgl. DWS-Merkblatt Nr. 1764 „Gestaltungsmöglichkeiten durch ertragssteuerliche Organschaft“ und DWS-Vordruck Nr. 1107 „Gewinnabführungsvertrag“). Mit der steuerlichen Optimierung gehen aber auch zivilrechtliche Verlustübernahmeverpflichtungen einher. Durch diese Verlustübernahmeverpflichtungen wird die Möglichkeit genommen, eine Krisengesellschaft isoliert in die Insolvenz zu führen. Vielmehr ist der Organträger verpflichtet, die Verluste der Gesell-

schaft zu übernehmen. Dies kann zu einer Kettenreaktion auf das gesamte Gebilde führen.

Die Betriebsaufspaltung im klassischen Sinne birgt jedoch auch andere Gefahren. Die Betriebsaufspaltung in ihrer klassischen Form beruht auf einer Aufspaltung des Unternehmens in eine Personengesellschaft (Besitzgesellschaft), die das Anlagevermögen besitzt, und eine GmbH (Betriebsgesellschaft), die das operative Geschäft betreibt.

Folgende Punkte sind zu beachten:

- Die Abschirmung des Vermögens ist vor allem bei stark fremdfinanzierten Unternehmen praktisch nicht möglich. Die finanzierenden Banken werden weitreichende Sicherheitenverträge auch über die Besitzgesellschaft hinweg anfordern. Gegenüber solchen Finanzierern kann zumindest bis zur Rückzahlung der wesentlichen Finanzierungsbausteine eine wirksame Abschirmung nicht durchgesetzt werden. Eine Abschirmung kann jedoch durchaus gegenüber sonstigen Gläubigern der Betriebsgesellschaft aus dem operativen Geschäftsbetrieb erfolgen.
- In Betriebsaufspaltungsfällen sind jedoch auch die steuerlichen Risiken zu beachten. Bei Auflösung der Betriebsaufspaltung droht die Versteuerung. Dies kann zu erheblichen Liquiditätsabflüssen führen.
- Trotz der Fallstricke sollte ein Unternehmer immer die Trennung von Vermögen und Risiko im Auge haben. Umstrukturierungen sollten in guten Zeiten vorgenommen werden. Ansonsten drohen Anfechtungsrisiken nach §§ 129 ff. InsO, sofern die risikobehaftete Gesellschaft tatsächlich in Insolvenz gehen sollte.
- Auch für den Neustart nach einer Insolvenz kann die Vermögenstrennung eine wichtige Rolle spielen. Liegen z. B. die Marken- oder Patentrechte in einer separaten Gesellschaft, so kann ein Insolvenzverwalter ohne Zustimmung der Rechtsinhaber ein Unternehmen praktisch nicht verkaufen. Damit behalten auch in der Insolvenz die Rechtsinhaber die Kontrolle darüber, ob und auf welchen Käufer der Geschäftsbetrieb im Rahmen eines Asset-Deals veräußert werden kann.

6. Vermögen rechtssicher übertragen

6.1 Übertragbare Ertragskraft

Bei der Frage des Unternehmenswertes und damit letztlich auch des erzielbaren Kaufpreises spielt die Frage eine wichtige Rolle, inwieweit die Ertragskraft vom Unternehmer abhängt. Der Käufer wird seine Bewertung davon abhängig machen, ob und in welchem Umfang die Ertragskraft übertragen werden kann.

Gerade in kleinen und mittleren Unternehmen, sog. KMU, kann dies aufgrund der bestimmenden Funktion des Unternehmers problematisch sein.

Besonderheiten bei der Bewertung von KMU können sich – unabhängig von ihren quantitativen Merkmalen – insbesondere aus der Tatsache ergeben, dass KMU im Gegensatz zu großen Unternehmen oftmals nicht über ein von

den Unternehmenseignern weitgehend unabhängiges Management verfügen, sodass der unternehmerischen Fähigkeit der Eigentümer erhebliche Bedeutung zukommt.

Weitere qualitative Besonderheiten bestehen häufig in Überschneidungen zwischen betrieblicher und privater Sphäre, zu nicht marktgerechten Konditionen vergüteter Mitarbeit von Familienmitgliedern der Eigentümer, eingeschränkten Finanzierungsmöglichkeiten aufgrund fehlenden Zugangs zum Kapitalmarkt, eingeschränkt aussagefähiger Rechnungslegung, insbesondere keine geprüften Jahresabschlüsse, fehlender oder nicht dokumentierter Unternehmensplanung oder einer geringen Diversifikation des Unternehmens. Somit ist bei der Ermittlung eines objektivierte Unternehmenswerts für KMU besonderes Augenmerk auf die Abgrenzung des Bewertungsobjekts, die Zuverlässigkeit der vorhandenen Daten sowie die Bestimmung der übertragbaren Ertragskraft zu legen.

Beim Ausscheiden des Unternehmers sind die in seiner Person bestehenden Erfolgsfaktoren zu bereinigen. Dies kann dazu führen, dass der Zukunftserfolgswert des Unternehmens unterhalb des Liquidationswerts liegt oder sogar negativ ist. In diesen Fällen ist i.d.R. davon auszugehen, dass der Unternehmenswert dem Liquidationswert entspricht.

In diesem Fall hätte der Unternehmer massiven Unternehmenswert vernichtet.

Dies können folgende Punkte sein:

- Beziehungen zu Kunden und Lieferanten
- Spezialwissen
- Führungsqualitäten
- Geschäfte mit nahe stehenden Personen

Soweit wertbestimmende Faktoren für die Erzielung der finanziellen Überschüsse künftig nicht mehr oder nur noch zeitlich begrenzt zur Verfügung stehen, ist die in der Vergangenheit vorhandene Ertragskraft nur partiell oder zeitlich begrenzt übertragbar.

Ist die Ertragskraft nur in einem eingeschränkten Maße übertragbar, schmilzt das zukünftige Ertragspotential in einem endlichen Zeitraum ab.

Damit ist zu unterscheiden:

- **Vollständig übertragbare Ertragskraft:** Hier wird davon ausgegangen, dass das bisherige Management im Unternehmen verbleibt oder ein gleichwertiger Ersatz gefunden wird. Dies bedarf einer genauen Analyse.
- **Partiell oder temporär übertragbare Ertragskraft**

Aufgrund der engen Bindung an die Person des Eigentümers ohne dessen weiteres Mitwirken im Unternehmen werden sich diese Faktoren im Zeitablauf verbrauchen und somit nur zeitlich begrenzt zur Verfügung stehen. Die damit verbundenen finanziellen Überschüsse können zumindest nicht dauerhaft erwirtschaftet werden.

Insbesondere bei der Bewertung von KMU ist zu analysieren, ob sich die aus den identifizierten Faktoren ergebenden finanziellen Überschüsse unmittelbar nach dem Bewertungsstichtag oder über einen bestimmten Zeitraum danach reduzieren. Im erstgenannten Fall sind die positiven und negativen Erfolgsbeiträge zu eliminieren, die losgelöst von den bisherigen Eigentümern nicht mehr realisierbar sind. Im zweitgenannten Fall sind die nur tem-

porär übertragbaren finanziellen Überschüsse während der Detailplanungsphase abzuschmelzen. Gegebenenfalls kann es erforderlich sein, den Detailplanungszeitraum soweit zu verlängern, bis der Abschmelzungsprozess vollständig abgebildet ist.

Der jeweilige Abschmelzungszeitraum hängt von den Verhältnissen des zu bewertenden Unternehmens sowie unter Umständen auch von seinem Branchenumfeld ab.

Ein wesentlicher Baustein der Asset Protection ist es deshalb, frühzeitig die Abhängigkeit des eigenen Unternehmens von der Person des Unternehmers zu entkoppeln. Hierzu hat der Unternehmer entsprechende Strukturen zu schaffen. Hierdurch kann die Ertragskraft in einem möglichst großen Umfang auf einen potentiellen Erwerber übertragen werden. Dies wiederum hat einen unmittelbaren Einfluss auf den Unternehmenswert und damit auch auf den Kaufpreis im Rahmen eines Unternehmensverkaufes.

6.2 Nachfolgeplanung

Eine aktive Nachfolgeplanung ist ebenso unerlässlicher Bestandteil eines wirksamen Vermögensschutzes. Ungeplante und unter Druck durchgeführte Unternehmensübertragungen sind in der Praxis häufig große Wertvernichter. Gerade im Mittelstand ist die Übergabe innerhalb der Familie präferiert. Das mögliche Scheitern einer familieninternen Übergabe sollte aber bei den strategischen Planungen in Betracht gezogen werden. Die parallele Unternehmensübergabe durch einen externen Unternehmensverkauf ist deshalb auch Teil der Nachfolgeplanung (vgl. DWS-Merkblatt Nr. 1784 „Nachfolgeplanung – Wichtige Hinweise für kleine und mittlere Unternehmen“ und DWS-Broschüre Nr. 303 „Stiftungen – Stiftungszivilrecht und Grundzüge des Stiftungssteuerrechts“).

7. Vermögensschutz auf privater Ebene

7.1 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).

7.2 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.: V ZR 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 nunmehr 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 Pflichtteilsverzichtsvertrag 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 Bedürftigentestament 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.

7.3 Familienrechtliche Anlässe

7.3.1 Die Zugewinnsgemeinschaft

Ist kein Ehevertrag abgeschlossen, leben die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. 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 betragslichen Obergrenze bzw. eine Abstufung nach Ehedauer.
- Eine Modifikation des Zugewinnausgleichs bedarf grundsätzlich der notariellen Form.

Die Vereinbarung einer modifizierten Zugewinnsgemeinschaft 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 Zugewinnsgemeinschaft bleibt nämlich derjenige Betrag erbschaftsteuerfrei, den der überlebende Partner von dem verstorbenen Ehegatten als Zugewinnaus-

gleichszahlung hätte verlangen können, wenn die Ehe nicht durch Tod, sondern durch Scheidung beendet worden wäre.

7.3.2 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 Zugewinnsgemeinschaft vereinbaren können, um dann später wieder in den Güterstand der Gütertrennung zu wechseln (sog. Güterstandsschaukel) oder aber auch den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft 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 Zugewinnsgemeinschaft entstehende Zugewinnausgleichsforderung (§ 1378 BGB) nicht zum schenkungsteuerbaren Erwerb nach § 7 ErbStG². 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 Zugewinnsgemeinschaft (§ 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 Zugewinnsgemeinschaft 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 Zugewinnsgemeinschaft 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 Zugewinnsgemeinschaft (ehe-)vertraglich (meist übergangsweise) zu beenden, um von der Zugewinnsgemeinschaft in die Gütertrennung zu wechseln (§ 1408 BGB). Hierdurch wird das während der Ehe vom haftenden Ehegatten betrieblich erwirtschaftete Vermögen auf den anderen Ehepartner übertragen. Mit Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft ist dann der Ausgleichsanspruch

² Vgl. BFH-Urteil 12.7.05, II R 29/02, BStBl. II 05, 843.

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 höchstgerichtlichen 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 Zugewinngemeinschaft 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 Zugewinngemeinschaft zurückkehren. Es ist deshalb dringend anzuraten, die beiden Güterstandswechsel in zwei verschiedenen Urkunden durchzuführen. Der Wechsel muss auch bedingungsfrei 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. Im Übrigen dürfen sie aus Praktikabilitätsgründen Werte einvernehmlich festsetzen und schätzen, sofern diese nicht willkürlich sind. Auf das DWS-Merkblatt Nr. 1661 „Erbchaftsteuerberatung – Rolle des Güterstandes und seine Gestaltungsmöglichkeiten“ wird hingewiesen.

8. 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 (vgl. DWS-Checkliste Nr. 77 „Pflichten eines Geschäftsführers einer GmbH“ sowie DWS-Merkblatt Nr. 1678 „Pflichten des Geschäftsführers in der Unternehmenskrise“).