



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

ein Jahr mit großen Herausforderungen neigt sich dem Ende zu. Die Corona-Pandemie hat die Welt verändert und hinterlässt Spuren, an die wir uns nicht gern erinnern. Aber das Jahr hat auch gezeigt, dass Gemeinschaft hilft und wir uns an die guten Dinge erinnern sollten.

Wir schauen gern auf die gute Zusammenarbeit mit Ihnen zurück, danken Ihnen dafür und freuen uns auf die kommenden Aufgaben. Lesen Sie in unserem BRANDI Report spannende Neuigkeiten aus unseren Kompetenzgruppen „Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung“, Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht“ sowie „Wirtschafts- und Steuerstrafrecht“.

Wir freuen uns, Ihnen unsere neue Kollegin Frau Greta Brakemeier und den neuen Kollegen Herrn Henning Brockmeyer vorzustellen.

Abseits der juristischen Arbeit „Forstet BRANDI auf“. Wir spenden dem Teutoburger Wald junge Bäume, damit er seine Ausstrahlung zurückbekommt.

Wir wünschen Ihnen und Ihrer Familie ein besinnliches Weihnachtsfest und ein gesundes neues Jahr.

Herzlichst  
Ihr BRANDI Team

### Greta Brakemeier

studierte Rechtswissenschaften an der Gottfried-Wilhelm-Leibniz-Universität in Hannover.

Während ihres Referendariats am Oberlandesgericht Celle hat sie sowohl die Anwalts- als auch die Wahlstation bei BRANDI Rechtsanwälte in Bielefeld in den Bereichen Bau- und Architektenrecht und Vergaberecht absolviert.

Seit November 2020 ist Frau Brakemeier im Bereich Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung sowie Vergaberecht im BRANDI Team Bielefeld tätig.



### Henning Brockmeyer

absolvierte sein Jurastudium in Passau und das Referendariat in Münster. Er begeistert sich für juristische Fragestellungen mit technischem Bezug und möchte daher auch in Kürze in diesem Bereich seine Dissertation abschließen. Während seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Professor Hoeren (WWU Münster/ITM) hat er sich unter anderem mit technologischen Zukunftsfragen zur Distributed-Ledger-Technologie (Blockchain), zur künstlichen Intelligenz oder zur treuhänderischen Datenverwaltung automatisierter Fahrzeuge beschäftigt und hierzu auch publiziert.

Seit November 2020 unterstützt Herr Brockmeyer das BRANDI Team in Gütersloh.



### Dr. Sven Hasenstab

Mit Herrn Dr. Sven Hasenstab stehen Ihnen nunmehr zwei Notare am Standort Hannover zur Verfügung.

Als Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht berät Dr. Hasenstab Unternehmen sowie Investoren bei M&A-Transaktionen und Asset Deals, insbesondere im Bereich der Immobilienwirtschaft. Einen weiteren Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit bilden komplexe Auseinandersetzungen aus notariellen Urkunden sowie die Führung von Gesellschafterstreitigkeiten. Als Notar mit Amtssitz in Hannover steht er für sämtliche notarielle Dienstleistungen mit besonderem Schwerpunkt in den Bereichen Immobilien- und Gesellschaftsrecht sowie Vermögensnachfolge zur Verfügung. Dr. Hasenstab publiziert regelmäßig Fachveröffentlichungen und ist Lehrbeauftragter an der Leibniz Universität Hannover.



### Dr. Daniel Kollmeyer

Mit Herrn Dr. Daniel Kollmeyer stehen Ihnen nunmehr vier Notare und Notarinnen am Standort Gütersloh zur Verfügung.

Dr. Kollmeyer berät zu sämtlichen Fragen der Vermögensnachfolge. Zu seinen Schwerpunkten gehört insbesondere die Gestaltung von Testamenten, Erbverträgen und Schenkungen. Darüber hinaus wird er bei der Nachlassauseinandersetzung und Nachlassabwicklung tätig. Dr. Kollmeyer ist Autor zahlreicher Fachpublikationen sowie Lehrbeauftragter der Universität Bielefeld für Notarpraxis.



<b>Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung</b>	<b>4</b>
Dr. Jörg König Zur Frage der Rückforderung vorbehaltlos und ungemindert gezahlter Miete	4
Timo Stallmann, LL.M. Update: Mietzahlungspflicht des Gewerberaummieters in Corona-Zeiten	5
Simon Schmollmann Die Reform des § 550 BGB und ihre Auswirkungen auf die gewerbliche Vermietung – sind langfristige Mietverhältnisse in Zukunft sicher?	6
Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol) Kündigung des Vermieters im Falle der Insolvenz des Mieters	7
<b>Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht</b>	<b>8</b>
Dr. Josef Heimann, LL.M. Das „Supervermächtnis“ – ein Weg zur steuerlichen Optimierung der Testamente von Eheleuten	8
Dr. Daniel Kollmeyer Langfristige erbrechtliche Bindungen für wichtige Vermögensgegenstände	8
Dr. Steffen Kurth, LL.M. Rechtsprechung zeigt Regelungen in Gesellschaftsverträgen zur Pflichtteilsminimierung Grenzen auf	9
Hartmut Sanderling Besteuerung von Abfindungszahlungen an weichende Erben	9
Franz Pieper Testamentserrichtung und Testierfähigkeit	10
<b>BRANDI forstet auf</b>	<b>12</b>
Dr. Gert Müller-Baumgarten Gedanken und Hinweise zur lebzeitigen Vermögensübertragung	14
<b>Wirtschafts- und Steuerstrafrecht</b>	<b>18</b>
Michael Weber-Blank, NLP M. Der Entwurf des neuen Verbandssanktionengesetzes – warum sich Unternehmen zukünftig selbst überwachen sollen und wie sie zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft werden	18
Dr. Anne-Louise Schümer Beweismittel aus der Anlagenüberwachung – verwertbar oder nicht ?	19
Dr. Mario Bergmann, LL.M. Scheinselbständigkeit: BGH vollzieht Kehrtwende bei der Frage der strafrechtlichen Verjährung	20
Jaqueline Maria Bohrßen Die Selbstanzeige nach § 371 AO – Achtung: Stolpersteine lauern bei den Ausschlussgründen	20
<b>Autoren</b>	<b>22</b>

Dr. Jörg König

### Zur Frage der Rückforderung vorbehaltlos und ungemindert gezahlter Miete

Die Problematik der Zahlung unter Vorbehalt ist aktuell wegen der Folgen der Corona-Pandemie von großer Wichtigkeit – z. B. Komplettschließung von Läden im März/April, im November erneut von Fitnessstudios u. ä., von z. B. Clubs bis heute, geringere Kundenfrequenz usw. –, denn ob die Gerichte einen Mangel der Mietsache bejahen, nur für die Zeit der Schließung oder auch die Zeit danach oder ob sie eine Störung der Geschäftsgrundlage annehmen, ist bisher nicht gerichtlich geklärt. Hier stehen also durchaus Rückforderungsansprüche im Raum, die sich der Mieter nicht durch eine vorbehaltlose Zahlung abschneiden sollte.

Hat das Mietobjekt einen Sach- oder Rechtsmangel, der seine vereinbarte Gebrauchstauglichkeit ganz oder teilweise aufhebt, „so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.“ – so § 536 Abs. 1 BGB, der für Wohn- und Gewerberaummietverträge gleichermaßen gilt. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht mindert sich die Miete automatisch von Gesetzes wegen und zwar die Brutto-Warmmiete und nicht etwa nur die Kaltmiete (Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Auflage 2020, § 536 BGB Rn. 164). Der Mieter hat den im Laufe der Mietzeit auftretenden Mangel dem Vermieter sofort anzuzeigen. Unterlässt er dies, hat er nicht nur einen sich aus der unterlassenen oder verspäteten Mangelanzeige entstehenden Schaden zu ersetzen, sondern bis der Vermieter informiert ist, ist die Miete nicht gemindert und der Vermieter gerät auch nicht in Verzug, muss also keinen Verzugsschaden ersetzen, § 536c BGB.

Nicht selten zeigt der Mieter den Mangel an, zahlt aber trotzdem die Miete in voller Höhe weiter, z. B. weil er das Mietverhältnis nicht mit der Minderung belasten will oder davon ausgeht, dass der Vermieter den Mangel sofort behebt. Erfolgt diese weitere Mietzahlung vorbehaltlos, stellt sich die Frage, ob die wegen der Mangelhaftigkeit zu viel gezahlte Miete vom Mieter zurückverlangt werden kann, denn § 814 BGB bestimmt, dass das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Da die Miete üblicherweise zum Monatsanfang im Voraus gezahlt wird, greift diese Vorschrift natürlich nicht für den Monat, in dem der Mangel erst nach der Mietzahlung eingetreten ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift dieser Rückforderungsausschluss des § 814 BGB nur und erst dann ein, wenn der Leistende (Mieter) nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht zur (vollständigen) Zahlung verpflichtet ist – also den Mangel –, sondern dass er auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts (oder nicht alles) schuldet. Der Leistende muss aus den Tatsachen nach der sog. maßgeblichen Parallelwertung in der Laiensphäre eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben. Die Frage, ob danach ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen ist, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beantworten.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 16.07.2003 – VIII ZR 274/02 – die Auffassung vertreten, im Regelfall sei bei den beteiligten Kreisen heutzutage anzunehmen, dass dem Mieter bekannt sei, dass er bei einem nicht unwesentlichen Mangel nicht zur vollständigen Mietzahlung verpflichtet ist. „Das mag (gerade) noch so richtig sein“ (so Siegmund, MietRB 2020, 327 – Anm. zu OLG Brandenburg – 3 U 73/18 vom 10.09.2019). Allerdings zeigt die Erfahrung, dass der daraus von den Gerichten häufig gezogene Schluss, Vermieter, Mieter und Hausverwaltungen sei bekannt, dass die Minderung von Gesetzes wegen eintritt und nicht „vereinbart werden muss“, sondern dass die Zahlung kraft Gesetzes nicht (nicht in voller Höhe) geschuldet ist, doch sehr gewagt zu sein. Der BGH hatte dies in einem weiteren Urteil (VIII ZR 100/18 vom 04.09.2018) zu entscheiden, als der Mieter die Vermieterin gefragt hat, ob sie eine Minderung von 15 % ab dem Termin der Mangelanzeige „vereinbaren könnten“ und dessen Hausverwaltung geantwortet hat, einer Minderung könne nicht „zugestimmt“ werden. Für diesen Fall hat der BGH eine Kenntnis des Mieters davon, dass er nicht zur Zahlung verpflichtet war, verneint.

Trotzdem orientiert sich die Instanzrechtsprechung mehr am älteren Urteil und verneint den Rückforderungsanspruch.

Das führt zu der Frage, wer im Rechtsstreit beweisen muss, dass die Voraussetzungen des § 814 BGB vorliegen. Das ist – ebenfalls ständige Rechtsprechung des BGH – derjenige, der das Geld erhalten hat, also der Vermieter (BGH, a.a.O.). Die Gerichte helfen dem Vermieter insoweit aber oft mit einem sog. Anscheinsbeweis ähnlich der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2003, indem sie ohne Berücksichtigung des Einzelfalls argumentieren, ein Mieter wisse heutzutage, dass er nicht in voller Höhe zahlen müsse, wenn die Mietsache mangelhaft sei und wenn er dennoch vorbehaltlos zahle, könne er das Gezahlte nicht zurückverlangen – so zuletzt OLG Brandenburg, a.a.O. Diese Auffassung liegt auf derselben Linie wie die, dass der Mieter das Risiko trage, zu viel gemindert (Miete nicht gezahlt) und dadurch die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs geschaffen zu haben. Es ist für den Mieter im Rechtsstreit erfahrungsgemäß schwer, das Gericht zu überzeugen, es sei treuwidrig, wenn der Vermieter in Kenntnis des von ihm nicht beseitigten Mangels die überzahlte Miete nicht erstatten wolle.

Aus Mietersicht muss daher unbedingt der Vorbehalt erklärt werden. Dazu muss man wissen, dass es zwei Arten des Vorbehalts gibt: 1. den einfachen Vorbehalt („unter Vorbehalt“ als Zusatz im Überweisungstext oder in einer parallel mit der Zahlung erfolgenden Mitteilung an den Vermieter); das ist der Vorbehalt der Rückforderung, der nichts daran ändert, dass mit der Zahlung die Verpflichtung erfüllt wird, weil er dazu führt, dass der Mieter im Rechtsstreit beweisen muss, dass er zu viel bezahlt hat (hier: dass und in welchem Umfang die Miete gemindert war). 2. Der „Vorbehalt des Bestehens der Forderung“; dieser Vorbehalt lässt die Beweislast unverändert, d. h. im Rechtsstreit muss der Vermieter beweisen, dass das Mietobjekt mangelfrei war. Eine solche Zahlung kann er zurückweisen und sie hat keine Erfüllungswirkung, so dass sie für den Mieter riskant ist.

Wie stets gilt natürlich: Am besten, man verständigt sich.

Timo Stallmann, LL.M.

### Update: Mietzahlungspflicht des Gewerberaummieters in Corona-Zeiten

Die Corona-Krise hat das Land weiter fest im Griff. Nachdem der Gesetzgeber noch im März 2020 in Form eines Schnellschusses das „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemien im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ beschlossen hat, dass über eine Änderung des § 240 EGBGB auch Auswirkungen auf Mietverhältnisse hat, ist es danach in gesetzgeberischer Hinsicht im mietrechtlichen Zusammenhang still geworden. Der neue Artikel 240 § 2 EGBGB regelt auch nur, dass Kündigungen in Mietverhältnissen über Grundstücke oder Räume aufgrund von Mietrückständen aus dem Zeitraum 01.04.2020 bis 30.06.2020 – sofern die Rückstände auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruhen – zeitweise nicht wirksam ausgesprochen werden können. Ob die monatliche Miete trotz der Corona-Schutzmaßnahmen (Lockdown, Zugangsbeschränkungen etc.) noch geschuldet wird und wenn ja, in welcher Höhe und unter welchen Voraussetzungen, regelt das Gesetz dagegen nicht. Die Diskussion und Entscheidung darüber hat der Gesetzgeber offensichtlich den Gerichten überlassen, die dabei die allgemeinen Grundsätze, namentlich die Rechte auf Minderung bei Mängeln und die Grundsätze der Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage anwenden sollen.

Inzwischen liegen im Hinblick auf die Mietzahlungspflicht in Gewerberaummietverhältnissen die ersten Urteile vor, die sich natürlich jeweils nur auf dem diesen Verfahren zugrundeliegenden Prozessstoff beziehen können. Sämtliche Gerichte gehen dabei davon aus, dass die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Die Entscheidungen können also nicht ohne weiteres verallgemeinert werden. Dennoch lohnt sich hier ein genauerer Blick:

Ein erstes Urteil hat das Landgericht Heidelberg schon am 30.07.2020 gefällt. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es primär um die Miete im April 2020, die (von einem Mode-Discounter) nicht gezahlt worden war. An dem betroffenen Standort musste das Geschäft vom 18.03.2020 bis zum 19.04.2020, (also für ziemlich genau einen Monat) geschlossen bleiben. Das Gericht hat sich mit dem Sachverhalt umfassend auseinandergesetzt und im Ergebnis sowohl einen Sachmangel als auch eine Störung der Geschäftsgrundlage verneint. Nach dem Landgericht Heidelberg fallen Risiken wie eine Pandemie bedingte Schließungsanordnung allein in die Risikosphäre des Mieters. Die Schutzmaßnahmen hätten dem Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen gesundheitlichen Gefahren gedient. Sie würden damit nicht an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache, die in der Regel im Risikobereich des Vermieters liegt, fallen, sondern allein an den Betrieb des jeweiligen Mieters anknüpfen. Dies stelle keinen Mangel dar. Die Mieträume seien schließlich grundsätzlich weiter nutzbar gewesen - wenn auch nicht zum vereinbarten Mietzweck (sondern zum Beispiel als Lager).

Eine Störung der Geschäftsgrundlage bejaht das Landgericht Heidelberg zwar im Grundsatz, kommt allerdings in der Rechtsfolge nicht zu einer Anpassung des Vertrages hinsichtlich der Mietzahlungspflicht. Das Landgericht Heidelberg begründet dies schließlich damit, dass das notwendige Maß der Unzumutbarkeit nicht erreicht sei. Mit anderen Worten: Den Mieter kann

nach Ansicht des Landgerichts Heidelberg die volle Mietzahlungspflicht auch während eines Schließungszeitraums weiter zugemutet werden. Ob dies bei wirtschaftlichen Auswirkungen von erheblichem Ausmaß, wozu im konkreten Rechtsstreit wohl nichts vorgetragen wurde, anders zu beurteilen ist, ließ das Landgericht Heidelberg offen.

Auch das Landgericht Zweibrücken hat sich in einem Urteil vom 11.09.2020 mit der allgemeinen Rechtsfrage auseinandergesetzt. In dieser Entscheidung wurde eine Minderung oder Anpassung der Miete im Ergebnis ebenfalls abgelehnt, die Mietzahlungspflicht besteht also auch nach Ansicht des Landgerichts Zweibrücken in der Regel trotz behördlicher pandemiebedingter Schließungsanordnung fort. Die Schließungsanordnung falle in den Risikobereich des Mieters, ein Festhalten am Vertrag sei zumutbar. Die Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage würde – wenn überhaupt – nur zu einer zeitweisen Stundung der Miete, nicht aber zu einer Reduzierung führen. Das OLG Zweibrücken scheint dies ähnlich zu sehen – zumindest legt die kurze Begründung eines Beschlusses zur Entscheidung über eine Beschwerde zur Kostenentscheidung in einer anderen Sache dies nahe.

Wirklich spannend wird es erst durch die Entscheidung des Landgerichts München vom 22.09.2020. Dieses kommt nämlich im Gegensatz zu den vorgenannten Gerichten tatsächlich zu dem Ergebnis, dass die Miete aufgrund eines Mangels an der Mietsache gemindert ist. Es geht davon aus, dass die Pandemie bzw. die daraus folgenden Schließungsanordnungen und die weiteren Beschränkungen durch die Corona-Schutzgesetze die Benutzbarkeit der Mietsache selbst betreffen, die wiederum in die Risikosphäre des Vermieters falle. Folglich liege ein Mangel vor, der im Ergebnis auch zu einer Minderung der Miete führe. Zumindest bei einem Ladengeschäft in zentraler Münchener Lage sei die Miete damit gemindert. Für den Schließungszeitraum (Lockdown) bejaht das Gericht eine Minderungsquote von stattlichen 80 %, im Hinblick auf die auch noch danach fortgeltenden Einschränkungen für den Monat Mai immerhin noch eine Minderung in Höhe von 25 % und für den Monat Juni schließlich noch eine Minderung von 15 %. Daneben bejaht das Landgericht München grundsätzlich auch die Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage, führt dies jedoch nicht weiter aus, da die vorrangige Anwendung der Gewährleistungsrechte die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage ausschließt.

Die bisherigen Entscheidungen haben damit kaum zur finalen Klärung der Rechtslage beigetragen. Vielmehr bleibt abzuwarten wie letztendlich die (weiteren) Oberlandesgerichte und schließlich wohl der Bundesgerichtshof entscheide. Dabei gilt es natürlich weiterhin die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beachten. Gaststätten und Kulturbetriebe sind in der Regel deutlich stärker betroffen als z. B. Einzelhandelsgeschäfte.

Auch die juristische Fachliteratur hat sich inzwischen umfassend mit dem Thema auseinandergesetzt. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass zumindest eine Anpassung der Miete über die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage erfolgen muss. Welche Quote und welche weiteren Kriterien anzusetzen sind wird dabei aber durchaus unterschiedlich gesehen. Insofern wird es wohl dauerhaft dabei bleiben, dass Mietern und

Vermieter, die sich über den Umfang der Mietzahlungspflicht in den Pandemie-Monaten nicht einigen können, eine gerichtliche Auseinandersetzung kaum erspart bleibt. Wie so oft dürfte dann letztendlich im Hinblick auf die bisherigen Urteile gelten: „Die Wahrheit liegt irgendwo dazwischen“.

Simon Schmollmann

### **Die Reform des § 550 BGB und ihre Auswirkungen auf die gewerbliche Vermietung – sind langfristige Mietverhältnisse in Zukunft sicher?**

Gewerbliche Mietverhältnisse sind durch lange Laufzeiten geprägt. Diese führt – ohne abweichende Vereinbarung der Parteien – regelmäßig dazu, dass eine ordentliche Kündigung, d. h. eine Kündigung ohne wichtigen Grund, während der Laufzeit nicht möglich ist – das ist von den Parteien auch durchaus so gewollt. Denn diese langfristigen Bindungen bringen den Parteien Planungs- und Investitionssicherheit.

#### **Die gesetzlichen Anforderungen**

Der Gesetzgeber verlangt nach § 550 BGB – der gemäß § 578 Abs. 2 BGB auch in der Gewerberaumvermietung gilt –, dass die Parteien eines Mietverhältnisses mit einer festen Laufzeit von mehr als einem Jahr, den zugrundeliegenden Mietvertrag schriftlich gemäß § 126 BGB schließen. Wird diese gesetzliche Schriftform nicht eingehalten, der Mietvertrag also z. B. mündlich abgeschlossen, so gilt der Mietvertrag gemäß § 550 BGB als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen – er bleibt dann zwar unverändert wirksam, kann aber ohne wichtigen Grund jederzeit mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Oft mit dramatischen Folgen für die Parteien des Mietverhältnisses.

Was also müssen die Parteien beachten, wenn sie die gesetzliche Schriftform einhalten wollen? Die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform setzt voraus, dass sämtliche objektiv erforderlichen Vereinbarungen zur Begründung eines Mietverhältnisses, also mindestens Parteien, Mietsache, Mietzeit und Miete, sich eindeutig bestimmbar aus einer von beiden Parteien unterzeichneten und zusammenhängenden Mietvertragsurkunde ergeben. Doch damit nicht genug: Auch subjektiv erforderliche Vereinbarungen der Parteien, also solche Vereinbarungen ohne die der Mietvertrag von der einen oder anderen Partei nicht geschlossen worden wäre, müssen beurkundet sein.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Kasuistik zu Schriftformverstößen ist vielfältig und ihre Darstellung würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Beispielhaft sollen allerdings folgende – in der Praxis immer wieder auftretende – Schriftformverstöße genannt werden: Der Verweis auf eine dem Mietvertrag versehentlich nicht beigefügte Anlage führt regelmäßig zu einem Schriftformverstoß, wenn sich nur aus der Anlage die vertragswesentlichen Umstände ergeben würden (z. B. die Mietsache selbst). Die Laufzeit des Mietvertrages mit der Übergabe der Mietsache beginnen zu lassen führt ebenfalls zu einem Schriftformverstoß, wenn sich die Übergabe selbst nicht aus einer schriftlichen Urkunde (z. B. einem Übergabeprotokoll) ergibt. Aber auch wenn es den Parteien gelingt, die gesetzliche Schriftform anfänglich einzuhalten, können spätere (mündliche) Änderungen des Mietvertrages zu Schriftformverstößen führen (z. B. die Änderung der Fälligkeit der Miete).

Dieser unvollständige Überblick zeigt, dass Schriftformverstöße in gewerblichen Mietverhältnissen eher die Regel denn die Ausnahme sind. Schriftformverstöße werden von den Parteien daher immer wieder gesucht, um langfristige Mietverhältnisse – oft aus ganz anderen Gründen – beenden zu können.

Da der Gesetzgeber ursprünglich einen anderen Zweck im Blick hatte, schickt er sich nun an, die Rechtsfolgen eines Schriftformverstoßes erheblich zu beschränken und das Kündigungsrecht auf seinen ursprünglichen (Schutz-)Zweck zurückzuführen.

#### **Der ursprüngliche Sinn und Zweck des § 550 BGB – und was machte die Rechtsprechung daraus?**

Nach § 566 Abs. 1 BGB – der auch in der Gewerberaumvermietung gilt – tritt der Erwerber einer Mietsache, nämlich grundsätzlich anstelle des ursprünglichen Vermieters, in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein (bekannt als Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“). Der Mieter kann sich also sicher sein, dass sein Mietverhältnis auch mit dem neuen Eigentümer unverändert weiterlebt. Auf der anderen Seite führt das bei dem Erwerber zu einer Belastung, insbesondere wenn er gar nicht weiß, dass es ein Mietverhältnis gibt oder welchen Inhalt das Mietverhältnis im Einzelnen hat. Das gilt ganz besonders für die Laufzeit des Mietverhältnisses. In solchen Fällen sollte dem Erwerber wenigstens eine Kündigungsmöglichkeit zustehen.

Die Rechtsprechung hat den Schutzzweck des § 550 BGB über den Erwerberschutz jedoch immer weiter ausgedehnt. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs diene die Vorschrift des § 550 BGB ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 27.9.2017 – XII ZR 114/16). Damit hatte der Bundesgerichtshof den § 550 BGB zu zwingendem Recht erhoben.

#### **Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung**

Im Ergebnis hat diese Rechtsprechung dazu geführt, dass das den ursprünglichen Parteien zustehende Recht zur Kündigung wegen Schriftformverstößen weder vertraglich eingeschränkt noch ausgeschlossen werden kann. Der Bundesgerichtshof hat sämtlichen Versuchen der vertragsgestaltenden Praxis, eine Eindämmung des Kündigungsrechts, z. B. durch Schriftformheilungsklauseln etc., eine Absage erteilt. In seltenen Ausnahmefällen kann die Kündigungen wegen Schriftformverstößen treuwidrig und damit unwirksam sein.

#### **Die Reform des § 550 BGB**

Da die vertragliche Beschränkung des Kündigungsrechts wegen Schriftformverstößen vertraglich nicht möglich ist, hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur Reform des Schriftformgebotes beschlossen (BR Drucks. 469/19) und in den Bundestag eingebracht.

Das Kündigungsrecht soll danach allein auf den Erwerber beschränkt werden und kann nur mit Umständen begründet werden, die vor dem Erwerb zu einem Schriftformverstoß geführt haben. Außerdem soll die Kündigung wegen Schriftformverstößen einer Ausübungsfrist unterliegen. Die Kündigung kann nur noch binnen drei Monaten nach Kenntnis des Erwerbers von dem Schriftformverstoß erklärt werden.

Von besonderer Bedeutung ist das Recht des Mieters, der Kündigung binnen zwei Wochen seit dem Zugang der Kündigung widersprechen zu können. Widerspricht der Mieter und erklärt er sich mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses ohne die den Schriftformverstoß begründenden Vereinbarungen bereit, so wird die Kündigung (rückwirkend) unwirksam. Damit kann der Mieter wählen und sich für die Rettung des Mietverhältnisses entscheiden – das setzt allerdings voraus, dass der Mietvertrag ohne die gegen die gesetzliche Schriftform verstößende Vereinbarung überhaupt durchgeführt werden kann. Spannend wird es, wenn sich der Mietgegenstand selbst allein aus der schriftformwidrigen Vereinbarung (eindeutig) ergibt.

#### Fazit

Die Kündigung wegen Schriftformverstößen als Mittel, sich von ungewünschten Mietverhältnissen zu trennen oder Änderungen gegenüber der anderen Partei durchzusetzen, gehört in einer nicht allzu fernen Zukunft wohl der Vergangenheit an.

Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)

#### Kündigung des Vermieters im Falle der Insolvenz des Mieters

Nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz sind Mieter im Falle eines Insolvenzgrundes, d. h. der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung, bis einschließlich 31.12.2020 gesetzlich nicht verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen. Ziel des Gesetzes ist es, Unternehmen, die lediglich überschuldet, aber nicht zahlungsunfähig sind, bis Ende des Jahres weitere Zeit zu geben, um sämtliche Sanierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Seit dem 01. Juli 2020 müssen Mieter nach dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Ihre Mietzahlungen wieder voll leisten. Für die sogenannte zweite Corona-Welle im Herbst 2020 gibt es damit keine gesetzgeberischen Maßnahmen zur Aussetzung der Mietzahlungspflicht, d. h. anders als während der ersten Corona-Welle erhalten Mieter keinen gesetzlichen Aufschub ihrer Mietzahlungspflicht.

Aufgrund der teils schwierigen wirtschaftlichen Situationen von Mietern, gerade im Gastronomiebereich, ist damit zu rechnen, dass es Anfang 2021, sollte die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nicht noch ein zweites Mal verlängert werden, vermehrt zu Insolvenzen kommen wird. Vor diesem Hintergrund ist eine nun veröffentlichte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. November 2019, Az. 18 U 19/19 beachtenswert, in dem das Oberlandesgericht hervorhebt, dass der Vermieter ein vom Insolvenzschuldner als Mieter eingegangenes Mietverhältnis nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wegen eines Verzugs mit der Errichtung der Mietsache aus der Zeit vor dem Eröffnungsantrag kündigen darf. Eine solch ausgesprochene Kündigung verstößt gegen die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO und ist aus diesem Grunde nichtig. Selbst wenn ein Insolvenzverwalter nach Erhalt der Kündigung diese bestätigt, führt dies nach zutreffender Ansicht des Oberlandesgerichts Hamm nicht ohne Weiteres zur Beendigung des Mietverhältnisses, weil es insoweit aufgrund der Nichtigkeit der Kündigung gemäß § 112 Nr. 1 InsO nichts zu bestätigen gibt. Allenfalls könnte eine solche Bestätigung der Kündigung des Insolvenzverwalters als ein Angebot an den Vermieter auf den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung zu verstehen sein, was jedoch vom Einzelfall abhängig sein soll.

Vermietern, die vor dem Hintergrund einer potentiellen Insolvenzwellen Anfang 2021 die Kündigungssperre nach § 112 Nr. 1 InsO fürchten, wird geraten, eine mögliche Kündigung ernsthaft in Erwägung zu ziehen oder zumindest eine weitere Mietsicherheit dafür zu verlangen, dass die Kündigung nicht erklärt wird.



Dr. Josef Heimann, LL.M.

### Das „Supervermächtnis“ – ein Weg zur steuerlichen Optimierung der Testamente von Eheleuten

Eine weit verbreitete Gestaltungsform des Ehegattentestaments ist das sog. Berliner Testament. In seiner einfachsten und häufigsten Variante setzen sich hierin Ehegatten gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Erben nach dem Tod des Letztversterbenden werden die gemeinsamen Kinder. Diese Art der Gestaltung entspricht häufig den Wünschen der Beteiligten: Die Eltern wollen sich zunächst gegenseitig beerben, um insbesondere im Alter abgesichert zu sein. Die Kinder sind bereit, erst dann Erben zu werden, wenn beide Eltern verstorben sind. Das Berliner Testament kann jedoch in erbschaftsteuerlicher Hinsicht Nachteile haben. Falls nämlich der überlebende Ehegatte Vermögen erbt, welches über seinem erbschaftsteuerlichen Freibetrag liegt, entsteht Erbschaftsteuer.

Dies mag folgender Fall verdeutlichen: Der Erblasser verstirbt und vererbt sein Vermögen im Wert von 1,3 Mio. € an seine Ehefrau. Die beiden Kinder sollen später die Mutter beerben. Die Ehefrau hat einen Erbschaftsteuerfreibetrag von 500.000 €. Die Differenz (800.000 €) unterliegt der Erbschaftsteuer. Die Steuerfreibeträge der Kinder (400.000 € pro Kind) werden „verschenkt“. Verstirbt später die Mutter, fällt erneut Erbschaftsteuer an, soweit der Nachlasswert den Freibetrag der Kinder übersteigt.

Was können Ehegatten tun, die dem Modell des Berliner Testaments gerne folgen, sich aber die Möglichkeit offenhalten möchten, auch die Freibeträge der Kinder ganz oder teilweise zu nutzen? Hierfür hat die Praxis das sog. Supervermächtnis erfunden. Darin ordnen die Eheleute an, dass der überlebende Ehegatte allen oder einzelnen Kindern (irgendwelche) Werte aus dem Nachlass des erstversterbenden Ehegatten zukommen lassen kann. Dies kann z. B. Geld sein. Möglich sind aber auch Immobilien oder andere Vermögensgegenstände. Der überlebende Ehegatte bestimmt, welches Kind was erhält. Dabei kann er die Kinder gleich behandeln, muss das aber nicht. Das Supervermächtnis gibt ihm die Möglichkeit, Kindern aus dem Vermögen des erstversterbenden Ehegatten etwas zukommen zu lassen. Hierzu verpflichtet ist der überlebende Ehegatte nicht.

Die Idee des sog. Supervermächtnisses ist bereits Jahrzehnte alt. Zum Teil wird hiergegen vorgebracht, dass es sich um einen Umgehungsversuch zur Vermeidung von Erbschaftsteuer handle. Tatsächlich gibt es aber bis heute keine veröffentlichte Entscheidung eines Finanzgerichts, welche die steuerliche Anerkennung des Supervermächtnisses verneint. Hieraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass es seinen Zweck erfüllt und von den Finanzämtern anerkannt wird. Das ist auch richtig. Warum sollte der Gebrauch eines zivilrechtlich möglichen Instruments (Bestimmungs- und Zweckvermächtnis) zur Erreichung steuerlich zulässiger Ziele (Ausnutzung von Freibeträgen) einen Gestaltungsmissbrauch darstellen?

Aus steuerlicher Sicht empfehlenswert sind allerdings Regelungen im Testament, wonach das Supervermächtnis vom überlebenden Ehegatten binnen einer bestimmten Frist zu erfüllen ist. Steuerlich nicht anerkannt würde ein Supervermächtnis, wenn es erst beim Tod des zweiten Elternteils zu erfüllen wäre. Wichtig ist weiterhin, dass im Testament die Motivation des Supervermäch-

nisses beschrieben wird (Abfindung der Kinder dafür, dass sie erst im zweiten Erbfall Erben werden und Ausnutzung erbschaftsteuerlicher Freibeträge).

Das Supervermächtnis stellt jedenfalls dann einen empfehlenswerten Baustein von Ehegattentestamenten (oder -erbverträgen) dar, wenn der künftige Nachlass möglicherweise so groß ist, dass die Entstehung von Erbschaftsteuer nicht ausgeschlossen werden kann.

Dr. Daniel Kollmeyer

### Langfristige erbrechtliche Bindungen für wichtige Vermögensgegenstände

Im Rahmen der Testamentsgestaltung wird häufig auch das Ziel verfolgt, für den Erblasser besonders wichtige Vermögensgegenstände langfristigen erbrechtlichen Bindungen zu unterwerfen und diese z. B. nach den zuerst bedachten Kindern den Enkelkindern zuzuwenden. Beim Verfassen solcher Verfügungen ist besondere Vorsicht geboten. Es finden sich immer wieder Formulierungen wie „Herr/Frau ... soll hinsichtlich meines Hausgrundstücks an der ... nur Vorerbe sein.“ oder „Herr/Frau ... erbt meine Wohnung in .... Insoweit soll er/sie jedoch nur Vorerbe sein.“ Solche Anordnungen drücken den Wunsch aus, eine „gegenständlich beschränkte Vor- und Nacherbfolge“ zu gestalten, müssen in dieser Form jedoch unbedingt vermieden werden. Der letzte Wille des Erblassers sollte unter Verwendung der zutreffenden Rechtsbegriffe stets so klar formuliert sein, dass es auf eine Auslegung nicht ankommt.

Im deutschen Erbrecht gilt der Grundsatz der Gesamtnachfolge. Eine unmittelbare Einzelrechtsnachfolge oder Sondernachfolge in einzelne Vermögensgegenstände findet – mit wenigen Ausnahmen, etwa im Personengesellschaftsrecht und bei Hofvermögen – nicht statt. Dies gilt auch für die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge, die bewirkt, dass der Erblasser sukzessive zwei- oder mehrmals hintereinander beerbt wird. Aufgrund einer gesetzlichen Auslegungsregel unterliegen die einem Vorerben im Wege des Vorausvermächtnisses (= Vermächtnis an einen (Mit-)Erben) zugewandten Gegenstände jedoch im Zweifel nicht dem Recht der Nacherben. Es ist daher praktisch möglich eine „gegenständlich beschränkte Vor- und Nacherbfolge“ zu gestalten.

Gibt es lediglich einen Vorerben, erwirbt dieser den oder die Gegenstände eines Vorausvermächtnisses mit unmittelbarer Wirkung ohne Bindungen durch das Recht der Nacherben. Sind mehrere Miterben vorhanden, ist das Vorausvermächtnis durch Übertragung des Gegenstands aus dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen in das Einzelvermögen des vorausbedachten Vorerben zu erfüllen.

Im Rahmen der Testamentsgestaltung ist auch ein Universalvorausvermächtnis mit Ausnahme bestimmter einzelner Gegenstände, die noch dem Recht der Nacherben unterliegen sollen, in Erwägung zu ziehen. Dies entspricht dem Gestaltungswunsch eines Erblassers, dem es nur um die langfristige Steuerung seines Vermögens im Hinblick auf bestimmte wichtige Gegenstände ankommt. Als Alternative kommt für eine „gegenständlich beschränkte“ und zeitlich gestufte Sukzession auch ein sog. Vor- und Nachvermächtnis oder ein Vermächtnis, welches erst

mit dem Tod des Erben anfällt, in Betracht. Dem Vermächtnisnehmer steht jedoch im Ergebnis nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des betreffenden Vermögensgegenstandes zu, sodass er insbesondere gegen Zwischenverfügungen des zuerst Bedachten im Vergleich zum Nacherben schwächer geschützt ist. Ansprüche des Nachvermächtnisnehmers können lediglich bei im Grundbuch vormerkungsfähigen Ansprüchen zusätzlich dinglich abgesichert werden, oder indem die Verfügungsbefugnis des zuerst Bedachten durch die ergänzende Anordnung einer Testamentsvollstreckung ausgeschlossen wird. Welche der denkbaren Lösungen im Hinblick auf die vom Erblasser verfolgten Ziele passend ist, sollte im Einzelfall mit dem Berater abgewogen werden.

Die Regelung einer „gegenständlich beschränkten“ Vor- und Nacherbfolge durch ein Universalvorausvermächtnis mit Ausnahme bestimmter Gegenstände kann etwa in Betracht kommen, um dem überlebenden Ehegatten neben dem gesamten sonstigen Nachlass zur freien Verfügung auch die Nutzungen eines Hausgrundstücks zuzuwenden und dessen Substanz für die eventuell noch minderjährigen gemeinsamen Kinder zu erhalten. Dabei sollte stets ausdrücklich klargestellt werden, ob sich das Recht der Nacherben auf die Gegenstände des Vorausvermächtnisses erstrecken soll oder nicht.

#### Fazit:

Eine Erbeinsetzung auf einzelne Gegenstände ist dem deutschen Erbrecht grundsätzlich fremd. Dies gilt unabhängig davon, ob jemand als Vollerbe oder als Vorerbe eingesetzt wird. Möchte der Erblasser einen bestimmten Gegenstand – häufig Grundbesitz oder Gesellschaftsbeteiligungen – nach dem zuerst Bedachten einer weiteren Person zuwenden (z. B. nach dem Ehegatten den gemeinsamen Kindern oder nach den Kindern den Enkelkindern) stehen das Institut der Vor- und Nacherbschaft oder eine Vermächtnislösung zur Verfügung. Gerade die Vor- und Nacherbschaft sollte gemeinsam mit dem Berater besonders bedacht gestaltet werden. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass in einem solchen Fall im Grundbuch sog. Nacherbenvermerke einzutragen sind, welche die Verfügungsbeschränkung der Vorerben verlautbaren. Die unbedachte und undifferenzierte Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge führt in der Praxis nach dem Erbfall daher im Zusammenhang mit zum Nachlass gehörenden Grundbesitz häufig zu praktischen Abwicklungsproblemen und nicht selten auch zu unbedachten, eigentlich nicht gewollten Beschwerden für die Vorerben.

Dr. Steffen Kurth, LL.M.

#### Rechtsprechung zeigt Regelungen in Gesellschaftsverträgen zur Pflichtteilsminimierung Grenzen auf

In der Gestaltungspraxis gründen Eheleute gelegentlich Gesellschaften bürgerlichen Rechts, in welche sie Teile ihres Vermögens einbringen. Zugleich wurde bei solchen Gründungen in den Gesellschaftsverträgen bislang oftmals vorgesehen, dass der Anteil des verstorbenen Gesellschafters dem überlebenden Gesellschafter/Ehepartner anwächst, ohne dass Letzterer hierfür eine Abfindung zahlen muss. Diese Gestaltung wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten akzeptiert und insbesondere nicht als eine Schenkung des erstversterbenden Gesellschafters an den Ehepartner, der zugleich Mitgesellschafter ist, aufgefasst. Diese Rechtsprechung war für

Eheleute z. B. dann interessant, wenn sie sich testamentarisch gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und (unliebsame) Kinder enterbt hatten. Denn nach der bisherigen Rechtsprechung standen dann den pflichtteilsberechtigten Kindern im Hinblick auf die in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebrachten Vermögenswerte keine sog. Pflichtteilergänzungsansprüche zu. Auskunft und Wertermittlung durften die Kinder insofern nicht verlangen.

Von dieser Rechtsprechung ist der Bundesgerichtshof im Sommer 2020 abgekehrt und hat seine bereits in letzter Zeit pflichtteilsfreundlichere Rechtsprechung nochmals bekräftigt. In dem von dem Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall hatte der spätere Erblasser mit seiner zweiten Ehefrau eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet, in welche er Teile seines Vermögens verschoben hat. Der Gesellschaftsvertrag dieser Gesellschaft sah vor, dass dem überlebenden Gesellschafter der Anteil des erstversterbenden Gesellschafters anwächst und dass hierfür keine Abfindung zu zahlen ist. Die enterbten Kinder des Erblassers aus erster Ehe sahen in dieser Gestaltung eine unzulässige Aushöhlung ihrer gesetzlichen Pflichtteilsansprüche. Dem schloss sich der Bundesgerichtshof an. Die erwähnten gesellschaftsvertraglichen Regelungen erachtet das Gericht zwar für wirksam, ordnet sie allerdings als Schenkung ein. Das wiederum hat zur Folge, dass die enterbten Kinder als Ergänzung ihres Pflichtteils den Betrag verlangen können, um den sich ihr Pflichtteil erhöht, wenn die verschenkten Gegenstände dem Nachlass des Vaters hinzugerechnet werden. Damit die enterbten Kinder diesen Betrag beziffern können, schuldet der Erbe – so der Bundesgerichtshof – Auskunft zu den Einzelheiten dieser Schenkung und ist insofern auch zur Wertermittlung verpflichtet.

Diese neue höchstrichterliche Rechtsprechung wird voraussichtlich erheblichen Einfluss auf die Gestaltungspraxis haben. Denn sie erschwert die gesellschaftsvertragliche Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen von unliebsamen Kindern. Um solche Ansprüche zu verringern oder sogar zu vermeiden, werden daher zukünftig andere Gestaltungen im Vordergrund stehen, wie etwa der mit den Kindern einvernehmlich zu vereinbarenden Pflichtteilsverzicht (ggf. gegen Zahlung einer Abfindung) und entgeltliche Vermögensübertragungen zwischen Eheleuten.

Die neue Rechtsprechung wird zugleich in der anwaltlichen Beratung in den Fällen Bedeutung entfalten, in denen Erblasser das bislang akzeptierte Modell genutzt haben, um Vermögen in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzubringen und dem Ehepartner ohne Abfindung durch Tod anwachsen zu lassen. Hier wird die Rechtsprechung zu weiterem Konfliktpotential zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten insbesondere bei der Frage führen, in welchem Umfang Auskunft zu den Schenkungen geschuldet ist.

Hartmut Sanderling

#### Besteuerung von Abfindungszahlungen an weichende Erben

Pflichtteilsverzichte zu Lebzeiten des (künftigen) Erblassers sind wesentlicher Bestandteil vorausschauender Nachfolgeplanung. Um Pflichtteilsberechtigte zu einem Verzicht auf ihren Pflichtteil zu bewegen, werden regelmäßig Abfindungszahlungen vereinbart. Abfindungen werden insbesondere auch bei lebzeitigen

Übertragungen wesentlicher Vermögenswerte auf eines von mehreren Kindern an das bzw. die Geschwister-Kinder gezahlt bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts. Der Pflichtteilsverzicht wird in einem mit dem (künftigen) Erblasser zu schließenden Pflichtteilsverzichtsvertrag gemäß § 2346 Abs. 2 BGB geregelt. Bei der Gestaltung der Nachfolge stellt sich dann die Frage, von wem die vereinbarte Abfindungszahlung an den verzichtenden Pflichtteilsberechtigten zu erfolgen hat.

Bei Abfindungszahlungen durch Geschwister ist nach neuerer Rechtsprechung des BFH (Bundesfinanzhof) große Vorsicht geboten.

Wird für den Verzicht auf den Pflichtteil eine Abfindung vereinbart, so bedeutet dies, dass die Zahlung einer solchen Abfindung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG nach herrschender Meinung eine steuerpflichtige Schenkung unter Lebenden darstellt. Das Gesetz regelt jedoch nicht, wer für die Zwecke der Besteuerung als Schenker anzusehen ist, der (künftige) Erblasser oder die von dem Pflichtteilsverzicht begünstigten Geschwister. Von der Beurteilung dieser Frage ist abhängig, ob die Besteuerung nach der günstigen Steuerklasse I mit dem Freibetrag von 400.000,00 € oder nach der auf das Verhältnis zwischen Geschwistern anwendbaren Steuerklasse II mit dem Freibetrag von nur 20.000,00 € erfolgt.

Der BFH hat in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass sich die Besteuerung der Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für den Verzicht auf seinen künftigen Pflichtteilsanspruch zahlt, nach der zwischen den Geschwistern maßgebenden ungünstigeren Steuerklasse II mit dem nur geringen Freibetrag von 20.000,00 € richtet. Der BFH hat auch die Anwendbarkeit seiner Grundsätze zum Vertrauensschutz im Hinblick auf die Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung verneint.

#### **Praxishinweis:**

Abfindungen an weichende Erben, die einen Pflichtteilsverzicht erklären, sollten vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BFH vom (künftigen) Erblasser erbracht werden und nicht von den durch den Pflichtteilsverzicht begünstigten Erben. Wird dieser Grundsatz nicht beachtet, droht eine erheblich größere Steuerlast, die aus der Einordnung der Abfindungszahlung in die Steuerklasse II und dem hier nur bestehenden Freibetrag von 20.000,00 € folgt.

Als alternative Gestaltung ist bei Übertragungsverträgen an eine Schenkung unter einer Auflage (Zahlung eines Gleichstellungsgeldes an Geschwister) zu denken. In diesem Fall wird die Zuwendung des (künftigen) Erblassers an eines seiner Kinder mit der Auflage verbunden, an die Geschwister ein Gleichstellungsgeld zu zahlen. Das Gleichstellungsgeld wird in der Regel als Leistung vom (künftigen) Erblasser – dem schenkenden Elternteil – gewertet und nicht als Leistung von dem durch die Auflage beschwerten Geschwister (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG).

Franz Pieper

#### **Testamentserrichtung und Testierfähigkeit**

Wer mit den Regelungen und Rechtsfolgen eines Testaments nicht einverstanden ist, ist häufig geneigt, dessen Wirksamkeit in

Frage zu stellen. In vielen Verfahren haben die Gerichte sich mit solcherlei Fragen auseinanderzusetzen. Zum einen ist zu klären, ob das Testament wirksam errichtet ist. Zum anderen steht die Testierfähigkeit des Erblassers in Frage.

So hatte sich am 18.05.2020 das OLG Köln mit einem Fall zu befassen, in dem zunächst die Eheleute ein gemeinschaftliches notarielles Testament mit Abänderungsbefugnis des über lebenden Ehegatten errichtet hatten, die letztlebende Ehefrau nach dem Tod des Ehemannes von der Abänderungsbefugnis Gebrauch gemacht und, abweichend vom gemeinschaftlichen Testament, für ihren Erbfall durch notarielles Testament anderweitig testiert hat. Das gefiel natürlich der zunächst im erstgenannten gemeinschaftlichen Testament bestimmten Schlusserbin nicht, die aufgrund der abweichenden Verfügung der überlebenden Ehefrau leer ausging. Sie hatte u. a. vorgebracht, die Erblasserin habe das notarielle Testament nicht vollständig unterschrieben. Tatsächlich war es ihr aufgrund krankheitsbedingter Schwächung nur gelungen, den ersten Buchstaben ihres Nachnamens zu schreiben. Es folgte dann lediglich eine geschlängelte Linie.

Dazu hat das Gericht ausgeführt, die Erblasserin habe zumindest angesetzt, ihren Familiennamen zu schreiben, was in dem Anfangsbuchstaben und der geschlängelten Linie ihren Niederschlag gefunden habe. Daraus ergebe sich, dass die Erblasserin damit nicht lediglich eine Paraphierung beabsichtigte, sondern eine volle Niederschrift ihres Familiennamens, was ihr indes vor dem Hintergrund ihrer Schwächung durch die Erkrankung nicht vollständig gelang. Die Erblasserin habe sich nicht nur auf die Abkürzung des Familiennamens mit dem Anfangsbuchstaben beschränken wollen und dies auch nicht getan. Die Voraussetzungen einer Schreibunfähigkeit lagen damit noch nicht vor. Vielmehr war die Erblasserin noch schreibfähig, wenn auch mit einem Duktus, der durch die krankheitsbedingte Schwächung geprägt war. Das 2. notarielle Einzeltestament war also wirksam. Das Testament wird auch dem Unterschriftserfordernis des Beurkundungsgesetzes gerecht, zumal der Notar die Identifizierung der Erblasserin bei notarieller Beurkundung gewährleistet (OLG Köln 2 Wx 102/20).

In einer Entscheidung des OLG Hamm vom 05.02.2020 ging es um die Frage der Testierfähigkeit der unter Betreuung stehenden Erblasserin bei Errichtung eines notariellen Testaments. Auch hier hatten sich zunächst die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt, Schlusserben bestimmt und dem Letztlebenden eine Abänderungsbefugnis eingeräumt. Die überlebende Ehefrau hat hiervon durch ein notarielles Einzeltestament Gebrauch gemacht, stand zu diesem Zeitpunkt allerdings unter Betreuung.

Der Notar hatte im Vorfeld sowohl mit der Erblasserin als auch mit deren Betreuer die erforderliche Testierfähigkeit erörtert und letztlich bejaht. Trotz der Betreuung konnte das Gericht nicht feststellen, dass das Einzeltestament wegen Testierunfähigkeit der Erblasserin unwirksam war, auch ein vom Gericht eingeholtes schriftliches Sachverständigengutachten konnte keine Testierunfähigkeit belegen. Dazu hat das Gericht ausgeführt, dass Testierunfähigkeit (nur) vorliegt, wenn einem Erblasser aufgrund krankhafter Erscheinungen die Einsichts- und Handlungsfähigkeit verlorengegangen sind, der Erblasser also nicht mehr in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen

Willenserklärung einzusehen und danach zu handeln. Er muss auch in der Lage sein, sich über die Tragweite testamentarischer Anordnungen und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen, ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. Weiter hat das Gericht ausgeführt, dass die Testierfähigkeit einer volljährigen Person der Regelfall ist, auch wenn sie unter Betreuung steht, während eine Testierunfähigkeit den Ausnahmefall darstellt. Deswegen trägt derjenige die Feststellungs- und Beweislast, der aus der behaupteten Testierunfähigkeit für sich Vorteile herleiten will. Dies ist den ursprünglichen, im gemeinschaftlichen Testament benannten, Schlusserben hier ebenfalls nicht gelungen (OLG Hamm 15 W 453/17).

Das OLG München hatte am 14.01.2020 einen Fall zur richtigen Auswahl des medizinischen Sachverständigen zu entscheiden, in dem es um die Frage der Testierfähigkeit ging. Der verwitwete Erblasser hatte zunächst ein notarielles Testament errichtet, in dem er einen seiner 3 Söhne zum Alleinerben einsetzte. 3 Jahre später hatte er ein weiteres handschriftliches Testament errichtet, in dem er seine 3 Kinder zu gleichen Teilen als Erben einsetzte. Die Kinder stritten sich nun darüber, ob der erstgenannte Sohn Alleinerbe geworden war oder ob alle 3 Kinder zu je 1/3 zur Erbfolge gelangt waren. In I. Instanz hat das Nachlassgericht zur Frage der Testierunfähigkeit ein Sachverständigengutachten eines Hochschulprofessors eingeholt, der allerdings kein Facharzt für Psychiatrie ist. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass zum Zeitpunkt der Errichtung des letzten Testaments eine Testierunfähigkeit nicht feststellbar sei. Das gefiel dem Sohn nicht, der zunächst als Alleinerbe eingesetzt war. Er legte Beschwerde ein. Das OLG München hat die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben, weil sie an einem wesentlichen Verfahrensfehler leide. Der Sachverständige verfüge nämlich nicht über die erforderliche Sachkunde. Die Frage, ob ein Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung testierunfähig war oder nicht, lässt sich nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nur mit Hilfe eines psychiatrischen Sachverständigen beantworten. Der vom Nachlassgericht ausgewählte Sachverständige verfüge über diese Qualifikation nicht. Weil für die Erstattung derartiger Gutachter von vornherein nur die Begutachtung durch einen Facharzt für Psychiatrie in Betracht komme, sei es auch unerheblich, ob das Nachlassgericht den von ihm ausgewählten Sachverständigen dafür geeignet angesehen habe, derartige Gutachten zu erstatten bzw. ob er derartige Gutachten in der Vergangenheit bereits erstattet habe. Das OLG hat die amtsgerichtliche Entscheidung aufgehoben und das Verfahren an das Nachlassgericht zurückgegeben (OLG München 31 Wx 466/19).

Ähnlich hat das OLG Celle jüngst in einer Entscheidung vom 21.07.2020 geurteilt. Die verheiratete Erblasserin hatte 2 Tage vor ihrem Tod auf dem Krankenbett im Krankenhaus ein handschriftliches Testament errichtet und darin ihre Schwester zur Erbin bestimmt. Das wiederum missfiel dem Ehemann und der Tochter der Erblasserin, die einen Erbschein des Inhalts beantragten, dass Ehemann und Tochter gesetzliche Erben zu je ½ geworden sind. Sie beriefen sich darauf, dass die Erblasserin testierunfähig gewesen sei und das Testament auch nicht in vollem Umfang eigenhändig geschrieben und unterschrieben habe.

Das Amtsgericht hat nach Einvernahme einer Vielzahl von Zeugen eine Stellungnahme einer Fachärztin, die im Tumorzentrum bzw. in der Palliativmedizin einer Medizinischen Hochschule tätig ist, zur Testierfähigkeit eingeholt. Des Weiteren hat das Amtsgericht ein Schriftsachverständigengutachten erstellen lassen. Aufgrund der Gutachtenergebnisse hat das Amtsgericht entschieden, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht mehr testierfähig gewesen sei und auch das Testament nicht vollständig geschrieben habe.

Die Schwester der Erblasserin legte Beschwerde ein, über die das OLG Celle zu entscheiden hatte. Auch hier kam das Gericht zum Ergebnis, dass die Entscheidung der Vorinstanz verfahrensfehlerhaft und deswegen aufzuheben sei. Es hat ausgeführt, dass zur Beurteilung der Frage, ob eine Testierunfähigkeit vorliegt, ein neurologisches oder psychiatrisches Sachverständigengutachten eingeholt werden muss, nämlich das Gutachten eines Facharztes für Psychiatrie oder Psychotherapie oder Neurologie. Die Stellungnahme der vom Nachlassgericht beauftragten Fachärztin erfülle diese Anforderungen nicht, weil sie weder Psychiaterin noch Neurologin sei.

Auch das eingeholte Schriftsachverständigengutachten sei nicht ausreichend, weil der Sachverständige eigens darauf hingewiesen habe, dass sein Gutachten qualitativ insoweit eingeschränkt sei, als keine Vergleichsschriften aus dem akuten Krankheitsstadium der Erblasserin zur Verfügung gestanden hätten. Andererseits hatte aber die Schwester der Erblasserin darauf hingewiesen, dass ihr jetzt auch Unterschriften der Erblasserin auf den Einwilligungsbögen des Krankenhauses zur Verfügung stünden. Dem war das Amtsgericht nicht nachgegangen. Das hat das OLG ebenfalls als verfahrensfehlerhaft beanstandet und den Fall an das Amtsgericht zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen (OLG Celle 6 W 62/20). Die vorstehenden aktuellen Entscheidungen belegen, dass die Wirksamkeit von Testamenten wegen fehlender Testierfähigkeit häufig in Frage gestellt wird, unabhängig davon, ob es sich um handschriftliche oder notarielle Testamente handelt. Die Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Hamm zeigen indes, dass in Zweifelsfällen die Errichtung eines Testaments in notarieller Form der sichere Weg ist.

BRANDI FORSTET AUF





FÜR 125 JAHRE BRANDI GIBT ES VON UNS 25.000 BÄUME.

Im Jahr unseres Jubiläums sind die Schäden im Teutoburger Wald größer denn je.

Wir finden, es ist an der Zeit etwas zu unternehmen. Daher spenden wir für eine Fläche von 5 Hektar am Südhang des Teutoburger Waldes junge Traubeneichen und Buchen für die nächste Generation.

Dr. Gert Müller-Baumgarten

**Gedanken und Hinweise zur lebzeitigen Vermögensübertragung**

Die Vermögensnachfolge ist ein umfangreiches Gebiet. Es reicht von der Übertragung einzelner Vermögensteile bis zur Übertragung des gesamten Vermögens. Dabei reicht die Spannweite von der Übergabe an natürliche Personen, verwandt oder nicht verwandt, bis zur Übertragung an juristische Personen bis hin zur Stiftung. Die Nachfolge kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen.

Hier soll nur der Bereich der unentgeltlichen Verfügung über Vermögen betrachtet werden. Dabei stellen sich viele Fragen, die es zu beantworten gilt, u. a.: Soll überhaupt eine Regelung getroffen werden? Wenn ja, wann? Schon früh oder erst im Alter, alles Vermögen oder nur Teile? Wie ist die Übertragung zu gestalten? Auf Zeit? Auf Dauer? Sollen Bedingungen an die Übertragung geknüpft werden, wenn ja, welche? Soll die Übertragung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen? Wenn unentgeltlich, welche Auswirkungen hat dies in der Familie? Ist ein Ausgleich erforderlich oder soll er unterbleiben?

Zu allem Überfluss spielen dann auch noch steuerrechtliche Überlegungen eine Rolle. Fällt Schenkungs- oder Erbschaftsteuer an? Wie wirkt sich die Übertragung mit ihren Bedingungen auf die Einkommenssteuer und die daran anknüpfenden Steuern aus? Sprechen diese Auswirkungen für oder gegen eine Übertragung zum derzeitigen Zeitpunkt? Diese Fragen sollten zusammen mit dem Steuerberater geklärt werden, wenn der Vertragsgestalter wie im Regelfall nicht selbst steuerberatend tätig ist.

Die Problemkreise sollen hier angesprochen werden. Der Platz reicht hier nicht aus, um alle denkbaren Lösungen und Regelungen aufzuzeigen. Deswegen beschränken sich die Ausführungen auf Hinweise mit Regelungsmöglichkeiten, die für jeden Einzelfall überprüft, vertieft und angepasst werden müssen. Dabei spielt es hier keine Rolle, um welche Art von Vermögen es sich bei der Übertragung handelt. Hier sollen nur Grundsätze angesprochen werden, die bei jeder Vermögensübertragung bedacht werden sollten. Zusätzliche Besonderheiten, die bei bestimmten Vermögensgegenständen, wie z. B. Übertragung von Unternehmen oder Anteilen, an ihnen zu beachten sind, werden hier nicht angesprochen.

Bei allen Regelungen sind erbschaftsteuerrechtliche Auswirkungen zu beachten, insbesondere wegen der Freibeträge und Steuersätze, die in Steuerklassen eingeteilt sind. In die Steuerklasse I fallen Ehepaare mit einem Freibetrag von 500.000,00 €, deren Kinder mit einem Freibetrag von 400.000,00 €. Erbschaftsteuerrechtlich zählen sowohl die leiblichen Kinder als auch die Adoptiv- und Stiefkinder zur Steuerklasse I mit dem Freibetrag von 400.000,00 €. Besteht zwischen dem Schenker und dem nicht verwandten Beschenkten ein Eltern-Kind-Verhältnis, kann (auch noch im Erwachsenenalter) eine Adoption vorgenommen werden. Diese hätte dann als Nebeneffekt den Eintritt in die günstige Erbschaftsteuerklasse I mit einem Freibetrag von 400.000,00 €, statt einem Freibetrag von 20.000,00 € mit einem Eingangsteuersatz von 30 % in der Steuerklasse III. Enkelkinder haben einen Freibetrag von 200.000,00 €. Der Freibetrag steigt auf 400.000,00 € pro Enkelkind, wenn ein Elternteil verstorben

ist. Eltern und Großeltern haben bei Erwerb durch Erbschaft einen Freibetrag von 100.000,00 €.

Für Eltern und Großeltern bei lebzeitigen Schenkungen, Geschwister, Kinder der Geschwister, Stiefeltern, Schwiegerkinder, Schwiegereltern, geschiedene Ehepartner (auch gleichgeschlechtlich) gilt die Steuerklasse II mit einem Freibetrag von 20.000,00 €. Alle übrigen Erben sind in die Steuerklasse III mit einem Freibetrag von 20.000,00 € einzuordnen.

An die Steuerklassen knüpfen die Erbschaftssteuersätze an. In der Steuerklasse I beträgt der Eingangsteuersatz 7 %, in der Steuerklasse II 15 % und in der Steuerklasse III 30 %.

Bei der Schenkung als Vermögensübertragung unter Lebenden, mit der ich mich hier beschäftige, lassen sich die Vermögenswerte, die zur Steuerberechnung herangezogen werden, durch Nutzungsregelungen verkleinern und damit die Steuerlast bei Schenkungen verringern. Seit 2010 folgt auch das Steuerrecht dem Zivilrecht. Im Zivilrecht war es bei Kaufverträgen üblich, dass der Wert von Nutzungsrechten, wie z. B. Wohnungs- oder Nießbrauchsrechte, kapitalisiert auf die statistische Lebenserwartung des Schenkers vom Kaufpreis abgezogen und dadurch der Wert des Kaufgegenstands und damit der Kaufpreis gesenkt wird.

Da dies jetzt auch im Steuerrecht gilt, lassen sich bei Übertragungen je nach Alter des Übergebers erhebliche Schenkungssteuern sparen, wenn er sich das Recht zur Nutzung des geschenkten Gegenstandes vorbehält. Dabei kann er noch entscheiden, ob er die vollen oder nur teilweise Nutzungen behalten möchte. Dem Eigentum am nächsten kommt als vorbehaltenes Nutzungsrecht das Nießbrauchsrecht. Das Nießbrauchsrecht versetzt den Schenker in die Lage, den Gegenstand, den er verschenkt, z. B. ein Hausgrundstück, auch nach Vollzug der Schenkung bis zu seinem Tod weiter zu nutzen, sodass er den verschenkten Gegenstand nicht entbehren muss. Er kann mit ihm fast vollständig schalten und walten wie ein Eigentümer, er kann ihn nur nicht mehr verkaufen, verschenken oder vererben, weil er nicht mehr Eigentümer ist. Das bedeutet: In einem Haus kann er wohnen und den Garten nutzen, er kann das Hausgrundstück vermieten oder auch nicht. Die Erträge unterliegen bei ihm nach wie vor der Einkommenssteuer etc. Im Gegenzug muss er die Kosten der ordnungsgemäßen Unterhaltung und Lasten tragen und kann die Abschreibungen – wie bislang auch – weiter fortführen. Dazu muss er sich den Nießbrauch im Schenkungsvertrag vorbehalten (steuerrechtlich: Vorbehaltsnießbrauch). Außergewöhnlicher Erhaltungsaufwand obliegt nach Gesetz dem Beschenkten. Da dieser jedoch beim Nießbrauch keinen Ertrag erzielt, wird in der Regel vereinbart, dass der Nießbraucher auch diesen Aufwand tragen muss. Er sollte sich dann jedoch vorbehalten, dafür Darlehen aufnehmen zu dürfen und im Grundbuch absichern zu lassen, damit eventuelle Finanzierungen auch gewährt werden können.

Gerade der Nießbrauch führt bei ertragsbringendem Vermögen zu weiteren Möglichkeiten der Steuerersparnis, auch ohne das Eigentum aufzugeben. Insbesondere ist daran zu denken, unterhaltspflichtigen Kindern einen zeitlich befristeten Nießbrauch an ertragsreichem Vermögen, z. B. einem Mietshaus oder einem Depot mit Dividendenzahlungen einzuräumen. Dabei wird insbesondere an eine Ausbildung mit hohen Kosten bei auswärtiger Unterbringungen gedacht. Der Vorteil einer solchen Regelung

besteht darin, dass die Erträge aus diesem Nießbrauch direkt an das unterhaltsberechtignte Kind fließen und dieses daraus seinen Unterhalt decken kann. Zwar muss das Kind dann die Erträge mit Einkommenssteuer und den damit zusammenhängenden Steuern versteuern, kann aber zunächst einmal seinen Grundfreibetrag geltend machen und muss dann in der Regel einen geringeren Steuersatz zahlen als seine Eltern. Bei den Eltern entsteht ein Vorteil dadurch, dass die Einnahmen zwar wegfallen, aber gleichwohl die Unterhaltslast um den Betrag der Steuerersparnis sinkt. Ohne Nießbrauch des Kindes würden die Eltern die Erträge erzielen und müssten diese mit ihrem Spitzensteuersatz versteuern. Aus dem danach verbleibenden, versteuerten Einkommen müsste der Unterhalt gewährt werden. Das ändert sich mit der Gewährung des Nießbrauchs. Diese Steuerersparnis kann beträchtlich sein. Das Einkommen, das dem Spitzensteuersatz unterliegt, der auf die letzten 1.000,00 € zu zahlen ist, sinkt. Die in diesem Fall geminderte Steuer ist in der Regel höher als der durchschnittliche Steuersatz, der auf dem gesamten Einkommen lastet. Diese Möglichkeit wird häufig nicht gesehen und daher nicht bedacht.

Wer sich keinen Nießbrauch vorbehalten möchte, kann sich bei Grundstücken mit einer Wohnbebauung nur ein Wohnungsrecht vorbehalten. Dabei ist auf den Unterschied zwischen Wohnungsrecht und Wohnrecht zu achten. Er kann im Streitfall zu nicht gewünschten Folgen führen. Wohnungsrecht bedeutet Wohnen unter Ausschluss des Eigentümers, Wohnrecht hingegen Wohnen mit dem Eigentümer, d. h. der neue Eigentümer kann jederzeit beim Wohnberechtigten einziehen und die Wohnung mit ihm gemeinsam nutzen. Im Vertrag sollte in jedem Fall geregelt werden, ob und welche Kosten und Reparaturen vom Berechtigten zu tragen sind.

Ist der Schenker Alleineigentümer, kann er auch regeln, dass das vorbehaltene Recht nach seinem Tod von einem Dritten bis zu dessen Tod ausgeübt werden darf, z. B. Ehepartner oder Lebensgefährten. Das ist rechtlich eine Schenkung des Eigentümers, auf die Schenkungssteuer erhoben wird. Dabei werden die Freibeträge vom Wert der Schenkung abgezogen. In die Berechnung der Steuer werden die Schenkungen der vergangenen 10 Jahre einbezogen. Wird die Schenkung bis zum Tod des Eigentümers hinausgeschoben, kann keine Steuer anfallen, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt. Überlebt der Beschenkte den Schenker, richtet sich der Wert der Schenkung nur noch nach dem kapitalisierten Nutzungswert ab dem Tod des Schenkers und nicht schon ab einem früheren Zeitpunkt.

Nießbrauchsrecht und Wohnungs- bzw. Wohnrecht enden kraft Gesetzes mit dem Tod. Wird der Schenker ein Schwerstpflegefall, fällt der Wert des Nießbrauchs in das zur Kostendeckung zu verwendende Einkommen. Das ist in der Regel auch so gewollt.

Ob dies beim Wohnungsrecht so ist, ist streitig und es hängt von den Vereinbarungen im Schenkungsvertrag ab, welche Folgen ein Auszug des Berechtigten aus seiner Wohnung hat. Besteht es weiter und die Wohnung bleibt leer stehen? Muss der Eigentümer bei Wegfall des Wohnungsrechts einen Ausgleich zahlen, der als Vermögen zu Gunsten öffentlicher Kassen eingesetzt werden muss? Ist die unentgeltliche Aufgabe des Wohnungsrechts durch den Berechtigten, der in eine altersgerechte Wohnung umzieht und die laufenden Kosten für die alte Wohnung nicht mehr bezah-

len kann oder will, in jedem Fall eine Schenkung an den Eigentümer? Das wird von Sozialbehörden vertreten. Dieser Auffassung ist das Landgericht Bielefeld nicht gefolgt und hat die Klage mit Urteil vom 14.10.2020 abgewiesen. Berufung ist angekündigt.

Um solche Prozesse zu vermeiden, sollten im Schenkungsvertrag klare Regelungen getroffen werden: Entweder enden Nutzungsrechte nicht nur mit dem Tod, sondern schon dann, wenn Vermögen und Einkommen des Schenkers nicht mehr ausreichen, um daraus die Kosten des Lebensunterhaltes zu decken. Dann steht fest, dass in einem Pflegefall etwaige Erträge aus einem Nießbrauch nicht mehr zur Verfügung stehen bzw. Wohnungsrechte mit dem dauerhaften Auszug aus der Wohnung enden. Ausgleichszahlungen können nicht geschuldet sein, der Wohnungsberechtigte muss keine Kosten mehr für die nicht genutzte Wohnung tragen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass der Schenker den geschenkten Gegenstand, z. B. ein Haus, zurückfordern kann, wenn er innerhalb von zehn Jahren bedürftig wird, d. h. seinen Lebensunterhalt aus seinen Einnahmen und seinem Vermögen nicht mehr decken kann. Diese Regelung greift kraft Gesetzes ein und ist nicht verhandelbar. Das führt dazu, dass Sozialhilfeleistungen mit dem Hinweis darauf verweigert werden können, dass man eigene Vermögensquellen hat. Davon machen jedoch Sozialhilfeträger selten Gebrauch. Stattdessen leiten sie diesen Rückforderungsanspruch auf sich über und machen diesen dann geltend, d. h. sie fordern das Geschenk zurück, um gezahlte Sozialleistungen zu decken.

Soll das vermieden werden, ist ein Vertrag entgeltlich, d. h. als Kaufvertrag, zu gestalten. Dazu gibt es vielfältige Möglichkeiten. Es können z. B. Pflegeleistungen entgeltlich vereinbart und solche Pflegeleistungen mit einem Kaufpreis verrechnet werden. Für frühere Pflegeleistungen kann nachträglich ein angemessenes Entgelt vereinbart und ebenfalls mit einem Kaufpreis verrechnet werden. Bei einem Kaufvertrag ist auch das weitere Nutzungsrecht des Schenkers eine Gegenleistung bzw. ein wertmindernder Faktor, der in die kaufmännische Betrachtungsweise einfließt. Der Kaufpreis muss nicht in bar gezahlt werden, sondern kann unter Berücksichtigung angemessener Zinsen in Raten bis zu seiner vollständigen Tilgung gezahlt werden, sodass die Pflegeleistungen des Erwerbers auch entsprechend der tatsächlichen Kosten kaufpreistilgend berücksichtigt werden können. Ist bei Tod des Verkäufers noch ein Überschuss des Kaufpreises übrig, dann fällt dieser in das Vermögen des Betroffenen und ist zur Deckung seiner Kosten zu verwenden.

Wer etwas verschenkt, möchte in der Regel nicht, dass der Beschenkte den Gegenstand verkauft und damit zu Geld macht, insbesondere dann nicht, wenn der Schenker sich Nutzungen vorbehalten hat. Das führt dann dazu, dass solche Geschenke abgesichert werden müssen, wenn sie für eine bestimmte Zeit, z. B. bis zum Tod des Schenkers und ggf. seines Ehepartners, nicht verkauft oder veräußert werden dürfen.

Dabei denkt man zunächst an ein Veräußerungsverbot. Das ist aber für den Schenker keine Sicherheit. Verbote kann man übertreten. Wenn dann das Eigentum vom Beschenkten auf den Erwerber gewechselt hat, hat dieser den Gegenstand gutgläubig zu Eigentum erworben, wenn er das Verbot nicht kannte. Das ist

der Regelfall, weil der Veräußerer den Erwerber über ein Verbot nicht unterrichten will, wenn er dagegen verstoßen möchte. Der Schenker ist dann auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Er müsste sie geltend machen und ob er letztendlich den Schadensersatz bekommt, ist zweifelhaft. Sicher ist jedoch, dass dies nicht seinem Interesse entspricht. Diese Problematik ist den meisten Schenkenden bekannt. Weniger bekannt ist jedoch, dass selbst bei bestem Willen der Beschenkte das geschenkte Vermögen nicht behalten kann, wenn Dritte in das Vermögen die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er das geschenkte Gut als Sicherheit für Kredite verwendet oder wenn er insolvent wird. Nicht daran gedacht wird auch häufig, dass aus güterrechtlichen Gründen bei beschenkten Ehepartnern das gesamte Vermögen (z. B. Vereinbarung Gütergemeinschaft) oder die Wertsteigerung des geschenkten Gutes (Zugewinnngemeinschaft) bei Auflösung der jeweiligen Gemeinschaft zumindest wertmäßig an den nicht beschenkten Ehepartner weitergeleitet werden können. Das sind die häufigsten Fälle, an die gedacht werden muss.

Jeder Schenker hat dann möglicherweise noch eigene Bedingungen, die er an die Schenkung knüpfen möchte und deren Einhaltung möglichst abgesichert werden soll. Die Lösung dieser Probleme soll einmal am Beispiel einer Grundstücksübertragung dargestellt werden:

Das reine Veräußerungsverbot ist eine stumpfe Waffe, wie oben dargestellt. Der verbietende Schenker wird in der Regel vor vollendete Tatsachen gestellt. Er kann nur verbieten, aber selbst nicht aktiv tätig werden.

Bei Grundstücksverträgen wird diese Problematik dadurch gelöst, dass der Schenker im Schenkungsvertrag mit dem Beschenkten eine Rückübertragungsvereinbarung trifft. Diese Vereinbarung greift immer dann, wenn der Beschenkte gegen eine Bedingung verstößt, die der Schenker gestellt hat. Das bedeutet, der Schenker erhält einen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstückes, wenn z. B. der Beschenkte das Grundstück ohne die Zustimmung des Schenkers veräußern will, belasten will, über das Vermögen des Beschenkten ein Insolvenzverfahren eröffnet oder seine Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Vertragsgegenstands eingeleitet wird. Das Rückforderungsrecht kann auch schon den Fall betreffen, dass lediglich die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek in den Grundbesitz betrieben wird. Es kann auch für den Fall vereinbart werden, dass Gütergemeinschaft vereinbart wird, bei der kraft Gesetzes sämtliches Vermögen, das zum Gesamtgut gemacht wird, zur Hälfte dem Ehepartner gehört. Bei der gesetzlichen Zugewinnngemeinschaft fällt bei Ehepaaren zwar nicht das geschenkte Grundstück in das Vermögen des anderen Ehepartners, sondern bleibt Sondervermögen des beschenkten Ehepartners. Aber die Wertsteigerung des geschenkten Objekts während des Bestehens der Zugewinnngemeinschaft unterliegt dem Zugewinnausgleich. Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, kann z. B. vereinbart werden, dass es schon deswegen zurückgefordert werden kann oder wenn es aufgrund erbrechtlicher Regelungen auf ein Kind des Beschenkten übertragen wird.

Wenn der Schenker nicht wünscht, dass die Schenkung nachträglich durch eine der vorgenannten Voraussetzungen beeinträchtigt wird, dann kann er sich die Rückforderung der Schenkung

vorbehalten. Wird zurückgefordert, tritt dann der Zustand ein, der ohne die Schenkung auch bestanden hätte: Das Vermögen ist beim Schenker.

Der Schenker hat hier mit dem Rückforderungsrecht ein Wahlrecht, d. h. er muss nicht zurückfordern, er kann es, wenn er es für richtig hält. Dadurch entsteht ein Schwebezustand im Rückforderungsfall. Ohne Regelung kann unter Umständen Verwirkung des Rückforderungsrechts eintreten, wenn der Schenker mit der Ausübung zu lange wartet. Deswegen ist es sinnvoll, bei der Schenkung zugleich einen Zeitraum zu bestimmen, innerhalb dessen ein Rückforderungsrecht ausgeübt werden muss. Läuft die Ausübungsfrist ab, ist die Rückforderung für diesen Fall ausgeschlossen.

Bei Grundstücken hat eine solche Regelung auch noch den Vorteil, dass diese als Anspruch auf Rückübertragung durch eine Vormerkung im Grundbuch abgesichert werden kann und sollte. Dadurch ist sichergestellt, dass niemand Eigentümer werden kann, ohne dass der Schenker dies erfährt und überlegen kann, ob er zurückfordern will oder nicht.

Oben sind nur einige Rückforderungsfälle angegeben, es kann jedoch nahezu jeder Grund für eine Rückforderung vereinbart werden, der für den Schenker wichtig ist.

Um künftige Streitigkeiten bei einer Rückabwicklung des Vertrags zu vermeiden, sollte auch die Rückabwicklung gestaltet werden. Das gilt insbesondere für Erstattungen von Investitionen. Hier bietet sich an, Investitionen nur dann zu erstatten, wenn diese sich auch tatsächlich im Zeitpunkt der Rückforderung noch als Wertsteigerung für die Immobilie niederschlagen. Dadurch wird vermieden, dass Luxusaufwendungen, die keine Wertsteigerung besitzen, nicht auch noch vom Schenker erstattet werden müssen, der diese Aufwendungen nie selbst auf sich genommen hätte.

Ist die Schenkung Teil einer Erbregelung, sollte auch geregelt werden, ob andere Erben, die gar nichts oder weniger erhalten, einen Ausgleich bekommen. Sonst kann es im Todesfall unangenehme Überraschungen geben, wenn pflichtteilsberechtigten Erben übergegangen worden sind. Soll eine lebzeitige Ausgleichsregelung erfolgen, ist zu beachten, dass der Ausgleich an den anderen Erben in die Steuerklasse II mit einem Freibetrag von 20.000,00 € und einem Eingangssteuersatz von 15 % fällt, wenn dieser Ausgleich von dem Beschenkten gezahlt werden soll. Deswegen wird hier die Schenkung teilentgeltlich gestaltet, d. h. in Höhe der Ausgleichszahlung an weichende Erben wird ein Kaufpreis vereinbart und an den Schenker ausbezahlt. Dieser schenkt dann diesen Betrag an die weichenden Erben, bei Kindern mit dem Steuerfreibetrag von 400.000,00 € und einem Eingangssteuersatz von 7 %.



Michael Weber-Blank, NLP M.

## **Der Entwurf des neuen Verbandssanktionengesetzes – warum sich Unternehmen zukünftig selbst überwachen sollen und wie sie zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft werden**

### **Einführung**

Die Diskussion ist seit Jahren im Gang. Immer wieder wird die Frage aufgeworfen, ob man nicht in Deutschland eine Bestrafung von Unternehmen einführen sollte. Aktuell können in Deutschland nur natürliche Personen bestraft werden. Eine Strafbarkeit von Unternehmen gibt es bisher in Deutschland nicht. Denklogisch ist es schließlich ausgeschlossen, ein Unternehmen ins Gefängnis zu schicken, es bleibt also nur eine Sanktionierung mit Geldstrafen oder -bußen. Die gab es bisher auch schon. Nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG) konnten Geldbußen bis zu 10 Mio. € verhängt werden. Außerdem steht es im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, ob sie tätig werden wollen oder nicht. In Anbetracht der letzten Skandale, wie die Schmiergeldzahlungen bei Siemens, der Dieselskandal in der Automobilbranche, der Cum-Ex-Affäre und einiger weiterer Fälle, in denen Konzerne eine bedeutende Rolle spielten, wurde der Ruf nach einer Sanktionierung (auch) des Unternehmens immer lauter.

### **Das Verbandssanktionengesetz (VerSanG)**

Mit Datum vom 21. Oktober 2020 hat die Bundesregierung nun den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (BT DS 19/23568) vorgelegt, der wiederum den Entwurf des Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG) beinhaltet. Der Entwurf besteht aus sieben Teilen und beinhaltet 68 Paragraphen, in denen zukünftig die Ahndung von Verbandsstraftaten geregelt ist. Das OwiG und auch das materielle Strafrecht bleiben daneben weiterhin anwendbar. Strukturell ist das Gesetz dem OwiG ähnlich, es definiert keine Verstöße sondern setzt diese voraus und bestimmt die Rechtsfolgen für Unternehmen. Es soll 2023 in Kraft treten.

### **Verband und Verbandstat**

Zentrale Begriffe sind der Verband und die Verbandstat. Der neu eingeführte Begriff des Verbandes in § 1 VerSanG-E erfasst alle juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften. Nicht erfasst sind die gemeinnützigen Unternehmen, sie werden ggf., wie früher, nach dem OwiG bebußt. Nach § 3 Abs. 1 VerSanG-E wird gegen einen Verband eine Verbandsstrafe verhängt, wenn eine Verbandstat begangen wurde von einer der Leitungspersonen des Verbandes oder von sonstigen Personen des Unternehmens, wenn sie Angelegenheiten des Verbandes wahrnehmen und die Straftat durch angemessene Vorkehrungen hätte verhindert oder wesentlich erschwert werden können. Hier ist nun der Bezug zu möglichem Fehlverhalten von Leitungspersonen hergestellt worden. Dieses Fehlverhalten muss eine Straftat sein, durch die Pflichten, die den Verband betreffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert wurde bzw. werden sollte. Letztlich führt das VerSanG vereinfacht ausgedrückt nicht weniger ein, als die Haftung des Unternehmens für Straftaten seiner Leitungskräfte.

### **Legalitätsprinzip**

Eine der zentralen Forderungen war immer wieder, dass die Straf-

verfolgungsbehörden eine Pflicht zur Ermittlung haben müssten und nicht nur ein Ermessen, wie es bisher im OwiG geregelt ist. Das ist nun in § 3 VerSanG-E geregelt. Nun gilt das Legalitätsprinzip, was bedeutet, dass die zuständigen Behörden bei einem Anfangsverdacht gemäß § 152 StPO ermitteln müssen. Zwar sind in den §§ 35 – 42 VerSanG-E Einstellungsmöglichkeiten ähnlich der §§ 153, 153 a StPO vorgesehen. Diese greifen aber eben erst nach der Einleitung des Verfahrens mit all seinen Unwägbarkeiten. Die ohnehin schon überlastete Justiz wird aufgrund des Legalitätsprinzips und der damit einhergehenden niedrigen Verdachtsschwelle mit sinnlosen Verfahren beschäftigt werden, die für weiteren Bearbeitungsrückstand sorgen werden, ohne dass ein Bedürfnis für die Durchführung solcher Verfahren rechtsstaatlich erkennbar wäre.

### **Die Sanktionshöhe steigt erheblich**

Ein weiterer Kritikpunkt zu der Regelung im OwiG war, dass mit einer maximalen Bebußung von 10 Mio. € multinationale Konzerne kaum ausreichend sanktioniert werden könnten. Auch das ist nun geändert worden. Für alle Unternehmen von einem Konzernumsatz bis zu 100 Mio. € bleibt es bei den Beträgen, die das OwiG vorsieht. Für Unternehmen mit einem Konzernumsatz von mehr als 100 Mio. € beträgt die Höchstgrenze zukünftig 10 % bei Vorsatztaten und 5 % des Jahresumsatzes bei Fahrlässigkeit, § 9 Abs. 2 VerSanG-E. Damit ist es nun möglich, große und vor allem multinationale Konzerne erheblich höher zu sanktionieren, als es nach dem OwiG möglich war.

### **Compliance-Maßnahmen werden zukünftig an Bedeutung gewinnen**

Schon im Gesetzgebungsverfahren wird das Ziel dargestellt, Compliance-Strukturen zu fördern. Im VerSanG-E selbst findet sich in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nur verklausuliert der Hinweis, dass eine Sanktionierung stattfindet, wenn interne Sicherungsmaßnahmen die Tat hätten verhindern können. Der Umkehrschluss bedeutet wohl, dass bei vorhandenem Sicherungssystem von einer Sanktion abgesehen werden kann. Es wird jedoch nicht definiert, was für Sicherungsmaßnahmen genügen würden. Es ist das erste Mal, dass der Gesetzgeber überhaupt die Bedeutung von Complyancesystemen in Zusammenhang mit einem Strafgesetz erörtert. Da wäre es natürlich wünschenswert gewesen, eine etwas genauere Definition von Sicherungsmaßnahmen in das Gesetz aufzunehmen.

### **Der Verband kann zur Strafmilderung eigene interne Ermittlungen anstellen**

In § 17 VerSanG-E ist eine Regelung enthalten, die es dem Verband ermöglicht, Einfluss auf die Sanktionierung zu nehmen. Danach kann die Sanktion abgemildert werden, wenn der Verband selbst interne Ermittlungen anstellt. In der Ausgestaltung ist diese Regelung sehr fragwürdig. Die Ermittlungen dürfen nämlich nicht durch die Verteidiger erfolgen, sondern müssen von einer anderen Person durchgeführt werden! Diese Regelung dürfte für KMU-Betriebe schon finanziell nicht tragbar sein. In den kritischen Stellungnahmen aller Verbände zu dieser Regelung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass damit wohl allen Strafverteidigern, die ebenfalls Organe der Rechtspflege sind, generell eine Tendenz zur Strafvereitelung unterstellt wird. Denn ausgerechnet die Verteidiger, die am dichtesten an den Betroffenen dran sind, werden ausgeschlossen, die Ermittlungen zu führen. Ungeklärt ist auch, wann der Verband wesentlich dazu beigetragen hat, das

die Taten aufgeklärt werden, so wie es § 17 Abs. 1 Nr. VerSanG-E verlangt. Weiter wird in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E verlangt, dass der Verband ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Strafverfolgungsbehörde zusammenarbeitet. Wann das der Fall ist, dürfte vorhersehbar zwischen dem Verband und den Strafverfolgungsbehörden streitig werden. In § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E wird außerdem verlangt, dass das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller für die verbandsinterne Untersuchung wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht, sowie des Abschlussberichts zur Verfügung gestellt wird. Alles in allem bricht § 17 VerSanG-E mit wesentlichen strafprozessualen Schutzrechten der StPO. Durch die Regelung werden insbesondere Beschuldigtenrechte wie das Zeugnisverweigerungsrecht oder das Recht sich nicht selbst belasten zu müssen, in rechtsstaatlich bedenklicher Weise umgangen. Die Tatsache, dass der Verband ja selbst entscheiden kann, ob er diese Möglichkeiten wahrnimmt, rechtfertigt eine derartige Umgehung nicht. Ihm wird durch diese Regelung der Status eines Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft aufgezwungen.

#### **Zusätzliche Stigmatisierung durch Veröffentlichung im Internet und Verbandssanktionenregister**

Neben den Sanktionen durch Geldbußen sieht § 14 VerSanG-E bei einer großen Zahl von Geschädigten vor, dass die Verurteilung öffentlich bekannt gemacht werden muss. Das Gericht soll sogar anordnen können, dass diese Verurteilung im Internet veröffentlicht werden muss! Der Rufschaden dürfte kaum zu beziffern sein und die weitere Regelung, dass eine solche Veröffentlichung im Internet aber nach einem Jahr gelöscht werden muss, grenzt an Realsatire. Zudem sieht der Gesetzesentwurf in §§ 54 – 66 VerSanG-E die Einrichtung eines Verbandssanktionenregisters vor, in das die rechtskräftigen Entscheidungen über die Verhängung von Verbandssanktionen nach dem VerSanG-E sowie Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG eintragen werden sollen.

#### **Fazit**

Das neue Unternehmensstrafrecht in Gestalt des VerSanG ist rechtsstaatlich an vielen Stellen zweifelhaft. Dennoch besteht keine große Hoffnung, dass es wieder scheitern wird, wie seine Vorgänger. Dazu ist der Gesetzgebungsprozess zu weit fortgeschritten. Die durchaus wünschenswerte Idee, in Verbänden Compliance-Systeme zu fördern und Aufklärung zu honorieren, ist ungenügend umgesetzt. Dafür sind zentrale Rechte wie Zeugnisverweigerung, Beschlagnahmeverbote, Arbeitnehmerrechte ausgehöhlt und sogar der Ruf von Strafverteidigern massiv beschädigt worden. Das hier den Strafverfolgungsbehörden an die Hand gegebene Erpressungspotential wird – ebenso wie wir es vom Kartellrecht schon kennen – die Tätigkeit von Staatsanwaltschaften deutlich hin zu einer Einnahmenmaximierung und weg von rechtsstaatlicher Aufklärung beeinflussen. Zukünftig wird es immer weniger darauf ankommen, wer tatsächlich verantwortlich ist, sondern nur noch darum gehen, wie viel Geld eingetrieben wurde. Das mit dem Gesetz vielleicht auch die Förderung von Compliance-Systemen gefördert wird, tritt weitgehend in den Hintergrund. Dennoch kann den betroffenen Verbänden nur geraten werden, die Zeit bis 2023 zu nutzen, um ihre Compliance-Abteilung zu verbessern oder – falls sie noch gar keine haben – aufzubauen. Ab 2023 wird's dann wohl ernst, Compliance ist endgültig im Strafrecht angekommen.

Dr. Anne-Louise Schümer

#### **Beweismittel aus der Anlagenüberwachung – verwertbar oder nicht ?**

Die umweltrechtlichen Vorschriften gestatten den zuständigen Überwachungsbehörden umfassende Kontrollbefugnisse auch in Form von Zutrittsrechten zu Betriebsgrundstücken sowie Einsicht in Betriebsunterlagen (z. B. § 47 KrWG, § 52 BImSchG und § 101 WHG).

Werden diese Erkenntnisse aus der Anlagenüberwachung während eines laufenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens gewonnen, stellt sich die Frage, ob sie überhaupt verwertbar sind, sprich als Beweismittel dienen können.

Für die Beantwortung dieser Fragestellung dürfte zwischen der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Zulässigkeit einerseits und der öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit andererseits zu differenzieren sein.

#### **I. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Zulässigkeit**

Aus rein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht kann das Betreten des Betriebsgeländes durch Behördenmitarbeiter zum Zwecke der Anlagenüberwachung eine Durchsuchung darstellen.

Eine solche liegt nämlich vor, wenn staatliche Organe Räumlichkeiten, Gegenstände oder Personen durchsuchen, um einen Tatverdächtigen zu ergreifen oder Beweismittel zu sichern.

Durchsuchungen sind zwar grundsätzlich auch in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren möglich, sie unterliegen hier allerdings strengeren Anforderungen als im Strafverfahren und sind nur ausnahmsweise zulässig.

Eine Durchsuchung kann allerdings – auch im Ordnungswidrigkeitenrecht – nur auf der Grundlage eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses erfolgen; ausnahmsweise kann die zuständige Verwaltungsbehörde bei einer Gefahr im Verzug auch ohne eine richterliche Anordnung durchsuchen.

Fehlt ein solcher Durchsuchungsbeschluss oder die behördliche Begründung einer Gefahr im Verzug, wurden die Beweismittel in unzulässiger Weise erhoben und man kann die Rechtsauffassung vertreten, dass diese Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

#### **II. Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Anlagenüberwachung**

Davon zu trennen ist allerdings die eingangs aufgeworfene Fragestellung, wie die auf der Grundlage der umweltrechtlichen Vorschriften im Rahmen von behördlichen Kontrollen gewonnen Erkenntnisse im Ordnungswidrigkeitenverfahren rechtlich zu behandeln sind.

Die beispielhaft genannten Vorschriften § 47 KrWG, § 52 BImSchG und § 101 WHG enthalten zumindest eine Beschränkung des Inhalts, dass die Auskunftspflicht während eines anhängigen Ordnungswidrigkeitenverfahrens entfällt.

Das Zutrittsrecht und das Recht zur Sichtung von betriebsinternen Unterlagen hat die Überwachungsbehörde aber weiterhin.

Die Fragestellung, ob die durch die Behörde auf diesem (zulässigen) Weg gewonnen Erkenntnisse als Beweismittel in dem Ordnungswidrigkeitenverfahren verwertet werden dürfen, ist bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erschöpfend beantwortet worden.

Es lässt sich zumindest gut begründen, dass die Verwertbarkeit dieser behördlichen Erkenntnisse im Widerspruch zu dem Grundsatz steht, sich nicht selbst belasten zu müssen und daher einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Dr. Mario Bergmann, LL.M.

### **Scheinselbständigkeit: BGH vollzieht Kehrtwende bei der Frage der strafrechtlichen Verjährung**

Stellt sich ein Auftragsverhältnis im Rahmen einer Prüfung der Deutschen Rentenversicherung, des Hauptzollamts oder Finanzamts im Nachhinein als Arbeitsverhältnis heraus, erhebt die Staatsanwaltschaft regelmäßig den Vorwurf der Scheinselbständigkeit. Fälle dieser Art beschäftigen zunehmend die Gerichte. In den vergangenen Jahren leiteten die Strafverfolgungsbehörden lt. Polizeilicher Kriminalstatistik durchschnittlich rd. 10.000 Verfahren allein unter diesem Vorwurf ein. Mit der Scheinselbständigkeit geht einher, dass der Auftraggeber infolge der unzutreffenden Bewertung des Vertragsverhältnisses keine Sozialversicherungsbeiträge an die zuständigen Krankenkassen abgeführt hat. Bislang konnten die Strafverfolgungsbehörden dabei bis zu 35 Jahre zurück entsprechende Verfehlungen verfolgen und sanktionieren, bedingt durch eine Besonderheit im deutschen Straf- und Sozialversicherungsrecht:

Führt der Unternehmer keine Sozialversicherungsbeiträge ab, unterlässt er damit die vom Gesetz geforderte Handlung. Bei vorsätzlichem Verhalten sieht das Sozialversicherungsrecht eine 30-jährige Verjährungsfrist für die Nachforderung der Beiträge vor. Handelt der Unternehmer vorsätzlich, ist er somit 30 Jahre lang nicht von der sozialversicherungsrechtlichen Handlungspflicht, d. h. der Nachzahlung, befreit.

Da das deutsche Recht das Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge direkt unter Strafe stellt, handelt es sich um ein sog. echtes Unterlassungsdelikt. Bei solchen Unterlassungstaten beginnt die strafrechtliche Verjährung erst dann, wenn die Handlungspflicht erloschen ist. Die Handlungspflicht erlischt, wenn sie z. B. erfüllt ist oder der daraus Begünstigte, d. h. in diesem Fall die Deutsche Rentenversicherung und die Krankenkassen als Einzugsstellen der Beiträge, die Nachzahlung nicht mehr verlangen können.

Da Letztere bei Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge max. 30 Jahre lang die Nachforderungen festsetzen können, begann nach der bisherigen Rechtsprechung der Strafsenate des BGH spätestens dann die (5-jährige) strafrechtliche Verjährungsfrist.

Diese Ungleichbehandlung – im Vergleich: der Totschlag verjährt nach deutschem Recht nach 20 Jahren – war jahrzehntelang durch die obersten Gerichte akzeptiert.

Erst das Urteil einer (kleinen) Wirtschaftsstrafkammer aus Süddeutschland brachte Bewegung in diese Praxis, zeigte die

Entscheidung doch sehr eindrucksvoll die Schwächen der bisherigen Rechtsprechung der obersten deutschen Strafgerichte auf.

Der 1. Strafsenat des BGH nahm sich der Frage Ende 2019 an, erklärte nach Prüfung, seine eigene Rechtsprechung ändern zu wollen und legte den anderen Strafsenaten den Sachverhalt zur Entscheidung vor. Er zog dabei eine Parallele zur Lohnsteuerhinterziehung, die bei Nichtabgabe der erforderlichen Steuererklärung ebenfalls als echtes Unterlassungsdelikt ausgestaltet sei, bei der die strafrechtliche Verjährung aber bereits mit Ablauf der Frist zur Abgabe der Lohnsteueranmeldungen am 10. Kalendertag des Folgemonats beginne.

Der überzeugenden Argumentation des 1. Senats haben sich im Laufe des Jahres 2020 alle anderen entscheidenden Strafsenate angeschlossen.

Im Sinne einer wahren Kehrtwende gilt daher nunmehr:

Bei vorsätzlicher Scheinselbständigkeit nach § 266a StGB beginnt bereits mit Ablauf des drittletzten Arbeitstages die strafrechtliche Verjährungsfrist für diesen Monat.

In allen laufenden Verfahren ist nunmehr eine eingehende Überprüfung erforderlich, ob insgesamt oder zumindest bezogen auf einen Teil der vorgeworfenen Taten der Einwand der Verjährung erhoben werden kann.

Jaqueline Maria Bohrßen

### **Die Selbstanzeige nach § 371 AO – Achtung: Stolpersteine lauern bei den Ausschlussgründen**

Dass eine Selbstanzeige kein Selbstläufer ist und einer sehr umfassenden Prüfung bedarf, dürfte spätestens seit dem Fall Hoeneß bekannt sein. Dieser hatte leider eine nur unzureichende Selbstanzeige abgegeben und Steuern in einem Ausmaß von rund 28,5 Mio. Euro hinterzogen – die Folge: Keine Strafbefreiung und eine Verurteilung zu einer (vergleichsweise sogar noch milden) Gefängnisstrafe von gut dreieinhalb Jahren.

Dabei wird dem „Steuerhinterzieher“ mit den Regelungen zur Selbstanzeige eine Art goldene Brücke gebaut und – wenn man es richtig anstellt – Straffreiheit gewährt. Ein solcher Weg birgt zum Teil jedoch unerwartete Stolpersteine. Ein besonderes Augenmerk sollte man insoweit (auch) auf die Ausschlussgründe legen.

#### **Die Ausschlussgründe**

Straffreiheit tritt insoweit unter anderem nicht ein, wenn:

eine Prüfungsanordnung oder

Einleitung des Straf- oder Bußgeldverfahrens bekannt gegeben worden ist.

Mit dem hier zuerst benannten Fall kann die Selbstanzeige daher bereits bei einer rein steuerlichen Prüfung ausgeschlossen sein, wohingegen im zweiten Fall ein straf- oder bußgeldrechtliches Verfahren zugrunde liegt. In Bezug auf die Frage, wer sich hierdurch konkret angesprochen fühlen muss, ist die Antwort nicht ganz so einfach.

**Ausschlussgrund: Bekanntgabe einer Außenprüfung – tatsächliche Kenntnis des anzeigenden Beteiligten nicht zwingend**

Zumindest in Bezug auf den Sperrgrund der Außenprüfung ist man sich überwiegend einig, dass dieser auch für die Tatbeteiligten gilt, denen die Außenprüfung nicht bekannt gegeben wurde, solange die Bekanntgabe gegenüber einem Tatbeteiligten erfolgte. Beispiel: Dem Steuerhinterzieher wird die Anordnung einer Außenprüfung bekannt gegeben – der Ausschlussgrund greift, es ist keine wirksame Selbstanzeige (mehr) möglich. Gleiches gilt für die Person, die den Steuerhinterzieher unterstützt hat, auch wenn dieser gegenüber keine Bekanntgabe erfolgte.

Man fragt sich nun zu Recht: Gilt Gleiches für den Sperrgrund des Straf-/Bußgeldverfahrens?

**Ausschlussgrund: Bekanntgabe der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens**

Die Literatur scheint – soweit sie sich dazu äußert – einer Meinung zu sein und sagt: Nein, der Ausschlussgrund greift nur gegenüber der Person, welcher die Verfahrenseinleitung gegenüber bekannt gegeben wurde. Zieht man nochmal obiges Beispiel heran, würde hieraus Folgendes resultieren: Dem Steuerhinterzieher wird die Anordnung einer Außenprüfung bekannt gegeben – der Ausschlussgrund greift, es ist keine wirksame Selbstanzeige (mehr) möglich. Anderes gilt für die Person, die den Steuerhinterzieher unterstützt hat – eine Selbstanzeige ist hiernach weiterhin wirksam möglich.

Beachtlich ist, dass der Gesetzeswortlaut für den Ausschlussgrund der Bekanntgabe der Außenprüfung mit den Worten „dem an der Tat Beteiligten“ exakt jenem gleicht, welcher für die Variante der Bekanntgabe des Straf- oder Bußgeldverfahrens gewählt wurde – trotzdem scheint man sich in der Literatur mehr an einer weiten Auslegung des Ausschlussgrundes des Straf-/Bußgeldverfahrens zu stören und richtet sich offen gegen die Gesetzesbegründung.

Der Gesetzesbegründung nach werden diese gleichen Wortlaute auch gleichbehandelt. Hiernach wurde gewollt auch etwa die Selbstanzeige für den Gehilfen ausgeschlossen, wenn die

Einleitung des Straf- oder Bußgeldverfahrens dem Täter bereits bekannt gegeben wurde:

*„Durch das Ersetzen des bisherigen Begriffs des „Täters“ durch den Begriff des „an der Tat Beteiligten“ erstreckt sich zukünftig die Sperrwirkung der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens auch auf Anstifter und Gehilfen. Nach dem Wortlaut der bisherigen Vorschrift galt die Sperrwirkung bislang nur für den Täter oder seinen Vertreter. Zukünftig kann ein Gehilfe der Steuerhinterziehung keine Selbstanzeige mehr abgeben, wenn die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens dem Täter bekannt gegeben worden ist.“* (BT-Drucks. 431/14, S. 11)

Natürlich stellt dies Tatbeteiligte zum Teil vor eine schwierige Aufgabe. Entscheidet man sich dazu, eine Selbstanzeige abzugeben, müsste man – um sicherzugehen, dass kein Ausschlussgrund vorliegt – erst bei allen anderen potentiell Tatbeteiligten anfragen, ob diesen bereits die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens bekannt gegeben wurde. Dieses Problem ist indes nicht neu. Im Rahmen des Anfang der 2000er Jahre zeitweise geltenden Strafbefreiungserklärungsgesetzes wurde dies zum Anlass genommen, um den auch hier normierten Ausschlussgrund der Bekanntgabe des Straf- oder Bußgeldverfahrens um ein kognitives Element einzuschränken – neben der Bekanntgabe gegenüber einem Tatbeteiligten wurde hiernach vorausgesetzt, dass der Erklärende dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste.

In der Abgabenordnung findet sich eine solche Einschränkung indes nicht. All dies spricht dafür, dass man sich bewusst gegen eine Einschränkung des Ausschlussgrundes entschieden hat und eine weite Auslegung gewollt war.

Sollte man sich daher als Mittäter oder Teilnehmer – in dem Bewusstsein der Bekanntgabe eines Strafverfahrens gegenüber einem weiteren Beteiligten – für eine Selbstanzeige entscheiden, so muss einem bewusst sein, dass vieles für die Unwirksamkeit dieser Selbstanzeige spricht und der gewünschte Erfolg der Straffreiheit wohl nicht erzielt werden wird.





**Hartmut Sandering**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Erbrecht  
hartmut.sandering@brandi.net



**Dr. Anne-Louise Schümer**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Strafrecht  
anne-louise.schuemer@brandi.net



**Franz Pieper**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Minden  
Fachanwalt für Erbrecht  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
franz.pieper@brandi.net



**Dr. Mario Bergmann, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht  
Magister des Wirtschaftsstrafrechts  
mario.bergmann@brandi.net



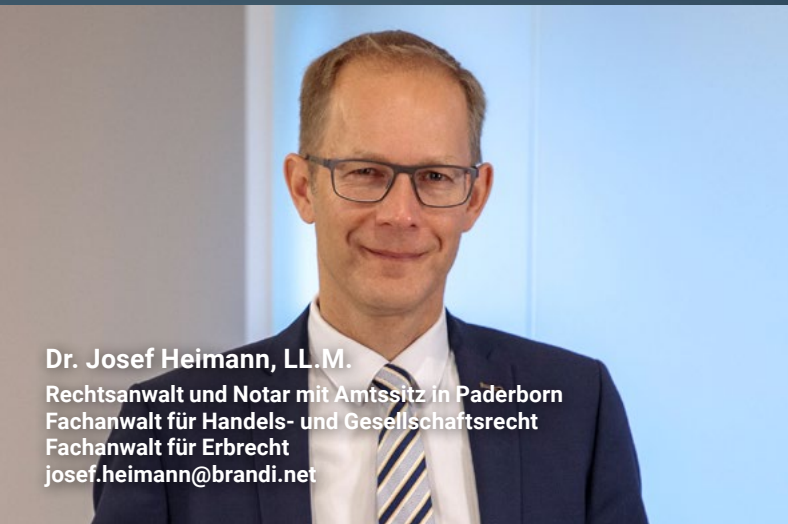
**Dr. Daniel Kollmeyer**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh  
Fachanwalt für Erbrecht  
daniel.kollmeyer@brandi.net



**Dr. Gert Müller-Baumgarten**  
Rechtsanwalt und Notar a. D.  
Fachanwalt für Erbrecht  
gert.mueller-baumgarten@brandi.net



**Dr. Steffen Kurth, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Erbrecht  
steffen.kurth@brandi.net



**Dr. Josef Heimann, LL.M.**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Paderborn  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Erbrecht  
josef.heimann@brandi.net



**Jaqueline Maria Bohrßen**  
Rechtsanwältin  
jaqueline.bohrssen@brandi.net



**Michael Weber-Blank, NLPM.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Strafrecht  
Zertifizierter Compliance Officer  
Wirtschaftsmediator (DAA)  
michael.weber-blank@brandi.net



**Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
sebastian.huck@brandi.net



**Dr. Jörg König**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Wirtschaftsmediator (Universität Bielefeld)  
joerg.koenig@brandi.net



**Simon Schmollmann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
simon.schmollmann@brandi.net



**Timo Stallmann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
timo.stallmann@brandi.net

**Bielefeld**

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
T +49 521 96535 - 0  
F +49 521 96535 - 99  
E [bielefeld@brandi.net](mailto:bielefeld@brandi.net)

**Detmold**

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
T +49 5231 9857 - 0  
F +49 5231 9857 - 50  
E [detmold@brandi.net](mailto:detmold@brandi.net)

**Gütersloh**

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
T +49 5241 5358 - 0  
F +49 5241 5358 - 40  
E [guetersloh@brandi.net](mailto:guetersloh@brandi.net)

**Paderborn**

Rathenaustraße 96  
33102 Paderborn  
T +49 5251 7735 - 0  
F +49 5251 7735 - 99  
E [paderborn@brandi.net](mailto:paderborn@brandi.net)

**Minden**

Königswall 47-49  
32423 Minden  
T +49 571 83706 - 0  
F +49 571 83706 - 66  
E [minden@brandi.net](mailto:minden@brandi.net)

**Hannover**

Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
T +49 511 899379 - 0  
F +49 511 899379 - 77  
E [hannover@brandi.net](mailto:hannover@brandi.net)

**Paris**

70, boulevard de Courcelles  
F-75017 Paris  
T +33 1 42 66 89 00  
F +33 1 42 66 89 01  
E [info@wenner.eu](mailto:info@wenner.eu)

**Beijing**

Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Choayang  
Beijing (Peking) 100026  
T +86 10 65 89 06 99  
F +86 10 58 13 77 88  
E [peking@brandi.net](mailto:peking@brandi.net)

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion ([patrizia.ferrara@brandi.net](mailto:patrizia.ferrara@brandi.net)) gern zur Verfügung.