

## Herausgeber

Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar  
Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Notar  
Prof. Dr. Detlev Piltz, Rechtsanwalt/  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar

Dr. Gerhard Schlichting, Richter am BGH  
Dr. Reinhard Geck, Rechtsanwalt/  
Notar/Steuerberater  
Hermann-Ulrich Viskorf,  
Vizepräsident des BFH

## ZEV 2/2008

15. Jahrgang 2008  
14. Februar 2008  
Seite 53 – 104

Mitbegründer: Prof. Dr. Jürgen Damrau, Rechtsanwalt; Prof. Dr. Jens Peter Meincke, Köln

Beirat: Prof. Dr. Günter Brambring, Notar, Köln; Prof. Dr. Georg Crezelius, Bamberg; Wolfgang Edenhofer, PräsAG a. D. München; Prof. Dr. Wulf Goette, Vors. RiBGH, Ettlingen; Dr. Hellmut Götz, RA/FAStR/StB, Freiburg; Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Regensburg; Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln; Prof. Dr. Ulrich Haas, Mainz; Dr. Frank Hannes, RA/FAStR/StB, Bonn; Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Bingen am Rhein; Dr. Hans Klingelhöffer, RA beim BGH, Ettlingen; Bernhard Klinger, RA/FAErbR, München; Dr. Hans-Hermann Klumpp, RA/FAStR, Karlsruhe; Dr. Joachim Kummer, RA beim BGH, Ettlingen; Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Leipold, Freiburg; Dr. Peter Limmer, Notar, Würzburg; Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, Tübingen; Prof. Dr. Dieter Mayer, Notar, München; Dr. Jörg Mayer, Notar, Simbach am Inn; Dr. Norbert Mayer, Notar, Regensburg; Dr. Michael Messner, RA/FAStR, Hannover; Prof. Dr. Katheinz Muscheler, Bochum; Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Passau; Dr. Christian von Oertzen, RA/FAStR, Frankfurt a. M.; Dr. Wolfgang Onderka, RA/FAStR/StB, Bonn; Prof. Dr. Gerhard Otte, Bielefeld; Dr. Wolfgang Riering, Deutsches Notarinstitut, Würzburg; Gerhard Ruby, RA/FAErbR, Villingen-Schwenningen; Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Dr. Stephan Scherer, RA/FAErbR, Mannheim; Dr. Andreas Schindler, RA, Villingen-Schwenningen; Carola Seifried, StB, Nürnberg; Dr. Maximilian Werkmüller, LL.M., RA, Düsseldorf; Prof. Dr. Walter Zimmermann, Vizepräsident LG a.D., Passau

## Aufsätze

### Der neue italienische „Patto di famiglia“

Von Prof. Dr. Heinrich Dörner und Dr. Edoardo Ferrante\*

Mit dem „Patto di famiglia“ (Patto) hat der italienische Gesetzgeber vor kurzem ein völlig neuartiges Instrument der vorweggenommenen Erbfolge geschaffen. In der Sache handelt es sich dabei um ein Übertragungsgeschäft unter Lebenden, das untrennbar mit einschneidenden Rechtsfolgen *mortis causa* verknüpft ist. Sowohl die vertrags- wie auch die erbrechtlichen Regelungen des Rechtsinstituts werfen eine Reihe bislang ungelöster Fragen auf. Aus der Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts ist eine differenzierende Anknüpfung der einzelnen Vertragselemente angezeigt, wie der vorliegende Beitrag veranschaulicht.

#### 1. Die Art. 768-bis – 768-octies des italienischen Codice civile über den Patto di famiglia

##### 1.1 Entstehungsgeschichte und Ratio der Novelle

Am 16. 3. 2006 ist in Italien das Gesetz über den „Patto di famiglia“ (Familienvertrag) in Kraft getreten<sup>1</sup>. Durch Art. 2 dieses

Gesetzes wurde im 2. Buch (Erbrecht), Titel 4 (Teilung) des italienischen Codice civile (Cc) ein neuer Abschn. 5-bis mit dem Titel „Del patto di famiglia“ (Art. 768-bis – 768-octies Cc) eingefügt. Um die Novelle mit den bereits bestehenden Vorschriften des Erbrechts in Einklang zu bringen, hat der Gesetzgeber darüber hinaus in Art. 1 des Gesetzes das in Art. 458 Cc enthaltene *Verbot von Vereinbarungen über die Erbfolge* geändert. Der Regel, dass jede Vereinbarung nichtig ist, in der jemand über die eigene Erbfolge, und ebenso jede Rechtshandlung, mit der jemand über Rechte aus einer noch nicht eröffneten Erbschaft verfügt oder mit der er auf solche Rechte verzichtet, geht jetzt ein Hinweis auf die Ausnahmevorschriften über den Patto voraus. Ein Erblasser kann in Zukunft also unter bestimmten Voraussetzungen schon zu Lebzeiten Verfügungen über die eigene Erbfolge verbindlich vornehmen; damit wird der im romanischen Rechtskreis hoch gehaltene Grundsatz der Testierfreiheit eingeschränkt.

Nach jahrelanger Diskussion<sup>2</sup> hat der italienische Gesetzgeber mit dieser Reform in einem plötzlich beschleunigten Gesetzgebungsverfahren<sup>3</sup> den von der Europäischen Kommission<sup>4</sup> erhobenen Forderungen nach einer erleichterten erbrechtlichen Übertragung kleiner und mittlerer Unternehmen Rechnung ge-

\* Prof. Dr. Heinrich Dörner, Univ. Münster, Dr. Edoardo Ferrante, Univ. Turin. Abschn. 1 dieses Aufsatzes wurde von E. Ferrante verfasst, Abschn. 2 von H. Dörner. Im Kasten auf S. 55 schlagen die Autoren eine Übersetzung der neuen Vorschriften des italienischen Codice civile (Art. 798-bis – 798-octies) vor (vgl. auch die Übersetzung von Kindler, FamRZ 2007, 954, 961). E. Ferrante ist „Ricercatore di diritto privato“ an der Universität zu Turin (Italien) und hat seinen Beitrag im Rahmen eines Stipendiums des von der Europäischen Kommission finanziell unterstützten Forschungsnetzwerks „Uniform Terminology for European Private Law“ (TMR-Programms, Training and Mobility of Researchers) geschrieben. Partner des Netzwerks sind die Universitäten Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford, Turin und Warschau.

1 Legge 14.02.06 – Nr. 55, Modifiche al Codice civile in materia di patto di famiglia, Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana (G.U.) 01.03.06 – Nr. 50, Serie Gen. – Zur Darstellung des neuen Rechtsinstituts in deutscher Sprache vgl. Kindler, FamRZ 2007, 954; Castelli/Molinari, ZErB 2007, 367.

2 Vgl. vor allem die zahlreichen Beiträge in dem Sammelband: „La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio“ (1995); ferner Ieva, Riv. del notariato 2000, 800; Palazzo, in: Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Perlingieri (2003); ders., Autonomia contrattuale e successioni anomale (1983).

beverpflichtung dem italienischen Recht unterstellen (Art. 27 Abs. 1 EGBGB) und dann die Form des Art. 768-ter Cc durch notarielle Beurkundung in Deutschland ersetzen, da das italienische Recht die substituierende Errichtung eines *atto pubblico* durch deutsche Notare offenbar akzeptiert<sup>43</sup>. Ohne Rechtswahl gilt insoweit deutsches Recht (Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB). Für die erbrechtlichen Wirkungen des *Patto* verweisen die Art. 25 Abs. 1, 26 Abs. 5 analog EGBGB in diesem Fall auf italienisches

Recht, das die Verweisung annimmt (Art. 46 Abs. 1 ital. IPRG). Eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Wohnsitzrechts nach Maßgabe des Art. 46 Abs. 2 ital. IPRG (die dann aus deutscher Sicht nach Art. 4 Abs. 1 EGBGB zu einem *Renvoi* führt) müsste sich auf den gesamten Nachlass und könnte sich nicht allein auf das Betriebsvermögen beziehen. Sie könnte ihre Wirkungen auch nur dann entfalten, wenn der Unternehmer zum Zeitpunkt seines Todes seinen Wohnsitz noch in Deutschland hat, und ließe die Position der in Italien lebenden Pflichtteilsberechtigten unberührt (Art. 46 Abs. 2 Satz 2 und 3 ital. IPRG).

43 Vgl. Kindler, FamRZ 2007, 954, 960.

## Zuwendungen am Nachlass vorbei in Deutschland und der Schweiz

Von Mark Pawlytta und Patrick Schmutz\*

In der Praxis kann das Bedürfnis nach unentgeltlichen und diskreten Zuwendungen am Nachlass vorbei bestehen. Umgekehrt möchten z. B. pflichtteilsberechtigte Erben nach dem Tode des Erblassers wissen, ob der Erblasser Vermögen am Nachlass vorbeigesteuert hat. Nachfolgend werden in einem Rechtsvergleich einige Gestaltungen in Deutschland und der Schweiz skizziert, mit denen Vermögensgegenstände im Erbfall, aber am Nachlass vorbei, übertragen werden können.

### 1. Einleitung

Manchmal möchte der Erblasser aus ganz unterschiedlichen Gründen eine diskrete Zuwendung vornehmen, von der seine Nachwelt nichts erfahren soll. Das betrifft z. B. Zuwendungen an nicht-eheliche Kinder oder Zuwendungen eines Unternehmers, mit denen er sich bei engen Weggefährten dankbar und erkenntlich zeigen möchte. Ein Motiv kann auch eine Schenkung an die Geliebte sein. Diskretion ist dann auf erbrechtlichem Weg nicht leicht erreichbar. Zusätzlich wünscht der eine oder andere Erblasser eine separate Zuwendung, von der er sich ohne große Hürden wieder lösen kann. Nicht immer ist das Testamentsrecht flexibel, etwa im Falle eines gemeinschaftlichen Testaments mit Bindungswirkung. Wer schließlich im Falle eines Auslandsbezugs jemals im Rahmen einer Nachlassabwicklung versucht hat, bei einer ausländischen Bank auf ein Bankkonto oder Wertpapierdepot des Erblassers zuzugreifen, kennt die erbrechtsspezifischen Tücken, die z. B. aus strengen Nachweisanforderungen ausländischer Geldinstitute und ihrer Unkenntnis des für sie fremden deutschen Rechts resultieren. Demgegenüber liegt es naturgemäß im Interesse eines jeden Erben oder Pflichtteilsberechtigten, herauszufinden, ob der Erblasser möglicherweise Vermögen am Nachlass vorbeigeschleust hat. Hierfür ist es unerlässlich, die potenziellen Möglichkeiten des Erblassers zu kennen.

**Beispiel als Ausgangslage:** Der Schenker/Erblasser (E) ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland und möchte im Erbfall Vermögen übertragen, ohne dass es in den Nachlass fällt. E hat nichts dagegen, sich vom Vermögen bereits zu Lebzeiten zu trennen. Doch möchte er jederzeit von der Zuwendung Abstand nehmen können, ohne von einer Zustimmung anderer abhängig zu sein. Schließlich wünscht er nach Möglichkeit eine diskrete Zuwendung.

### 2. Anwendbares Erbrecht aus deutscher und schweizerischer Sicht

Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB findet hinsichtlich des Todes eines deutschen Erblassers deutsches Erbrecht Anwendung, da er die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt<sup>1</sup>. Die Schweiz stellt in Art. 91 Abs. 1 IPRG auf das Recht ab, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaats verweist. Lebt E wie im Beispiel beschrieben in Deutschland, kommt also nach beiden Rechtsordnungen deutsches Erbrecht zur Anwendung.

### 3. Gestaltungen in Deutschland

Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich auf einige Gestaltungen, mit denen aus Sicht des deutschen Rechts Vermögen am Nachlass vorbei gesteuert werden kann. So werden z. B. reine Vollmachtslösungen, gesellschaftsrechtliche Eintrittsklauseln und Gestaltungen im Zusammenhang mit der bewussten Herbeiführung von Nachlassspaltungen nicht erörtert, da sie häufig die Ziele der Ausgangslage verfehlen. Das gilt auch für Schenkungsversprechen auf den Todesfall, bei denen seit Inkrafttreten des BGB über die Frage des rechtzeitigen Vollzugs kreativ gerungen wird<sup>2</sup>.

#### 3.1 Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall

Regelmäßig kommen nur *Dreipersonenverhältnisse* in Betracht. Bei der schlichten Einschaltung von Boten oder Bevollmächtigten könnten die Erben die Übergabe allerdings blockieren. Deshalb sind Verträge zugunsten Dritter interessant. Der Erblasser vereinbart mit seinem Vertragspartner (der Versprechende), dass dieser eine Leistung an einen vom Erblasser (den Versprechensempfänger) genannten Dritten erbringt. Im Zweifel erwirbt der Dritte die versprochene Leistung *mit dem Tod des Erblassers*, wenn sie vereinbarungsgemäß nach dessen Tod erfolgen soll, § 331 Abs. 1 BGB. In diesem Fall gehört das Recht nicht zum Nachlass<sup>3</sup>.

##### 3.1.1 Lebensversicherungsverträge

Die Versicherungssumme aus einer Lebensversicherung fällt nicht in den Nachlass, wenn der Erblasser einen Bezugsberechtigten benannt hat. Wird das *Bezugsrecht des Dritten* unwiderruflich ausgestaltet, bewirkt dies aber gemäß § 13 Abs. 2a ALB einen

1 Vgl. von Oertzen/Pawlytta, in: Scherer, Münchn. Anwaltsdb. ErbR, 2. Aufl. 2007, § 33 Rn. 11.

2 Insbesondere seit dem „Bonifatius-Fall“, RG v. 28. 10. 1913, RGZ 83, 223; vgl. Musielak, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2004, § 2301 Rn. 16 ff. m. w. N.; kurze, aber präzise Darstellung bei Medicus, Bürgerl. Recht, 20. Aufl. 2004, § 16 Rn. 391 ff.; abl. im Falle einer Kontovollmacht z. B. BGH v. 23. 2. 1983, BGHZ 87, 19, 25 f.

3 BGH v. 29. 1. 1964, V ZR 209/61, BGHZ 41, 95, 96, NJW 1964, 1124; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Einf. v. § 328 Rn. 6.

\* Mark Pawlytta, RA, Sozietät Shearman & Sterling, Mannheim/Frankfurt a. M., und Patrick Schmutz, RA, Kanzlei Niederer Kraft u. Frey, Zürich.

sofortigen Rechtserwerb des Beschenkten<sup>4</sup>. Der Schenker kann sich dann nicht mehr von der Schenkung lösen, ohne dass der Dritte einen Vermögenswert erhält<sup>5</sup>. Um diese weitgehende Verpflichtung des Erblassers/Schenkers zu Lebzeiten zu vermeiden, sollte er die Bezugsberechtigung *widerruflich* ausgestalten und *den Beschenkten über die beabsichtigte Schenkung informieren bzw. ihn direkt mit einbeziehen*<sup>6</sup>. Die gemäß § 518 Abs. 1 BGB zunächst nichtige Schenkung wird mit dem Tod des Schenkers geheilt (vgl. § 518 Abs. 2 BGB)<sup>7</sup>.

Allerdings ist *Diskretion* im Falle der (deutschen) Lebensversicherung nicht sicher. Die Versicherung teilt dem für die Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt gemäß § 33 Abs. 3 ErbStG die Forderung des Begünstigten mit<sup>8</sup>. Der Erbe könnte versuchen, beim Erbschaftsteuerfinanzamt einen *Antrag auf Akteneinsicht* zu stellen. Die Finanzämter sind aber wegen § 30 AO verpflichtet, Unterlagen über Verträge zugunsten Dritter aus dem Teil der Akte zu entfernen, der dem Erben – wenn überhaupt – zwecks Einsicht zur Verfügung gestellt wird. Immerhin hat der Erbe aber einen *Auskunftsanspruch gegenüber der Versicherung*, solange das Versicherungsverhältnis noch nicht vollständig abgewickelt ist<sup>9</sup>.

### 3.1.2 Bankvereinbarungen

(1) Die Konstruktion eines Vertrags zugunsten Dritter könnte auch in *Überweisungs- oder Auszahlungsfällen* dafür sorgen, dass Vermögen im Erbfall am Nachlass vorbei fließt. Ein Widerruf einer solchen Schenkung im Zuwendungsverhältnis durch die Erben kann daran scheitern, dass der Erblasser bereits für sich einen *Widerrufsverzicht* vereinbarte<sup>10</sup> oder dem Beschenkten das Schenkungsangebot zukommen ließ bzw. den Beschenkten beteiligte<sup>11</sup>.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Konstruktion des *Selbstkontrahierens*, bei der der Schenker mit sich selbst als Vertreter des Begünstigten einen Schenkungsvertrag schließt. Der Begünstigte könnte den zunächst schwebend unwirksamen Schenkungsvertrag gemäß § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend genehmigen. Die Erben haben kein Widerrufsrecht, sondern könnten nur gemäß § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB den Beschenkten zur Erklärung über die Genehmigung auffordern<sup>12</sup>. Der Schenker kann das Schenkungsangebot auf jeden Fall aufschiebend auf seinen Tod befristen, so dass die §§ 116 ff. BGB ohne Einschränkung zur Anwendung kommen<sup>13</sup>. Die zur Wirksamkeit eines Schenkungsversprechens fehlende notarielle Beurkundung wird gemäß § 518 Abs. 2 BGB geheilt, wenn der Begünstigte den Anspruch gegen die Bank mit dem Tod des Schenkers erwirbt<sup>14</sup>.

Handelt es sich um eine deutsche Bank, kann der Erbe gemäß §§ 675, 666 BGB Informationen über Konten und Auszahlungen an Dritte erhalten<sup>15</sup>. Wenn der Erbe vom Bankkonto keine Kenntnis hat, müsste er entsprechende Anfragen starten. Spannend ist die Frage nach der Verpflichtung der Bank, *von sich aus* die Erben über Konten des Erblassers informieren zu müssen<sup>16</sup>. Deshalb könnte der Erblasser versuchen, mit der Bank das Recht auf Auskunft- und Rechenschaft gemäß § 666 BGB auszuschließen<sup>17</sup>. Schließlich hat die Bank gemäß § 33 Abs. 1 ErbStG die Pflicht, die bei ihr verwalteten Vermögensgegenstände und Kontoguthaben dem zuständigen *Erbschaftsteuerfinanzamt* zu melden<sup>18</sup>. Zwar ist das Finanzamt gemäß § 30 AO gehalten, keine Auskünfte über Verträge zugunsten Dritter zu erteilen. Banken sind jedoch – trotz fehlender Verpflichtung – geneigt, Abschriften der Meldung den Erben herauszugeben<sup>19</sup>. Musste der Erblasser auf die Erträge aus seinem Bankguthaben *Einkommensteuer* entrichten, besteht für Erben eine weitere Auskunftsquelle.

Mithin ist die Zuwendung am Nachlass vorbei bei Einschaltung von deutschen Banken möglich, wobei die Erben hiervon erfahren könnten<sup>20</sup>. Letzteres wird schwierig, wenn der Erblasser *ausländische Banken*, z. B. in Luxemburg, einbezieht<sup>21</sup>.

(2) Der Erblasser kann seiner Bank *treuhänderisch Wertpapiere* übertragen. Der *schuldrechtliche Rückübertragungsanspruch* gemäß §§ 667, 675 BGB wird im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter auf den *Beschenkten* übergeleitet<sup>22</sup>. Nach dem Tod des Erblassers hat der Beschenkte Anspruch auf (Rück-)Übertragung der Wertpapiere<sup>23</sup>. Eine Kündigung der Treuhandvereinbarung durch die Erben noch vor der Übertragung der Wertpapiere ist unschädlich. Der Übertragungsanspruch ist bereits im Todeszeitpunkt entstanden. Sicherheitshalber müsste der Begünstigte mit einbezogen werden; ggf. muss der Erblasser für die Schenkung einen Widerrufsverzicht erklären. Der Weg am Nachlass vorbei ist also eröffnet, doch stellt sich das Diskretionsproblem bei einer deutschen Bank nicht anders dar als in den zuvor erörterten Bankfällen.

(3) Die Möglichkeit, dass der Begünstigte ein *Schließfach* anmietet und mit Zustimmung der Bank zugunsten des Erblassers ein Untermietverhältnis vereinbart, das mit dem Tod des Erblassers endet, scheidet häufig daran, dass in Deutschland viele Banken solche Konstruktionen ablehnen bzw. für den Zugang des Untermieters zusätzlich eine Vollmacht verlangen. Wenn der Beschenkte als Inhaber des Schließfachs diese widerruft, hat der Erblasser keinen Zugriff mehr. Einfache Vollmachtslösungen können nicht verhindern, dass der Erbe im Todesfall Inhaber des Schließfachs wird. Übrigens muss eine deutsche Bank gemäß § 33 Abs. 1

4 Vgl. Eulberg/Ott-Eulberg/Halaczinsky, Die Lebensversicherung im Erb- und ErbStR, 2005, S. 67 Rn. 175.

5 BGH v. 17. 2. 1966, II ZR 286/63, BGHZ 45, 162, 167 f., NJW 1966, 1071; Im Fall der Kündigung ist der Beschenkte Inhaber des Rückkaufwerts, der nur eine andere Erscheinungsform des Rechts auf die Versicherungssumme ist.

6 Der Schenkungsvertrag kommt aufgrund schlüssigen Verhaltens gemäß § 151 Abs. 1 BGB zustande, vgl. BGH v. 19. 10. 1983, IVa ZR 71/82, NJW 1984, 480, 481.

7 BGH v. 26. 11. 2003, IV ZR 438/02, ZEV 2004, 118 m. Anm. Leipold, NJW 2004, 767, 768.

8 Vgl. Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 33 Rn. 30 ff.

9 Eulberg/Ott-Eulberg/Halaczinsky (Fn. 4), 2005, S. 142 Rn. 294.

10 Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch, ErbR u. Banken, 2000, S. 185 ff.; vgl. BGH v. 14. 7. 1976, WM 1976, 1130, 1131.

11 Lang, in: Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, 2002, § 22 Rn. 33, 41; Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 184 f.; vgl. OLG Düsseldorf v. 31. 5. 1996, 22 U 236/95, NJW-RR 1996, 1329; die Begünstigung des Beschenkten bleibt zu Lebzeiten dennoch jederzeit widerruflich.

12 Vgl. hierzu Bühler, NJW 1976, 1727, 1728; Gubitz, Vererben am Nachlass vorbei, Diss. 2005, S. 49 ff.; ders., ZEV 2006, 333, 336, Fn. 28, zur Kritik an dieser Konstruktion.

13 Vgl. BGH v. 12. 11. 1986, IVa ZR 77/85, BGHZ 99, 97, 100, NJW 1987, 840; Kollhoser, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2004, § 516 Rn. 55.

14 Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 181 f.; BGH v. 14. 7. 1976, WM 1976, 1130.

15 Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 201, 330; vgl. Werkmüller, in: Lange/Werkmüller, Der Erbfall in der Bankpraxis, 2002, § 14 Rn. 1; vgl. BGH v. 28. 2. 1989, XI ZR 91/88, NJW 1989, 1601.

16 Eine Verpflichtung im Erg. vern. Werkmüller (Fn. 15), § 14 Rn. 5; ders., ZEV 2001, 97, 99; Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 134.

17 Als unwirksam bzw. als widerrufbar ansehend Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 332.

18 Werkmüller, ZEV 2001, 340, 341; das soll auch bei Sparbüchern auf den Namen eines Dritten gelten, Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 195.

19 Werkmüller (Fn. 15), § 14 Rn. 5; vgl. auch Scherer, Der Vermögensübergang im Todesfall am Nachlass vorbei, Tagungsbeitrag der 10. ZEV-Jahrstagung 2006/2007, S. 21.

20 Die Anzeigepflicht gilt auch für Zweigniederlassungen inländischer Kreditinstitute, vgl. BFH v. 31. 5. 2006, II R 66/04, BStBl II 2007, 49, 50, ZEV 2007, 232 m. Anm. Werkmüller, DStR 2007, 2299.

21 Zu Meldepflichten der Banken in anderen Ländern s. Götzenberger, Diskrete Geldanlagen, 5. Aufl. 2007; zur Schweiz s. u. 4.

22 Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch (Fn. 10), S. 198, dort auch zum dreiseitigen Vertrag als Alternative, S. 197.

23 Gubitz (Fn. 12), S. 82 f.

ErbStG auch das Schließfach und dessen Versicherungswert (der Inhalt wird ihr regelmäßig unbekannt sein) dem Erbschaftsteuerfinanzamt mitteilen, vgl. § 1 Abs. 3 ErbStDV<sup>24</sup>. Die Zuwendung am Nachlass vorbei mit Hilfe von Schließfachern bei deutschen Banken ist möglich, allerdings ohne Diskretionsgarantie.

### 3.1.3 Treuhandvereinbarungen mit sonstigen Dritten

Der Erblasser kann einem Vertrauten im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter treuhänderisch Vermögen übertragen und vereinbaren, dass der Treuhänder nach dem Tod des Erblassers das Vermögen dem Begünstigten überträgt. Der Erblasser kann mit dem Treuhänder den *Ausschluss des § 666 BGB* vereinbaren<sup>25</sup>. Nach dem Tod des Erblassers übermittelt der Treuhänder das Schenkungsangebot dem Begünstigten. Durch den frühzeitigen Einbezug des Beschenkten oder durch einen Widerrufsverzicht kann die Schenkung vorab gesichert werden.

In der Literatur wird die *Sittenwidrigkeit des Ausschlusses des § 666 BGB mit Wirkung für die Erben* für möglich gehalten<sup>26</sup>. Wird durch die Schenkung kein Pflichtteilsanspruch geschmälert, liegt sicher keine Sittenwidrigkeit vor. Löst die Schenkung Pflichtteilsergänzungsansprüche aus und hält man eine Sittenwidrigkeit überhaupt für möglich, kommt es darauf an, ob der Erblasser ausschließlich in Benachteiligungsabsicht handelte oder ob er eigenständige Motive für seine Schenkung hatte. Ferner ist weder der Erblasser verpflichtet, Schenkungen zu dokumentieren, noch der Beschenkte (§ 2329 BGB) genötigt, von sich aus auf die Schenkung hinzuweisen. Und der Treuhänder? Sofern § 666 BGB wirksam ausgeschlossen ist, ist er nicht verpflichtet, die Erben zu informieren. Einer Auskunftspflicht aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB kann entgegen werden, dass der Treuhänder in Erfüllung seines ursprünglichen Auftrags handelt und gerade nicht die Erben informieren soll. Jedenfalls wenn er keine Anhaltspunkte hat, dass eine Pflichtteilsschmälerung vorliegt und/oder eine solche beabsichtigt war, ist er nicht zur Auskunft verpflichtet.

Im Übrigen ist zu beachten, dass neben Banken auch geschäftsmäßig tätige Rechtsanwälte, Vermögensverwalter oder Steuerberater nach § 33 Abs. 1 ErbStG zur *Auskunft gegenüber dem Finanzamt* verpflichtet sind. In Treuhandfällen stellt sich zudem die Frage, wer für laufende Erträge des verwalteten Vermögens die Einkommensteuer schuldet. Das dürfte regelmäßig der Schenker sein (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO). Insofern entsteht den Erben eine Auskunftsquelle.

## 3.2 Privatnützige Stiftungen

### 3.2.1 Inland

Der Stifter kann eine privatnützige Stiftung mit dem Zweck gründen, einen bestimmten Personenkreis, das könnte auch eine Person sein<sup>27</sup>, zu fördern und zu unterstützen. Wichtig ist nur, dass die Stiftung *keine Selbstzweckstiftung* ist, da eine Stiftung ausschließlich zur Verwaltung und Mehrung des eigenen Vermögens als unzulässig angesehen wird<sup>28</sup>. Die Stiftung kann dabei *zeitlich begrenzt* sein<sup>29</sup>. Der Stifter kann festlegen, ob und in welchem

Umfang das Vermögen der Stiftung zur Zweckverwirklichung in Anspruch genommen werden darf, und ob der Verbrauch des Stiftungsvermögens für den entsprechenden Zweck bis hin zur Auflösung in der Satzung erlaubt ist<sup>30</sup>. Mit einer solchen Stiftung gelangt das Vermögen nicht in den Nachlass und könnte *diskret* übergehen. Stiftungsorgane sollen etwa bei der Ersatzerbschaftsteuer von Familienstiftungen nicht anzeigepflichtig sein<sup>31</sup>.

Der Weg in diese Stiftung und wieder heraus (z. B. für den Fall, dass der Schenker von der Zuwendung doch wieder Abstand nehmen will) wird allerdings *teuer*. Der Übergang von Vermögen auf eine Stiftung, die als entferntest Begünstigten z. B. eine nicht mit dem Stifter nah verwandte Person vorsieht (vgl. § 15 Abs. 2 ErbStG), ist schenkungsteuerpflichtig und unterliegt der StKl. III<sup>32</sup>. Die Zuwendungen aus der Stiftung selbst sind einkommensteuerpflichtig, § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG<sup>33</sup>. Neben den erheblichen fiskalischen Nachteilen ist die Stiftung Inhaberin des Vermögens, was Mandanten häufig unterschätzen.

### 3.2.2 Ausland

Ausländische Stiftungen können sich anbieten, um Vermögen zweckgebunden zugunsten der Begünstigten zu verwalten zu lassen, so etwa in Liechtenstein<sup>34</sup>. Stifter haben die Möglichkeit, sich in den Stiftungsstatuten die Abänderung oder Ergänzung der Statuten sowie den Widerruf der Stiftung vorzubehalten. Der Vermögensübergang im Erbfall am Nachlass vorbei ist möglich, einschließlich Diskretion. Das hat aber seinen Preis. Die *Ausstattung der Stiftung* unterliegt der StKl. III, unabhängig davon, ob die Begünstigten der Stiftung, z. B. das nichteheliche Kind, zur StKl. I gehören<sup>35</sup>. § 15 Abs. 2 ErbStG gilt nur für Inlandsstiftungen. Neben diesen Errichtungskosten können *laufende Erträge*, unabhängig von einer Ausschüttung, zu einer Einkommensteuerpflicht führen, § 15 AStG. *Ausschüttungen* sind u. U. schenkungsteuerpflichtig. Allerdings würde sich, wenn es sich bei dem Begünstigten um ein z. B. nichteheliches Kind handelt, die Besteuerung immerhin gemäß § 7 Abs. 1 Ziff. 9 i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 2 ErbStG nach der StKl. I richten<sup>36</sup>.

## 4. Gestaltungen in der Schweiz

Die folgende Übersicht zeigt auf, wie in der Schweiz Vermögenswerte außerhalb des Nachlasses übertragen werden können und welche Auskunftsrechte diesbezüglich den Pflichtteilserben zur Verfügung stehen.

### 4.1 Compte-joint mit Erbenausschlussklausel

Das *Compte-joint* (auch *Oder-Konto* genannt) ist ein Gemeinschaftskonto, bei dem jeder Kontoinhaber allein verfügungsberechtigt ist<sup>37</sup>. Jeder Kontoinhaber kann die ganze Leistung verlangen und die Bank sich durch Leistung an einen der Kontoinhaber von der Forderung insgesamt befreien<sup>38</sup>. Unabhängig vom Innen-

29 Vgl. Schiffer, Die Stiftung in der anwaltl. Praxis, § 3 Rn. 10.

30 Vgl. Meyn, in: Meyn/Richter, Die Stiftung, 2004, S. 77 Rn. 133.

31 Troll/Gebel/Jülicher (Fn. 8), § 33 Rn. 7.

32 Richter, in: Meyn/Richter (Fn. 30), S. 199 ff., insb. S. 207 Rn. 476 ff.; zu den Ertragsteuerfolgen S. 210 ff. sowie Feick (Fn. 28), § 39 Rn. 20.

33 BMF v. 27. 6. 2006, IV B 7 - S 2252 - 4/06, ZEV 2006, 553, DStR 2006, 1227; vgl. hierzu Feick (Fn. 28), § 39 Rn. 26 ff. m. w. N.

34 Vgl. hierzu Deininger/Götzenberger, Internat. Vermögensnachfolgeplanung mit Auslandsstiftungen u. Trusts, 2006, S. 105 ff.

35 Vgl. aber BFH v. 28. 6. 2007, II R 21/05, ZEV 2007, 440 m. Anm. Schmid u. Mutter.

36 Troll/Gebel/Jülicher (Fn. 8), § 15 Rn. 117 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

37 Guggenheim, Die Verträge der schweiz. Bankpraxis, 3. Aufl. 1986; s. a. Becker, ZEV 2007, 208, 211.

38 Von Tuhr/Escher, Allg. Teil des Schweiz. ObligationenR., 3. Aufl. + Supplement, 1984, S. 321.

24 Troll/Gebel/Jülicher (Fn. 8), § 33 Rn. 18.

25 § 666 BGB ist grundsätzlich dispositiv, vgl. Martinek, in: Staudinger, BGB, 2006, § 666 Rn. 17; Beuthien, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1999, § 666 Rn. 14; Mansel, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl. 2007, § 666 Rn. 1; BGH v. 19. 9. 1989, XI ZR 103/88, NJW-RR 1990, 131.

26 Vgl. Seiler, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2005, § 666 Rn. 18 m. w. N.; a. A. wohl Martinek (Fn. 25), § 666 Rn. 17.

27 Die grundsätzliche Zulässigkeit z. B. einer Unterhaltsstiftung war lange umstritten, vgl. Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, Hdb. des StiftungsR., 2. Aufl. 1999, § 8 Rn. 72 m. w. N.; seit der Reform des Stiftungsrechts 2002 dürfen gegen die Förderung einer Person keine Bedenken bestehen.

28 Vgl. Feick, in: Scherer, Münchn. Anwaltshdb. ErbR., 2. Aufl. 2007, § 38 Rn. 43 m. w. N.

verhältnis zwischen den Kontoinhabern zählt für die Bank allein der von ihr mit dem Kunden abgeschlossene Compte-joint-Vertrag<sup>39</sup>. So können beim Ableben eines Kontoinhabers die übrigen Kontoinhaber über das gesamte Kontoguthaben verfügen, selbst wenn die Bank Kenntnis davon haben sollte, dass Erben in die Kontobeziehung des verstorbenen Kontoinhabers eingetreten sind<sup>40</sup>.

Compte-joint-Verträge können eine sog. *Erbausschlussklausel* enthalten, wonach beim Tod eines Compte-joint-Inhabers der verbleibende Kontoinhaber im Außenverhältnis gegenüber der Bank alleine und ohne Einschränkung – unter Ausschluss der Erben – Verfügungsberechtigt wird<sup>41</sup>. Das Konto wird nicht von den Erben fortgeführt. Die Zulässigkeit von Erbausschlussklauseln wurde vom BG in seiner früheren Rechtsprechung ausdrücklich bejaht, da es den Vertragsparteien unbenommen sei, die Vererblichkeit der Rechte aus dem Auftragsverhältnis durch entsprechende Abrede auszuschließen<sup>42</sup>. Inzwischen werden in der Lehre Zweifel geäußert, ob dieser Erbausschluss zulässig ist<sup>43</sup>. In letzter Zeit wird auch in der Rechtsprechung die Gültigkeit dieser Klauseln kritisch beurteilt. So hat das *Obergericht des Kantons Zürich* eine Erbausschlussklausel aufgrund der konkreten Umstände als missbräuchlich und damit als nichtig erklärt, weil mit ihr offensichtlich beabsichtigt worden sei, sämtliche Vermögensansprüche der Pflichterben sowie deren Informationsansprüche auszuschließen. Das *Appellationsgericht Basel* bezeichnete eine vertragliche Beschränkung des Informationsanspruchs der Erben als ein Mittel, die erbrechtlichen Ansprüche der Erben des erstversterbenden Kontoinhabers zu unterlaufen und erklärte diese Beschränkung als unwirksam. Die neuere kantonale Rechtsprechung ermöglicht somit den Erben verstorbenen Compte-joint-Inhaber, von der Bank Informationen zum Gemeinschaftskonto zu erhalten<sup>44</sup>.

## 4.2 Lebensversicherungen

In der Nachfolgeplanung werden in der Schweiz auch sog. *gemischte Lebensversicherungen* verwendet. Der Schenker kann einen Dritten als Begünstigten einsetzen, der gemäß Art. 78 schweiz. VVG einen eigenen Anspruch gegenüber der Versicherung hat<sup>45</sup>. Diese Begünstigung wird als Verfügung unter Lebenden<sup>46</sup> und Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert<sup>47</sup>. Erbrechtliche Formvorschriften sind deshalb nicht einzuhalten. Der Anspruch fällt beim Ableben des Schenkers grundsätzlich nicht in den Nachlass. Die eventuelle Hinzurechnung des Rückkaufswerts des Versicherungsanspruchs<sup>48</sup> zur Pflichtteilsberechnung

massen im Hinblick auf eine Herabsetzung (Pflichtteilsergänzung) im Fall der Pflichtteilsverletzung wird in der Schweiz internationalprivatrechtlich als erbrechtlich qualifiziert, so dass deutsches Pflichtteilsrecht mit seinen §§ 2325 ff. BGB Anwendung findet. Die Versicherer sind jedoch nicht verpflichtet, die Erben des Versicherers von sich aus über das Vorliegen einer Lebensversicherung mit Drittbegünstigung zu informieren.

## 4.3 Stiftungen

### 4.3.1 Schweizerische Stiftungen

Beabsichtigen ausländische Staatsangehörige mittels Stiftungen Zuwendungen ihres z. B. in der Schweiz gelegenen Vermögens am Nachlass vorbei vorzunehmen, so werden zu diesem Zweck i. d. R. nicht schweizerische, sondern ausländische Stiftungen gegründet, z. B. nach liechtensteinischem oder panamesischem Recht. Der Grund dafür liegt in Art. 335 schweiz. ZGB, der eine enge Umschreibung der Zwecke enthält, für welche eine *Familienstiftung* nach schweizerischem Recht errichtet werden kann<sup>50</sup>. Eine Familienstiftung kann nur für die im Gesetz abschließend aufgezählten Zwecke errichtet werden: Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnliche Zwecke<sup>51</sup>. Vorausgesetzt wird, dass den begünstigten Familienangehörigen in bestimmten Lebenslagen (im Jugendalter, bei Gründung eines eigenen Hausstandes oder einer eigenen Existenz, im Falle von Not) zur Befriedigung der sich daraus ergebenden besonderen Bedürfnisse finanzielle Hilfe zu leisten ist<sup>52</sup>. Familienstiftungen, welche den Begünstigten jedoch Vorteile aus dem Stiftungsvermögen zukommen lassen, um einen angenehmeren Lebensstandard zu ermöglichen – ohne dass eine der vorgenannten Lebenslagen vorliegt – werden den *Familienfideikommissen* gleichgestellt und sind unzulässig. Sog. *Unterhalts- oder Genussstiftungen* sind deshalb nach der Rechtsprechung ungültig<sup>53</sup>. Zudem ist die Errichtung von Familienstiftungen regelmäßig mit negativen Steuerfolgen verbunden, etwa kantonale Schenkungsteuern (ausgenommen im Kanton Schwyz) bei der Einbringung des Vermögens zum Maximalsteuersatz<sup>54</sup>.

Zwar könnte für familienfremde Begünstigte eine *allgemeine Stiftung nach Art. 80 ZGB* in Betracht kommen, die nicht den engen Vorgaben einer Familienstiftung unterliegt. Vor allem die nachteiligen steuerlichen Folgen (die Stiftung unterliegt der Gewinn- und Kapitalsteuer) und regulatorische Vorgaben (Pflicht zur Buchführung sowie zur Revision) sind der Grund, warum in der Schweiz überwiegend ausländische Stiftungen in der Nachlassplanung herangezogen werden.

### 4.3.2 Ausländische Stiftungen

Da sich verschiedene neuere Stiftungsrechte verglichen mit dem schweizerischen Stiftungsrecht durch eine größere Flexibilität auszeichnen, bieten sich für Zuwendungen am Nachlass vorbei aus schweizerischer Sicht zumeist *liechtensteinische oder panamesische Stiftungen* an. Eine liechtensteinische Stiftung kann vom Stifter jederzeit widerrufen werden, sofern dieser sich ein entsprechendes Widerrufsrecht in der Gründungsurkunde vor-

39 Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweiz. Bankgeschäft, 6. Aufl., S. 175.

40 Hamm/Flury, Schweiz. Treuhänder 2002, 33 m. Verw. auf den Entscheid des Schweiz. Bundesgerichts (BG), BGE 94 II 313 = Pra. 1969 Nr. 120 S. 401.

41 Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 39), S. 176.

42 BGE 94 II 167 ff.

43 Vgl. hierzu Wolf, SJZ 67/1971, 356, Fellmann, N. 82 zu Art. 405 OR; Hausheer, Abgrenzung von Verfügungen von Todes wegen von denen unter Lebenden, in: Testament u. Erbvertrag, 1991; Breitschmid, Vorweggenommene Erbfolge u. Teilung, in: Prakt. Probleme der Erbteilung, 1997; s. a. BGE 131 III 601 ff.

44 Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Beschl. v. 28. 2. 2001, ZR 101 (2002) Nr. 26, E. 4; Urt. des Appellationsgerichts Basel v. 26. 3. 2004 in Sachen F.A. gegen Bank X CBS), BJM 2006, S. 100.

45 R. Küng, in: BSK VVG, Basel 2001, S. 1019.

46 Zumbunn, AJP/PJA 2006, 1208 m. Hinw. auf BGE 112 II 157.

47 Küng (Fn. 45), S. 1019; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweiz. ObligationenR., Allg. Teil, Bd. I, 8. Aufl., S. 44.

48 Zumbunn, AJP/PJA 2006, 1207.

49 Der Rückkaufswert ist der Betrag, den der Versicherer dem Versicherungsnehmer beim vorzeitigen Rücktritt vom Vertrag (Rückkauf) ausbezahlen muss. Die Rückkaufspflicht besteht nach Art. 90 Abs. 2 schweiz. VVG dann, wenn der Eintritt des versicherten Ereignisses gewiss ist und die Prämien wenigstens für 5 Jahre entrichtet wurden. Vgl. a. Weimar, Berner Komm. zu Art. 476 ZGB, N. 35 ff.

50 Die Familienstiftung unterscheidet sich von der gewöhnlichen Stiftung dadurch, dass ihr Destinatärkreis gemäß dem Willen des Stifters auf die Angehörigen einer einzigen, bestimmten Familie beschränkt ist; zu diesen sind nur die durch Blutsverwandtschaft, Ehe oder Adoption verbundenen Personen zu zählen; vgl. Riener, Berner Komm., Syst. Teil, N 109.

51 Sprecher/von Salis, in: Richter/Wachter, Hdb. des internat. StiftungsR., 2007, S. 1360, Rn. 205.

52 BG, Urt. v. 4. 3. 2002, 2A 457/2001.

53 BG, Urt. v. 18. 5. 2001, 5C.9/2001; vgl. auch Sprecher/von Salis (Fn. 51), S. 1338 Rn. 78 u. S. 1360 Rn. 205.

54 Sprecher/von Salis (Fn. 51), S. 1360 Rn. 208, vgl. a. S. 1374 Rn. 272 ff.

behalten hat<sup>55</sup>. Zudem kann die Begünstigtenregelung flexibler als in der Schweiz jederzeit modifiziert werden<sup>56</sup>.

#### 4.3.3 Auskunftsrechte der Erben bei der Vermögensübertragung auf Stiftungen

Erfolgt die Vermögensübertragung über Bankkonten, stellt sich die Frage, ob die Erben des Kontoinhabers von der Bank Auskunft über vor dem Ableben des Kontoinhabers erfolgte Vermögenstransfers erhalten können. Das Recht auf Auskunft vermögensrechtlicher Art ist nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre i. d. R. nicht höchstpersönlicher Art und geht mit dem Tod des Kontoinhabers auf dessen Erben über<sup>57</sup>. Die Frage, ob höchstpersönliche Tatsachen gegeben sind und ob sie die Auskunftsverweigerung rechtfertigen, richtet sich bei Ausländern nach jenem Recht, dem die Vertragsbeziehung untersteht, d. h. in der Regel dem schweizerischen Recht<sup>58</sup>. Nach schweizerischem Recht können Erben von der Bank Auskunft über Kontobewegungen des Erblassers verlangen, da vertragliche Auskunftsansprüche der Erben als erbrechtlich erworben gelten und somit in demjenigen Umfang bestehen, wie sie für den Erblasser gegolten haben<sup>59</sup>. Da die Banken gemäß Art. 957 und 962 ZGB einer 10-jährigen Aufbewahrungspflicht unterliegen, können die Erben zumindest bei Kenntnis der ursprünglichen Bankbeziehung innerhalb dieser Frist erüieren, wohin die Vermögenswerte übertragen wurden (die Frist beginnt mit Ablauf des Geschäftsjahrs, in dem die letzten Vorgänge erfolgten).

#### 4.4 Trusts

In der Schweiz sind ferner Trustgestaltungen häufig anzutreffen<sup>60</sup>. Hinter dem aus den Staaten des Common Law stammenden Institut verbirgt sich ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte treuhänderisch auf eine oder mehrere Personen (Trustees) übertragen werden, welche diese zu verwalten und für einen vom Treugeber (Begründer, nachfolgend Settlor genannt) vorgegebenen Zweck zu verwenden haben. Der Settlor hat die Möglichkeit, sich selber zu begünstigen. Er kann sich darüber hinaus das Recht vorbehalten, den Trust zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzulösen und das verbleibende Vermögen an sich zu ziehen<sup>61</sup>. Während das Eigentum von in Deutschland gelegenen Vermögen aufgrund des sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes nicht auf einen Trust übertragen werden kann, ist nun in der Schweiz dank der Ratifikation des *Haager Trust Übereinkommens (HTÜ) am 1. 7. 2007*<sup>62</sup> und der Inkraftsetzung neuer Bestimmungen des schweiz. IPRG die für eine Planung notwendige Rechtssicherheit erzielt worden.

Ein Trust kann durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (auch eine testamentarische Errichtung von Trusts ist möglich) errichtet werden und eignet sich aufgrund seiner großen Flexibilität zur Vermögensübertragung außerhalb des Nachlasses. Gemäß Art. 6 HTÜ untersteht der Trust primär dem vom Settlor gewählten

Recht. Er kann das Recht für anwendbar erklären, das seinen Bedürfnissen am besten entspricht. Aus Art. 8 bzw. vor allem aus Art. 11 HTÜ ergibt sich im Ergebnis, dass der gemäß den Bestimmungen der Konvention gültige Trust als solcher im schweizerischen Rechtssystem anerkannt wird, so dass keine Konversion des Trusts in andere zivilrechtliche Rechtsinstitute stattfinden muss. Die Rechte und Pflichten der Trustees, das Verhältnis zwischen Trustees und Begünstigten, die Verteilung des Trustvermögens und zahlreiche weitere Fragen, welche die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung betreffen, werden in der Schweiz nach dem anwendbaren Trustrecht geregelt.

Da bei einer lebzeitigen Vermögensübertragung auf einen Trustee die Vermögenswerte beim Ableben des Settlors nicht in dessen Nachlass fallen, eröffnet das Rechtsinstitut des Trusts dem Erblasser die Möglichkeit zur Nachfolgeplanung am Nachlass vorbei. Das über Art. 25 EGBGB, Art. 91 schweiz. IPRG anwendbare *deutsche Pflichtteilsrecht* kann damit aber nicht umgangen werden, was sich im Übrigen auch aus Art. 4 und 15 HTÜ i. V. m. Art. 91, 92 IPRG ergibt, falls das Pflichtteilsrecht eines anderen Staates anwendbar wäre. Für Auskunftsrechte kann auf die Ausführungen zur Stiftung verwiesen werden.

#### 4.5 Bankvollmachten

Vollmachten über den Tod hinaus sind in der Schweiz zwar zulässig (vgl. Art. 35 Abs. 1 OR). Eine solche Vollmacht ist indes zur Nachfolgeplanung ungeeignet. Jeder Erbe kann einzeln die Vollmacht *formlos widerrufen*<sup>63</sup>. Außerdem ist die Bank gehalten, die *Interessen der Erben als Kontoinhaber zu wahren* und ihre Zustimmung zur Vollmacht einzuholen. Das gilt insbesondere, wenn der Vollmachtgeber im Hinblick auf seinen Todesfall zusätzliche Dispositionen zugunsten Dritter getroffen und die Bank sogar diesbezügliche Dienstleistungen (z. B. Abschluss von Verträgen zugunsten Dritter) angeboten hat<sup>64</sup>. Eine Bank, die bei der beabsichtigten Auflösung des Kontos durch einen Bevollmächtigten Kenntnis vom Ableben des Vollmachtgebers hat, muss aufgrund ihrer Sorgfaltspflichten hiervon absehen. Zudem haben Erben ein Recht zur Auskunft über den Bestand von Vollmachten und erfolgte Vermögensdispositionen.

#### 4.6 Nummernkonten

Unter einem Nummernkonto versteht man ein Konto oder Depot, das nicht mit dem Namen des Kontoinhabers, sondern mit einer Nummer gekennzeichnet wird. Um einen besseren Schutz vor Verwechslungen und Fälschungen zu gewährleisten, wird bei vielen Banken zusätzlich zur Nummer noch ein *Kenn- oder Codewort* in die Bezeichnung aufgenommen. Die meisten Banken führen Nummernkonten nur für natürliche, nicht auch für juristische Personen<sup>65</sup>. Im Rahmen einer Zusatzvereinbarung wird bei der Eröffnung von Nummernkonten i. d. R. schriftlich festgehalten, dass der Inhaber berechtigt ist, im Verkehr mit der Bank anstatt mit seinem Namen rechtsverbindlich für beide Seiten mit der vereinbarten Nummer und dem Kennwort zu unterschreiben. Die Bank kann anhand der ihr vorliegenden Muster die „Nummernunterschriften“ (Nummer und Kennwort) auf den eingehenden Aufträgen und Mitteilungen des Kunden auf ihre Echtheit hin überprüfen<sup>66</sup>.

55 So ausdr. das Urte. des Fürstl. Obergerichts v. 13. 6. 2001, LES 2001, S. 241; s. a. Bösch, Liechtenstein. StiftungsR, 2005, S. 616 m. zahlr. Verw. auf entsprechende Gerichtsentscheide; vgl. aber jüngst BFH v. 28. 6. 2007, II R 21/05 (Fn. 35).

56 Fürstl. Oberster Gerichtshof, Urte. v. 6. 9. 2001, LES 2002, S. 100; zu den Konsequenzen für deutsche Schenker s. o. 3.2.2.

57 Bodmer/Kleiner/Lutz, Komm. zum Bundesgesetz über die Banken u. Sparkassen, Art. 47, N. 41.

58 Bodmer/Kleiner/Lutz (Fn. 57), Art. 47, N. 51.

59 So ausdr. das BG in seinem Urte. v. 10. 9. 2007, 5 C.8/2007.

60 Sprecher/von Salis (Fn. 51), S. 1362, Rn. 216 ff.

61 Botschaft des Schweiz. Bundesrates zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, S. 557.

62 Vgl. hierzu Grüniger, ZEV 2007, 431.

63 Zobel, AJP 2001, 1008.

64 Urte. des Handelsgerichts Zürich v. 19. 6. 1992, bestätigt durch das BG am 28. 10. 1993, ZR 93 (1994) Nr. 67; ebenso Cour de Justice Genf v. 24. 6. 1994 u. BG v. 12. 1. 2000.

65 Emch/Renz Arpagaus (Fn. 39), S. 176.

66 Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 39), S. 177; zu Problemen von Konten für Dritte s. Rusch, AJP/PJA 2007, 561.



Mit der Eröffnung eines Nummernkontos möchten Kunden vermeiden, dass ihr Name und ihre Geschäftsbeziehungen einem großen Teil der Angestellten in einer Bank bekannt werden (*Schutz nach innen*). Tatsächlich ist die Identität des Inhabers eines Nummernkontos nur einem kleinen Kreis von Personen in der Bank bekannt, etwa der Direktion und einem Spezialbüro („Nummernbüro“ oder „Nummernabteilung“). Nummernkunden werden auch nicht am Schalter, sondern in den Besucherräumen der Bank empfangen und bedient. Die Namen und die übrigen Personalien der Kontoinhaber werden nicht elektronisch im zentralen EDV-System der Bank gespeichert. Was den *Schutz nach außen* anbetrifft, so besteht in Sachen Bankgeheimnis kein Unterschied zum Namenskonto.

Es handelt sich bei Nummernkonten zwar um Konten mit erhöhter Diskretion. Jedoch bestimmt Art. 9 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken<sup>67</sup> ausdrücklich, dass auf unter Nummern oder Kennwörtern geführte Konten, Hefte, Depots und Schrankfächer die Vorschriften der VSB 03 uneingeschränkt anwendbar sind. Deshalb sind die Banken bei der Eröffnung von Nummernkonten verpflichtet, den *Vertragspartner* anhand eines amtlichen Ausweises mit Fotografie (Paß, Identitätskarte, Führerausweis, o. ä.) zu *identifizieren* (Art. 2 VSB 03 u. N. 9 VSB 03) und Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität und Wohnsitzadresse des Vertragspartners auf geeignete Weise festzuhalten (N. 22 VSB 03). Außerdem ist die Bank gemäß Art. 17 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zur Verhinderung von Geldwäscherei gehalten, je nach den Umständen die folgenden Abklärungen vorzunehmen: die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, ob die Vertragspartei an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist, der Ursprung des Vermögens und die berufliche oder geschäftliche Tätigkeit der Vertragspartei und des wirtschaftlich Berechtigten sowie, ob es sich bei der Vertragspartei oder dem wirtschaftlich Berechtigten um eine politisch exponierte Person handelt. Beim Ableben eines Kontoinhabers treten auch bei einem Nummernkonto dessen Erben in seine Rechtsstellung ein, und zwar mit allen Rechten, welche sich aus der Vertragsbeziehung zur Bank ergeben. Ein

*Nummernkonto kann somit nicht durch die Weitergabe von Nummer und Kennwort diskret am Nachlass vorbei übertragen werden.*

## 5. Ansprüche von Erben, Pflichtteilsberechtigten und Nachlassgläubigern

Selbstverständlich können sämtliche oben erörterten Gestaltungen Ansprüche auslösen<sup>68</sup>. Erben können im Falle bindender letztwilliger Verfügungen *Herausgabeansprüche gemäß § 2287 Abs. 1 BGB* haben. Ferner kommen *Pflichtteilergänzungsansprüche* gegenüber den Erben und/oder Beschenkten in Betracht. Mit Ausnahme der Stiftungssachverhalte<sup>69</sup> wird möglicherweise die 10-Jahres-Frist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB nicht zu laufen beginnen, wenn sich der Schenker die Nutzung des Geschenks vorbehält. Und schließlich haben Nachlassgläubiger die Möglichkeit, z. B. über § 4 Abs. 1 AnfG die Schenkungen anzugreifen. Die Zuwendung am Nachlass vorbei ist also grundsätzlich nicht geeignet, solche Ansprüche zu verhindern.

## 6. Zusammenfassung

Vermögenszuwendungen im Erbfall am Nachlass vorbei sind möglich, und teilweise auch diskret gestaltbar. In Deutschland muss der Erbe vor allem auf Lebensversicherungen, Treuhandvereinbarungen und Bankkonstruktionen achten. Gerade bei letzteren ist die Diskretion nicht sicher. Einzelne Gegenstände, wie Schmuck und Kunstgegenstände, bieten sich für den Erblasser in Treuhandfällen dann an, wenn die Folgen der Ertragsbesteuerung die Diskretion gefährden. Der Blick in die Schweiz hat gezeigt, dass jedenfalls Nummernkonten als solche sowie Bankvollmachten keine geeigneten Nachfolgeplanungsinstrumente darstellen. Aufgrund der rechtlichen Unsicherheiten der *Compte-joint* mit einer Erbenausschlussklausel wird diese in der Praxis kaum mehr verwendet. Geeignete Gestaltungsmittel sind Lebensversicherungen, (ausländische) Stiftungen und Trusts. Auf diese sollten Erben oder Pflichtteilsberechtigte ihre Aufmerksamkeit lenken.

68 Vgl. Scherer (Fn. 19), S. 35 ff.

69 Vgl. hierzu Scherer/Pawllytta, in: Jubiläumsschrift 10 Jahre DVEV, 2005, S. 127 ff.

67 I. d. F. vom 17. 1. 2003 (VSB 03).

Praxisforum

# Nachfolgeplanung nach Kündigung des deutsch-österreichischen Doppelbesteuerungsabkommens zur Erbschaftsteuer

– Renaissance der österreichischen Privatstiftung oder des Zugzugsstaates Schweiz? –

Von Dr. Marc Jülicher\*

## 1. Einleitung

Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VerfGH) hat mit Entscheidung vom 7. 3. 2007 (ZEVI 2007, 237 m. Anm. Steiner)

zunächst die *Erbschaftsteuer*, dann am 15. 6. 2007 auch die *Schenkungsteuer* (vgl. hierzu Steiner, ZEVI 2007, 430) wegen der Ungleichheit der Ergebnisse der unterschiedlichen Bewertungsverfahren, insbesondere wegen der veralteten und zu niedrigen Einheitswerte für Grundbesitz, für verfassungswidrig erklärt (vgl. dazu Steiner, ErbStB 2007, 48, 147; Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand 2007, § 21 Tz. 120). Die Freude darüber war, insbesondere bei den aus Deutschland nach Österreich verzogenen Wegzählern, zunächst groß. Denn Österreich entschied sich, anders als es zumindest in Deutschland derzeit den Anschein

\* Der Autor ist RA/FASStR/StB und Partner der Sozietät Flick Gocke Schaumburg, Bonn.