

*Dr. Florian Hönicke, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht
von Seelstrang und Partner mbB, München*

Dreizehn Tipps für das Unternehmertestament – was Steuerberater ihren Mandanten für die Unternehmensnachfolge mit auf den Weg geben können

Die Planung und Regelung der Nachfolge ist eine der wichtigsten Aufgaben eines erfolgreichen Unternehmers. Der Unternehmer muss dem Zielkonflikt zwischen Unternehmensfortführung und wirtschaftlicher Absicherung seiner Kinder und des überlebenden Ehegatten lösen. Hierbei sind aber nicht nur strategische, wirtschaftliche und psychologische Aspekte wichtig, sondern auch komplexe Fragen aus dem Erbrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht zu beantworten.

Der nachfolgende Artikel vermittelt praxisnah anhand von einzelnen Fallbeispielen einige wesentliche und nicht abschließende Empfehlungen für eine Unternehmensnachfolge. Die Darstellung konzentriert sich dabei auf allgemeine, fallbezogene Gestaltungshinweise aus dem Gesellschafts-, Pflichtteils- sowie Erbrecht.

Aktueller Anlass: Das Institut für Mittelstandsforschung Bonn geht im Zeitraum von 2014 bis 2018 von rund 135.000 Familienunternehmen aus, bei denen die Übergabe ansteht. Dies entspricht 27.000 Übergaben pro Jahr. (Kay, R.; Suprinovič, O. (2013): Unternehmensnachfolgen in Deutschland 2014 - 2018, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Herausgeber): Daten und Fakten Nr. 11, Bonn, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/unternehmensuebertragungen-und-nachfolgen/>).

Handlungsbedarf: Etwa 52 % aller mittelständischen Unternehmer sollen für den Todesfall mit einem Testament vorgesorgt haben (s. etwa von Hoyenberg, Ausgewählte Fragen zum Unternehmertestament, RNotZ 2007, 378 m.w.N.). Diese Quote liegt zwar über den für Verbraucher ermittelten Quoten: Hier beträgt der Anteil etwa 36 %. Das ergab die Studie "Erben und Vererben", für die das Institut für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank im Zeitraum vom 1. bis 31. Juli 2015 insgesamt 1.651 Personen befragt hat (s. https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf). Dies bedeutet aber immer noch, dass bei ca. 50 % der Unternehmer die gesetzliche Erbfolge gilt. Diese läuft in der Regel aber den Interessen des Unternehmers zuwider.

Handlungszeitraum: Die Unternehmensnachfolge beginnt bereits zu Lebzeiten. Gegenüber dem Unternehmertestament sind lebzeitige Übertragungen in jedem Fall vorzugswürdig. Allerdings braucht ein Übergabeprozess Zeit und vor den Unwägbarkeiten des Lebens sind auch Unternehmer nicht sicher. Eines der geeigneten Mittel, sich hiergegen abzusichern, sind neben lebzeitigen Übertragungen und umfassenden rechtsgeschäftlichen Vollmachten ein sinnvolles, in eine Nachfolgeplanung eingebettetes Unternehmertestament (weiterführend hierzu mit hilfreichen Formulierungsvorschlägen s. auch Burandt/Zacher-Röder, Unternehmertestament, 2. Auflage, München 2012).

Tipp 1: Unternehmereigenschaft klären

Beispielfall: Herr X ist an mehreren Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie Aktiengesellschaften beteiligt und hat dort sein Geld angelegt.

Dogmatisch gibt es das Unternehmertestament als eigene Testamentsform nicht. Das BGB kennt nur das öffentliche Testament, das eigenhändige Testament, sog. Nottestamente und als weitere Sonderform das Gemeinschaftliche Testament der Ehegatten. Daneben haben aber Rechtsprechung und Literatur Formen von Testamenten entwickelt, die ein bestimmtes soziales Phänomen betreffen, d.h. Testamente, die von bestimmten Personen erstellt werden, für bestimmte Personen vorgesehen sind oder ein bestimmtes Ziel erfüllen sollen.

Hierunter fällt beispielsweise das sog. Bedürftigentestament, das Behindertentestament, das Geschiedenentestament und eben auch das Unternehmertestament. Bei dieser Testamentsform geht es grob gesagt um alle letztwilligen Regelungen und Gestaltungen, die die Unter-

nehmensnachfolge betreffen und das Unternehmen über den Tod des Unternehmers als Funktionseinheit erhalten sollen.

Herr X ist in diesem Sinne kein Unternehmer. Er ist keine Persönlichkeit, die entscheidungsprägend für die Unternehmensführung ist. Als solche kommen etwa Personen in Betracht, die Inhaber einer Einzelfirma, Gesellschafter-Geschäftsführer einer Personengesellschaft, Freiberufler sowie Hauptgesellschafter einer Kapitalgesellschaft oder Kommanditgesellschaft sind.

Tipp 2: Es sollte auf jeden Fall letztwillig verfügt werden – die gesetzliche Erbfolge ist in der Regel nicht geeignet

Beispielsfall: Unternehmerin U ist von Ihrem Ex-Ehemann X geschieden und hat eine Tochter T aus dieser Ehe. Sie geht davon aus, dass T das Unternehmen fortführen wird. Bei einem gemeinsamen Verkehrsunfall sterben U und T. U am Unfallort, T kurze Zeit später im Krankenhaus. T hat keine Großeltern und keine eigenen Abkömmlinge.

An diesem Beispielsfall lässt sich erkennen, dass das Ziel der Unternehmensnachfolge – und zwar die Weiterführung des Unternehmens durch die Tochter – im Fall der gesetzlichen Erbfolge vollständig missglücken kann. Gemäß § 1924 Abs. 1 BGB sind gesetzliche Erben der ersten Ordnung die Abkömmlinge des Erblassers. Im vorliegenden Fall hat also T ihre Mutter U als Alleinerbin beerbt. Nach dem Tod der Tochter greift – mangels gesetzlicher Erben erster Ordnung – die Regelung des § 1925 BGB. Hiernach sind gesetzliche Erben der zweiten Ordnung die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften (also die etwaigen Geschwister von T). Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Teil allein (§ 1925 Abs. 3 Satz 2 BGB). Da die Tochter von Frau U keine weiteren Geschwister mehr hatte, erbt im vorliegenden Fall also der Ex-Ehemann von Frau U allein. Der geschiedene Ehepartner wurde also Unternehmensnachfolger. Dieses Ergebnis hätte beispielsweise dadurch vermieden werden können, indem Frau U ihre Nachfolge durch ein sogenanntes Geschiedenentestament geregelt hätte. Sie hätte ihre Tochter beispielsweise auflösend bedingt als Vorerbin einsetzen können, als Nacherben hätten beispielsweise entferntere Mitglieder ihrer Familie eingesetzt werden können. Die Belastung mit der Vorerbschaft hätte für Ihre Tochter nur solange gegolten, wie diese keine eigene Abkömmlinge hat. Sobald die Bedingung eingetreten wäre, d.h. Tochter T eigene Kinder bekommen hätte, wäre sie "Vollerbin" geworden. Sie hätte in ihrem Todesfall das Unternehmen an ihre eigenen Kinder weiter vererbt. In jedem Fall wäre der leibliche Vater von der Unternehmensnachfolge ausgeschlossen (weiterführend zum sog. Geschiedenentestament, R. Kössinger in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 21 IV).

Tipp 3: Die Unternehmensnachfolge ist schon zu Lebzeiten einzuleiten

Beispielsfall: Unternehmer U möchte mit 70 Jahren (endlich) in den Ruhestand gehen. Sein selbst erfolgreicher Sohn S ist ca. 50 Jahre alt. U setzt ihn zum Alleinerben ein, ordnete aber gleichzeitig an, dass sein Enkel E Nacherbe sein soll. Er möchte auf diese Weise das Unternehmen in der Familie halten. Nachdem U verstirbt, schlägt S die Erbschaft aus und verlangt von seinem Sohn E den Pflichtteilsanspruch, da er sich jetzt selbst auf den Ruhestand vorbereiten will. E kann diesen Anspruch nicht aus den laufenden Erträgen des Unternehmens erfüllen und muss das Unternehmen verkaufen.

Ein wichtiges Ziel der Unternehmensnachfolge ist, die Liquidität des Unternehmens nach dem Erbfall zu erhalten. Ausgangspunkt dieses Falles ist § 2306 BGB. Hiernach kann ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter, der insbesondere durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. S hat hier zwar auf sein Erbe "verzichtet" und dieses durch den (niedrigeren) Pflichtteilsanspruch ersetzt. Bei werthaltigen Nachlässen kann dieses Vorgehen für den Erben dennoch attraktiv sein, da er sofort "Bargeld" zu beanspruchen hat und damit sämtliche vom Erblasser angeordneten Beschränkungen umgehen kann. Auch kann er damit gegebenenfalls gesellschaftsvertragliche Beschränkungen aushebeln, die ihn im Falle einer Erbenstellung an der sofortigen Versilberung seines Erbteils gehindert hätten.

In diesem Fall wäre es besser gewesen, wenn U mit seinem Sohn und seinem Enkel früher gemeinsame Lösungen angestrebt hätte. Als einseitige testamentarische Regelung wäre denkbar gewesen, dass U eine alternative Erbeinsetzung seines pflichtteilsberechtigten Sohnes vornimmt. Er hätte den Sohn für den Fall, dass dieser die ihm eigentlich zugedachte (Vor-)Erbchaft aufgrund der angeordneten Beschwerden ausschlägt, zum unbeschränkten Erben in Höhe des Erbteils einsetzen können, der den Pflichtteil (minimal) übersteigt. Schlägt der Erbe aber auch diesen Erbteil aus, auf den sich die alternative Erbeinsetzung bezieht, geht er ggf. völlig leer aus (von Hoyenberg RNotZ 2007, 377, 393).

Tipp 4: Das Testament ist mit dem Gesellschaftsvertrag abzustimmen

Beispielfall: Unternehmer U hat mit seinen Partnern X und Y vor 40 Jahren im Gesellschaftsvertrag seiner GbR geregelt, dass im Todesfall die Gesellschaft fortgesetzt wird, aber nur männliche Abkömmlinge in die Gesellschaft nachfolgen dürfen. U stirbt. Er hat eine Tochter T. Seine Frau F ist von ihm testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt.

Bei Personengesellschaften ist das (dispositive) Gesellschaftsrecht gegenüber dem Erbrecht vorrangig. Die GbR wird, wenn nichts anderes im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, im gesetzlichen Regelfall (der in der Praxis nur noch sehr selten vorkommt) bei Tod des Gesellschafters aufgelöst, § 727 Abs. 1 BGB. In den Nachlass fällt dann nur noch die Mitgliedschaft in der GbR, als Liquidationsgesellschaft und ein etwaiger anteiliger Liquidationsüberschuss. Der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG oder KG führt hingegen im gesetzlichen Regelfall nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Der verstorbene Gesellschafter scheidet aber aus der Gesellschaft aus. Sein Anteil wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu. In den Nachlass des ausscheidenden Gesellschafters fällt allein ein etwaiger Abfindungsanspruch. Eine im Testament angeordnete Nachfolgeregelung geht ins Leere. Beim Tod des Kommanditisten einer KG wird die Gesellschaft im gesetzlichen Regelfall mit den Erben fortgesetzt. Der Alleinerbe wird aufgrund des Grundsatzes der Universal sukzession mit dem Tod des Erblassers automatisch mit allen Rechten und Pflichten Kommanditist der Gesellschaft. Hat der Erblasser/Kommanditist mehrere Erben eingesetzt, so treten diese nicht als Erbengemeinschaft, sondern einzeln im Wege der Sondererbfolge (Singularsukzession) entsprechend ihrer Erbquoten in die Gesellschaft als Kommanditisten ein.

Die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gehen so weit, dass der Gesellschaftsvertrag eine Vererbung der Beteiligung ausschließen kann. Dieser Ausschluss ist in aller Regel wirksam. Auch können die Gesellschafter zwar die Vererblichkeit des Anteils grundsätzlich zulassen, sie müssen sich aber nicht jeden möglichen Erben als Nachfolger aufdrängen lassen.

Die Gestaltung der Unternehmensnachfolge in Personengesellschaftsanteile ist daher ohne Berücksichtigung der betreffenden Gesellschaftsverträge unmöglich.

Im vorliegenden Fall haben die Gesellschafter damals eine sogenannte qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel angeordnet. Dabei ist im Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben worden, dass der Erblasser den Nachfolger im Wege der Erbfolge bestimmen kann, aber nur bestimmte Erben in die Gesellschafterstellung des Erblassers einrücken können. Herr U hat die Vorgaben des Gesellschaftsvertrages übersehen, sodass die Gesellschaftsbeteiligung dadurch dem Nachlass verloren gegangen ist. In den Nachlass fällt nur noch ein etwaiger Abfindungsanspruch. Die Höhe des Abfindungsanspruchs richtet sich wiederum nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrages. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung, ist nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB der Verkehrswert der Beteiligung maßgeblich. Da Abfindungsansprüche in solchen Fällen allerdings häufig (etwa auf den Buchwert) beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen sind, sind die Einbußen für den Wert des Nachlasses und die Erbschaft erheblich. Im Regelfall sind entsprechende, den Abfindungsanspruch beschränkende oder ausschließende Klauseln im Gesellschaftsvertrag jedenfalls dann wirksam, wenn sie im jeweiligen Todesfall alle Gesellschafter gleichermaßen treffen (s. BGH NJW 1981, 1956 (1957) = SIS 81 26 09).

Tipp 5: Der letzte Wille ist mit Pflichtteilsverzichtsverträgen abzusichern

Beispielfall: Unternehmer U setzt seine Tochter T zur Alleinerbin ein. Sohn S macht nach dem Tod des U gegenüber T seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe von EUR 25.000,00 geltend. Das Unternehmen hat einen sehr geringen Buchwert und einen Verkehrswert von EUR 100.000,00. Um den sofort fälligen Pflichtteilsanspruch zu erfüllen, muss T das Unternehmen in der Not verkaufen und kann dabei nur noch einen Erlös von EUR 60.000,00 erzielen. Dennoch muss sie an S EUR 25.000,00 zahlen.

Wie bereits erläutert (s. oben unter Tipp 3), können Pflichtteilsrechte erhebliche Konsequenzen auf die Liquidität des Unternehmens haben. Das Pflichtteilsrecht gehört zum Kernbestand des deutschen Erbrechts und ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch verfassungsrechtlich garantiert (BVerfG NJW 2005, 1561). Will ein Unternehmer niemanden seiner Pflichtteilsberechtigten am (unternehmerischen) Nachlass beteiligen, binden die Pflichtteilsansprüche immerhin die Hälfte des Nachlasswertes. Kurzfristig angelegte Pflichtteilsvermeidungsstrategien führen eher nicht zum Erfolg. Im vorliegenden Fall hätte der Unternehmer seiner Tochter frühzeitig gegebenenfalls sogar unentgeltlich das Unternehmen übertragen sollen oder seinen Sohn mit entsprechenden Abfindungsvereinbarungen zu einem Pflichtteilsverzicht bewegen können.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass vorweggenommene Erbfolgen zugunsten von Angehörigen zur Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen dadurch attraktiv sein können, dass eine Schenkung, die in den letzten 10 Jahren vor dem Erbfall durchgeführt worden ist, gem. § 2325 BGB graduell immer weniger Berücksichtigung findet, je länger sie zurück liegt. Eine Schenkung, die beim Erbfall länger als ein Jahr zurückliegt, wird nur noch zu 9/10 in die Berechnung des Nachlasses zur Ermittlung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen einbezogen. Nach jedem weiteren vollendeten Jahr wird dann ein weiteres Zehntel des Wertes der Schenkung bei der Nachlassberechnung nicht mehr berücksichtigt, bis sie nach 10 Jahren überhaupt keine Beachtung mehr findet.

Tipp 6: Der letzte Wille ist praktikabel und klar zu regeln

Beispielsfall: Unternehmer U ist verstorben. Tochter A und Sohn B sind gesetzliche Erben zu je 1/4, Ehefrau M zu 1/2. Tochter A studiert in England Wirtschaftswissenschaften, Sohn B und Ehefrau M haben lange Jahre im Betrieb mitgearbeitet. Sohn B hat seine Ausbildung im Unternehmen absolviert. Tochter A denkt, ihre neuen Kenntnisse in das Unternehmen einbringen zu können. Streit ist vorprogrammiert.

Inhaltlich sollte das Unternehmertestament klare und praktikable Regelungen vorsehen. Als erster, wichtiger Grundsatz gilt dabei, dass Erbengemeinschaften wie im oben beschriebenen Fall zu vermeiden sind. Auch die Anordnung einer Vorerbschaft ist meist nachteilig, da eine solche die unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten des Nachfolgers zu sehr bindet. Der Erblasser kann den Vorerben in keinem Fall vom Verbot unentgeltlicher Verfügungen befreien, da § 2126 BGB keine Befreiung von § 2113 Abs. 2 BGB, dem Verbot unentgeltlicher Verfügungen, zulässt. Z.B. bei Unternehmensumwandlungen, Verfügungen über Grundstücke (bei Einzelkaufmännischen Unternehmen) oder bei einem Ausscheiden von Mitgesellschaftern gegen Abfindung, stellen sich für den mit einer Nacherbfolgeanordnung belasteten Nachfolger kaum lösbare Bewertungsfragen. In all diesen Rechtsgeschäften dürfen keine unentgeltlichen Teile enthalten sein, die ggf. ein Zustimmungserfordernis des Nacherben auslösen.

Länger angelegte Dauertestamentsvollstreckungen haben den Reiz, dass damit ein Unternehmer einem Dritten die Leitlinien seiner Unternehmensführung auch für den Zeitraum nach seinem Tod mit auf den Weg geben kann. Solche Anordnungen lassen sich aber rechtlich nur schwer umsetzen (etwa über sog. Treuhand oder Vollmachtlösungen, weiterführend Zimmermann in: Münchner Kommentar zum BGB, 2017, § 2205, III). Sie schaffen auch nicht die klaren Verhältnisse im Unternehmen, die ggf. notwendig wären, um sich auf verändernde wirtschaftliche Rahmenbedingungen rasch und nach neuen Maßgaben einstellen zu können.

Schließlich sind auch frühzeitig eingegangene Bindungen durch Erbverträge oder gemeinschaftliche Testamente durch den Unternehmer zu vermeiden. Sollten sich die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse ändern, sind diese Bindungen nicht mehr einseitig aus der Welt zu schaffen und engen u.a. auch Spielräume für lebzeitige Übertragungen ein. Sie sind nur im Einzelfall einzugehen, etwa, wenn der Nachfolger bereits feststeht und mit einer solchen Bindung Planungssicherheit geschaffen werden soll.

Tipp 7: Das Testament ist in regelmäßigen Abständen zu überprüfen

Beispielsfall: Unternehmer U hat kurz nach Unternehmensgründung seine Tochter und seine Ehefrau als Miterben zu je 1/2 eingesetzt. Seine Ehefrau soll den "Autohandel" (Einzelunternehmen) erhalten, die Tochter „den Rest“. 20 Jahre später spaltet er sein Unternehmen in ein Betriebsunternehmen (GmbH) und ein Besitzunternehmen (Einzelunternehmen bezüglich des Betriebsgrundstücks) auf und stirbt ein Jahr später.

In diesem Fall ist nicht mehr klar, wie das Testament auszulegen ist. Angedacht war, dass seine Ehefrau das „betriebliche Vermögen“ – und hierzu gehörte sicherlich auch das Betriebsgrundstück – erhalten sollte und seine Tochter das "Privatvermögen". Bei der hier wohl eher haftungsrechtlich motivierten Betriebsaufspaltung ist jedoch nicht beachtet worden, dass sich diese nicht mehr mit den testamentarischen Regelungen verträgt. Die Tochter könnte auch das Besitzunternehmen, d.h. das Betriebsgrundstück beanspruchen, was dann für den Nachlass gegebenenfalls erhebliche ertragsteuerliche Belastungen durch die Aufdeckung stiller Reserven aufwerfen dürfte.

Das Unternehmertestament ist daher regelmäßig zu überprüfen und bei Änderung der persönlichen und/oder wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu überarbeiten. Hierauf hat auch der steuerliche Berater bei den von ihm begleiteten steuerlichen Gestaltungen hinzuweisen.

Tipp 8: Das Testament ist mit ehevertraglichen Regelungen zu ergänzen

Beispielsfall: Unternehmer U hat seine Ehefrau E zu Lebzeiten ausreichend versorgt und mit ihr im Gegenzug einen Pflichtteilsverzicht vereinbart. Er setzt seinen Sohn S zum Alleinerben ein. Der Verkehrswert des Unternehmens hat sich seit der Heirat verzehnfacht.

Gemäß § 1371 Abs. 2 BGB kann der überlebende Ehegatte, der nicht Erbe wird und dem auch kein Vermächtnis zusteht, den Ausgleich des Zugewinns nach allgemeinen Vorschriften verlangen. Diese güterrechtlichen Folgen treten auch dann ein, wenn auf den Pflichtteil in Form eines beschränkten Erbverzichts (§ 2346 Abs. 3 BGB) verzichtet wurde. Ein Pflichtteilsverzicht schließt nicht auch den Verzicht auf den Zugewinn mit ein (Palandt, BGB, 2017, § 2346, RdNr. 16). Unterstellt man, dass beide Eheleute ein Anfangsvermögen von null hatten, die Ehefrau Endvermögen von null hat und dass das gesamte Vermögen des Ehemannes im Unternehmen gebunden ist, kann die Ehefrau letztlich die Hälfte des Nachlasses über den Zugewinnausgleich beanspruchen.

Es hätte zwischen den Eheleuten zusätzlich eine sogenannte modifizierte Zugewinnngemeinschaft vereinbart werden sollen, bei der bestimmte Vermögenswerte, wie etwa das Unternehmen des Ehemannes, aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs herausgenommen worden wären – oder besser gleich eine Gütertrennung (zur Gefahr der Umkehr der Ausgleichsrichtung bei modifizierter Zugewinnngemeinschaft s. BGH NJW-Spezial 2013, 549 = SIS 13 35 12).

Tipp 9: Es sind Vorsorgevollmachten zugunsten des Nachfolgers oder eines zur Fortführung des Unternehmens Befähigten zu erteilen

Beispielsfall: Unternehmer U ist 35 Jahre alt. Nach einem Verkehrsunfall fällt er für sechs Monate ins Koma und stirbt sodann. Seine minderjährigen Kinder sowie seine Ehefrau sind zu Erben eingesetzt. Bevor ein Erbschein erteilt ist und etwaige vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen von der Mutter eingeholt worden sind, vergehen seit dem Unfall 12 Monate.

Eine sogenannte (notarielle) Vorsorgevollmacht gehört zwischenzeitlich zur rechtlichen „Grundausstattung“, um für einen Betreuungsfall Vorsorge zu treffen. Fällt ein Unternehmer durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit aus, wird dies in der Regel größere Verwerfungen auslösen, als wenn hiervon ein "dementer, pensionierter Verbraucher" (Reimann, ZEV 2005, 457) betroffen ist. Vorsorgeregungen für den Fall, dass ein Unternehmer nicht mehr handlungsfähig ist, sind völlig unabhängig vom Lebensalter. Spätestens bei der unternehmerischen Nachfolgeplanung ist sie ein diese abrundender Baustein.

Im unternehmerischen Bereich sind drei Aspekte in Abgrenzung zu einer das Privatvermögen betreffenden Vorsorgevollmacht zu beachten.

Zum einen sollte die Vollmacht (als Generalvollmacht) gegebenenfalls auch die Umwandlung des Unternehmens vorsehen, damit der Vollmachtnehmer das Unternehmen für die Nachfolge vorbereiten kann. Im Beispielsfall könnte damit das Einzelunternehmen z.B. in eine GmbH umgewandelt werden, um weniger aufwändig auch die minderjährigen Kinder am Unternehmen zu beteiligen.

Zum zweiten ist bei an Personengesellschaften beteiligten Unternehmern eine Verzahnung der Vorsorgevollmacht mit dem Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Dort sollte eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht und eine Bestimmung des Kreises der infrage kommenden Bevollmächtigten aufgenommen werden. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass auch tatsächlich das Instrumentarium geschaffen wird, um die Entscheidungsprozesse innerhalb der Gesellschaft im Fall des Ausfalls eines der Mitgesellschafter am Laufen zu halten. Außerdem muss sichergestellt werden, dass sich der Bevollmächtigte – wenn er denn an die Stelle des handlungsunfähigen Mitgesellschafter tritt und quasi Mitgesellschafter wird – den anderen Gesellschaftern gegenüber zur Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht persönlich verpflichtet (s. Jochen, notar 2014, 3).

Drittens stellt sich schließlich die praktische Frage im Hinblick auf die Auswahl des Vollmachtnehmers und die Gestaltung des Innenverhältnisses zwischen Vollmachtnehmer und Unternehmer. Der Bevollmächtigte muss nämlich fähig sein, das Unternehmen fortzuführen. Außerdem sollte er vom Unternehmer klare Anweisungen erhalten, ob und wie er im Detail den Willen des Unternehmers fort- bzw. umsetzen soll.

Tipp 10: Gesellschaftsbeteiligungen können mit Nebenrechten verbunden oder mit Sonderansprüchen belastet sein – dies gilt es zu beachten.

Beispielsfall: Unternehmer U, der Mitgesellschafter einer OHG ist und deren Gesellschaftsanteile im Gesellschaftsvertrag vererblich gestellt worden sind, setzt seine Tochter T zur Alleinerbin ein und vermacht seiner Ehefrau E den gesamten Nachlass mit Ausnahme seiner Gesellschafterbeteiligung an der OHG.

Eine solche Regelung macht durchaus Sinn. Es wird hier ein Gleichlauf von Gesellschaftsvertrag und Testament sichergestellt. Die Ehefrau wird durch eine Vermächtnislösung im Übrigen am Nachlass beteiligt und finanziell abgesichert. Es ist jedoch auch sicherzustellen, dass Sonderbetriebsvermögen oder Privatkonten auf der Aktivseite und Darlehens- und Bürgschaftsverpflichtungen sowie Belastungen mit Nutzungsrechten durch die Gesellschaft auf der Passivseite auch auf die Tochter übergehen.

Tipp 11: An Holdingstruktur denken

Beispielsfall: Architekt X hat eine GmbH, die Immobilienverwaltung und eine weitere GmbH, die Leistungen über Bauleitung und Projektmanagement anbietet. Eine seiner Töchter soll die Geschäftsführung beider Gesellschaften übernehmen, die andere Tochter soll aber auch zu 1/2 wirtschaftlich nach seinem Tod an seinem Unternehmen beteiligt sein.

Ist das Unternehmen aus betriebswirtschaftlichen oder steuerrechtlichen Gründen auf einzelne Gesellschaften aufgeteilt, können die Beteiligungen zu Lebzeiten in eine Holdingstruktur eingebracht werden, um die erbrechtlichen Gestaltungen besser strukturieren zu können. Im vorliegenden Fall hätte X zu Lebzeiten bereits die Beteiligungen an seinen beiden Gesellschaften in eine Unternehmens-Holding einbringen und seine erbrechtlichen Anordnungen nur auf diese beziehen können. Auf diese Weise hätte das operative Geschäft, für das die eine Tochter zuständig sein sollte, sowie die vermögensrechtliche Beteiligung beider Töchter an beiden Gesellschaften voneinander getrennt werden können.

Tipp 12: Für klare gesellschaftsrechtliche Verhältnisse sorgen

Beispielfall: Im oben genannten Beispielfall möchten die beiden Töchter nicht die Unternehmensnachfolge antreten. Sie sind bereits Eltern und möchten sich um ihre Kinder kümmern. Beide Unternehmen können von externen Geschäftsführern geleitet werden und Gewinne erwirtschaften, die beiden Familienstämmen größere Ausschüttungen ermöglichen.

Sind mehrere Personen oder sogar Stämme zur Nachfolge vorgesehen, sollte durch Mehrheitszuweisung bei Kapital und/oder Stimmrecht für klare Mehrheiten und/oder Gruppenvertretungen gesorgt werden. Durch Erwerbsoptionen kann dafür gesorgt werden, dass weitere Zersplitterungen von Unternehmensbeteiligungen vermieden werden und sich die Beteiligungen langfristig in einer Hand vereinigen. Schließlich sind auch Mechanismen vorzusehen, welche die Rollenverteilung zwischen Management und Kapital eindeutig trennen.

Tipp 13: Bewertungsschwierigkeiten vermeiden

Beispielfall: Unternehmer U setzt seine beiden Kinder S und T zu Miterben zu je 1/2 ein. Im Wege einer Teilungsanordnung ordnet U an, dass T das Unternehmen erhalten soll und S die Immobilien. Der Rest soll entsprechend verteilt werden.

Bewertungsschwierigkeiten können die Abwicklung eines Nachlasses behindern. Im vorliegenden Fall sind Teilungsanordnungen vorgesehen worden, die aber die Erbquoten nicht verändern sollen. Die Zuweisung der Einzelgegenstände und die damit verbundenen Wertunterschiede hätte U im Wege eines Vorausvermächtnisses (und damit ohne Ausgleichspflicht unter den Miterben) zuwenden können. Sollte U im vorliegenden Fall tatsächlich eine völlig gleiche Beteiligung der Kinder am Nachlass erreichen wollen, hätte er Bewertungsschwierigkeiten durch entsprechende testamentarische oder gesellschaftsvertragliche Regelungen in Form von Schiedsgutachter- und Schiedsgerichtsklauseln entschärfen können. Derartige Klauseln eröffnen im Übrigen ein großes Beratungsfeld, auf dem Steuerberater ihre Kompetenzen streitschlichtend einbringen können.

Schiedsgutachterklauseln weisen nicht die Entscheidung eines Rechtsstreits einem Dritten zu, sondern haben die sachverständige Beurteilung bestimmter, tatsächlicher Voraussetzungen zum Gegenstand. Auch testamentarische Schiedsgutachterklauseln sind als zulässig anzusehen, soweit es um die Feststellung von Tatsachen geht, die erst durch eine Verfügung von Todes wegen Bedeutung erhalten.

Was Schiedsgerichtsklauseln betrifft, gelten für diese über § 1066 ZPO bei einseitig (testamentarisch) angeordneten Zuweisungen eines Rechtsstreits an ein außerstaatliches Schiedsgericht die Regelungen über außergerichtliche Schiedsgerichte der ZPO (§§ 1025 ff. ZPO) entsprechend. Bei Erbverträgen gelten die §§ 1025 ff. ZPO direkt.

Für Streitentscheidungen über Pflichtteilsansprüche scheiden solche Möglichkeiten aber aus. Da die Testierfreiheit des Erblassers durch die gesetzliche Anordnung der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des Pflichtteils beschränkt ist, ist einem Erblasser jede Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt. Ein Erblasser, der dem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung den Weg zu den staatlichen Gerichten versperrt und ihm ein Schiedsgericht aufzwingt, überschreitet die ihm durch das materielle Recht gezogenen Grenzen seiner Verfügungsfreiheit (BGH NJW 2017, 2115 = SIS 17 14 62).