

Vorsorgebrief 2/2012 aus der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Buerstedde

Themen im Überblick:

1. Erbfolge aufgrund einer Testamentskopie?
2. Kann der Erbe Gutachterkosten von der Erbschaftssteuer abziehen?
3. Vergütung des Testamentsvollstreckers und Steuern
4. Kann der Erbe den Pflichtteil bei der Erbschaftssteuer abziehen?
5. Schiffsbeteiligungen im Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht
6. Absetzbarkeit von Prozesskosten – Nachtrag

Hinweis: www.VorsorgeOrdnung.de lebt auch von Ihnen.

Für Fragen oder Anregungen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Tel. 02222-931180

Telefonische Beratung für 3 Euro pro Minute aus dem deutschen Festnetz unter:

Tel. 0900 10 40 80 1

Dr. Wolfgang Buerstedde
Fachanwalt für Erbrecht

Rathausstr. 16
53332 Bornheim

Tel. 02222-931180
Fax. 02222-931182

1. Erbfolge aufgrund einer Testamentskopie?

Der Erblasser kann mit einer letztwilligen Verfügung (Testament oder Erbvertrag) seine Erbfolge regeln. Hierzu muss er eine formell wirksame Verfügung errichtet haben. Schwierigkeiten bestehen jedoch dann wenn das Testament nicht mehr auffindbar ist.

Das Oberlandesgericht Naumburg fasst die Rechtslage mit seiner Entscheidung vom 29. März 2012 (Az. 2 Wx60/11) zusammen.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Der in 2001 verstorbene Erblasser hatte keinen gesetzlichen Erben. Ein Neffe der vorverstorbenen Ehefrau beantragte für sich beim Nachlassgericht einen Alleinerbschein. Er legte eine Kopie eines handschriftlichen Testaments des Erblassers vor, wonach er allein erben sollte.

Das Original des Testaments wurde nicht gefunden.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen, da nicht zweifelsfrei feststehe, dass das Original vom Erblasser verfasst worden sei. Zudem könne der Verlust für einen Widerruf des Testaments sprechen. Des Weiteren könne die Urheberschaft des Originals nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt werden.

Das Oberlandesgericht Naumburg hat die Beschwerde des Neffen stattgegeben:

Aus den Gründen

Ist das Originaltestament verschwunden, könne der Inhalt des Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln, auch durch die Vorlage einer Kopie, bewiesen werden. An den Nachweis seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen.

Zwar könne der Erblasser das Testament widerrufen, indem er es vernichte, aber hierfür trägt derjenige die Feststellungs- und Beweislast, der sich auf den Widerruf beruft.

Es gäbe keine tatsächliche Vermutung dafür, wonach ein Testament das nicht mehr auffindbar ist, durch den Erblasser vernichtet worden ist.

Hinweis Ist das Originaltestament nicht mehr auffindbar, ist Hopfen und Malz noch nicht verloren. Der Erblasserwille kann durch anderweitige Beweismittel, insbesondere durch die Testamentskopie und Zeugen das Bestehen eines wirksamen Testaments bewiesen.

Tipp Das Auffinden des Testaments kann durch die **besondere amtliche Verwahrung** beim Nachlassgericht (bzw. Notariat) sichergestellt werden. Das kostet eine ¼ Gebühr. Bei einem Nachlasswert von 300.000 sind dies ca. 130 Euro.

Eine günstigere (aber nicht so sichere) Möglichkeit besteht darin, mehrere Originaltestamente anzufertigen und diese dem Bevollmächtigten bzw. künftigen Erben oder Vermächtnisnehmern auszuhändigen.

2. Kann der Erbe Gutachterkosten von der Erbschaftssteuer abziehen?

Der Erbe tritt in die Fußstapfen des Erblassers. Soweit zum Erbe auch Nachlassverbindlichkeiten gehören, gehen diese auch auf die Erben über. Der Erbe muss jedoch nur das versteuern, was er nach Abzug der Verbindlichkeiten erhält. Abziehbar sind auch die Erbfallschulden. Dazu gehören Vermächnisse, Auflagen und Pflichtteilsansprüche. Abzuziehen sind schließlich auch die **Kosten der Nachlassregulierung**. Gehören dazu auch die Kosten der Begutachtung des geerbten Hauses? Das war die Frage, die das Finanzgericht Münster am 21. Juni 2012 (3 K 2835/11 Erb) entschied.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Die Klägerin hatte von ihrem im Januar 2008 verstorbenen Ehemann mehrere Grundstücke geerbt. Das Finanzamt hat (nach früherem Recht) Bedarfswerte festgestellt, worauf die Klägerin ca. 70.000 Euro Erbschaftssteuer zahlen sollte.

Hiergegen wandte sich die Klägerin und verlangt, dass auch die Kosten für die Begutachtung der Grundstücke, etwa 7.000 Euro, als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen seien. Zweck der Begutachtung der Grundstücke wäre schließlich der Nachweis von niedrigen Bedarfswerten gewesen. Das Finanzamt änderte wegen der Gutachten den Erbschaftsteuerbescheid und setzte dann nur noch ca. 13.000 Euro Erbschaftsteuer fest. Die Gutachterkosten hat das Finanzamt jedoch abziehen wollen. Das Finanzgericht wies die dagegen gerichtete Klage ab.

Gründe

Nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG sind die Kosten als Nachlassverbindlichkeiten abzugsfähig, die dem Erwerber unmittelbar im Zusammenhang mit der Abwicklung, Regelung oder Verteilung des Nachlasses oder mit der Erlangung des Erwerbs entstehen. Nach der Richtlinienregelung der

Finanzverwaltung sind Steuerberatungsgebühren für die Erstellung der aufgrund öffentlich rechtlicher Verpflichtung abzugebenden Erbschaftsteuererklärung als Nachlassregelungskosten zum Abzug zugelassen. Keine Nachlassregelungskosten seien dagegen Aufwendungen, die in einem sich an die Steuerfestsetzung **anschließenden Rechtsbehelfsverfahren** oder einem finanzgerichtlichen Verfahren anfallen.

Die Klägerin war zur Beibringung eines Verkehrswertgutachtens für den ererbten Grundbesitz nicht verpflichtet gewesen. Die Regelung des § 138 Abs. 4 BewG räume dem Erben vielmehr nur die Möglichkeit ein, durch den Nachweis eines unter dem festgestellten Bedarfswert liegenden Verkehrswertes eine niedrigere Erbschaftsteuerfestsetzung zu erreichen. Es handele sich dann um **Rechtsverfolgungskosten**.

Schließlich habe die Klägerin die Gutachten erst im Einspruchsverfahren eingeholt. Schon deshalb sind die Gutachterkosten als Kosten der Rechtsverfolgung und nicht Aufwendungen für die abzugebende Erbschaftsteuererklärung.

Anmerkung Das Gericht hat die Revision zum Bundesfinanzhof „zur Fortbildung des Rechts“ zugelassen. Die Entscheidung wird hier mit Spannung erwartet, weil nach meiner Auffassung, die Gutachterkosten – jedenfalls – dann (zumindest teilweise) angesetzt werden müssten, wenn daraufhin der Erbschaftssteuerbescheid geändert wird. Es dürfte dann auch keinen Unterschied machen, wann das Gutachten in Auftrag gegeben wurde, bereits vor dem Rechtsbehelfsverfahren oder danach. Da es sich bei der Steuer um Eingriffsverwaltung handelt, sollten immer die angemessenen Kosten abgezogen werden können, die für ordnungsgemäße – und gleichmäßige - Besteuerung notwendig sind.

Tipp: Bis zur Klärung der Frage, ob Gutachterkosten als Aufwendungen bei der Erbschaftsteuererklärung zu berücksichtigen sind oder nicht, sollte jedenfalls erwogen werden, die Gutachten anzufertigen, bevor es ins Rechtsbehelfsverfahren geht. Auch ist zu erwägen ein laufendes Erbschaftsteuerverfahren insoweit offen zu halten.

3. Vergütung des Testamentsvollstreckers und Steuern

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung wird immer wieder empfohlen, um Ärger und Kosten bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft zu vermeiden.

Die Testamentsvollstreckung kann aber wegen der Vergütung ein steuerliches Gestaltungsmittel sein.

Art und Höhe der Vergütung kann der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügungen bestimmen.

Bei der Abwicklungsvollstreckung liegt eine angemessene Vergütung meist um die 4 % des Nachlasswertes, so etwa die Regelungen der fortentwickelten „Rheinischen Tabelle“.

Steuerlich sind zwei Ebenen zu unterscheiden: zum einen die beim empfangenden Testamentsvollstrecker; zum anderen die beim verpflichteten Erben.

a) Ebene: Besteuerung beim Testamentsvollstrecker

Soweit natürliche Personen nur gelegentlich eine Testamentsvollstreckung unternehmen, wird die Vergütung meist keine gewerblichen Einkünfte sein, § 15 Abs. 2 S.1 EStG. Allerdings greift dann § 22 Nr. 3 EStG – sonstige Einkünfte.

Ist ein Familienangehörigen Testamentsvollstrecker wird man bei einer einmaligen Vollstreckung meist nicht von einer umsatzsteuerlichen Unternehmereigenschaft ausgehen können (umstritten). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Vollstreckung für eine längere Zeit andauert.

Erhält der Testamentsvollstrecker eine Vergütung, welche die Angemessenheit bewusst überschreitet, ist diese nach Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 2. Februar 2005 nicht **erbschaftssteuerpflichtig**, dafür aber voll **einkommenssteuerpflichtig**, wenn die Zuwendung von der Übernahme des Amts abhängt.

Um die Besteuerung mit der Einkommenssteuer zu vermeiden, kann der Erblasser ein **Vermächtnis** zugunsten des Testamentsvollstreckers aussetzen. Dabei sollte dann das Vermächtnis unabhängig von der Annahme der Testamentsvollstreckung angeordnet werden.

Hier sollte der Erblasser für sich klären, ob er das Vermächtnis auch anordnet würde, wenn der Begünstigte die Testamentsvollstreckung nicht übernimmt.

Häufig erhält der Testamentsvollstrecker seine **Vergütung durch eine einmalige Zahlung**, auch wenn er über Jahre hinweg tätig war. Diese kann in Hinblick auf die Progressionswirkung der Einkommenssteuer nachteilig sein. Daher sollte hier geprüft werden, ob eine Verteilung der Einkünfte auf mehrere Jahre nach § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 EStG (**Tarifermäßigung**) möglich ist.

b) Ebene: Besteuerung beim Erben

Die Kosten für die **Abwicklungsvollstreckung** sind als **Nachlassverbindlichkeit** bei der **Erbschaftssteuer** abzugsfähig (Abwicklungs-, Konstitutions-, und Auseinandersetzungsgebühr). Ein Abzug der Vergütung für die Verwaltervollstreckung ist jedoch nicht abzugsfähig, da diese als Kosten der Verwaltung angesehen werden, § 10 Abs. 5 Nr. 3 S. 2 ErbStG.

Allerdings kommt ein Abzug der Verwaltervollstreckung bei der **Einkommenssteuer** als Betriebsausgaben oder Werbungskosten in Betracht.

c) Gestaltung zur Vermeidung der „Berliner Testaments“

Das Berliner Testament, wonach der überlebende Ehegatte zum Alleinerben und die Kinder zu Schlusserben eingesetzt werden, hat vielfältige erbschaftssteuerliche Nachteile. Diese können auch durch die unmittelbare Einsetzung der nächsten Generationen (Kinder) durch den erstversterbenden Ehegatten vermieden werden. Um die Versorgung des überlebenden Ehegatten zu sichern, wird dieser zum Testamentsvollstrecker ernannt und erhält eine ausreichende Vergütung. Dadurch wird eine zusätzliche Erbschaftssteuer auf der Ebene des Ehegatten vermieden und der überlebende Ehegatte erhält die volle Verfügungsbefugnis über den Nachlass. Über die Testamentsvollstreckervergütung wird er versorgt. Dieses Modell kann bis zu 30 Jahre „gelebt“ werden.

4. Kann der Erbe den Pflichtteil bei der Erbschaftssteuer abziehen?

Der Erbe muss nur das versteuern, was er nach Abzug der Verbindlichkeiten erhält. Abzuziehen sind auch die Erbfallschulden. Dazu gehören Vermächtnisse, Auflagen und Pflichtteilsansprüche.

Die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen wird daher häufig zur Steuervermeidung benutzt.

Beispiel: Die wohlhabende Witwe verstirbt. Der einzige Sohn schlägt die Erbschaft aus. Erben sind die Enkel. Er macht nun gegenüber den Enkeln seinen Pflichtteil geltend. Auf diese Weise kann die erbschaftssteuerliche Belastung entfallen.

Doch bei solchen erbschaftssteuerlichen Gestaltungen muss man aufpassen:

Beispiel: Eheleute haben sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Der Ehemann verstirbt. Um Erbschaftssteuer zu vermeiden, macht der Sohn den Pflichtteil geltend. Allerdings vereinbaren Mutter und Sohn eine zinslose Stundung des Pflichtteils bis zum Ableben der Mutter.

Diesen Fall hat der Bundesfinanzhof 2007 entschieden. Nach seiner Ansicht könne die Ehefrau den Pflichtteil nicht von der Erbschaftssteuer abziehen, weil sie nicht mit dem Pflichtteil „wirtschaftlich belastet“ sei.

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs überzeugt allerdings nicht.

Zivilrechtlich ist die Forderung unbedingt entstanden. Ungewiss ist lediglich der Zeitpunkt des Wegfalls der zinslosen Stundung. Dieser Zeitraum ist daher bei der Bewertung der Forderungen über seine Abzinsung zu berücksichtigen. Daher müsste zumindest die abgezinsten Pflichtteilsforderung als Erbschaftssteuer mindernd zu berücksichtigen sein.

Grundsätzlich anerkannt ist auch, dass die Erfüllung einer verjährten Pflichtteilsforderung durch den Erben einen steuerlichen Abzugsposten darstellt. Die Erbschaftssteuer kann so nachträglich reduziert werden.

Beispiel: Das einzige Kind macht als Alleinerbe des nachverstorbenen Mutter seinen Pflichtteil nach dem erstversterbenden Vater geltend.

Dieser Fall wurde 1990 vom Finanzgericht München entschieden. Das Gericht hat die Abzugsfähigkeit im Ergebnis abgelehnt. Zivilrechtlich könnte dies damit begründet werden, da man gegen sich selbst nichts geltend machen kann (Konfusion). Der Sohn ist ja mit dem Tod der Mutter bereits selbst Alleininhaber des vom Vater auf die Mutter vererbten Vermögens geworden. Allerdings wird für erbschaftsteuerliche Zwecke nach § 10 Abs. 3 ErbStG gerade keine Konfusion angenommen.

Die Ablehnung des Abzugs könnte dann wegen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO gerechtfertigt werden. Aber auch das vermag nicht zu überzeugen. Hätte der Sohn den Pflichtteil bereits zu Lebzeiten der Mutter geltend gemacht, so wäre der Abzug unzweifelhaft anerkannt worden. Warum soll er nun schlechter behandelt werden, wenn er aus Rücksicht gegenüber der Letztversterbenden, den Pflichtteil erst nach ihren Tod geltend macht?

TIPP: Die Geltendmachung des Pflichtteils kann erbschaftssteuerlich vorteilhaft sein und sollte daher stets geprüft werden.

Allerdings muss man auch aufpassen, insbesondere wenn ein Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament (Berliner Testament) eine automatische Pflichtteilsentziehung im zweiten Erbfall herbeiführt, sog. „Pflichtteilsstrafklauseln“. In einem solchen Fall, könnte der Schlusserbe am Ende weniger bekommen, als (an sich) von allen Beteiligten gewünscht.

4. Schiffsbeteiligungen im Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht

Der Bundesfinanzhof (Az. II ZR 9/11) hat erneut dem Bundesverfassungsgericht das Erbschaftsteuergesetz zur Überprüfung vorgelegt. Dem Finanzhof missfällt die weitgehende Steuerbefreiung für Unternehmen. Den sog. Cash GmbHs, bei denen es um die Schaffung von begünstigten Betriebsvermögen durch „Cash“ geht, hat bereits das Jahressteuergesetz 2013 den Boden entzogen.

Es ist also wieder offen, ob das Erbschaftsteuergesetz in seiner jetzigen Form Bestand haben wird.

In vielen Fällen, wo die persönlichen Freibeträge nicht mehr reichen, etwa weil der Erblasser nur entferntere Verwandte begünstigen will oder kann, bietet die Schaffung von Betriebsvermögen und deren Überlassung an die Begünstigten ein interessante Gestaltung, um Erbschaftsteuer zu sparen.

In der Vergangenheit gab es für Schiffsbeteiligungen, als geschlossene Fonds, für die Frage der Anerkennung als Betriebsvermögen – jedenfalls bei Stellung des Anlegers als Kommanditist keine Schwierigkeiten.

Die Anlage in Schiffsfonds ist derzeit kein Zuckerschlecken. Nunmehr sind diese bereits im fünften Jahre in Krise. Eine Besserung sei auch nicht in Sicht (Bericht der Welt am Sonntag vom 25. November 2012 und FAZ vom 27. November 2012). Seit Krisenausbruch hätten 113 Schiffsfonds Insolvenz angemeldet. Die Transportpreise für Container (Frachtraten) und die Mietpreise für Handelsschiffe (Charterraten) seien niedrig. Nach Angaben von Björn Nullmeyer, Leiter der Spezialfinanzierung bei der Bremer Landesbank, bestünde vor allem für Schiffe, die jünger als zehn Jahre alt sind, ein Hoffnungsschimmer, dass sie wieder ins Geld kämen.

Schiffsbeteiligungen werden meist in Form einer GmbH & Co. KG aufgelegt. Der Anleger wird zum

Mitreeder; rechtlich in der Positionen als **Kommanditist**. Damit übernimmt er alle Chancen aber auch Risiken, die der Erwerb, der Betrieb und der spätere Verkauf des Schiffes mit sich bringen.

Die Haftung des Anlegers ist dann grundsätzlich auf die erbrachte Einlage beschränkt.

Bei Schiffsbeteiligungen liegen die Laufzeiten häufig zwischen 15 und 20 Jahren. Die Beteiligung endet, wenn der Fonds aufgelöst bzw. das Schiff verkauft wird.

Anleger können als Kommanditisten in das Handelsregister eingetragen oder über einen Treuhänder mittelbare Beteiligung halten. Umstritten ist, ob die **treuhänderische Beteiligung** das Betriebsvermögen entstehen lässt. Nach einer Entscheidung des Finanzgerichts Niedersachsen aus dem Jahre 2010 (Az: 3 K 215/09) soll das allerdings der Fall sein.

Die Anleger haben lediglich Mitwirkungs- und Kontrollrechte sowie eine Ergebnisbeteiligung und einen Anteil am Auseinandersetzungsguthaben. Meist wird ein Beirat gebildet, an der die Interessen der Anleger wahrnimmt.

Unterliegt die Gesellschaft der Tonnagesteuer, kann der Anleger keine besondere Werbungskosten geltend machen wie z. B. Zinsen für die Finanzierung der Beteiligung, § 5a EStG.

Wesentlicher Vorteil des Betriebsvermögens liegt darin, dass sowohl bei Schenkungen unter Lebenden als auch bei Erwerben von Todes wegen nach § 13a Erbschaftssteuergesetz (noch) einen Verschonungsabschlag von 85 % gewährt. Der verbleibende Betrag von 15 Prozent des Vermögenswertes pauschal als nicht begünstigtes Vermögen behandelt. Hier greift jedoch dann der Abzugsbetrag von 150.000 Euro. Übersteigt also der verbleibende Wert der Beteiligung (15 %) nicht die 150.000 Euro, fällt keine Erbschaftsteuer an.

Allerdings wird der Verschonungsabschlag nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt (Lohnsumme, Behaltensfrist).

Die Behaltensfrist beträgt fünf Jahre (optional 7 Jahre), vgl. § 13a Abs. 5 ErbStG.

Unklar und wohl nach jedem Schifffonds zu prüfen ist, ob nicht erbschaftsteuerschädliches Verwaltungsvermögen besteht, § 13b Abs. 2 ErbStG.

Wer in Schiffsbeteiligungen (vor allem auch) aus erbschaftsteuerlichen Gründen anlegt, wird die Hürde „begünstigtes Vermögen“ nehmen müssen.

Möglicherweise wird das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber hierfür neue Vorgaben diktieren. Auch bei den Schifffonds bleibt also alles im Fluss.

6. Absetzbarkeit von Prozesskosten

Im Vorsorgeberief 1/2011 habe ich den Abzug Beratungskosten bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer berichtet. Nun geht es über den Abzug von den Posten eines Prozesses als außergewöhnliche Belastung bei der Einkommensteuer. Anlass war die Rechtsprechungsänderungen des Bundesfinanzhofs (BFH v. 12.5.2011, VI R 42/10), nach der grundsätzlich die Kosten eines Prozesses als außergewöhnliche Belastung steuermindernd zu berücksichtigen sind.

Die Finanzverwaltung hat hierauf ‘für eine Übergangszeit‘ mit einem Nichtanwendungserlass reagiert (BMF-Schreiben vom 20.12.2011 IV C 4-S 2284/07/0031:002, 2011/1025909).

Grundlage für die Absetzbarkeit ist die Regelung in § 33 Abs. 1 EStG. Entstehen dem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands, kann auf **Antrag** die Einkommensteuer ermäßigt werden.

Zwangsläufiger in diesem Sinne sind Aufwendungen, wenn sich der Steuerpflichtige sich dieser aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann. Zudem müssen die Aufwendungen nach den Umständen angemessen sein. Der Steuerpflichtige übernimmt die Prozesskosten nicht freiwillig, weil er diese aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols zur Durchsetzung seiner Ansprüche eingehen muss.

Nach der neuen Rechtsprechung muss der zuführende Prozess aus der Sicht eines verständigen Dritten notwendig bzw. angemessen sein. Das ist nur dann der Fall, wenn eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht. Daher ist summarisch zu prüfen, ob der Erfolg mindestens ebenso wahrscheinlich der Misserfolg. Eine solche Prüfung sollte dem Verfahren durch einen Anwalt vorangehen und entsprechend dokumentiert werden.

Die außergewöhnlichen Belastungen sind nur insoweit abzugsfähig, als der Steuerpflichtige die Aufwendungen endgültig tragen muss.

Die Belastungen sind nach dem Abfluss-Prinzip (§ 11 Abs. 2 EStG) steuerlich geltend zu machen. Der Steuerpflichtige sollte also nicht bis zur Abschluss des Prozesses in letzter Instanz warten. Die Kosten sind daher prophylaktische bereits im Jahr der Zahlung geltend zu machen, auch wenn man zunächst gewonnen hat. Sollte man dann doch am Ende gewinnen, dann wäre der früherer Steuerbescheid zu korrigieren (§ 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO).