

2. Tatsächlicher Aufwand

Ist der mit dem Holen und Zurückbringen verbundene Aufwand für den umgangsberechtigten Elternteil noch zumutbar, so besteht keine Verpflichtung des allein sorgeberechtigten Elternteils zum Bringen und Zurückholen eines Kindes zum anderen Elternteil im Rahmen der Umgangausübung.³⁵ Soweit aber eine Mitwirkungshandlung des betreuenden Elternteils erforderlich ist und dieser durch seinen Wegzug eine erhebliche räumliche Distanz zum umgangsberechtigten Elternteil geschaffen und damit maßgeblich zur Entstehung des erheblichen Zeit- und Kostenaufwands im Rahmen des Umgangs beigetragen hat, so ist der betreuende Elternteil zur aktiven Mitwirkung verpflichtet.³⁶

Schließlich führt demgegenüber ein Umzug des umgangsberechtigten nicht ohne weiteres zu einer Ausweitung der Umgangskontakte, auch wenn die Umgangskontakte durch den arbeitsbedingten Umzug erschwert sind. Die notwendigen Anreizeiten sind dann innerhalb der festgelegten Umgangszeiten zurückzulegen.³⁷ Zudem kann der Umzug des umgangsberechtigten Elternteils an einen weit entfernten Wohnort aus Kindeswohlgesichtspunkten dazu führen, dass der bisherige zweiwöchige Umgangsrhythmus nicht mehr kindeswohlgerecht ist.³⁸ Wird der Umfang des Umgangs auf Grund einer zeitlichen Entfernung eingeschränkt ist, ist der telefonische Kontakt zuzulassen, um dem entfernten Elternteil zu ermöglichen, sich über das Wohlbefinden des Kindes zu vergewissern und den Kontakt zum Kind zu pflegen.³⁹

III. Zusammenfassung

Bei einem Wegzug oder Auswanderung des betreuenden Elternteils wiegt dessen Elternrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art 2 GG regelmäßig schwerer als das Elternrecht

des anderen Elternteils auf Umgang aus Art. 6 GG. Der betreuende Elternteil muss daher weder nachvollziehbare Motive für den Umzug oder die Auswanderung darlegen, noch ist das FamG berechtigt diese Motive zu überprüfen oder zu bewerten. Im Streitfall zwischen den Sorgeberechtigten ist daher alleine das Kindeswohl maßgebliches Kriterium für eine Sorgeentscheidung. Die Kindeswohlprüfung hat das FamG unter Zugrundelegung der Umzugsentscheidung zu treffen, die Prüfung hat nicht die Frage zum Gegenstand, ob die Umzugsentscheidung selbst kindeswohlgerecht ist.

Nicht kindeswohlgerecht ist aber eine durch den Umzug beabsichtigte oder hervorgerufenen dauerhafte Umgangsverteilung. Die weitere Durchführung des Umgangs ist daher bei einer Sorgeentscheidung zu berücksichtigen.

Für den Umgang sind die geänderten Verhältnisse nach Umzug/Auswanderung zu berücksichtigen und Art und Dauer des Umgangs inklusive der jeweilige An- und Abreise den Bedürfnissen des Kindes anzupassen. Der betreuende Elternteil ist unter Umständen verpflichtet den Umgang durch zumutbare Mitwirkung sicher zu stellen. Unterhaltsrechtlich sind ggf. erhöhte Umgangskosten zu berücksichtigen.

35 OLG Nürnberg, Beschl. v. 10.12.1998 – 7 UF 3741/98, FamRZ 1999, 1008, NJWE-FER 1999, 146.

36 OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.05.2008 – 10 UF 119/07, FamRZ 2009, 131; Verpflichtung, das Kind auf eigene Kosten zum Flughafen zu bringen und abzuholen; OLG Schleswig, Beschl. v. 03.02.2006 – 13 UF 135/05, FamRZ 2006, 881; anteilige Übernahme des für das Bringen und Holen der Kinder erforderlichen Aufwands.

37 OLG Köln, Beschl. v. 15.03.2012 – 4 UF 18/12; 4-jähriges Kind, Erfurt/Bonn.

38 OLG Brandenburg, Beschl. v. 12.10.2009 – 10 UF 118/07 –, FamRZ 2010, 740 L.

39 KG, Beschl. v. 28.10.2005 – 13 UF 119/05, FamRZ 2006, 878.

Blickpunkt SteuerR

Steuerfalle Schenkungsteuer bei Oder-Konten

von Renate Perleberg-Kölbel, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familien-, Steuer- und Insolvenzrecht, Mediatorin sowie Gutachterin, Hannover

Häufig eröffnen Eheleute ein Gemeinschaftskonto, ein sog. Oder-Konto. Zahlt hauptsächlich nur ein Ehegatte auf dieses Konto ein, besteht die Gefahr, dass es zu einer der Schenkungsteuer unterliegenden Zuwendung an den anderen Ehegatten kommt. Es muss vom Finanzamt allerdings anhand objektiver Tatsachen nachgewiesen werden, dass der nicht einzahlende Ehegatte im Verhältnis zum einzahlenden Ehegatten tatsächlich und rechtlich frei zur Hälfte über das eingezahlte Guthaben verfügen kann.

I. Rechtsgrundlagen

Erbschaften und Schenkungen sind steuerpflichtige Erwerbe. Für Erwerbe nach dem 31.12.2008 ist das ErbStRG v. 24.12.2008 anzuwenden, das am 01.01.2009 in Kraft getre-

ten ist.¹ Das BVerfG hatte zuvor die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs für als mit dem GG unvereinbar gehalten.² Die Höhe der Erbschaftsteuer richtet sich nach dem Verwandtschaftsverhältnis zum Verstorbenen oder zum Schenker. Persönliche Freibeträge regeln die §§ 15, 16 ErbStG und RE 15. 1-3 ErbStR. Ehegatten werden der Steuerklasse I zugeordnet. Der Freibetrag beläuft sich auf 500.000 €. Mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile werden gem. § 14 Abs. 1 ErbStG in der Weise zusammengerechnet, dass

1 BGBl. I 2008, 3018.

2 BVerfG NJW 2007, 573.

dem letzten Erwerb die früheren Erwerbe nach ihrem früheren Wert zugerechnet werden. Steuerbefreit nach § 13 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG sind z.B. Schenkungen beweglicher körperlicher Gegenstände unter Eheleuten, soweit deren Wert insgesamt 12.000 € nicht übersteigt.

Die Beendigung der Gütergemeinschaft hat grundsätzlich keine schenkungsteuerlichen Auswirkungen, und zwar sowohl bei einer realen Teilung des Gesamtguts als auch bei einer Auseinandersetzung nach §§ 1475, 1476 BGB. Im Fall der Scheidung ist gem. § 1478 BGB das rückzuerstatten, was in die Gütergemeinschaft wertmäßig eingebracht worden ist. Bei Geltendmachung dieses Anspruchs führt dies bei dem Ehepartner, der weniger eingebracht hat, zu einer Bereicherung. Diese muss nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG wegen des Rückforderungsrechts nach § 1478 BGB herausgegeben werden mit der Folge, dass die Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit erlischt. Liegt bereits ein Schenkungsteuerbescheid vor, muss dieser aufgehoben bzw. geändert werden. Die Geltendmachung des Anspruchs nach § 1478 BGB stellt ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO dar.³

II. Entscheidung des BFH vom 23.11.2011⁴

Auch eine Zahlung eines Ehegatten auf ein sog. Oder-Konto beider Ehegatten kann eine Schenkungsteuer auslösende Zuwendung i.S. von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an den anderen Ehegatten darstellen. Aus der Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung⁵ ergibt sich nichts anderes. Bei einem Oder-Konto sind die Ehegatten generell Gesamtgläubiger nach § 428 BGB. Dies hat zur Folge, dass sie nach § 430 BGB im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt sind, »soweit etwas nicht anderes bestimmt ist«. Wenn der eine Ehegatte auf die vom anderen Ehegatten geleisteten Mittel zur Bildung eigenen Vermögens zugreifen kann, spricht dieses zunächst dafür, dass es bei der gesetzlichen Ausgleichsregel des § 430 BGB bleiben soll. Jeder Ehegatte kann über den danach auf ihn entfallenden Teil des Kontoguthabens tatsächlich und rechtlich frei verfügen.

Allein eine Einzahlung auf dem Oder-Konto durch einen Ehegatten ist für den BFH kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass der nicht einzahlende Ehegatte zur Hälfte an dem eingezahlten Betrag beteiligt werden soll. Oft lässt sich nicht aufklären, ob ein von der Auslegungsregel des § 430 BGB abweichendes Innenverhältnis zwischen den Eheleuten in Bezug auf ein Gemeinschaftskonto vorliegt, weil die Eheleute weder eine schriftliche noch eine mündliche Vereinbarung getroffen haben und sich aus der Handhabung des Kontos entweder keine oder solche Anhaltspunkte ergeben, die für und gegen die Alleinberechtigung eines Ehegatten sprechen. In diesem Fall sind die Grundsätze zur Feststellungslast anzuwenden. Hiernach trägt das Finanzamt die Feststellungslast für die Tatsachen, die zur Annahme einer freigebigen Zuwendung erforderlich sind. Das Finanzamt muss also beweisen, dass der nicht einzahlende Ehegatte über das Guthaben auf dem Oder-Konto zur Hälfte tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann und somit durch die Zuwendung des hälftigen Guthabens bereichert ist. Diese Feststellungslast erstreckt sich auch darauf, dass die Eheleute keine von der Auslegungsregel des § 430 BGB abweichende Vereinbarung getroffen haben und deshalb kein Rückforderungsanspruch des einzahlenden Ehegatten gegenüber dem anderen Kontoinhaber besteht.

Ausnahme: Gibt es hinreichend deutliche objektive Anhaltspunkte dafür, dass beide Ehegatten zu gleichen Anteilen am Kontoguthaben beteiligt sind, trägt der zur Schenkungsteuer herangezogene Ehegatte die Feststellungslast für die Behauptung, dass im Innenverhältnis nur der einzahlende Ehegatte berechtigt sein sollte.

III. Gestaltungshinweise

1. Das Urteil des BFH darf nicht als teilweise Entwarnung verstanden werden.⁶ Um den Tatbestand der Schenkung gar nicht erst entstehen zu lassen, sollten die Ehegatten ausdrückliche und **schriftliche Vereinbarungen** darüber treffen, in welchem Umfang sie an einem gemeinsamen Oder-Konto beteiligt sein sollen.

2. Nachträglich können die Grundsätze über die **Störung der Geschäftsgrundlage** nach § 313 BGB und dem daraus resultierenden Widerruf der Schenkung in Betracht kommen. Der Irrtum über den Anfall von Schenkungsteuer kann zur Störung der Geschäftsgrundlage und zum Erlöschen der Steuer mit Wirkung für die Vergangenheit führen, § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die Rückabwicklung muss allerdings im zeitlichen Zusammenhang mit dem Bekanntwerden von Schenkungsteuer erfolgen.⁷ Expertenrat ist zuvor einzuholen.

3. Zur Vermeidung einer Schenkungsteuerpflicht ist an die **Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses** zu denken. Das Treuhandverhältnis bewirkt die Beschränkung der im Außenverhältnis eingeräumten Rechtsmacht im Innenverhältnis durch die schuldrechtliche Treuhandabrede. Das Treuhandverhältnis ist gekennzeichnet durch die Weisungsgebundenheit des Treuhänders sowie die Verpflichtung des Treuhänders, das Treugut jederzeit wieder an den Treugeber herauszugeben. Mit der Treuhandvereinbarung könnte in Bezug auf das gemeinschaftliche Oder-Konto vereinbart werden, dass der nicht einzahlende Ehepartner im Innenverhältnis nicht frei über das Vermögen auf dem Oder-Konto verfügen darf und in Bezug auf etwaige Entnahmen vom Konto ein entsprechender Erstattungsanspruch besteht.⁸ Ein wirksames Treuhandverhältnis wird selbst dann noch angenommen, wenn ein gemeinsames Ehegatten-Konto dazu verwendet wird, die Kosten der laufenden Lebensführung zu bestreiten. Der Treuhänder darf jedoch kein eigenes Vermögen auf dem angeblichen treuhänderisch gehaltenen Vermögen aufbauen.⁹

4. Rückgängig machen lassen sich schenkungsteuerpflichtige Tatbestände bei Zugewinngemeinschaften nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG bzw. durch die **sog. Güterstandsschaukel** unter Hinweis auf § 5 und § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG¹⁰.

Hierbei muss allerdings folgendes beachtet werden:

Der Güterstandswechsel ist sowohl bei der Zugewinngemeinschaft nach §§ 1363 ff. BGB als auch bei Gütertrennung

3 Klein FamVermR/Perleberg-Kölbel, Kap. 2 Rn. 1283.

4 BFH v. 23.11.2011 – II R 33/10, www.bundesfinanzhof.de; ZAP EN-Nr. 318/2012.

5 BGH NJW 1992, 564; BFH BStBl. II 1994, 366.

6 Milatz/Herbst, NWB 2012, 2063.

7 Milatz/Herbst DStR 2011, 706, www.bundesfinanzhof.de.

8 Milatz/Herbst, NWB 2012, 2063.

9 FG Hamburg, Urt. v. 28.04.2009 – 3 K 185/07, FAAAD-31819; BFH BStBl. II 2008, 28; Götz, ZEV 2007, 601; Milatz/Herbst, DStR 2011, 646.

10 »Gütertrennung für einen Abend«: Schlünder/Geissler NJW 2007, 482; dies. FamRZ 2005, 149; Götz ZEV 2011, 408.

möglich¹¹. Durch den Güterstandswechsel endet die Zugewinnsgemeinschaft unter Lebenden bzw. die Gütertrennung und der steuerfreie Ausgleich ist durchzuführen.

Die ErbStR 2011 beschäftigen sich in R E 5.2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 ErbStR mit der sog. Güterstandsschaukel¹². Danach führt eine entstehende Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 3 BGB nicht zum steuerpflichtigen Erwerb, § 5 Abs. 2 ErbStG. Verzichtet der berechtigte Ehegatte auf die geltend gemachte Ausgleichsforderung, kann, sofern Bereicherung und Wille zur Unentgeltlichkeit gegeben sind, darin eine Schenkung unter Lebenden an den verpflichteten Ehegatten liegen. Erfolgt der Verzicht gegen eine Abfindung, tritt diese an die Stelle der Ausgleichsforderung und ist damit ebenfalls steuerfrei. Dasselbe gilt auch für die Übertragung von Gegenständen unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung, § 1383 Abs. 1 BGB. Die Nichtsteuerbarkeit gilt auch hinsichtlich einer durch Ehevertrag gem. § 1408 BGB oder Vertrag im Zusammenhang mit einer Ehescheidung gem. § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB modifizierten Ausgleichsforderung als Ausfluss der bürgerlich-rechtlichen Gestaltungsfreiheit der Ehegatten bei der Ausgestaltung des Zugewinnausgleichs.

Aber Vorsicht: Soweit durch solche Vereinbarungen einem Ehegatten für den Fall der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft eine erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung verschafft wird, liegt eine steuerpflichtige Schenkung auf den Todesfall i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG bzw. eine Schenkung unter Lebenden, § 7 Abs. 1 Nummer 1 ErbStG, vor, wenn mit den Vereinbarungen in erster Linie nicht güterrechtliche, sondern erbrechtliche Wirkungen herbeigeführt werden sollen.

Eine überhöhte Ausgleichsforderung kann auch vorliegen, wenn die tatsächliche Ausgleichsforderung, z.B. durch Vereinbarung eines vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegenden Beginns des Güterstands oder eines abweichenden Anfangsvermögens, die sich nach §§ 1373 bis 1383 und 1390 BGB ohne Modifizierung ergebende Ausgleichsforderung übersteigt. Der Ehegatte, der auf Grund der Vereinbarungen bei Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft die überhöhte Ausgleichsforderung geltend macht, wird entsprechend objektiv bereichert. Der Wille zur Unentgeltlichkeit seitens des zuwendenden Ehegatten ist dabei auf der Grundlage der ihm

bekanntem Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen zu bestimmen. Es genügt die Kenntnis, dass der andere Ehegatte keinen Rechtsanspruch auf die Vereinbarungen und die dadurch sich erhöhende Ausgleichsforderung hatte und auch kein rechtlicher Zusammenhang mit einer Gegenleistung des anderen Ehegatten bestand.

§ 5 Abs. 2 ErbStG ist auch nicht anwendbar, wenn Ehegatten durch Ehevertrag lediglich den während des bisherigen Bestehens des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft entstandenen Zugewinn ausgleichen, ohne den Güterstand zu beenden, so dass von Gesetzes wegen keine Ausgleichsforderung entstanden ist, sog. fliegender Zugewinnausgleich.¹³ Die Güterstandsschaukel sollte in zwei getrennten Urkunden mit einem Abstand von mindestens einem Monat errichtet werden.¹⁴ Der Vorwurf einer missbräuchlichen Gestaltung kann so vermieden werden.

Ertragsteuerlich ist zu beachten, dass lediglich nicht steuerverstrickte Wirtschaftsgüter übertragen werden, da der Ausgleich des Zugewinns als entgeltliches Rechtsgeschäft i.S.d. Einkommensteuerrechts gewertet wird. Hier besteht aber dann die Möglichkeit, einen steuerbaren Veräußerungsverlust zu generieren, wenn zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs ein Wirtschaftsgut übertragen wird, dessen Verkehrswert unter den (fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten liegt. In diesem Fall führt die Anrechnung auf den Zugewinn zwar nicht zu einem rückwirkenden Entfallen der Schenkungsteuerpflicht; es bieten sich dafür aber ertragsteuerliche Vorteile.

IV. Fazit

Die Einzahlung eines Ehepartners auf ein Gemeinschaftskonto kann ein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang sein. Ehepartner haben daher zur Vermeidung Regelungen zu treffen, wonach der eingezahlte Betrag allein dem einzahlenden Ehepartner zur freien Verfügung steht. Die Beweislast für die Schenkung trägt nach BFH zwar die Finanzverwaltung, bei Gestaltungsfragen sollte vorab jedoch steuerlicher Rat eingeholt werden.

11 BFH, Beschl. v. 27.10.1972 – II B 7/72, www.bundesfinanzhof.de; BFH BStBl. II 1978, 217; BFH BB 1979, 1208.

12 BFH, Urt. vom 12.07.2005 – II R 29/02, www.bundesfinanzhof.de.

13 Milatz/Herbst, NWB 2012, 2063.

14 Milatz/Herbst, DStR 2011, 706.