

Steuervermeidungsstrategien bei Übertragung von selbstgenutzten Immobilien anlässlich von Trennung und Scheidung

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

Veräußerungen von Wirtschaftsgütern innerhalb bestimmter Fristen führen zu Wertsteigerungen und unterliegen als private Veräußerungsgeschäfte (früher sog. Spekulationsgeschäfte¹) i.S.d. §§ 22 Nr. 2, 23 EStG der Besteuerung, wenn sie dem Privatvermögen entstammen und nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG fallen. Häufig ist dies bei der Übertragung von Immobilien anlässlich von Trennung oder Scheidung der Fall.² Auch Immobilien, die aus der Auflösung einer Zugewinnsgemeinschaft erlangt werden, fallen unter § 23 EStG. Dies gilt auch, wenn der Übernahmepreis mit dem Zugewinnausgleichsanspruch verrechnet und die Immobilie ganz oder teilweise an Erfüllung statt für den Zugewinnausgleichsanspruch übertragen wird.³

I. Historie

Gewinne aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften unterlagen nach der bis zum 31.12.1998 geltenden Rechtslage der ESt, wenn der Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung weniger als zwei Jahre betrug. Ab dem Veranlagungszeitraum 1999 wurde der Zeitraum für Spekulationsgeschäfte rückwirkend um acht Jahre verlängert. Hierzu wurde das BVerfG⁴ angerufen, das die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist bei Grundstücksveräußerungsgeschäften auf zehn Jahre teilweise für verfassungswidrig hielt. Die Verlängerung der Spekulationsfrist für bereits nach altem Recht erworbene Grundstücke verstieß danach als echte Rückwirkung gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes und war nichtig, soweit in einem Veräußerungsgewinn Wertsteigerungen erfasst waren, die bis zur Verkündung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 am 31.03.1999 entstanden waren.

II. Übertragung von Grundstücken

1. Entgeltliche Übertragungsfälle

Entgeltliche Übertragungen von Grundstücken führen zu steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen, wenn sie innerhalb der Spekulationsfrist von zehn Jahren vorgenommen werden, § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Wurde ein unbebautes Grundstück angeschafft, bebaut und innerhalb der maßgeblichen Frist veräußert, ist Gegenstand der Veräußerung auch das darauf errichtete Gebäude oder der Gebäudeteil.

Unter die entgeltlichen Übertragungsfälle fallen Kauf- und Tauschverträge, verbindliche Verkaufsangebote, soweit kein Widerruf mehr möglich ist und auch Zwangsversteigerungen. Stichtag ist grundsätzlich der Tag des Abschlusses der notariellen Vereinbarung.

Zu einem Veräußerungsvorgang kommt es auch bei Übertragung eines Grundstücks aus dem Privatvermögen in das Gesellschaftsvermögen einer Mitunternehmerschaft, z.B. einer KG, oder in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten. Bei Einlage eines Wirt-

schaftsguts in das Betriebsvermögen gilt eine Veräußerungsfiktion, wenn die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen innerhalb von zehn Jahren seit der Anschaffung oder eine verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft vorgenommen worden ist. Bei behördlichen Genehmigungen, Zustimmungen Dritter (z.B. nach § 12 WEG) und vormundschafts- oder nachlassgerichtlichen Genehmigungen tritt die Bindung (und demzufolge der objektive Veräußerungstatbestand) erst mit Zugang der Genehmigungen ein.

Praxishinweis:

Bei einer Rückabwicklung des Veräußerungsvorgangs entfallen die Wirkungen des § 23 EStG rückwirkend. Eine Rückabwicklung liegt vor, wenn das Rechtsgeschäft vor Besitzübergang oder Grundbuchumschreibung z.B. infolge eines gesetzlichen Rücktrittsrechts aufgehoben wird. Ein inzwischen erfolgter Eigentumswechsel ist nicht steuerschädlich. Bei der Rückabwicklung handelt es sich um ein rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO. Steuerbescheide sind aufzuheben oder zu ändern. Im Jahr der Rückabwicklung darf keine Abschreibung mehr in Anspruch genommen werden.⁵ Eine Rückabwicklung als Folge von Vertragsstörungen führt nicht zu einem erneuten Veräußerungsvorgang.⁶

2. Ausnahmetatbestände

Die Veräußerung von Wirtschaftsgütern i.S.v. § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG löst keine Besteuerungsvorgänge aus, wenn die Nutzung des jeweiligen Wirtschaftsguts entweder ununterbrochen zwischen der Anschaffung und der Veräußerung oder zumindest im Jahr der Veräußerung und den beiden vorangegangenen Jahren ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken vorgenommen wurde.

Eine Nutzung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken wird angenommen, wenn die Wohnung vom Steuerpflichtigen allein oder mit Angehörigen genutzt wird. Eine nur teilweise alleinige Nutzung, z.B. i.R. einer doppelten Haushaltsführung, reicht aus. Dem Eigentümer müssen jedoch Räume verbleiben, die den Wohnungsbegriff erfüllen.

Auch die **unentgeltliche** Nutzungsüberlassung an ein Kind, für das Anspruch auf Kindergeld oder Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG besteht, erfüllt den Ausnahmetatbestand.⁷

1 Hierzu OFD München DB 2001, 1533.

2 Beispiele bei C. Kleffmann FuR 2011, 381.

3 Engels FF 2004, 285 m.w.N.

4 BVerfG v. 07.07.2010 – 2 BVL 14/02 Absatz-Nr. 54 ff., unter www.bundesverfassungsgericht.de.

5 BFH BStBl. II 2008, 480.

6 BFH DStRE 2006, 1835.

7 BFH BStBl. II 1994, 544; z.B. Studentenwohnung.

Der erforderlichen eigenen Wohnnutzung steht nicht entgegen, wenn der Eigentümer das Objekt gemeinsam mit Dritten nutzt, sofern die Dritten **unentgeltlich** bei ihm wohnen.

Unschädlich ist auch ein Leerstand des Wohneigentums vor der Veräußerung, wenn die Veräußerung noch im Jahr der Nutzungsbeendigung erfolgt.⁸

3. Keine Ausnahmetatbestände

Die Nutzung eines häuslichen Arbeitszimmers erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal der »Nutzung zu eigenen Wohnzwecken«.

Ebenso wenig stellt die unentgeltliche Überlassung ausschließlich an andere Angehörige, z.B. den Ehepartner (allein oder mit Kindern), eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken dar. Auf eine Unterhaltsberechtigung kommt es nicht an.⁹ Zieht demnach der Eigentümer-Ehegatte bei der Trennung aus und verbleibt der andere in der Wohnung, ohne selbst Eigentümer zu sein, liegt keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken mehr vor.¹⁰

Sind beide Ehegatten Miteigentümer und zieht nur einer aus, muss die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken für jeden Miteigentümer getrennt beurteilt werden. Ehegatten sind die Veräußerungsvorgänge steuerrechtlich getrennt zuzurechnen.

III. Ermittlung des Veräußerungsgewinns

Der Veräußerungsgewinn gem. § 23 Abs. 3 EStG ergibt sich aus dem Verkaufspreis nach Abzug der Anschaffungskosten und den Kosten der Veräußerung als Werbungskosten. Die Anschaffungskosten sind bei Kaufverträgen ab dem 31.07.1995 bzw. in Herstellungsfällen ab dem 31.12.1998 zuvor um die in Anspruch genommenen Abschreibungen, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen zu mindern, § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG.

Praxishinweis:

Bei Immobilien in den neuen Bundesländern kommt es folglich häufiger zu einer Besteuerung von Veräußerungsgewinnen, selbst wenn der tatsächliche Verkaufserlös weit unter den historischen Anschaffungskosten liegen sollte!

Es gibt keinen Freibetrag. Die Einkommensteuer sieht lediglich eine Freigrenze für Veräußerungsgewinne von weniger als 600 € pro Kalenderjahr vor, d.h. bei einem Veräußerungsgewinn von z.B. 601 € ist der gesamte Betrag der Besteuerung zu unterwerfen.

Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften können nur mit Gewinnen aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften desselben Veranlagungszeitraums verrechnet werden, nicht aber mit sonstigen Einkunftsarten, § 23 Abs. 3 Sätze 8 und 9 EStG. Schuldzinsen mindern den Veräußerungsgewinn nur, soweit sie auf den Zeitraum der Verkaufsabsicht entfallen.¹¹

Werden bei Übertragungsvorgängen im Rahmen der Veräußerung Entgelte in Form von Kaufpreisrenten, Abfindungszahlungen, Schuldübernahmen usw. vereinbart oder kommen tauschähnliche Vorgänge wie etwa die Anteilsvergabe bei einer Verschmelzung¹² sowie Leistungen anstelle entstandener Zugewinnausgleichsansprüche¹³ zum Tragen, führt der Erwerber die Haltefrist des Vorgängers fort. Unentgeltliche Erwerbe verwirklichen hier keinen Anschaffungsvorgang. Bei gemischten Schenkungen entstehen auf diese Weise un-

terschiedliche Anschaffungskosten und Haltefristen für den entgeltlichen Teil und den unentgeltlichen Teil. Die historischen Anschaffungskosten des Voreigentümers bleiben weiter maßgeblich.¹⁴

IV. Vermeidungsstrategien/Haftungshinweise

Ist die Zehn-Jahresfrist noch nicht abgelaufen, sollten folgende Überlegungen angestellt werden:

Zieht der Eigentümerehegatte i.R.d. Trennung aus dem Familienheim aus, sollte noch im gleichen Jahr die Übertragungsvereinbarung geschlossen werden.¹⁵ Es ist darauf zu achten, dass im Jahr des Auszugs auch das wirtschaftliche Eigentum (Besitzübergang, Nutzen und Lasten) übergeht.¹⁶

Dies gilt auch für den Fall, dass der Ehegatteneigentümer die Immobilie an den anderen Ehegatten überträgt.

Kommt es erst im Folgejahr der Nutzung zu einer Übertragung, muss im Hinblick auf den zu versteuernden Veräußerungsgewinn in der Auseinandersetzungsvereinbarung der Ehegatten die Aufteilung eines Veräußerungsgewinnes vorbehalten bleiben. Aus der Sicht des Veräußerers ist dann keine allgemeine Ausgleichsklausel in die Vereinbarung mit aufzunehmen. Es liegt gegebenenfalls ein Beratungsfehler vor!¹⁷

Ausgleichszahlungen oder Verrechnungen i.R. des Zugewinnausgleichs sind jedoch nicht steuerschädlich.¹⁸

Der Eigentümerehegatte kann, wenn er die Wohnung nicht allein oder mit Angehörigen oder Dritten weiter nutzt, die Nutzung einem Kind unentgeltlich überlassen. Für dieses Kind muss aber ein Anspruch auf Kindergeld oder ein Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG bestehen.

Steuernachteile bei anschließender Veräußerung sollen für den Miteigentümer vermeidbar sein, wenn er im eigenen bzw. gemeinsamen Grundbesitz vom Ehepartner getrennt i.S.v. § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB lebt.¹⁹

Da stets der Buchwert (Anschaffungskosten abzgl. Abschreibungen) zugrunde gelegt wird, werden in Folge der Übertragung stille Reserven aufgedeckt, die der Besteuerung unterfallen. Liegt der Veräußerungspreis unter dem tatsächlichen Verkehrswert, sollte dieser in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgespalten werden.²⁰

8 OFD München DStR 2001, 1298.

9 Gem. BMF BStBl. I 2000, 1383 ff. Rn. 22 muss allerdings jeder Ehegatte in der Lage sein, einen selbstständigen Haushalt zu führen, vgl. auch Krause, Das Familienheim bei Trennung und Scheidung, 2006 Kap. 7 Rn. 40 ff.

10 BMF BStBl. I 2000, 1383; Für den Fall, dass der andere Ehegatte zusammen mit einem kindergeldberechtigten Kind im Gebäude verbleibt: Wälzholz, FamRB 2002, 384; zweifelnd Engels, FF 2004, 285.

11 BFH ZfR 2004, 824.

12 BFH GmHR 2008, 1279.

13 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, Rn. 63 ff.

14 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, Rn. 2860 ff.

15 Vgl. Wälzholz, FamRB 2002, 382; Kogel, FamRZ 2003, 808; Arens, FPR 2003, 426.

16 Münch., Die Scheidungsimmobilie, 416 ff., Rn. 1012.

17 Kogel, MDR 2002, 1227.

18 Engels, FF 2004, 286.

19 BMF BStBl. I 2000, 1383 ff. Rn. 22: Jeder Ehegatte muss in der Lage sein, einen selbstständigen Haushalt zu führen, Krause, Das Familienheim bei Trennung und Scheidung, Kap. 7 Rn. 40 ff.

20 BFH NJW 2002, 382, 383.

Bei der Berechnung des Zugewinns wurde schon vor Jahren gefordert, ähnlich wie bei der Unternehmensbewertung zum Zwecke des Zugewinns²¹, auch einen Ausgleich für die latente Steuerlast zu berücksichtigen. Dieser Ansicht hat sich nun der BGH angeschlossen. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist es geboten, eine latente individuelle Steuerlast auch bei der Bewertung bei Grundstücken dann zu berücksichtigen, wenn deren Veräußerung – bezogen auf die Verhältnisse am Stichtag und ungeachtet einer bestehenden Veräußerungsabsicht – eine Steuerpflicht auslösen würde. Eine Bewertung, die auf den am Markt erzielbaren Preis abstellt, hat daher die mit einer Veräußerung zwangsläufig verbundene steuerliche Belastung wertmindernd mit einzubeziehen.²² Für eine stichtagsbezogene Wertermittlung kommt es nicht darauf an, welche Ertragsteuern bei einem künftigen Veräußerungsfall tatsächlich anfallen würden. Vielmehr ist die bei unterstellter Veräußerung zum Stichtag entstehende Steuerlast maßgebend. Das erfordert eine Berücksichtigung der steuerrechtlich relevanten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bezogen auf diesen Zeitpunkt²³.

Sind beide Ehegatten gemeinsam Eigentümer und zieht nur ein Ehegatte aus, ist sein Anteil mit der »Spekulationsteuer« behaftet, wenn die Veräußerung bzw. Übertragung nicht rechtzeitig steuerneutral vollzogen wird. Der Anteil des anderen Ehegatten, der die Immobilie weiter nutzt, ist u.U. steuerfrei, weil eine Veräußerung nach der Zehnjahresfrist erfolgt oder noch im Jahr der Nutzungsaufgabe. Im Rahmen der Vereinbarung sollte daher ein Vorbehalt zum Ausgleich der hälftigen Steuern²⁴ berücksichtigt werden.²⁵

Ebenso ist zu bedenken, dass mit der Versteuerung des Veräußerungsgewinns durch einen Ehegatten an den anderen

Ehegatten ein höherer Steuervorteil infolge einer erhöhten Abschreibung korrespondieren kann.²⁶ Die historischen Anschaffungskosten bleiben schließlich weiter für den erwerbenden Ehegatten maßgeblich.²⁷

Ferner sind im Rahmen der Vertragsgestaltung die Überlegungen mit einzubeziehen, ob nicht zunächst nur ein bindendes Angebot abgegeben werden sollte. Auch die Vereinbarung eines Vorkaufrechts oder der Abschluss eines Vertrages, zu dem noch eine Genehmigung zur Wirksamkeit aussteht, sind u.U. denkbar.²⁸

V. Fazit

Im Rahmen der familienrechtlichen Beratung müssen die Eigentumsverhältnisse rechtzeitig geklärt werden. Die Nutzungsverhältnisse sind zu prüfen, wenn die steuerschädlichen Fristen des § 23 EStG noch nicht abgelaufen sind.

Steuerliche Berater²⁹ sind bei den Gestaltungsüberlegungen mit einzubinden. Aus Haftungsgründen sollte der Mandant auf die steuerlichen Folgen, Fristen und Ausnahmetatbestände unverzüglich nach der Erstberatung schriftlich hingewiesen werden!

21 BGH FamRZ 2003, 860; FamRZ 2005, 1817; FamRZ 2006, 387; FamRZ 2007, 793; FamRZ 2011, 622 und 1367.

22 BGH FamRZ 2011, 1367; Kuckenburger, FuR 2012, 278.

23 BGH FamRZ 2011, 622; Kogel NJW 2011, 3337.

24 Schon Büte, FuR 2003, 364 und Kogel, FamRZ 2003, 808.

25 Krit. noch hierzu, weil die Steuerverhaftung nach Ablauf der Zehn-Jahresfrist herausfällt: Engels, FF 2004, 287.

26 Hierzu näher Münch, Die Scheidungsimmoblie, 399 ff., Rn. 957, 958.

27 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, Rn. 2860 ff.

28 Hierzu näher Münch, Die Scheidungsimmoblie, 402 ff., Rn. 965.

29 Z.B. www.iffg.de.

Sozialrecht aktuell

Unterhaltsvorschuss

zusammengestellt von Heinrich Schürmann, Vors. Richter am Oberlandesgericht, Oldenburg

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte betrifft immer wieder Themen, die gleichzeitig für das Familienrecht von Interesse sind. Die nachfolgende, nach Rechtsfragen geordnete Zusammenstellung informiert über die Entwicklung in der sozialrechtlichen Rechtsprechung. Amtliche Leitsätze sind mit »LS« gekennzeichnet.

I. Einkommen des Berechtigten

1. VGH Baden Württemberg, Urt. v. 29.11.2011 – 12 S 2650/10 – FamRZ 2012, 1098

Unterhaltszahlungen eines Elternteils sind nur dann Einkünfte des Berechtigten i.S.v. § 2 Abs. 3 UVG, wenn sie dessen eigenen Unterhaltsanspruch betreffen. Dies ist nicht der Fall bei Geldern, die im Wege der Zwangsvollstreckung aus

einem zugunsten eines weiteren in demselben Haushalt lebenden Kindes errichteten Titel beigetrieben werden.

2. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 O 6/11 – juris

Zur Frage des Verhältnisses zwischen dem Rückforderungsanspruch nach § 5 Abs. 2 UVG und dem Anspruchsübergang gemäß § 7 Abs. 1 UVG. (LS)

(Bezieht ein Berechtigter Unterhaltsvorschuss nach § 1 Abs. 1 UVG kann er in dieser Zeit Unterhaltszahlungen des anderen Elternteils nicht vereinnahmen, ohne dass diese vorrangig auf den Unterhaltsvorschuss angerechnet werden.)

3. BayVGH, Urt. v. 14.09.2010 – 12 BV 09.3107 – juris

Überweist der Elternteil, bei dem der (Unterhaltsvorschuss-)Berechtigte nicht lebt, die Kindergartenbeiträge für