

## Steuerfalle Scheidungsimmobilien

Von Renate Perleberg-Kölbel, Fachanwältin für Familien-, Steuer- und Insolvenzrecht, Hannover

Bei Begutachtungen lassen sich in Vereinbarungen über die Verteilung von Vermögen und insbesondere von Immobilien nicht selten Steuerfallen aufdecken. Grundproblem einer zu vereinbarenden Realteilung ist zunächst die Frage, ob Übertragungen bei einer Vermögensauseinandersetzung i.R.d. Zugewinnausgleichs von Eheleuten entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen.

Der BFH<sup>1</sup> hat bei folgenden Vertragstypen eine Entgeltlichkeit mit steuerlichen Konsequenzen angesehen:

- Verträge, die nur zwischen Ehegatten auf Erwerb und Veräußerung von Vermögensgütern gerichtet sind.
- Verträge, die den Austausch von Vermögensgütern vorsehen und diesen in den Gesamtzusammenhang des Zugewinnausgleichs stellen, und
- Verträge, in denen die Übertragung ausschließlich und allein zur Abgeltung des Zugewinns stattfinden.

Für einen teilentgeltlichen Erwerb gilt die Trennungstheorie. Der Vorgang wird in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufgespalten und getrennt betrachtet.<sup>2</sup>

### Praxishinweis:

Eine Veräußerung ist auch die Übertragung von Grundbesitz bei allen Rechtsgeschäften, die tauschähnlichen Charakter aufweisen. Dies wird häufig nicht beachtet. Steuerrechtlich ist auch die Übertragung von Sachwerten zur Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung ein entgeltliches Rechtsgeschäft. Es handelt sich um die Erfüllung einer Rechtspflicht gegen Übertragung eines Sachwertes und damit um ein tauschähnliches Geschäft, das den Veräußerungstatbestand des § 23 EStG erfüllen kann. Eine zunächst angenommene »Steuervermeidungsstrategie« entpuppt sich spätestens nach der aktuellen Rechtsprechung des BFH vom 10.02.2015<sup>3</sup> als Haftungsfalle.

### I. Steuerfalle: Private Veräußerungsgeschäfte als sonstige Einkünfte<sup>4</sup>

#### 1. Definitionen

Private Veräußerungsgeschäfte<sup>5</sup> gehören zu den sonstigen Einkünften i.S.v. § 22 Nr.2 EStG i.V.m. § 23 EStG. Private Veräußerungsgeschäfte sind auch Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken,<sup>6</sup> grundstücksgleichen Rechten und Gebäuden innerhalb von **zehn Jahren** zwischen Anschaffung und Veräußerung. Maßgeblich sind die obligatorischen Verträge.<sup>7</sup> Nach der aktuellen BFH-Rechtsprechung<sup>8</sup> liegt eine Veräußerung i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vor, wenn die rechtsgeschäftlichen Erklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist bindend abgegeben worden sind. Ein nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft ist für die Parteien bindend. Der außerhalb der Veräußerungsfrist liegende Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingung ist insoweit für die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unerheblich.

### Beispiel nach BFH:

Der Kläger erwarb im März 1998 ein Grundstück. Er verkaufte es mit notariellem Vertrag vom 30.01.2008, also nach neun Jahren, elf Monaten und ein paar Tagen. Der Kläger hatte mit dem Käufer eine Vereinbarung getroffen, nach der der Vertrag nur wirksam werden sollte, wenn eine bestimmte behördliche Freistellungsbescheinigung erteilt wird. Diese Bescheinigung lag erst am 10.12.2008 vor, also nach dem Ablauf der gesetzlichen Zehnjahresfrist. Streitig war, ob der Gewinn aus der Veräußerung des bebauten Grundstücks zu versteuern war, weil die Bedingung in Form der Entwidmung erst nach Ablauf der zehnjährigen Veräußerungsfrist eingetreten war.

### Lösung nach BFH:

Eine Veräußerung i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt vor, wenn die rechtsgeschäftlichen Erklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Veräußerungsfrist bindend abgegeben werden. Ein nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft ist für die Parteien bindend. Der außerhalb der Veräußerungsfrist liegende Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingung ist insoweit für die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unerheblich. Folglich ist der Veräußerungsgewinn zu versteuern!

Aus dem Wesen der Bedingung und dem Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB ist nach BFH zu folgern, dass das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft tatbestandlich mit seiner Vornahme vollendet und voll gültig ist. Es bindet die Parteien und seine Wirksamkeit tritt mit dem Bedingungsfall ohne ein weiteres Zutun ein. Die Parteien eines bedingten Rechtsgeschäfts können die Vertragsbeziehungen nicht mehr einseitig lösen. Sie sind im Hinblick auf den aufschiebend bedingten Rechtserwerb (das Anwartschaftsrecht) zur gegenseitigen Treuepflicht und zur Beachtung der Schutzvorschriften der §§ 160 f. BGB verpflichtet.<sup>9</sup>

### Die Ermittlung von Veräußerungsgewinn und -verlust wird, wie folgt, vorgenommen:

Veräußerungspreis

- Anschaffungs-/Herstellungskosten (um AfA gemindert)
- Veräußerungskosten (Notar, Makler, Grundbuch usw.)
- = Veräußerungserfolg (Veräußerungsgewinn oder -verlust)

1 BFH, Urt. v. 15.02.1977 – VIII R 175/74, BStBl. II 1977, 389; BFH, Beschl. v. 20.07.1998 – VI B 188/96, BFH/NV 1999, 173; BFH, Urt. v. 21.03.2002 – IV R 1/01, BStBl. II 2002, 519.

2 BMF-Schreiben v. 05.10.2000, IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl. I 2000, 1383.

3 BFH, Urt. v. 10.02.2015 – IX R 23/13, BStBl. II 2015, 487.

4 BMF v. 05.10.2000, IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl. I 2000, 1383.

5 FA-FamR/Kuckenburger/Perleberg-Kölbel, 10. Aufl., Kap. 13, Rn. 106 ff.; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl., Rn. 4190 ff.; Detmering/Tetzlaff, Private Veräußerungsgeschäfte, www.datenbank.nwb.de.

6 Keine Veräußerungen sind: bindendes Angebot, Vorkaufsrecht, Vertrag, bei dem die Genehmigung zur Wirksamkeit aussteht, Vertrag, der mit einem befristeten Rücktrittsrecht versehen ist; hierzu mit finanzgerichtlichen Rechtsprechungsnachweisen: Münch, a.a.O., Rn. 4207.

7 Bütte FuR 2003, 390.

8 BFH, Urt. v. 10.02.2015 – IX R 23/13, BStBl. II 2015, 487.

9 <http://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/900013419/>

**Praxishinweis:**

Der Gewinn oder Verlust wird aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungspreis und den Anschaffungs-/Herstellungskosten (AKH) bzw. Werbungskosten ermittelt (gegebenenfalls Ersatzwert nach §§ 6 Abs. 1 Nr. 4, 16 Abs. 3 EStG oder §§ 20, 21 UmwStG).

Die AHK mindern sich um die AfA, erhöhte AfA und Sonder-AfA, soweit sie bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit, Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung und sonstigen Einkünften abgezogen werden. Ab VAZ 2008 beträgt die Freigrenze nach § 23 Abs. 3 Satz 5 EStG 600 €.

**2. Ausnahmen**

Von der Besteuerung ausgenommen werden die vom Eigentümer selbst genutzten Immobilien. Nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist ein Verkauf von Grundstücken nicht steuer-schädlich, wenn das Grundstück im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken verwendet oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden ist.<sup>10</sup>

Ein Wirtschaftsgut dient Wohnzwecken, wenn es dazu bestimmt und geeignet ist, Menschen auf Dauer Aufenthalt und Unterkunft zu ermöglichen. Ein häusliches Arbeitszimmer dient selbst dann nicht Wohnzwecken, wenn die Aufwendungen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b, § 9 Abs. 5 EStG nicht abziehbar sind. Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken setzt voraus, dass der Eigentümer die Wohnung tatsächlich selbst zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Dabei reicht es aus, dass die Wohnung jederzeit zur Nutzung zur Verfügung steht. Leer stehende Wohnungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Gleiches gilt grundsätzlich für Wohnungen, die nur gelegentlich zur vorübergehenden Beherbergung von Personen bestimmt sind, wie Ferienwohnungen.<sup>11</sup> Eigene Wohnzwecke sind auch gegeben, wenn die Wohnung gemeinsam mit Familienangehörigen genutzt wird. Das gilt auch für die alleinige Überlassung der Wohnung an ein zu berücksichtigendes Kind i.S.d. § 32 EStG.<sup>12</sup> Demgegenüber ist die Überlassung an andere – auch unterhaltsberechtigter – Angehörige nicht begünstigt. Die Regelung des § 4 Satz 2 EigZulG ist auf § 23 EStG nicht übertragbar.<sup>13</sup>

**II. Steuerfalle gewerblicher Grundstückshandel<sup>14</sup>****1. Abgrenzung**

Steuerrechtlich ist der gewerbliche Grundstückshandel systematisch keine Fragestellung der Versteuerung von Veräußerungsgeschäften nach §§ 22, 23 EStG, sondern der Gewinnbesteuerung nach § 15 EStG. Bei einem gewerblichen Grundstückshandel unterliegen die Einnahmen neben der Einkommensteuer auch der Gewerbesteuer.

**2. Bedeutung des gewerblichen Grundstückshandels**

Werden innerhalb von fünf Jahren im Privatvermögen (Veräußerung aus dem Betriebsvermögen ist stets steuerpflichtig) gehaltene drei Objekte angeschafft und veräußert, liegt ein gewerblicher Grundstückshandel vor.<sup>15</sup> Unter Objekten sind Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen, Mehrfamilienhäuser, Gewerbeimmobilien, Erbbaurechte, unbebaute Grundstücke, Miteigentumsanteile an Immobilien und Beteiligungen an Grundstücksgesellschaften (Zähl-objekte sind die Grundstücke der Gesellschaft, nicht der

Beteiligungsanteil) zu verstehen. In die Drei-Objekt-Grenze sind ererbte Grundstücke nicht mit einzubeziehen. Wird Grundbesitz durch vorweggenommene Erbfolge übertragen, kommt die Drei-Objekt-Grenze jedoch zur Anwendung.

**Ausnahme:**

Werden weniger als drei Objekte angeschafft, modernisiert, veräußert, erzielt der Steuerpflichtige Einnahmen aus privater Vermögensverwaltung.

Die Einnahmen sind in diesem Fall nur steuerfrei, wenn die sogenannte 10-Jahresfrist überschritten wird.

**3. Rechtsfolgen**

- Erfasst werden nur Objekte, die die Kriterien des Grundstückshandels erfüllen, wobei Vermögensverwaltung mit verbleibenden Objekten möglich bleibt.
- Für die Einkommensteuer ist der Erwerb/Bauantragstellung des 1. Objekts relevant, für die Gewerbesteuer der Verkauf des 1. Objekts (Einlage erfolgt zum Teilwert; Ausnahme § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 2. HS maximal AHK).
- Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist grundsätzlich ein Betriebsvermögensvergleich vorzunehmen, wobei die Objekte Umlaufvermögen sind, weil sie nicht dauernd dem Unternehmen dienen (keine AfA, ggf. Teilwertabschreibung).
- Veräußerungsgewinne unterliegen der Einkommensteuer (keine §§ 16, 34 EStG, sondern § 15 EStG für Grundstücke im Umlaufvermögen) und der Gewerbesteuer.

**Haftungshinweis:**

Bei Ehepartnern gilt die Drei-Objekt-Grenze für jeden Partner. Daher können beide Ehepartner drei Grundstücksobjekte innerhalb der Fünf-Jahres-Frist erwerben und wieder (steuerfrei) veräußern.<sup>16</sup> Auch die Garage oder der Stellplatz zählt als eigenes Objekt, wenn diese nicht im Zusammenhang mit einer Wohnung verkauft werden. Nur das eigenen Wohnzwecken dienende Haus muss wie bei den Spekulationsgeschäften nicht berücksichtigt werden.

**III. Steuerfalle latente Steuer beim Zugewinnausgleich****1. Problematik**

Private Veräußerungsgeschäfte<sup>17</sup> haben im Kontext zur Bewertung von Vermögensgegenständen im Zugewinnausgleichsverfahren eine zusätzliche Bedeutung erhalten. Der BGH<sup>18</sup> hat in einem obiter dictum zur latenten Steuerlast (zukünftige steuerliche Belastungen) entschieden, dass aus Gründen der

<sup>10</sup> Zur Haftungsfalle: Perleberg-Kölbel FuR 2012, 530.

<sup>11</sup> R 7.2 Abs. 1 Satz 3 EStR (2012).

<sup>12</sup> BFH, Urt. v. 26.01.1994 – X R 94/91, BStBl. II 1994, 544; BMF v. 05.10.2000 – IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl. I 2000, 1383, Rn. 22; Glensk in: Blümich, EStG, § 23 Rn. 49.

<sup>13</sup> Allg. Meinung, BMF v. 05.10.2000 – IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl. I 2000, Rn. 22; Hartmann/Meyer FR 1999, 1089; Paus INF 1999, 513.

<sup>14</sup> Näheres: BMF v. 26.03.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, 434.

<sup>15</sup> BFH, Urt. v. 09.12.1986 – VIII R 317/82, BStBl. II 1988, 244; BFH, Beschl. v. 03.07.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617; ausführlich BMF-Schreiben v. 28.03.2004 – IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl. I 2004, 434.

<sup>16</sup> BFH, Urt. v. 24.07.1986 – IV R 99/85, BStBl. II 1986, 913.

<sup>17</sup> Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 4197 ff.

<sup>18</sup> BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anm. Kuckenburger FuR 2011, 515; Kogel NJW 2011, 3337; Kuckenburger, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren, FuR 2012, 222 und 278.

Gleichbehandlung auch bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände (folglich nicht nur von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen), so etwa bei Grundstücken, Wertpapieren oder Lebensversicherungen, bezogen auf die Verhältnisse zum Stichtag und ungeachtet einer bestehenden Veräußerungsabsicht, die etwaige individuelle latente Steuerwertmindernd in Abzug zu bringen ist.

## 2. Ermittlung der latenten Steuerlast

Die Ermittlung der anfallenden latenten Steuerlast für Veräußerungsgeschäfte folgt den Regeln der §§ 22 Nr. 2 EStG in Verbindung mit § 23 EStG. Die latenten Steuern, die nicht zu den privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 EStG gehören, ergeben sich bei einem gewerblichen Grundstückshandel aus § 15 EStG sowie dem GewSt.

## 3. Bewertung und latente Steuerlast

Bei der Bewertung im Zugewinnausgleichsverfahren wird ein Verkehrswert ermittelt, der eine Veräußerung fingiert.<sup>19</sup> Der BGH<sup>20</sup> verlangt wegen der Gleichbehandlung die Berücksichtigung der latenten Steuer auch als Abzugsposten bei den Grundstücken, wobei die Verhältnisse des Stichtages zugrunde zu legen sind. Dies gilt insbesondere ungeachtet einer bestehenden Veräußerungsabsicht, die eine Steuerpflicht auslösen würde.

### Haftungshinweis:

Werden mehr als 3 Objekte in die Zugewinnausgleichsbilanz eingestellt, ist wegen der fingierten Veräußerung die daraus resultierende Steuerlast für alle Objekte zu prüfen und gegebenenfalls in Abzug zu bringen. Entsprechend IDW ES 13<sup>21</sup> müssten nach Ansicht der Autorin auch (fiktive) Transaktionskosten berücksichtigt werden!

Insbesondere ist eine Prüfung vorzunehmen, ob ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt! Zusätzlich sollte die Gewerbesteuerbelastung Berücksichtigung finden!

Wenn in der Literatur die Zehnjahresgrenze des § 23 EStG diskutiert wird, indem durch entsprechend lange Haltefrist die Steuerpflichtung zu umgehen wäre, so ist dieses steuerrechtlich unzutreffend: Da es sich nicht um private Veräußerungsgeschäfte im Sinne der §§ 22, 23 EStG handelt, sondern um laufende Gewinne aus dem Umlaufvermögen eines Gewerbebetriebes nach § 15 EStG, kommt es auf eine Haltedauer überhaupt nicht an! Es gilt, unterschiedliche AfA-Tabellen<sup>22</sup> zu beachten.

## IV. Schenkungsteuer

Nach den Erbschaftsteuerrichtlinien<sup>23</sup> führt selbst ein freiwillig vorzeitig erfolgter Zugewinnausgleich in Fällen des Getrenntlebens der Ehepartner oder während eines Scheidungsverfahrens mangels einer Beendigung der Ehe und damit mangels Beendigung eines Güterstandes nicht zur Steuerfreiheit nach § 5 Abs. 2 ErbStG. In diesen Fällen ist nach Ansicht der Finanzverwaltung zunächst eine steuerbare unentgeltliche Zuwendung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG anzunehmen.

Gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG erlischt jedoch die Steuer mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit in den Fällen des § 5 Abs. 2 ErbStG unentgeltliche Zuwendungen auf die Ausgleichsforderungen angerechnet worden sind. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG verweist ausdrücklich auf § 1380 Abs. 1 BGB. Ein bereits bestandskräftiger Steuerbescheid ist gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO aufzuheben.

Die Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft stellt ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 AO dar. Durch die ehevertragliche Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft und die Ermittlung bzw. Festlegung des Ausgleichsanspruchs wird nämlich die Steuerpflicht früherer Schenkungen mit Wirkung für die Vergangenheit beseitigt.<sup>24</sup>

## V. Fazit und Haftungshinweis

Bei allen Gestaltungsüberlegungen ist zur Vermeidung des privaten Veräußerungsgeschäfts die »Übertragung an Erfüllung statt« und damit eine Entgeltlichkeit zu vermeiden! Wenn nach der Rechtsprechung des BGH<sup>25</sup> von allen Vermögensgegenständen die individuelle latente Steuerlast zu den seinerzeit geltenden steuerrechtlichen Regeln von allen Vermögenswerten in Abzug zu bringen ist, führt dieses zu einer immensen Erhöhung des Haftungsrisikos des beratenden Rechtsanwalts. Bei jedem Vermögenswert ist im Einzelnen zu prüfen, ob bei einer fingierten Veräußerung Leistungen zurückzuführen sind oder auf einen Veräußerungserlös Steuern anfallen würden.

Bei Veräußerungsverlusten ist umgekehrt konsequenterweise zu prüfen, wie die daraus resultierende steuerliche Auswirkung durch Verlustverrechnung bzw. Verlustvortrag oder Verlustrücktrag sich auf die Steuerveranlagung auswirkt. Dabei ist bei Kapitalanlagen die Vielzahl von Anlagemodellen zu berücksichtigen. Kogel<sup>26</sup> nennt dabei unter anderem Schiffsbeteiligungen, Medienfonds, Flugzeug-Leasingfonds bzw. allgemeine steuerliche Abschreibungsmodelle. Zudem wird zu differenzieren sein, wen der Rechtsanwalt vertritt. Es kann sich empfehlen, mit der Einreichung des Scheidungsantrages zur Herbeiführung des Stichtages noch zu warten, wenn auf diese Weise durch Zeitablauf die Steuerpflicht entfallen würde.

Wird hingegen der Zugewinnausgleichspflichtige vertreten, kann die Steuerlatenz zu einer Reduzierung von Vermögenswerten führen, sodass der Stichtag durch Einreichung des Scheidungsantrages unverzüglich herbeizuführen ist. Dem können aber andere Gesichtspunkte entgegenstehen, sodass eine umfangreiche, natürlich schriftliche Belehrung des Mandanten zu erfolgen hat.

Die persönlichen Steuervoraussetzungen können bei den Ehegatten unterschiedlich sein. Wenn z.B. die Problematik des gewerblichen Grundstückshandels nur bei einer der Parteien vorliegt, kann im Falle einer Bruchteilsgemeinschaft von Eheleuten an einem Grundstück nicht von Wertneutralität ausgegangen werden, wie es bisher von der Rechtsprechung angenommen wurde.<sup>27</sup> Da in allen Zugewinnausgleichsfällen die latente Steuer zu immensen Haftungsrisiken führt, ist fachkundiger Rat steuerrechtlich und familienrechtlich gefordert.<sup>28</sup> In allen Gestaltungsfällen ist zudem die zwischenzeitlich kostenpflichtige verbindliche Anfrage beim zuständigen Veranlagungsfinanzamt zu empfehlen.

19 Kogel NJW 2011, 3340.

20 BGH FamRZ 2011, 1367.

21 WP Praxis Nr. 11 v. 21.10.2015, NWB DokID (AAAAF-05604), www.nwb.de.

22 Vgl. auch BMF-Schreiben v. 30.09.2010 – IV C 6 – S 2180/09/10001, BStBl. I 2010, 755.

23 ErbStRi 12, H 12.

24 Zu weiteren Problematiken von Vereinbarungen: Perleberg-Kölbel FuR 2012, 468; FuR 2011, 614; ZFE 2011, 7.

25 BGH FamRZ 2011, 1367 = FuR 2012, 29.

26 Kogel NJW 2011, 3341.

27 Kogel NJW 2011, 3341.

28 Z.B. durch das Fachinstitut für familienrechtliche Gutachten, iff.de.