

Aufwendungen für Kochherde;
 Aufwendungen für lebende Umzäunungen, wie z. B. Hecken, jedoch nur im angemessenen Umfang.

Nicht zu den Herstellungskosten gehören:

Straßenanliegerbeiträge und Erschließungsbeiträge, Kanalanschlussgebühren,
 Wert der eigenen Arbeitsleistung,
 Aufwendungen für Waschmaschinen.

Abschreibungsbeginn

Angeschaffte Gebäude werden ab dem Zeitpunkt der Anschaffung,
 hergestellte Gebäude ab dem Zeitpunkt der Fertigstellung abgeschrieben.

Fertigstellung

Fertig gestellt ist ein Gebäude, wenn die wesentlichen Bauarbeiten abgeschlossen sind und der Bau soweit hergerichtet worden ist, dass der Bezug einer Wohnung zumutbar ist.

Nicht fertiggestellt ist ein Gebäude z. B. wenn Türen, Böden und der Innenputz noch fehlen²²⁴.

Für nachträglich aufgewendete Herstellungskosten gilt, dass diese so zu berücksichtigen sind, als wären sie zu Beginn des Jahres aufgewendet worden.

Die weitere lineare oder degressive AfA bemisst sich nach der bisherigen Bemessungsgrundlage zuzüglich der nachträglichen Herstellungskosten²²⁵.

Ausweis der vorgenommenen AfA

In der Anlage V 2011 zur Einkommensteuererklärung finden sich unter Tz 33 ff Norm und Höhe für die vorgenommene Abschreibung, sodass dieses Formular für die Auskunftserteilung, auch für die anderen Einnahmen und Werbungskosten, obligatorisch ist.

Zur unterhaltsrechtlichen Behandlung der AfA von Gebäuden wird auf Rdn. 41 verwiesen!

5. sonstige Einkünfte nach § 22 EStG

77 Zu den sonstigen Einkünften gehören ausschließlich:

1. Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen, insbesondere Renten (§ 22 Nr.1 EStG),
2. Einkünfte aus Unterhaltsleistungen (§ 22 Nr.1a EStG),
3. Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 (§ 22 Nr.2 EStG),
4. Einkünfte aus bestimmten Leistungen, wie Einkünfte aus Gelegenheitsvermittlung und Vermietung beweglicher Gegenstände (§ 22 Nr.3 EStG),
5. Einkünfte aus der Ausübung eines Mandats (z. B. Abgeordnetenbezüge, § 22 Nr.4 EStG),
6. Leistungen aus Altersvorsorgeverträgen (§ 22 Nr.5 EStG).

Die Einkünfte werden als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt. Der Werbungskostenpauschbetrag des Steuerrechts entspricht keinen tatsächlich entstandenen Werbungskosten und beträgt 102 € (Freigrenze bei den Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG 256 €.)

224 H 7.4, Fertigstellung, EStH.

225 R 7.4 Abs.9 EStR 2005.

a) wiederkehrende Bezüge/Renten aus der Basisversorgung (§ 22 Nr.1 S.3 a aa EStG)

Hauptanwendungspunkt sind Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung und Rürup-Renten nach der Rechtslage ab 2005. 78

Für Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung (nicht Unfallrenten der BG), aus landwirtschaftlichen Alterskassen, aus berufsständischen Versorgungseinrichtungen und für Renten aufgrund einer privaten, kapitalgedeckten Leibrentenversicherung i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG (Basisrenten und Rürup-Renten) wird ab 2005 schrittweise die nachgelagerte Besteuerung verwirklicht. Der Besteuerungsanteil bestimmt sich nicht mehr nach dem Lebensalter bei Renteneintritt, sondern ausschließlich nach dem Jahr des Renteneintritts. Alle Renten mit Beginn ab 2005 werden zu 50 % besteuert. Der steuerpflichtige Rentenanteil steigt in Schritten von 2%-Punkten von 50% im Jahre 2005 auf 80% im Jahr 2020 und in Schritten von einem 1%-Punkt ab dem Jahr 2021 bis 100% im Jahre 2040 an. Der steuerpflichtige Rentenanteil beträgt somit 50 % bei Rentenbeginn im Jahr 2005, 52 % bei Rentenbeginn 2006 usw. und schließlich 100 % bei Rentenbeginn ab 2040.

Der bei Rentenbeginn ermittelte Teil der Rente, der nicht zu versteuern ist, wird im zweiten Jahr des Rentenbezugs betragsmäßig festgeschrieben. Bei zukünftigen Rentenerhöhungen erhöht sich also nur der steuerpflichtige Teil, der steuerfreie Betrag bleibt gleich. Der Rentenanpassungsbetrag wird also voll versteuert.

Es wird schrittweise bis 2040 von der vorgelagerten auf die nachgelagerte Besteuerung übergegangen: Während die Beiträge zur Altersvorsorge in immer größerem Umfang als Sonderausgabe steuermindernd geltend gemacht werden können, steigt der Besteuerungsanteil an.

Leibrenten aus privaten Rentenversicherungsverträgen, bei denen es sich weder um Riester-Renten noch um Basisrenten handelt, sowie aus Direktversicherungen nach § 40 b EStG unterliegen auch weiterhin der Besteuerung mit dem Ertragsanteil. Der Ertragsanteil ist je nach Alter bei Rentenbeginn unterschiedlich hoch und beträgt zwischen 59% (Rentenbeginn 1 Jahr) und 1% (Rentenbeginn 97 Jahre).

Beispiel²²⁶ für Leistungen aus der GRV bzw. Rürup-Rente

Unterstellt wird, dass neben der Rente keine weiteren steuerpflichtigen Einkünfte erzielt werden und die Höhe der Rente, das steuerfreie Existenzminimum und die übrigen steuerlichen Rahmenbedingungen (z. B. Steuersatz, Solidaritätszuschlag, etc.) über den gesamten Zeitraum des Rentenbezugs unverändert bleiben.

- Brutto-Rente 15.686 €
- davon steuerfrei 50 % (bezogen auf Renteneintritt 2005) = 7.843 €
- steuerpflichtig bleiben 7.843 €
- abzüglich Werbungskostenpauschale 102 €
- bleiben Einkünfte von 7.741 €
- abzüglich Sonderausgabenpauschale 36 €
- abzüglich Vorsorgeaufwendungen 1.286 €
- bleiben zu versteuern 6.419 €
- Steuer = 0 €, da Grundfreibetrag (8.004 €) nicht überschritten

²²⁶ Nach wikipedia.org/Rentenbesteuerung.

Eintrittsjahr	steuerpflichtiger Anteil	stpfl. Betrag (abzgl. WK und SA)	Einkommen-Steuer	Nettorente pro Jahr
2005	50 %	7.792 €	0 €	14.400 €
2006	52 %	8.103 €	0 €	14.400 €
2007	54 %	8.415 €	0 €	14.400 €
2008	56 %	8.727 €	0 €	14.400 €
2009	58 %	9.038 €	17 €	14.383 €
2010	60 %	9.350 €	65 €	14.335 €
2015	70 %	10.908 €	334 €	14.066 €
2020	80 %	12.467 €	647 €	13.753 €
2025	85 %	13.246 €	819 €	13.581 €
2030	90 %	14.025 €	1.009 €	13.391 €
2040	100 %	15.584 €	1.461 €	12.939 €

b) wiederkehrende Bezüge/ Renten aus Kapitalanlageprodukten (§ 22 Nr.1 S.3 a bb EStG)

- 79 Hierzu gehören die Leistungen aus Kapitalanlageprodukten, also nach dem 31.12.2004 neu abgeschlossene Kapitallebensversicherung²²⁷ sowie aus privaten Rentenversicherungen. Sie werden grundsätzlich in Höhe der Auszahlungsdifferenz steuerpflichtig. Wird das Kapital jedoch nach der Vollendung des 60. Lebensjahres, bei Abschluss ab dem 01.01.2012, 62. Lebensjahr, und nach einer Laufzeit von 12 Jahren ausgezahlt, sind nur 50 % der Erträge steuerpflichtig.

Wird eine Rente gezahlt, ist nur der Ertragsanteil, abgesenkt gegenüber dem bisherigen Ertragsanteil, steuerpflichtig. Hierunter fallen Renten aus (alten) privaten Rentenversicherungen (also vor dem 01.01.2005 abgeschlossen), aus neuen Lebensversicherungen, die keine Basisversorgung darstellen, Veräußerungsleibrenten und Versorgungsleistungsrenten (Tabelle innerhalb der vorgenannten Norm abgedruckt!).

(Zur Problematik der latenten Steuerlast bei der Bewertung der Lebensversicherung siehe unten unter d am Ende.)

c) Einkünfte aus Unterhaltsleistungen/begrenztes Realsplitting²²⁸ (§ 22 Nr.1a EStG)²²⁹ und schuldrechtlichem Versorgungsausgleich (§ 22 Nr. 1c EStG)

- 80 Unterhaltsleistungen sind sonstige Einkünfte im Sinne des § 22 Nr.1a EStG, soweit sie nach § 10 Abs.1 EStG von Geber als Sonderausgaben abgezogen werden.

Der Empfänger der Unterhaltsleistungen hat von seinen Einnahmen eventuell entstandene Werbungskosten abzuziehen, mindestens jedoch einen Werbungskostenpauschbetrag in Höhe von 102 € (§ 9a S.1 Nr.3 EStG).

Ab VAZ 2008 werden Einkünfte aus Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs in dem Umfang besteuert, wie beim Ausgleichsverpflichteten die Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1b EStG erfüllt sind. Vgl. hierzu ausführlich Rdn. 98.

227 Zur Altregelung: StB- und WP-Jahrbuch 2012, 831 ff.; *Kogel* Meilenstein und Wendepunkt in der güterrechtlichen Bewertungspraxis, NJW 2011, 3337, 3340 f.

228 Ausführlich zum begrenzten Realsplitting: Kap 6, 149; Kap 12, 103; Kap 13, 255-276.

229 Zur Versteuerung von Unterhaltsleistungen mit Auslandsbezug: Hillmer, ZFE 2007, 380.

d) *Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften (§§ 22 Nr.2 EStG i.V.m. 23 EStG; früher auch Spekulationsgeschäfte), auch als Problem der Steuerlatenz in der Bewertung von Vermögensgegenständen im Zugewinnausgleich (latente Steuer)*

Private Veräußerungsgeschäfte²³⁰, früher auch Spekulationsgeschäfte genannt, gehören systematisch zu den sonstigen Einkünften und werden deshalb hier dargestellt. 81

Sie haben im Kontext zur Bewertung von Vermögensgegenständen im Zugewinnausgleichsverfahren eine zusätzliche Bedeutung erhalten.

Der BGH²³¹ hat in einem obiter dictum zur **latenten Steuerlast** (zukünftige steuerliche Belastungen) entschieden, dass aus Gründen der Gleichbehandlung auch bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände (also 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 Steuer wertmindernd in Abzug zu bringen ist.

Hinweis:

Den Bewertern/Sachverständigen dürfte landläufig diese Rechtsprechung nicht bekannt sein. Insbesondere Immobilienbewerter, aber auch Bewerter von Kapitalanlagen, werden deshalb meistens einen Abzug der latenten Steuerlast entgegen der vorgenannten Grundsätze nicht vornehmen. Der Sachverständige und das Gericht sind zur Vermeidung von Anwaltsregressen auf diese Rechtsprechung hinzuweisen.

Obwohl in der betriebswirtschaftlichen Bewertungslehre²³² zur Unternehmensbewertung die latente Steuer als wertreduzierendes Element bekannt ist, wird auch dort nicht von individuellen Steuersätzen ausgegangen, weil dort ebenso das Problem des Verbots der Doppelverwertung unbekannt ist. Von dem Ausgangspunkt, dass das Gutachten streitentscheidend ist und deshalb ein objektiver Unternehmenswert zu ermitteln ist, werden objektivierte Steuersätze zur Anwendung gebracht (bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften 35 % und bei Beteiligung an Kapitalgesellschaften seit Geltung der Abgeltungsteuer inklusive Solidaritätszuschlag effektiv 26,375 % zuzüglich wegen der üblichen Haltedauer hälftiger Kursgewinnversteuerung auf thesaurierte Gewinne von 12,5 %²³³).

Die Ermittlung der insoweit anfallenden latenten Steuerlast für Veräußerungsgeschäfte folgt den Regeln der § 22 Nr. 2 EStG in Verbindung mit § 23 EStG.

Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb (§§ 15, 16 EStG) gehören demgegenüber die Veräußerungsgewinne aus Veräußerung eines ganzen Betriebes, Teilbetriebes, Mitunternehmeranteils und Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaG.

Insbesondere Einzelunternehmen und Personengesellschaften sind demnach steuerbar nach §§ 15, 16 EStG (mit entsprechendem Verweis auf § 16 EStG im § 18 Abs. 3 EStG für Betriebe Selbständiger und im § 14 EStG für land- und forstwirtschaftliche Betriebe).

Veräußerungsgewinne können auch bei Beteiligungen an Körperschaften nach § 17 EStG entstehen.

230 *Münch*; Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 3647 ff.

231 BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anm. von *Kuckenburg* FuR 2011, 515; *Kogel*, Meilenstein und Wendepunkt in der güterrechtlichen Bewertungspraxis, NJW 2011, 3337; *Kuckenburg* Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren, FuR 2012, 222 und 278; Kritisch: *Büte* FuR 2012, 413 ff.; *Klein* FPR 2012, 324 ff.

232 Ausführlichst zu den Unternehmensbewertungsmethoden, insbesondere im Familienrecht: *Klein/Kuckenburg* Handbuch Familienvermögensrecht, Kap 2, Rn. 1469 ff., 1608 ff.

233 *Klein/Kuckenburg* Kap 2, 1617 ff., 1620 ff. m.w.N.; *Ballwieser* Unternehmensbewertung, S. 121.

Zur Abgrenzung zwischen § 17 EStG, § 23 EStG und § 20 EStG kommt es nach dem 31.12.2008 (Unternehmensteuerreform 2008) nicht mehr auf eine Frist von einem Jahr zwischen Anschaffung und Veräußerung der Beteiligung an. Diese Spekulationsfrist ist weggefallen.

Beträgt die Beteiligungsquote weniger als 1 %, liegen Einkünfte nach § 20 EStG und bei einer Beteiligungsquote gleich und mehr als 1 % Einkünfte nach § 17 EStG vor.

(Rechtslage vor dem 01.01.2009: Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung 1 Jahr führt unabhängig von der Beteiligungshöhe zu § 23 EStG; Anschaffung und Veräußerung > 1 Jahr, bei Beteiligung < 1 % steuerfrei, bei Beteiligung \geq 1 % § 17 EStG.)

Die latenten Steuern, die nicht zu den privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 EStG gehören, werden im Folgeabschnitt dargestellt.

Ab VAZ 2009 ist § 23 EStG neu geregelt worden (Achtung: Wertpapiere sind systematisch kein Fall des § 23 EStG mehr, sondern fallen unabhängig von der Haltedauer seit ihrer Einführung unter die Abgeltungsteuer, siehe dort unter § 20 Abs.2 EStG und Beispiel 6!²³⁴)

Private Veräußerungsgeschäfte gemäß §§ 22 Nr. 2, 23 EStG:

- Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken²³⁵, grundstücksgleichen Rechten und Gebäuden (Ausnahme bei Nutzung zu eigenen Wohnzwecken) innerhalb von **10 Jahren** (ab Zeitpunkt obligatorischer Verträge²³⁶) zwischen Anschaffung und Veräußerung (Entgeltlichkeit von Erwerb und Veräußerung, inklusive Tauschgeschäfte; ab VZ 2000 auch Gebäude und Außenanlagen sowie Gebäudeteile, die selbstständige unbewegliche Wirtschaftsgüter sind; Eigentumswohnungen und im Teileigentum stehende Räume, soweit seit dieser Zeit errichtet, ausgebaut oder erweitert). Ausgenommen werden vom Eigentümer selbst genutzte Immobilien (siehe unten mit Beispielen). So ist nach § 23 Abs.1 Nr.1 S.3 EStG der Verkauf von Grundstücken nicht steuerschädlich, wenn das Grundstück im Zeitraum zwischen Anschaffung und Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken verwendet wurde oder ein Grundstück im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden ist.
- Veräußerungsgeschäfte bei anderen (beweglichen) Wirtschaftsgütern, ausgenommen Veräußerung von Gegenständen des täglichen Gebrauchs, innerhalb von einem Jahr zwischen Anschaffung und Veräußerung. (Die Veräußerungsfrist bei anderen beweglichen Wirtschaftsgütern wird von 1 auf 10 Jahre verlängert, wenn aus deren Nutzung als Einkunftsquelle zumindest in einem Jahr Einkünfte erzielt werden, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 EStG.);
- Als Veräußerung gilt auch die Einlage eines Wirtschaftsgutes in das Betriebsvermögen, wenn die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen (innerhalb von 10 Jahren) seit der Anschaffung eines Wirtschaftsgutes erfolgt. Als Veräußerung gilt auch die verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft. Der Veräußerungspreis ist bei der Einlage der nach § 6 Abs. 1 Nr. 6 EStG angesetzte Wert und bei der verdeckten Einlage der gemeine Wert;
- Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgte als der Erwerb;
- (Die Besteuerung der Baisse-Spekulationen und der Termingeschäfte erfolgt nunmehr gemäß § 20 EStG durch Wegfall des bisherigen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 EStG);
- Als Anschaffung gilt auch die Überführung eines Wirtschaftsgutes in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen. Beim unentgeltlichen Erwerb ist dem Rechtsnachfolger die Anschaffung zuzurechnen. Die Anschaffung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft gilt als Anschaffung des anteiligen Wirtschaftsguts.

234 BMF-Schreiben vom 22.12.2008 »Einzelfragen zur Abgeltungsteuer«, Tz 130 f.

235 Keine Veräußerung sind: bindendes Angebot, Vorkaufsrecht, Vertrag, bei dem die Genehmigung zur Wirksamkeit aussteht, Vertrag, der mit einem befristeten Rücktrittsrecht versehen ist; mit finanzgerichtliche Rechtsprechungsnachweisen: *Münch* Rn. 3662.

236 *Büte* FuR 2003, 390.

Zunächst einmal gilt der Vorrang der Besteuerung in anderen Einkunftsarten (§ 23 Abs. 2 EStG). Durch die Neuregelung ist die Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften aus Kapitalanlagen nunmehr einheitlich in den Kapitalerträgen gemäß § 20 EStG unter Herausnahme aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF EStG geregelt.

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

Ab VAZ 2008 beträgt die Freigrenze nach § 23 Abs. 3 Satz 5 EStG sage und schreibe 600 €.

Altverluste bis VAZ 2008 aus privaten Veräußerungsgeschäften können bis VAZ 2013 sowohl mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften als auch mit Erträgen aus Kapitalanlagen nach § 20 Abs. 2 EStG verrechnet werden. Danach dürfen Verluste nur bis zur Höhe des Gewinns aus privaten Veräußerungsgeschäften im gleichen Jahr ausgeglichen werden. Wenn auch kein Verlustabzug nach § 10 d EStG möglich ist, so können diese jedoch auf Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften in dem unmittelbar vorausgegangenen VAZ zurück- oder auf den entsprechenden Gewinn im folgenden VAZ vorgetragen werden.

Ermittlung von Veräußerungsgewinn und -verlust erfolgt danach wie folgt:

Veräußerungspreis	(Preis, bei wiederkehrenden Bezügen im Zuflusszeitpunkt, bei eingetauschten WG gemeiner Wert, bei Einlagen Teilwert)
– AHK, um AfA gemindert	
– Veräußerungskosten	(Notar, Makler, Grundbuch et cetera)
– Veräußerungserfolg	(Veräußerungsgewinn oder Veräußerungsverlust)

e) *Einzelfragen mit Beispielen i.V.m. Grundstücksveräußerungen (Eigennutzung und Zugewinnausgleich)*

Für Grundstücksveräußerungen ist die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unverändert **82** geblieben, sodass insoweit auf ältere Quellen zurückgegriffen werden kann²³⁷.

Von der Besteuerung ausgenommen hat der Gesetzgeber eigengenutzte Grundstücke, die gemäß den § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden.

Hier besteht aber folgende Gefahr:

Zieht einer der Ehegatten im Vorfeld der Trennung aus dem bislang gemeinsam genutzten Haus oder der gemeinsam genutzten Wohnung aus, können sich steuerliche Nachteile daraus ergeben.

Es besteht nämlich die Gefahr, dass die Vorschriften über die Eigennutzung nicht eingehalten werden. (Beispiele ohne Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer!)

► **Beispiel 1**²³⁸:

Die Eheleute bewohnten bislang das im alleinigen Eigentum des Ehemannes stehende, mit einem Einfamilienhaus bebaute Grundstück. Nach Trennung der kinderlosen Ehe bewohnt die Ehefrau weiter das Objekt. Der Ehemann zieht aus. Später erfolgt die Übertragung des Grundbesitzes vom Ehemann auf die Ehefrau zum Ausgleich des Zugewinns.

237 BMF-Schreiben vom 5.10.2000; *Kuckenburg* Spekulation- und Schenkungsteuern im Zugewinnausgleich, FuR 2005, 337 ff.

238 Beispielfälle nach vorgenanntem BMF-Schreiben; weitere bei *Kogel* Meilenstein und Wendepunkt in der güterrechtlichen Bewertungspraxis, BGH NJW 2011, 3337, 3339 f; *Büte* Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 261 ff.; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 3670 ff.

Die Nutzungsüberlassung an den getrennt lebenden Ehegatten ist nach Meinung des BMF keine Eigennutzung²³⁹ im Sinne des Gesetzes, da der Eigentümer die Wohnung nicht eine ausreichende Zeit zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat. Die Steuerpflicht kann umgangen werden, wenn die entgeltliche Scheidungsvereinbarung noch in dem Jahr abgeschlossen wird, in dem der ausgezogene Ehegatte die Immobilie noch mit bewohnt hat. Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Steuerpflicht könnte dadurch umgangen werden, dass die Eheleute innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben. Dies erscheint aber mit den üblicherweise bestehenden Spannungen der Trennungszeit und der daraus resultierenden räumlichen Trennung wenig praxisnah.

► **Beispiel 2:**

Wie bei Beispiel 1; die Ehefrau verbleibt aber mit den gemeinsamen minderjährigen Kindern in dem Objekt.

In diesem Fall liegt eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung der ganzen Wohnung an einen Angehörigen vor. Nach der Rechtsprechung des BFH²⁴⁰ liegt eine Nutzung des Eigentümers zu eigenen Wohnzwecken auch dann vor, wenn die Wohnung von Kindern bewohnt wird, die einkommensteuerrechtlich berücksichtigt werden, d.h., wenn es sich bei dem Begünstigten um ein zum Kindergeldbezug/Kinderfreibetrag berechtigtes Kind gem. § 32 Abs. 6 EStG handelt.

Steuerrechtlich ist die Übertragung von Sachwerten zur Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung ein entgeltliches Rechtsgeschäft (Erfüllung einer Rechtspflicht gegen Übertragung eines Sachwertes und damit tauschähnliches Geschäft), das den Veräußerungstatbestand des § 23 EStG erfüllen kann²⁴¹ (Beispiele 3-5 der Einfachhalt halber ohne AFA; hierzu siehe Beispiel 6).

► **Beispiel 3:**

Das Ehepaar A und B lebt im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Der Ehemann erwarb 1996 für 100.000 € ein Grundstück zum alleinigen Eigentum, das von ihm seither vermietet wurde.

Die Ehe wurde im Jahre 2003 geschieden. Der geschiedenen Ehefrau stand daraufhin ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 € zu. Zur Abgeltung dieses Anspruchs übertrug ihr A das Grundstück, das im Übertragungszeitpunkt einen Verkehrswert von 250.000 € hatte²⁴².

Der Zugewinnausgleichsanspruch i.S.d. § 1378 BGB ist eine auf Geld gerichtete persönliche Forderung an den geschiedenen Ehegatten.

Im oben genannten Beispielsfall erfüllt A diese Forderung der B, indem er ihr an Erfüllung statt (dies ist steuerrechtlich immer ein entgeltliches Tauschgeschäft!) das Grundstück übertrug. Wird ein Grundstück vom Eigentümer (Steuerpflichtigen) an einen Dritten zur Tilgung einer dem Dritten – gleich aus welchem Rechtsgrund – zustehenden Geldforderung an Erfüllung statt übereignet, handelt es sich dabei um ein Veräußerungsgeschäft für den Steuerpflichtigen und beim Erwerber um ein Anschaffungsgeschäft. Veräußerungserlös bzw. Anschaffungskosten ist der Forderungsbetrag, der mit der Übertragung des Grundstücks an Erfüllung statt abgegolten wurde. Danach hat A das Grundstück innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb wieder veräußert, sodass ein privates Veräußerungsgeschäft vorliegt.

239 *Münch* Rn. 3698 ff.

240 BFH, BStBl 1994, II, 544.

241 *Carsten Kleffmann* Steuerliche Auswirkungen der Grundstücksübertragung zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs, FuR 2011, 381 f. mit Beispielen; OFD Frankfurt, FR 2001, 322; OFD München, DB 2001, 1533.

242 OFD München vom 26.6. 2001, DStR 2001, 1298; zur Schenkungsteuerproblematik bei disparitätischen Beträgen siehe auch Rdn. 128 ff.

Der von A zu versteuernde Gewinn beträgt mithin:

Veräußerungserlös	250.000 €
Anschaffungskosten	<u>-100.000 €</u>
Veräußerungsgewinn	150.000 €

► **Beispiel 4, Abwandlung von 3:**

Die geschiedene Ehefrau B hat einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 €. Das von A im Jahr 1996 für 100.000 € angeschaffte Grundstück hat im Jahr 2003 einen Verkehrswert von 300.000 €. A und B vereinbarten deshalb neben der Grundstücksübertragung, dass die 50.000 €, um die der Grundstückswert den Zugewinnausgleichsanspruch übersteigt, mit Unterhaltsforderungen verrechnet wird.

Hier werden zwei unterschiedliche Forderungen der B erfüllt: Zum einen der Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 € und zum anderen eine Unterhaltsforderung in Höhe von 50.000 €. A veräußert damit das Grundstück für 300.000 €.

Das von A zu versteuernde Einkommen beträgt:

Veräußerungserlös	300.000 €
Anschaffungskosten	<u>-100.000 €</u>
Veräußerungsgewinn	200.000 €

Gleichzeitig kann A die durch die Grundstücksübertragung abgegoltenen Unterhaltsforderungen der B im Veranlagungszeitraum der Grundstücksübertragung grundsätzlich als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG abziehen, wenn die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Hierbei sind die Höchstbetragsgrenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG mit 13.805 € zu beachten. Dies gilt nämlich auch dann, wenn Unterhaltsforderungen mehrerer Jahre verrechnet werden.

► **Beispiel 5, weitere Abwandlung von 3:**

Die geschiedene Ehefrau hat einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 €. Das von A 1996 für ein 100.000 € angeschafftes Grundstück hatte im Jahr 2003 einen Verkehrswert von 300.000 €. A überträgt das Grundstück an B an Erfüllung statt. Eine Verrechnung der 50.000 €, um die der Grundstückswert den Zugewinnausgleich übersteigt, mit den Unterhaltsforderungen der Ehefrau, findet hier nicht statt.

Nun wird es steuerrechtlich etwas kompliziert:

Um die Forderung der B in Höhe von 250.000 € zu erfüllen, überträgt ihr A ein Grundstück im Wert von 300.000 € an Erfüllung statt. Da die ausgeglichene Forderung wertmäßig unterhalb des Grundstückswertes liegt, handelt es sich um ein teilentgeltliches Geschäft. A hat an B insgesamt 5/6 (gleich 250/300) des Grundstücks entgeltlich veräußert, da er insofern das Grundstück an Erfüllung statt an B zur Abgeltung des Zugewinnausgleichsanspruchs übertragen hat. In Höhe der übersteigenden 50.000 € (gleich 1/6 des Grundstückes) hat A das Grundstück unentgeltlich an B übertragen (wegen der Freibeträge ist die Schenkungsteuer²⁴³ nicht tangiert).

Der von A zu versteuernde Gewinn beträgt:

Veräußerungserlös $300.000 \text{ €} \times 5/6 =$	250.000 €
Anschaffungskosten $100.000 \text{ €} \times 5/6$	<u>-83.333 €</u>
Veräußerungsgewinn nach § 23 EStG	166.667 €

243 Rdn. 128 ff.

Im Gegenzug schafft B das Grundstück zu 5/6 entgeltlich an (Anschaffungskosten in Höhe von 250.000 € als AfA-Bemessungsgrundlage) und übernimmt das Grundstück zu 1/6 unentgeltlich von A (Fortführung der Anschaffungskosten des A in Höhe von 100.000 mal 1/6 gleich 16.667 €). Nur in Höhe des entgeltlich erworbenen Anteils beginnt für B eine neue 10-jährige Veräußerungsfrist i.S.d. § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG. Bezüglich des unentgeltlich erworbenen Grundstücksanteils gilt der Fortführungswert nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG.

► **Beispiel 6²⁴⁴:**

Ehemann schuldet Ehefrau 2010 Zugewinn von 1 Mio. €. Er überträgt ihr eine fremd vermietete Eigentumswohnung (Erwerb 2002 mit AHK 500 T€, 2010 nach AfA 287,5 T€ und Verkehrswert 750 T€) sowie ein Wertpapierdepot (Kurswert 150 T€, AK 50 T€, nach dem 1.1.2009 angeschafft) und zahlt 100 T€.

Die Übertragung des Grundstücks führt zu einem Veräußerungsgewinn, was bei der Beratung zu bedenken ist!

Veräußerungsgewinn errechnet sich nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG:

Veräußerungspreis	750.000 €	
um AfA geminderte Anschaffungskosten ²⁴⁵ , § 23 Abs. 3 S.4 EStG	287.500 €	
Veräußerungsgewinn	462.500 €	
<i>Besteuerung: § 32a Abs.1 Nr.5 EStG: 0,45 X 462.000€ ./. 15.694€</i>		192.431 €

=

Die Übertragung des Wertpapierdepots führt zu einem Veräußerungsgewinn § 20 Abs.2 und 4 EStG.

Veräußerungspreis	150.000 €	
./. Anschaffungskosten	50.000 €	
Veräußerungsgewinn	100.000 €	
<i>Besteuerung nach § 32a Abs.1 EStG, 25% Abgeltungsteuer</i>		25.000 €
<i>Ertragsteuerzahllast insgesamt</i>		217.431 €

f) *Exkurs: Latente Steuern bei anderen Vermögenswerten*

83 Gewerblicher Grundstückshandel

(Diese Problematik steht im Kontext zur Auswirkung der latenten Steuer als Ertragsteuer auf die Vermögenswerte und den zuvor hierzu genannten Folgen beim Vermögenswert Grundstück. Steuerrechtlich ist dieses systematisch keine Fragestellung der Versteuerung von Veräußerungsgeschäften nach §§ 22, 23 EStG, sondern der Gewinnbesteuerung nach § 15 EStG.)

Zur Verdeutlichung des Themas sogleich folgender Beispielfall²⁴⁶:

Das Endvermögen des Herrn W besteht aus einer Firma, die einen Wert von 1 Mio. € hat (latente Steuern sind noch nicht abgezogen; siehe hierzu weiter unten). Das Endvermögen von Frau W besteht aus 20 Eigentumswohnungen mit ebenfalls einem Wert von 1 Mio. €.

244 Beispiel nach von Oertzen Steuerliche Fallen zwischen Eherecht und ehelicher Lebensqualität, FamRZ 2010, 1785, 1787.

245 Kogel 3339 f., weist die Auswirkung hoher Abschreibung, z.B. bei Immobilien in neuen Bundesländern, auf die Bedeutung der Höhe des Veräußerungsgewinns mit Beispiel nach!

246 Kogel 3340.

Kogel und Münch²⁴⁷ weisen nach, dass auch bei dieser Fallgestaltung ein Problem der Steuerlatenz bezüglich der Grundstücke wegen des Instituts des gewerblichen Grundstückshandels besteht.

Was versteht das Steuerrecht unter gewerblichen Grundstückshandel²⁴⁸?

Werden innerhalb von fünf Jahren im Privatvermögen (Veräußerung aus dem Betriebsvermögen ist stets steuerbar) gehaltene drei Objekte angeschafft und veräußert, liegt ein gewerblicher Grundstückshandel vor. Unter Objekten sind Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen, Mehrfamilienhäuser, Gewerbeimmobilien, Erbbaurechte, unbebaute Grundstücke, Miteigentumsanteile an Immobilien und Beteiligungen an Grundstücksgesellschaften (Zählobjekte sind die Grundstücke der Gesellschaft, nicht der Beteiligungsanteil) zu verstehen. Bei einem gewerblichen Grundstückshandel unterliegen die Einnahmen der Einkommensteuer und der Gewerbesteuer. In die Drei-Objekt-Grenze sind ererbte Grundstücke nicht mit einzubeziehen. Wird Grundbesitz durch vorweggenommene Erbfolge übertragen, kommt jedoch die Drei-Objekt-Grenze zur Anwendung. Eigennutzung ist irrelevant, weil sie Tatbestandsmerkmal der privaten Veräußerungsgeschäfte (kein Betriebsvermögen!) nach §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist.

Werden weniger als drei Objekte angeschafft, modernisiert, veräußert, erzielt der Steuerpflichtige Einnahmen und Ausgaben aus privater Vermögensverwaltung. Die Einnahmen sind dann steuerfrei, wenn die sogenannte 10-Jahresfrist überschritten wird.

Die Drei-Objekt-Grenze kann auf 10 Jahre ausgedehnt werden, wenn Umstände dafür sprechen, dass zum Zeitpunkt der Errichtung, des Erwerbs, der Modernisierung eine Veräußerungsabsicht vorlag. Bei Ehepartnern gilt die Drei-Objekt-Grenze für jeden Partner. Daher können beide Ehepartner drei Grundstücksobjekte innerhalb der fünf Jahre Frist erwerben und wieder (steuerfrei) veräußern.

Rechtsfolgen:

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

Bei der Bewertung im Zugewinnausgleichsverfahren wird ein Verkehrswert ermittelt, der eine Veräußerung fingiert²⁴⁹. Der BGH²⁵⁰ 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.

247 Kogel 3340; Münch; Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 3721 ff.; letzterer diskutiert das Rechtsproblem im Kontext zu einer ehevertraglichen Vereinbarung, in der ein Ehegatte dem anderen 3 Objekte überträgt; *Biite* FuR 2012, 413 ff.

248 BFH BStBl. 1988 II, 244 ff; BFH BStBl. 1995 II, 617 ff; ausführlich BMF-Schreiben vom 28.03.2004, BStBl. I 2004, 434.

249 Kogel 3340.

250 BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anm. *Kuckenburg* FuR 2011, 515.

Werden also mehr als 3 Objekte, wie im Ausgangsfall, unter Berücksichtigung der 10 Jahresfrist in die Zugewinnausgleichbilanz eingestellt, ist wegen der fingierten Veräußerung die daraus resultierende Steuerlast für alle Objekte in Abzug zu bringen.

(Wenn in der Literatur, laut Kogel²⁵¹, andere Autoren die Zehnjahresgrenze des § 23 EStG diskutieren, indem durch entsprechend lange Haltefrist die Steuerverpflichtung zu umgehen wäre, so ist dieses steuerrechtlich falsch. 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!)

84 Lebensversicherungen

(Die laufende Versteuerung des Rentenbezugs nach geltendem Recht ist unter 5b) dargestellt. Lebensversicherungen, die vor dem 01.01.2005 abgeschlossen worden sind, waren gemäß § 20 Nr. 6 EStG mit ihren Zinsen und Gewinnanteilen nur dann steuerpflichtig, sofern die Lebensversicherung weniger als 12 Jahre bestand.)

Wenn die Rechtsprechung des BGH²⁵² einen Veräußerungsvorgang fingiert, stellt sich auch hier die Frage des Abzugs der latenten Steuerbelastung²⁵³.

Unproblematisch ist dabei nach altem Recht (siehe in der Klammer oben) nur der Fall, dass zum Stichtag die Auszahlung der Lebensversicherung bereits erfolgt ist. Wurde die Lebensversicherung während der Ehe abgeschlossen und war der Auszahlungszeitpunkt noch nicht erreicht, wurde teilweise der Abzug der latenten Steuerlast abgelehnt²⁵⁴.

Diese Meinung lässt sich nach der vorgenannten Rechtsprechung des BGH nicht mehr aufrechterhalten, um eine Gleichbehandlung mit anderen Vermögenswerten sicherzustellen.

Dabei ist auf stichtagsgenaue Prüfung zu achten²⁵⁵.

Bei Lebensversicherungen, die nach dem 01.01.2005 abgeschlossen worden sind, gilt die neue Rechtslage mit Besteuerung, wie oben unter 5b) dargestellt, es sei denn der Lebensversicherungsvertrag hat 12 Jahre bestanden und läuft erst nach dem 60. Lebensjahr des Versicherungsnehmers aus (50 % des Veräußerungsgewinns unterliegen dann der Besteuerung). Von dieser Ausnahme abgesehen, ist die latente Steuer stets unter der Fiktion der Veräußerung des Vermögensgegenstandes zu berücksichtigen²⁵⁶. Veräußerungsgewinn ist dabei die Differenz zwischen eingezahlten Beträgen und tatsächlich erzielter Versicherungsleistung, unter Berücksichtigung etwaiger Veräußerungskosten.

85 Steuervermeidungsstrategien

Wenn nach der Rechtsprechung des BGH²⁵⁷ 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.

251 Kogel 3340 m.w.N.

252 BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anm. Kuckenburg FuR 2011, 515.

253 Kogel 3340, 3341; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 163; der generellen Steuerrechtsrat empfiehlt; Büte FuR 2012, 413.

254 Nachweise bei Kogel 3340, 3341.

255 Kogel 3341.

256 Kogel 3341; Büte Rn. 163.

257 BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anm. Kuckenburg FuR 2011, 515.

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. Kogel²⁵⁸ 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 Zugewinnausgleichsverpflichtete vertreten, kann die Steuerlatenz zu einer Reduzierung von Vermögenswerten führen, sodass der Stichtag durch Einreichung des Scheidungsantrages unverzüglich herbeizuführen ist.

Dem können natürlich andere Gesichtspunkte entgegenstehen, sodass eine umfangreiche, natürlich schriftliche Belehrung des Mandanten zu erfolgen hat.

Glücklicherweise stellt sich diese Beratungsfrage nur dann, wenn für die latente Steuerlast irgendwelche Haltefristen und persönliche Steuervoraussetzungen zu beachten sind.

Die persönlichen Steuervoraussetzungen können bei den Ehegatten unterschiedlich sein. Wenn die Problematik des gewerblichen Grundstückshandels nur bei einer der Parteien vorliegt, kann zum Beispiel bei einer Bruchteilsgemeinschaft von Eheleuten an einem Grundstück nicht von Wertneutralität ausgegangen werden, wie es bisher von der Rechtsprechung angenommen wurde²⁵⁹.

Da in allen Zugewinnausgleichfällen die latente Steuer zu immensen Haftungsrisiken führt, ist fachkundiger Rat steuerrechtlich und familienrechtlich gefordert²⁶⁰.

In der Literatur werden Steuervermeidungsstrategien erörtert²⁶¹.

Die wesentliche Strategie dabei ist die Beachtung der oben dargestellten Steuerrechtsregeln unter besonderer Berücksichtigung von Haltefristen und persönlichen Besteuerungsmerkmalen!

Insbesondere kann die Zugewinnausgleichsproblematik reduziert werden, indem schon beim Erwerb von Vermögensgegenständen derjenige Ehegatte das zum Alleineigentum erhält, was dieser später bei einer etwaigen Auseinandersetzung auch behalten soll. Bei der Gestaltungsberatung kann dabei auch eine vermögensverwaltende GbR erwogen werden, mit der Möglichkeit, dass die Ehegatten die Beteiligung nach der Scheidung an der GbR fortsetzen oder aber Gesellschaftsanteile auf den anderen Ehegatten bzw. Kinder übertragen, ohne dass eine Veräußerung stattfindet²⁶².

Bei allen Gestaltungsüberlegungen ist zur Vermeidung des privaten Veräußerungsgeschäfts die Übertragung an Erfüllung statt und damit Entgeltlichkeit zu vermeiden!

Um Teilentgeltlichkeit zu vermeiden, kann dabei ein eigengenutzter Anteil an einem Grundstück entgeltlich veräußert und der andere Teil unentgeltlich übertragen werden. Für die Aufteilung der teils eigengenutzten, teils vermieteten Gebäude ist dabei eine Aufteilung der Flächen obligatorisch,

258 Kogel 3341.

259 Kogel 3341.

260 Z.B. durch das Fachinstitut für familienrechtliche Gutachten, iffg.de.

261 *Büte* Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 262; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 3711 ff.; *Haußleiter/Schulz* Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap 6, Rn. 36 ff.

262 *Münch* Rn. 3711 f., der eine »vernünftige Organisationen der Vermögensverteilung in der Ehe« anrät, woran bei funktionierender Ehe nicht gedacht wird und bei emotionalisierter Scheidung faktisch nicht mehr die Möglichkeit bestehen dürfte.

die mit in der notariellen Urkunde vorgenommen werden sollte. Besser ist eine Bildung von Wohnungseigentum zur Bildung getrennter Veräußerungsobjekte²⁶³.

Als Vermeidungsstrategie werden Regelungen gemäß der §§ 1380, 1382 und 1383 BGB vorgeschlagen.

Im Kontext zu § 1380 BGB wird vorgeschlagen, eine Unentgeltlichkeit der Übertragung durch Vorausempfang zu vermeiden²⁶⁴.

Diese Gestaltungsmöglichkeit ist zumindest steuerrechtlich höchst gefährlich und damit abzulehnen. Die Anrechnung der Leistung auf den Zugewinnausgleich könnte als tauschähnliches Geschäft, das als entgeltlich gilt, oder wenn die Anrechnung greift und das Rechtsgeschäft umgestaltet wird, als antizipierte Leistung an Erfüllung statt gewertet werden²⁶⁵. Vorteilhaft bleibt dabei aber, dass durch Übertragung von Vermögensgegenständen die Unterhaltsbedürftigkeit wegfallen kann, ohne dass ein Unterhaltsverzicht vorliegen oder eine Abfindung für den Unterhalts konstruiert werden muss. Unentgeltlich ist nämlich die Überlassung einer Immobilie ohne Eigentumsänderung als Sachleistung im Unterhaltsrecht²⁶⁶.

Weiter könnte eine Stundung der Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1382 BGB in Hinblick auf den Ablauf der Haltefrist helfen²⁶⁷. Dabei muss zwingend die Übertragung des Eigentums aufgeschoben werden. Gleichwohl bleibt das Risiko, dass eine aufschiebend bedingte Übertragung angenommen wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mit der Stundung die Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung durch Übertragung der Immobilie vereinbart wird²⁶⁸.

Eine kritische Haltefrist könnte überbrückt werden durch Bestellung dinglicher Rechte wie Nießbrauchs- und Erbbaurechte. Möglich ist auch ein bindendes Angebot²⁶⁹, das erst nach Ablauf der Veräußerungsfrist angenommen werden kann. Dabei ist eine Kombination aus Bestellung von dinglichen Rechten und Angebot zu vermeiden, weil dies der Vorwegnahme der wirtschaftlichen Eigentümerstellung entsprechen könnte, wie etwa gleichzeitige Vermietung mit Anrechnung der Miete auf den Kaufpreis²⁷⁰.

In all diesen Gestaltungsfällen ist die zwischenzeitlich kostenpflichtige verbindliche Anfrage beim zuständigen Veranlagungsfinanzamt zu empfehlen²⁷¹.

Letztlich wird die Zuweisung eines Vermögensgegenstandes durch das Gericht im Sinne des § 1383 BGB empfohlen²⁷². Unabhängig von den engen Tatbestandsvoraussetzungen²⁷³, Erforderlichkeit, um grobe Unbilligkeit für den Gläubiger zu vermeiden und Zumutbarkeit für den Schuldner, dürfte eine steuerschädliche Leistung an Erfüllung statt vorliegen. Die Entscheidung des Gerichts ersetzt nur per Gestaltungsurteil die Willenserklärung des Schuldners. Vor allen Dingen lassen die Vertreter dieser Ansicht aber steuerrechtliche Überlegungen, die nicht immer zwingend zivilrechtlichen Überlegungen folgen, außer Acht. Rechtsprechung und Kommentierung zu § 23 EStG interpretieren das Veräußerungsgeschäft, das nur tauschähnlich und damit entgeltlich

263 *Münch* Rn. 3716 mit Hinweis auf BMF-Schreiben BStBl. 2000 I, 1383 ff., Rn. 32 und Reich ZNotP 2000, 375, 416 f.

264 *Hausleiter/Schulz* Kap 6, Rn. 36.

265 *Münch* Rn. 3714 m.w.N.

266 BFH NV 2006, 1280.

267 *Hausleiter/Schulz* Kap 6, Rn. 36.

268 *Münch* 3717 ff.

269 Kein Veräußerungsvorgang, siehe oben unter 5d).

270 *Münch* Rn. 3719

271 So auch *Münch* Rn. 3719

272 MKJ Koch § 1383 Rn. 5; *Hausleiter/Schulz* Kap 6, 730 f; Büte, Rn. 262.

273 *Weinreich/Klein* Fachanwaltskommentar, § 1383 BGB, Rn. 10 ff.

zu sein braucht, extensiv. Ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 EStG wurde sogar bei Abgabe eines Meistgebotes im Zwangsversteigerungsverfahren angenommen²⁷⁴.

Die Lösung über § 1383 BGB bleibt ein familienrechtlich schöner, steuerrechtlich aber untauglicher Ansatz.

Insgesamt ist bei den privaten Veräußerungsgeschäften ein Ehegattenprivileg analog der Vorschriften des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG und § 3 Nr. 5 GrEStG zu fordern²⁷⁵.

Steuerveranlagungen aufgrund privater Veräußerungsgeschäfte zwischen Ehegatten sollten in Hinblick auf Art. 6 GG auf ihre Verfassungsmäßigkeit per Verfassungsbeschwerde überprüft werden.

Veräußerungsgewinne aus Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, auch als Problem der Steuerlatenz in der Bewertung von Vermögensgegenständen im Zugewinnausgleich 86

(Methodischer Ansatz: Die Problematik der Ermittlung der latenten Steuern auf Veräußerungsvorgänge folgt dem Ertragsteuerrecht. Die latenten Steuern, die den Vermögenswert Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen belasten, sollen im Kontext zu den Veräußerungsgeschäften dargestellt werden, ohne dass es sich um sonstige Einkünfte nach §§ 22, 23 EStG handelt.)

Veräußerungsgewinn ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Betriebsvermögens oder den Wert des Anteils am Betriebsvermögen übersteigt, § 16 Abs. 2 EStG. Der Bewertungsstandard des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) HFA 2/1995²⁷⁶ nennt als zu berücksichtigenden Posten die latente Steuerbelastung des Zugewinnausgleichsverpflichteten.

Zu den zu erfassenden Ertragsteuern gehören nämlich nicht nur die Zahllasten an das Finanzamt auf Grund der Verwirklichung von Steuertatbeständen.

Zu berücksichtigen sind auch die latenten Steuern, die sich aus der Diskrepanz von nach BilMoG ermitteltem handelsrechtlichen zu steuerrechtlichen Erfolg ergeben²⁷⁷.

Die unter dem Begriff »latente Steuerlast« auch im Familienrecht diskutierte Problematik resultiert aus dem fiktiv zu versteuernden Veräußerungsgewinn nach §§ 16, 14, 18 Abs. 3, 34 EStG, also nicht nach §§ 22, 23 EStG.

Definition des Veräußerungsgewinns:

Dies ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Betriebsvermögens oder den Wert des Anteils am Betriebsvermögen übersteigt (§ 16 Abs. 2 EStG; bei Beteiligung an einer Körperschaft²⁷⁸ mit mehr als 1 % sind die Anschaffungskosten maßgeblich, § 17 Abs. 1 und 2 EStG).

Beispiel bei einem Einzelunternehmen:

Buchwert des Betriebsvermögens (negativ, auch durch Privatentnahmen)	- 55.000 €	
ermittelter Unternehmenswert	70.000 €	
Veräußerungsaufwand, fiktiv, geschätzt	- 5.000 €	
Veräußerungsgewinn		120.000 €

274 *Münch* Rn. 3718; BFH BStBl. 1989 II, 652; *Arens* FPR 2003, 426, 428.

275 So auch *Münch* Rn. 3720.

276 HFA 2/1995, IV, 1; ausführlich zum Bewertungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer HFA 2/1995 zur Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht: *Klein/Kuckenburg*; Handbuch Familienvermögensrecht, Kap 2; Rn. 1608 ff.

277 *Ballwieser* Unternehmensbewertung, 3. Auflage, S. 31.

278 Siehe Abgrenzung zur Abgeltungsteuer unter 5d).

Der überholte Bewertungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer zur Unternehmensbewertung (HFA 2/1983) nahm noch einen individuellen Steuersatz an.

Der geltende Bewertungsstandard in IDW S 1²⁷⁹ nimmt einen standardisierten Steuersatz an, wenn ein objektivierter Unternehmenswert zu ermitteln ist.

Dies wird damit begründet, dass eine subjektive latente Steuerlast dazu führen würde, dass der Unternehmenswert für jeden Beteiligten, zum Beispiel bei Tausenden von Beteiligten an einer Publikumsgesellschaft, individuell und differenziert mit unterschiedlichen Ergebnissen zu ermitteln wäre²⁸⁰.

Für eine objektivierte latente Steuerlast spricht der streitentscheidende Charakter eines Bewertungsgutachtens in einem Zugewinnausgleichsverfahren.

Die Bewertungslehre geht deshalb von einer Typisierung der Ertragsteuer zur Ermittlung eines objektiven Unternehmenswerts bei Bewertungsstichtagen bis zum 05.07.2007 (nach Ratifizierung der Unternehmensteuerreform 2008²⁸¹ durch den Deutschen Bundesrat am 06.07.2007 ist die Abgeltungsteuer bei Erstellung von Bewertungen ab 2009 wegen des Zuflusszeitpunktes maßgeblich²⁸²) von einem Steuersatz von 35 % aus. Dieser standardisierte Steuersatz entspricht langjährigen Erfahrungen zur Höhe der Steuersätze in Deutschland²⁸³.

Bei Bewertung ab 2009 (mit Bewertungsstichtagen ab dem 06.07.2007) ist die Abgeltungsteuer zu berücksichtigen. Danach unterliegen Einkünfte aus ausgeschütteten Dividenden und Zinsen einer Abgeltungbesteuerung von 25 % zuzüglich Solidaritätszuschlag (also effektiv 26,375 %). Hinzu kommt wegen der üblichen Haltedauer von Kapitalbeteiligungen eine hälftige Kursgewinnversteuerung mit 12,5 % auf thesaurierte Gewinne²⁸⁴.

Bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften beträgt der Steuersatz weiterhin 35 %²⁸⁵.

Hinweis:

Unternehmensbewerter, die die Rechtsprechung des BGH²⁸⁶ nicht kennen, werden die latente Steuer entsprechend ansetzen!

Zurück zu oben genanntem Beispiel mit objektivierten Steuersatz:

Veräußerungsgewinn	120.000 €	
35 % latente Steuer	- 42.000 €	
ermittelter Unternehmenswert		70.000 €
abzüglich latente Steuern		- 42.000 €
danach sind in die Zugewinnausgleichbilanz nur einzustellen		28.000 €

Das Beispiel macht deutlich, dass der Einzelunternehmer, der z.B. durch überhöhte Privatentnahmen und unwirtschaftlichem Verhalten ein negatives Eigenkapitalkonto verursacht hat, seine Zahllast dem Anspruchsteller gegenüber reduzieren kann. Er generiert durch dieses Verhalten eine höhere latente Steuerlast.

279 IDW S 1, Rn. 43 ff.

280 *Ruiz de Vargas/Zollner*; Der typisierte Einkommensteuersatz bei Bewertung von Personengesellschaften in Abfindungsfällen mit Rspr-Nachweisen, WPg 2012, 606 ff.

281 Rdn. 4.

282 *Peemöller/Kunowski* Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 5. Auflage, S. 298.

283 *Peemöller/Kunowski* S. 298.

284 *Balwieser* S. 121.

285 *Peemöller/Kunowski* S. 298.

286 Ständige Rspr. des BGH, zuletzt BGH FamRZ 2011, 1367 mit Anmerkung *Kuckenburg* FuR 2011, 515.

In der familienrechtlichen Literatur wird der Abzug der latenten Steuerlast teilweise für entbehrlich gehalten, weil bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände (z. B. Grundstücke, Wertpapiere, Lebensversicherungen), eine latente Steuerlast nicht in Abzug gebracht wird und die Steuerlast noch nicht entstanden ist²⁸⁷.

Die Rechtsprechung dagegen nimmt generell eine Abzugsfähigkeit der latenten Besteuerung mit folgender Begründung an:

»Soweit der Wert danach ermittelt wird, was bei der Veräußerung zu erzielen wäre, darf nicht außer Betracht bleiben, dass wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven dem Verkäufer wirtschaftlich nur der die fraglichen Steuern verminderte Erlös verbleibt. Insoweit geht es um unvermeidbare Veräußerungskosten.«²⁸⁸

Dies wird weiter damit begründet, dass die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleichsverfahren stichtagsbezogen und losgelöst von einer beabsichtigten Veräußerung erfolgt (es wird ein Wert ermittelt und nicht ein Preis!). Maßgeblich ist dabei der am Stichtag vorhandene Wert und die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit des Unternehmens durch den Inhaber²⁸⁹.

Mit dieser Aussage bekennt sich der BGH auch inzident noch mal eindeutig zum Kriterium der Notwendigkeit der Veräußerbarkeit von Unternehmen mit der Folge, dass sich Sachverständigen-gutachten mit der Marktfähigkeit des zu bewertenden Unternehmens auseinanderzusetzen haben²⁹⁰. Diese festzustellende Marktfähigkeit des Unternehmens führt zur Berücksichtigung der latenten Ertragsteuern.

In einem obiter dictum bekennt sich der BGH aus Gründen der Gleichbehandlung darüber hinaus zur Berücksichtigung der latenten Steuerlast bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände²⁹¹, was oben schon eingehend ausgeführt wurde.

In dieser Entscheidung klärt der BGH zudem die Frage, wie die latente Steuer in familienrechtlichen Verfahren in Abzug zu bringen ist. Zwar ist am Stichtag nicht bekannt, wann und zu welchem Preis der betreffende Vermögensgegenstand tatsächlich veräußert wird. Für eine stichtagsbezogene Wertermittlung kommt es aber nicht darauf an, welche Ertragsteuern beim zukünftigen Veräußerungsfall tatsächlich anfallen könnten. Für den BGH ist die zum Stichtag bestehende Steuerregelung maßgebend²⁹², d.h. die Anwendung des am Stichtag geltenden Einkommensteuerrechts. Dies wird mit dem strengen Stichtagsprinzip²⁹³ begründet und setzt Kenntnis der individuellen Besteuerungsmerkmale voraus. Hierbei muss gegeben falls auf das Recht bis zur Einführung des Zugewinnausgleichs zum 1.7.1958 zurückgegriffen werden.

(Ohne Berücksichtigung von Altersfreibeträgen beträgt beim derzeitigen Spitzensteuersatz die latente Steuer knapp 50 % des Unternehmenswertes: Bei obigem Beispiel bleiben für die Zugewinnausgleichsbilanz nur ca. 10.000 € übrig!)

287 *Hoppenz* FamRZ 2006, 449, 450; *Gernhuber* NJW 1991, 2238, 2242; *Tiedtke* FamRZ 1990, 1188, 1193.

288 BGH FamRZ 2011, 622, FamRZ 1991, 43, 48; FamRZ 2005, 99, 101; FamRZ 2011, 1367.

289 BGH FamRZ 2011, 1367.

290 BGH FamRZ 1978, 332; *Kuckenburg* Unternehmensbewertung der freiberuflichen Praxis und der Freiberufler-GmbH, FuR 2011, 515, 517; derselbe: Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren; FuR 2012, 222 & 278.

291 BGH FamRZ 2011, 1367, 1372; *Klein/Kuckenburg* Familienvermögensrecht, Rn. 452.

292 BGH FamRZ 2011, 1367, 1372.

293 Nach *Büte* FuR 2012, 413, 416 durchbricht der BGH das von ihm postulierte strenge Stichtagsprinzip bei den Rückforderungsansprüchen von Schwiegereltern und fordert Rückkehr zum Pauschalsteuersatz von 35 %.

g) Leistungen aus Altersvorsorgeverträgen (§ 22 Nr.5 EStG)

- 87 Gemäß § 22 Nr. 5 EStG gehören die Leistungen aus Altersvorsorgeverträgen im Sinne der Legaldefinition des § 82 EStG sowie aus Pensionsfonds, Pensionskassen und Direktversicherungen zu den sonstigen Einkünften. Dabei richtet sich der Umfang der Besteuerung im Wesentlichen danach, ob und in wieweit der Beitrag in der Ansparphase steuerfrei oder steuerlich gefördert wurde. Eckpunkt der Besteuerung ist die Aufteilung der Leistung entsprechend der Förderung in der Ansparphase.

Nach Satz 1 werden die genannten Leistungen grundsätzlich vollumfänglich steuerlich erfasst.

Nach Satz 2 werden Abweichungen für Leistungen, die nicht auf geförderten Beiträgen beruhen, festgesetzt, und zwar:

- lebenslange Renten, Berufsunfähigkeit-, Erwerbsminderung- oder Hinterbliebenenrenten werden gemäß § 22 Nr. 1 Satz 3a aa EStG (siehe oben) erfasst;
- Leistungen aus Versicherungsverträgen, Pensionsfonds, Pensionskassen und Direktversicherungen, soweit sie nicht zur vorstehenden Gruppe gehören, werden nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG in der Fassung bei Vertragsabschluss erfasst;
- bei anderen Leistungen Besteuerung des Unterschiedsbetrages zwischen Leistung und entrichteten Beiträgen, nur die Hälfte bei Auszahlung nach dem 60. Lebensjahr und nach 12 Jahren Vertragslaufzeit.

Satz 3: bei schädlicher Verwendung von geförderten Altersvorsorgevermögen gilt das ausgezahlte geförderte Altersvorsorgevermögen, nach Abzug der rückabgewickelten Zulage als Leistung, die nach Satz 2 besteuert wird.

C. Schwarzeinkünfte und ihre Aufdeckung/Einkommenschätzung²⁹⁴

I. Gewinnsschätzung nach § 13a EStG

- 88 Die Einkommenschätzung²⁹⁵ nach § 13a EStG betrifft ausschließlich Land- und Forstwirte.

Voraussetzungen sind:

- Keine Verpflichtung zur Buchführung und zur Erstellung des Jahresabschlusses (§ 13a Abs. 1 Nr. 1 EStG)
- Eines der einzelnen gesetzlich genannten Kriterien wird nicht überschritten (20 ha selbst bewirtschaftete Fläche, Tierbestand nicht mehr als 50 Einheiten, Wert jeder Sondernutzung nicht mehr als 2.000 DM, Feststellung noch zu DM Zeiten!).

Wird eine dieser Größenklassen überschritten, ist ein Jahresabschluss zu erstellen.

Die Gewinnermittlung nach § 13a EStG knüpft nicht an eine Erfolgsrechnung an. Sie dient der Vereinfachung und stellt deshalb auch nur eine Schätzung dar.

Hinweis: Zur Erfüllung der Darlegungs- und Beweislast muss eine EÜR erstellt und im familienrechtlichen Verfahren vorgelegt werden²⁹⁶.

294 *Kuckenburg/Perleberg-Kölbel* C 1 ff.; *Kuckenburg* Einkommenschätzung bei Selbstständigen/Gewerbetreibenden, insb. bei Schwarzeinkünften im Unterhaltsrecht; FuR 2006, 255 ff.

295 *Kuckenburg/Perleberg-Kölbel* C 1-3.

296 *Wendll/Dose/Kemper* § 1 Rn. 199 ff.