

Rolf Schlünder

## Die Privilegierung des gesetzlichen Güterstands im Erbschaftsteuerrecht

### I. Einleitung

Welchen Güterstand die Eheleute bei der Eheschließung oder danach wählen, wird in erster Linie nach wirtschaftlichen (oder gar keinen) Gesichtspunkten entschieden. Die erbschaftsteuerliche Seite dieser Entscheidung wird eher selten in den Blick genommen, obwohl unter diesen Aspekten die Wahl auf den gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft fallen sollte: denn das Erbschaftsteuerrecht privilegiert den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft vor der Gütertrennung und Gütergemeinschaft.

Ausgangspunkt ist § 5 ErbStG. Die Vorschrift lehnt sich an die zivilrechtliche Dogmatik des BGB an, welche für den Ausgleich des Zugewinns grundsätzlich zwei Möglichkeiten vorsieht, je nach dem, ob der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten oder in anderer Weise beendet worden ist. Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, sieht § 1371 Abs. 1 BGB einen Ausgleich des Zugewinns in der Weise vor, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten pauschal um  $\frac{1}{4}$  der Erbschaft erhöht, gleichgültig, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben<sup>1</sup> (sog. erbrechtliche Regelung). Ist der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer geworden oder schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft (oder das Vermächtnis) aus, kommt es zur sog. güterrechtlichen Regelung nach § 1371 Abs. 2 und 3 BGB; das bedeutet, dass der Ausgleich des Zugewinns nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB konkret berechnet wird.

An diese beiden, durch die Dogmatik des bürgerlichen Rechts vorgegebenen Alternativen knüpft § 5 ErbStG an: Abs. 1 regelt die erbschaftsteuerliche Folgen, wenn ein Ehegatte stirbt<sup>2</sup>, Abs. 2 hat dagegen die güterrechtliche Regelung zum Gegenstand. Dabei geht § 5 Abs. 2 ErbStG<sup>3</sup> von zwei Fallgruppen aus: der Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch Tod des Ehegatten, also in den Fällen der Scheidung, des Wechsels des Güterstandes oder des vorzeitigen Zugewinnausgleichs nach §§ 1385 ff BGB und die zweite Fallgruppe, in denen der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird. Für beide Alternativen wird die einheitliche Rechtsfolge angeordnet: die nach § 1378 BGB entstehende Ausgleichsforderung gehört »nicht zum Erwerb iS der §§ 3 und 7« ErbStG. Gemeint ist, dass dem Ent-

stehen der Ausgleichsforderung und der durch den Ausgleichsanspruch vermittelten Geldzahlung die Merkmale eines steuerpflichtigen Erwerbs nach den §§ 1, 3 und 7 ErbStG fehlen, im Klartext: der Entstehungstatbestand der zugewinnrechtlichen Ausgleichsforderung und Geldzahlungen zu ihrer Erfüllung lösen keine Erbschaftsteuer aus.

### II. Unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten

Die Erkenntnis, dass die Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB und Zahlungen darauf keine Erbschaftsteuer auslösen, mag banal erscheinen, bedarf allerdings vor dem Hintergrund eines schenkungssteuerlichen Grundsatzes besonderer Aufmerksamkeit: prinzipiell sind Vermögensübertragungen zwischen Eheleuten schenkungssteuerbar, wenn sie nicht unmittelbar durch eine konkrete Gegenleistung ausgeglichen werden; ein Sonderrecht für Eheleute, wonach unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten schenkungssteuerfrei wären, gibt es nicht<sup>4</sup>. So können sich einfache Zuwendungsvorgänge unter Ehegatten als schenkungssteuerliche Schlange im Gras des ehelichen Alltags herausstellen: etwa die Einrichtung eines Gemeinschaftskontos durch einen Ehegatten (oder Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft), die Schuldentilgung für einen anderen Ehegatten, insbesondere auch die Steuerzahlung oder schlichte Schenkungen, welche die schenkungssteuerlichen Freibeträge unter Ehegatten übersteigen<sup>5</sup>. Werden unentgeltliche Zuwendungen allerdings in Erfüllung einer Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB vorgenommen, entsteht keine Schenkungssteuer.

1 Im Extremfall findet über die erbrechtliche Lösung eine pauschale Zugewinnausgleich statt, obwohl im Fall der Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft unter Lebenden ein solcher Ausgleich nicht stattfinden würde; das wird von Diederichsen FamRZ 1992, 9 und Gernhuber NJW 1991, 2238 (»Güterstand ohne Prinzipientreue«) kritisiert

2 Den sich aus § 5 Abs. 1 ErbStG ergebenden Fragen soll in diesem Beitrag nicht näher nachgegangen werden

3 § 5 Abs. 2 ErbStG hat den folgenden Wortlaut: »Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet oder wird der Zugewinn nach § 1372 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeglichen, gehört die Ausgleichsforderung (§ 1378 des Bürgerlichen Gesetzbuches) nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7«

4 Viskorf NWB Fach 10, 3229; zu praxisrelevanten Beispielen Schwedhelm/Olbing BB 1995, 1717, 1720 ff; Götz/Jorde BB 2002; Götz INF 2001, 417 ff; Schlünder/Geißler FamRZ 2005, 151 ff

5 Nach noch geltendem Erbschaftsteuerrecht (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) steht Ehegatten ein Freibetrag von 307 000 € zu. Mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile werden nach § 14 ErbStG zusammengerechnet

**Beispiel:**

Der Ehemann M überträgt der Ehefrau F Teile seines während der Ehe erworbenen Vermögens in der Hoffnung, dieses vor potenziellen Gläubigern zu schützen. Im Zuge dieser Maßnahme wird Bargeld auf die Ehefrau übertragen in Höhe von 550 000 €. Es handelt sich hierbei um eine freigebige Zuwendung unter Lebenden nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, die in vollem Umfang der Schenkungssteuerpflicht unterliegt. Unter Berücksichtigung des zu Gunsten der Ehefrau bestehenden Freibetrages von 307 000 € sind 243 000 € (550 000 € – 307 000 €) zu versteuern, bei Steuerklasse 1 (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) 11 % = 26 730 €.

**Abwandlung:**

M und F leben im Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Um Teile des während der Ehe erworbenen Vermögens steuerfrei auf die Ehefrau zu übertragen, böte sich die Möglichkeit an, den Güterstand der Zugewinngemeinschaft zu beenden und Gütertrennung zu vereinbaren. Damit entsteht kraft Gesetzes die Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 BGB. Erfolgen Vermögensübertragungen in Erfüllung dieser Ausgleichsforderung, so sind diese erbschaftsteuerfrei, weil sie keinen Steuertatbestand nach §§ 1, 3 und 7 ErbStG erfüllen, was § 5 Abs. 2 ErbStG klarstellend formuliert. Wird also im Zuge der Erfüllung dieser Forderung an F der Betrag von 550 000 € gezahlt, entsteht keine Schenkungssteuer.

**Abwandlung:**

M und F vereinbaren nach der oben dargestellten Vermögenstransaktion erneut den gesetzlichen Güterstand, um sich für zukünftige Transfers die Vorteile des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft zu sichern. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Rückkehr zum gesetzlichen Güterstand möglich ist. In einem solchen Fall spricht man von »Güterstandsschaukel«<sup>6</sup>.

Das vorgenannte Beispiel zeigt, worauf es bei Zuwendungen unter Ehegatten aus Sicht des Beraters ankommen muss: erfolgen Vermögenserwerbe in Erfüllung der zugewinnrechtlichen Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB, können sie dem fiskalischen Zugriff entzogen werden, allerdings um den Preis der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes. Das gilt nicht nur für die Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB, sondern auch für andere gesetzliche Ansprüche z. B. Familienunterhalt nach §§ 1360, 1360 a BGB, aber auch Trennungs- und nachehelichen Unterhalt<sup>7</sup>. Erfolgt der Vermögenserwerb, ohne dass ihm ein gesetzlicher Anspruch zu Grunde liegt, kann der Besteuerungsvor-

teil entfallen. Der tiefere Grund hierfür liegt in der Grundstruktur des Erbschaftsteuerrechts. Es besteuert lediglich unentgeltliche Erwerbe, sei es von Todes wegen oder unter Lebenden<sup>8</sup>; die Unentgeltlichkeit entfällt, wenn dem Begünstigten ein gesetzlicher Anspruch auf das Zugewendete zusteht oder die Zuwendung durch eine konkrete Gegenleistung kompensiert wird<sup>9</sup>.

**III. Sind unbenannte Zuwendungen steuerbar?**

Für Zuwendungen unter Lebenden gilt ganz allgemein die Grundvorschrift von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG: als Schenkungen in diesem Sinn gilt jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Das Schenkungssteuerrecht greift weiter aus und schafft sich einen eigenen Begriff der Schenkung. Nicht nur die als klassische Schenkungen einzuordnenden Verträge nach §§ 516, 518 BGB sind unter den vorgenannten Voraussetzungen schenkungssteuerbar, sondern auch Erwerbsvorgänge zwischen lebenden Ehegatten, welche in der familienrechtlichen Rechtsprechung mit dem Begriff der unbenannten (ehebedingten) Zuwendung erfasst werden<sup>10</sup>.

Nach einer Grundsatzentscheidung des BFH<sup>11</sup> vom 2.3.1994 sind solche unbenannten Zuwendungen nicht deswegen von der Schenkungssteuer ausgenommen, weil sie wegen ihres spezifisch ehebezogenen Charakters nach herrschender zivilrechtlicher Auffassung keine Schenkungen iSv §§ 516 ff BGB darstellen. Auch die Schenkungssteuerpflicht solcher Zuwendungen beurteilt sich nicht anders als bei sonstigen Zuwendungen – nämlich nach den allgemeinen Voraussetzungen von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Danach ist der objektive Tatbestand einer Zuwendung erfüllt, wenn sie unentgeltlich ist, d. h. wenn auf die zugewendete Leistung weder ein Rechtsanspruch besteht, noch die Zuwendung mit einer Gegenleistung verknüpft ist. Jeder Erwerbsvorgang kann daher den schenkungssteuerlichen Tatbestand von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfül-

6 Vgl. unten IV

7 Zu weiteren Einzelheiten hierzu vgl. Schlünder/Geißler ZEV 2006, 505

8 Die Erwerbe von Todes wegen sind in § 3 ErbStG, die Zuwendungen unter Lebenden in § 7 ErbStG geregelt

9 BFH BStBl. 1994 II 366 = FamRZ 1994, 887 auch ausführlich zum Begriff der Unentgeltlichkeit; vgl. auch III

10 Zur Frage der ehebedingten Zuwendungen in Abgrenzung zur Ehegatteninnengesellschaft BGHZ 142, 137

11 BFH BStBl. 1994 II 366 = FamRZ 1994, 887; bis zu dieser Entscheidung war lange zweifelhaft, ob eine Besteuerung in Betracht kommt, wenn sie als Ausgleich für geleistete Mitarbeit und als angemessenen Beteiligung an den »Früchten des ehelichen Zusammenwirkens« erfolgten, vgl. noch BFH BStBl. II 85, 159

len, gleichgültig ob Schenkung nach §§ 516 ff BGB oder unbenannte Zuwendung<sup>12</sup>.

An dieser grundsätzlichen Schenkungssteuerpflicht von Vermögensübertragungen unter Ehegatten ändert eine besondere ehebedingte Motivationslage nichts. Die Schenkungssteuerpflicht wird nicht etwa dadurch beseitigt, dass die Ehegatten den Erwerb mit der Gegenleistung verknüpfen, etwa in dem Sinne, die Ehefrau werde auch *in Zukunft* den Haushalt führen, die gemeinsamen Kinder betreuen und den Ehemann bei dessen geschäftlichen Aktivitäten unterstützen. Auch wenn die Gegenleistung auf bereits *in der Vergangenheit* erbrachte Familiendienste dieser Art gestützt wird, lässt sich dem Schicksal der Schenkungssteuerpflicht nicht entgehen. Das hat der BFH in der genannten Grundsatzentscheidung mit aller Deutlichkeit ausgesprochen<sup>13</sup>.

#### Beispiel:

Der Ehemann begründet zu Gunsten der Ehefrau eine Mitberechtigung in Form eines Anderkontos, auf welches im Laufe der Zeit nicht unerhebliche Beträge fließen, die für die Altersvorsorge der Ehefrau gedacht sind. Auch solche Erwerbsvorgänge hat der BFH der Schenkungssteuerpflicht unterworfen. Der Vorsorgezweck als spezifisch ehebedingte Motivationslage nimmt der Zuwendung nicht den Charakter eines steuerbaren Erwerbs. Nur der getrennt lebende und geschiedene Ehegatte (§§ 1361 Abs. 1 S. 2 und 1578 Abs. 3 BGB) habe einen Anspruch auf Vorsorgeunterhalt; ob einen Ehepartner während intakter Ehe einen Anspruch auf Vorsorgeunterhalt gemäß § 1360 BGB zusteht, hat der BFH in der genannten Entscheidung offen gelassen. Jedenfalls würde ein solcher Anspruch auf Vorsorgeunterhalt nicht die bereits gegenwärtige Übertragung von Vermögensgegenständen abdecken<sup>14</sup>.

#### IV. Die sog. Güterstandsschaukel

Angesichts der Steuer sparenden Wirkung des gesetzlichen Güterstandes liegt es nahe, Modelle zu entwickeln, einerseits diese Privilegierung aktuell zu nutzen und gleichzeitig für die Zukunft zu erhalten. Eines dieser Modelle – unter dem bildhaften Namen Güterstandsschaukel bekannt – hat es zu einer besonderen Popularität gebracht. Der maßgeblichen Entscheidung des BFH vom 12. 7. 2005 lag der folgende Sachverhalt zu Grunde<sup>15</sup>:

#### Sachverhalt:

Die Eheleute, die bisher im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt hatten, schlossen einen Ehevertrag, mit welchem sie zunächst die Beendigung dieses Güterstandes mit Ablauf des Tages des notariellen Vertragsschlusses vereinbarten. Die zugewinnrechtliche Ausgleichsforderung, die bis zum Tod des Ehemannes gestundet und bis dahin mit 1,5 % p.a. zu verzinsen war, legten Sie einvernehmlich mit 12 233 000 DM fest. Schließlich vereinbarten die Ehegatten am gleichen Tag in derselben Vertragsurkunde erneut den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft ab Beginn des darauf folgenden Tages.

Das zuständige Finanzamt sah in der Vereinbarung eine freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und setzte gegen die Ehefrau Schenkungssteuer in nicht unerheblicher Höhe fest. Sowohl das FG Köln als erste Instanz als auch der BFH gaben der Klägerin und ihrem Ehemann Recht: die vereinbarte Güterstandsschaukel begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Und so gelang es dem Ehemann auf die Ehefrau immerhin ein Vermögen von über 12 Mio. DM steuerfrei (!) zu übertragen.

Mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft entsteht die Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 BGB. Erwerbe, die in Erfüllung dieser Forderung geleistet werden, können nicht unentgeltlich sein (und damit nicht steuerbar), weil der Übertragung ein gesetzlicher Anspruch (§ 1378 BGB) zu Grunde liegt. Das Problem besteht ja auch gar nicht in der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft, sondern in der anschließenden Neubegründung – am selben Tag in einer Urkunde und nahtlos an die Beendigung des ursprünglichen gesetzlichen Güterstandes.

Die Argumentation des BFH ist überzeugend. Den Eheleuten wird über § 1408 BGB eine sehr weite Gestaltungsautonomie eingeräumt, aus der zugleich folgt, dass die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und die anschließende Neubegründung bürgerlich rechtlich zulässig sind. Und § 5 Abs. 2 ErbStG verlangt

12 Zu den unbenannten Zuwendungen im Erbschaftsteuerrecht Meincke, ErbStG 3 7 Rdn. 83 a ff

13 Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Rechtsprechung, wonach die unbenannten Zuwendungen in der Regel unentgeltlich erfolgen BGHZ 116, 167; BGH NJW RR 1996, 133; Moench/Albrecht Erbschaftsteuer Rdn. 431

14 BFH BStBl. 1994 II 366 = FamRZ 1994, 887; BFH BStBl. 2002 II 153; Gebel BB 2000, 2017; ders. ZEV 2002, 120; ders. DStZ 1993, 677; Schlünder/Geißler FamRZ 2005, 149, 150

15 BFH NJW 2005, 3663 = ZErB 2005, 419 m. Anm. Everts = ZEV 2005, 490 m. Anm. Feick = FR 2006, 41 m. Anm. Wachter; INF 2005, 849 m. Anm. Viskorf; Münch StB 2003, 130

keine »Totalbeendigung« auf ewige Zeit, sondern lediglich die Beendigung des Güterstandes (aber diese auf jeden Fall), damit die Ausgleichsforderung entsteht.

Voraussetzung dieser Variante ist die »tatsächliche güterrechtliche Abwicklung«. Im mitgeteilten Sachverhalt heißt es, dass die Ehegatten den auszugleichenden Zugewinn »im Einzelnen« berechnet haben und die Zugewinnausgleichsforderung auf Grund dieser Berechnung festsetzen. Die »Beweislast« für die Ernsthaftigkeit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes liegt also bei den Ehegatten. Nicht erforderlich ist, dass die Ausgleichsforderung erfüllt wird; die Stundung bei dem geringen Zinssatz von 1,5 % hat dem BFH genügt<sup>16</sup>.

## V. Der sog. fliegende Zugewinnausgleich

Die schenkungssteuerlichen Vorteile der Güterstandsschaukel lassen sich nur erzielen, wenn – wie es § 5 Abs. 2 ErbStG unmissverständlich zum Ausdruck bringt – der Güterstand *beendet* wird. Denn nur dann entsteht (kraft Gesetzes) die Ausgleichsforderung, die Voraussetzung für die Privilegierung des gesetzlichen Güterstandes ist. Demgemäß können mit einer vertraglich begründeten Ausgleichsforderung die schenkungssteuerlichen Wirkungen nicht erzielt werden<sup>17</sup>.

### Beispiel:

M und F leben seit ihrer Eheschließung 1975 im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Im Jahre 1990 vereinbarten sie den ehevertraglichen Ausgleich des bisher entstandenen Zugewinnausgleichs, erklärten in der notariellen Urkunde aber ausdrücklich, sie wollten den gesetzlichen Güterstand nicht beenden, sondern weiterhin beibehalten. Im Anschluss daran übertrug der Ehemann zum Ausgleich des Zugewinns an die Ehefrau ein weit über den Freibeträgen liegendes Festgeldkonto<sup>18</sup>.

Der BFH<sup>19</sup> hat dem Finanzamt Recht gegeben, welches den gesamten Vorgang der Schenkungssteuer unterworfen hat. Es war ein kleines Detail, an dem die Transaktion gescheitert ist. Die Parteien hatten den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nicht **beendet**, sondern *expressis verbis* fortgeführt mit der zivilrechtlich zwingenden Folge, dass eine gesetzliche Ausgleichsforderung nicht entstanden ist. Die von den Parteien generierte vertragliche Ausgleichsforderung kann den Steuervorteil nicht erzielen. Im Anschluss an Moench<sup>20</sup> wird diese Form der fliegende Zugewinnausgleich genannt, dem die steuerliche Anerkennung versagt ist.

Dem Berater, der die Vorteile des § 5 Abs. 2 BGB erreichen möchte, kann daher nur dringend geraten werden, auf die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes hinzuwirken. Des Weiteren sollte der Zugewinn berechnet und wenigstens die Ausgleichsforderung im notariellen Vertrag bezeichnet werden. Von der Möglichkeit, den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beizubehalten und einen vertraglichen Ausgleich zu vereinbaren, kann nur dringend gewarnt werden. Erwerbe dieser Art sind steuerbar<sup>21</sup>.

## VI. Gütertrennung

Der Praktiker weiß ein Lied davon zu singen, dass Ehegatten häufig den Güterstand der Gütertrennung wählen, ohne damit eine konkrete Vorstellung zu verbinden, auf was sie sich da eingelassen haben. Bewusst wird dieser Güterstand vereinbart, wenn er von dritter Seite, etwa einer Familiengesellschaft, an welcher einer der Ehepartner beteiligt ist, gefordert wird. Solche Güterstandsklauseln verlangen von dem Gesellschafter, mit seinem Ehepartner die Gütertrennung (oder Gütergemeinschaft) zu vereinbaren, um die Gesellschaft im Falle des Todes oder der Scheidung des Gesellschafters nicht mit hohen Ausgleichsforderungen zu einem Zeitpunkt zu konfrontieren, der für die Gesellschaft, etwa wegen vorausgegangener hoher Investitionen, ungünstig ist und in welchem sie nicht über ausreichende Liquiditätsreserven verfügt, den geltend gemachten Ausgleichsanspruch zu erfüllen.

Die Kautelarpraxis verwendet etwa die folgende Formulierung: »Verheiratete Familiengeschafter sind verpflichtet, entweder durch Ehevertrag Gütertrennung zu vereinbaren oder, falls sie Gütergemeinschaft vereinbart haben, die Beteiligung an der Gesellschaft im Ehevertrag zum Vorbehaltsgut des Gesellschafters zu erklären und dies im Güterrechtsregister eintragen zu lassen.«

So legitim dieses Anliegen auch ist, so wenig empfehlenswert ist es aus schenkungssteuerlichen Gründen.

16 Kapp/Ebeling ErbStG, Stand Juni 2008 § 5 Rdn. 59.1; zu den Voraussetzungen der Güterstandsschaukel näher Schlünder/Geißler NJW 2007, 482, 485

17 Sontheimer NJW 2001, 1315

18 Vereinfacht nach BFH DStR 2006, 178 = ZEV 2006, 41 m. Anm. Münch; die Vorentscheidung FG Köln EFG 2002, 1254 = Beck RS 2002, 21013782; Münch StB 2003, 130, 136; Kapp/Ebeling ErbStG § 5 Rdn. 1; Geck ZErB 2004, 21; Moench Erbschaftsteuer Rdn. 361 ff; Schlünder/Geißler FamRZ 2005, 149, 155

19 BFH ZEV 2006, 41 m. Anm. Münch; BFH NJW 2008, 111; Münch ZEV 2007, 501

20 Moench DStR 1989, 299

21 Zu weiteren Gestaltungsfragen instruktiv Münch FamRB 2007, 281

Vorzuziehen ist daher, die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft als Alternative zur reinen Gütertrennung zu wählen<sup>22</sup>, bei welcher entweder für den Fall des Todes der gesetzliche Güterstand<sup>23</sup> und für den Fall der Scheidung die Gütertrennung gewählt wird oder die Beteiligung an der Gesellschaft ganz vom Zugewinn ausgenommen wird.

Die **gesellschaftsrechtliche Güterstandsklausel** könnte daher wie folgt formuliert werden:

»Im gesetzlichen Güterstand lebende Familiengesellschafter sind verpflichtet, durch Ehevertrag zu vereinbaren, dass die Beteiligung an der Gesellschaft bei der Ermittlung des Zugewinns sowohl im Anfangs- wie auch im Endvermögen unberücksichtigt bleibt.«

Im **Ehevertrag** wäre etwa wie folgt zu formulieren:

»Wir vereinbaren folgenden Ehevertrag: Für unsere Ehe soll grundsätzlich der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelten. Wenn jedoch unsere Ehe anders endet als durch den Tod eines Ehegatten, findet ein Zugewinnausgleich nicht statt. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Ehe durch Scheidung endet«<sup>24</sup>.

Aus schenkungssteuerlichen Gründen ist die Gütertrennung nicht empfehlenswert<sup>25</sup>. Denn sie verhindert, dass im Falle der Beendigung des Güterstandes oder der Scheidung der Ehe ein Ausgleichsanspruch nach § 1378 BGB entsteht, der privilegiert eingesetzt werden könnte. Sie ist schenkungssteuerlich neutral – sie bringt keine Nachteile, aber eben auch keine Vorteile. Demgegenüber ist der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft außerordentlich flexibel und lässt sich durch den Ehevertrag den Vorstellungen der Parteien anpassen<sup>26</sup>.

#### Beispiel:

M möchte Teile des in der Ehe erworbenen Vermögens auf seine Frau übertragen, mit der er im Güterstand der Gütertrennung lebt. Überträgt M an F beispielsweise ein Festgeldkonto in Höhe von 550 000 €, ist dieser Erwerb steuerbar (vgl. obiges Beispiel). Haben die Eheleute dagegen im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt, könnte dieser beendet werden. Zahlungen, welche auf die dann kraft Gesetzes entstehende Ausgleichsforderung geleistet werden, erfolgen steuerfrei.

#### Abwandlung:

Die in Gütertrennung lebenden Eheleute könnten diesen Güterstand aufheben und rückwirkend den gesetzlichen Güterstand vereinbaren, um dann entsprechende Zahlungen steuerfrei auf die Ausgleichsforderung vorzunehmen. Sowohl in der zivilrechtlichen als auch in der steuerrechtlichen Judikatur ist es nicht unbestritten, ob der Güterstand rückwirkend vereinbart werden kann<sup>27</sup>. Möglich ist aber auf jeden Fall, den Stichtag für das Anfangsvermögen abweichend vom gesetzlichen Modell auf den Zeitpunkt der Eheschließung zu legen, statt auf den Zeitpunkt der notariellen Vereinbarung<sup>28</sup>.

## VII. Gütergemeinschaft

Ganz anders die Gütergemeinschaft: nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG gilt als steuerbare Schenkung unter Lebenden diejenige Bereicherung, die ein Ehegatte bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft erfährt. Denn mit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft wird nach § 1416 Abs. 1 S. 1 BGB das Vermögen des Mannes und dasjenige der Frau gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten; die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich, sie brauchen nicht durch Rechtsgeschäft übertragen zu werden (§ 1416 Abs. 2 BGB). Besteuert wird lediglich diejenige Bereicherung, die bei der *Begründung* der Gütergemeinschaft entsteht und damit derjenige Vermögensvorteil, der sich für den weniger vermögenden Ehepartner als unmittelbare Folge aus der Vereinbarung der Gütergemeinschaft ergibt<sup>29</sup>. Die Bereicherung, die ein Ehegatte allein durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft erfährt, wird schenkungssteuerlich kraft gesetzlicher

22 Kapp/Ebeling § 5 Rdn. 59; Geck ZErB 2004, 21 ff; Sontheimer NJW 2001, 1315

23 Nach § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG wird nicht das zusätzliche Nachlassviertel nach § 1371 Abs. 1 BGB von der Erbschaftsteuer freigestellt, sondern derjenige Ausgleichsanspruch, welcher dem überlebenden Ehegatten zustünde, wenn der Zugewinnausgleich iSv § 1378 BGB berechnet würde, wobei als Stichtag der Tod des erstversterbenden Ehegatten gilt (»sog. fiktive Ausgleichsforderung«)

24 Formulierung nach Sontheimer NJW 2001, 1315, 1317

25 Moench Erbschaftsteuerrecht Rdn. 371; Sontheimer NJW 2001, 1315

26 Moench, Erbschaftsteuerrecht Rdn. 371

27 Ebeling BB 1994, 1185; Meincke § 5 Rdn. 27; BFH BStBl. II 739 = BB 1993, 1509; Kruse StuW 1993, 3

28 Vgl. das sehr instruktive Beispiel bei Moench Rdn. 379; zur rückwirkenden Vereinbarung des Zugewinnausgleichs aus zivilrechtlicher Sicht Kapp/Ebeling Rdn. 30 mwN; Schlünder/Geißler FamRZ 2005, 155

29 Meincke, Erbschaftsteuerrecht § 7 Rdn. 100

Fiktion als Schenkung angesehen<sup>30</sup>. Wechseln die Ehegatten vom Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zur Gütergemeinschaft, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte seine Ausgleichsforderung in das Gesamtgut einbringt<sup>31</sup>.

Werden während bestehender Gütergemeinschaft Zuwendungen an nur einen Ehegatten erbracht, besteht keine Vermutung dafür, dass sie auch für den anderen Ehegatten mitbestimmt sind, auch dann, wenn die Zuwendung in das Gesamtgut fällt, gleichgültig, ob der Schenker die Möglichkeit hatte, die Zuordnung zum Vorbehaltsgut zu bestimmen (§ 1418 Abs. 2 BGB). Der andere Ehegatte erwirbt auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung (§ 1416 BGB), sodass insoweit auch keine Schenkung unter den Ehegatten vorliegt<sup>32</sup> und damit die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG nicht vorliegen.

Eine interessante Frage ergibt sich im Fall der Scheidung: nach § 1478 Abs. 1 BGB ist auf Verlangen eines Ehegatten jedem von ihnen der Wert dessen zurückzuerstatten, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat. Mit dieser Vorschrift wird die Bereicherung rückgängig gemacht, die nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG bei der Begründung der Gütergemeinschaft zu einer Schenkungssteuer geführt hat. Eine dem § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG vergleichbare Vorschrift gibt es nicht, sodass es bei der Besteuerung verbleiben müsste. Das aber wäre schwer verständlich, sodass der Rechtsgedanke der genannten Vorschrift heranzuziehen ist. Höchststrichterlich ist diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden<sup>33</sup>.

Wer als Berater zur Gütergemeinschaft rät, sollte die schenkungssteuerlichen Folgen von § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG daher im Auge behalten.

## VIII. Zusammenfassung

Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beendet, sei es durch Vereinbarung eines Wahlgüterstan-

des, sei es durch Scheidung, durch vorzeitigen Zugewinnausgleich oder nach § 1371 Abs. 2 BGB, entsteht kraft Gesetzes die Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB. Ihr Entstehen und Zahlungen hierauf lösen keine Schenkungssteuer aus. Voraussetzung ist aber nach § 5 Abs. 2 ErbStG, dass der Güterstand tatsächlich *beendet* wird. Vereinbaren die Parteien eine vertraglich begründete Ausgleichsforderung und behalten den gesetzlichen Güterstand bei, lösen Zuwendungen des einen auf den anderen Ehegatten Schenkungssteuer aus, wenn die Freibeträge überschritten werden. Die Güterstandsschaukel ist inzwischen als zulässig angesehen worden; mit ihr beenden die Eheleute den gesetzlichen Güterstand und vereinbaren ihn im Anschluss daran neu. Die Gütertrennung entbehrt jeden schenkungssteuerlichen Charmes; sie ist neutral und anstelle dieses Güterstandes sollte wenigstens die modifizierte Form gewählt werden, wonach nur für den Fall der Scheidung eine Gütertrennung vereinbart wird, nicht dagegen für den Fall des Todes oder bei der bestimmte Gegenstände – eine Beteiligung an einer Gesellschaft oder der ganze Betrieb – vom Zugewinnausgleich ausgenommen werden. Wer zur Gütergemeinschaft rät, sollte die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG im Auge behalten, wonach die Bereicherung, die ein Ehegatte bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft erfährt, kraft gesetzlicher Fiktion als Schenkung unter Lebenden gilt und damit steuerbar ist.

*Rolf Schlünder, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familien- und Arbeitsrecht, Mannheim*

30 Kapp/Ebeling § 7 Rdn. 107; demgemäß sind nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 ErbStG Notare verpflichtet, die beurkundeten Vereinbarungen der Gütergemeinschaft dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt anzuzeigen

31 ErbStR 19 Abs. 2

32 Kapp/Ebeling § 7 Rdn. 110; ErbStR 19 Abs. 2

33 Moench DStR 1989, 344