

Ehebezogene Rechtsgeschäfte

Handbuch der Vertragsgestaltung

von

Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen

6. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2024

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXVII
Verzeichnis der Muster und Checklisten	XLIII
Kapitel 1 Die Güterstände	1
A. Zugewinngemeinschaft	5
B. Gütertrennung	106
C. Gütergemeinschaft	109
D. Eigentums- und Vermögensgemeinschaft	122
E. Die deutsch-französische Wahl-Zugewinngemeinschaft	126
F. Steuerliche Auswirkung der Güterstände	140
Kapitel 2 Vertragliche Regelungen im Ehegüterrecht	176
A. Form des Ehevertrages	178
B. Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle	197
C. Gütertrennungsverträge	294
D. Gütergemeinschaft	308
E. Modifikationen der Zugewinngemeinschaft	317
F. Der Ehevertrag der deutsch-französischen Wahl-Zugewinngemeinschaft	362
Kapitel 3 Ehegattenzuwendungen	366
A. Unbenannte Zuwendung	366
B. Probleme rund um das Familienheim	371
C. Wertungen im Rahmen der §§ 1374 Abs. 2, 1380 BGB	384
D. Drittwirkung von Ehegattenzuwendungen	393
E. Vertragliche Regelungen bei der Zuwendung	399
F. Erwerb durch nicht haftenden Ehegatten mit Erwerbsrecht	426
G. Schenkung	427
Kapitel 4 Zuwendungen Dritter mit Scheidungsvorsorge – vertragliche Rückerberbsklauseln	429
A. Grundsätzliches	429
B. Elternzuwendungen mit Rückübertragungsklausel	431
C. Zuwendung von Schwiegereltern	440
Kapitel 5 Vermögensrechtliche Ansprüche und Regelungen unter Ehegatten	455
A. Durchbrechung des Ausschließlichkeitsprinzips	457
B. Gesellschaftsverträge	537
C. Darlehensverträge	572
D. Arbeitsverträge	583
E. Vermietung und Verpachtung (das sog. »Wiesbadener Modell«) und sonstige Verträge	595
F. Vollmachten und Verfügungen für Krankheitsfälle	600
Kapitel 6 Ehegattenunterhaltsrecht	645
A. Unterhaltsrechtsreform	649
B. Unterhaltsformen	659
C. Nachehelicher Unterhalt	670
D. Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt	832
Kapitel 7 Versorgungsausgleich	905
A. Die Reform des Versorgungsausgleichs	907
B. Grundprinzipien und Aufbau des Versorgungsausgleichs	910
C. Neuregelung der Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, § 6 f. VersAusglG	982
D. Vereinbarungsmöglichkeiten	1000
E. Steuerliche Auswirkungen des Versorgungsausgleichs und der Vereinbarungen	1064

Inhaltsübersicht

Kapitel 8 Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen	1069
A. Trennungsvereinbarungen	1071
B. Scheidungsvereinbarungen	1148
C. Steuerliche Probleme bei der Vermögensauseinandersetzung in der Ehescheidung	1208
Kapitel 9 Verträge verschiedener Ehekonstellationen	1253
A. »Ehe ohne alles«.	1254
B. »Ehe mit Probezeit«.	1269
C. Ehe mit Dynastie	1284
D. Ehe mit Unternehmen	1291
E. Diskrepanzen	1301
F. Unterhaltsverstärkung	1307
G. Patchworkhe	1316
H. »Globale Vagabunden«.	1325
Kapitel 10 Ehen mit Auslandsberührung	1335
A. Allgemeines Ehwirkungsstatut, Art. 14 EGBGB	1339
B. Ehegüterrechtsstatut, EU-GüterrechtsVO – Art. 15 EGBGB	1345
C. Unterhalt	1362
D. Versorgungsausgleich	1367
E. Scheidungsstatut	1371
F. Sonstige Scheidungsfolgen	1372
G. Ehevertrag oder Scheidungsvereinbarung mit Auslandsbezug	1373
H. Der deutsch-französische Wahlgüterstand	1378
Stichwortverzeichnis	1379

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXVII
Verzeichnis der Muster und Checklisten.	XLIII
Kapitel 1 Die Güterstände	1
A. Zugewinnsgemeinschaft	5
I. Grundsätze der Zugewinnsgemeinschaft	6
1. Vermögenstrennung.	6
2. Haftung nur für eigene Verbindlichkeiten	7
3. Ausgleich des Zugewinns bei Beendigung des Güterstandes.	9
II. Ausgleich des Zugewinns im Todesfall, § 1371 BGB	9
III. Güterrechtlicher Zugewinnausgleich, §§ 1372 ff. BGB	11
1. Vermögensgegenstände, die nicht dem Zugewinn unterfallen	11
a) Haushaltsgegenstände	11
b) Versorgungsausgleich	13
c) Unterhalt – Verbot der Doppelverwertung	17
2. Berechnung des Anfangsvermögens	22
a) Stichtag.	22
b) Negatives Anfangsvermögen, § 1374 Abs. 3 BGB.	23
c) Privilegierter Erwerb, § 1374 Abs. 2 BGB	24
aa) Übertragungstatbestände des privilegierten Erwerbs, § 1374 Abs. 2 BGB	24
bb) Zeitpunkt der Wertfeststellung	25
cc) Vorbehaltsrechte	25
dd) Rückübertragungsrechte bei der Wertermittlung.	28
ee) Der Tatbestand des § 1374 Abs. 2 BGB	29
d) Indexierung.	32
e) Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB	33
f) Bewertung des Anfangsvermögens	34
aa) Bewertung von Unternehmen und Praxen	35
bb) Bewertung von Grundstücken und Gebäuden	36
cc) Bewertung in der Land- und Forstwirtschaft.	38
dd) Bewertung von Lebensversicherungen.	40
3. Berechnung des Endvermögens	41
a) Stichtag.	41
b) Hinzurechnungen nach § 1375 BGB	43
c) Ansprüche des Ausgleichsberechtigten gegen Dritte	46
d) Latente Ertragsteuer	47
4. Bewertung von Unternehmen und Praxen	52
a) Bewertungsmethoden für Unternehmen	52
aa) Ertragswertverfahren	53
aaa) Zukunftserfolgswert	53
bbb) Prognose aus vergangenen Erträgen	55
ccc) Nicht betriebsnotwendiges Vermögen	55
ddd) Unternehmerlohn	56
eee) Latente Ertragsteuer	57
fff) Markt	57
bb) IDW-Standard S 1	57
aaa) Ertragswertmethode	59
bbb) Discounted-Cash-Flow-Verfahren (DCF)	59
cc) Substanzwertmethode.	60

aaa) Reproduktions- oder Wiederbeschaffungswert	60
bbb) Gesonderte Bewertung des Goodwills	60
dd) Liquidationswert	60
ee) Geschäftswert (Goodwill)	61
ff) Verkaufswert	62
gg) Mittelwert	62
hh) Stuttgarter Verfahren	62
ii) Die Bewertung von KMU	63
b) Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich	63
aa) Zugewinnausgleich als spezifischer Bewertungszweck	63
bb) Verbot der Doppelverwertung in Zugewinnausgleich und Unterhalt	64
cc) Liquidation und nachwirkende eheliche Solidarität	66
dd) Ausgleichs- und Auseinandersetzungswert	67
c) Bewertung von Freiberuflerpraxen im Zugewinnausgleich	69
aa) Grundsätze der Bewertung von Freiberuflerpraxen	69
aaa) Früher: Modifiziertes Umsatzverfahren	69
bbb) Heute: Modifiziertes Ertragswertverfahren	71
ccc) Korrekturkriterien	72
bb) Anwaltskanzlei	72
cc) Notarkanzlei	73
dd) Steuerberaterkanzlei	73
ee) Arztpraxis	73
ff) Anwendung auf weitere inhabergeprägte Unternehmen und KMU	74
d) Besonderheiten bei der Bewertung von Unternehmensbeteiligungen	75
aa) Direkte und indirekte Bewertung	76
aaa) Direkte Bewertung	76
bbb) Indirekte Bewertung	76
bb) Objektivierter Wert und Subjektiver Wert	76
aaa) Objektivierter Wert	76
bbb) Subjektiver Wert	76
cc) Einfluss gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln	77
dd) Abschreibungsgesellschaften	79
ee) Einheitlicher Unternehmensbegriff	79
5. Der Ausgleichsanspruch	80
a) Durchführung des Zugewinnausgleichs	80
b) Vermögenswertbegrenzung des Ausgleichsanspruchs	80
c) Entstehen und Verjährung der Ausgleichsforderung	82
d) Vereinbarungen über die Ausgleichsforderung	84
6. Besonderheiten im Rahmen des Zugewinnausgleichs	86
a) Grobe Unbilligkeit	86
b) Stundung	89
c) Übertragung von Vermögensgegenständen	90
IV. Güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen	90
1. Gesamtvermögensgeschäfte	90
2. Gegenstände des ehelichen Haushalts	96
V. Vorzeitiger Zugewinnausgleich	96
1. Gründe für einen vorzeitigen Zugewinnausgleich	96
2. Ehevertragliche Regelung	98
3. Geltendmachung	99
VI. Sicherung der Zugewinnausgleichsforderung	99
1. Sicherung vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags	99
2. Sicherung nach rechtskräftiger Scheidung	100
3. Sicherung während des Scheidungsverfahrens	100
VII. Auskunftsanspruch	100
1. Gegenstand des Auskunftsanspruchs	100
2. Form der Auskunft	102
a) Verzeichnis	102
b) Angaben zum Wert	103
c) Belege	104

3.	Wertermittlungsanspruch	105
4.	Geltendmachung des Auskunftsanspruchs	105
B.	Gütertrennung	106
I.	Grundsätze der Gütertrennung	106
II.	Entstehung der Gütertrennung	107
III.	Richterliche Korrektur	108
C.	Gütergemeinschaft	109
I.	Grundsätze der Gütergemeinschaft	109
1.	Bedeutung der Gütergemeinschaft	109
2.	Nachteile der Gütergemeinschaft	110
3.	Etwaige Vorteile der Gütergemeinschaft	111
II.	Die verschiedenen Vermögensmassen	112
1.	Gesamtgut	112
2.	Vorbehaltsgut	115
3.	Sondergut	117
III.	Auseinandersetzung	118
1.	Beendigung der Gütergemeinschaft	118
2.	Auseinandersetzung des Gesamtgutes	118
IV.	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	120
1.	Vertragliche Regelung der Vermögensmassen	120
2.	Vertragliche Regelung der Verwaltung	121
3.	Vorsorgende vertragliche Regelung der Auseinandersetzung	121
D.	Eigentums- und Vermögensgemeinschaft	122
I.	Der Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft	122
1.	Gesetzlicher Güterstand nach dem FGB-DDR	122
2.	Überleitung in die Zugewinnsgemeinschaft	123
II.	Rückübertragene Vermögensgüter im Zugewinn	125
E.	Die deutsch-französische Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	126
I.	Gesetzgebungsgeschichte	126
II.	Anwendungsbereich	126
1.	Persönlicher Anwendungsbereich, Art. 1 WZGA	126
2.	Zeitlicher Anwendungsbereich, Art. 19 WZGA	127
3.	Sachlicher Anwendungsbereich	128
III.	Vereinbarung des Güterstandes der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	128
1.	Form des Ehevertrages	128
2.	Modifikationen des Güterstandes der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	129
3.	Regelung zum Versorgungsausgleich	129
4.	Rechtswahl im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	129
IV.	Die Verfügungsbeschränkung nach Art. 5 WZGA und die Verpflichtungsbefugnis zur Führung des Haushalts	130
1.	Begriff der Familienwohnung	130
2.	Verfügungsverbot	130
3.	Zustimmung	131
4.	Absolutes Verfügungsverbot	131
5.	Nichtanwendung des § 1412 BGB	132
6.	Folgerungen für die notarielle Praxis	133
7.	Verpflichtungsbefugnis zur Führung des Haushalts	134
V.	Besonderheiten des Zugewinnausgleichs im Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	134
1.	Anfangsvermögen	135
2.	Endvermögen	135
3.	Zugewinnausgleich	136
VI.	Wahl-Zugewinnsgemeinschaft und Erbrecht	136
1.	Kein erbrechtliches Viertel	136
2.	Zugewinnausgleichsanspruch als Nachlassverbindlichkeit	136
3.	Zugewinnausgleichsanspruch gegen den überlebenden Ehegatten	137
4.	Erbschaftsteuerrechtliche Gleichstellung, § 5 Abs. 3 ErbStG	137
VII.	»Nebeneffekte« als Grund für die Vereinbarung der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	138

1.	Art. 5 WZGA als Schutz bei haftungsgünstiger Zuordnung der Familienwohnung . . .	138
2.	Zugewinnschaukel	138
3.	Pflichtteilsreduzierung	138
4.	Erbschaftsteuerersparnis	139
5.	Ausschluss des Zugewinns auf Bodenwertsteigerungen	139
VIII.	Fazit – Wahl-Zugewinngemeinschaft	139
F.	Steuerliche Auswirkung der Güterstände	140
I.	Einkommensteuerliche Folgen der Ehe.	140
1.	Veranlagungsformen und Ehegattensplitting	140
2.	Freibeträge	143
3.	Lohnsteuerklassen	144
4.	Sonderausgaben	144
5.	Begünstigung bei der Altersversorgungszulage	144
6.	Versagung bei Anschaffung vom Ehegatten	145
7.	Doppelte Haushaltsführung ohne zeitliche Begrenzung	145
8.	Rechtsverhältnisse zwischen nahen Angehörigen	145
II.	Zugewinnausgleich und Schenkungsteuer, § 5 ErbStG.	147
1.	Steuerfreiheit der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung	148
a)	Keine abweichende vertragliche Regelung	149
b)	§ 1377 Abs. 3 BGB gilt nicht	149
c)	Tag des Vertragsschlusses maßgeblich	150
d)	Beschränkung auf den Steuerwert	153
e)	Minderung der steuerfreien Zugewinnausgleichsforderung aufgrund von Steuerbefreiungen	154
2.	Steuerfreiheit der realen Zugewinnausgleichsforderung	155
a)	Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 ErbStG	155
b)	Auf § 5 Abs. 2 ErbStG abzielende vorsorgende Eheverträge	157
c)	Ausgleich des Zugewinns i.S.d. § 5 Abs. 2 ErbStG	160
aa)	Unbenannte Zuwendung	160
bb)	Sog. fliegender Zugewinnausgleich	164
cc)	Gütertrennung mit Zugewinnausgleich	166
3.	Die Wahl-Zugewinngemeinschaft und § 5 Abs. 3 ErbStG	171
4.	Verzicht auf Zugewinn und Schenkungsteuer	171
III.	Schenkungssteuerprobleme der Gütergemeinschaft	173
IV.	Ehegatten als Mitunternehmer bei Gütergemeinschaft	174
Kapitel 2	Vertragliche Regelungen im Ehegüterrecht.	176
A.	Form des Ehevertrages	178
I.	Ehevertragsbegriff	178
II.	Formerfordernisse	179
III.	Umfang der Formbedürftigkeit	185
IV.	Salvatorische Klauseln	186
V.	Abgeltungsklauseln	188
VI.	Schiedsklauseln	190
VII.	Vereinbarungen über Namen, eheliche Rollenverteilung und sonstige allgemeine Ehevereinbarungen	194
VIII.	Checkliste Ehevertrag	195
B.	Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle	197
Vorbemerkung.	197
I.	Entscheidungen des BVerfG	197
II.	Grundsatzurteil und Folgeentscheidungen des BGH	202
1.	Entscheidung des BGH vom 11.02.2004 (XII ZR 265/02) als Grundsatzurteil.	202
2.	Entscheidungen vom 06.10.2004 (XII ZB 110/99 und XII ZB 57/03)	203
3.	Urteil vom 12.01.2005 (XII ZR 238/03)	204
4.	Urteile vom 25.05.2005 (XII ZR 296/01 und XII ZR 221/02)	204

5. Beschluss vom 17.05.2006 (XII ZB 250/03)	205
6. Urteil vom 05.07.2006 (XII ZR 25/04)	206
7. Urteil vom 25.10.2006 (XII ZR 144/04)	206
8. Urteil vom 22.11.2006 (XII ZR 119/04)	207
9. Urteil vom 28.02.2007 (XII ZR 165/04)	208
10. Urteil vom 28.03.2007 (XII ZR 130/04)	208
11. Urteil vom 17.10.2007 (XII ZR 96/05)	208
12. Urteil vom 28.11.2007 (XII ZR 132/05)	209
13. Urteil vom 09.07.2008 (XII ZR 6/07)	209
14. Urteil vom 05.11.2008 (XII ZR 157/06)	209
15. Urteil vom 18.03.2009 (XII ZB 94/06)	210
16. Urteil vom 02.02.2011 (XII ZR 11/09)	210
17. Urteil vom 31.10.2012 (XII ZR 129/10)	211
18. Urteil vom 21.11.2012 (XII ZR 48/11)	211
19. Beschluss vom 27.02.2013 (XII ZB 90/11)	212
20. Beschluss vom 17.07.2013 (XII ZB 143/12)	213
21. Beschluss vom 29.01.2014 (XII ZB 303/13)	213
22. Beschluss vom 08.10.2014 (XII ZB 318/11)	214
23. Beschluss vom 15.03.2017 (XII ZB 109/16)	215
24. Beschluss vom 17.01.2018 (XII ZB 20/17)	217
25. Beschluss vom 20.06.2018 (XII ZB 84/17)	218
26. Beschluss vom 20.03.2019 (XII ZB 310/18)	219
27. Beschluss vom 27.05.2020 (XII ZB 447/19)	219
III. Umsetzung in die Praxis der Obergerichte	220
1. Gesamtschau und Teilnichtigkeit	220
2. Imparität/Schwangerschaft/Verträge kurz vor der Hochzeit	221
3. Prüfungsmethode und Urteile mit Ausübungskontrolle	224
4. Güterrechtsregelung weitgehend möglich	225
5. Unterhaltsbegrenzung und Totalverzicht	227
6. Doppelverdiener Ehe	228
7. Versorgungsausgleich	229
8. Bleiberechtsfälle	229
9. Pflichtteilsverzicht	230
10. Scheidungsvereinbarung	231
11. Zeitpunkt	231
12. Prozessuales	232
IV. Inhaltskontrolle nach der Rechtsprechung des BGH	234
1. Dispositionsfreiheit der Ehegatten	234
2. Keine zwingende Halbteilung	235
3. Kernbereichslehre	237
a) Kindesbetreuungsunterhalt	238
b) Krankheitsunterhalt, Unterhalt wegen Alters, Versorgungsausgleich	238
c) Sonstige Unterhaltstatbestände	238
d) Zugewinnausgleich	239
4. Ehebedingte Nachteile	239
5. Imparität	240
6. Verfahren der Inhaltskontrolle	243
a) Wirksamkeitskontrolle – § 138 BGB	243
b) Ausübungskontrolle – Störung der Geschäftsgrundlage	246
V. Konsequenzen der Inhaltskontrolle für die Vertragsgestaltung	249
1. Beurkundungsverfahren	250
a) Vertragsvorlauf	250
b) Übersetzung	251
c) Persönliche Anwesenheit	252
d) Dokumentation	252
2. Allgemeine Urkundsbestandteile	253
a) Präambel	253
b) Teilunwirksamkeit, Auffanglinie und Salvatorische Klausel	255

c)	Allgemeine Auffangklausel zur Vermeidung ehebedingter Nachteile	256
d)	Belehrung	257
3.	Berücksichtigung verschiedener Ehekonstellationen	259
4.	Güterrechtliche Regelungen	260
5.	Unterhaltsregelung	263
a)	Totalverzicht	263
b)	Unterhalt wegen Kindesbetreuung	264
aa)	Neuaufbau des § 1570 BGB	264
bb)	Basisunterhalt	265
cc)	Kindbezogene Verlängerung	266
dd)	Ehebezogene Verlängerung	266
ee)	Unterhaltshöchstgrenze	266
ff)	Zeitliche Modifikation	271
gg)	Sonderqualifikation der Anschlussstatbestände des § 1570 BGB	272
hh)	Behandlung des Aufstockungsunterhalts bei Kindesbetreuung	273
ii)	Kompensation	274
jj)	Kindeswohl und Unterlegenheit	276
c)	Unterhalt wegen Alters und Krankheit	276
d)	Sonstige Unterhaltstatbestände	277
6.	Versorgungsausgleich	278
7.	Pflichtteilsverzicht	280
8.	Gesamtabwägung	283
9.	Scheidungsvereinbarungen	285
10.	Anwaltliche Strategien	286
11.	Rechtswahl	287
12.	Reparatur möglicherweise nichtiger Eheverträge	287
a)	Beratungs- oder Prozesssituation	287
b)	Nichtigkeit wegen Klausel ohne Auswirkung	288
c)	»Heilung« durch nachträgliche Kompensation	289
d)	»Heilung« durch neue Gesetzeslage	289
e)	Bestätigung eines Ehevertrages	290
13.	Weitere Folgerungen aus der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages	293
C.	Gütertrennungsverträge	294
I.	Vereinbarung der Gütertrennung	294
1.	Gütertrennung mit Zugewinnausgleichsverzicht	296
2.	Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinns (Güterstandsschaukel)	299
3.	Gütertrennung mit Bedingungen oder Befristungen	304
II.	Aufhebung der Gütertrennung mit Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft	305
1.	Vorteile der modifizierten Zugewinnngemeinschaft	305
2.	Problematik der Rückwirkung	305
3.	Zugewinnngemeinschaft ab Ehevertragsschluss	307
D.	Gütergemeinschaft	308
I.	Vereinbarung der Gütergemeinschaft	308
1.	Vertrag der Gütergemeinschaft	308
2.	Gestaltung einer Errungenschaftsgemeinschaft	310
3.	Elterngut als Vorbehaltsgut	310
4.	Betrieb als Vorbehaltsgut	310
5.	Fahrnisgemeinschaft	311
6.	Ausschluss oder Modifikation von Übernahme- und Wertersatzungsrechten	311
II.	Aufhebung der Gütergemeinschaft mit Auseinandersetzungsvereinbarung	312
E.	Modifikationen der Zugewinnngemeinschaft	317
I.	Ausschluss des Zugewinns im Scheidungsfall	318
II.	Ausschluss des betrieblichen Vermögens vom Zugewinn	322
1.	Wert des unternehmerischen Vermögens im Zugewinn	323
2.	Herausnahme von unternehmerischem Vermögen aus dem Zugewinn	323
a)	Begriff des unternehmerischen Vermögens	324
b)	Manipulationsgefahren	326
c)	Notwendige Regelungsbereiche im Zivilrecht	327

3.	Formulierungsvorschlag	329
4.	Alternative Gestaltungen	337
a)	Kompletter Ausschluss des Zugewinns für den Scheidungsfall mit festen Kompensationsleistungen	337
b)	Kompletter Ausschluss des Zugewinns für den Scheidungsfall mit Ausgleichsquote	338
c)	Beibehaltung des Betriebsvermögens im Zugewinn unter Einbeziehung der Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag	338
d)	Beibehaltung des Betriebsvermögens im Zugewinn mit modifizierter Ausgleichsforderung	338
e)	Beibehaltung des Betriebsvermögens im Zugewinn mit eigener Bewertungsgrundlage	338
III.	Ausschluss von Wertsteigerungen des Anfangsvermögens	339
IV.	Verschiebung von zeitlichen Grenzen sowie Befristungen und Bedingungen	341
1.	Veränderung der gesetzlichen Stichtage	341
2.	Vereinbarung von Bedingungen, Befristungen und Rücktrittsrechten	341
3.	Versorgungssicherheit durch Dritte als Bedingung	342
4.	Zugewinn abhängig von der Ehedauer	343
V.	Festlegungen zum Anfangs- und Endvermögen sowie Bewertungsvereinbarungen	343
1.	Festlegung des Anfangsvermögens	343
2.	Heirat mit verschuldetem Partner	344
3.	Vorzeitiger Hausbau	346
4.	Festlegung des Endvermögens	346
5.	Bewertungsvereinbarungen	347
a)	Betriebsvermögen	347
b)	Landwirtschaft	348
c)	Kapitallebensversicherungen	349
d)	Grundbesitz	350
VI.	Ausgestaltung der Zugewinnausgleichsforderung	350
1.	Abweichende Quote	351
2.	Vereinbarung von Höchstgrenzen	351
3.	Änderung der Fälligkeit	353
4.	Alternativen zum Ausgleich des Zugewinns in Geld	354
VII.	Kompensationsvereinbarungen	358
VIII.	Sonstige Regelungsmöglichkeiten	360
1.	Zugewinn vom Scheidungverschulden abhängig	360
2.	Periodischer Zugewinn	361
3.	Vertrag zugunsten Dritter über den Ausgleichsanspruch	362
F.	Der Ehevertrag der deutsch-französischen Wahl-Zugewinngemeinschaft	362
Kapitel 3 Ehegattenzuwendungen		366
A.	Unbenannte Zuwendung	366
I.	Fallgruppen unbenannter Zuwendungen	366
II.	Rechtsprechung im Wandel	369
III.	Regelungsnotwendigkeiten	369
B.	Probleme rund um das Familienheim	371
I.	Verschiebungen im Zugewinn bei vorzeitigem Baubeginn	371
II.	Darlehenslösung	372
III.	Gesellschaftsvertragslösung	374
IV.	Zugewinnlösung	375
1.	Vorverlegung des Stichtages für die Berechnung des Anfangsvermögens	375
2.	Wertmäßige Festlegung des Anfangsvermögens	375
V.	Aufgeschobene Miteigentumlösung	376
VI.	Konkrete Lösung	377
VII.	Steuerfreie Übertragung des Familienheims	377
1.	Vorteile bei einer Schenkung des Familienheims unter Lebenden	377
2.	Voraussetzungen der Privilegierung des Familienheims	378

3. Verschärfte Anforderungen beim Erwerb des Familienheims von Todes wegen	381
C. Wertungen im Rahmen der §§ 1374 Abs. 2, 1380 BGB	384
I. Keine Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB	384
II. Anrechnung nach § 1380 BGB	384
III. Gestaltungsempfehlungen.	387
IV. Anordnung, dass Anrechnung nicht erfolgen soll	390
V. Schenkungs- und ertragsteuerliche Aspekte der Anrechnung	391
D. Drittwirkung von Ehegattenzuwendungen	393
Vorbemerkung.	393
I. Erbrecht	393
II. Anfechtungsrecht	395
III. Schenkungsteuerrecht.	396
IV. Vermögensübertragungen als Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstandes.	397
E. Vertragliche Regelungen bei der Zuwendung.	399
Vorbemerkung.	399
I. Rückforderungsrecht und Zugewinnregelungen.	399
II. Unbenannte Zuwendung mit Erwerbsrecht der Kinder im Scheidungsfall.	404
III. Zuwendungen zur Haftungsvermeidung	405
1. Heirat eines verschuldeten Ehegatten	405
2. Zuwendungen an den anderen Ehegatten aus Haftungsgründen.	406
a) Zuwendung mit Rückforderungsrecht	406
b) Anfechtbarkeit	406
c) Pfändbarkeit – früherer Meinungsstand	409
d) Urteil des BGH vom 20.02.2003	410
e) Folgen für die reinen Scheidungsklauseln	411
f) Bedeutung der beschränkten Pfändbarkeit	414
g) Belehrung und Ausweichgestaltung.	416
3. Vermögensverlagerung auf den nicht haftenden Ehegatten	425
F. Erwerb durch nicht haftenden Ehegatten mit Erwerbsrecht.	426
G. Schenkung.	427
Kapitel 4 Zuwendungen Dritter mit Scheidungsvorsorge – vertragliche Rückerwerbsklauseln . .	429
A. Grundsätzliches.	429
I. Motive der Übergeber für Rückübertragungsklauseln	429
II. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen	429
B. Elternzuwendungen mit Rückübertragungsklausel.	431
I. Elterliche Zuwendungen und Ehescheidung der Empfänger.	431
II. Rückübertragungsklauseln	432
III. Elterliche Geldzuwendung mit Ehevertrag des Empfängers	437
C. Zuwendung von Schwiegereltern.	440
I. Probleme der direkten Zuwendung an Schwiegerkinder	440
1. Zuwendung zu Lebzeiten.	440
2. Zuwendungen von Todes wegen	447
3. Schenkungssteuerliche Folgen der Zuwendungen an Schwiegerkinder.	448
II. Gestaltungsempfehlungen.	451
III. Zuwendungen an die Schwiegereltern	453
Kapitel 5 Vermögensrechtliche Ansprüche und Regelungen unter Ehegatten	455
A. Durchbrechung des Ausschließlichkeitsprinzips.	457
Vorbemerkung.	457
I. Störung der Geschäftsgrundlage.	459
1. Zuwendungen, Mitarbeit, Verzicht.	459

2.	Abgrenzung	460
3.	Grundsatz: Vorrang des Güterrechts	461
4.	Anwendungsfälle	463
	a) Im gesetzlichen Güterstand	463
	b) Bei Gütertrennung oder Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes	465
5.	Anspruchsinhalt	466
6.	Störung der Geschäftsgrundlage in sonstigen Fällen	468
II.	Ehegatteninnengesellschaft	469
1.	Ehegatteninnengesellschaft in der Rechtsprechung	469
2.	Abgrenzung	471
	a) Vorrang vor der unbenannten Zuwendung bzw. dem familienrechtlichen Vertrag sui generis	471
	b) Unabhängigkeit gegenüber dem Güterrecht	472
	c) Ausschlusskriterien	474
3.	Voraussetzungen	475
	a) Grundsätzliches	475
	b) Indizien	477
4.	Ausgleichsanspruch bei Scheitern der Ehe	477
5.	Offene Fragen nach der Rechtsprechungswende	479
6.	Folgerungen für die Beratungs- und Vertragspraxis	482
	a) Hinweis und Regelung von Ausgleichsansprüchen	482
	b) Regelungsnotwendigkeit bei Mitarbeit	482
	c) Vertragliche Ausgestaltung der Ehegatteninnengesellschaft	483
	d) Anwaltliche Strategie	483
	e) Erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Argumentation	483
III.	Gesamtschuldnerausgleich	483
1.	Gemeinsame Verbindlichkeiten von Ehegatten	483
2.	Gesamtschuldnerausgleich im System familien- und schuldrechtlicher Ansprüche	485
	a) Vorrang vor der Zugewinnberechnung	485
	b) Nachrang zur Ehegatteninnengesellschaft	487
	c) Abgrenzung zur unbenannten Zuwendung	487
	d) Gesamtschuldnerausgleich und Unterhalt	487
3.	Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten	488
	a) Ausgleich während funktionierender Ehe	488
	b) Ausgleich nach dem Scheitern der Ehe	490
	c) Anspruchsinhalt	494
4.	Besonderheiten bei der Einkommensteuerveranlagung	495
	a) Zusammenveranlagung – Zustimmungspflicht	495
	b) Das Innenverhältnis der Gesamtschuldner	498
	c) Steuererstattungen	500
	d) Sonstiges	502
5.	Verfahrensrecht	502
6.	Folgerungen für die Beratungs- und Vertragspraxis	503
IV.	Bruchteilsgemeinschaft	504
1.	Wesen der Bruchteilsgemeinschaft	504
2.	Miteigentum bei funktionierender Ehe	505
3.	Miteigentum nach der Trennung	505
4.	Bankkonten von Ehegatten	508
	a) Einzelkonten	508
	aa) Berechtigung am Konto	508
	bb) Aufteilungsansprüche	509
	b) Gemeinschaftskonten	510
	aa) Berechtigung am Konto – Außenverhältnis	510
	bb) Innenverhältnis	510
	cc) Ausgleichsansprüche nach § 430 BGB	510
	dd) Steuerliche Folgen einseitiger Einzahlung	511
	c) Kontovollmacht	512
	aa) Abhebungen während funktionierender Ehe	512

bb)	Abhebungen nach Trennung	512
cc)	Ansprüche bei Vollmachtsüberschreitung	513
d)	Wertpapiere und Wertpapierdepots	513
e)	Einzeldepot	514
f)	Gemeinschaftsdepot	514
g)	Zugewinn, Beweislast und Prozessstrategie	514
aa)	Verhältnis zum Zugewinn	514
bb)	Beweislast	515
aaa)	Angemäßte Eigengeschäftsführung	515
bbb)	Anspruch auf Aufteilung bei Bruchteilsgemeinschaft am Einzelkonto	515
ccc)	Ausgleichsanspruch nach § 430 BGB bei Gemeinschaftskonten	515
ddd)	Oder-Depots	516
cc)	Prozessstrategie	516
5.	Teilungsversteigerung des Familienheims	516
a)	Vertragliche Vereinbarung	517
b)	Gerichtliches Verbot	518
c)	Einstweilige Einstellung aus den Gründen des § 180 ZVG	518
aa)	Einstweilige Einstellung nach § 180 Abs. 2 ZVG	519
bb)	Einstweilige Einstellung nach § 180 Abs. 3 ZVG	520
d)	Einstweilige Einstellung durch den Antragsteller nach § 30 ZVG	521
e)	Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO	521
f)	Berufung auf § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB	522
g)	Rechtsmissbrauch, § 242 BGB	524
h)	Gesamtvermögensgeschäft, § 1365 BGB	525
i)	Verfahren zur Geltendmachung der Hinderungsgründe	526
6.	Anwaltliche Strategien bei der Teilungsversteigerung	527
7.	Verteilung des Versteigerungserlöses	527
V.	Auftragsrecht und Treuhandverhältnisse	529
1.	Auftragsrecht bei treuhänderischer Übertragung	529
2.	Auftragsrecht bei der Gestaltung von Sicherheiten	531
3.	Auftragsrecht bei treuhänderischer Haftungsübertragung	532
4.	Überlassung der Vermögensverwaltung als Auftrag	533
5.	Treuhandabreden	533
VI.	Weitere Anspruchsgrundlagen	536
B.	Gesellschaftsverträge	537
I.	Ehegattennengesellschaft bürgerlichen Rechts	538
II.	Ehegattenaußengesellschaft bürgerlichen Rechts	543
1.	Historischer Abriss	543
2.	Neuregelung durch das MoPeG	544
3.	Gründe für die Wahl der Rechtsform der GbR	547
III.	Aufnahme des Ehegatten in ein Einzelunternehmen	560
IV.	Güterstandsbezogene Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen	568
C.	Darlehensverträge	572
I.	Zivil- und steuerrechtliche Grundlagen	572
1.	Zivilrecht	572
2.	Schenkungsteuerrecht	573
3.	Einkommensteuerrecht	576
a)	Einkommensteuer auf Zinsen	576
b)	Abzug von Zinsen	577
II.	Einfaches Ehegattendarlehen	578
III.	Ehegattendarlehen mit Hypothekenbestellung	580
D.	Arbeitsverträge	583
I.	Zivil- und steuerrechtliche Grundlagen	583
II.	Ehegattenarbeitsvertrag	586
III.	Ehegattenarbeitsverhältnis mit geringfügiger Beschäftigung	592
E.	Vermietung und Verpachtung (das sog. »Wiesbadener Modell«) und sonstige Verträge	595
I.	Vermietung und Verpachtung unter Ehegatten	595
II.	Betriebsaufspaltung und »Wiesbadener Modell«	596

1.	Betriebsaufspaltung	596
2.	»Wiesbadener Modell«	597
3.	Zivilrechtliche Gestaltung beim »Wiesbadener Modell«	598
a)	Scheidungsklauseln	598
b)	Weitere Vereinbarungen	599
c)	Erwerbsrecht der Kinder	600
d)	Testamentarische Anordnungen	600
III.	Sonstige Verträge	600
E.	Vollmachten und Verfügungen für Krankheitsfälle	600
I.	Vorsorgevollmacht	604
1.	Form	604
2.	Hinterlegung/Registrierung der Vollmacht	607
3.	Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers	608
II.	Sicherung des Vollmachtgebers	608
III.	Inhalt der Vollmacht	614
1.	Vermögenssorge	614
2.	Vorsorgevollmachten im Unternehmensbereich	615
a)	Betreuungsszenario	615
b)	Vorsorgevollmachten bei Personengesellschaften	616
c)	Vorsorgevollmachten bei Kapitalgesellschaften	617
d)	Inhalt einer unternehmerischen Vorsorgevollmacht	618
3.	Gesundheit und Aufenthalt	618
4.	Nachlassvollmacht	620
5.	Allgemeine Bestimmungen	624
IV.	Person des Bevollmächtigten	624
V.	Auftragsverhältnis	625
1.	Regelung des Innenverhältnisses	625
2.	Weisungsgebundenheit	625
3.	Haftung	626
4.	Rechnungslegung	626
5.	Vergütung	627
VI.	Betreuungsverfügung	628
VII.	Patientenverfügung	629
VIII.	Formulierungsvorschläge	634
Kapitel 6	Ehegattenunterhaltsrecht	645
A.	Unterhaltsrechtsreform	649
Vorbemerkung.	649
I.	Ziele der Unterhaltsrechtsreform	650
1.	Förderung des Kindeswohls	650
2.	Stärkung der Eigenverantwortung nach der Ehe	650
3.	Vereinfachung des Unterhaltsrechts und Justizentlastung	651
4.	Auswirkungen für die Praxis	651
II.	Wichtigste Gesetzesänderungen	652
1.	§ 1569 BGB	652
2.	§ 1570 BGB	653
3.	§ 1574 BGB	654
4.	§ 1578b BGB	654
a)	Arten der Unterhaltsbeschränkung	655
b)	Ehebedingte Nachteile	655
c)	Ersatzmaßstab	655
d)	Kinderschutzklausel	656
5.	§ 1609 BGB	657
6.	§ 1585c BGB	658
7.	»Nachbesserung« der Unterhaltsrechtsreform	658

8. Änderung des § 1612a BGB	659
9. Initiativstellnahme des DAV zu einer erneuten Unterhaltsreform	659
B. Unterhaltsformen	659
Vorbemerkung	659
I. Familienunterhalt	659
II. Trennungunterhalt	661
1. Grundsätze	661
2. Vereinbarungen zum Trennungunterhalt	665
III. Nachehelicher Unterhalt	670
C. Nachehelicher Unterhalt	670
I. Unterhaltstatbestände	670
1. Kindesbetreuungsunterhalt, § 1570 BGB	671
a) Die Struktur des neuen § 1570 BGB	671
b) Allgemeine Voraussetzungen des § 1570 BGB	672
c) Kindbezogene Verlängerung	674
aa) Kindesbetreuung ist auf andere Weise gesichert oder könnte gesichert werden	674
aaa) Kein Altersphasenmodell	675
bbb) Kein generelles Trennungsleiden	676
ccc) Eignungsvermutung für alle öffentlichen Kinderbetreuungseinrichtungen	676
bb) Familiär anderweitige Ermöglichung einer Erwerbstätigkeit	676
aaa) Kindesalter für Alleinbleiben	677
bbb) Verlässliche Angebote des anderen Elternteils	677
ccc) Großeltern	678
cc) Keine überzogenen Anforderungen an die Darlegung kindbezogener Gründe	678
dd) Vereinbarkeit mit konkreter Erwerbstätigkeit	678
ee) Kein abrupter Wechsel zumutbar	679
ff) Reduzierung der Erwerbsobliegenheit bei überobligationsmäßiger Belastung des kindesbetreuenden Elternteils	683
d) Elternbezogene Verlängerung	683
e) Unterhaltstitel und Befristung	684
f) Bewertung der Rechtsprechung	685
2. Altersunterhalt, § 1571 BGB	687
3. Unterhalt wegen Krankheit, § 1572 BGB	688
4. Unterhalt bis zur Erlangung angemessener Erwerbstätigkeit, § 1573 Abs. 1 und 3 bis 5 BGB	690
5. Aufstockungsunterhalt, § 1573 Abs. 2 BGB	691
6. Ausbildungsunterhalt, § 1575 BGB	693
7. Billigkeitsunterhalt, § 1576 BGB	693
II. Maß des Unterhalts (Bedarf)	694
1. Eheliche Lebensverhältnisse	694
a) Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen	695
b) Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen von Selbstständigen	695
aa) Ermittlung des Einkommens von Selbstständigen	695
aaa) Ermittlungszeitraum	696
bbb) Steuerbilanz – Unterhaltsbilanz	696
ccc) Erwerbsobliegenheit	697
ddd) Darlegungslast	697
eee) Coronahilfen	698
bb) Bedeutsame unterhaltsrechtliche Abweichungen	698
aaa) Abschreibungen	698
bbb) Entnahmen	701
ccc) Investitionsentscheidungen	702
ddd) Nahe Angehörige	703
eee) Personalkosten	703
fff) Private Lebensführungskosten	703
ggg) Pkw	703

hhh) Rückstellungen	704
iii) Zwei-Konten-Modell	704
cc) Abzug von Steuern und Vorsorgeaufwendungen	704
aaa) Steuern	704
bbb) Vorsorgeaufwendungen	706
c) Prägendes Einkommen	707
d) Wohnvorteil	710
aa) Gebrauchsvorteil	710
bb) Abzugsposten	713
cc) Altersvorsorge	717
dd) Verwertungspflicht	718
ee) Verkaufserlös als Surrogat	718
ff) Mitbewohner	721
gg) Mietzins im Unterhalt	721
2. Gesamter Lebensbedarf	722
a) Elementarunterhalt	722
b) Kranken- und Pflegevorsorgebedarf	722
c) Altersvorsorgebedarf	725
d) Mehrbedarf	728
e) Sonderbedarf	729
3. Die ehelichen Lebensverhältnisse i.S.d. § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB	729
a) Historische Reminiszenz: wandelbare eheliche Lebensverhältnisse	729
b) BVerfG: Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten	731
c) Reaktion des BGH: Rechtsprechungsänderung	732
aa) Bedarf	732
bb) Leistungsfähigkeit	733
4. Bedarfsberechnung	737
a) Unterhaltsquote oder konkrete Berechnung	737
b) Halbteilung, nicht Dreiteilung	740
III. Bedürftigkeit des Berechtigten	742
1. Tatsächliche Einkünfte	742
a) Einkommen aus zumutbarer Erwerbstätigkeit	742
b) Einkommen aus überobligationsmäßiger Tätigkeit	747
c) Einkommen aus der Aufnahme neuer Erwerbstätigkeit	750
d) Zusammenleben mit einem neuen Partner	752
e) Zuwendungen Dritter	754
2. Hypothetische Einkünfte	754
3. Vermögen	756
a) Reale Erträge	756
b) Hypothetische Erträge	757
c) Verwertung des Vermögensstamms	757
IV. Leistungsfähigkeit des Verpflichteten	758
1. Einkommensverhältnisse	758
a) Reale Einkünfte	758
b) Bereinigtes Nettoeinkommen	759
c) Hypothetisches Einkommen	762
2. Verpflichtungen	767
a) Ehebedingte Schulden	768
b) Sonstige Unterhaltsverpflichtungen	769
3. Selbstbehalt	769
4. Unterhaltsberechnung in Mangelfällen	771
a) Unterhalt nach Billigkeit, § 1581 Satz 1 BGB	771
b) Mangelfälle	771
c) Rangverhältnisse – »Revolution« der Unterhaltsreform	772
d) Berechnung im Mangelfall	774
aa) Mangelberechnung Unterhaltspflichtiger – Kinder	775
bb) Mangelberechnung Unterhaltspflichtiger – Kinder – mehrere geschiedene Ehegatten	776

5.	Systemwechsel im Unterhaltsrecht – Vorabzug von Barunterhalt beim betreuenden Elternteil	777
6.	Auskunftsansprüche im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit	779
V.	Erlöschen, Ausschluss und Beschränkung des Unterhalts	780
1.	Erlöschen des Unterhaltsanspruchs	780
a)	Tod des Berechtigten	780
b)	Wiederverheiratung des Berechtigten	780
c)	Unterhaltsverzicht	781
d)	Sonstige Gründe	784
e)	Tod des Verpflichteten – kein Erlöschen	785
2.	Ausschluss des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit, § 1579 BGB	786
a)	Kurze Ehedauer, § 1579 Nr. 1 BGB	787
b)	Verfestigte Lebensgemeinschaft, § 1579 Nr. 2 BGB	787
c)	Verbrechen/schweres vorsätzliches Vergehen, § 1579 Nr. 3 BGB	790
d)	Mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit, § 1579 Nr. 4 BGB	790
e)	Mutwilliges Hinwegsetzen über Vermögensinteressen, § 1579 Nr. 5 BGB	790
f)	Verletzung der Familienunterhaltungspflicht, § 1579 Nr. 6 BGB	791
g)	Offensichtlich schwerwiegendes Fehlverhalten, § 1579 Nr. 7 BGB	791
h)	Anderer Grund ebensolcher Schwere, § 1579 Nr. 8 BGB	792
3.	Beschränkungen des Unterhalts nach § 1578b BGB	792
a)	Arten der Unterhaltsbeschränkung	794
b)	Ehebedingte Nachteile	794
c)	Ersatzmaßstab	799
d)	Kinderschutzklausel	801
e)	Präklusion	801
f)	Weitere Gesichtspunkte zu Herabsetzung und Befristung	803
g)	Einzelfallentscheidungen	803
4.	Verwirkung und Verjährung	811
a)	Verwirkung	811
b)	Verjährung	811
VI.	Unterhalt und Einkommensteuer	811
1.	Außergewöhnliche Belastung nach § 33a EStG	812
2.	Begrenztes Realsplitting nach §§ 10 Abs. 1a Nr. 1, 22 Nr. 1a EStG	813
a)	Steuerliche Voraussetzungen für das begrenzte Realsplitting	813
aa)	Unterhaltsleistung	813
bb)	An den (Ex-) Ehegatten	814
cc)	Unbeschränkte Einkommensteuerverpflichtung oder § 1a EStG	815
dd)	Dauernd getrennt lebend oder geschieden	815
ee)	Antrag des Unterhaltsschuldners	815
ff)	Zustimmung des Unterhaltsgläubigers	816
gg)	Höchstbetrag von 13.805,00 €	817
hh)	Keine Geltendmachung als außergewöhnliche Belastung	817
ii)	Unabhängig von Einkommen und Vermögen des Berechtigten	817
b)	Anspruch auf Zustimmung zum Realsplitting	817
c)	Nachteilsausgleich	819
aa)	Steuernachteile	819
bb)	Steuerberatungskosten	820
cc)	Sonstige Nachteile	820
dd)	Rückerstattung	821
d)	Erhöhte Leistungsfähigkeit	821
e)	Obliegenheit und Auskunft	821
f)	Gestaltungsempfehlungen	822
aa)	Steuroptimale Begrenzung	822
bb)	Verteilte Unterhaltszahlungen	822
cc)	Ehevertragliche Vereinbarung zum Realsplitting	822
VII.	Abänderung von Unterhaltstiteln	824
1.	Abänderung von gerichtlichen Entscheidungen	824
2.	Abänderung von vollstreckbaren Urkunden	826

D.	Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt.	832
I.	Allgemeines – Zahlungsvereinbarungen	832
	1. Sachverhaltsaufklärung und Gestaltung einer Unterhaltsvereinbarung.	834
	a) Sachverhaltsaufklärung	834
	b) Gestaltung der Unterhaltsvereinbarung.	835
	2. Zahlungsvereinbarungen	836
II.	Verzichte und tatbestandliche Teilverzichte.	843
	1. Vollständiger Unterhaltsverzicht.	843
	2. Verzicht mit Ausnahme der Not	845
	3. Verzicht mit Ausnahme Kindesbetreuung	847
	4. Verzicht auf einzelne Unterhaltstatbestände, z.B. Aufstockungsunterhalt.	850
III.	Verzicht unter Bedingungen und Befristungen	851
	1. Auflösend bedingter Verzicht	851
	2. Verzicht mit Rücktrittsrecht.	852
	3. Verzicht abhängig von der Ehedauer	853
	4. Unterhaltsausschluss abhängig vom Scheidungsverschulden.	854
	5. Vereinbarung des »alten Unterhaltsrechts«, das vor dem 01.01.2008 gültig war.	855
IV.	Vereinbarungen zur Dauer der Unterhaltspflicht	855
	1. Vereinbarung einer Höchstdauer der Unterhaltspflicht	855
	2. Vereinbarung einer Höchstdauer der Unterhaltspflicht abhängig von der Ehedauer.	857
	3. Abweichende Vereinbarungen zu §§ 1586, 1586a, 1586b BGB.	857
	4. Unterhaltsvereinbarung mit Rücksicht auf § 33 VersAusglG	858
	5. Unterhaltsvereinbarung zur Erweiterung des § 1579 Nr. 2 BGB.	859
V.	Vereinbarung von Beschränkungen der Unterhaltshöhe	859
	1. Höchstbetrag des Unterhalts, wertgesichert	859
	2. Höchstbetrag des Unterhalts, angelehnt an Besoldungsgruppen.	865
	3. Festlegung einer Höchstquote des Unterhalts.	866
	4. Vereinbarungen zur Abänderbarkeit.	867
VI.	Vereinbarungen zum Maß des Unterhalts.	869
	1. Vereinbarung zu den ehelichen Lebensverhältnissen.	869
	2. Vereinbarung zur Verwertung des Vermögensstamms beim Unterhaltspflichtigen	870
	3. Verzicht auf Kranken- und Vorsorgeunterhalt	870
	4. Sicherung der Verwendung von Vorsorgeunterhalt.	871
	5. Ausklammerung verschiedener Einkommensarten	871
	6. Surrogatsgleichstellungsvereinbarung Wohnvorteil/Mietzins	872
	7. Nichtanrechnung überobligatorischer Tätigkeit	872
	8. Behandlung des Einkommens des Berechtigten	873
	9. Festschreibung des notwendigen Eigenbedarfes	873
VII.	Vereinbarung von Ersatzleistungen	874
	1. Unterhaltsverzicht gegen Abfindung	874
	2. Unterhaltsgewährung durch Naturalleistung	880
	3. Novation	882
	4. Berücksichtigung der Leistung Dritter.	887
VIII.	Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen	888
	1. Ausgangssituation	888
	2. Benachteiligung Dritter oder Gefährdung der eigenen Existenz als Grenzen der Vereinbarung	890
	a) Vereinbarung über den Rang	890
	b) Anerkennung des verstärkten Unterhalts in der Zweitehe?	890
	aa) Vertrag zulasten Dritter.	891
	bb) Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB?	891
	cc) Verstärkte Unterhaltsschuld als prägende Verbindlichkeit	893
	3. Unterhaltsmodifikationen zur Verstärkung von Unterhalt	894
	a) Verlängerung des Zahlungszeitraums	894
	aa) Bedarf.	894
	bb) Leistungsfähigkeit – Rang.	894
	cc) Wertung	895
	b) Vereinbarung eines individuellen Altersphasenmodells	896

c)	Vereinbarung des vor dem 01.01.2008 geltenden Unterhaltsrechts	896
d)	Vereinbarung einer festen Unterhaltsrente	897
4.	Gestaltungsempfehlungen	897
a)	Verlängerter Basisunterhalt	897
b)	Individuelles Altersphasenmodell	899
c)	Vereinbarung einer indexierten Unterhaltsrente	900
d)	Vereinbarung eines bestimmten Ehemodells	900
5.	Ausweichgestaltungen	901
IX.	Vereinbarung mit steuerlichem Bezug	902
1.	Vereinbarungen zum Realsplitting	902
2.	Vereinbarungen zur Zuordnung steuerlicher Kinderentlastungen	903
Kapitel 7	Versorgungsausgleich	905
A.	Die Reform des Versorgungsausgleichs	907
I.	Ziele des Versorgungsausgleichs	907
II.	Der Versorgungsausgleich vor der Reform	908
III.	Der Reformprozess	909
IV.	Das Nachjustieren	909
B.	Grundprinzipien und Aufbau des Versorgungsausgleichs	910
I.	Hin- und Herausgleich durch Realteilung	910
II.	Ehezeitanteile	911
III.	Auszugleichende Anrechte	912
1.	Allgemeine Voraussetzungen des § 2 VersAusglG	912
a)	Betroffene Versorgungsanrechte	912
b)	Zweckbestimmung	912
c)	In der Ehezeit begründet oder aufrechterhalten	913
d)	Nur Anrechte durch Vermögen oder Arbeit	913
e)	Auf Rente gerichtet	916
f)	Nicht auszugleichende Versorgungsungen	916
g)	Regelsicherungssysteme	916
2.	Kapitalrechte im Versorgungsausgleich	917
3.	Abgrenzung zum Güterrecht bei Lebensversicherungen	918
4.	Verhältnis zum Unterhaltsrecht	921
5.	Abgetretene und verpfändete Anrechte	922
6.	Fondsanteile	924
7.	Grundrente	928
IV.	Bewertung der Anrechte	931
1.	Bewertungsvorschriften des VersAusglG	931
a)	Unmittelbare Bewertung	931
b)	Zeitratierliche Bewertung	931
c)	Sondervorschriften	932
2.	Verzinsungsproblematik	934
a)	Abzinsung insb. betrieblicher Anrechte	934
b)	Verzinsung nach Ehezeitende	937
3.	§ 5 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG, insb. Problematik des Wertverzehr	938
4.	Der korrespondierende Kapitalwert	942
V.	Ausgleichsarten	943
1.	Der Wertausgleich bei Scheidung	943
a)	Interne Teilung	944
aa)	Definition	944
bb)	Betriebsrenten – fehlende Anwartschaftsdynamik beim Berechtigten	944
cc)	Voraussetzungen interner Teilung	945
dd)	Verrechnung	947
ee)	Teilungskosten	947
ff)	Rechtsgestaltende Entscheidung des FamG	949

gg) Tenorierung	950
b) Externe Teilung	950
aa) Vereinbarung Ausgleichsberechtigter mit Versorgungsträger	951
bb) Einseitiges Verlangen des Versorgungsträgers	951
cc) Öffentlich-rechtliches Dienst- oder Amtsverhältnis	954
dd) Ehevertragliche Vereinbarung	955
ee) Zielversorgung	956
ff) Rechtsgestaltende Entscheidung des FamG	957
gg) Tenorierung	958
2. Ausgleichsansprüche nach Scheidung	959
VI. Ausnahmen	964
1. Unbilligkeit	964
2. Kurze Ehe	969
3. Geringfügigkeit	970
VII. Abänderung und Anpassung	975
1. Abänderung nach §§ 225 ff. FamFG	975
2. Anpassung	978
3. Anpassung im Todesfall	981
C. Neuregelung der Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, § 6 f. VersAusglG	982
I. Neue Rolle der Vereinbarungen	982
1. Aufgabe von Vereinbarungen	982
2. Regelungsbefugnisse, § 6 VersAusglG	984
II. Inhaltskontrolle kraft Gesetzes	984
1. Von der Rechtsprechungs- zur Gesetzesschranke	984
2. Versorgungsausgleich und Inhaltskontrolle	985
3. Regelungen zulasten der Grundsicherung	988
4. Anlassprüfung	988
III. Der korrespondierende Kapitalwert – das Maß aller Anrechte?	991
1. Wertberechnung nach dem VersAusglG	991
2. Korrespondierender Kapitalwert	992
IV. Folgeänderungen außerhalb des VersAusglG	994
1. Unterscheidung § 1408 BGB und § 1587o BGB a.F. obsolet	994
2. Jahresfrist nicht mehr gültig	994
3. Rechtsfolge Gütertrennung, § 1414 Satz 2 BGB aufgehoben	994
4. Genehmigungspflicht nach § 1587o BGB a.F. abgeschafft	994
5. Verbot des Supersplittings nach § 1587o I, 2 BGB a.F. abgeschafft	995
6. Kein Rentner- oder Pensionärsprivileg mehr	995
7. Keine Höchstgrenze mehr	997
V. Anforderungen an Vereinbarungen nach neuem Recht	997
1. Die Form der Vereinbarung	997
2. Verbleibende Verbote	999
D. Vereinbarungsmöglichkeiten	1000
I. Totalausschluss	1000
II. Partieller Ausschluss	1005
1. Einseitiger Ausschluss	1005
a) Korrespondierender Kapitalwert für Gesamtsaldo	1006
b) Einseitiges Rücktrittsrecht	1008
c) Ausschluss nur der Anrechte eines Ehegatten	1009
2. Ausschluss für bestimmte Ehezeiten	1011
a) Für Zeiten der Berufsaufgabe	1011
b) Für Zeiten der Trennung	1013
3. Ausschluss bestimmter Versorgungsanrechte	1014
III. Ausschluss mit Bedingungen oder Rücktrittsrecht	1018
1. Ausschluss mit auflösender Bedingung	1018
a) Berufsaufgabe	1019
b) Gegenleistung nicht erbracht	1020
2. Aufschiebende Bedingung	1020
3. Rücktrittsrechte	1021

IV.	Begrenzungsvereinbarungen	1023
1.	Geringere Quote	1023
2.	Gewährung einer bestimmten Mindestversorgung	1024
V.	Ausschluss mit Gegenleistung	1028
1.	Vermögensübertragung	1028
2.	Nutzungsrecht	1030
3.	Lebensversicherung	1034
4.	Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung	1039
VI.	Vereinbarung zum Ausgleichsanspruch nach Scheidung	1042
VII.	Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Scheidung	1045
1.	Barer Spitzenausgleich	1046
2.	Verrechnung nach korrespondierendem Kapitalwert	1047
3.	Verrechnung aufgrund von Rentenwerten	1049
4.	Verrechnung bei externer Teilung	1052
5.	Versorgungsausgleich bei Landesbeamten	1054
6.	Verrechnung des Versorgungsausgleichs mit dem Zugewinn	1058
7.	Vereinbarung unter Einbeziehung der Versorgungsträger	1060
VIII.	Sonstige Vereinbarungen	1061
1.	Vereinbarungen zur Geringfügigkeit	1061
2.	Ausschluss bei kurzer Ehe	1062
3.	Verzicht auf Abänderbarkeit	1062
4.	Ausschluss von Härtegründen, § 27 VersAusglG	1063
E.	Steuerliche Auswirkungen des Versorgungsausgleichs und der Vereinbarungen	1064
I.	Neuregelung steuerlicher Auswirkungen	1064
II.	Interne Teilung	1064
1.	Besteuerung des Wertausgleichs	1064
2.	Besteuerung des Leistungszuflusses	1064
III.	Externe Teilung	1065
1.	Einfluss der Besteuerung auf das materielle Recht	1065
2.	Besteuerung des Wertausgleichs	1065
3.	Besteuerung des Leistungszuflusses	1066
IV.	Schädliche Verwendung geförderten Altersvorsorgevermögens	1066
V.	Ausgleich nach Scheidung	1066
VI.	Zahlungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs, § 10 Abs. 1 a Nr. 3 EStG und § 22 Nr. 1a EStG	1067
Kapitel 8	Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen	1069
A.	Trennungsvereinbarungen	1071
I.	Ehewohnung	1071
1.	Gesetzliche Regelung über die Ehewohnung bei Trennung	1071
a)	Ehewohnung	1072
b)	Trennung	1074
c)	Unbillige Härte	1074
aa)	Gewaltanwendung	1075
bb)	Wohl der Kinder	1076
2.	Folgen der Wohnungsüberlassung	1077
a)	Regelmäßige alleinige Überlassung	1077
b)	Vorläufige Nutzung zu eigenen Wohnzwecken	1077
c)	Nutzungsentschädigung	1078
3.	Vertragliche Vereinbarungen zum Familienwohnheim	1081
a)	Miteigentum, Nutzungsregelung, Teilungsausschluss	1081
b)	Übernahme des Eigentums mit Lastentragung	1084
c)	Verkauf und Erlösverteilung	1088
d)	Abschluss eines Mietvertrages	1090
4.	Vertragliche Vereinbarungen zur Mietwohnung	1090

	a) Übernahme des Mietvertrages mit Freistellungsverpflichtung	1091
	b) Auszugsvereinbarung	1093
II.	Haushaltsgegenstände	1093
	1. Begriff und Abgrenzung	1093
	2. Zuweisung bei Trennung	1096
	a) Herausgabe von eigenem Alleineigentum	1096
	b) Gebrauchsüberlassung bei Alleineigentum des anderen Ehegatten	1097
	c) Verteilung bei Miteigentum	1097
	d) Nutzungsvergütung	1097
	3. Vereinbarungen	1098
III.	Vermögens- und güterrechtliche Regelung	1099
	1. Vermögensaufteilung und Regelung von Schuldverhältnissen	1099
	2. Güterrechtliche Vereinbarungen	1102
	a) Verfügungsbeschränkungen	1102
	b) Stichtag der Endvermögensberechnung	1102
	c) Güterstandswechsel	1103
	3. Steuerrechtliche Fragen	1104
IV.	Trennungsunterhalt	1104
V.	Versorgungsausgleich	1106
VI.	Kindesunterhalt	1107
	1. Regelung bei Trennung und Scheidung	1107
	2. Unterhaltsbestimmung	1110
	3. Sonderfall: Wechselmodell	1111
	4. Barunterhaltspflicht des betreuenden Elternteiles	1111
	5. Verwandtenunterhalt	1112
	6. Mindestunterhalt und Düsseldorfer Tabelle	1115
	a) Mindestunterhalt	1115
	b) Düsseldorfer Tabelle	1116
	7. Kindergeld	1120
	8. Rang und Mangelfall	1120
	9. Unterhalt volljähriger Kinder	1121
	10. Vereinbarungen über den Kindesunterhalt	1124
	a) Alttitel	1124
	b) Statischer Unterhalt	1125
	c) Dynamisierter Unterhalt	1126
	d) Freistellungsvereinbarung	1128
	e) Volljährigenunterhalt	1129
VII.	Erbverzicht	1130
	1. Auswirkung der Scheidung bzw. Antragstellung auf das gesetzliche Erbrecht	1130
	2. Auswirkungen des Pflichtteilsverzichtes auf den Unterhalt	1133
	3. Aufhebung letztwilliger Verfügungen	1133
	4. Formfragen	1135
VIII.	Geltungsbereich	1136
IX.	Formulierungsvorschläge	1136
	1. Anwaltliche Regelung bei noch vorläufiger Trennung	1136
	2. Notarielle Beurkundung mit Güterstandswechsel und Vollstreckungsunterwerfung	1141
B.	Scheidungsvereinbarungen	1148
I.	Ehewohnung und Haushaltsgegenstände	1148
	1. Gesetzliche Regelung über die Ehewohnung bei Scheidung	1148
	a) Grundsätze und Voraussetzungen richterlicher Entscheidung	1149
	b) Wohnung im Alleineigentum oder Miteigentum mit Dritten	1151
	c) Familienwohnheim in Miteigentum	1152
	d) Regelung des Mietverhältnisses	1152
	aa) Ausscheiden aus dem Mietverhältnis	1152
	aaa) Einvernehmliche Mitteilung	1152
	bbb) Richterliche Umgestaltung des Mietverhältnisses	1154
	ccc) Keine richterlichen Schutzanordnungen mehr	1155
	bb) Neubegründung eines Mietverhältnisses	1155

cc)	Inhalt eines neu begründeten Mietvertrages	1156
dd)	Nutzungsverhältnis	1156
ee)	Frist	1157
e)	Nutzungsentschädigung	1157
2.	Vertragliche Vereinbarungen zur Ehwohnung	1158
a)	Feststellung geklärter Verhältnisse	1158
b)	Räumungsverpflichtung	1159
c)	Antrag auf Wohnungszuweisung mit Umgestaltung des gemeinschaftlichen Mietvertrages	1159
d)	Nutzungsverhältnisse am Familienwohnheim	1162
3.	Gesetzliche Regelung über Haushaltsgegenstände bei der Scheidung	1164
a)	Begriff und Abgrenzung	1164
b)	Zuweisung bei Scheidung	1164
aa)	Miteigentum und Vermutung	1164
bb)	Kriterien der Überlassung und Übereignung	1165
cc)	Ausgleichszahlung	1165
4.	Vereinbarungen	1166
II.	Güter- und Vermögensrecht	1167
1.	Güterstandsänderung	1167
2.	Zugewinnausgleich	1169
3.	Gesamtschuldnerausgleich	1170
4.	Bankkonten und sonstiges Miteigentum	1172
5.	Ansprüche aus Ehegattenzuwendungen	1172
6.	Ehegatteninnengesellschaft	1175
III.	Ehegattenunterhalt	1176
1.	Trennungunterhalt	1176
2.	Nachehelicher Unterhalt	1176
IV.	Kindesunterhalt	1176
V.	Versorgungsausgleich	1177
VI.	Elterliche Sorge und Umgangsrecht	1177
1.	Grundzüge des elterlichen Sorgerechts	1177
2.	Obhutsmodelle – insbesondere das Wechselmodell	1179
3.	Kindesunterhalt im Wechselmodell	1182
4.	Vereinbarungen zur Ausübung elterlicher Sorge	1184
5.	Das Umgangsrecht	1187
VII.	Erbverzicht	1189
VIII.	Abgeltungsklausel	1189
IX.	Form und Inhaltskontrolle	1190
X.	Formulierungsvorschläge	1190
C.	Steuerliche Probleme bei der Vermögensauseinandersetzung in der Ehescheidung	1208
I.	Veranlagungswahlrecht	1208
1.	Veranlagungsarten	1208
a)	Zusammenveranlagung	1209
b)	Einzelveranlagung	1210
2.	Zustimmungspflicht zu gemeinsamer Veranlagung	1210
II.	Realsplitting	1213
III.	Entgeltliche Veräußerung bei Vermögensauseinandersetzung und -verwertung i.R.d. Ehescheidung	1213
1.	Einführung	1213
2.	Realteilung bei »Mischvermögen«	1214
3.	Grundproblem des entgeltlichen Erwerbs	1217
4.	Ehescheidung und § 23 EStG	1219
a)	Anwendungsbereich des § 23 EStG	1219
b)	Allgemeine Voraussetzungen für eine Steuerpflicht privater Veräußerungsgewinne nach § 23 EStG	1222
c)	Fallgestaltungen i.R.d. Scheidung	1226
d)	Ausnahme bei Eigennutzung	1232

e) Auswirkungen der vom BFH neuerdings vertretenen modifizierten Trennungstheorie	1237
5. Vermeidungsstrategien	1238
IV. Scheidung und gewerblicher Grundstückshandel	1241
V. Scheidung und Gewinnerzielungsabsicht	1243
VI. Scheidung und Grunderwerbsteuer	1245
VII. Scheidung und Schenkungsteuer	1247
1. Scheidung und Schenkung	1247
2. Das Schenkungssteuerprivileg der eigengenutzten Immobilie.	1247
3. Steuerfreiheit des Zugewinnausgleichs	1247
4. Vorsicht bei vorsorgenden Vereinbarungen	1248
VIII. Steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen im Zusammenhang mit der Scheidung	1249
1. Entwicklung bis VZ 2012	1249
2. Rechtslage ab VZ 2013	1250
3. Außergerichtliche Kosten.	1251
Kapitel 9 Verträge verschiedener Ehekonstellationen	1253
A. »Ehe ohne alles«.	1254
I. »Double income no kids«.	1254
II. »Zweiter Frühling«.	1261
B. »Ehe mit Probezeit«.	1269
Vorbemerkung.	1269
I. »Kommt Zeit kommt Rat«.	1269
II. »Kind ändert alles«.	1274
III. »Lange gewartet, doch noch geheiratet«.	1280
C. Ehe mit Dynastie.	1284
D. Ehe mit Unternehmen.	1291
E. Diskrepanzen.	1301
F. Unterhaltsverstärkung	1307
G. Patchwork Ehe	1316
H. »Globale Vagabunden«.	1325
Kapitel 10 Ehen mit Auslandsberührung	1335
Vorbemerkung	1335
A. Allgemeines Ehwirkungsstatut, Art. 14 EGBGB	1339
I. Anknüpfungspunkte im deutschen IPR	1339
1. Staatsangehörigkeit	1339
2. Gewöhnlicher Aufenthalt.	1339
3. Engste Verbindung.	1340
II. Verweisung auf ausländisches Recht	1340
III. Korrektur durch den ordre public.	1341
IV. Darstellung des Allgemeinen Ehwirkungsstatuts	1342
1. Rechtswahl, Art. 14 Abs. 1 EGBGB	1342
2. Gesetzliche Anknüpfungsleiter, Art. 14 Abs. 2 EGBGB.	1343
V. Anwendungsbereich	1344
B. Ehegüterrechtsstatut, EU-GüterrechtsVO – Art. 15 EGBGB	1345
I. Die EU-GüVO.	1345
1. Grundprinzipien	1345
2. Anwendungsbereich.	1346
a) Räumlicher Anwendungsbereich.	1346
b) Zeitlicher Anwendungsbereich	1346
c) Sachlicher Anwendungsbereich.	1346
d) Gleichgeschlechtliche Ehen/Drittes Geschlecht.	1347

3.	Anwendbares Recht	1347
a)	Erster gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Eheleute	1348
b)	Gemeinsame Staatsangehörigkeit der Eheleute	1349
c)	Engste Verbindung	1349
4.	Ausweichklausel, Art. 26 Abs. 3 EU-GüVO	1349
5.	Rechtswahl	1350
6.	Kaufvertrag mit Einwirkung ausländischen Rechts	1351
7.	Formfragen	1354
a)	Mindestform, Art. 23 Abs. 1 EU-GüVO	1354
b)	Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes in einem Mitgliedsstaat, Art. 23 Abs. 2 EU-GüVO	1354
c)	Einigung und materielle Wirksamkeit, Art. 24 EU-GüVO	1355
8.	Form bei Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand, Art. 25 EU-GüVO	1355
II.	Das Güterrechtsstatut nach Art. 15 EGBGB a.F.	1356
1.	»Altehen«	1356
2.	Sonderfälle	1358
3.	Behandlung von Ehen, geschlossen vor dem 01.09.1986	1359
a)	Eheschließung vor 01.04.1953	1359
b)	Eheschließung vom 01.04.1953 bis 08.04.1983	1360
c)	Eheschließung vom 09.04.1983 bis 31.08.1986	1361
d)	Eheschließung seit 01.09.1986	1361
4.	Rechtswahl	1361
5.	Anwendungsbereich	1361
C.	Unterhalt	1362
I.	Anwendbare Rechtsvorschriften	1362
II.	Unterhaltsstatut	1363
III.	Rechtswahl	1364
1.	Möglichkeiten der Rechtswahl, Art. 7, 8 HUP	1364
2.	Grenzen der Rechtswahl	1365
3.	Form	1366
IV.	Gerichtsstand	1366
V.	Unterhaltsberechtigte im Ausland	1366
D.	Versorgungsausgleich	1367
I.	Versorgungsausgleichsstatut	1367
1.	Gesetzliche Regelung	1367
2.	Art. 8 Rom III VO	1368
II.	Indirekte Rechtswahl	1368
III.	Heimatsstaatenklausel	1369
IV.	Regelwidriger Versorgungsausgleich, Art. 17 Abs. 4 Satz 2 EGBGB	1370
V.	Ausländische Anrechte im deutschen Versorgungsausgleich	1370
VI.	Gerichtliche Zuständigkeit	1371
E.	Scheidungsstatut	1371
F.	Sonstige Scheidungsfolgen	1372
G.	Ehevertrag oder Scheidungsvereinbarung mit Auslandsbezug	1373
H.	Der deutsch-französische Wahlgüterstand	1378
	Stichwortverzeichnis	1379

Kapitel 3 Ehegattenzuwendungen

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Unbenannte Zuwendung	1	I. Erbrecht	127
I. Fallgruppen unbenannter Zuwendungen	1	II. Anfechtungsrecht	132
II. Rechtsprechung im Wandel	11	III. Schenkungssteuerrecht	135
III. Regelungsnotwendigkeiten	15	IV. Vermögensübertragungen als Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstandes	138
B. Probleme rund um das Familienheim	24	E. Vertragliche Regelungen bei der Zuwendung	144
I. Verschiebungen im Zugewinn bei vorzeitigem Baubeginn	24	I. Rückforderungsrecht und Zugewinnregelungen	145
II. Darlehenslösung	30	II. Unbenannte Zuwendung mit Erwerbsrecht der Kinder im Scheidungsfall	157
III. Gesellschaftsvertragslösung	40	III. Zuwendungen zur Haftungsvermeidung	159
IV. Zugewinnlösung	41	1. Heirat eines verschuldeten Ehegatten	160
1. Vorverlegung des Stichtages für die Berechnung des Anfangsvermögens	42	2. Zuwendungen an den anderen Ehegatten aus Haftungsgründen	161
2. Wertmäßige Festlegung des Anfangsvermögens	44	a) Zuwendung mit Rückforderungsrecht	161
V. Aufgeschobene Miteigentumslösung	48	b) Anfechtbarkeit	164
VI. Konkrete Lösung	52	c) Pfändbarkeit – früherer Meinungsstand	169
VII. Steuerfreie Übertragung des Familienheims	53	d) Urteil des BGH vom 20.02.2003	174
1. Vorteile bei einer Schenkung des Familienheims unter Lebenden	54	e) Folgen für die reinen Scheidungsklauseln	181
2. Voraussetzungen der Privilegierung des Familienheims	57	f) Bedeutung der beschränkten Pfändbarkeit	199
3. Verschärfte Anforderungen beim Erwerb des Familienheims von Todes wegen	70	g) Belehrung und Ausweichgestaltung	208
C. Wertungen im Rahmen der §§ 1374 Abs. 2, 1380 BGB	79	3. Vermögensverlagerung auf den nicht haftenden Ehegatten	232
I. Keine Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB	80	F. Erwerb durch nicht haftenden Ehegatten mit Erwerbsrecht	236
II. Anrechnung nach § 1380 BGB	82	G. Schenkung	238
III. Gestaltungsempfehlungen	96		
IV. Anordnung, dass Anrechnung nicht erfolgen soll	106		
V. Schenkungs- und ertragsteuerliche Aspekte der Anrechnung	114		
D. Drittwirkung von Ehegattenzuwendungen	126		

A. Unbenannte Zuwendung

I. Fallgruppen unbenannter Zuwendungen

- 1 Die Rechtsprechung hat in verschiedenen Sachverhaltskonstellationen Zuwendungen unter Ehegatten nicht als Schenkung eingeordnet,¹ sondern als sog. unbenannte Zuwendung.² Dem liegt die

1 Krit. hiergegen Koch, FamRZ 1995, 321 ff.; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1372 Rn. 34: »Sackgasse«.

2 Vgl. zu Zuwendungen unter Ehegatten aus rechtshistorischer Sicht: Löhning, in: FS für Schwab, S. 179 ff.; zur Entwicklung dieser Kategorie: Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsanspruch und gesetzlichem Güterstand, 1970; zur zivilrechtlichen Dogmatik: Poelzig, JZ 2012, 425 ff.; zu Problemen der Ehegattenzuwendung Hoppenz, FPR 2012, 84 ff.; eine ausführliche Behandlung der Zuwendungen unter Ehegatten findet sich bei Krauß, Vermögensnachfolge, Rn. 3579 ff.

Annahme zugrunde, dass die Ehegatten subjektiv nicht über die Unentgeltlichkeit einig sind, sondern die Zuwendung »um der Ehe willen« erfolgt, d.h. als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung und Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft.³ Dabei wird erwartet, die Ehe werde Bestand haben, sodass der Zuwendende innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft weiterhin am Vermögenswert und dessen Früchten teilhaben wird.⁴ Dass eine Zuwendung in diesem Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte, bedarf der tatrichterlichen Feststellung.⁵ Dem Wortlaut der notariellen Urkunde kommt hierbei jedenfalls bei jüngeren Urkunden eine indizielle Bedeutung zu.⁶

Ein Urteil des KG nimmt zur unbenannten Zuwendung im Hinblick auf einen Rückforderungsanspruch Stellung, den der Sozialleistungsträger des Schenkers aus **übergeleitetem Recht** geltend machte. Das KG ist der Auffassung, dass es sich bei unbenannten Zuwendungen **nicht um eine unentgeltliche Zuwendung i.S.d. § 528 BGB** handelt, sondern um eine güterrechtliche Rechtsbeziehung, sodass der Rückforderungsanspruch scheitert, außer die Ehegatten hätten mit der Zuwendung ehefremde Zwecke verfolgt.⁷

Der BGH geht davon aus, dass damit ein **familienrechtlicher Vertrag eigener Art** zustande kommt.⁸ Der Bestand der Ehe ist in diesen Fällen nicht Vertragszweck, sondern Geschäftsgrundlage.⁹

Wird die Zuwendung hingegen mit Blick auf ein künftiges Scheidungsverfahren getätigt, so handelt es sich gerade nicht um eine unbenannte Zuwendung, da sie nicht vom Fortbestehen der Ehe abhängt. Die Annahme des OLG Schleswig,¹⁰ dass es sich dann um eine Schenkung handeln müsse, mag allerdings bezweifelt werden, da in einer Scheidungssituation die Zuwendung regelmäßig auch nicht unentgeltlich geschieht, sondern im Zusammenhang mit der Regelung der Scheidungsfolgen.

Es kommen im Wesentlichen **folgende Fallgruppen**¹¹ in Betracht, bei denen die Rechtsprechung bisher eine unbenannte Zuwendung annahm. In der Praxis werden diese unbenannten Zuwendungen ggü. den reinen uneigennütigen Schenkungen den Regelfall darstellen:¹²

- Mitbeteiligung am gemeinsamen **Familienwohnheim**,
- bei Erwerb des gemeinsamen Hauses nur aus Mitteln eines Ehegatten,

3 BGH, FamRZ 1980, 664; BGH, FamRZ 1982, 910; BGH, MittBayNot 1990, 178; BGH, NJW 1994, 2545; auch frühere Entscheidungen billigen Ausgleichsansprüche zu, ohne schon von einer unbenannten Zuwendung zu sprechen; zusammenfassend Friedrich, JR 1986, 1 ff.; Kleinle, FamRZ 1987, 1383 ff.; krit. Hepting, in: FS für Henrich, S. 267 ff. und Seiler, in: FS für Henrich, S. 551 ff.

4 BGH, ZNotP 2006, 303 f.

5 BGH, ZNotP 2006, 303 f. = FamRZ 2006, 1022 – diese Sentenz des für Schenkungen zuständigen X. Senates ist etwas verwirrend, da heute von der unbenannten Zuwendung als Regelfall ausgegangen wird. Klarstellend daher die Anm. Wever zu diesem Urteil in FamRZ 2006, 1023 f.: Wer sich auf Schenkungswiderruf stützt, muss die Schenkung nachweisen. Verwendet die Urkunde das Wort »Schenkungs«, dann muss aber zur Widerlegung der Schenkung die ehebezogene Zuwendung festgestellt werden. Auch OLG Hamburg, FuR 2006, 566 fordert eine positive tatrichterliche Feststellung, dass die Zuwendung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte.

6 BGH, FamRB 2006, 231 m. Anm. Wever. Dies gilt noch nicht für die Verträge aus den siebziger Jahren und davor, da hier die unbenannte Zuwendung noch nicht etabliert war.

7 KG, NJW-RR 2009, 1301.

8 Zur Kritik an dieser Einschätzung: Rauscher, AcP 186 (1986), 529, 535 f.; MünchKomm-BGB/Koch, § 1363 Rn. 19.

9 Hierzu ausführlich Klepsch, NotBZ 2003, 457 ff. Der dort (463 ff.) vertretene Standpunkt, die Notarurkunde müsse die ehebedingte Zuwendung nicht von der Schenkung unterscheiden, kann freilich nicht gebilligt werden.

10 OLG Schleswig, OLGR 2006, 823.

11 Zusammenfassend Frank, Anm. BGH, MittBayNot 1990, 181; Langenfeld, 6. Aufl., Rn. 726; Bruch, MittBayNot 2008, 173; vgl. auch die Aufzählung bei Wever, Rn. 894 und Krauß, Vermögensnachfolge, Rn. 3599 ff.

12 Schulz, FamRB 2004, 364, 365; so auch OLG Frankfurt/Main, NZFam 2020, 531, wonach die Abgrenzung maßgeblich nach dem Parteiwillen erfolgt.

- Hingabe von Mitteln für den Erwerb allein durch den anderen Ehegatten,
- Übertragung eines Miteigentumsanteiles,
- Einsatz von Vermögen zur **Alterssicherung**,¹³
- **haftungsmäßig günstige Organisation** des Familienvermögens,¹⁴
- **Vermögensbildung** beim Zuwendungsempfänger, wenn ehevertraglich Gütertrennung oder modifizierte Zugewinnngemeinschaft vereinbart wurde,¹⁵
- Vermögenstransfer aus **steuerlichen Gründen**.¹⁶

Der BGH¹⁷ hat dies noch ergänzt und neben der angemessenen Alterssicherung auch die nachträgliche Vergütung langjähriger Dienste und den Unterhaltsanspruch nach §§ 1360, 1360a BGB als Gründe für eine unbenannte Zuwendung genannt.

- 6 Scheitert nun die Ehe, so fällt die Geschäftsgrundlage weg und es kann ein entsprechender Ausgleichsanspruch entstehen. Eine Rückforderung des zugewendeten Gegenstandes kann jedoch – zumindest im gesetzlichen Güterstand – nur in besonderen Fällen verlangt werden.¹⁸ Ist eine solche ohne »wenn und aber« gewünscht, so muss sie bei der Zuwendung vereinbart werden. In dieser Vereinbarung können dann auch die wechselseitigen Ansprüche geregelt werden. Ansonsten entsteht nämlich nur ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis, bei dem etwa neue Bestandsbauten nicht als Verwendungersatz zu betrachten sind.¹⁹ Das gilt auch bei bloßer Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes.

► **Gestaltungsempfehlung:**

- 7 Sollen Zuwendungen bei Ehescheidung zurückgefordert werden, so sollte die Rückforderung vertraglich vorbehalten werden.
- 8 Da die unbenannte Zuwendung von der Schenkung abzugrenzen ist, findet § 530 BGB keine unmittelbare Anwendung. Die Gerichte erörtern jedoch einen der Norm des § 530 BGB vergleichbaren Maßstab für die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann ein Zuwendungswiderruf jedoch nicht auf die Verletzung der ehelichen Treuepflicht gestützt werden, wenn der Schenker bei seinem eigenen Lebenswandel der ehelichen Treue keinen großen Stellenwert einräumt,²⁰ jedenfalls – wenn überhaupt – nur auf eine solche Untreue, die der Schenkung nachfolgt.²¹ Das OLG München sieht die eheliche Abstammung eines in der Ehe geborenen Kindes als einseitige Erwartungshaltung des Ehemannes an, die nicht zu einem Widerruf der ehebezogenen Zuwendung berechtigt, wenn er über die außereheliche Abstammung im Unklaren gelassen wurde.²² Der BGH sieht dies anders und betont, die leibliche Abstammung eines Kindes vom Vater könne Geschäftsgrundlage einer Ehegattenzuwendung in der Trennung sein, zumal wenn damit zugleich der Unterhaltsbedarf des Kindes gedeckt werden solle.

13 BGH, NJW 1972, 580; BGH, MittBayNot 1988, 181.

14 BGH, MittBayNot 1990, 178 ff.; krit. hierzu Hoppenz, MittBayNot 1998, 217 ff., der in diesem Fall eine Zuwendung ablehnt, da eine dem Treuhandverhältnis vergleichbare Konstellation vorliege; zum Treuhandverhältnis ebenso Arend, MittRhNotK 1990, 65, 68, der die Treuhandabrede in diesem Fall nicht für beurkundungsbedürftig hält; OLG Düsseldorf, FamRB 2004, 37.

15 BGH, MittBayNot 1989, 157 f.

16 Etwa zur Begründung des sog. Wiesbadener Modells oder als Beginn einer für später geplanten Gesamtübertragung auf die Kinder zur Ausnutzung von Freibeträgen. Bestätigt hat diese Fallgruppe BGH, NJW-RR 1993, 1410, obwohl im konkreten Fall eine Schenkung vorlag.

17 BGH, ZEV 2018, 274.

18 Detailliert Kap. 5 Rdn. 1 ff.

19 OLG Stuttgart, MittBayNot 2020, 466 f.; vgl. dazu auch Kap. 4, Rdn. 13 f. (Fn. 15).

20 OLG Frankfurt/Main, FamRB 2006, 357.

21 OLG München, FamRZ 2009, 1831 ff.

22 OLG München, FamRZ 2009, 1831 ff.; hierzu Bruch, MittBayNot 2009, 311 ff.

Das Verschweigen könne auch eine Anfechtung einer schenkweisen Zuwendung wegen arglistiger Täuschung bewirken.²³

Bei Vermögensübertragungen aus steuerlichen Gründen ist ein Rückfall auf den zuwendenden Ehegatten allerdings häufig gar nicht gewünscht, etwa wenn dadurch die personelle Verflechtung bei der Betriebsaufspaltung einträte. Hier kann ein Erwerbsrecht Dritter, z.B. der Kinder, helfen. 9

► Gestaltungsempfehlung:

Es sollte geprüft werden, ob eine Rückforderung durch den zuwendenden Ehegatten steuerlich schädlich sein könnte. In diesem Fall kann die Begründung eines Erwerbsrechts zugunsten der Kinder helfen. 10

Andererseits ist bei treuhandähnlichen Übertragungen zur haftungsmäßigen Vermögensverteilung die Rechtsprechung eher bereit, einen Ausgleichsanspruch anzunehmen.²⁴

II. Rechtsprechung im Wandel

Nachdem der BGH früher den Ausgleich von Vermögensverlagerungen unter Ehegatten in den Fällen, in denen das Güterrecht keine befriedigende Lösung bot, überwiegend unter Berufung auf die Rechtsfigur der **unbenannten Zuwendung** mit der Folge einer **Störung der Geschäftsgrundlage** gefunden hatte, stellt er mit dem Urt. v. 30.06.1999²⁵ wieder die **Ehegatteninnengesellschaft** in den Vordergrund,²⁶ die bei Scheidung einer Ehe zu Ausgleichsansprüchen führt.²⁷ 11

Im Urteilsfall war umfangreicheres Immobilienvermögen über lange Jahre hinweg auf den Namen der Ehefrau zu Alleineigentum erworben worden. Der Ehemann behauptete, erhebliche Beiträge geleistet und deshalb einen Ausgleichsanspruch zu haben. 12

Der BGH nutzte das Urteil zu grds. Ausführungen über die Ehegatteninnengesellschaft und ihre Abgrenzung zu den unbenannten Zuwendungen und betonte, dass die Ehegatteninnengesellschaft **Vorrang vor der** Rechtsfigur der **unbenannten Zuwendung** habe.²⁸ Die Literatur sieht hierin einen Wandel der Rechtsprechung, der den Anwendungsbereich der unbenannten Zuwendung künftig nur noch auf den Bau eines Familienwohnheims beschränkt.²⁹ 13

Befürchtungen, aufgrund der gewandelten Rechtsprechung zur Schwiegerelternzuwendung als Schenkung könne sich auch der Bereich der ehebezogenen Zuwendungen verkleinern, tritt *Hahne* entgegen, denn bei den Zuwendungen unter Ehegatten stehe der Gedanke, weiter am Zuwendungsgut zu partizipieren, im Mittelpunkt, nicht jedoch bei der Schwiegerelternzuwendung.³⁰ 14

III. Regelungsnotwendigkeiten

Die Rechtsprechung zum Ausgleich solcher Zuwendungen oder auch von Mitarbeit unter Ehegatten bringt erhebliche Unsicherheit in die Rechtsbeziehungen der Ehegatten; dies insb. im Bereich der Gütertrennung.³¹ 15

23 BGH, NJW 2012, 2728.

24 OLG Düsseldorf, FamRB 2004, 37 f.

25 BGH, DNotZ 2000, 514 ff.

26 Zur Rechtsprechungsgeschichte insoweit vgl. Haas, FamRZ 2002, 205; Wever, Rn. 1111 ff.; Blumenröhr, in: FS für Odersky, S. 517 ff.

27 Zu den Ausgleichsansprüchen der Ehegatteninnengesellschaft: Kap. 5 Rdn. 91 f.

28 BGH, DNotZ 2000, 514, 515 (»in erster Linie«).

29 Grziwotz, DNotZ 2000, 486, 495.

30 Hahne, FF 2012, 268, 269.

31 Vgl. zur Kritik: MünchKomm-BGB/Koch, § 1363 Rn. 17 f.; Schotten, NJW 1990, 2841 ff.

- 16 Auf diese mit Blick auf die Einzelfallgerechtigkeit ergangene Rechtsprechung sollte sich die Vertragsgestaltung nicht verlassen, sondern eigene Regelungen finden. Zur Vermeidung solcher Rechtsunsicherheit kann die Empfehlung nur lauten, mehr als bisher die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander vertraglich auszugestalten und hierbei die Auswirkungen des Scheiterns der Ehe zu bedenken, also keine »unbedachten Zuwendungen«³² zuzulassen.
- 17 An der Ausgestaltung solcher vertraglichen Rechtsbeziehungen müssen alle rechtlichen und steuerlichen Berater der Ehegatten zusammenwirken. Während Rechtsanwälte oder Notare die Eheleute i.d.R. nur punktuell begleiten bei der Regelung von Ehe- und Erbverträgen, Grundstücksübertragungen, gesellschaftsrechtlichen Akten oder sonstigen Rechtsstreitigkeiten, hat gerade der steuerliche Berater ein fortlaufendes Mandat. Er sieht z.B. auch die Mitarbeit im Betrieb, Nutzungsüberlassungen und die Übertragung von Geld oder Mobilien. Aus diesem Grund sollte er den Ehegatten zu einer rechtlichen Regelung raten.
- **Gestaltungsempfehlung:**
- 18 Alle vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten sollten vertraglich gestaltet werden auch mit Blick auf etwaige Scheidungsfolgen.
- 19 Gerichtliche Entscheidungen ergehen zum Problem unbenannter Zuwendungen immer dann, wenn ein Ehegatte im Zusammenhang mit einer Scheidung Rückgabe oder Wertausgleich verlangt. Aus dieser Perspektive gilt es, die Rechtsprechung zu analysieren. Der Richter legt den Zuwendungsakt aus mit Blick auf das im Rechtsstreit folgende Ergebnis unter Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit.
- 20 Der **Vertragsgestalter** muss in Kenntnis dieser Rechtsprechung aus anderer Sicht denken und im Vorfeld bereits **vorsorgende Regelungen** treffen. Er sollte bereits im **Ehevertrag** mit Vereinbarung einer Gütertrennung oder eines Zugewinnausschlusses im Scheidungsfall klarstellen, ob Zuwendungen der Ehegatten zurückgefordert werden können. Bewährt hat sich die Regelung, dass sie nur dann zurückgefordert werden können,³³ wenn dies bei der Zuwendung vorbehalten war.³⁴ Diese Regelung schafft Klarheit und zwingt die Eheleute zugleich in die Regelungsdisziplin bei künftigen Zuwendungen.
- 21 Im **Zuwendungsvertrag** sollte eine Regelung getroffen werden, ob zugewendete Gegenstände bei Scheidung der Ehe
- zurückgefordert werden können,
 - nicht zurückgefordert werden können,
 - im Zugewinnausgleich – sofern der nicht ausgeschlossen ist – in bestimmter Weise behandelt werden sollen.³⁵
- **Gestaltungsempfehlung:**
- 22 Geklärt werden sollte bei jeder Zuwendung unter Ehegatten, wie diese die Zuwendung im Scheidungsfall behandelt wissen wollen.
- 23 Eine Besonderheit sei am Ende noch bemerkt. Der BGH erwog,³⁶ bei einem Güterstandswechsel vom gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung den **ehevertraglichen Verzicht auf Zugewinn selbst als eine unbenannte Zuwendung** einzustufen. Er argumentierte, die Ehegatten hätten die

32 Grziwotz, MDR 1998, 129; Brambring, in: FS für Rolland, S. 29, 33.

33 Grundlegend Milzer, Kap. 2 Rn. 167.

34 Derzeit noch offen ist die Frage, ob sich dieses ehevertragliche Abschaffen der »Zweiten Spur« neben dem Ehegüterrecht einer Inhaltskontrolle nach der neuen Rspr. des BVerfG und des BGH stellen muss; s. hierzu die Ausführungen in Kap. 2 Rdn. 65 ff.; zur Kritik an solchen Ausschlüssen vgl. Kap. 2 Rdn. 492 ff.

35 Das eine schließt das andere nicht aus. Auch wenn eine Rückforderung im Scheidungsfall ausgeschlossen ist, kann eine Berücksichtigung im Zugewinnausgleich erfolgen; daher unzureichend argumentiert bei AG Fulda, FamRZ 2006, 417.

36 BGH, MittBayNot 1997, 295 f.

Ehe nach dem Wechsel fortsetzen wollen und auch tatsächlich 15 Jahre fortgesetzt, sodass der Verzicht um der Ehe willen erfolgt sei.

In der Folge wäre der Zugewinnausgleichsverzicht – gemeint ist wohl auch der auf künftigen Zugewinn – nach den Regeln über den Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage anzupassen. Damit wären Vereinbarungen der Gütertrennung oder des Zugewinnverzichts für den Scheidungsfall nicht mehr sicher.

Die **Rechtsprechung** hat diesen Gedanken dann bisher nicht mehr aufgegriffen. Ggf. ist eine **Klarstellung im Vertrag** zu empfehlen, dass es sich nicht um eine ehebedingte Zuwendung handelt.

B. Probleme rund um das Familienheim

I. Verschiebungen im Zugewinn bei vorzeitigem Baubeginn

Aufbauend auf den Ergebnissen der vorhergehenden Ausführungen über die unbenannten Zuwendungen soll nun der häufig vorkommende Fall im Mittelpunkt stehen, dass zwei Partner mit dem **Hausbau beginnen**, von beiden Seiten Verwendungen tätigen, das Grundstück zur Verfügung stellen oder gemeinsam erwerben und **erst später heiraten**.³⁷

Bei dieser Fallgestaltung kommt es zu Verschiebungen des Anfangsvermögens, die bei einer späteren Zugewinnberechnung³⁸ Probleme bereiten. Nicht minder schwerwiegende Abgrenzungsschwierigkeiten hat die nach der früheren Rechtslage wichtige Frage bereitet, ob die Parteien verlobt waren oder nicht. Dies dürfte aber aufgrund der nachstehend geschilderten Rechtsprechung nicht mehr entscheidend sein.

Gehört etwa das Baugrundstück einem Partner und der andere investiert einen erheblichen Geldbetrag für den Rohbau und die Partner heiraten nach dem Richtfest, so gehört nach der gesetzlichen Regelung das Grundstück samt Rohbau zum Anfangsvermögen des Grundstückseigentümer-Ehegatten.

Der BGH hat seine Rechtsprechung zum Ausgleich von Zuwendungen für die **Zeit eines nichtehelichen Zusammenlebens** grundlegend geändert und nunmehr entschieden, dass solche Ansprüche nicht auf gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche beschränkt sind, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen.³⁹ Der BGH geht damit den Schritt hin zur »Zusammenlebensrechtsgemeinschaft«.⁴⁰ Nach dieser Rechtsprechung kann es Ansprüche aus einer »gemeinschaftsbedingten« Zuwendung geben, wenn der Zweck – das längerfristige Partizipieren – nicht erreicht wird. Auf dieser Basis müssten auch Ansprüche bestehen, wenn die nichteheliche Gemeinschaft wegen der Absicht späterer Eheschließung nicht auf Dauer angelegt war, weil letztlich die gemeinschaftliche Nutzung des Vermögens – zunächst in nichtehelicher und dann in ehelicher Gemeinschaft – auf Dauer angelegt war. Der BGH gesteht jedoch dann keine Ansprüche zu, wenn die Zahlungen des Nichteigentümers nicht wesentlich über die Miete hinausgehen, die für vergleichbaren Wohnraum aufzuwenden wäre.⁴¹ Man sollte auf dieser Basis zu den gleichen Rechtsfolgen kommen wie bei der sogleich geschilderten Verlobung. Dies sieht auch der BGH nunmehr so, wenn er Ansprüche aus Störung der Geschäftsgrundlage auch bei ehebezogenen Zuwendungen vor und während der Ehe im Gesamtumfang bejaht, ohne dass es ihm auf eine Verlobung ankommt.⁴² Insoweit kann man von einer Fortentwicklung der Rechtsprechung ausgehen.⁴³ Gleichwohl bleibt eine vertragliche Regelung vorzuzugsfähig.

37 Vgl. die instruktive Fallschilderung bei Grziwotz, DNotZ 2000, 486, 488; zusammenfassend zum Eigenheimerwerb junger Eheleute: Münch, notar 2021, 384 ff.

38 Sonstige Probleme rund um das Familienheim bei Scheitern der Ehe erörtert Graba, NJW 1987, 1721 ff.
39 BGH, DNotZ 2009, 52.

40 Grziwotz, FamRZ 2008, 1829; zustimmend Löhnig, DNotZ 2009, 59, 60.

41 BGH, NJW 2013, 2187.

42 BGH, FamRB 2012, 361 = NJW 2012, 3374.

43 Wever, FamRB 2012, 362.

- 28 Waren die späteren Eheleute hingegen **verlobt**, dann sah der BGH die Interessenlage schon früher als vergleichbar mit einer unbenannten Zuwendung unter Eheleuten mit Gütertrennung an und ging von einem besonderen familienrechtlichen Rechtsverhältnis aus, zu dessen Geschäftsgrundlage der Bestand der künftigen Ehe zählt. Fällt diese Grundlage weg, so entsteht ein Ausgleichsanspruch, der ergänzenden Charakter hat und nur Werte zum Gegenstand haben kann, die nicht schon dem Zugewinn der späteren Ehe unterliegen. Der BGH will aber durch den Anspruch keine Besserstellung gegenüber einer Leistungserbringung erst nach der Eheschließung und bildet daher einen hypothetischen Zugewinn, als wäre das Objekt ohne die Verwendungen im Anfangsvermögen.⁴⁴ Dies gilt übrigens sogar dann, wenn die Anspruchstellerin einseitig aus der Ehe ausgebrochen sein sollte, denn es gibt keinen Grundsatz, dass derjenige, der die Geschäftsgrundlage zerstört, keinen Ausgleichsanspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage hat.⁴⁵
- 29 Um diese Situation und die **Unwägbarkeit ihrer Behandlung in der Rechtsprechung** vertraglich zu regeln, gibt es mehrere Möglichkeiten. Nicht in Betracht kommt i.d.R. die vorherige Einräumung von **Miteigentum** am bereits vorhandenen Grundstück, weil dieses Schenkungsteuer oder aber Grunderwerbsteuer auslösen würde, wenn die Vertragsteile im Zeitpunkt der Übertragung noch unverheiratet sind. Zudem löst dies allein die Fragen späterer Auseinandersetzung nicht.⁴⁶ Für die Übertragung des eigenbewohnten Hauses (Familienheim) unter Ehegatten zu Lebzeiten ist hingegen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sogar Schenkungsteuerfreiheit nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG gegeben,⁴⁷ die mit der Erbschaftsteuerreform 2008/2009 sogar auf Zuwendungen von Todes wegen – allerdings unter gewissen Einschränkungen – ausgedehnt wurde.⁴⁸ Die Voraussetzungen dieser Vorschrift⁴⁹ sind sehr genau zu prüfen und einzuhalten⁵⁰

II. Darlehenslösung

- 30 Bei der **Darlehenslösung**⁵¹ werden die Zuwendungen des Nichteigentümer-Partners aus dem (späteren) Anfangsvermögen als Darlehen gegeben und diese Darlehen werden auch bei Eheschließung aufrechterhalten, sodass sie das Anfangsvermögen prägen.
- 31 Das Problem bei Darlehen liegt darin, dass solche Darlehen nicht nur Auswirkungen auf die Berechnung des Anfangsvermögens haben, sondern dass diese Ansprüche sich vererben,⁵² sodass hier eine entsprechende Regelung getroffen werden muss, wenn später keine gegenseitige Erbeinsetzung vorgesehen ist. Ist eine gegenseitige Erbeinsetzung vorgesehen, so erlischt das Darlehen im Erbfall durch Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung. Für die Berechnung von Pflichtteilen hingegen gilt das Darlehen als nicht erloschen.⁵³

Ferner nehmen die **Finanzämter** bei **Unverzinslichkeit** der Darlehen eine **Schenkung** an, die bei nicht verheirateten Partnern sehr schnell die Freibeträge überschreitet.⁵⁴

44 BGH, NJW 1992, 427 = DNotZ 1993, 515; OLG Celle, NJW-RR 2000, 1675; vgl. jüngst OLG Köln, FamRZ 2002, 1404 m. Anm. Wever und weiterer Anm. Quack, FamRZ 2003, 606 f.; Kogel, FamRB 2007, 273 f.

45 BGH, NJW 1992, 427, 429.

46 N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

47 Dies soll auch bei einer Übertragung eines Familienheims aus dem Gesamtgut der Gütergemeinschaft in das Vorbehaltsgut eines Ehegatten gelten, DNotI-Gutachten 13216.

48 Hierzu Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632 ff.

49 Hierzu detailliert Reimann, FamRZ 2009, 1785 ff.

50 Hierzu Schlünder, FuR 2009, 255, 258 f.; vgl. Rdn. 53 ff.

51 Zum Ganzen N. Mayer, ZEV 1999, 384 f. und 435.

52 Böhm, ZEV 2002, 337 ff.

53 BGH, DNotZ 1978, 487, 489.

54 Hierzu näher in Kap. 5 Rdn. 424 ff.

► **Gestaltungsempfehlung:**

Die Rechtsprechung und die Finanzverwaltung akzeptieren es nicht, die Unverzinslichkeit des Darlehens mit dem Wohnvorteil zu begründen. Es sollten daher Zinsen vereinbart werden. 32

Das FG Rheinland-Pfalz⁵⁵ hat sogar bei einem niedrig verzinslichen Darlehen unter Ehegatten gegen Zurverfügungstellen des Familienwohnheims eine Schenkung angenommen, ohne dass das Wohnenlassen als Gegenleistung anzusehen sei, da dieses ein geschuldeter Beitrag zum Familienunterhalt sei. Ein Argument, das auf nichteheliche Lebenspartner aber nicht übertragbar sein dürfte. Ein Argument, das außerdem zivilrechtlich nicht richtig ist, denn der Unterhalt verpflichtet nicht zur Errichtung eines Eigenheims. Der BFH hat das Urteil bestätigt, ohne auf die Frage des Wohnvorteils dabei nochmals einzugehen. Es ist daher davon auszugehen, dass **auch** bei einem **Mitbewohnen** des Objektes die Rechtsprechung bei **Unverzinslichkeit** oder niedrigerer Verzinslichkeit als die 5,5 % des § 15 BewG eine freigiebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG annehmen wird.⁵⁶ 33

► **Kostenanmerkung:**

Soweit der Darlehensvertrag mit beurkundet wird, ist dieser das Hauptgeschäft und die Hypothek nur gegenstandsgleiches Sicherungsgeschäft. Es ist dann eine 2,0 Gebühr nach KV 21100 aus dem Wert des Darlehens zu erheben. Wird nur die Hypothek beurkundet mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung so fällt nach KV 21200 eine 1,0 Gebühr an. Schuldbekennnis und Hypothekenbestellung sind derselbe Gegenstand.⁵⁷ Bei Beurkundung nur der formellen Grundbucheklärungen fällt eine 0,5 Gebühr nach KV 21201 Nr. 4 an. 34

► **Muster: Darlehenslösung**

... (Partnerschaftsvertrag) ... 35

1)

Die Geldmittel in Höhe von ... €, welche Herr ...

– nachfolgend kurz: »Gläubiger« –

für den Bau des Einfamilienhauses auf dem Grundstück der Frau ...

– nachfolgend kurz: »Eigentümer« oder »Schuldner« –

zur Verfügung gestellt hat, sind als Darlehen gewährt.

Für das Darlehen gelten folgende Bestimmungen:

- a) Das Darlehen ist mit jährlich 2 % über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB, mindestens aber mit 3 % zu verzinsen ab dem ... Die Zinsen sind jährlich zum 31.12. eines Jahres fällig.
- b) Schuldner und Gläubiger können das Darlehen ganz oder teilweise jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Es ist sodann in voller Höhe zur Rückzahlung fällig.
- c) Der Gläubiger ist berechtigt, die sofortige Rückzahlung des Darlehens ohne vorherige Kündigung zu verlangen, wenn
 - (1) die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des verpfändeten Grundbesitzes angeordnet wird,
 - (2) der Schuldner seine Zahlungen einstellt oder über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners i.S.d. § 490 BGB verschlechtern,
 - (3) der Pfandbesitz veräußert wird.

⁵⁵ FG Rheinland-Pfalz, ErbStB 2009, 296.

⁵⁶ BFH, NJW-RR 2011, 441 ff.

⁵⁷ Notarkasse, Rn. 2064, 2088.

2) Hypothekenbestellung

Zur Sicherung aller Ansprüche des Gläubigers aus der vorstehend bezeichneten Darlehensforderung zuzüglich Zinsen bestellt der Eigentümer zugunsten des Gläubigers an dem in Abschnitt 4) dieser Urkunde bezeichneten Pfandbesitz eine

Hypothek ohne Brief

an nächstoffener Rangstelle.

3) Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Der Schuldner unterwirft sich wegen der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtung der

sofortigen Zwangsvollstreckung

aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

Der Eigentümer unterwirft sich darüber hinaus in Ansehung der vorbestellten Hypothek der

sofortigen Zwangsvollstreckung

aus dieser Urkunde in der Weise, dass diese im Sinne des § 800 ZPO gegen den jeweiligen Eigentümer des Pfandbesitzes zulässig ist.

4)

... (Pfandbesitz, Anträge, Bewilligung) ...

36 Sofern eine gegenseitige Erbeinsetzung nicht erfolgt ist, weil z.B. die jeweils vorhandenen Kinder erben sollen, erlischt das Darlehen im Todesfall nicht durch Konfusion. Daher kann zusätzlich vorgesehen werden, dass das Darlehen im Todesfall des Gläubigers erlassen wird. Beim Tod des Schuldners würde die Rückzahlungspflicht ohne weitere Regelung dessen Erben treffen, was gewollt sein kann, wenn diese auch Eigentümer des Hauses werden.

37 Bei einem Erlass sind allerdings die **schenkungssteuerlichen Konsequenzen** zu bedenken. Die Rechtsprechung des BFH eröffnet nun allerdings neue Möglichkeiten für einen **Erlass unter Lebenden nach Heirat** ohne schenkungssteuerliche Konsequenzen. Der BFH hat entschieden, dass Zuwendungen unter Lebenden im Zusammenhang mit einem Familienheim auch dann nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG steuerfrei sind, wenn die Ehe bei Anschaffung des Objektes noch nicht bestanden hatte.⁵⁸

► **Muster: Darlehenserlass beim Tod des Gläubigers**

38 Verstirbt der Gläubiger vor dem Schuldner, so wird hiermit das Darlehen auf den Todeszeitpunkt erlassen, sofern dieses nicht zuvor bereits gekündigt worden war.⁵⁹

39 Da die Vertragsparteien kein gesetzliches Erbrecht haben, solange sie unverheiratet sind, ist in jedem Fall eine **erbrechtliche Beratung** dringend zu empfehlen. An deren Ende kann eine gegenseitige Erbeinsetzung ebenso stehen wie Nießbrauchs- oder Wohnrechtsvermächtnisse.

III. Gesellschaftsvertragslösung

40 Die **gesellschaftsrechtliche Lösung**, die den Geld gebenden Partner mit dem Grundstückseigentümer in eine Gesellschaft einbindet, hat den Vorteil, dass auch die Wertsteigerungen durch eigene

⁵⁸ Vgl. hierzu die Darstellung und das Fallbeispiel in Rdn. 53 ff.

⁵⁹ Dazu, dass der Erlass als vollzogen gilt und weder die Form des § 518 BGB noch diejenige des § 2301 BGB zu beachten ist vgl. Kap. 5, Rdn. 427 m.w.N.

Arbeitsleistung oder im Lauf der Zeit durch allgemeinen Anstieg der Immobilienwerte, aber auch Veräußerungsverluste⁶⁰ dem anderen Partner zugutekommen.⁶¹

IV. Zugewinnlösung

Ehevertraglich lässt sich die Problematik auf zwei Arten befriedigend lösen: 41

1. Vorverlegung des Stichtages für die Berechnung des Anfangsvermögens

Einmal können sich die Ehegatten so stellen, als wären sie bereits bei Beginn des Hausbaus verheiratet gewesen. Sie verlegen damit den **Stichtag** für die Berechnung des Anfangsvermögens vor die Eheschließung auf den Tag zurück, an welchem mit dem **Hausbau** bzw. **vorherigen Finanzierungsaktivitäten** begonnen wurde. Diese Modifikation wird nunmehr einhellig für zulässig gehalten.⁶² 42

► Muster:⁶³ Vorverlegung Anfangstermin

Die Parteien sind sich darüber einig, dass für die Berechnung des Zugewinns nicht der Tag der Eheschließung, sondern der ... (Datum) ... Anfangstermin im Sinne des § 1374 Abs. 1 BGB ist. 43

Dies soll sowohl dann gelten, wenn der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod beendet wird wie auch – soweit gesetzlich zulässig – beim Ende des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten.

Der Notar hat darüber belehrt, dass die Vorverlegung des Anfangstermins nur schuldrechtliche Bedeutung hat, der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft also dennoch erst bei Eheschließung beginnt.

2. Wertmäßige Festlegung des Anfangsvermögens

Eine andere ehevertragliche Lösung besteht darin, das **Anfangsvermögen wertmäßig** so festzulegen, 44 dass die Werte bei Beginn des Hausbaus festgesetzt werden. Hat z.B. der Ehemann das Grundstück und investieren beide Ehegatten in den Hausbau und heiraten dann, so wird folgender Formulierungsvorschlag unterbreitet.⁶⁴

Fallgestaltung: Auf dem Grundstück des Ehemannes (Wert 100.000,00 €) wird noch vor Eheschließung ein Haus gebaut (Wert: 400.000,00 €). Die Ehegatten wollen, dass das Grundstück als Anfangsvermögen zählt, das Haus aber dem Zugewinn unterliegt.

► **Kostenanmerkung:**

Soweit Regelungen über das Anfangsvermögen als Sachgesamtheit oder bestimmte Vermögensgegenstände des Anfangsvermögens getroffen werden, ist § 100 Abs. 2 GNotKG einschlägig, wonach der Wert des betroffenen Gegenstandes ohne Schuldenabzug bzw. der Sachgesamtheit maßgeblich ist, höchstens jedoch der Wert des modifizierten Reinvermögens.⁶⁵ 45

► **Muster: Wertfestlegung Anfangsvermögen**

Wir sind uns darüber einig, dass für Zwecke des Zugewinnausgleichs das Anfangsvermögen 46 nach § 1374 Abs. 1 BGB des Ehemannes auf 100.000,00 € und das der Ehefrau auf null festgelegt wird. Das im Eigentum des Ehemannes stehende Familienwohnheim ... Str. ..., das heu-

60 Hierzu N. Mayer, ZEV 2003, 453 ff.

61 Für die Formulierung von Ehegatteninnengesellschaftsverträgen s. Kap. 5 Rdn. 378 ff., 390.

62 OLG Hamburg, NJW 1964, 1076; MünchKomm-BGB/Koch, § 1374 Rn. 5 (anders noch MünchKomm-BGB/Gernhuber, 3. Aufl., § 1374 Rn. 3); Grüneberg/Siede, § 1376 Rn. 6.

63 Bergschneider, Rn. 639; N. Mayer, ZEV 1999, 384, 435.

64 Milzer, Kap. 2 Rn. 115.

65 Leipziger Kommentar, § 100 GNotKG, Rn. 41; Korintenberg/Tiedtke, § 100, Rn. 18.

te einschließlich des Grundes und Bodens einen Wert von 500.000,00 € hat, ist in einem etwaigen Zugewinnausgleich nur noch im Endvermögen anzusetzen, sodass der Gebäudewert und etwaige Wertsteigerungen in vollem Umfang in den Zugewinn fallen.

- 47 Sofern für die Errichtung des Hauses **Darlehensmittel** bei Dritten aufgenommen wurden, sind auch diese Verbindlichkeiten aus dem Anfangsvermögen auszuscheiden und nur im Endvermögen zu berücksichtigen.⁶⁶

Sofern die reine Zugewinnlösung bereits zum Zeitpunkt des Investitionsbeginns vereinbart werden sollte, ohne dass noch eine Heirat bevorsteht, wäre sie um eine Regelung zu ergänzen, welche Ansprüche bei Nichttheirat bestehen sollen.

- 47a Sofern in das Haus auch Anfangsvermögen des Nichteigentümerehegatten fließt, erhält der investierende Ehegatte ggf. nur die Hälfte über den Zugewinn zurück, wenn die Investition im Endvermögen des anderen Ehegatten noch vorhanden ist. Hier kann vereinbart werden, dass Anfangsvermögen in vollem Umfang zurückerstattet werden muss, ggf. mit der Einschränkung, soweit wenigstens dieser Wert noch im Endvermögen des anderen Ehegatten vorhanden ist.⁶⁷

V. Aufgeschobene Miteigentümlösung

- 48 Vorgeschlagen wird ferner eine aufgeschobene Miteigentümlösung dergestalt, dass der Vertrag der zusammenlebenden Partner eine für den Fall künftiger Verehelichung aufschiebend bedingte Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils vornimmt. Solches kann insb. in der Form eines unwiderruflichen Angebots geregelt werden.⁶⁸ Vorgeschlagen wird literarisch auch eine Übertragung, bei welcher der Übertragungsfall erst »durch gemeinsame schriftliche Erklärung« oder das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eintritt.⁶⁹
- 49 Sofern das gewünscht ist und die Finanzierungsbeiträge gleich waren, kann dann das Familienwohnhaus i.Ü. aus dem Zugewinn herausgenommen werden.

► Kostenanmerkung:

- 50 Nach § 51 Abs. 1 GNotKG ist ein Vertrag, der nur eine bedingte Veräußerungs- bzw. Erwerbsverpflichtung enthält, ohne Rücksicht auf diese Bedingung zu bewerten. Es ist daher eine 2,0 Gebühr nach KV 21100 aus dem Wert des zu übertragenden Grundbesitzes zu erheben.⁷⁰

► Muster: aufschiebende bedingte Miteigentumsübertragung

- 51 Aufschiebend bedingt für den Fall unserer späteren Eheschließung überlässt Herr ... bereits heute an Frau ... einen hälftigen Miteigentumsanteil des Anwesens ... in ..., eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts ... für ... Blatt ...

Er haftet nur für ungehinderten Besitz und lastenfreien Eigentumsübergang. Ausgenommen hiervon ist das in Abteilung III lfd. Nr. 1 eingetragene Grundpfandrecht zugunsten der ... -Bank, das zur ferneren dinglichen Haftung übernommen wird. Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche werden anteilig mitübertragen, die Eintragung im Grundbuch bewilligt, jedoch ausdrücklich nicht beantragt. Für die zugrunde liegenden Verbindlichkeiten hat Frau ... die gesamtschuldnerische Haftung bereits mit Urkunde vom ... URNr. ... übernehmen müssen.

Eine Haftung für Sachmängel wird – außer bei Vorsatz – nicht übernommen.

⁶⁶ Grziwotz, 4. Aufl., 104.

⁶⁷ Hierzu Münch, notar 2021, 384, 385.

⁶⁸ N. Mayer, ZEV 2003, 453 f.

⁶⁹ Panz, BWNotZ 2021, 445.

⁷⁰ Notarkasse, Rn. 278 f., 280.

Besitz, Nutzen, Lasten, Gefahr und Verkehrssicherungspflichten gehen ab Eheschließung anteilig über, ebenso Erschließungs- und Anliegerkosten, für welche ein Bescheid ab Eheschließung zugestellt wird.

Die Vertragsteile verpflichten sich, unverzüglich nach Eheschließung die Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen.⁷¹

Auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für Frau ... wird nach Belehrung verzichtet.

Die Überlassung für den Fall der Eheschließung erfolgt als ehebedingte Zuwendung, d.h. im Hinblick auf die eheliche Lebensgemeinschaft und zum Ausgleich für geleistete Mitarbeit und als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens. Die Vertrags- teile gehen davon aus, dass sie gleichwertige Beiträge zur Erstellung und zum Unterhalt des Familienheims geleistet haben. Die künftige Zuwendung soll Frau ... daher auch dann endgültig verbleiben, wenn die künftige Ehe geschieden werden sollte.

Der vorgenannte Grundbesitz (übertragener und verbliebener Anteil) samt seiner Verbindlich- keiten soll daher im Zugewinnausgleich in keiner Weise berücksichtigt werden, er sollte also weder bei der Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens eines Ehegatten einen Rechnungsposten bilden. Dies gilt insbesondere auch für Verluste und Wertsteigerungen.

... (sofern erforderlich zusätzlich Regelung von Verwendungen, Surrogaten⁷² etc.) ...

VI. Konkrete Lösung

Ein weiterer Lösungsansatz⁷³ geht dahin, mittels einer konkreten Lösung Tilgungs- und Verzinsungs- 52 leistungen zu erfassen, die Kostentragung zu regeln und im Fall einer Trennung entsprechende Ansprüche wie z.B. Erwerbsrechte zu begründen, was aus schenkungssteuerlichen Gründen in der Form von Angeboten geschehen sollte. Besonders betont wird hierbei die Notwendigkeit, auch die Gewinn- beteiligung bzw. Verlusttragung bei einer Veräußerung des Anwesens einer Regelung zuzuführen.

VII. Steuerfreie Übertragung des Familienheims

Die steuerfreie Zuwendung eines Familienheims unter Lebenden nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG 53 wird oft als Königsweg einer Schenkung unter Ehegatten aufgezeigt. Der BFH erkennt für die Ehe als Erwerbs- und Wirtschaftsgemeinschaft keine Sonderregeln an. Daher sind **Ausnahmen von der Besteuerung in der Gestaltungspraxis von großer Bedeutung**. Allerdings muss man auch die beschränkende Rechtsprechung auf diesem Feld kennen, um Übertragungen in der richtigen Weise durchzuführen. Dies gilt ebenso bei der Steuerfreistellung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b und 4c ErbStG für den Todesfall.

1. Vorteile bei einer Schenkung des Familienheims unter Lebenden

Die **Vorteile** einer Schenkung des Familienheims unter Lebenden zwischen Ehegatten hat die Finanz- 54 verwaltung in den Erbschaftsteuer-Richtlinien⁷⁴ gut zusammengefasst:⁷⁵

- **Keine Anrechnung auf Freibeträge**; da es sich um eine sachliche Steuerbefreiungsvorschrift handelt, wird das geschenkte Familienheim weder auf die Freibeträge angerechnet noch mit anderen Erwerben im 10-Jahreszeitraum zusammengerechnet. Wenn die Übertragung unter Ausschluss des § 1380 BGB stattfindet, mindert sie auch den Zugewinnausgleich nicht.

71 Wird die Auflassung mit erklärt, so könnte alleine diese – trotz der Bedingung im Überlassungsvertrag – Grunderwerbsteuer auslösen. Daher ist sie ausgesetzt. Es könnte auch eine Vorlagesperre erfolgen, BFH, MittBayNot 2005, 524 m. Anm. Gottwald; Grziwotz, 6. Teil, Rn. 89.

72 Vgl. die Formulierungsvorschläge in Kap. 2 Rdn. 604 ff.

73 N. Mayer, ZEV 2003, 453 ff.

74 R E 13.3. (5) ErbStRL (2019).

75 Vgl. auch die Zusammenfassung bei Schmitt, DStR 2023, 14 ff., 76 ff.

- Dies ist **unabhängig vom Wert des zugewendeten Familienheims**. Eine Angemessenheitskontrolle findet nicht statt.⁷⁶ Auf diese Weise können also ganz erhebliche Vermögenswerte steuerfrei zwischen Ehegatten zugewendet werden.
 - Es besteht **keine Behaltepflcht oder Verwendungsbeschränkung** und damit keine nachlaufende Kontrolle durch die Finanzverwaltung. Das Familienheim kann also nach der Schenkung auch veräußert werden. Geschieht eine Veräußerung an den Schenker zurück, so spricht man von einer sog. **Familienheimschaukel**.⁷⁷ Letztlich verbleibt also Geld beim Beschenkten. Allerdings weist die Finanzverwaltung insoweit auf die Grenzen des § 42 AO hin. Es ist daher nicht empfehlenswert, solche Maßnahmen unmittelbar aufeinanderfolgend und mit vorgefasstem Plan zu tätigen. Wenn aber aufgrund veränderter Sachlage ein neuer Entschluss gefasst wurde und der Beschenkte in der Zwischenzeit frei verfügbungsberechtigt war, dann kann das Familienheim zurückgekauft werden. Das **Familienheim** kann auch als solches von seiner **Nutzung** etwa durch Umzug **aufgegeben** werden. Hierin liegt ein sehr **großer Vorteil gegenüber der Übertragung des Familienheims von Todes wegen** nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG, weil hier der von Todes wegen erwerbende Ehegatte das Privileg nur erhält, wenn er das Familienheim weitere 10 Jahre selbst nutzt.
 - Die Steuerfreistellung des Familienheims ist **nicht etwa auf ein Familienheim** pro Empfänger oder Veräußerer **beschränkt**. Vielmehr kann die Zuwendung mit jedem neuen Familienheim, für das die Voraussetzungen vorliegen, erneut exerziert werden.
 - Der **Güterstand der Ehegatten** spielt bei der Steuerfreistellung **keine Rolle**, sodass eine solche auch bei Gütertrennung in Betracht kommt.
- 55 Diese massiven Steuervorteile haben den **BFH**⁷⁸ bewogen – und zwar noch zum Recht vor 2009 – seine **Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit** der Norm deutlich auszusprechen. Es ist also nicht auszuschließen, dass bei einem Fall zum neuen Recht eine Vorlage zum BVerfG erfolgt.⁷⁹ Daher sollten anstehende Übertragungen durchgeführt werden.

- 56 *Grziwotz* sieht es – zu Recht – genau umgekehrt: Die Ansicht des **BVerfG** zum **Anspruch der Ehegatten auf gleiche Teilhabe am Erwirtschafteten**⁸⁰ dürfe nicht nur bei Scheidung und den ehevertraglichen Verzichten zum Tragen kommen, sondern müsse sich auch auf die erbrechtliche Situation beziehen. Das Erbschaftsteuerrecht dürfe die Ehegatten nicht für die fehlende dingliche Mitberechtigung des gesetzlichen Güterstandes bestrafen und dadurch – meistens – die Ehefrau zur »permanent Beschenkten« machen.⁸¹

2. Voraussetzungen der Privilegierung des Familienheims

- 57 Zunächst wird als Familienheim ein bebautes Grundstück angesehen, soweit darin **eine Wohnung gemeinsam zu eigenen Wohnzwecken genutzt** wird. Das setzt voraus, dass sich in dieser Wohnung der **Mittelpunkt des familiären Lebens** befindet. Dabei kommt es nicht auf die »Widmung« an, sondern auf die **tatsächlich ausgeübte Nutzung**. Das gilt nur für Wohnungen in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR.
- 58 Aufgrund der verfassungsmäßigen Bedenken legt der BFH die Vorschrift sehr eng aus. Bei **Ferien- oder Zweitwohnungen** sollen die Voraussetzungen daher **nicht vorliegen**.⁸²

⁷⁶ So ausdrücklich R E 13.3 (5) S. 2, 3 ErbStRL (2019).

⁷⁷ Hierzu Schmitt, DStR 2023, 76, 78.

⁷⁸ BFH, ZEV 2013, 688.

⁷⁹ Vgl. Wachter, ZEV 2014, 191, 194.

⁸⁰ BVerfG, NJW 2002, 1185.

⁸¹ Grziwotz, NJW 2018, 1424.

⁸² BFH, ZEV 2013, 688; FG München, DStR 2020, 1500.

Werden in der Wohnung nur **untergeordnete Räumlichkeiten** anders genutzt, z.B. als Arbeitszimmer, steht dies dem Steuerprivileg **nicht entgegen**.⁸³ Wird nur ein **Teil des betroffenen Gebäudes** zu eigenen Wohnzwecken genutzt, so ist das **Steuerprivileg entsprechend anteilig zu gewähren**. Damit kommt die Privilegierung auch bei einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in Betracht. Eine Aufteilung in Wohnungs- und/oder Teileigentum zur Herstellung selbstständiger Objekte ist nicht (mehr) erforderlich.⁸⁴ Es ist nach Wohn- und Nutzflächen anteilig aufzuteilen.⁸⁵ 59

Ein an das Familienheim angrenzendes Gartengrundstück mit eigener Flurnummer soll trotz eines einheitlichen Nutzungszusammenhangs nicht begünstigt sein.⁸⁶ 60

Die Voraussetzungen müssen nach §§ 11, 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG **im Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung** gegeben sein.⁸⁷ Hierzu: 61

► **Fallbeispiel:**

*M und F beabsichtigen zu heiraten. F soll das Familienheim aus Haftungsgründen auf ihren Namen erwerben, M will es aber bezahlen. Bei der Vorbereitung ihrer Hochzeitsfeier entdecken die beiden ein altes Schloss, das es ihnen angetan hat und das sie sich nach einer mehrmonatigen Generalsanierung als ihr zukünftiges Heim gut vorstellen können. Als der Makler auf eine Entscheidung drängt, beschließen sie den sofortigen Erwerb für 1,5 Mio. €.*⁸⁸ 62

F kauft und M bezahlt. 2 Monate später heiraten sie, weitere vier Monate später ziehen sie glücklich ein.

Alternative: M gewährt der F ein verzinsliches Darlehen. Mit diesem Geld kauft F das Haus.

a) Nach der Heirat erlässt M das Darlehen zur Rückzahlung.

b) Nach dem Einzug erlässt M das Darlehen zur Rückzahlung.

Vor der Lösung des Falles sind die möglichen Zuwendungsweisen, die § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG für die Zuwendung zwischen Ehegatten unter Lebenden aufzählt, zu betrachten: 63

- Übertragung Alleineigentum oder Miteigentum an bereits vorhandenem Grundstück;
- Zahlung oder Herstellung durch einen Ehegatten und Einräumung von Miteigentum oder Alleineigentum für den anderen Ehegatten;
- Tilgung eines Darlehens für Kauf oder Herstellung aus Mitteln des anderen Ehegatten;
- Befreiung von einer Schuld eines Ehegatten gegenüber dem anderen, die im Zusammenhang mit Kauf oder Herstellung des Familienheims eingegangen wurde;
- Begleichung nachträglicher Herstellungs- oder Erhaltungsaufwendungen aus Mitteln des anderen Ehegatten.⁸⁹

Untersucht man nun den vorliegenden Fall, so stellt man fest:

► **Lösung:**

Wenn M bezahlt und F kauft, ohne dass beide verheiratet sind und ohne dass ein Familienheim schon als Mittelpunkt der familiären Lebensführung existiert, so ist die Privilegierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG nicht anwendbar. 64

83 R E 13.3. (2), S. 9 ErbStRL (2019); FG Köln, WKRS 2018, 47660 = BeckRS 2018, 9845 = EFG 2018, 1256.

84 BFH, ZEV 2009, 257.

85 R E 13.3. (2), S. 14 ErbStRL (2019).

86 FG Düsseldorf, WKRS 2018, 17488 = BeckRS 2018, 9839 = EFG 2018, 1211; FG München, DStRE 2019, 699.

87 Schlünder/Geißler in Münch, Familienrecht § 18 Rn. 303.

88 Sachverhalt nachgebildet BFH, DStRE 2011, 163.

89 Aufzählung der privilegierten Handlungen in R E 13.3. (4) ErbStRL (2019).

Da M und F nicht verheiratet sind – eine Heirat demnächst hilft nach der Finanzrechtsprechung nichts⁹⁰ – liegt eine Zuwendung vor, die nach Steuerklasse III zu beurteilen ist, sodass lediglich ein Steuerfreibetrag von 20.000,- € existiert. Es sind daher aus 1.480.000,- € 30 % Schenkungsteuer angefallen.

In der Alternative a) sind M und F bei Darlehenserlass verheiratet, es liegt aber noch kein Familienheim vor. Auch hier wird die Privilegierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG nicht anwendbar sein. Es gilt allerdings Steuerklasse I mit einem Freibetrag von 500.000,- €. Es wären dann 1.000.000,- € mit 19 % zu versteuern.

In der Alternative b) sind M und F verheiratet und ein Familienheim liegt vor. Nun greift für den Darlehenserlass die Privilegierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG ein, sodass die Zuwendung völlig steuerfrei bleibt und auch nicht auf Freibeträge angerechnet wird.

► **Hinweis:**

65 Mit der Möglichkeit der Darlehensgewährung und anschließendem Erlass kann der Zeitpunkt der Zuwendung »nach hinten« verschoben werden, wenn die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG noch nicht vorliegen! Darlehensvertrag und tatsächliche Durchführung, wie etwa Zinszahlungen, sollten dann nachweislich sein.

66 Bei der Zuwendung unter Lebenden ist Folgendes zu beachten:

Die Zuwendung kann **unter Vorbehalt eines Nießbrauchs** oder Wohnungsrechtes erfolgen⁹¹ oder mit Vereinbarung eines **Rückerwerbsrechtes** etwa für den Scheidungsfall. Für den Fall, dass wider Erwarten der **Schenker den Beschenkten überlebt**, wird sogar ein **Rückerwerbsrecht ausdrücklich empfohlen**, da dann bei einem solchermaßen vorbehaltenen Rückerwerb im Gegensatz zur »Rückvererbung« das Familienheim nicht in die Schenkungsteuer fällt.⁹²

67 Die bloße **Schenkungs eines Zuwendungsnießbrauchs oder -wohnrechtes** soll hingegen **nicht begünstigt** sein,⁹³ da hierin nicht die Einräumung von Miteigentum oder Eigentum liegt. Die zu Ziffer 4b) ergangene Rechtsprechung⁹⁴ dürfte hierfür gleichermaßen gelten.

68 Angesichts des Wortlautes »Eigentum oder Miteigentum« wird **nicht** als **sicher** eingestuft, wie die Übertragung von **Gesamthandseigentum** zu werten ist, wenn die Ehegatten entweder in Gütergemeinschaft verheiratet sind oder das Familienheim in der Rechtsform der GbR halten. Angesichts der sehr engen Auslegung des BFH wird von Übertragungen in diesen Fällen trotz der Transparenzregel des § 10 Abs. 1 Satz 4 ErbStG **abgeraten**, wenn diese auf das Privileg des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG angewiesen sind.⁹⁵ Dieser Rat wird sich mit Inkrafttreten des MoPeg und der damit verbundenen Abschaffung des Gesamthandseigentums der GbR noch verstärken, auch wenn die Folgen für die Erbschaftsteuer nicht gezogen werden und die bisherige Rechtsprechung des BFH als fortbestehend vorausgesagt wird.⁹⁶ Es wird stattdessen empfohlen zunächst die GbR am Familienheim aufzulösen und Bruchteilseigentum zu bilden.⁹⁷ **Ungeklärt** ist auch, wie die **Anwachsung** beim Tod eines GbR-Gesellschafters einzustufen ist. Diese gilt nach § 738 Abs. 1 BGB als Erwerb unter Lebenden,

90 BFH, DStRE 2011, 163.

91 Wachter, ZEV 2014, 191, 193 m.w.N.; Mack, ErbR 2017, 538, 541.

92 Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher, § 13 Rn. 76; Mack, ErbR 2017, 538, 542.

93 Mack, ErbR 2017, 538, 541; Jülicher ZEV 2014, 562 als Schlussfolgerung aus dem BFH-Urteil, das solches für den Erbfall ablehnt.

94 BFH, DNotZ 2014, 691.

95 Wachter, ZEV 2014, 191, 192; Ziegler, MittBayNot 2017, 354, 356.

96 Vgl. etwa Röder, DStR 2023, 1085, 1090 f.

97 Geck, KÖSDI 2022, 22887, 22892.

nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG aber als Erwerb von Todes wegen.⁹⁸ Die Anwendung der Familienheimprivilegierung auf Beteiligungen an anderen Personengesellschaften, die das Familienheim innehaben, wird erst Recht zu verneinen sein.⁹⁹

Inzwischen hat das FG München¹⁰⁰ einen Fall entschieden, in dem ein Ehegatte in die GbR aus den Ehegatten das Familienheim unentgeltlich eingebracht hat. Das FG München hat die Steuerfreiheit für die Übertragung des Familienheims nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG gewährt, obwohl es klar herausgearbeitet hat, dass das Eigentum der GbR selbst zusteht.¹⁰¹ Der Begriff des Miteigentums sei nur deklaratorisch. Der Begriff des Eigentums umfasse auch das Gesamthandseigentum. Die Revision beim BFH ist eingelegt.¹⁰² Es steht zu befürchten, dass der BFH aufgrund seiner bisher strengen und einengenden Auslegung der Befreiungsvorschrift die wohlwollende Auslegung des FG München nicht mittragen wird.

Wenn trennungsbedingt nur noch ein Ehegatte mit Kind in dem Haus wohnt, der andere aber ausgezogen ist, so will das FG Berlin¹⁰³ weiterhin von einem Familienheim ausgehen. Der BFH hat dieser Ansicht in einem obiter dictum zugestimmt.¹⁰⁴ Das sollte als Grundlage für eine Gestaltung genügen.¹⁰⁵ 69

Zum Begriff des Grundstücks hat der BFH¹⁰⁶ entschieden, dass damit die wirtschaftliche Einheit i.S.d. BewG zu verstehen ist. Das bedeutet, dass von der Befreiung nur die FlurNr. erfasst ist, auf der das Familienheim steht, nicht jedoch die benachbarte FlurNr. Daher ist bei der Übertragung entweder dieses Nachbargrundstück wegzulassen oder es ist vorher mit dem Familienheimgrundstück zu verschmelzen. Selbst in letzterem Falle ist die Begünstigung noch nicht sicher. Das FG Niedersachsen will die Befreiung nur auf die bebaute Fläche und den Umgriff begrenzen,¹⁰⁷ da würde auch die Verschmelzung nicht helfen. 69a

3. Verschärfte Anforderungen beim Erwerb des Familienheims von Todes wegen

Wird das Familienheim nicht unter Lebenden übertragen, sondern von Todes wegen erworben, so ist nur noch der Erwerb von Eigentum oder Miteigentum begünstigt, nicht mehr jedoch die anderen in 4a) genannten Formen der Zuwendung. Der Erblasser muss das Familienheim bis zum Erbfall selbst genutzt haben (Ausnahme: zwingende Gründe) und beim Erwerber muss es unverzüglich zur Selbstnutzung bestimmt sein. Ferner fällt in diesen Fällen die Steuerbefreiung weg, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von 10 Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu eigenen Wohnzwecken nutzt (Ausnahme: zwingende Gründe). Erwirbt nicht der Ehegatte, sondern Kinder, ist das Privileg zusätzlich auf eine Wohnfläche von 200 m² beschränkt. Diese Fläche ist nicht mit der Anzahl der Erwerber zu multiplizieren.¹⁰⁸ Erwirbt der Ehegatte das Familienheim, wird nach § 5 Abs. 1 Satz 6 ErbStG nunmehr die steuerfreie Zugewinnausgleichsforderung anteilig gekürzt. 70

⁹⁸ Holtz/Thimm, steueranwaltsmagazin 2016, 9, 12.

⁹⁹ Münch/Jansen, ZEV 2023, 717, 719.

¹⁰⁰ FG München, ZEV 2023, 777.

¹⁰¹ Zustimmung Curdt/Kepper, ZEV 2023, 737.

¹⁰² Az.: II R 18/23.

¹⁰³ FG Berlin, DStRE 2004, 217 = WKRS 2003, 15034.

¹⁰⁴ BFH, NJW 2009, 1373, 1374.

¹⁰⁵ Geck, KÖSDI 2022, 22887, 22890; skeptisch insoweit Mack, ErbR 2017, 538, 541 ohne Berücksichtigung des BFH.

¹⁰⁶ BFH, DStR 2021, 1816.

¹⁰⁷ FG Niedersachsen, DStRK 2023, 293, Revision anhängig unter II R 27/23.

¹⁰⁸ Geck, KÖSDI 2022, 22887, 22897.

Letztlich soll der (End-) Begünstigte in die Wohltat der Steuerbefreiung kommen, so dass die Vorschriften einen sog. Begünstigungstransfer enthalten, wenn das Familienheim durch Erbaueinandersetzung oder Vermächtnis weitergegeben werden muss (jeweils Sätze 2–4).¹⁰⁹

- 71 All dies zeigt, dass die Übertragung unter Lebenden wesentlich vorteilhafter ist.¹¹⁰ Folgende Punkte sind beim Erwerb des Familienheims von Todes wegen zu beachten:

Die **letztwillige Zuwendung eines Wohnrechtes oder eines Nießbrauchs** erfüllt die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b) ErbStG **nicht**.¹¹¹

Die Nutzung durch den Erblasser als **Zweitwohnung** genügt nicht.¹¹² Hatte der Erblasser mehrere Wohnungen und wechselt diese, so kann nur für die tatsächlich bewohnte Wohnung die Steuerbefreiung in Betracht kommen. Der Auszug ist nicht mit dem Umzug in ein Pflegeheim vergleichbar.¹¹³

- 72 Hatte der Erblasser noch kein Eigentum, sondern lediglich ein **Anwartschaftsrecht** aufgrund erklärter Auflassung und eingetragener Vormerkung, so erfüllt dies nicht die Voraussetzungen, wie der BFH entschieden hat.¹¹⁴ Der BFH legt die Vorschrift gewohnt streng aus und setzt das Anwartschaftsrecht dem Eigentum nicht gleich. Der Erwerb lediglich eines Eigentumsverschaffungsanspruchs stehe auch sonst nicht dem Grundbesitz gleich, etwa für § 19 BewG.

- 73 Wenn der Erwerber das Familienheim – etwa **im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge** – weiter überträgt, fällt die Steuerbefreiung selbst dann weg, wenn der Erwerber aufgrund eines **vorbehaltenen Nießbrauchsrechts** oder Dauerwohnrechts das Familienheim tatsächlich weiter nutzt.¹¹⁵ Dies soll auch dann gelten, wenn der Zweiterwerber seinerseits begünstigungsfähig i.S.d. § 13 Abs. 1 Nr. 4c) ErbStG ist (Übertragungskette).¹¹⁶

► **Hinweis:**

- 74 Diese Einschränkung gilt es in der **notariellen Praxis** zu beachten. Hier kommt es häufig vor, dass ererbter Grundbesitz von der Witwe weiter auf die Kinder übertragen werden soll. Wenn hier der Wegfall der Privilegierung aufgrund der Grundbesitzwerte Schenkungsteuer auslösen würde, so ist **Vorsicht** geboten. Die Einschaltung eines Steuerberaters ist in diesen Fällen dringend zu empfehlen.

- 75 Zur unverzüglichen Aufnahme der Selbstnutzung durch den Erwerber muss dieser grundsätzlich **innerhalb von sechs Monaten** nach Erwerb die Absicht der Selbstnutzung fassen und auch umsetzen. Allerdings können **Gründe**, die nicht dem Einflussbereich des Erwerbers unterliegen, den Zeitraum **verlängern**, so etwa eine schwierige Vermächtniserfüllung, für die zunächst ein Betreuer bestellt und eine **betreuungsgerichtliche Genehmigung** einzuholen ist, sodass aufgrund der Unwägbarkeiten eine vorherige Renovierung und ein Umzug nicht zugemutet werden können.¹¹⁷ Allerdings muss danach die Selbstnutzung unverzüglich starten. Wenn seit Grundbucheintrag erneut mehr als sechs Monate vergehen – ohne dass Gründe vorliegen, nach denen der Erbe die mangelnde Selbstnutzung nicht zu vertreten hat – dann liegen die Privilegierungsvoraussetzungen nicht mehr vor.¹¹⁸ Auch vorhersehbare

109 Dazu Münch/Jansen, ZEV 2023, 717, 721.

110 Hierzu Grosse, ErbStB 2021, 128 ff.

111 BFH, DNotZ 2014, 691.

112 So FG München, DStRE 2018, 428 – Erblasser war mit anderem Hauptwohnsitz gemeldet.

113 FG München, DStRE 2022, 420.

114 BFH, DStR 2018, 671 = NJW 2018, 1422 m. Anm. Grziwotz; hiergegen Heck/Leinebach, DStR 2018, 1464.

115 FG Hessen, DStRE 2016, 1447; BFH, DStR 2019, 250.

116 BFH, DStR 2019, 2520.

117 BFH, DStR 2019, 2520.

118 BFH, DStR 2019, 1571, FG Münster, DStRK 2020, 42.

Renovierungsarbeiten von mehr als 18 Monaten können die Begünstigung entfallen lassen.¹¹⁹ Der BFH hat dies nur deswegen anders gesehen, weil die Handwerker aus Gründen, welche der Erbe nicht zu vertreten hatte, die Arbeiten verzögerten.¹²⁰ Wenn der Erwerber eine **Nachbarwohnung hinzuerwirbt**, die er mit seiner vereinigt, so sind Verzögerungen wegen eines gravierenden Mangels ihm nicht anzulasten.¹²¹

Wenn der Einzug und die **Selbstnutzung unverzüglich** erfolgt sind, **schadet** eine erst **später erfolgte Erbaueinandersetzung nicht**, so Rechtsprechung und Verwaltung.¹²²

Das FG München hat entschieden, dass eine Wohnung die **wegen Umzuges des Erblassers in ein Pflegeheim befristet vermietet** wird, den Charakter als Familienheim nicht verliert. Kann der Erbe sie erst nach Ablauf der Mietzeit beziehen, so schadet das nicht.¹²³

Zur Selbstnutzung folgender Fall:

76

► **Fallbeispiel:**

M und F haben ein Haus zum Miteigentum je zur Hälfte. M stirbt und vererbt seine Hälfte an die gemeinsame Tochter T. Diese hält sich zwar gelegentlich im Haus auf, überlässt aber die Nutzung unentgeltlich ihrer Mutter F.

Nach BFH¹²⁴ kann sich T nicht auf die Privilegierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG berufen, weil eine Selbstnutzung nicht vorliegt, wenn T ihren geerbten Anteil der Mutter zur unentgeltlichen Nutzung überlässt.

Bei den **zwingenden Gründen**, welche einen Erwerber an der Selbstnutzung hindern, hat der BFH eine **berufliche Verhinderung** (hier: Professor mit Verpflichtung zur Wohnungsnahme am Dienstsitz) **nicht** anerkannt.¹²⁵

77

Abriss und Neubau durch den Erwerber stehen der Privilegierung entgegen.¹²⁶ Wird allerdings ein **Objekt zerstört**, so soll dies ein zwingender Grund für die Aufgabe der Selbstnutzung sein, eine Verpflichtung zum Wiederaufbau besteht dann nicht.¹²⁷

Die Finanzverwaltung erkennt als zwingende Gründe auf Erwerberseite an: Tod des Erwerbers, Pflegebedürftigkeit oder Minderjährigkeit, die eine Führung eines eigenen Haushalts nicht zulassen.¹²⁸ Die Rechtsprechung hat in einem Fall einen **zwingenden Grund** anerkannt, in dem **schwere Depressionen** der Witwe unmöglich machten, allein im früher gemeinsam bewohnten Haus zu wohnen. Der BFH sieht darin einen zwingenden Grund, da in diesem Falle die Führung eines eigenen Haushaltes im Objekt nicht möglich sei.¹²⁹

Bestehen zwingende Gründe für die Aufgabe der Selbstnutzung, dann ist auch die spätere Veräußerung nach Auszug oder ein Abriss unschädlich.¹³⁰

119 FG Düsseldorf, DStRE 2022, 159.

120 BFH, DStRK 2022, 223.

121 BFH, BStBl. 2022 II, 342.

122 BFH, DStR 2015, 2066; Oberste Finanzbehörden der Länder, DStR 2016, 814; FG Düsseldorf, DStRE 2022, 358.

123 FG München, DStRE 2023, 541.

124 BFH, DStRE 2017, 149.

125 BFH, DStRE 2015, 1249; dem folgend Oberste Finanzbehörden der Länder, DStR 2016, 814.

126 FG München, DStRE 2016, 530.

127 Gleichlautender Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder, DStR 2022, 724.

128 RE 13.4 (6) S. 9 ErbStRL (2019); Oberste Finanzbehörden der Länder, DStR 2016, 814.

129 BFH, DStR 2022, 1607; a.A. FG Münster, DStRE 2021, 985.

130 BFH, DStR 2022, 1372, 1374.

Eine Selbstnutzung durch den Erblasser liegt nicht vor, wenn diese zwar geplant war, aber durch zwingende Gründe (Krankheit) verhindert wurde, bevor sie jemals aufgenommen war.¹³¹ Der notwendige Umzug in ein Pflegeheim aus dem Familienheim heraus, ist hingegen als zwingender Grund anerkannt.¹³²

► **Hinweis:**

- 78 Diese komplizierten Voraussetzungen sollten bei der Testamentsbesprechung durchaus geschildert werden, wenn Anordnungen im Hinblick auf die Privilegierung getroffen werden sollen. Vorgeschlagen wird auch z.B. ein Wahlvermächtnis nach § 2154 BGB zwischen dem Familienheim oder – bei geplantem Auszug – anderem Vermögen.¹³³

C. Wertungen im Rahmen der §§ 1374 Abs. 2, 1380 BGB

Vorbemerkung

- 79 Nun soll die Frage im Mittelpunkt stehen, wie die unbenannten Zuwendungen – oder im Ausnahmefall auch echte Schenkungen – wirken, wenn nicht mittels einer Scheidungsklausel die Rückforderung vorbehalten wurde. Waren die letzten Kapitel noch mit Praxisbeispielen unterlegt, so begeben wir uns nun auf das Gebiet der Dogmatik, um die Wirkungsweise der §§ 1374 Abs. 2 und 1380 BGB bei Ehegattenzuwendungen zu beleuchten. Das »iudex non calculat« werfe getrost über Bord, werden in diesem Zusammenhang präsentierten Rechenbeispielen noch folgen möchte.¹³⁴

I. Keine Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB

- 80 Ausgangspunkt soll die gefestigte Rechtsprechung des BGH¹³⁵ sein, wonach sowohl bei Schenkungen als auch bei unbenannten **Zuwendungen unter Ehegatten** die Vorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB **keine Anwendung** findet, da sie nur auf Zuwendungen von dritter Seite passe.¹³⁶ Dies hat der BGH später auch für Zuwendungen unter Ehegatten mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht ausgesprochen.¹³⁷

► **Hinweis:**

- 81 § 1374 Abs. 2 BGB gilt nicht für unbenannte Zuwendungen und Schenkungen unter Ehegatten. Diese fallen also in das Endvermögen des Zuwendungsempfängers.

II. Anrechnung nach § 1380 BGB

- 82 Auf der Basis dieser Rechtsprechung erfolgt die Handhabung des § 1380 BGB,¹³⁸ also der Anrechnung einer Zuwendung auf die Zugewinnausgleichsforderung. § 1380 Abs. 2 BGB ordnet an, dass der **Wert der Zuwendung dem Zugewinn des Zuwendenden hinzugerechnet** wird. Daraus schließt

131 FG München, DStR 2017, 737.

132 FG München, DStRE 2015, 532.

133 Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher, § 13 Rn. 76a.

134 Vgl. nur die kontroverse Darstellung bei Kornexl, NJW 1994, 622 und Grünewald, NJW 1995, 505.

135 Noch für Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB: BGHZ 65, 320 = DNotZ 1976, 418 ff.; hiergegen dann BGHZ 82, 227, 234 f.; BGH, NJW 1982, 1093 = DNotZ 1983, 177 ff.; BGHZ 101, 65 ff. = NJW 1987, 2814; a.A. etwa MünchKomm-BGB/Koch, § 1374 Rn. 33 m.w.N.

136 Zwar wird diese Ansicht in der Lit. teils heftig kritisiert (vgl. nur Netzer, FamRZ 1988, 676 ff.; Seutemann, FamRZ 1989, 1023; detailliert Jeep, Ehegattenzuwendungen im Zugewinnausgleich, 1999), sie soll aber hier für die praktische Betrachtung maßgeblich bleiben.

137 BGH, NJW 2011, 72 = FamRZ 2010, 2057 m. Anm. Braeuer.

138 Zur Konkurrenz dieser Anrechnung mit der Pflichtteilsanrechnung vgl. Bergschneider/Bergschneider, Rn. 4.300 ff.

die Rechtsprechung, dass dieser Wert dann auch vom **Zugewinn bzw. Endvermögen**¹³⁹ des **Zuwendungsempfängers in Abzug gebracht** werden müsse.¹⁴⁰ Anschließend wird die Ausgleichsforderung errechnet und davon die Zuwendung in Abzug gebracht.

Eine Indexierung wird i.R.d. § 1380 BGB von der inzwischen ganz überwiegenden Meinung befürwortet da man keinen Sinn in einer von der sonstigen Anfangsvermögensberechnung abweichenden Handhabung sieht.¹⁴¹ Auch Gerichtsentscheidungen bejahen eine Indexierung.¹⁴² 83

Umstritten war ferner die Anwendung des § 1380 BGB, wenn der Wert der Zuwendung die Höhe des Ausgleichsanspruchs, der sich ohne Berücksichtigung der Zuwendung ergäbe, übersteigt (**überhöhte Vorwegleistung**).¹⁴³ Ging man früher davon aus, dass § 1380 BGB eine negative Ausschlusswirkung habe, sodass in diesem Fall der Zuwendende keinen Zugewinnausgleich geltend machen könne, da das Gesetz seine Rechte auf die Anrechnung beschränke,¹⁴⁴ so nimmt die Rechtsprechung und herrschende Lehre¹⁴⁵ heute an, der Anwendungsbereich des § 1380 BGB sei gar nicht eröffnet, sodass der **gewöhnliche Zugewinnausgleich** stattfindet.¹⁴⁶ 84

► **Hinweis:**

Bei überhöhter Vorwegleistung schließt § 1380 BGB einen Zugewinnausgleichsanspruch des Zuwendenden nicht aus. 85

Die Anrechnung der Zuwendung kann einseitig angeordnet werden und ist bei Anordnung gleichzeitig mit der Zuwendung formfrei. Für Bestimmungen der Anrechnung oder Nichtanrechnung der Zuwendung nach ihrer Durchführung hingegen wird überwiegend **notarielle Beurkundung** verlangt.¹⁴⁷ Nach § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB hat im Zweifel eine Anrechnung zu erfolgen, wenn der Wert von Gelegenheitsgeschenken überschritten ist. Sind für diese Wertung sogar noch die individuellen Verhältnisse der jeweiligen Ehe maßgeblich, wie es der Gesetzeswortlaut nahelegt,¹⁴⁸ so kann der Rat nur lauten, sich nicht auf solche Zweifel zu verlassen, sondern eine Klärung herbeizuführen. 86

Eine Anrechnung »im Zweifel« erfolgt nach einer Ansicht dann nicht, wenn die Ehegatten im Vorfeld ihrer Scheidung ihre Vermögenswerte real geteilt hatten, da sie dann davon ausgingen, dass dieses Vermögen beim Zugewinn außer Betracht bleiben werde.¹⁴⁹ Nach anderer Ansicht ist eine solche Vorabteilung nach Scheitern der Ehe anzurechnen, wenn später – wohl entgegen den Erwartungen – doch Zugewinn geltend gemacht wird.¹⁵⁰

139 Erfasst werden damit Zuwendungen zwischen Heirat und Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, Bergschneider/Bergschneider, Rn. 4.285.

140 BGH, NJW 1982, 1093; Grünewald, NJW 1995, 505, 506; dagegen Hoppenz, MittBayNot 1998, 217 ff.

141 Schulz/Hauß, Kap. 1 Rn. 938 ff.; MünchKomm-BGB/Koch, § 1380 Rn. 20 m.w.N.; BeckOGK BGB/Preisner, § 1380, Rn. 34; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1380, Rn. 8; nun auch Staudinger/Thiele (2017), § 1380, Rn. 27; Bergschneider/Bergschneider, Rn. 4.297.

142 OLG Frankfurt/Main, FamRZ 2006, 1543.

143 Netzer, FamRZ 1988, 676, 678; Jaeger, DNotZ 1991, 431, 452 f.

144 Kühne, FamRZ 1978, 221, 223.

145 BGH, NJW 1982, 1093; OLG Frankfurt/Main, FamRB 2006, 34; Schwab/Ernst/Motzer, § 15 Rn. 246 ff.; Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1387.

146 Grüneberg/Siede, § 1380 Rn. 17 stimmt dem zwar grds. zu, sieht aber Fälle, bei denen gleichwohl § 1380 BGB noch zur Anwendung kommen müsse.

147 Vgl. Bergschneider/Bergschneider, Rn. 4.302; zur Anrechnung von Zuwendungen, die ein Ehegatte nach Scheitern der Ehe mit dem Ziel einer Vermögensauseinandersetzung tätigt: BGH, MittBayNot 2001, 324.

148 Vgl. OLG Köln, FamRZ 1998, 1515 f.

149 OLG Koblenz, FamRZ 2010, 296.

150 BGH, MittBayNot 2001, 324.

► Hinweis:

- 87 Es sollte bei Zuwendungen die Frage der Anrechnung nicht offengelassen werden, sondern es sollte eine einverständliche Vereinbarung getroffen werden.
- 88 Wie nun die **anrechenbare unbenannte Zuwendung im Zugewinnausgleich** wirkt, ist anhand einer zweistufigen Berechnung festzustellen.¹⁵¹ In der **ersten Stufe** ist zu berechnen, ob dem **Zuwendungsempfänger** unter Berücksichtigung des § 1380 BGB ein Zugewinnausgleichsanspruch zusteht. Ist dies der Fall, hat es damit sein Bewenden. Ist dies aber nicht der Fall, war also die Zuwendung somit größer als der Ausgleichsanspruch, so ist auf der **zweiten Stufe** festzustellen, ob nach der **tatsächlichen Vermögenslage dem Zuwendenden** ein Zugewinnausgleichsanspruch zusteht.
- 89 Derzeit wird diskutiert, wie sich die Reform des Zugewinnrechts auf die Anrechnung auswirkt. Grundsatz ist, dass zwar Anfangs- und Endvermögen negativ sein können, §§ 1374 Abs. 3, 1375 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht jedoch der Zugewinn selbst,¹⁵² denn es soll vermieden werden, dass ein Ehegatte über den Zugewinn für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten mit haftet und dessen Gläubiger begünstigt werden – so die Gesetzesbegründung.¹⁵³ Zusätzlich wird als Argument herangezogen, dass § 1373 BGB unverändert geblieben sei, der von einem »Übersteigen« spricht.¹⁵⁴ Ausgehend davon bliebe die Anrechnung unverändert, denn angerechnet wird auf die Zugewinnausgleichsforderung selbst.

► Beispiel 1:¹⁵⁵

- 90 *Anfangsvermögen jeweils 0,00 €, Endvermögen M = 10.000,00 €, Endvermögen F = 20.000,00 €. Darin enthalten Zuwendung M an F i.H.v. 20.000,00 €.*

Zieht man die Zuwendung vom Zugewinn der F ab und addiert sie dem Zugewinn des M hinzu, so wie die herrschende Lehre § 1380 BGB versteht, so hätte F einen Zugewinn von 0,00 € und M einen Zugewinn von 30.000,00 €. Die Zugewinnausgleichsforderung der F beliefte sich auf 15.000,00 €. Wollte man hierauf die 20.000,00 € der Zuwendung anrechnen, käme man ins Minus, d.h. die Zuwendung war überhöht.

Daher wird im zweiten Schritt nach dem tatsächlichen Vermögen gerechnet. Dies ergibt einen Zugewinn des M von 10.000,00 € und einen solchen der F von 20.000,00 €, sodass M gegen F einen Zugewinnausgleichsanspruch i.H.v. 5.000,00 € hat.

► Beispiel 2:¹⁵⁶

- 91 *Anfangsvermögen jeweils 0,00 €, Endvermögen M = 100.000,00 €, Endvermögen F = 20.000,00 €. Hierbei erfolgte eine Zuwendung von M an F i.H.v. 50.000,00 €.*

Zieht man die Zuwendung vom Zugewinn der F ab (bis max. null)¹⁵⁷ und addiert sie dem Zugewinn des M hinzu, so wie die herrschende Lehre § 1380 BGB versteht, so hätte F einen Zugewinn

151 Arend, MittRhNotK 1990, 65, 71; Büte, Rn. 300 ff.; Milzer, Kap. 5 Rn. 34; Schwab, FamRZ 1984, 525, 528.

152 Büte, FuR 2008, 105, 108; Krause, ZFE 2009, 55, 57; Hoppenz, FamRZ 2008, 1889, 1890; Finger, FamFR 2011, 145, 147; vgl. zu anderen Auffassungen Büte, FamFR 2010, 196.

153 BT-Drucks. 16/10798, S. 14.

154 Büte, FamFR 2010, 196.

155 Milzer, Kap. 5 Rn. 35; zu den Auswirkungen der Anrechnung vgl. Büte, FuR 2006, 289 ff.

156 Grüneberg/Siede, § 1380 Rn. 11.

157 Würde man hier ins Negative abziehen, käme man zu –30.000,00 € mit der Folge eines Zugewinnausgleichsanspruchs von 90.000,00 €, auf den dann die Zuwendung von 50.000,00 € anzurechnen wäre. Im Ergebnis müsste M noch 40.000,00 € zahlen und beide Ehegatten hätten 60.000,00 €. Dies wäre nicht gerecht, denn es berücksichtigt nicht, dass die nicht mehr vorhandenen 30.000,00 € im Verantwortungsbereich der F verbraucht wurden.

von 0,00 € und M einen Zugewinn von 150.000,00 €. Die Zugewinnausgleichsforderung der F belief sich auf 75.000,00 €. Von diesen ist der Zuwendungswert i.H.v. 50.000,00 € abzuziehen, sodass für F ein Zugewinn von 25.000,00 € verbleibt.

In beiden vorgenannten Beispielen wurde letztendlich aufgrund der vorgenommenen Rechenschritte der Gesamtzugewinn hälftig geteilt. Dies ist jedoch durchaus nicht immer der Fall. Wenn die Zuwendung beim Empfänger durch Verbindlichkeiten neutralisiert wird oder aus dem Anfangsvermögen des Zuwendenden erfolgt ist, dann ergeben sich möglicherweise Abweichungen von der hälftigen Teilung des Gesamtzugewinns, die bis zum völligen Verlust der Zuwendung für den Zuwendenden führen können.¹⁵⁸

► **Beispiel 3:**

Anfangsvermögen $M = 20.000,00$ €, $F = 0,00$ €. Endvermögen $M = 0,00$ € und $F = 0,00$ €. Es erfolgte eine Zuwendung von M an F i.H.v. 20.000,00 € aus dem Anfangsvermögen.

M erhält von dieser Zuwendung nichts zurück.

Es gibt unterschiedliche Ansichten, ob an diesem Ergebnis über § 242 BGB eine Korrektur stattzufinden habe. Demgegenüber vertritt die wohl herrschende Ansicht die Auffassung, dass mit der Zuwendung das Anfangsvermögen in den Zugewinn geraten und damit das Ergebnis hinzunehmen sei.¹⁵⁹

Als **Fazit** lässt sich sagen, dass selbst bei Vereinbarung einer Anrechnungsbestimmung **kaum vorhersehbar** ist, wie sich die unbenannte Zuwendung im Zugewinnausgleich letztlich auswirken wird, da dies von der Entwicklung des Gesamtvermögens beider Ehegatten abhängt.¹⁶⁰

III. Gestaltungsempfehlungen

Im Rahmen einer unbenannten Grundstückszuwendung heißt dies, dass in die Urkunde die unbenannte Zuwendung, der **Verzicht auf eine Rückforderungsklausel** und die **Anrechnungsklausel** aufgenommen werden müssten. Die Anwendung der §§ 1374 Abs. 2, 1380 BGB durch die Rechtsprechung bei Anrechnung der Zuwendung ist derzeit so gefestigt, dass die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in der Zuwendungsurkunde nicht zwingend ist, gleichwohl aber erfolgen kann.¹⁶¹

Als Mindestanspruch könnte auch ein Ersatz jedenfalls des Anfangsvermögens vorgesehen werden, obwohl dies durchaus nicht regelmäßige Folge des Zugewinns i.Ü. ist und zumeist auch der andere Ehegatte Anfangsvermögen in der Gestalt von Geldvermögen investiert, ohne dass für dieses Sonderregeln getroffen sind.

Generell sollte darauf geachtet werden, dass nicht bei einer **Grundstückszuwendung** Sonderregelungen getroffen werden, nur weil diese vor dem Notar stattfindet und bei allen anderen Zuwendungen dieser Ehe, die etwa auch in umgekehrte Richtung stattfinden, solche Regelungen nicht getroffen werden, weil die Beteiligten diese selbst ausführen. Dann erweist sich die gut gemeinte Sonderregelung bei der Grundstückszuwendung letztendlich als ungerecht.

¹⁵⁸ Ist die Zuwendung noch voll vorhanden, so ergibt i.d.R. die Rechnung mit § 1380 BGB keinen Unterschied, vgl. Kleinle, FamRZ 1997, 1383, 1387.

¹⁵⁹ Hierzu Grünewald, NJW 1988, 109, 110; Langenfeld, 5. Aufl., Rn. 278; Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 954.

¹⁶⁰ Noch verwirrender wird es, wenn gegenseitige Zuwendungen vorliegen; vgl. hierzu Langenfeld, 5. Aufl., Rn. 279 ff. (nur Behandlung der Zuwendungen des ausgleichspflichtigen Ehegatten nach § 1380 BGB) und Arend, MittRhNotK 1990, 65, 72 sowie Kogel, FamRB 2005, 368, 369 (Saldierung der Zuwendungen).

¹⁶¹ Betrachtet man allerdings, zu welcher Interpretation eine Klausel über die Nichtrückforderbarkeit die Gerichte führen kann (AG Fulda, FamRZ 2006, 417), so ist eine Regelung vielleicht doch ratsam.

- 99 Sofern auch nach dem Zugewinnausgleich die Vermögenslage noch schlechthin untragbar und unangemessen bleibt, besteht ggf. ein Anspruch aus Störung der Geschäftsgrundlage.¹⁶²
- 100 Bei der Frage, ob eine **Anrechnung** vereinbart bzw. gesetzlich erfolgen soll, sind nicht zuletzt auch **steuerrechtliche Belange** in die Überlegungen einzubeziehen. So wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine Anrechnung möglicherweise **schenkungssteuerlich** eine negative Folge hat, weil durch sie der im Todesfall zu ermittelnde fiktive Zugewinnbetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG sinkt.¹⁶³
- 101 Andererseits kann durch eine Anrechnung nach § 1380 BGB eine vormals unentgeltliche Zuwendung »umqualifiziert« werden, sodass wegen der Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung kein unentgeltliches Rechtsgeschäft mehr vorliegt. Dies kann **einkommensteuerlich** das Problem nach sich ziehen, dass plötzlich von einem Veräußerungsgeschäft auszugehen ist.¹⁶⁴

► **Kostenanmerkung:**

- 102 Die Bestimmung von Anrechnungen erfolgt wie beim Pflichtteil durch einseitige Erklärung des Zuwendenden. Damit dürfte es sich nicht um eine bei der Wertbestimmung zu berücksichtigende Gegenleistung handeln.¹⁶⁵ Anderes gilt aber dann, wenn eine ehevertragliche Regelung getroffen wird, etwa eine über die Anrechnung hinausgehende Modifizierung des Zugewinnausgleichs. Dann handelt es sich um einen zusätzlich zur Überlassung zu bewertenden Gegenstand. Ein solcher liegt jedoch noch nicht vor, wenn nur die von der gefestigten Rechtsprechung ohnehin geprägte Rechtslage zu ehebedingten Zuwendungen und ihren Auswirkungen im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB wiedergegeben wird.

► **Muster 1: keine Rückforderung – Anrechnung**

- 103 Die Überlassung erfolgt als ehebedingte Zuwendung, d.h. im Hinblick auf die eheliche Lebensgemeinschaft, zum Ausgleich für geleistete Mitarbeit und als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens.

Der Veräußerer behält sich die Rückforderung des Vertragsgegenstandes für den Fall der Ehescheidung nach Hinweis durch den Notar nicht vor.

Die Zuwendung stellt einen vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns dar, sodass der Erwerber sich die Zuwendung gemäß § 1380 BGB auf eine etwaige Zugewinnausgleichsforderung anrechnen lassen muss.

In gleicher Weise hat sich der Erwerber die Zuwendung auf seinen Pflichtteil nach dem Veräußerer anrechnen zu lassen, soweit sich die angeordnete güterrechtliche Anrechnung nicht ausgewirkt hat.¹⁶⁶

Der Notar hat über die Bedeutung vorstehender Vereinbarung belehrt und darauf hingewiesen, dass die konkreten Auswirkungen in der Zugewinnberechnung von der Gesamtvermögenssituation abhängen.

► **Muster 2: ergänzende Ausführung zu § 1374 Abs. 2 BGB**

- 104 Der heute überlassene Vertragsgegenstand soll nicht zum Anfangsvermögen des Erwerbers gehören, sodass sich durch diese Zuwendung sein Endvermögen und damit sein Zugewinn vergrößert.

¹⁶² Kap. 5 Rdn. 1 ff.

¹⁶³ Götz, ZEV 2013, 74 f.

¹⁶⁴ Hierzu nachstehend Rdn. 114.

¹⁶⁵ Notarkasse, Rn. 3039.

¹⁶⁶ Zur Konkurrenz der beiden Anrechnungen vgl. Bergschneider/Bergschneider, Rn. 4.316 f.; eingehende Darstellung bei Keim/Lehmann/Braun, Formular I.I.3., Rn. 4: Anordnung empfehlenswert, Doppelanrechnung ausgeschlossen, im Zweifel Vorrang der Pflichtteilsanrechnung.

Die Zuwendung ist auch nicht dem Endvermögen des Veräußerers hinzuzurechnen, sodass sich dessen Endvermögen um den Wert der Zuwendung verringert und sich damit auch dessen Zugewinn verkleinert, mit der Folge, dass der Veräußerer im Fall der Ehescheidung eine höhere Zugewinnausgleichsforderung gegen den Erwerber haben kann.

► **Muster 3: Mindestrecht auf Ersatz von Anfangsvermögen**

Soweit dadurch beim Veräußerer ein Verlust an Anfangsvermögen eintritt, ist dieser vom Erwerber jedoch zu erstatten. 105

Häufig wird der Notar aber noch mit einem weiteren Wunsch konfrontiert. Es geht etwa um Ehegatten, die ihr Leben lang Kraft und Energie in den Ausbau und die Errichtung eines Hausanwesens gesteckt haben, das aber nur auf den Namen eines Ehegatten im Grundbuch eingetragen ist. Die Gründe dafür sind mannigfaltig, zumeist ist der Bauplatz aus der Familie des Eigentümers übertragen worden. Die Ehegatten möchten nun, dass dieses Hausanwesen beiden Ehegatten je zur Hälfte gehört. Es soll also ein hälftiger Miteigentumsanteil übertragen werden. Auf großes Erstaunen stößt dann zumeist die Erläuterung, dass sich über der Frage des Eigentums am Anwesen noch der Zugewinnausgleich bei Scheidung wölbt. Hierzu 105a

► **Beispiel 4:**

Anfangsvermögen des M = 100.000,00 € nach § 1374 Abs. 1 BGB und das Grundstück des Anwesens, das von den Eltern überlassen wurde nach § 1374 Abs. 2 BGB mit einem Wert von 120.000,- €. Anfangsvermögen der F 20.000,- €. Auf dem Grundstück bauen M und F während der Ehe ein Haus. M investiert von seinem Anfangsvermögen hierin 60.000,- € und F die 20.000,- €. Laut Grundbuch ist M Alleineigentümer des Hauses. Verbindlichkeiten bestehen nicht mehr. Das Haus mit Grundstück habe einen Wert von 800.000,- €. Nun haben M und F sich darauf geeinigt, das Haus zur Hälfte auf F zu übertragen. Sie haben über die Jahre eine einvernehmliche Ehe geführt, F hat drei Kinder großgezogen. Sie haben das Haus abbezahlt. Endvermögen ist jeweils die Haushälfte und M hat seine 40.000,- € aus dem Anfangsvermögen noch.

Wenn nun die Haushälfte ohne weitere Regelung übertragen wird, dann stellt sich der Zugewinn im Scheidungsfalle folgendermaßen dar: Endvermögen M 440.000,- €, Anfangsvermögen M 220.000,- €. Zugewinn M sonach 220.000,- €. Endvermögen F: 400.000,- €, Anfangsvermögen 20.000,- €, Zugewinn 380.000,- €. M hat also gegen F einen Zugewinnanspruch in Höhe von $(380.000,- € - 220.000,- €) / 2 = 80.000,- €$.

Damit würden M und F nicht rechnen, dass das Haus, obwohl es beiden je zur Hälfte gehört, dennoch Zugewinnansprüche auslöst. Hatten Sie doch die hälftige Inhaberschaft am Haus als gerechte eheliche Vermögensverteilung angesichts der Leistungen von F für die Familie erachtet.

Daher ist zu erwägen, das Haus und das Anfangsvermögen, das im Haus steckt, vom Zugewinn komplett auszunehmen.

Dies kann folgendermaßen geregelt werden:

► **Muster 4: gänzliche Herausnahme aus dem Zugewinn**

Der heute überlassene 1/2 Miteigentumsanteil sowie der beim Veräußerer verbleibende 1/2 Miteigentumsanteil soll, dies wird hiermit ehevertraglich vereinbart, beim Zugewinn völlig unberücksichtigt bleiben. Das gilt einschließlich aller etwa getätigten oder später noch zu tätigen Investitionen und aller Verbindlichkeiten, die für dieses Anwesen bestehen oder getilgt und verzinst sind. Das gilt auch, soweit Anfangsvermögen eines von uns in das Anwesen geflossen ist. 105b

Das Anwesen einschließlich aller Investitionen und Verbindlichkeiten gehört somit nicht zum Endvermögen eines von uns. Es soll aber auch – einschließlich des investierten Vermögens, das

etwa aus dem Anfangsvermögen eines von uns stammt – aus dem Anfangsvermögen ausscheiden, so dass das Anwesen im späteren Zugewinn keine Rolle mehr spielt.

Auf unser sonstiges Anfangsvermögen hat dies keinen Einfluss.

Eine Anrechnung der Zuwendung nach § 1380 BGB auf die Ausgleichsforderung wird nicht gewünscht, ebenso wenig eine Pflichtteilsanrechnung.

Der Notar hat über diese Anordnung und ihre Rechtsfolgen eingehend belehrt.

IV. Anordnung, dass Anrechnung nicht erfolgen soll

- 106 Ist angeordnet, dass die **unbenannte Zuwendung nicht anrechenbar sein soll**, so ist die Situation **höchststrichlerlich noch nicht geklärt**. Überwiegend¹⁶⁷ geht man vom tatsächlichen Endvermögen aus und zieht vom Endvermögen des Zuwendungsempfängers die Zuwendung ab,¹⁶⁸ stellt diese also somit rechnerisch außerhalb des Zugewinnausgleichs. Dies erscheint angemessen und entspricht regelmäßig dem Willen der Vertragsteile.
- 107 Diskutiert wird ferner ein Abzug beim Endvermögen des Empfängers bei gleichzeitiger Addition zum Endvermögen des Zuwendenden.¹⁶⁹ Eine solche Lösung begünstigt jedoch den Zuwendungsempfänger übermäßig, da er neben einem vollen Zugewinnausgleich zusätzlich noch die Zuwendung ohne Anrechnung behalten darf.¹⁷⁰ Daher entspricht sie regelmäßig nicht dem Parteiwillen.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Zuwendung aus dem Anfangsvermögen des Zuwendenden stammte. Hier könnte man überlegen, den Betrag der Zuwendung beim Zuwendenden auch aus dem Anfangsvermögen zu eliminieren.

► Beispiel 5:

- 108 *Anfangsvermögen des M = 200.000,00 €, die dieser komplett der F zuwendet mit der Anordnung, sie seien nicht auf eine etwaige Zugewinnausgleichsforderung anzurechnen. Das Endvermögen des M beläuft sich auf 100.000,00 €, bei F ebenfalls auf 100.000,00 € bei einem Anfangsvermögen von 0,00 €. Außerdem hat F die zugewendeten 200.000,00 €, die nach dem oben Gesagten von ihrem Endvermögen abgezogen werden. Bleiben die 200.000,00 € im Anfangsvermögen des M, so hat dieser keinen Zugewinn erzielt und erhält von F im Zugewinn noch 50.000,00 €,¹⁷¹ obwohl beide bei Ausblendung der zugewendeten 200.000,00 € je 100.000,00 € Zugewinn erzielt haben. Hier könnte es gerechtfertigt sein, die zugewendeten 200.000,00 € bei M auch aus dem Anfangsvermögen zu eliminieren.*
- 109 Als weitere Möglichkeit wird eine Berechnung nach den tatsächlichen Endvermögen ohne jeden Abzug erörtert. Hierbei entspräche das Ergebnis der Situation mit Anrechnung der Zuwendung, außer die Zuwendung ist im Endvermögen nicht mehr vorhanden. Auch dies wird regelmäßig nicht dem Parteiwillen entsprechen.
- 110 Da die Folgerungen bei einer Nichtanrechnungsbestimmung umstritten sind, ist es empfehlenswert, das von den Parteien gewünschte Ergebnis auch festzuhalten und eine Formulierung über die Nichtanrechnung hinaus aufzunehmen.

167 Rauscher, AcP 186 (1986), 529, 567 f. unter Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB für solche Fälle; Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 953.

168 Differenzierend Arend, MittRhNotK 1990, 65, 72, der einen solchen Abzug dann ablehnt, wenn der Zuwendende einen Ausgleichsanspruch hat, sodass dieser wieder am Wert der Zuwendung partizipiert.

169 Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten bei Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 953.

170 Langenfeld, 5. Aufl., Rn. 285.

171 Sowohl Anfangs- wie auch Endvermögen können nach der Zugewinnreform negativ sein, §§ 1374 Abs. 3, 1375 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht jedoch der Zugewinn selbst (Büte, FuR 2008, 105, 108; Krause, ZFE 2009, 55, 57; Hoppertz, FamRZ 2008, 1889, 1890).

► **Gestaltungsempfehlung:**

Die Rechtsfolgen einer Nichtanrechnungsbestimmung sind umstritten. Daher sollten am besten die gewünschten Rechtsfolgen im Vertrag angeordnet werden. 111

► **Muster: keine Anrechnung im Zugewinn**

Die heutige Zuwendung ist auf einen Zugewinnausgleichsanspruch des Empfängers nicht anzurechnen. Die Berechnung des Zugewinns ist daher so vorzunehmen, dass ausgehend vom jeweils tatsächlichen Endvermögen die Zuwendung beim Endvermögen des Empfängers abgezogen und auf dieser Basis der Zugewinn berechnet wird. 112

Alternative:

Soweit die Zuwendung aus dem Anfangsvermögen des Zuwendenden stammt, ist sie zusätzlich vom Anfangsvermögen des Zuwendenden abzuziehen.

Hiermit wird aber nicht nur der Nichtanrechnungsmodus geklärt, wenn der Empfänger einen Ausgleichsanspruch hat, sondern auch die Herausnahme aus der Berechnung, wenn der Zuwendende einen Ausgleichsanspruch hat. Ob damit eine formfreie Nichtanrechnungsbestimmung vorliegt¹⁷² oder nicht doch eigentlich eine dingliche Herausnahme aus dem Zugewinn, die der Form des Ehevertrages bedarf¹⁷³ – jedenfalls dann, wenn die Rechtsprechung später die Folgen der Nichtanrechnung anders sehen sollte, sodass der Bestimmung ein eigener materiell-rechtlicher Regelungsgehalt zukommt –, erscheint durchaus zweifelhaft. Dies kann aber dahinstehen, wenn i.R.d. notariellen Beurkundung einer Grundstückszuwendung bei gleichzeitiger Anwesenheit die entsprechende Bestimmung verwendet wird. Anderenfalls sollte sicherheitshalber die ehevertragliche Form eingehalten werden. 113

V. Schenkungs- und ertragsteuerliche Aspekte der Anrechnung

Abschließend soll noch der Blick auf die **schenkungs- und ertragsteuerlichen Aspekte der Anrechnung** gelenkt werden, da diese in letzter Zeit verstärkt diskutiert werden. 114

Bei unentgeltlicher Zuwendung mit Anrechnungsbestimmung handelt es sich schenkungsteuerlich um eine **unentgeltliche Zuwendung**, auch wenn es um eine ehebedingte Zuwendung geht.¹⁷⁴ Werden dabei die Freibeträge überschritten, fällt Schenkungsteuer an. In diesem Fall trifft § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG die Anordnung, dass eine solche **Schenkungssteuer mit Wirkung für die Vergangenheit wieder wegfällt**, soweit die Zuwendung später auf die Ausgleichsforderung **angerechnet** wird. 115

Zivilrechtlich ist dabei aufzupassen, wann es zu einer solchen Anrechnung kommt. Eine solche findet einmal dann nicht statt, wenn der Zugewinn im Todesfall durch das **erbrechtliche Viertel** ausgeglichen wird. Hier handelt es sich um eine Pauschalierung, die nicht einmal das Vorliegen von Zugewinn voraussetzt und daher auch **keine Anrechnung** durchführt.¹⁷⁵ Gleichwohl ist schenkungsteuerlich § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nach dessen **Satz 2** anwendbar, sodass also eine etwaige **Schenkungssteuer wegfällt**, wenn die unentgeltliche Zuwendung im Rahmen des nach § 5 Abs. 1 ErbStG fiktiv zu berechnenden Zugewinns berücksichtigt wird.¹⁷⁶ Es müssen dazu alle Voraussetzungen des § 1380 BGB vorliegen.¹⁷⁷ 116

172 So Langenfeld, 5. Aufl., Rn. 287 für den Fall, dass einfach die Nichtanrechnung erklärt wird.

173 So Grünewald, NJW 1988, 109, 111.

174 Nachfolgend Rdn. 135; BFH, NJW 1994, 2044; R E 7.2. ErbStR.

175 Grüneberg/Siede, § 1371 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Koch, § 1371 Rn. 17.

176 Regelung der früheren Streitfrage seit 2009.

177 Eingehend Gottschalk in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, § 5 Rn. 226.

117 Zu einer Anrechnung kommt es zivilrechtlich ferner dann nicht, wenn der **beschenkte Ehegatte zuerst verstirbt** oder in den Fällen der **sog. überhöhten Vorwegleistung**,¹⁷⁸ wenn also Vorabschenkungen über den Zugewinnausgleich hinaus erfolgen. Vor solchen Konstellationen wird zuletzt steuerlich gewarnt.¹⁷⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist aber auch in diesen Fällen **§ 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG anwendbar**, da die h.M. im Zivilrecht auf zweiter Stufe eine Zugewinnberechnung anhand der tatsächlichen Gegebenheiten folgen lässt und damit letztlich die Vorwegleistung in der Gesamtzugewinnberechnung doch berücksichtigt.¹⁸⁰

► **Rechtsprechung:**

118 Das FG Köln¹⁸¹ hat sich beeindruckend in »Stringenz und Tiefe«¹⁸² mit einer solchen überhöhten Vorwegleistung befasst und klargestellt, dass zuerst die Ausgleichsforderung bestimmt wird nach § 1380 Abs. 2 BGB und dann erst die Anrechnungen vorgenommen werden, sodass es nicht zulässig ist, bei einer überhöhten Vorwegleistung den Zugewinnausgleich quasi weg zu definieren. Nur dies entspreche dem Sinn des § 1380 BGB,

119 Was steuerlich bei der Anrechnung geschieht, ist noch immer nicht abschließend geklärt. Hier gehen die Ansichten auseinander. Nach **einer Auffassung bleibt** die Zuwendung auch nach Wirksamwerden der Anrechnung eine **unentgeltliche**.¹⁸³ **Andere** hingegen sind der **Ansicht**, dass mit dem Eingreifen der Anrechnung der Rechtsgrund für die Zuwendung sich wandelt. Die **Zuwendung** wird danach quasi **in eine entgeltliche umqualifiziert**. Sie trägt gleichsam latent einen weiteren Rechtsgrund in sich, der nun zur Wirkung kommt, sie wird zur entgeltlichen Leistung. Man spricht auch von einer antizipierten Leistung an Erfüllung statt.¹⁸⁴ Dafür wird vor allem § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG ins Feld geführt, der anordnet, dass eine Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit erlischt, wenn eine besteuerte unentgeltliche Zuwendung auf den Zugewinnausgleich später angerechnet worden ist. Das wäre freilich ein **Danaergeschenk**, wenn die **Entgeltlichkeit** dann auch **ertragsteuerrechtlich** anzuwenden wäre und die Übertragung zu einer Veräußerung mit einem entsprechenden Veräußerungsgewinn mutierte.

120 Auswertbare Rechtsprechung zum Problemkreis gibt es noch wenig. Zwar werden gelegentlich zwei Entscheidungen des FG Münster¹⁸⁵ und des BFH¹⁸⁶ zu Fällen des § 17 EStG für die Ansicht einer fortdauernden Unentgeltlichkeit ins Feld geführt¹⁸⁷, die Urteile beschäftigen sich aber nicht ausdrücklich mit dem Problemkreis, sodass sie allein nur mit Einschränkung herangezogen werden können, zumal der BFH¹⁸⁸ bei der Leistung an Erfüllung statt ganz apodiktisch von einer Entgeltlichkeit ausgeht, völlig unabhängig von der zivilrechtlichen Einstufung.

► **Hinweis:**

121 Derzeit ist nicht gewiss, ob sich unentgeltliche Zuwendungen im Rahmen einer Anrechnung nach § 1380 BGB in entgeltliche verwandeln, was fatale ertragsteuerliche Folgen nach sich ziehen könnte.

Die Gestaltungspraxis sollte daher genau prüfen, ob bei der Übertragung steuerverhafteter Objekte eine Anrechnung benötigt wird.

178 Vgl. Rdn. 84.

179 Mack/Stenert, DStR 2017, 1645 f.; dort werden Ansichten der Finanzverwaltung zwar erwähnt, aber nicht belegkräftig zitiert. Zu Recht sind die Autoren aber der Auffassung, § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG müsse trotzdem Anwendung finden.

180 Meincke/Hannes/Holtz, § 29 Rn. 13; Mack/Stenert, DStR 2017, 2645 f.; Gottschalk in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, § 5 Rn. 226.

181 FG Köln, ZEV 2018, 610.

182 Thonemann-Micker, ZEV 2018, 613.

183 So etwa Hermanns, DStR 2002, 1065 ff.

184 Hollender/Schlütter, DStR 2002, 1932 f.; wohl auch Weidlich, ZEV 2014, 345, 350.

185 FG Münster, 13.11.2009 – 14 K 2210/06 E, WKRS 2009, 30825 = BeckRS 2009, 26028522.

186 BFH, DStR 2012, 1172.

187 Stein, DStR 2012, 1734 f.; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, § 29 Rn. 93.

188 BFH, DStRE 2005, 449.

- Argumentativ spricht gegen eine Umqualifizierung Folgendes: 122
- Die **Anrechnungsbestimmung** nach § 1380 BGB ist eine **einseitige empfangsbedürftige Erklärung**, die mindestens zeitgleich mit der Zuwendung abgegeben werden muss¹⁸⁹ und auch konkludent erklärt sein kann.¹⁹⁰ Eine solche einseitige Erklärung ist nicht in der Lage, einen vertraglichen Rechtsgrund neu zu begründen. Nach § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB erfolgt die Anrechnung sogar im Zweifel ohne Bestimmung, wenn die Zuwendung Gelegenheitsgeschenke überschreitet. Das **unterscheidet die Anrechnung deutlich von der »Austauschabrede« einer Leistung an Erfüllungs statt**.
- Ferner ist die Anrechnung nach § 1380 BGB ein **reines Rechenkorrektiv**. 123
- Für die **Praxis** ist neben den oben genannten Entscheidungen von Bedeutung, dass sich die **Kommentare** zum Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz eindeutig gegen die Umwandlung in ein ertragsteuerlich entgeltliches Rechtsgeschäft aussprechen.¹⁹¹ Demnach würden die Fälle einer Übertragung mit Anrechnung nach § 1380 BGB und der nachherigen Aufhebung des Güterstandes anders behandelt als die Aufhebung des Güterstandes mit anschließender Übertragung an Erfüllungs statt.¹⁹² 124
- Soll durch die Übertragung Schenkungsteuer ausgelöst werden und eine Entgeltlichkeit sicher vermieden werden, weil die Steuer so erheblich niedriger ist, so wäre darüber hinaus an einen sog. fliegenden Zugewinnausgleich zu denken, der schenkungsteuerbar ist und eine spätere Anrechnung nach § 1380 BGB erspart. 125

D. Drittwirkung von Ehegattenzuwendungen

Vorbemerkung

- Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, hat der BGH die unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten von der Schenkung abgegrenzt und im güterrechtlichen Bereich als entgeltlich gewertet.¹⁹³ 126

I. Erbrecht

- Daran schloss sich die lebhaft diskutierte¹⁹⁴ Frage an, wie die unbenannten Zuwendungen dann im erbrechtlichen Bereich zu bewerten seien, ob sie also Ansprüche übergangener Erben nach §§ 2287 ff. BGB oder Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten auf Pflichtteilergänzung ausschließen könnten. 127
- Der BGH entschied schließlich, dass die **unbenannte Zuwendung** objektiv unentgeltlich und im **Erbrecht** (§§ 2287, 2288, 2325 ff. BGB) wie eine **Schenkung** zu behandeln sei.¹⁹⁵ Der BGH lässt 128

189 MünchKomm-BGB/Koch, § 1380 Rn. 3.

190 BGH, MittBayNot 2001, 324.

191 Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, § 29 Rn. 93; Wälzholz in Viskorf/Schuck/Wälzholz, § 29 Rn. 41; Reich in von Oertzen/Loose, § 29 Rn. 36; Meincke/Hannes/Holtz, § 29 Rn. 14; Stein, Rn. 192 ff.

192 Darauf weisen ausdrücklich hin Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 29 Rn. 93 und Reich in von Oertzen/Loose, § 29 Rn. 36.

193 Krit. hierzu gerade im Hinblick auf die nun geschilderten abweichenden Beurteilungen in anderen Rechtsbereichen Koch, FamRZ 1995, 321.

194 Arend, MittRhNotK 1990, 65, 70; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 2. Aufl., 1989, Rn. 412; Morhard, NJW 1987, 1734; Sandweg, NJW 1989, 1965 ff.

195 BGH, NJW 1992, 564 = BGHZ 116, 167 = DNotZ 1992, 513.