



*ttp*

**- wir informieren, Sie profitieren -**

Ausgabe März 2011

<b><u>In dieser Ausgabe:</u></b>	<b><u>Seite</u></b>
<b>Abgeltungsteuer</b>	2
➤ Versteuerung von Stückzinsen für festverzinsliche Wertpapiere, die vor dem 01. Januar 2009 angeschafft wurden	2
<b>Einkommensteuer</b>	2
➤ Anerkennung von Mietverhältnissen zwischen nahen Angehörigen	2
<b>Erbschaft- / Schenkungsteuer</b>	3
➤ Erbschaftsteuerreform 2009: Erste Verfassungsbeschwerden sind gescheitert	3
➤ Zuwendungen an Ehepartner im Zusammenhang mit dem Erwerb des Familien(wohn)heims	4
➤ Steuerbefreiung für Betriebsvermögen	4
➤ Vorsicht bei sog. „Oder-Konten“	5
<b>Umsatzsteuer</b>	6
➤ Abgabe von Speisen im Kino, am Imbissstand und durch Partyservice	6
<b>Recht aktuell</b>	7
➤ Aus dem Arbeitsrecht: Verlängerung der Probezeit als zweite Chance?	7
<b>Aktuelles in Kürze</b>	8
<i>ttp</i> intern	11

## Abgeltungsteuer

### **Versteuerung von Stückzinsen für festverzinsliche Wertpapiere, die vor dem 01. Januar 2009 angeschafft wurden**

Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind Stückzinsen auch dann zu versteuern, wenn der Veräußerungserlös für die vor dem 01. Januar 2009 erworbenen festverzinslichen Wertpapiere nicht steuerbar ist. Dies ergibt sich aus dem am 14. Dezember 2010 in Kraft getretenen Jahressteuergesetz 2010.

In den Kalenderjahren 2009 und 2010 haben die Kreditinstitute für diese Kapitalerträge keine Abgeltungsteuer einbehalten. Aus diesem Grund hat eine Nachversteuerung im Rahmen der Einkommensteuerveranlagungen zu erfolgen. Nach dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 16. Dezember 2010 sind die Kreditinstitute angehalten, Bescheinigungen für diese in den Jahren 2009 und 2010 bezogenen Stückzinsen auszustellen und dem Steuerpflichtigen bis zum 30. April 2011 zuzusenden.

Zwecks Klärung, ob es sich bei der durch das Jahressteuergesetz 2010 eingeführten Neuregelung um eine sog. unzulässige echte Rückwirkung handelt, ist mittlerweile u. a. beim Finanzgericht Münster eine Klage anhängig. Aus diesem Grund sollte gegen die Einkommensteuerbescheide, in denen die Stückzinsen erstmals berücksichtigt werden, unter Verweis auf dieses Verfahren Einspruch eingelegt und das Ruhen des Verfahrens beantragt werden.

**Tipp:** Bitte leiten Sie die von den Banken erteilten Steuerbescheinigungen umgehend an unser Büro weiter, damit wir die bislang evtl. nicht erklärten Zinserträge nachmelden können. Obwohl die Frage, ob die Besteuerung dieser Zinserträge rechtmäßig ist oder nicht, noch nicht geklärt ist, kann der Unterbleib der Nacherklärung als Steuerhinterziehung, zumindest aber als leichtfertige Steuerverkürzung angesehen werden.

## Einkommensteuer

### **Anerkennung von Mietverhältnissen zwischen nahen Angehörigen**

Angehörigen steht es grundsätzlich frei, ihre Verhältnisse untereinander so optimal zu gestalten, dass sie steuerlich möglichst günstig sind. Verträge können steuerlich aber nur dann anerkannt werden, wenn

- sie eindeutig und ernstlich vereinbart sind,
- sie anschließend auch so in der Praxis durchgeführt werden und
- die Vertragsbedingungen dem entsprechen, was zwischen Fremden üblich ist.

Diese Grundsätze gelten auch für einen Mietvertrag zwischen Eheleuten.

Das Finanzgericht Düsseldorf hatte darüber zu entscheiden, ob die vorgenannten Grundsätze auch dann erfüllt sind, wenn der Ehemann der Ehefrau die Miete nach dem Eingang alsbald wieder zurückzahlt, ohne dazu aus anderen Rechtsgründen verpflichtet zu sein.

Das Paar hatte gemeinsam ein Einfamilienhaus errichtet. Den separaten Anbau vermietete der Ehemann seiner Frau, die als Psychotherapeutin selbständig tätig war, als Praxis. Diese überwies die Miete monatlich pünktlich von ihrem betrieblichen Konto. Allerdings buchte ihr Mann die Gelder in Höhe der dreifachen Monatsmiete quartalsweise auf ein anderes Konto der Ehefrau um.

Angehörige dürfen zwar ihre Rechtsverhältnisse untereinander so gestalten, dass sie steuerlich möglichst günstig sind. Die von den Klägern gewählte Gestaltung – die unter fremden Dritten nicht üblich wäre – erkannte das Gericht mit seinem Urteil vom 25. Juni 2010 nicht an, so dass die Frau die Miete nicht als Betriebsausgabe absetzen konnte.

Unabhängig von den ungewöhnlichen Zahlungswegen beanstandete das Finanzgericht darüber hinaus, dass der Mietvertrag nicht hinreichend klar und eindeutig vereinbart worden war. So fehlten z. B. Angaben zu Anschrift, Standort auf dem Grundstück, Anzahl der Räume und Größe der Praxis. Hinzu kam, dass der vereinbarte und tatsächliche Beginn des Mietverhältnisses nicht übereinstimmte.

Auch das Niedersächsische Finanzgericht führt in seinem Urteil vom 07. Dezember 2010 aus, dass sowohl der bürgerlich-rechtlich wirksame Abschluss des Mietvertrags Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung eines Mietverhältnisses zwischen nahen Angehörigen ist als auch die Einhaltung des Fremdvergleichs (Gestaltung und Durchführung des Vereinbarten entsprechen dem zwischen Fremden Üblichen).

Das Niedersächsische Finanzgericht vertritt jedoch die Auffassung, dass weder die insoweit möglicherweise verspätete Abrechnung noch die – vom Finanzamt bemängelte – nicht erfolgte Anpassung der Vorauszahlungen an die tatsächlich höheren Nebenkosten im Streitfall einer steuerrechtlichen Ankerkennung des Mietvertrags entgegenstehen. Zwar können auch Unklarheiten, die die Zahlung der Nebenabgaben betreffen, bei der zunehmenden (finanziellen) Bedeutung der Nebenabgaben gewichtige Anzeichen für die private Veranlassung der Wohnungsüberlassung sein. Ein Mietvertrag ist jedoch auch nach Auffassung des Bundesfinanzhofs nicht alleine deshalb steuerrechtlich unwirksam, weil Vereinbarungen über Nebenkosten fehlen oder keine Abrechnung über die Nebenkosten erteilt wurde.

**Tipp:** Um die steuerliche Anerkennung eines Mietverhältnisses zwischen nahen Angehörigen nicht zu gefährden, sollten formal korrekte Verträge abgeschlossen werden. Dies gilt allerdings nicht nur für Mietverträge, sondern auch für Arbeits- und Kreditvereinbarungen.

Auch ist darauf zu achten, dass sowohl Gestaltung des Vertrags als auch Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (sog. Fremdvergleich). Zwar führen geringe Abweichungen nicht gleich zur steuerrechtlichen Unwirksamkeit, können aber eine kritische Beurteilung des Mietverhältnisses durch das Finanzamt vermeiden.

## **Erbschaft- / Schenkungsteuer**

### **Erbschaftsteuerreform 2009: Erste Verfassungsbeschwerden sind gescheitert**

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat drei Verfassungsbeschwerden gegen das seit 2009 geltende neue Erbschaftsteuerrecht nicht zur Entscheidung angenommen. Die Beschwerden waren in den drei Fällen von potentiellen Erblässern mit der Begründung eingelegt worden, die Steuersätze und Freibeträge je nach Verwandtschaftsverhältnis sowie die Steuervergünstigungen für Betriebsvermögen und das Familienheim beeinflussten sie

erheblich in der Ausübung ihrer Testierfreiheit, also der Möglichkeit, einen Erben einzusetzen. Für die Richter war nicht erkennbar, dass die Beschwerdeführer selbst und unmittelbar in ihren Grundrechten verletzt waren.

Erblassern bleibe es weiterhin unbenommen, Erben ihrer Wahl einzusetzen und frei über die Zuwendung ihres Vermögens nach dem Tod zu entscheiden. Zudem belaste die Erbschaftsteuer die Nachkommen; der Erblasser selbst sei nicht als Steuerpflichtiger betroffen, so die Richter weiter.

**Tipp:** Diese Entscheidung aus Karlsruhe besagt noch lange nicht, dass keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Erbschaftsteuerreform bestehen. Diese Frage wird allerdings erst später geklärt werden, wenn Erben, Vermächtnisnehmer oder Beschenkte konkret gegen ihre Steuerbescheide vorgehen. Bis dahin müssen Betroffene den Rechtsweg über die Finanzgerichte ausschöpfen - unter Verweis auf ihre eigenen Steuerbescheide. Insoweit bleibt die Frage weiterhin offen, ob das Erbschaftsteuerreformgesetz in seiner Ausgestaltung verfassungsgemäß ist.

## **Zuwendungen an Ehepartner im Zusammenhang mit dem Erwerb des Familien(wohn)heims**

Schenkt ein Ehegatte dem anderen Ehegatten das Eigentum oder Miteigentum an einer im Inland belegenen, zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie, unterliegt diese Übertragung nicht der Schenkungsteuer. Gleiches gilt, wenn der eine Ehegatte dem anderen Ehegatten einen Geldbetrag zuwendet mit der Auflage, hierfür eine entsprechende Immobilie zu erwerben (sog. mittelbare Grundstücksschenkung).

Der Bundesfinanzhof hatte nun über folgenden Fall zu entscheiden.

Ein Steuerpflichtiger hatte seiner späteren Frau vor der Heirat ein Darlehen zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Wohnhaus, in dem beide wohnten, gegeben. Nach der Hochzeit verzichtete der Ehemann auf die Rückzahlung des Darlehens. Das Finanzamt wertete diesen Darlehenserlass als freigebige Zuwendung und setzte Schenkungsteuer fest.

Mit seinem Urteil vom 27. Oktober 2010 hat der BFH entschieden, dass Zuwendungen unter Lebenden, die mit Familien(wohn)heimen zusammenhängen, auch dann steuerfrei sind, wenn die Ehe bei der Anschaffung oder Herstellung des Objekts noch nicht bestanden hat. Da nach Auffassung des BFH ausschließlich die Verhältnisse zu dem Zeitpunkt, zu dem die Steuer entsteht, entscheidend sind, war im Streitfall ausschlaggebend, dass die Beteiligten zum Zuwendungszeitpunkt verheiratet waren.

Der Darlehenserlass unterlag damit insoweit nicht der Besteuerung, als er anteilmäßig auf das Wohnhaus entfiel.

## **Steuerbefreiung für Betriebsvermögen**

Im Gegensatz zur Übertragung von z. B. Grund- oder Kapitalvermögen sieht das Erbschaftsteuerrecht für die Übertragung von Einzelunternehmen oder Anteilen an einer Gesellschaft aufgrund Todes oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter bestimmten Voraussetzungen eine teilweise oder sogar vollständige Steuerbefreiung vor.

Diese Steuerbefreiung ist u. a. an Fristen gebunden, die sich zeitlich nicht zwingend decken.

Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist u. a., dass das Unternehmen fünf bzw. sieben Jahre fortgeführt wird. Wird gegen diese gesetzliche Behaltefrist z. B. durch Veräußerung oder Aufgabe des Betriebs verstoßen, fällt die Begünstigung mit Wirkung für die Vergangenheit weg.

Auch sog. Über-Entnahmen sind schädlich und führen zum Wegfall der Steuerbefreiung. Dieser Sachverhalt ist gegeben, wenn die Entnahmen bis zum Ende des letzten in die 5- bzw. 7-Jahresfrist fallenden Wirtschaftsjahres die Summe aus Einlagen und Gewinnen oder Gewinnanteilen der letzten fünf bzw. sieben Jahre um mehr als € 150.000,00 übersteigen.

Die beiden genannten Zeiträume stimmen allerdings nur dann überein, wenn begünstigtes Vermögen auf das Ende eines Wirtschaftsjahres übertragen wird.

Wird jedoch begünstigtes Vermögen im Laufe eines Wirtschaftsjahres übertragen (z. B. am 01.10.2010), so beginnt die Behaltefrist am darauffolgenden Tag (hier: 02.10.2010) und endet fünf bzw. sieben Jahre später (also am 01.10.2015 bzw. 2017). Für die Entnahmen sind hingegen Einlagen, Gewinne und Entnahmen bis zum Ende des vierten bzw. sechsten Folgejahres (im Beispielsfall bis zum 31.12.2014 bzw. 2016) maßgebend, da das Jahr der Übertragung für die Berechnung des vorgenannten Zeitraums einbezogen wird.

**Tipp:** Drohende Überentnahmen können durch rechtzeitige Einlagen vor dem Fristende vermieden werden. Bei unterjährigen Übertragungen, die nicht auf das Ende des Wirtschaftsjahres erfolgen, ist jedoch auf den „verkürzten Zeitraum“ für Gewinne, Einlagen und Entnahmen zu achten, so dass im Zweifelsfall rechtzeitig vor Ablauf der Frist gehandelt wird.

## Vorsicht bei sog. „Oder-Konten“

Einzahlungen auf ein Gemeinschaftskonto bergen schenkungsteuerliche Risiken, die in der Praxis gerne übersehen werden. Das Risiko der freigebigen Zuwendung haben auch zwei Steuerpflichtige übersehen, deren Klage vor dem Finanzgericht Nürnberg (Urteil vom 25. März 2010) erfolglos war.

Im September 2003 eröffneten die Ehegatten ein gemeinsames Bankkonto, auf dem im Juli 2004 der Erlös aus der Veräußerung der Firmenbeteiligung des Ehemannes eingezahlt wurde. Die auf diesem Konto gutgeschriebenen Zinserträge und Spekulationsgewinne rechneten sich die Eheleute im Rahmen der Einkommensteuererklärung je zur Hälfte zu. Erst im Mai 2007 unterzeichneten die Ehegatten eine Vereinbarung folgenden Inhalts:

„Die unterzeichnenden Ehegatten waren sich zu jedem Zeitpunkt einig, dass der im Jahr 2004 erzielte Veräußerungserlös aus dem Verkauf der Beteiligung und die in diesem Zusammenhang zugeflossenen Zinsen ausschließlich dem Ehemann zustehen. Eine Schenkung an die Ehefrau war zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen.“

Das Finanzamt sah in der Einzahlung des Erlöses aus der Veräußerung eine Schenkung des hälftigen Betrags an die Ehefrau. Nach Auffassung der Finanzverwaltung zur Behandlung von Gemeinschaftskonten und -depots sind diese grundsätzlich beiden Ehegatten zur Hälfte zuzurechnen. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Beteiligten eine abweichende Vereinbarung und eine entsprechende tatsächliche Gestaltung nachweisen können.

Das Finanzgericht bestätigte die Auffassung des Finanzamts. Wenn ein sog. Oder-Konto einem Ehepaar jeweils zur Hälfte zuzurechnen ist und der Ehemann Erlöse aus der

Veräußerung seiner Firmenbeteiligung auf dieses Konto einzahlt, so hat er seiner Ehefrau die Hälfte des Betrages freigebig zugewendet mit der Folge, dass eine steuerpflichtige Schenkung vorliegt. Die Ehegatten haben jedoch die Möglichkeit zu beweisen, dass im Rahmen des insoweit maßgeblichen Innenverhältnisses eine andere Aufteilung des Guthabens besteht. Die ca. drei Jahre nach Einzahlung unterzeichnete Vereinbarung ließ das Gericht zum Nachweis nicht ausreichen, da die fixierten Absichten keine rückwirkende Zurechnung bewirken können.

**Tipp:** Bitte beachten Sie, dass diese Rechtsprechung auch bei anderen Lebensgemeinschaften, wie z. B. nichtehelichen Lebenspartnern, gilt.

Zur Vermeidung schenkungsteuerlicher Folgen sollten Gemeinschaftskonten vermieden oder aber schriftliche Vereinbarungen über die Aufteilung im Innenverhältnis nach der Herkunft der Mittel getroffen werden. Diese interne Aufteilung ist unbedingt auch bei der Einkommensteuererklärung zu beachten. Im Urteilsfall wurde den Ehegatten u. a. zum „Verhängnis“, dass sie sich in der ESt-Erklärung 2004 die Spekulationsgewinne und Zinsen je hälftig zurechneten.“

## Umsatzsteuer

### **Abgabe von Speisen im Kino, am Imbissstand und durch Partyservice**

Zu den Dauerbrennern des Umsatzsteuerrechts gehört die Abgrenzung zwischen Lieferung und sonstiger Leistung bei der Abgabe von Speisen und Getränken. Der ermäßigte Steuersatz (7 %) gilt nach den nationalen deutschen Bestimmungen nur für die Lieferung von Nahrungsmittel. Wird die Abgabe von Speisen und Getränken demgegenüber als sonstige Leistung qualifiziert, kann in Ermangelung einer Lieferung der ermäßigte Steuersatz nicht angewandt werden. Die ausgeführte sonstige Leistung muss dann mit dem allgemeinen Steuersatz (19 %) besteuert werden.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat nun mit diversen Urteilen vom 10. März 2011 entschieden, dass die Abgabe von Speisen an Imbissständen oder in Kinofoyers zum sofortigen Verzehr in der Regel eine Lieferung von Gegenständen darstellt. In diesen Fällen handele es sich bei den zum sofortigen Verzehr zubereiteten Mahlzeiten um „Nahrungsmittel“, die einem ermäßigten Steuersatz unterliegen.

Den Entscheidungen lagen folgende Sachverhalte zugrunde:

- Herr Bog verkaufte auf Wochenmärkten in Imbisswagen Getränke und verzehrfertig zubereitete Speisen. An diesem Imbisswagen gab es geschützte Stellen, damit diese Speisen an Ort und Stelle verzehrt werden konnten.
- Cinemaxx betreibt Kinos in mehreren Städten. Die Kinobesucher können nicht nur Süßigkeiten und Getränke, sondern auch Portionen von Popcorn und „Tortilla“-Chips („Nachos“) zum Verzehr im Kinofoyer oder -saal erwerben.
- Herr Lohmeyer betrieb mehrere für den Verzehr an Ort und Stelle besonders ausgestattete Imbissstände und einen Schwenkgrill.
- Die Gesellschaft Fleischerei Nier betreibt eine Fleischerei und einen Partyservice. Im Rahmen des Partyservice liefert sie die von den Kunden bestellten Speisen in verschlossenen Warmhalteschalen aus, wobei sie je nach Kundenwunsch auch Geschirr und Besteck, Stehtische und Personal zur Verfügung stellt.

Zur Begründung führte der EuGH weiter aus: Bei der Prüfung, ob eine komplexe einheitliche Leistung als „Lieferung von Gegenständen“ oder als „Dienstleistung“ einzustufen ist, sind sämtliche Umstände, unter denen der Umsatz abgewickelt wird, zu berücksichtigen, um dessen charakteristische Bestandteile zu ermitteln und darunter die dominierenden Bestandteile zu bestimmen. Bei dem Verkauf von Nahrungsmitteln an Imbisswagen und -ständen oder in Kinos zum sofortigen warmen Verzehr, sieht der Gerichtshof die Lieferung eines Gegenstands als das dominierende Element an, da es sich hier um die Lieferung von Speisen oder Mahlzeiten zum sofortigen Verzehr handelt, denen die einfache, standardisierte Zubereitung wesenseigen ist. Zudem ist die Bereitstellung von Vorrichtungen, die einer beschränkten Zahl von Kunden den Verzehr an Ort und Stelle erlaubt, eine rein untergeordnete Nebenleistung. Die Abgabe frisch zubereiteter Speisen oder Nahrungsmittel zum sofortigen Verzehr an Imbissständen oder -wagen oder in Kinofoyers ist daher eine Lieferung von Gegenständen, wenn eine qualitative Prüfung des gesamten Umsatzes ergibt, dass die Dienstleistungselemente, die der Lieferung der Nahrungsmittel voraus und mit ihr einhergehen, nicht überwiegen.

Zu den Leistungen eines Partyservice stellt der Gerichtshof hingegen fest, dass sie nicht das Ergebnis einer bloßen Standardzubereitung sind, sondern vielmehr einen deutlich größeren Dienstleistungsanteil aufweisen, da sie mehr Arbeit und Sachverstand, wie etwa hinsichtlich der Kreativität und der Darreichungsform der Gerichte, erfordern. Diese Leistungen können auch Elemente umfassen, die dem Verzehr dienlich sind oder einen gewissen personellen Einsatz erfordern (Bereitstellung von Geschirr, Besteck und Mobiliar sowie deren Reinigung). Unter diesen Umständen stellt die Tätigkeit eines Partyservice außer in den Fällen, in denen dieser lediglich Standardspeisen ohne zusätzliches Dienstleistungselement liefert oder in denen bei Vorliegen weiterer, besonderer Umstände die Lieferung der Speisen der dominierende Bestandteil des Umsatzes ist, eine Dienstleistung dar.

**Tipp:** Sofern von Ihnen vergleichbare Leistungen erbracht werden, die von Ihnen – entsprechend der Verwaltungsauffassung und der bisherigen Rechtsprechung – mit dem allgemeinen Steuersatz von 19 % besteuert werden, nach Auffassung des EuGH jedoch lediglich dem ermäßigten Steuersatz von 7 % unterliegen, sollte gegen die noch nicht rechtskräftig durchgeführten Umsatzsteuerveranlagungen Einspruch unter Hinweis auf diese aktuellen Urteile eingelegt werden. Auch ist zu prüfen, ob im Rahmen der laufenden Buchhaltung eine Anpassung vorzunehmen ist.

## **Recht aktuell**

### **Aus dem Arbeitsrecht:**

#### **Verlängerung der Probezeit als zweite Chance?**

Bei fast jedem neuen Arbeitsverhältnis wird eine Probezeit vereinbart, was regelmäßig auch sinnvoll ist, um die fachliche Qualifikation des neuen Mitarbeiters prüfen zu können und sich gegenseitig kennen zu lernen.

#### **Für wie lange darf eine Probezeit vereinbart werden?**

Für wie lange eine Probezeit vereinbart werden kann, ist gesetzlich nicht geregelt, allerdings empfiehlt es sich, keine längere Probezeit als bis zu maximal sechs Monaten zu vereinbaren. Dies schon vor dem Hintergrund, dass in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern nach einer Beschäftigungszeit von mehr als sechs Monaten das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet und ab dann Kündigungen nur noch eingeschränkt möglich sind. Zudem können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur bis zu einer Zeitdauer von längstens sechs Monaten mit einer von der gesetzlichen Grundkündigungsfrist abgekürzten Kündigungsfrist von zwei Wochen voneinander lösen,

§ 622 BGB. Wird eine längere Probezeit als sechs Monate vereinbart, so ist dies zwar theoretisch denkbar, aber mit Ablauf von sechs Monaten entstehen die soeben genannten Nachteile für den Arbeitgeber.

### **Verlängerung der Probezeit möglich?**

In der Praxis tritt immer wieder das Problem auf, dass kurz vor Ablauf einer vereinbarten Probezeit von sechs Monaten – die in diesem Fall gleichbedeutend ist mit der sechsmonatigen Wartefrist bis zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes – noch Zweifel über die Eignung des Arbeitnehmers bestehen. Auf Seiten des Arbeitgebers besteht daher nicht selten das Bedürfnis, die Probezeit zu verlängern. Eine solche Möglichkeit hat der Gesetzgeber allerdings nicht vorgesehen, weswegen die meisten Arbeitgeber aus Furcht vor den hohen Anforderungen des drohenden Kündigungsschutzes die Probezeitkündigung häufig als einzige Reaktionsmöglichkeit sehen.

Ist sich der Arbeitgeber noch unsicher, ob er den Mitarbeiter an sich binden will, möchte er ihm aber gleichzeitig noch eine zweite Chance zur weiteren Bewährung geben, dann kann ein Auflösungsvertrag helfen.

Dieser wird einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und -nehmer kurz vor Ablauf der vereinbarten Probezeit geschlossen, und zwar mit einer angemessenen Auslauffrist. Die Dauer dieser Auslauffrist kann nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vier Monate betragen. Kann sich der Mitarbeiter innerhalb dieser Auslauffrist noch bewähren, wird er nach Fristablauf unbefristet mit einem neuen Arbeitsvertrag weiterbeschäftigt. Kann er das nicht, endet der Arbeitsvertrag mit Ablauf der im Auflösungsvertrag festgelegten Frist. Die Probezeit wird durch die Auslauffrist im Auflösungsvertrag damit faktisch auf zehn Monate verlängert.

**Tipp:** Bereits im Auflösungsvertrag sollte dem Arbeitnehmer eine Wiedereinstellungszusage für den Fall der Bewährung erteilt werden. Angesichts dessen sollte zudem auch deutlich werden, dass die Probezeit für den Fall der Nichtbewährung während der ausbedungenen Auslauffrist als nicht bestanden gilt und klarstellend die fachlichen Anforderungen an den Arbeitnehmer sowie seine bisherigen Defizite ausführlich angegeben werden.

## **Aktuelles in Kürze...**

### **... aus dem Steuerrecht**

#### **Aufbewahrung digitaler Unterlagen**

Die Finanzverwaltung verlangt mit Schreiben vom 26.11.2010 die Aufbewahrung digitaler Unterlagen aus Bargeschäften, soweit Registrierkassen, Waagen mit Registrierkassenfunktion, Taxameter und Wegstreckenzähler eingesetzt werden. Ein ausschließliches Vorhalten aufbewahrungspflichtiger Unterlagen in ausgedruckter Form wird nicht akzeptiert; die digitalen Unterlagen und die Strukturinformationen müssen in einem auswertbaren Datenformat vorliegen. Ist die komplette Speicherung innerhalb eines Geräts nicht möglich, müssen die Daten unveränderbar und maschinell auswertbar auf einem externen Datenträger gespeichert werden, so dass eine Auswertung jederzeit möglich ist. Die konkreten Einsatzorte und -zeiträume der Geräte sind zu protokollieren und diese Protokolle sind aufzubewahren.

### **Einkommensteuer: Rückstellungen für die Kosten einer Betriebsprüfung**

Das Finanzgericht Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 14.10.2010 entschieden, dass die Bildung einer Rückstellung für die Kosten einer Betriebsprüfung auch ohne Vorliegen einer Prüfungsanordnung zulässig ist. Gegen die Entscheidung des Finanzgerichts wurde zwischenzeitlich die zugelassene Revision eingelegt, so dass die Entscheidung des Bundesfinanzhofs abzuwarten ist.

### **Lohnsteuer: Zuschläge für Sonntags-, Feiertags-, Nachtarbeit**

Nach dem BFH-Urteil vom 16.12.2010 sind pauschale Zuschläge nicht nach § 3b EStG steuerfrei, wenn sie nicht als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntagsarbeit, Feiertagsarbeit oder Nachtarbeit gezahlt werden, sondern Teil einer einheitlichen Tätigkeitsvergütung sind.

Der Kläger, der bei österreichischen Fluggesellschaften beschäftigt war, hatte natürlich das Problem, dass diese bei der Lohnzahlung und -abrechnung nicht die deutschen Besonderheiten der Steuerbefreiung von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit (NSF-Arbeit) berücksichtigen. Allerdings kennt auch das österreichische Steuerrecht eine Steuervergünstigung für diese Tätigkeiten, die nach § 68 Abs. 1 öEStG zusammen mit Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen insgesamt bis € 360,00 monatlich steuerfrei sind. Allerdings werden dort die Zulagen auch dann steuerbegünstigt behandelt, wenn sie nicht für tatsächlich geleistete NSF-Arbeit, sondern im Krankheitsfall und bei Freistellung als Betriebsratsmitglied weitergezahlt werden (§ 68 Abs. 7 öEStG). Im Ergebnis genießt der Kläger damit weder die deutsche noch die österreichische Steuervergünstigung für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge.

### **Lohnsteuer: Wohnsitz einer Flugbegleiterin**

Das FG Hessen hat mit Urteil vom 13.12.2010 entschieden, dass eine im europäischen Ausland lebende Flugbegleiterin auch dann in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist, wenn sie im Bundesgebiet für seltene, beruflich veranlasste Übernachtungen lediglich eine 26 qm große sog. Standby-Wohnung in der Nähe ihres festen Einsatzflughafens vorhält. Denn dadurch begründet sie einen Wohnsitz i. S. des § 8 AO. Die eher spartanische Wohnungseinrichtung und die relativ geringe Zahl an Übernachtungen sind ebenso unerheblich wie die berufliche Veranlassung der Wohnungsnutzung. Dass die Klägerin die Standby-Wohnung subjektiv nicht als häusliche Bleibe sondern lediglich als bloße Schlafstelle und Hotelersatz betrachtete, ist ebenfalls nicht entscheidend.

### **Lohnsteuer: Werbungskostenabzug für Verzicht auf Darlehensforderung des Arbeitnehmers gegen Arbeitgeber**

Auch wenn ein Darlehen aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen gewährt worden war, kann nach dem BFH-Urteil vom 25.11.2010 der spätere Verzicht darauf durch das zugleich bestehende Arbeitsverhältnis veranlasst sein und dann insoweit zu Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit führen, als die Darlehensforderung noch werthaltig ist.

Der vorrangige Veranlassungszusammenhang, der für die Hingabe eines Darlehens aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen gesprochen hat, wirkt nicht notwendigerweise auch noch im gleichen Maße bei einem Monate später erfolgten Verzicht auf die Darlehensforderung. Eine solche Verschiebung von Veranlassungszusammenhängen ist insbesondere dann möglich, wenn von Anfang an verschiedene Veranlassungszusammenhänge vorliegen und unterschiedlich gewichtet werden. In einem solchen Fall können Ereignisse zwischen dem Zeitpunkt der Darlehenshingabe und dem Zeitpunkt des Verzichts auf die Forderung bewirken, dass ein ehemals vorrangiger Veranlassungszusammenhang

nunmehr durch einen anderen Veranlassungszusammenhang überlagert und in den Hintergrund tritt oder ganz entfällt. Im Streitfall ist dies dadurch geschehen, dass der Kläger seine Beteiligung veräußert hatte, das Arbeitsverhältnis aber fortbestand. In einem solchen Fall lässt sich der Verzicht auf die Darlehensforderung kaum noch auf im Gesellschaftsverhältnis liegende Gründe stützen.

### **Umsatzsteuer: Kein Vorsteuerabzug für Versicherungsteuer**

Nach dem BFH-Beschluss vom 23.11.2010 kann die Versicherungssteuer nicht als Vorsteuer abgezogen werden. Die Versicherungssteuer ist bei richtlinienkonformer Auslegung weder eine „Mehrwertsteuer“ im Sinne der 6. EG-Richtlinie noch eine „gesetzlich geschuldete Steuer“ gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG.

## **... aus dem Arbeitsrecht**

### **Kein Dienstwagen bei Arbeitsunfähigkeit**

Arbeitnehmer haben bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf Weiternutzung eines Dienstwagens. Dauert die Arbeitsunfähigkeit über den gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen hinaus, endet das Recht eines Arbeitnehmers zur Nutzung eines auch zu privaten Zwecken überlassenen Dienstwagens (BAG, Urteil v. 14.12.2010 - Az.: 9 AZR 631/09).

Ein Arbeitgeber stellte einem als Bauleiter beschäftigten Arbeitnehmer arbeitsvertraglich für seine Tätigkeit einen Pkw zur Verfügung, den er auch privat nutzen durfte. Der Arbeitnehmer war neuneinhalb Monate arbeitsunfähig erkrankt. Sein Entgeltfortzahlungsanspruch endete nach sechs Wochen. Auf Verlangen des Arbeitgebers gab der Erkrankte den Pkw nach gut acht Monaten dem Arbeitgeber zurück. Erst nach Wiederaufnahme seiner Arbeit bekam er wieder einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung.

Der Arbeitnehmer verlangte auf dem Klageweg eine Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vom Autorückgabezeitraum bis zur Arbeitsaufnahme. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) verneinte einen Anspruch des Klägers auf eine Nutzungsausfallentschädigung. Denn der Arbeitgeber ist laut den Rechtsexperten der ARAG nur so lange zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet, wie er dem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt schuldet. Und während der Arbeitsunfähigkeit, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr besteht, hat der Arbeitnehmer auch keinen Arbeitsentgeltanspruch beziehungsweise Nutzungsanspruch des Dienstwagens für private Zwecke, so die Richter.

## **... aus dem Sozialversicherungsrecht**

### **Erstattung zu Unrecht gezahlter Rentenversicherungsbeiträge abgelehnt**

Mit einem Urteil hat der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg den Antrag eines seit 1988 zu Unrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherten Geschäftsführers einer GmbH auf Erstattung von entrichteten Beiträgen in Höhe von rund € 95.000,00 abgelehnt (Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 21.01.2011; Az.: L 4 R 4672/10).

Im Dezember 2007 hatte der Kläger bei der Krankenkasse beantragt, seinen sozialversicherungsrechtlichen Status feststellen zu lassen. Nachdem die Krankenkasse im März 2008 festgestellt hatte, dass er als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH nicht abhängig beschäftigt und damit auch nicht versicherungspflichtig in der Rentenversicherung war, beantragte er im April 2008 die Erstattung der seit 1988 gezahlten Beiträge.

Die beklagte Erstattungsstelle gab dem Kläger aber nur insoweit Recht, als die Beiträge von Dezember 2003 bis März 2008 zu erstatten sind, für die Zeit davor allerdings nicht, da der Erstattungsantrag des Klägers nicht rechtzeitig, also vor dem 01.01.2008, gestellt worden ist.

Das LSG gab der beklagten Erstattungsstelle Recht. Zwar ist der Kläger im maßgeblichen Zeitraum tatsächlich zu Unrecht als Versicherungspflichtiger behandelt worden. Doch gelten die entrichteten Beiträge als zu Recht entrichtet, weil hier - seit der Gesetzesänderung vom 01.01.2008 - die vierjährige Verjährungsfrist gemäß §§ 26, 27 II SGB IV eingreift. Sein Antrag auf Feststellung vom Dezember 2007 ist nicht mit einem Erstattungsantrag gleichzusetzen, da erst nach Abschluss der Prüfungen feststeht, ob zu Recht oder zu Unrecht Beiträge erhoben worden sind.

Fazit: Ein Feststellungsantrag wirkt nicht verjährungshemmend.

## ttp intern

### **Neue Mitarbeiter**

Seit dem 01. Februar 2011 ist Herr **Torsten Büchel** als Prüfungsleiter im Team CAS/WP in Flensburg tätig.

Desweiteren ist Frau **Kathrin Cramer** seit dem 01. März 2011 für unser Team in Husum tätig. Sie ist zuständig für die Sekretariats- und Eigenverwaltungstätigkeiten in unserer Niederlassung.

Darüber hinaus verstärkt seit dem 01. März 2011 Herr **Cédric Caquériot** im Rahmen eines sechsmonatigen Praxissemesters das Team CAS/WP in Flensburg.

### **Aus- und Fortbildung**

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Frau **Christina Prato** (Niederlassung Flensburg) im März 2011 erfolgreich ihre Fortbildung zur Steuerfachwirtin abgeschlossen hat.

---

#### Impressum:

ttp AG Steuerberatungsgesellschaft, Rathausplatz 15, 24937 Flensburg  
Vorstand: Peter Krumm (Sprecher), Frank Hansen, Michael E. Heil, André Ralfs, Hajo Schmidt, Tjark-Ture Dierks, Carsten Theilen  
Aufsichtsrat: Dr. Carl Hermann Schleifer (Vors.), Sitz der Gesellschaft: Flensburg, Amtsgericht Flensburg, HRB 2981 FL

ttp GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft, Rathausplatz 15, 24937 Flensburg  
Geschäftsführer: Carsten Theilen, Thomas Bertram, Sitz der Gesellschaft: Flensburg, Amtsgericht Flensburg, HRB 6224 FL

[www.ttp.de](http://www.ttp.de)