



**bolwin dokters**

[ Steuerberater • Rechtsanwälte • Wirtschaftsprüfer ]  
Partnerschaftsgesellschaft

**bolwin dokters**

[Steuerberater  
· Rechtsanwälte  
· Wirtschaftsprüfer]  
Partnerschaftsgesellschaft

Erzweg 2  
48282 Emsdetten

www.bolwindokters.de  
info@bolwindokters.de  
UStID: DE257488194  
Partnerschaftsregister NRW  
AG Essen PR 1889

**Telefon und Fax:**

Tel: 02572-91727-0  
Fax: 02572-91727-99

**Marcus Bolwin**

Steuerberater  
Dipl. Betriebswirt (FH)

**Stefan Dokters, LL.M.**

Rechtsanwalt

**Olga Voy-Swoboda**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für  
Medizinrecht

**Markus Keiner**

Steuerberater  
Wirtschaftsprüfer  
(berufsrechtliche  
Niederlassung als WP:  
Neu-Anspach)

**Vera Vinkelau**

Rechtsanwältin

## Verträge mit nahen Angehörigen

### Inhalt

#### I. Überblick

#### II. Nahe Angehörige

#### III. Anforderungen an Verträge

1. Formale Pflichten
2. Vertragsfreiheit kontra Fremdvergleich
3. Durchführung der Verträge

#### IV. Wichtige Verträge in der Praxis

1. Arbeitsvertrag
2. Mietvertrag
3. Darlehensvertrag
4. Beteiligung von Kindern an Familiengesellschaft
5. Ehevertrag – Güterstandschaukel
6. Eltern übertragen Vermögen gegen Vorbehaltsnießbrauch

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

## I. Überblick

Steuerpflichtigen steht es frei, ihre Rechtsverhältnisse so zu gestalten, dass die Steuerbelastung möglichst gering ist. Verträge unter nahen Angehörigen bieten hierbei die Möglichkeit, Einkünfte auf steuerlich weniger belastete Angehörige zu verlagern.



Auf diese Weise können sie sich steuermindernd auch im Rahmen des Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzugs auswirken. Insbesondere Verträge mit nahen Angehörigen werden im Rahmen von Betriebsprüfungen jedoch entsprechend kritisch beleuchtet, mit der Folge, dass sie, zum Teil aufgrund vermeidbarer Fehler bei der Durchführung, steuerlich nicht anerkannt werden.

Wir raten Ihnen im Vorfeld zu einer individuellen, steuerlichen Beratung sowie anwaltlichen Vertragsgestaltung.

Obwohl es Steuerpflichtigen grundsätzlich frei steht, Ihre Rechtsverhältnisse so zu gestalten, dass die Steuerbelastung möglichst gering ist, ist zu prüfen, ob die Vertragsgestaltung u. U. einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten darstellt. Seit dem Kalenderjahr 2008 gelten hier verschärfte gesetzliche Bestimmungen.

Grundsätzlich gilt: Beanstandet werden alle Verträge, die von fremden Personen in dieser Form nicht abgeschlossen und durchgeführt würden.

Ihr Rechtsanwalt

Stefan Dokters, LL.M.

## II. Nahe Angehörige

Nahe Angehörige sind insbesondere:

- Verlobte, Ehepartner,
- Eltern, Großeltern,
- Kinder, Enkel,
- Geschwister,
- Schwager/Schwägerin und Nichten/Neffen,
- Pflegeeltern und Pflegekinder.

Die Angehörigeneigenschaft bleibt auch dann bestehen, wenn sich Eheleute scheiden lassen. Bei Verlobten erlischt die Angehörigeneigenschaft mit Aufhebung des Verlöbnisses.

### Hinweis:

Die strengen Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen gelten nicht für Verträge zwischen zwei Personen, die in einem sog. eheähnlichen Verhältnis zusammenleben. Ausnahme: Ein mit dem Partner einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft abgeschlossener Mietvertrag über eine Wohnung wird vom Finanzamt nicht anerkannt, wenn die Wohnung von den Lebenspartnern gemeinsam bewohnt wird. Das gilt auch für an den Lebensgefährten vermietete Wohnräume im eigenen Einfamilienhaus.

Für Verträge zwischen Eltern und ihren finanziell unabhängigen, volljährigen Kindern sind die Anforderungen zur steuerlichen Anerkennung nicht so umfassend.

Schließen der Ehepartner oder die Kinder des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH mit der GmbH Geschäfte ab, gilt der strenge Prüfungsmaßstab für Angehörigenverträge

## III. Anforderungen an Verträge

### 1. Formale Pflichten

#### 1.1 Allgemeine formale Pflichten

Verträge liegen dann vor, wenn beide Seiten sich über die üblichen und wesentlichen Bestandteile eines Vertrags geeinigt haben, selbstverständlich dürfen nur gesetzlich zulässige Vereinbarungen getroffen werden; anderenfalls sind die Regelungen unwirksam.

Die meisten Vereinbarungen (z. B. Kauf-, Miet- und Arbeitsverträge) sind formlos, d. h. mündlich, gültig. Zu Beweis Zwecken empfiehlt sich jedoch immer die Schriftform – nicht nur im Streitfall mit dem Finanzamt. Für Grundstücksübertragungen ist hingegen immer eine notarielle Beurkundung erforderlich.

**Beispiel:** Ein Ehepaar mit einem Mehrfamilienhaus bespricht mit den Schwiegereltern, dass diese dort eine Wohnung beziehen dürfen. Solange weder die Lage der Wohnung (z. B. Erdgeschoss), der Einzugsstermin noch die Höhe der Miete und Nebenkosten einvernehmlich geregelt sind, besteht kein Mietvertrag.

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

## Hinweis:

Verträge dürfen auf keinen Fall einfach „rückdatiert“ werden, da sonst zum einen der Vertrag nichtig ist und zudem ein Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung droht. Eine mündliche Vereinbarung kann jedoch zu einem späteren Zeitpunkt schriftlich bestätigt werden.

Eine mündliche Änderung von bestehenden Verträgen wird das Finanzamt nicht akzeptieren, wenn im Vertrag selbst ausdrücklich Schriftform für Änderungen vereinbart wurde und eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung unwirksam sein soll.

## 1.2 Besondere Anforderungen an Verträge mit Kindern

Kinder sind bis zur Vollendung ihres 7. Lebensjahres nicht geschäftsfähig. Nach Vollendung des siebten bis zum 18. Lebensjahr sind Verträge die Minderjährige abschließen, grundsätzlich nur wirksam, wenn sie positiv (d. h. rechtlich vorteilhaft) für den Minderjährigen sind oder von ihnen mit frei zur Verfügung gestellten Mitteln (z. B. Taschengeld) bewirkt werden können.

**Beispiel:** Eltern schenken dem 11 Jahre alten Sohn einen Geldbetrag und zahlen diesen auf ein Festgeldkonto ein, über das der Sohn als Inhaber allein verfügen darf. Dieses Geschäft ist für den Sohn rechtlich vorteilhaft und somit wirksam.

Zum Schutz der minderjährigen Kinder schreibt das Gesetz vor, dass bei allen Geschäften, die sich nachteilig für das Kind auswirken können, die Eltern die Ergänzungspflegschaft beim Familiengericht beantragen müssen. Der vom Gericht bestellte Ergänzungspfleger prüft dann, ob das beabsichtigte Geschäft zwischen Eltern und minderjährigen Kindern genehmigt werden kann.

**Beispiel:** Eltern wollen mit der 16 Jahre alten Tochter einen Darlehensvertrag abschließen. Die Eltern benötigen das Geld, um ein bebautes Grundstück zwecks Vermietung zu erwerben. Die Tochter hat die erforderliche Summe auf einem eigenen Sparbuch, auf dem von ihren Großeltern über Jahre Geld eingezahlt wurde. Die Eltern dürfen den Darlehensvertrag mit der Tochter nicht ohne Genehmigung des Ergänzungspflegers abschließen. Dieser wird die Genehmigung im Interesse der Tochter nur erteilen, wenn die Eltern der Tochter eine ausreichende Sicherheit für die Darlehenssumme stellen.

## 2. Vertragsfreiheit kontra Fremdvergleich

Grundsätzlich besteht Vertragsfreiheit, d. h., die Vertragsparteien können alle rechtlich zulässigen Inhalte so festlegen, wie sie es selber wollen. Sie können also z. B. Mietverträge abschließen, bei denen der Mieter nur die üblichen Nebenkosten für Wasser, Strom und Heizung bezahlt, jedoch keine „Kaltmiete“, bei Darlehensverträgen können Darlehensgeber z. B. auf Sicherheiten verzichten. In solchen Fällen wird das Finanzamt diese Verträge jedoch steuerrechtlich nicht anerkennen, mit der Folge, dass ein Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug nicht möglich ist.

## Tipp:

In der Praxis empfiehlt es sich, Vertragsmuster, die für untereinander fremde Vertragsparteien gefertigt wurden, als Vorlage/Checkliste zu verwenden. So kann man z. B. das Muster eines Darlehensvertrags bei Banken anfordern, oder einen Muster-Mietvertrag beim Vermieterbund etc. Diese Muster können dann im steuerrechtlich zulässigen Rahmen für Angehörigenverträge angepasst werden. So ist z. B. eine gewisse Unterschreitung der ortsüblichen Miete bei Vermietung zu privaten Zwecken möglich (s. unten Kapitel IV. 2.).

## 3. Durchführung der Verträge

Wichtig ist, dass die tatsächliche Durchführung der vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten genau so erfolgt wie dies im Vertrag festgelegt wurde. Ein nach Form und Inhalt einwandfrei abgeschlossener Vertrag darf nicht nur „auf dem Papier“ existieren, er muss „gelebt“ werden. Schädlich aus Sicht der Finanzverwaltung ist z. B. eine unregelmäßige Zahlung von Darlehenszinsen oder Tilgungsbeträgen an den Darlehensgeber.

## Hinweis:

Verträge sollten nie nur „zum Schein“ abgeschlossen werden. Zum einen erkennt das Finanzamt solche Verträge nicht an, zum anderen droht ein Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung. Von einer Scheinhandlung geht das Finanzamt z. B. aus, wenn der Vermieter dem Mieter das Geld für die jeweilige Miete im Voraus zur Verfügung stellt, oder wenn die Miete nach Eingang

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

auf dem Konto zeitnah wieder an den Mieter zurückgezahlt wird.

## IV. Wichtige Verträge in der Praxis

### 1. Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsvertrag liegt vor, wenn sich die Vertragsbeteiligten über die für diesen Vertragstyp wesentlichen Rechte und Pflichten einig sind, d. h. über die zeitliche Dauer der Arbeitsleistung (tägliche, wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit) und über das für diese Arbeitsleistung geschuldete Entgelt.

Arbeitsverträge sind formlos zulässig. Allerdings hat der Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber die wichtigsten Regelungen in Schriftform überlässt. Dazu gehören:

- der Name und die Anschrift der Vertragsparteien,
- der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann,
- eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit,
- die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit,
- die vereinbarte Arbeitszeit,
- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
- die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses,
- ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

Um den Betriebsausgabenabzug der Lohnkosten nicht zu gefährden, sollte der nahe Angehörige nicht mehr Lohn bekommen als familienfremde Mitarbeiter in vergleichbaren Positionen (sogenannter betriebsinterner Vergleich) – auch

wenn es sich nur z. B. um „Benzingutscheine“ handelt. Gibt es keine vergleichbare Position im Betrieb (so erledigen z. B. Ehepartner oft Buchhaltungsarbeiten oder übernehmen den Telefondienst), müssen die Gehälter im Wesentlichen den Maßstäben anderer Arbeitgeber in der Region entsprechen.

Bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses muss insbesondere darauf geachtet werden, dass der Arbeitnehmer – wie ein fremder Arbeitnehmer – frei über die Lohnzahlung verfügen kann. Ausreichend ist bei einem Ehegatten-Arbeitsverhältnis, wenn der Lohn auf ein beiden Ehegatten zugängliches Konto (sogenanntes Oder-Konto) überwiesen wird.

Art und Umfang der geleisteten Tätigkeit sollte als Nachweis für das Finanzamt festgehalten werden (Zeiterfassung, Stundenzettel). Anderenfalls unterstellt das Finanzamt u. U., dass es sich um eine reine Familienmithilfe handelt, die dann dem privaten Bereich zugeordnet wird.

Das Finanzgericht Sachsen hat in einem Fall, in dem eine Zahnärztin ihren volljährigen Sohn (eigener Hausstand) stundenweise in der Praxis beschäftigt hat, positiv für die Zahnärztin entschieden:

- Die Zahnärztin konnte durch den Nachweis über die vom Sohn tatsächlich geleistete Arbeit (Botengänge, Telefondienst etc.) und deren Zeitaufwand belegen, dass der Sohn in der Arztpraxis nicht auf einer familiären Grundlage, sondern auf einer steuerlich anzuerkennenden Leistungsaustauschbeziehung tätig geworden ist.
- Zwei Zahnarzhelferinnen konnten übereinstimmend bekunden, dass der Sohn der Ärztin die in der Aufgabenbeschreibung enthaltenen Tätigkeiten verrichtet hat und die Arbeitsleistung in dem vereinbarten Zeitumfang erbracht wurde.

In einem anderen Fall vor dem Finanzgericht Nürnberg verlor eine Ärztin, weil sie die mündlich vereinbarte Putztätigkeit ihres Sohns (Schüler) nicht nachweisen konnte.

#### Hinweis:

Kinder, die dem elterlichen Haushalt angehören und von den Eltern erzogen und unterhalten werden, sind verpflichtet in einer ihren Kräften und ihrer Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäft zu helfen. Jedoch können auch dem Haushalt angehörige Kinder je nach Art und Umfang Leistung

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

gen auf arbeitsvertraglicher Grundlage im Unternehmen der Eltern erbringen.

Werden volljährige Kinder im eigenen Betrieb angestellt, ist darauf zu achten, dass bei zu hohen Einkünften und Bezügen des Kindes u. U. das jährliche Kindergeld wegfällt. Entscheidend ist hier, dass die Freigrenze von 8.004 € nicht um einen einzigen Cent überschritten wird.

Arbeitsverträge mit dem Ehepartner enden nicht automatisch mit der Trennung als Ehepaar. Der Ehepartner als Arbeitgeber muss u. U. lange Kündigungsfristen beachten. In einem Betrieb mit mehr als zehn Mitarbeitern gilt das Kündigungsschutzgesetz, so dass eine Kündigung nur aus verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Gründen zulässig ist. Eine Scheidung ist also kein Kündigungsgrund.

## 2. Mietvertrag

Ein Mietvertrag regelt die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache. Der Vermieter wird durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter muss dem Vermieter dafür den vereinbarten Mietzins zu zahlen. Als Mietsachen kommen Wohnräume, Geschäftsräume sowie sonstige bewegliche Sachen (z. B. Kfz) in Betracht.

Unbefristete Mietverträge können generell mündlich geschlossen werden. Der Vertrag ist dann zustande gekommen, wenn sich Vermieter und Mieter über die Art des Mietobjektes, die zu zahlende Miete und den Zweck der Nutzung der Mietsache einig geworden sind.

Soll ein Mietvertrag länger als ein Jahr wirksam sein (z. B. bei Vermietung einer Wohnung), bedarf er der Schriftform, d. h. beide Parteien des Vertrages, Mieter und Vermieter, müssen aus dem Vertrag erkennbar sein und den Vertrag persönlich unterschreiben.

### Tipp:

Bei der Durchführung des Mietvertrages kommt es vor allem auf die regelmäßige und pünktliche Mietzahlung an (es empfiehlt sich ein Dauerauftrag).

Das Mietverhältnis wird steuerlich u. U. nicht anerkannt, wenn sich der Mieter die vereinbarte Miete wirtschaftlich eigentlich nicht leisten kann. Hier unterstellt das Finanzamt, dass gezahlte Mieten an den Mieter zurückfließen.

Zu Beweiszwecken ist es immer sinnvoll, Mietverträge mit nahen Angehörigen schriftlich zu vereinbaren. Dabei kann man sich an den im Handel üblichen Musterverträgen orientieren. Die Vertragsfreiheit der Parteien wird hier grundsätzlich nicht vom Fiskus beschränkt, wenn zumindest eine entgeltliche Überlassung des Mietobjektes stattfindet, d. h. die Mietsache und die Höhe der Miete eindeutig und klar festgelegt wurden.

Die Höhe der vereinbarten Miete beeinflusst das Maß der abzugsfähigen Werbungskosten beim Vermieter im Rahmen seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Hier sind die Grundsätze der Finanzverwaltung zur verbilligten Überlassung von Wohnraum zu beachten. Es kommt dabei vor allem auf die Einkünfteerzielungsabsicht des Vermieters an:

### 2.1 Eigentümer vermietet Wohnraum aus seinem Privatvermögen zu Wohnzwecken des Angehörigen

- Bei **unentgeltlicher Überlassung** der Wohnung an einen Angehörigen ist die Anerkennung eines Werbungskostenabzugs und damit ein steuersparender Verlust aus Vermietung ausgeschlossen.
- Beträgt die Miete **mindestens 75 % der ortsüblichen Marktmiete**, werden Verluste aus Vermietung und Verpachtung regelmäßig ohne weitere Prüfung im Hinblick auf die Gewinnerzielungsabsicht anerkannt.
- Beträgt die Miete **weniger als 56 %** der ortsüblichen Marktmiete, ist die Vermietung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Nur die auf den entgeltlichen Teil entfallenden Werbungskosten (= Schuldzinsen, Reparaturkosten, Abschreibungen etc.) sind steuerlich abziehbar.
- Beträgt die Miete **weniger als 75 %, aber mindestens 56 %** der ortsüblichen Marktmiete, prüft das Finanzamt die Einkünfteerzielungsabsicht anhand einer Überschussprognose. Das Finanzamt stellt dabei bei unbefristeten Mietverträgen (regelmäßig auf eine Dauer von 30 Jahren) die erzielten und künftigen (geschätzten) Einnahmen (Bruttomieten) den bisherigen und künftigen Ausgaben (Zinsen, lineare Abschreibung, Bewirtschaftungskosten) gegenüber. Wegen der Unsicherheiten, denen eine Prognose über einen Zeitraum von 30 Jahren unterliegt, wird das Finanzamt sowohl bei den Einnahmen als auch den Ausgaben (außer der Abschreibung) einen Sicherheitszuschlag von je 10 % vornehmen. Fällt die Überschussprognose positiv aus (Totalgewinn), sind die Werbungskosten und damit die Verluste voll abzugsfähig. Ist die Prognose negativ, führt dies

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

nicht zu einem Abzugsverbot für alle Werbungskosten; die Vermietung wird dann in einen entgeltlichen Teil (= verbilligte Miete) und einen unentgeltlichen Teil (= Differenz zur Marktmiete) aufgeteilt. Steuerlich abziehbar sind von den tatsächlichen Mieteinnahmen nur die auf den entgeltlichen Teil entfallenden Werbungskosten.

## UPDATE FEB 2011:

Das Bundeskabinett hat am 02.02.2011 den Gesetzesentwurf für ein Steuervereinfachungsgesetz 2011 beschlossen. Der Entwurf enthält u.a. eine Änderung des § 21 Abs. 2 EStG.

Die verbilligte Vermietung einer Wohnung gilt zukünftig nach dem geänderten § 21 Abs. 2 EStG bereits dann als vollentgeltlich, wenn der Mietzins mindestens zwei Drittel (66 %) der ortsüblichen Miete beträgt.

Ein über diesen Betrag hinausgehender Mietzins gilt als vollentgeltlich und berechtigt insgesamt zum Werbungskostenabzug. Die bislang vorgenommene Überschussprognoserechnung entfällt dadurch komplett.

## UPDATE AUG 2011:

Die Länder haben am 9.7.2011 den vom Bundestag beschlossenen Änderungen steuerrechtlicher Vorschriften die Zustimmung verweigert. Bundestag und Bundesregierung haben nun die Möglichkeit, den Vermittlungsausschuss anzurufen.

### Hinweis:

Als ortsübliche Marktmiete gilt jede Miete innerhalb der Bandbreite des örtlichen Mietspiegels, somit auch der niedrigste Wert. Die ortsübliche Marktmiete für Wohnungen vergleichbarer Art, Lage und Ausstattung umfasst die ortsübliche Kaltmiete zuzüglich der nach Betriebskostenverordnung umlagefähigen Betriebskosten. Einen Mietspiegel Ihrer Region erhalten Sie z. B. beim Wohnungsamt.

Da die Überschussprognose erhebliche Schwierigkeiten in der Praxis bereiten kann, sollte, um Streitigkeiten aus dem Weg zu gehen, bei der Vermietung von Wohnraum an Angehörige die ortsübliche Miete um nicht mehr als 25 % unterschritten werden. Im Zweifelsfall kann eine verbindliche Auskunft zur Miethöhe beim zuständigen Finanzamt eingeholt werden.

## 2.2 Eigentümer vermietet Wohnraum aus seinem Privatvermögen zu betrieblichen Zwecken des Ehepartners

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Ehepartner ein Haus kauft und dieses (teilweise) an den anderen, selbstständig tätigen Ehepartner vermietet, der dort seinen Betrieb, sein Büro oder seine Praxis führt. Hinsichtlich der Vermietung von Immobilien zu Nicht-Wohnzwecken gilt für die steuerrechtliche Anerkennung Folgendes:

- Die Miete muss 100 % der ortsüblichen Miete betragen, damit 100 % der Ausgaben als Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung steuerlich anerkannt werden.
- Vermietet der Ehepartner dagegen z. B. nur zu 55 % der ortsüblichen Miete, werden auch nur 55 % der Werbungskosten bei der Einkünfteermittlung aus Vermietung und Verpachtung zum Abzug gebracht. Die restlichen 45 % der Ausgaben sind dann steuerlich irrelevant.

## 3. Darlehensvertrag

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

Für den Darlehensvertrag ist grundsätzlich keine Form vorgeschrieben. Allerdings ist dann, wenn aus steuerlichen Gründen der Darlehensvertrag nachgewiesen werden soll, eine schriftliche Abfassung immer sinnvoll, da sonst die Finanzverwaltung die Existenz von Darlehensverträgen anzweifeln wird.

### Hinweis:

Gewährt ein Unternehmer aus seinem betrieblichen Vermögen einer Privatperson ein Darlehen, müssen die Regelungen des Verbraucherdarlehens beachtet werden. So muss der Vertrag zum Schutz des Verbrauchers grundsätzlich schriftlich abgeschlossen werden (Unterschrift beider Parteien) und hat einen vorgeschriebenen Mindestinhalt. Anderenfalls ist der Vertrag nichtig. Durch den gesetzlichen Mindestinhalt (u. a. Angabe des Nettodarlehensbetrags und des effektiven Jahreszinssatzes) soll der Verbraucher die Möglichkeit haben, die unterschiedlichen Kreditformen und deren Kosten besser vergleichen zu können. Gewährt eine Privatperson einem Unternehmer

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

ein Darlehen, liegt kein Verbraucherdarlehen vor.

Im Übrigen hat die Finanzverwaltung Ende Dezember 2010 in einem Schreiben die Grundsätze zur steuerrechtlichen Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen präzisiert. Der Darlehensvertrag und seine tatsächliche Durchführung müssen die Trennung der jeweiligen Vermögens- und Einkunftssphären der beteiligten Angehörigen gewährleisten. Vor allem muss für die gesamte Vertragsdauer eine einwandfreie Abgrenzung von einer Unterhaltsgewährung möglich sein. Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

## 3.1 Fremdvergleich

### a) Allgemeines

Die Finanzverwaltung legt als Vergleichsmaßstab Verträge wie sie zwischen Darlehensnehmern und Banken üblich sind, zugrunde. Dies setzt insbesondere voraus, dass

- eine Vereinbarung über Laufzeit, Art und Zeit der Rückzahlung des Darlehens getroffen worden ist,
- die Zinsen zu den Fälligkeitszeitpunkten (z. B. vierteljährlich) entrichtet werden und
- der Rückzahlungsanspruch ausreichend besichert ist.

Eine ausreichende Besicherung liegt bei Hingabe banküblicher Sicherheiten vor. Dazu gehören die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld zugunsten des Darlehensgebers, aber auch Bankbürgschaften, Sicherungsübereignung von Wirtschaftsgütern, Forderungsabtretungen.

Obiges gilt auch, wenn Darlehensverträge zwischen einer Personengesellschaft (z. B. Offene Handelsgesellschaft) und Angehörigen von Gesellschaftern geschlossen werden, wenn letztere die Gesellschaft beherrschen.

### b) Fremdvergleich bei wirtschaftlich voneinander unabhängigen Angehörigen

Ein Darlehensvertrag zwischen volljährigen, voneinander wirtschaftlich unabhängigen Angehörigen kann ausnahmsweise steuerrechtlich bereits anerkannt werden, wenn er zwar nicht in allen Punkten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht, aber die Darlehensmittel, die aus Anlass der Herstellung oder Anschaffung von Vermögensgegenständen gewährt werden, ansonsten von einem fremden Dritten (Bank) hätten aufgenommen werden müssen.

Entscheidend ist, dass die getroffenen Vereinbarungen tatsächlich vollzogen werden, insbesondere die Darlehenszinsen regelmäßig bezahlt werden. Die Modalitäten der

Darlehensstilgung und die Besicherung werden dann von der Finanzverwaltung nicht weiter geprüft.

### c) Zivilrechtliche Unwirksamkeit

Die zivilrechtliche Unwirksamkeit eines Darlehensvertrags spricht gegen die Ernstlichkeit der Vereinbarung und damit gegen die steuerrechtliche Anerkennung. Diese Indizwirkung wird verstärkt, wenn den Vertragspartnern die Nichteinhaltung von Formvorschriften insbesondere bei klarer Gesetzeslage angelastet werden kann.

In der Praxis ist z. B. ein Darlehensvertrag unwirksam, wenn minderjährige Kinder als Darlehensgeber oder Darlehensnehmer bei Verträgen mit Eltern nicht von einem Ergänzungspfleger vertreten werden (s. oben Kapitel III. 1.).

Wenn Ehepaare in einer Zugewinnngemeinschaft leben, muss eine Einwilligung des anderen Ehepartners eingeholt werden, falls einer mittels des Darlehensvertrages über sein gesamtes Vermögen verfügen möchte. Anderenfalls ist der Darlehensvertrag unwirksam. Allerdings kann der andere Ehepartner auch nach Abschluss des Darlehensvertrages diesen genehmigen.

## 3.2 Schenkweise begründete Darlehensforderung

Die Schenkung eines Geldbetrages unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Betrag als Darlehen wieder zurückgeben muss, hat zur Folge, dass weder die Schenkung noch der Darlehensvertrag ertragsteuerrechtlich von der Finanzverwaltung anerkannt werden. Gezahlte Darlehenszinsen dürfen dann nicht als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abgezogen werden.

Die Abhängigkeit zwischen Schenkung und Darlehen wird insbesondere in den folgenden Fällen **unwiderleglich vermutet**:

- Vereinbarung von Schenkung und Darlehen in ein und derselben Urkunde,
- Schenkung unter der Auflage der Rückgabe als Darlehen,
- Schenkungsversprechen unter der aufschiebenden Bedingung der Rückgabe als Darlehen.

Die Beurteilung einer gegenseitigen Abhängigkeit bei Vereinbarung in mehreren Schriftstücken innerhalb einer gewissen Zeitspanne erfolgt immer anhand des Einzelfalls.

Die Abhängigkeit zwischen Schenkung und Darlehen wird insbesondere bei folgenden Vertragsgestaltungen **widerleglich vermutet**:

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

- Vereinbarungsdarlehen (die Parteien regeln, dass ein Geldbetrag, der aus einem anderen Grund geschuldet ist, als Darlehen geschuldet sein soll, d. h. eine bestehende Geldschuld wird in eine Darlehensschuld umgewandelt),
- Darlehenskündigung nur mit Zustimmung des Schenkers,
- Zulässigkeit von Entnahmen durch den Beschenkten zulasten des Darlehenskontos nur mit Zustimmung des Schenkers.

## Die Vermutung ist widerlegt, wenn

- Schenkung und Darlehen sachlich und zeitlich unabhängig voneinander erfolgten, und die Schenkung wirksam vollzogen worden ist und
- der Schenker endgültig, tatsächlich und rechtlich entreichert ist und
- der Empfänger entsprechend (dauerhaft) bereichert ist.

### Hinweis:

Die Finanzverwaltung akzeptiert auch Darlehensverträge zwischen Eltern und minderjährigen Kindern nicht, wenn das Kindesvermögen nicht einwandfrei vom Elternvermögen getrennt wird. Zinserträge müssen in die Vermögenssphäre des Darlehensgebers, z. B. des minderjährigen Kindes, fließen. Heben jedoch die Eltern die Zinserträge regelmäßig vom Konto des Kindes ab und verwenden es für diverse Anschaffungen bzw. zur Bestreitung des Lebensunterhalts, wird das Finanzamt die Darlehenszinsen bei den Eltern nicht als Werbungskosten oder Betriebsausgaben anerkennen.

Der Darlehensnehmer kann die Darlehenszinsen grundsätzlich als Betriebsausgaben oder Werbungskosten geltend machen, soweit er das Darlehen für betriebliche Zwecke nutzt bzw. im Rahmen seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung benötigt. Allerdings hat das für den privaten Darlehensgeber zur Folge, dass er die Zinseinnahmen als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern muss.

### Hinweis:

Die Zinseinnahmen muss der Darlehensgeber zwingend auf der Anlage KAP im Rahmen seiner Einkommenssteuererklärung angeben. Die Abgeltungsteuer in Höhe

von 25 % gilt nicht für Kapitalerträge aus Darlehensverhältnissen zwischen einander nahe stehenden Personen, soweit der Darlehensnehmer die Zinsen als Werbungskosten oder Betriebsausgaben ansetzt.

Kapitalerträge, die beim Darlehensgeber zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb oder selbständiger Arbeit gehören, sind Betriebseinnahmen.

## 4. Beteiligung von Kindern an Familiengesellschaft

Die Beteiligung von minderjährigen und volljährigen Kindern an einer Familiengesellschaft kann unter verschiedenen Aspekten sinnvoll sein:

- Vorbereitung auf die Unternehmensnachfolge,
- Minimierung von Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer (mehrfache Ausnutzung der Freibeträge pro Eltern- und Kind),
- optimale Gewinnverteilung zwecks Ersparnis von Einkommensteuer und
- Minimierung von Unterhaltspflichten gegenüber Kindern.

Im Hinblick darauf, dass viele unterschiedliche Gesellschaftsformen (GmbH, Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft etc.) existieren mit unterschiedlichen rechtlichen Haftungsfolgen für den einzelnen, ist eine persönliche Beratung unumgänglich. Eine optimale Gestaltung sollte sowohl unter steuerlichen als auch unter rechtlichen Aspekten geprüft werden. Sprechen Sie uns an.

## 5. Ehevertrag – Güterstandschaukel

Ein Ehevertrag ist ein notarieller Vertrag, durch den (künftige) Eheleute z. B. ihre güterrechtlichen Verhältnisse vor oder während der Ehe regeln. Zur Wirksamkeit gegenüber Dritten bedarf der Ehevertrag der Eintragung in das Güterrechtsregister.

Ein wichtiges Gestaltungsinstrument in diesem Zusammenhang ist die sogenannte Güterstandschaukel. Als „Güterstandschaukel“ wird der Wechsel, vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in die Gütertrennung und wieder zurück, bezeichnet. Sinn und Zweck ist die steuerfreie Übertragung von einem Ehegatten auf den anderen und somit die Reduzierung von Schenkung- und Erbschaftsteuer.

# DAS MANDANTEN | MERKBLATT

Die Güterstandschaukel ist ein vom Bundesfinanzhof und den Finanzgerichten anerkanntes Gestaltungsmodell beim Ehevertrag:

- Zunächst wird von dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in den Güterstand der Gütertrennung gewechselt (Notarvertrag). Damit endet die Zugewinnngemeinschaft und es entsteht ein Zugewinnausgleichsanspruch.
- Diese Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft ist keine freigebige Zuwendung (Schenkung) und unterliegt somit nicht dem Schenkungsteuerrecht.
- Voraussetzung ist, dass es zur güterrechtlichen Abwicklung der Zugewinnngemeinschaft kommt. Dazu muss die Berechnung der Ausgleichsforderung erfolgen und die Auszahlung an den ausgleichsberechtigten Ehepartner vereinbart bzw. durchgeführt werden.
- Danach kann erneut zur Zugewinnngemeinschaft gewechselt werden.

## Hinweis:

Die „Güterstandschaukel“ ist besonders sinnvoll, wenn nur einer der Ehepartner über das Vermögen verfügt. Auch können so Pflichtteilsansprüche von Kindern reduziert werden. Das komplexe Thema erfordert eine individuelle Beratung zusammen mit Steuerberater und Rechtsanwalt.

## 6. Eltern übertragen Vermögen gegen Vorbehaltsnießbrauch

Viele Eltern möchten schon zu Lebzeiten Vermögen an ihre erwachsenen Kinder übertragen, um z. B. Erbschaftsteuer zu sparen oder Erbstreitigkeiten vorzubeugen. Andererseits möchten Sie noch Einnahmen aus dem Vermögen, z. B. Mieteinkünfte bei Immobilien erzielen können.

Der Nießbrauch gewährt einer bestimmten Person ein umfassendes Nutzungsrecht z. B. an einem Grundstück, ohne dass die Person Eigentümer der Sache oder des Rechts ist. In diesem Fall darf der Nießbraucher also die Mieten vereinnahmen, ohne dass ihm das Grundstück gehört. Gegenstand des Nießbrauchs können alle Sachen und auch Rechte sein.

Mit einer Grundstücksübertragung gegen Nießbrauch kann Schenkungsteuer gespart werden. Die Nießbrauchsbelastung darf für Zwecke der Schenkungsbesteuerung in Höhe des Kapitalwertes von der Bemessungsgrundlage (Grundbesitzwert) vom Beschenkten steuermindernd abgezogen werden. Der kapitalisierte Betrag fällt umso höher aus, je jünger der Übertragende bei der Übergabe an den Empfänger ist.

Ein Vorbehaltsnießbrauch liegt vor, wenn bei der Übertragung der Immobilie gleichzeitig ein Nießbrauchsrecht für den Schenker an dem übertragenen Grundstück bestellt wird. Bei einem Mietwohngrundstück erzielt dann weiterhin der Schenker die Vermietungseinkünfte, obwohl der Beschenkte als Eigentümer im Grundbuch steht. Schenker können von den Mieteinnahmen alle von ihnen getragenen Grundstücksaufwendungen (z. B. Abschreibungsbeträge für das Gebäude) als Werbungskosten steuermindernd abziehen.

## Hinweis:

Solange der Nießbrauch besteht, erzielt der Beschenkte keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und kann mit dem Grundstück zusammenhängende Aufwendungen, soweit sie tatsächlich von ihm getragen werden, grundsätzlich nicht steuerlich geltend machen.

Der vorzeitige unentgeltliche Verzicht auf ein vorbehaltenes Nießbrauchsrecht unterliegt der Schenkungsteuer.

Rechtsstand: 11. 1. 2011

Alle Informationen und Angaben in diesem Mandanten-Merkblatt haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Diese Information kann eine individuelle Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.