

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats April 2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

[

der Ihnen nun vorliegende Brief möchte Sie über wesentliche, vollzogene oder geplante Änderungen im Steuer- und Wirtschaftsrecht der letzten Monate informieren und Ihnen Anlass bieten, auch bestehende Sachverhalte zu überprüfen.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

Inhalt

#### **Privatbereich**

1. Kunst demnächst nur noch zum Regelsteuersatz (19 %)?
2. VuV: Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und anschließendem Verkauf
3. Einkünfteerzielungsabsicht bei Verzugszinsen vorhanden?
4. Gilt die 1-Prozent-Regelung auch bei Mittagsheimfahrten nach Hause?
5. Investitionsabsicht bei Anschaffung einer Photovoltaikanlage
6. Ist die Doppelbelastung mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer zulässig?
7. Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe
8. (Nur) Häftiger Betriebsausgabenabzug im Rahmen einer Betriebsaufspaltung
9. Keine erweiterte Gewerbesteuerkürzung bei Betrieb einer Photovoltaikanlage
10. Entfernungspauschale umfasst auch die 2. tägliche Fahrt zur Arbeit
11. Nachweis von Krankheitskosten unterliegt strengen Regeln
12. Beschwerde gegen die Insolvenzverfahrenseröffnung nach Eigenantrag?
13. Wann sind Steuern "in großem Ausmaß" hinterzogen?
14. Entfernungspauschale für offensichtlich verkehrsgünstigere Verbindung?
15. Berechnung der Schadensersatzhöhe bei anrechenbaren Steuervorteilen
16. Anrechnung nicht festgesetzter Steuer nach Verjährung korrigierbar?
17. Enge Voraussetzungen für Schadensersatzanspruch bei Mobbing

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Kein ermäßigter Steuersatz für Partyservice
2. Gelangensbestätigung: Frist auf den 30.6.2012 verlängert
3. Haftung des ausscheidenden Gesellschafters als Scheingesellschafter
4. Verlustabzugsverbot bei unterjährigem schädlichen Beteiligungserwerb
5. Wie lange darf ein Arbeitgeber mit der Verdachtskündigung warten?
6. Mehrarbeit muss grundsätzlich vergütet werden
7. Steuerpflichtige Beteiligungserträge bei Kapitalgesellschaften
8. Frage nach Schwerbehinderung doch zulässig?

9. Haftung bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH
10. Abgrenzung von Spenden und Zahlungen für Satzungszweck
11. Gewinnerhöhende Auflösung von Verbindlichkeiten bei qualifiziertem Rangrücktritt
12. Öffentliche Hand: BFH kippt den "Beistandserlass"
13. Geringfügigkeitsgrenze bei der gewerblichen Infizierung
14. Zahl der Mitglieder eines Aufsichtsrats gemäß Mitbestimmungsgesetz darf 20 nicht überschreiten
15. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses und die Folgen
16. Urlaubsanspruch darf nicht von effektiver Mindestarbeitszeit abhängen
17. Rückruf von Steuererstattungen auf gekündigtes Konto zulässig?
18. Bei Messeleistungen folgt das Bundesfinanzministerium dem EuGH
19. Wo unterliegt der Verkauf einer Domain der Umsatzsteuer?
20. Pauschbeträge für Sachentnahmen 2012

<b>Privatbereich</b>
----------------------

#### 1. **Kunst demnächst nur noch zum Regelsteuersatz (19 %)?**

##### **Rechtslage**

Die Lieferung sowie Vermietung von Kunstgegenständen und Sammlungsstücken unterliegt nach dem deutschen Umsatzsteuergesetz (UStG) dem ermäßigten Steuersatz von 7 %. Die Vorschriften der EU-Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) benennen konkret Gegenstände und Dienstleistungen, auf die durch die EU-Mitgliedstaaten ein ermäßigter Steuersatz angewendet werden darf; eine umsatzsteuerliche Begünstigung der Lieferung und Vermietung von Kunstgegenständen und Sammlungsstücken ist hingegen nicht vorgesehen.

##### **Neues von der EU-Kommission**

Die EU-Kommission hat Deutschland nun aufgefordert, die begünstigenden Vorschriften zu streichen, weil auf Lieferungen von Kunstgegenständen und Sammlungsstücken in der EU der Normalsteuersatz (19 %) anzuwenden ist.

##### **Konsequenzen**

Deutschland hat zwei Monate Zeit, zu der Aufforderung Stellung zu beziehen. Kulturpolitiker sehen schon die "Identität der Kulturnation Deutschland" gefährdet. Allerdings dürfte dies die EU-Kommission kaum interessieren. Fakt ist, dass Deutschland bisher von einer Sonderregelung profitiert hat, für die es keine europarechtliche Grundlage gibt. Es ist daher wahrscheinlich, dass Kunstwerke in naher Zukunft teurer werden. Wer vor der Entscheidung steht, sich privat noch das eine oder andere Kunstwerk an die Wand zu hängen, sollte sich daher nicht allzu lange Zeit mit dem Kauf lassen.

#### 2. **VuV: Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und anschließendem Verkauf**

##### **Kernaussage**

Die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung unterliegen der Einkommensteuer. Unter Einkünften ist dabei der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu verstehen. Zur Abgrenzung von der nicht steuerbaren Liebhaberei ist es notwendig, dass der Steuerpflichtige die Absicht hat, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben auf die Dauer der Nutzung der Einkunftsquelle zu erzielen. Das Finanzgericht Münster hatte kürzlich zu klären, ob eine Wohnungseigentümerin auch dann eine Überschusserzielungsabsicht hat, wenn mit dem Mietvertrag zugleich eine Veräußerung an den Mieter nach Ablauf der Mietzeit vereinbart ist.

##### **Sachverhalt**

Die 80-jährige Klägerin hatte in den dem Streitjahr vorangegangenen Jahren erfolglos versucht, eine Eigentumswohnung zu verkaufen, die sie als Feriendomizil genutzt hatte. 2005 schloss sie mit einem

Kaufinteressenten einen notariellen Vertrag ab. Dessen Gegenstand war ein Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags sowie ein Mietvertrag. Die Wohnung wurde zunächst für zwei Jahre an den Interessenten vermietet unter der Bedingung, dass dieser der Klägerin zuvor ein unwiderrufliches Angebot zum Erwerb der Mietsache nach Ablauf der Mietdauer unterbreitet. Der Interessent wurde sodann im Parallelverfahren wegen Betrugs zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. In den dortigen Urteilsgründen ist ausgeführt, dass er die Klägerin bei Abschluss des Miet-/Kaufvertrags über seine Zahlungsfähigkeit und -willigkeit getäuscht hat. In ihrer Einkommensteuererklärung machte die Klägerin einen Überschuss der Werbungskosten über die Einnahmen geltend. Der Wunsch, die Wohnung erst anzumieten und danach zu kaufen, sei seitens des Mietinteressenten geäußert worden. Das Finanzamt wollte den Verlust aus Vermietung und Verpachtung nicht anerkennen. Der Klägerin habe bei Vertragsabschluss die notwendige Überschusserzielungsabsicht gefehlt; es sei ihr ausschließlich um den Verkauf der Immobilie gegangen.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht gab der Klägerin Recht. Sie hätte bei vertragsgemäßer Abwicklung des Mietvertrags offensichtlich einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erzielt. Anhaltspunkte dafür, dass bei dem wirksam abgeschlossene Miet-/Kaufvertrag ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten vorliegen könnte, waren nicht ersichtlich. Auch wurde durch die tatsächlich gewählte rechtliche Gestaltung kein Steuervorteil erzielt. Hierbei ist für die Feststellung des Steuervorteils auf den Zeitpunkt bei Vertragsabschluss abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt durfte die Klägerin aber von einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung und damit von einem Überschuss der Mieteinnahmen über ihre Werbungskosten ausgehen.

### **Konsequenz**

Ein gleichzeitig mit Abschluss eines Mietvertrages abgeschlossener Kaufvertrag spricht nicht grundsätzlich gegen eine Einkünfterzielungsabsicht. Anders zu entscheiden ist lediglich dann, wenn bei Abschluss des Mietvertrags feststeht, dass - etwa aufgrund hoher Finanzierungskosten und erhöhten Abschreibungen - auch bei ordnungsgemäßer Zahlung der Miete während des Mietzeitraums kein Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen sein wird.

## **3. Einkünfterzielungsabsicht bei Verzugszinsen vorhanden?**

### **Kernproblem**

Wird man als Bürge in Anspruch genommen und muss zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung ein Darlehen aufnehmen, dann stellt sich nicht nur die Frage nach einem steuerlichen Abzug der Aufwendungen. Zumindest wenn sich später herausstellt, dass die Inanspruchnahme zu Unrecht erfolgte und die vor Gericht erstrittene Rückzahlung mit Zinseinnahmen verbunden ist, möchte das Finanzamt hieran beteiligt werden. Erscheint dieser Gedanke bereits verwegen, dann muss das erst recht für den Fall gelten, dass die aufgewendeten Darlehenszinsen steuerlich nicht abgezogen werden können. Aber genauso wollte es das Finanzamt.

### **Sachverhalt**

Der Bürge einer GmbH, der aber nicht deren Gesellschafter war, wurde mit fast 1 Mio. EUR zu Unrecht in Anspruch genommen. Hiergegen klagte er vor dem Landgericht und bekam nach fast 10 Jahren im Jahr 2002 Recht. Die Bürgschaftssumme wurde wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgezahlt und mit 256.000 EUR verzinst. Der Bürge selbst musste im Jahr der Inanspruchnahme ein Darlehen aufnehmen, für das er bis einschließlich zum Jahr 1998 fast 269.000 EUR an Zinsen zahlte. Unterm Strich blieb ihm also ein Verlust. Den Zinsertrag versteuerte das Finanzamt im Jahr 2002 nach Abzug von Rechtsanwaltskosten als Kapitaleinkünfte. Das Finanzgericht prüfte im Klageverfahren einen Totalüberschuss und war wie das Finanzamt der Auffassung, dass der Refinanzierungsaufwand unberücksichtigt bliebe, weil er im Zusammenhang mit der Bürgschaftsverpflichtung - nicht der Zinserträge - stehe. So ging es weiter zum Bundesfinanzhof (BFH).

### **Entscheidung**

Diesmal gewann der Bürge. Die Steuerpflicht der Erträge als solche aus Kapitalvermögen bestätigte der BFH, weil Verzugszinsen aus ertragsteuerlicher Sicht keinen Schadensersatz, sondern Entgelt für die unfreiwillige Vorenthaltung zustehenden Kapitals darstellten. Jedoch stehe auch der Zinsaufwand in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den späteren Zinseinnahmen, denn bei einer erzwungenen Kapitalüberlassung reiche die Darlehensaufnahme zur Erfüllung der (letztlich nicht

gerechtfertigten) Forderung aus. Eine besondere subjektive Bestimmung der Schuldzinsen für Zwecke der Erzielung von Verzugszinsen sei nicht erforderlich. Wenn es bei den Zinseinnahmen aus erzwungener Kapitalüberlassung lediglich auf die Steigerung der Leistungsfähigkeit ankäme (nicht die Einkünfteerzielungsabsicht), müsse gleiches auch für die Aufwendungen gelten.

#### **Konsequenz**

Weil nach periodenübergreifender Betrachtung durch Einbeziehung der Zinsaufwendungen (wenngleich nicht bei Verausgabung geltend gemacht) kein Totalgewinn zu erzielen war, schied auch ein Ansatz der Einnahmen im Jahr 2002 aus (Behandlung wie "Liebhaberei").

#### **4. Gilt die 1-Prozent-Regelung auch bei Mittagsheimfahrten nach Hause?**

##### **Kernproblem**

Zu sehr auf die Auskunft seiner Gemeindeverwaltung hatte sich ein hauptamtlicher Bürgermeister zu Beginn seiner Amtszeit verlassen, was die Besteuerung seines Dienstwagens angeht. Er bekam gesagt, dass das Fehlen eines Fahrtenbuchs bei Lohnsteuer-Außenprüfungen nie zu Beanstandungen geführt habe. So wurde das "Behördenfahrzeug" des Bürgermeisters niemals Bestandteil eines geldwerten Vorteils, obwohl die Nutzung für Fahrten zwischen Wohnung und Rathaus und Zwischenheimfahrten am Mittag gestattet war. Ob hier die Landesfinanzverwaltung anderer Auffassung war?

##### **Sachverhalt**

Die Lohnsteuer-Außenprüfung hatte von der Dienstwagennutzung erfahren und wollte die Besteuerung des geldwerten Vorteils nach der 1 %-Methode für die private Nutzung und des 0,03 %-Zuschlags für die Fahrten zum Rathaus vornehmen. Der Bürgermeister wehrte sich damit, dass ihm der Gemeinderat eine Privatnutzung des Dienstwagens untersagt und lediglich die morgendlichen und mittäglichen Fahrten zwischen Wohnung und Rathaus akzeptiert habe. Zudem sei ein Behördenfahrzeug kein betriebliches Fahrzeug. So habe sich der Bürgermeister ständig, z. B. wegen möglicher Feuerwehreinsätze, in Ruf- und Dienstbereitschaft befunden. Und wenn er sich in den Wagen setze und im Gemeindegebiet unterwegs sei, seien diese Fahrten grundsätzlich dienstlicher Natur, weil dadurch den Bürgern die Präsenz der Verwaltung vermittelt werde und es häufig dringende Gründe gebe, unterwegs anzuhalten und dienstlich tätig zu werden. Und zu guter Letzt sei es zu Vandalismusvorfällen vor dem Rathaus gekommen, die das Parken vor dem Privathaus rechtfertigten. Weil keine Einigung erzielt wurde, stritt man beim Finanzgericht (FG) weiter.

##### **Entscheidung**

Das FG Baden-Württemberg folgte der Auffassung des Finanzamts und berücksichtigte beide Bestandteile des geldwerten Vorteils. Zu Begründung führte das FG aus, dass auch Behördenfahrzeuge betriebliche Kraftfahrzeuge seien, die sich zum geldwerten Vorteil eignen. Somit seien auch die Fahrten zwischen Wohnung und Rathaus nicht allein wegen der damit verbundenen Präsenz im Gemeindegebiet grundsätzlich dienstlicher Natur. Zwar rechtfertige die bloße kommunalrechtliche Zulässigkeit einer privaten Nutzungsüberlassung keine Rückschlüsse auf eine tatsächliche Privatnutzung. Hierauf käme es aber im Streitfall nicht an, weil für mittägliche private Zwischenheimfahrten ein Werbungskostenabzug nicht möglich und damit auch nicht mit dem 0,03 %-Zuschlag abgegolten sei. Dieser zusätzliche Nutzungsvorteil könne vielmehr nur durch die Fahrtenbuch- oder 1 %-Regel steuerlich erfasst werden.

##### **Konsequenz**

Eine Lösung nach Gutsherrenart widersprach hier dem Gesetz. Den Bürgermeister hätte nur ein Fahrtenbuch gerettet, um den Sachbezug möglichst gering zu halten. Ohne Mittagsheimfahrt wäre lediglich der 0,03 %-Zuschlag zum Ansatz gekommen. Denn nach neuerer Rechtsprechung des BFH gibt es keinen Beweis des ersten Anscheins, dass der Arbeitnehmer einen ihm zu dienstlichen Zwecken überlassenen Pkw daneben auch privat nutzen darf.

#### **5. Investitionsabsicht bei Anschaffung einer Photovoltaikanlage**

##### **Kernproblem**

Die Photovoltaikanlage mauserte sich in den vergangenen Jahren durch staatliche Förderung und günstige Zinsen immer mehr zum Sparmodell. Wer den gewonnenen Strom zudem ins öffentliche Netz einspeist, wird steuerlich zum Unternehmer und Gewerbetreibenden. Dies rief nicht nur den

Birkenstock-tragenden Ökobauern auf den Plan, sondern auch andere Berufsgruppen, die bis dahin nur wussten, dass der Strom aus der Steckdose kommt. So auch einen Rechtsanwalt, der auf die geplante Anschaffung einer Photovoltaikanlage einen Investitionsabzugsbetrag geltend machen wollte, um den daraus resultierenden steuerlichen Verlust mit anderen Einkünften zu verrechnen. Aber in Fällen der Betriebseröffnung sind an die Gewährung des Abzugsbetrags besondere Voraussetzungen geknüpft.

### **Sachverhalt**

Der Anwalt erzielte auch Einkünfte aus der Vermietung eines Reiterhofs. In seiner Steuererklärung 2008 machte er einen Verlust aus dem Betrieb einer Photovoltaikanlage geltend, der aus einem 40 %igen Investitionsabzugsbetrag auf eine geplante Anschaffung resultierte. Die Anlage wurde allerdings erst im Jahr 2010 bestellt und auf der bestehenden Reithalle sowie einem ebenfalls neu errichteten Reitstall installiert. Der Anwalt konnte Angebote der beiden Investitionen aus Dezember 2009 vorlegen. Das Finanzamt lehnte den Abzug ab, weil im Fall der Betriebseröffnung die verbindliche Bestellung bis zum Ende des Abzugsjahres zu erfolgen habe. Der Anwalt sah die Investition als Ausfluss der Vermietung der Reithalle, so dass es sich nicht um eine Betriebsneugründung handele. Im Klageverfahren reichte er ein weiteres Angebot aus November 2008 nach. Dieses betraf jedoch eine Anlage höherer Kapazität und Anschaffungskosten, die auf der bestehenden Reithalle geplant, aber nicht realisiert wurde.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage des Anwalts ab. Nach dem Gesetzeswortlaut sei die Begünstigung an eine im Abzugsjahr zu erfüllende Investitionsabsicht geknüpft. Eine Absicht ließe sich nur durch eine Prognose der Investitionstätigkeit auf der Grundlage objektivierter wirtschaftlicher Gegebenheiten überprüfen. Der Nachweis könne allerdings auch anders als durch eine verbindliche Bestellung der wesentlichen Betriebsgrundlagen erbracht werden. Bestehe aber lediglich eine vage Investitionsplanung ohne konkreten Investitionsentschluss, fehle es an einer hinreichenden Investitionsabsicht. Daran ändere auch die spätere Anschaffung innerhalb der dreijährigen Investitionsfrist nichts. So sei zu vermuten, dass der Anwalt im Jahr 2008 nur den Markt beobachtet habe. Allein aus dem Angebot des Jahres 2008 - zudem für eine abweichende Anlage - könne nichts anderes geschlossen werden.

### **Konsequenz**

Weil der Betrieb der Photovoltaikanlage einen Gewerbebetrieb darstellt, kann kein Zusammenhang mit der Vermietungstätigkeit hergestellt werden. Es gelten damit strengere Anforderungen an den Nachweis der Investitionsabsicht.

## **6. Ist die Doppelbelastung mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer zulässig?**

### **Rechtslage**

Das Umsatzsteuergesetz (UStG) sieht eine Befreiung für Umsätze vor, die unter das Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) fallen. Wer nun glaubt, dass dies eine Doppelbelastung von Umsatz- und Grunderwerbsteuer ausschließt, der irrt, zumindest bisher. Die Sachlage kann sich nämlich durch eine neues Verfahren vor dem Bundesfinanzhof (BFH) ändern. Nach der Rechtsprechung des BFH können unter bestimmten Voraussetzungen der Kauf eines Grundstückes sowie der Vertrag über dessen Bebauung als einheitliches Vertragswerk qualifiziert werden. Dies hat zur Folge, dass nicht nur der Erwerb des Grundstückes der Grunderwerbsteuer unterliegt, sondern auch die Baukosten inklusive die darin enthaltene Umsatzsteuer. Einen Widerspruch zur der o. g. Steuerbefreiung sieht der BFH nicht.

### **Sachverhalt**

Die Kläger, ein Ehepaar, schlossen im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss eines notariellen Kaufvertrags über ein unbebautes Grundstück einen Bauvertrag zwecks Errichtung einer Doppelhaushälfte ab. Das Finanzamt stellte fest, dass neben dem Bauträger noch ein Baubetreuungsunternehmen in die Bauplanung involviert war. Letzteres hatte wiederum die Erlaubnis des Veräußerers des Grundstückes, dieses anzubieten. Aufgrund dieser Verflechtungen wertete das Finanzamt Grundstückskauf- und Bauvertrag als einheitliches Vertragswerk. Als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer zog es den Kaufpreis des Grundstückes und die Baukosten heran. Hiergegen klagte das Ehepaar.

**Entscheidung**

Das Niedersächsische Finanzgericht hält die Festsetzung von Grunderwerbsteuer auf Basis der Baukosten für rechtswidrig. Der der Festsetzung zugrunde liegenden Rechtsprechung des BFH folgt das FG nicht, da es diese u. a. als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht wertet.

**Konsequenz**

Das Finanzgericht hat die Revision zugelassen. Das Urteil des BFH ist abzuwarten. Bis dahin sollten entsprechende Veranlagungen bzw. Verfahren unter Verweis auf das anhängige Verfahren offen gehalten werden.

**7. Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe****Kernaussage**

Wer Steuern hinterzieht, wird nach dem Gesetz mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. In besonders schweren Fällen, z. B. wenn der Steuerpflichtige in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt hat, kann die Freiheitsstrafe sogar bis zu zehn Jahre betragen. Der Bundesgerichtshof entschied dazu kürzlich, dass bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe zukünftig keine Bewährungsstrafe mehr in Betracht kommt.

**Sachverhalt**

Der angeklagte Steuerpflichtige war 2001 Mitgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Diese und eine weitere Gesellschaft verkaufte er an eine AG für 80 Mio. DM. Zusätzlich zum gezahlten Kaufpreis erhielt er Aktien der AG im Wert von 7,2 Mio. DM als Gegenleistung dafür, dass er der AG den Kauf auch der anderen Gesellschaftsanteile ermöglicht hatte. Dieses Aktienpaket deklarierte er in seiner Einkommensteuererklärung wahrheitswidrig als weiteres Kaufpreiselement. Dadurch erlangte er die günstigere Versteuerung nach dem damals geltenden Halbeinkünfteverfahren für Veräußerungserlöse, so dass für das Jahr 2002 Einkommensteuer in Höhe von mehr als 890.000 EUR verkürzt wurde. Der Angeklagte war auch nach der Veräußerung weiter Geschäftsführer der GmbH, wofür ihm 2006 auch Tantiemen in Höhe von mehr als 570.000 EUR zustanden. Um die dafür zu entrichtende Lohnsteuer zu hinterziehen, veranlasste er - als "Gegenleistung" für einen "Verzicht" auf die Tantiemen - deren "Schenkung" an seine Ehefrau und seine Kinder unter Fertigung falscher Unterlagen. Die an sich fällige Lohnsteuer wurde dadurch in Höhe von 240.000 EUR verkürzt. Insgesamt wurden mehr als 1,1 Mio. EUR Steuern hinterzogen. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten zu zwei Jahren Freiheitsstrafe auf Bewährung.

**Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) wollte diese Milde nicht walten lassen und hob die Bewährungsstrafe auf. Zwar nahm das Landgericht richtigerweise in beiden Fällen einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung an. Die Strafzumessung des Landgerichts war aber fehlerhaft, denn gewichtige Gesichtspunkte (z. B. das Zusammenwirken mit dem Steuerberater beim Erstellen manipulierter Unterlagen) blieben bei der Strafzumessung außer Betracht, wurden also mildernd berücksichtigt. Das Landgericht hatte sich offenbar rechtsfehlerhaft von der Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung leiten lassen. Bei einer Steuerhinterziehung im großen Ausmaß, d. h. in Millionenhöhe, kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe (von im Höchstmaß zwei Jahren) aber nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht; solche hatte das Landgericht hier nicht ausreichend dargetan.

**Konsequenz**

Das Urteil zeigt deutlich die Tendenz des BGH, Steuersünder künftig härter zu bestrafen. Bei Steuerhinterziehungen in Millionenhöhe und Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe sind Revisionen mit dem Ziel der Erreichung einer Bewährungsstrafe wohl in Zukunft als wenig aussichtsreich einzustufen. Es sei denn, es greifen besondere Milderungsgründe, wie z. B. ein im Wesentlichen steuerehrliches Verhalten des Täters im Tatzeitraum oder vor der Tat. Bedeutsam ist daher das Verhältnis der verkürzten zu den gezahlten Steuern. Auch ein frühzeitiges Geständnis, verbunden mit der Nachzahlung verkürzter Steuern kann strafmildernd wirken.

**8. (Nur) Hälfziger Betriebsausgabenabzug im Rahmen einer Betriebsaufspaltung****Kernproblem**

Überlässt eine Besitzgesellschaft wesentliche Betriebsgrundlagen (z. B. Grundbesitz) an eine

Betriebsgesellschaft und verfügen die an den beiden Gesellschaften beteiligten Personen über einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen, liegt regelmäßig eine Betriebsaufspaltung vor. Verzichtet nun die Besitzgesellschaft auf ihre Pachteinnahmen gegenüber der Betriebsgesellschaft, stellt sich die Frage, wie die in Zusammenhang mit dem verpachteten Betriebsvermögen stehenden Aufwendungen steuerlich zu behandeln sind. Hierüber hatte nunmehr das Finanzgericht Münster zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Der inzwischen verstorbene Ehemann der Klägerin verpachtete im Rahmen einer Betriebsaufspaltung Anlagevermögen an eine GmbH, deren Mehrheitsgesellschafter er war. Aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der GmbH verzichtete er ab 2002 vorübergehend auf die Zahlung des Pachtentgelts. Im Fall der Besserung der wirtschaftlichen Lage der GmbH sollte die Forderung wieder aufleben. Eine entsprechende Forderung buchte die Besitzgesellschaft indes nicht ein. Nach Auffassung des Finanzamts steht der Verzicht auf die Pachteinnahmen im mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit zukünftigen Gewinnausschüttungen der GmbH. Es gelte daher das Halbabzugsverbot des Einkommensteuergesetzes, so dass die mit den verpachteten Gegenständen zusammenhängenden Aufwendungen nur hälftig zu berücksichtigen seien. Das Finanzgericht Münster wies die Klage, mit der die Klägerin den vollen Betriebsausgabenabzug begehrte, ab.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung der Richter ist der Verzicht auf die Pachteinnahmen gesellschaftlich veranlasst, da dadurch der Gewinn der GmbH und damit ihre finanzielle Ausstattung für eine Gewinnausschüttung erhöht wird. Eine Ausnahme gelte lediglich für den Fall, dass der Pachtverzicht einem Fremdvergleich standhalte. Dieser Nachweis konnte vorliegend insbesondere deshalb nicht erbracht werden, weil das Besitzunternehmen keine Forderungen in ihren Bilanzen ausgewiesen und damit die Besserungsklausel nicht umgesetzt habe. Ein fremder Dritter hätte auch keinen Verzicht ausgesprochen, ohne zu wissen, in welcher Höhe er später mit Nachzahlungen rechnen könne.

### **Konsequenz**

Das Urteil steht in Einklang mit Entscheidungen anderer Finanzgerichte. Es entspricht auch der von der Finanzverwaltung vertretenen und mit Schreiben vom November 2010 veröffentlichten Auffassung. Da die Frage allerdings bislang höchstichterlich nicht entschieden ist, hat das Finanzgericht die Revision beim Bundesfinanzhof (BFH) zugelassen.

## **9. Keine erweiterte Gewerbesteuerkürzung bei Betrieb einer Photovoltaikanlage**

### **Kernproblem**

Die ausschließliche Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes durch eine natürliche Person oder Personengesellschaft stellt keinen Gewerbebetrieb dar, mit der Folge, dass auch keine Gewerbesteuerpflicht besteht. Etwas anderes gilt, wenn die Grundstücksverwaltung durch eine Kapitalgesellschaft erfolgt, da diese bereits kraft ihrer Rechtsform als Gewerbebetrieb gilt. Zur Vermeidung dieser gewerbesteuerlichen Schlechterstellung, sieht das Gewerbesteuergesetz eine Kürzung des Gewerbeertrags um den Teil, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt, vor. Voraussetzung ist allerdings, dass die Kapitalgesellschaft "ausschließlich" einer entsprechenden begünstigten Tätigkeit nachgeht. Das Berliner Finanzgericht (FG) hatte aktuell zu entscheiden, ob der Betrieb von Photovoltaikanlagen auf den Dächern der vermieteten Objekte der gewerbesteuerlichen Begünstigung entgegensteht.

### **Sachverhalt**

Die Steuerpflichtige war Eigentümerin mehrerer bebauter Grundstücke, die sie an Gewerbetreibende vermietete. Auf den Dächern ließ sie zwei Photovoltaikanlagen errichten. Der hieraus erzielte Strom wurde entgeltlich ins Stromnetz eingespeist. Im Anschluss an eine Betriebsprüfung vertrat die Finanzverwaltung die Auffassung, dass der Betrieb der Photovoltaikanlage eine schädliche gewerbliche Tätigkeit darstelle, die dem genannten "Ausschließlichkeitsgebot" widerspreche. Die gewerbesteuerliche Begünstigung wurde entsprechend verwehrt. Die hiergegen gerichtete Klage beim FG Berlin-Brandenburg blieb erfolglos.

### **Entscheidung**

In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung qualifiziert das FG den Betrieb einer

Photovoltaikanlage als Gewerbebetrieb, auch wenn die Stromlieferung nur an einen einzigen Stromerzeuger erfolgt. Diese Tätigkeit stelle auch kein unschädliches Nebengeschäft dar, die dem Begriff der Grundstücksverwaltung zuzurechnen sei. Dem Ausschließlichkeitsgebot wurde somit nicht entsprochen. Unerheblich sei, dass die Einnahmen der Steuerpflichtigen nur zu 5 % aus der Stromeinspeisung stammten. Offen gelassen hat das Gericht allerdings, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn das klagende Unternehmen den durch die Photovoltaikanlagen produzierten Strom ausschließlich für den eigenen Grundbesitz genutzt hätte.

### **Konsequenz**

Die Revision beim Bundesfinanzhof wurde zugelassen, jedoch erscheinen die Erfolgsaussichten begrenzt. Ungeachtet dessen empfiehlt es sich in der Praxis, die Photovoltaikanlage im Rahmen eines gesonderten Betriebs zu führen, um unliebsame steuerliche Überraschungen wie im vorliegenden Fall zu vermeiden.

## **10. Entfernungspauschale umfasst auch die 2. tägliche Fahrt zur Arbeit**

### **Kernproblem**

Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte werden mit der Entfernungspauschale abgegolten. Zur Abgeltung ist für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die regelmäßige Arbeitsstätte aufsucht, eine Pauschale von 30 Cent je vollen Entfernungskilometer anzusetzen. Das Gesetz sieht darüber hinaus keine zusätzliche Vergünstigung vor, wenn die Arbeitsstätte mehrfach täglich aufgesucht werden muss. Das war bis zum Jahr 2000 anders. Die damalige Regelung begünstigte auch weitere tägliche Fahrten, soweit sie durch einen zusätzlichen Arbeitseinsatz außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit oder durch eine Arbeitszeitunterbrechung von mindestens 4 Stunden veranlasst waren. Ein im Theater beschäftigter Chorsänger fühlte sich durch die jetzige Regelung zur Entfernungspauschale in seinen Grundrechten verletzt und klagte vor dem Finanzgericht.

### **Sachverhalt**

Der Chorsänger hatte in den Streitjahren überwiegend (im Durchschnitt 166 Tage jährlich) zweimal täglich von zu Hause aus das Theater aufsuchen müssen, da er nach dem Arbeitsvertrag sowohl an den Proben als auch an den Aufführungen teilnehmen musste. Nach der früheren Regelung hätten die Voraussetzungen eines zusätzlichen Werbungskostenabzugs vorgelegen, denn die Pause zwischen Proben und Aufführungen betrug mindestens vier Stunden. Das Finanzamt lehnte den Ansatz der "Doppelfahrten" ab. Der Sänger sah hierin einen Verstoß gegen das Netto-Prinzip und sah sich bei seiner Klage durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegen das Werkstorprinzip gestärkt.

### **Entscheidung**

Das Hessische Finanzgericht beließ es bei der Abgeltung durch "einfache" Entfernungspauschale. Zwar läge nach eine Ungleichbehandlung zu solchen Arbeitnehmern vor, die trotz geringeren Aufwands für die Fahrten zur Arbeitsstätte ebenfalls die volle Entfernungspauschale erhielten, und auch das objektive Nettoprinzip sei durchbrochen. Die Richter tolerierten das jedoch im Interesse eines vereinfachten Steuerverfahrens und sahen keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung, weil es sich bei Mehrfachfahrten um untypische Sachverhalte handele. Hier stehe dem Gesetzgeber ein Typisierungsspielraum zu, in dessen Rahmen er sich auch bewegt habe. So hätte die bis zum Jahr 2000 geltende Regelung häufig zu zeitintensiven und aufwendigen Prüfungen geführt.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist zwar noch nicht rechtskräftig. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat allerdings bereits früher bei einem Opernsänger die "einfache" Entfernungspauschale toleriert (ebenso das FG Sachsen-Anhalt - auch ein Opernsänger - und das FG Münster bei einem Verkäufer). Wenn kein Umdenkprozess beim BFH stattfindet, ist leider keine andere Entscheidung zu erwarten. Dies trifft dann nicht nur die offensichtlich verstärkt streitsuchenden Sänger, sondern insbesondere Berufsgruppen im Verkauf oder der Gastronomie.

## **11. Nachweis von Krankheitskosten unterliegt strengen Regeln**

### **Kernproblem**

Ändert sich eine langjährige Rechtsprechung zuungunsten der Finanzverwaltung, wird häufig der

Versuch unternommen, durch Gesetzesänderung den ursprünglichen Rechtszustand wieder herbeizuführen. Beispiele hierzu sind die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFH) zur steuerlichen Behandlung von Erstausbildungskosten bzw. des Erststudiums als Werbungskosten, zur Verneinung der Steuererstattungszinsen als Einnahmen aus Kapitalvermögen oder die Zulassung erleichterter Nachweispflichten zum Abzug von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen. Im letztgenannten Fall hatte der BFH im Jahr 2010 einen formalisierten Nachweis der medizinischen Notwendigkeit durch ein vorheriges amtsärztliches Attest mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung für nicht erforderlich gehalten. Das heilte der Gesetzgeber mit dem Steuervereinfachungsgesetz 2011 und führte den formalisierten Nachweis mit Wirkung für alle offenen Fälle ein. Es hat nicht lange gedauert, bis sich ein Finanzgericht mit der Verfassungsmäßigkeit dieser "Rückwirkung" auseinandersetzen musste.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall hatten Eltern ihren an Legasthenie leidenden Sohn auf Empfehlung eines Facharztes sowie des schulpsychologischen Dienstes in einem Internat untergebracht. Den von den Eltern für das Jahr 2007 beantragten Abzug der selbst getragenen Internatskosten sowie für Heimfahrten des Sohnes als außergewöhnliche Belastungen lehnte das Finanzamt mangels Nachweis durch ein vorher ausgestelltes amtsärztliches Attest ab. Hiergegen klagten die Eltern beim Finanzgericht Münster.

### **Entscheidung**

Die Finanzrichter wiesen die Klage mit Hinweis auf die neu eingeführte gesetzliche Forderung nach einem amtsärztlichen Attest bzw. einer Bescheinigung eines Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung ab. Die gesetzliche Rückwirkung tolerierten die Richter als "ausnahmsweise zulässig", denn der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung lediglich die Rechtslage vor Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung festgeschrieben. Ein schutzwürdiges Vertrauen der Eltern bestehe auch nicht, weil der BFH seine Rechtsprechung erst Ende 2010 geändert habe. Somit bestand nach Auffassung der Richter für die Eltern im Streitjahr 2007 kein Anlass zu der Annahme, dass sie die streitigen Aufwendungen anders - als durch Vorlage eines amtsärztlichen Attestes - nachweisen könnten.

### **Konsequenz**

Das Gericht hat die Revision beim BFH zugelassen. Sollte diese eingelegt werden, bietet sich in vergleichbaren Fällen die Möglichkeit, durch Einspruch und Antrag auf ein Ruhen des Verfahrens von einem positiven Ausgang zu profitieren.

## 12. **Beschwerde gegen die Insolvenzverfahrenseröffnung nach Eigenantrag?**

### **Kernaussage**

Ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person (Privatperson oder z. B. Gesellschaft) wird nur auf schriftlichen Antrag eröffnet. Antragsberechtigt sind der Schuldner selbst und dessen Gläubiger. Gegen die, auf Antrag eines Gläubigers erfolgte Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Schuldner Beschwerde einlegen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte hierzu aktuell zu entscheiden, ob eine Beschwerde des Schuldners auch dann zulässig ist, wenn der Eröffnungsgrund (Zahlungsunfähigkeit) nachträglich beseitigt wird und neben dem Antrag eines Gläubigers auch ein Eigenantrag des Schuldners existiert.

### **Sachverhalt**

Eine Krankenkasse stellte gegen den Schuldner, einen Rechtsanwalt, wegen rückständiger Sozialversicherungsbeiträge einen Insolvenzantrag. Der Rechtsanwalt beantragte daraufhin ebenfalls die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Kurz nach Verfahrenseröffnung durch das Amtsgericht wurden die Beitragsrückstände beglichen; die Krankenkasse und der Rechtsanwalt nahmen jeweils ihre Eröffnungsanträge zurück. Die von dem Rechtsanwalt sodann gegen die Eröffnung eingelegte Beschwerde wurde von allen Instanzen als unzulässig verworfen.

### **Entscheidung**

Wird das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eröffnet, steht ihm gegen diese Entscheidung grundsätzlich kein Beschwerderecht zu, auch dann nicht, wenn neben dem Schuldner ein Gläubiger einen Eröffnungsantrag gestellt hat. So war es auch hier: der Rechtsanwalt war durch den Eröffnungsbeschluss nicht beschwert. Über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das

Vermögen eines Schuldners kann, wenn mehrere Anträge gestellt sind, nur einheitlich entschieden werden; die Insolvenzanträge sind miteinander zu verbinden. Infolge der Verbindung beruht die Eröffnung auch auf dem Antrag des Schuldners. Vorliegend war nicht ersichtlich, dass der Rechtsanwalt das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit durch eine Veränderung der Umstände zwischen Stellung des Eigenantrags und der Verfahrenseröffnung in Frage stellen wollte. Weil der Anwalt selbst einen Eröffnungsantrag gestellt hatte, konnte er sich allenfalls auf einen späteren Wegfall des Eröffnungsgrundes berufen. Er konnte indes nicht geltend machen, es habe von Anfang an kein Eröffnungsgrund vorgelegen. Sind die Eröffnungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung gegeben, kann diese nicht durch den nachträglichen Ausgleich der Forderung des Gläubigers zu Fall gebracht werden.

#### **Konsequenz**

Ein bloßer Sinneswandel des Schuldners nach Antragstellung, der nicht zur Rücknahme des Insolvenzantrags vor der Verfahrenseröffnung geführt hat, begründet keine Beschwer.

### **13. Wann sind Steuern "in großem Ausmaß" hinterzogen?**

#### **Kernaussage**

Wer Steuern hinterzieht und dabei einen "besonders schweren Fall" verwirklicht, dem droht eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren. Eine Geldstrafe kommt daher bei Steuerverkürzungen im großen Ausmaß nicht mehr in Betracht. Der Bundesgerichtshof (BGH) nahm nun in einem jüngeren Urteil zur Wertgrenze des Merkmals "in großem Ausmaß" beim Griff in die Staatskasse Stellung.

#### **Sachverhalt**

Vor dem Landgericht war der Angeklagte wegen Steuerhinterziehung verurteilt worden. Trotz Revision ließ der BGH das Urteil bestehen, korrigierte jedoch die Ansicht des Landgerichts, die Grenze der Steuerhinterziehung "im großen Ausmaß" sei stets erst bei einer Verkürzung von 100.000 EUR überschritten. Zudem erteilte der BGH der landgerichtlichen Auffassung, es mache für das Vorliegen einer Steuerhinterziehung in großem Ausmaß einen Unterschied, ob ein durch die Tat erlangtes (scheinbares) Steuerguthaben ausgezahlt oder aber mit anderen Steuerschulden verrechnet werde, eine klare Absage.

#### **Entscheidung**

Das gesetzliche Merkmal der Steuerhinterziehung "im großen Ausmaß" bestimmt sich nach objektiven Maßstäben. Es liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 EUR übersteigt. Diese Betragsgrenze kommt dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von so genannten Serviceunternehmen ("Griff in die Kasse"). Bei Überschreiten der Wertgrenze ist das Merkmal erfüllt. Lässt der Täter dagegen lediglich die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis und führt dies nur zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum "großen Ausmaß" bei 100.000 EUR. Dasselbe gilt, wenn der Steuerpflichtige zwar eine Steuerhinterziehung durch aktives Tun begeht, indem er eine unvollständige Steuererklärung abgibt, er dabei aber lediglich steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze verschweigt und allein dadurch eine Gefährdung des Steueranspruchs herbeiführt. Täuscht der Täter allerdings steuermindernde Umstände vor, indem er z. B. tatsächlich nicht vorhandene Betriebsausgaben vortäuscht oder nicht bestehende Vorsteuerbeträge geltend macht, bleibt es für das gesetzliche Merkmal "in großem Ausmaß" bei der Wertgrenze von 50.000 EUR. Denn in einem solchen Fall beschränkt sich das Verhalten des Täters nicht darauf, den bestehenden Steueranspruch durch bloßes Verschweigen von Einkünften oder Umsätzen zu gefährden. Vielmehr unternimmt er einen "Griff in die Staatskasse", weil die Tat zu einer Erstattung eines (tatsächlich nicht bestehenden) Steuerguthabens oder zum (scheinbaren) Erlöschen einer bestehenden Steuerforderung führen soll.

#### **Konsequenz**

Eine nachträgliche "Schadenswiedergutmachung" hat für die Frage, ob eine Steuerhinterziehung "in großem Ausmaß" vorliegt, keine Bedeutung. Die Höhe des auf Dauer beim Fiskus verbleibenden "Steuerschadens" ist ein Umstand, der nur als Erwägung in die Strafzumessung einbezogen werden kann.

#### 14. Entfernungspauschale für offensichtlich verkehrsgünstigere Verbindung?

##### **Kernproblem**

Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte werden mit der Entfernungspauschale abgegolten. Für die Bestimmung der Entfernung ist die kürzeste Straßenverbindung maßgebend. Eine längere Straßenverbindung kann zugrunde gelegt werden, wenn diese offensichtlich verkehrsgünstiger ist und vom Arbeitnehmer regelmäßig benutzt wird. In diesen an sich eindeutigen Gesetzestext werden sowohl einschränkende als auch erweiternde Regelungen hineininterpretiert, wenn einmal nicht die kürzeste Entfernung in der Einkommensteuererklärung zum Ansatz kommen soll. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat hier mit zwei Entscheidungen für Klarheit gesorgt.

##### **Sachverhalt**

In dem einen Streitfall hatte das Finanzamt mit Billigung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz eine tatsächlich genutzte längere verkehrsgünstigere Strecke nicht anerkannt, weil eine willkürlich verlangte Fahrtzeitverkürzung von mindestens zwanzig Minuten nicht erreicht wurde. Dagegen hatte das Finanzgericht Düsseldorf sogar eine längere Strecke toleriert, die den Finanzrichtern zwar offensichtlich verkehrsgünstiger erschien, aber tatsächlich nicht benutzt wurde.

##### **Entscheidung**

Es liegt nahe, dass der BFH nur einen der beiden Fälle zugunsten der Steuerzahler entscheiden konnte. Den Streit verloren hat der Arbeitnehmer mit "fiktiver Umwegstrecke". Hier haben die Richter klargestellt, dass nur eine tatsächlich zurückgelegte Strecke in Betracht kommt. Der Ansatz einer bloß möglichen, aber vom Steuerpflichtigen nicht benutzten Straßenverbindung scheidet kategorisch aus. Dagegen trat der BFH dem Verlangen nach einer mindestens zwanzigminütigen Zeitersparnis entgegen. Hier seien vielmehr alle Umstände des Einzelfalls, wie z. B. die Streckenführung, die Schaltung von Ampeln o. ä. in die Beurteilung einzubeziehen. Eine Straßenverbindung könne auch dann "offensichtlich verkehrsgünstiger" sein, wenn bei ihrer Benutzung nur eine geringe Zeitersparnis zu erwarten sei.

##### **Konsequenz**

Zu Recht weist der BFH in seiner Urteilsbegründung darauf hin, dass die Forderung nach einer zwanzigminütigen Zeitersparnis die Erweiterungsmöglichkeit für Arbeitnehmer mit insgesamt geringerer Fahrzeit zur Arbeit komplett ausschließen würde. Dagegen sieht er jedoch in einer geringfügigen Verkürzung von unter 10 % keinen ausschlaggebenden Anreiz für die Wahl einer abweichenden Route. Die 10 %-Grenze sollte daher als Anhaltspunkt dienen und eingehalten werden, um am Ende erfolgreich argumentieren zu können.

#### 15. Berechnung der Schadensersatzhöhe bei anrechenbaren Steuervorteilen

##### **Kernaussage**

Nimmt eine Partei die andere auf Zahlung von Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung bei einer Fondsbeteiligung in Anspruch, ergibt sich der Schadensersatzumfang aus dem Gesetz. Der Geschädigte kann vom Schädiger verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er die Beteiligung nicht gezeichnet. Er hat also grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung der von ihm geleisteten Bareinlage nebst Agio gegen Rückübertragung der Beteiligung. Dazu entschied das Frankfurter Oberlandesgericht nun, dass dabei eine Anrechnung von Steuervorteilen im Einzelfall angezeigt sein kann.

##### **Sachverhalt**

Im Rahmen einer auf Falschberatung im Zusammenhang mit einer Fondsbeteiligung gestützten Schadensersatzklage hatte das erstinstanzliche Landgericht den beklagten Berater zur Rückzahlung der Einlage nebst Agio und Verzugszinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung der Beteiligung. Das Gericht war hierbei der Ansicht, dass Steuervorteile nicht im Wege der Vorteilsausgleichung in Ansatz zu bringen seien, da die Schadensersatzleistung selbst zu versteuern sei. Der Beklagte war anderer Auffassung: der Kläger müsse sich die gezogenen Steuervorteile anrechnen lassen. Dass die nach Abzug der Steuervorteile verbleibende Schadensersatzleistung zu versteuern sei, sei ein zukünftiger Nachteil, den der Kläger über einen Feststellungsantrag abfangen könne, der aber für die Berechnung

des Zahlungsantrags außer Betracht zu bleiben habe. Das Oberlandesgericht teilte schließlich die Ansicht des Beraters zur Vorteilsanrechnung.

### **Entscheidung**

Zwar hatte die Vorinstanz zu Recht eine Schadensersatzpflicht des Beraters wegen einer Aufklärungspflichtverletzung bejaht. Ausnahmsweise war aber eine Anrechnung von Steuervorteilen vorzunehmen, auch wenn diese grundsätzlich selbst dann außer Betracht bleiben muss, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs ihrerseits zu einer Besteuerung die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schädiger Umstände darlegt, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben oder er gar Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen. So auch hier: bedingt durch die Fondsstruktur erhielt der Anleger für 2002 eine Verlustzuweisung, die selbst nach der Korrektur durch das Finanzamt noch ca. 92,02 % der Nominaleinlage betrug, während als Anlagebetrag nur 55 % der Einlage zzgl. 3 % Agio zu leisten waren. Es standen somit anfängliche Verlustzuweisungen von 23.004 EUR einer tatsächlichen Einlageleistung von nur 14.500 EUR inklusive Agio gegenüber. Damit war von außergewöhnlichen Vorteilen auszugehen.

### **Konsequenz**

Das Urteil überzeugt, denn die das zu versteuernde Einkommen senkenden Verlustzuweisungen und die das zu versteuernde Einkommen erhöhende Schadensersatzleistung sollen sich in etwa die Waage halten. Überschreiten die Verlustzuweisungen bezogen auf den Anlagebetrag die 100 %-Grenze, eröffnet dies die Möglichkeit für etwaige dem Anleger abweichend vom Regelfall billigerweise auf die Entschädigungsleistung anzurechnenden außergewöhnlichen Steuervorteile.

## **16. Anrechnung nicht festgesetzter Steuer nach Verjährung korrigierbar?**

### **Kernaussage**

Das Finanzamt kann versehentlich zu viel angerechnete und an der Steuerpflichtigen erstattete Lohnsteuer nicht mehr zurückfordern, wenn seit dem Erlass des Einkommensteuerbescheides mehr als 5 Jahre vergangen sind. Zu diesem Zeitpunkt entsteht nämlich der Rückforderungsanspruch, der der 5-jährigen Zahlungsverjährungsfrist unterliegt. Auf den Zeitpunkt der Änderung der Anrechnungsverfügung kommt es nicht an, denn diese ist ein bloß bestätigender Verwaltungsakt, der keine zusätzlichen Ansprüche begründet.

### **Sachverhalt**

Die Kläger sind für das Jahr 1997 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt worden. Den ursprünglichen Steuerbescheid hatte das Finanzamt 2002 nach einem Einspruchsverfahren geändert und in diesem Zusammenhang eine Anrechnungsverfügung erlassen, die aufgrund eines Eingabefehlers die für die Kläger einbehaltende Lohnsteuer um das zehnfache zu hoch ausrechnete. Dies führte zu einer Rückerstattung an die Kläger in Höhe von 85.000 EUR, die die Kläger stillschweigend vereinnahmten. In 2008 erkannte das Finanzamt seinen Fehler, korrigierte die Anrechnungsverfügung und forderte die Kläger als Gesamtschuldner auf, die zu Unrecht erstatteten Steuern nebst Zinsen zurück zu zahlen. Hiergegen richtet sich die Klage, die vom Finanzgericht abgewiesen wurde.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) gab den Klägern Recht, denn der Rückforderungsanspruch hat seine Grundlage in dem Steuerfestsetzungsbescheid. Sind seit Erlass des Steuerbescheides 5 Jahre abgelaufen, tritt Verjährung ein, denn nach Ablauf dieser Frist soll Rechtssicherheit darüber eintreten, was der Steuerpflichtige aufgrund der ergangenen Steuerfestsetzung noch zu zahlen hat bzw. was an ihn erstattet wird. Nach Ablauf dieser Frist kann weder das Finanzamt Zahlungsansprüche geltend machen, noch kann der Steuerpflichtige verlangen, dass auf die festgesetzte Steuer nachträglich etwas angerechnet und erstattet wird. Auf den Zeitpunkt der Änderungsverfügung kommt es nicht an, zumal diese ein deklaratorischer, bloß bestätigender Verwaltungsakt ist, der keine über den Steuerfestsetzungsbescheid hinausgehenden Ansprüche begründet.

### **Konsequenz**

Dem BFH ist zuzustimmen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet, dass der

Rückforderungsanspruch des Finanzamts ebenso wie der Erstattungsanspruch des Steuerpflichtigen nach 5 Jahren, bezogen auf den Zeitpunkt des Erlasses des Steuerbescheides, verjährt. Würde auf die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Steuerfestsetzung abgestellt, liefe die Verjährungsfrist praktisch ins Leere.

## 17. Enge Voraussetzungen für Schadensersatzanspruch bei Mobbing

### Rechtslage

In Mobbingfällen stellt sich regelmäßig die Frage, inwieweit der mobbende Kollege oder sogar der Arbeitgeber gegenüber dem gemobbten Kollegen zum Schadensersatz und/oder zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verpflichtet ist. Dabei ist bereits unklar, wann die Grenze des Mobblings überschritten ist bzw. wann es sich nur um eine "normale" Auseinandersetzung handelt. Allein Einigkeit besteht darüber, dass Mobbing ein gezieltes und systematisches Verhalten über einen längeren Zeitraum hinweg voraussetzt. Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte zu den Voraussetzungen von Ansprüchen wegen Mobblings zu entscheiden.

### Sachverhalt

Der Kläger erhob über mehrere Jahre hinweg Mobbing-Vorwürfe gegen seinen unmittelbaren Vorgesetzten, der ihm bei der Bewerbung auf die Vorgesetztenstelle vorgezogen worden war. Zwischenzeitlich war der Kläger in psychiatrischer Behandlung und arbeitsunfähig. Eine zunächst wegen des Mobblings gegen den Arbeitgeber gerichtete Klage wurde im Verfahren durch Vergleich erledigt, der Kläger daraufhin im Betrieb versetzt. Im hier streitigen Verfahren machte er Schmerzensgeldansprüche gegen den mobbenden Vorgesetzten geltend, unterlag jedoch.

### Entscheidung

Zwar bestehe die grundsätzliche Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches, wenn ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen würde. Im Arbeitsleben übliche Konflikte seien aber, auch wenn sie über einen längeren Zeitraum hinweg andauerten, nicht geeignet, diese strengen Voraussetzungen zu erfüllen. Da im vorliegenden Fall lediglich arbeitstypische Auseinandersetzungen im Raum standen, fehlte es insbesondere an der mobbingtypischen Schaffung eines feindlichen Umfelds.

### Konsequenz

Die Entscheidung zeigt, welche, insbesondere im Hinblick auf Beweisfragen, verhältnismäßig hohen Hürden einem Schadensersatz wegen Mobblings im Wege stehen. Gerade die Systematik, mit der Mobbing erfolgen muss, wird regelmäßig schwer nachzuweisen sein.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Kein ermäßigter Steuersatz für Partyservice

#### Kernaussage

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte im Jahr 2011 Grundsätze zur Anwendung des ermäßigten Steuersatzes (7 %) bei der Lieferung von Speisen und Getränken aufgestellt. Demnach ist lediglich die Abgabe von standardisierten Speisen umsatzsteuerlich begünstigt, sofern keine weiteren Dienstleistungen erbracht werden. Auf Basis dieser Rechtsprechung hat sich nun der Bundesfinanzhof (BFH) in mehreren Verfahren mit der Thematik auseinandergesetzt, u. a. betraf dies einen Partyservice.

#### Sachverhalt

Die Klägerin betrieb einen Partyservice. Die bestellten Speisen lieferte sie in verschlossenen Warmhalteschalen aus. Bei Bedarf wurde auch Besteck, Personal u. ä. zur Verfügung gestellt. Das Finanzamt vertrat die Auffassung, dass die Speisenerlieferungen, soweit sie mit der Beistellung von Geschirr und Besteck, Stehtischen oder Personal verbunden waren, dem Regelsteuersatz (19 %) unterlägen. Im Einspruchsverfahren erzielten die Beteiligten Einvernehmen darüber, dass die Entgelte für die Speisenerlieferungen in den Fällen dem Regelsteuersatz zu unterwerfen seien, in denen die Klägerin auch Bedienungspersonal gestellt hatte. Im Übrigen blieben Einspruch und Klage gegen den Umsatzsteuer-Änderungsbescheid ohne Erfolg.

**Entscheidung**

Der BFH widersprach der Ansicht der Klägerin, sie liefere lediglich Standardspeisen. Pommes frites, Rostbratwürste u. ä. Speisen, die an einem Imbissstand feilgeboten werden, erfüllen diese Voraussetzungen, nicht jedoch ein Buffet für 70 Personen mit aufeinander abgestimmten Speisen, wie z. B. Forellenfilet mit Sahnemeerrettich oder Hähnchenschnitzel mit Fruchtspießen etc. Die Leistungen des Partyservices unterliegen daher dem Regelsteuersatz.

**Konsequenz**

Hatte der EuGH noch recht allgemein geurteilt, dass nur noch standardisierte Speisen begünstigt sind, so legt der BFH den Begriff der Standardspeise eng aus. Dies hat zur Folge, dass Standardspeisen offensichtlich nur Imbissstände o. ä. Einrichtungen liefern können, da sich ihr intellektueller sowie kreativer Einsatz bei Zubereitung der Speisen, nach Ansicht des BFH, auf ein Minimum beschränkt. Da diese Bedingungen i. d. R. bei der Abgabe von Speisen in Schulen, Alten- und Pflegeheimen sowie durch Partyservices nicht erfüllt sind, unterliegen diese dem Regelsteuersatz. Die Prüfung, ob zusätzliche Dienstleistungen erbracht werden, erübrigt sich dann. Die betroffenen Unternehmen müssen daher zum Regelsteuersatz abrechnen. Die Folge werden entweder Preiserhöhungen für die Kunden sein oder reduzierte Margen für die Unternehmer, falls diese die erhöhte Umsatzsteuer nicht überwälzen können. Darüber hinaus birgt die neue Rechtslage in vielen Fällen auch Risiken für die Vergangenheit, falls die Finanzverwaltung keine Übergangsregelung schafft. Eine entsprechende Stellungnahme steht allerdings noch aus.

**2. Gelangensbestätigung: Frist auf den 30.6.2012 verlängert****Kernaussage**

Mit Wirkung vom 1.1.2012 wurden die Nachweispflichten für innergemeinschaftliche Lieferungen erheblich verschärft. Zentrales Element der neuen Nachweise ist die Gelangensbestätigung, die die bisherigen Nachweise ersetzen soll. Der Entwurf eines erläuternden Schreibens des Bundesfinanzministeriums (BMF) zu den Neuregelungen stieß ebenso wie die grundsätzliche Regelung auf erhebliche Kritik der Unternehmen und Verbände.

**Neue Verwaltungsanweisung**

Aufgrund der berechtigten Kritik hat das BMF die bisher bis zum 31.3.2012 gültige Nichtbeanstandungsregelung bis auf den 30.6.2012 verlängert. Bis dahin können die Nachweise noch in der bis zum 31.12.2011 gültigen Form erbracht werden. Die Verlängerung der Frist gilt nur für den Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen. Die Frist zur Umsetzung der ebenfalls geänderten Nachweise für Ausfuhren in Drittländer wurde nicht verlängert, sie endet zum 31.3.2012.

**Konsequenzen**

Auch wenn die Fristverlängerung vorerst den Druck von den Unternehmen nimmt, so löst sie das grundlegende Problem nicht. Die Neuregelungen sind schlichtweg nicht praktikabel und behindern Lieferungen in die übrige EU. Für deutsche Unternehmen ergeben sich hierdurch Wettbewerbsnachteile, da in anderen Staaten der EU weniger restriktive Regelungen gelten. Deutsche Unternehmen hingegen müssen fürchten, auf der Umsatzsteuer sitzen zu bleiben, wenn die Gelangensbestätigung nicht erbracht werden kann. Dass dies problematisch ist zeigt sich z. B. an der Reaktion des Deutschen Speditions- und Logistikverbandes e. V. (DSLTV). Dieser rät seinen angeschlossenen Spediteuren nicht nur ab, sich zur Erbringung der Gelangensbestätigung zu verpflichten, er hat mittlerweile auch ein ausführliches Argumentationspapier hierzu veröffentlicht. Auch im Ausland stößt die Gelangensbestätigung nicht auf Akzeptanz. So warnt die Wirtschaftskammer Österreich ihre Spediteure ebenfalls vor der Einholung der Gelangensbestätigung. Unabhängig von den dargestellten Problemen und Widerständen müssen sich die Unternehmen auf die Neuregelung einstellen. Es ist nicht zu erwarten, dass das endgültige BMF-Schreiben eine grundsätzliche Erleichterung schafft, sofern die gesetzlichen Grundlagen unverändert bleiben.

**3. Haftung des ausscheidenden Gesellschafters als Scheingesellschafter****Rechtslage**

Der ausscheidende Gesellschafter einer Personengesellschaft haftet grundsätzlich für Verbindlichkeiten fort, die während seiner Mitgliedschaft begründet wurden (Altverbindlichkeiten), wenn für den Anspruch im Zeitpunkt des Ausscheidens der Rechtsgrund gelegt war. Bei

Dauerschuldverhältnissen genügt der Abschluss des Vertrags, solange die Vertragsidentität gewahrt ist. Eine Haftung kann überdies als Scheingesellschafter begründet werden, sofern der Gesellschafter nicht gegen den gesetzten Rechtsschein vorgeht.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger schloss im Jahr 2003 mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren Gesellschafterin auch die Beklagte war, einen Verwaltervertrag für ein von ihm vermietetes Wohnhaus. Die Vergütung leistete der Kläger monatlich per Dauerauftrag. Durch Gesellschafterbeschluss ist die Beklagte zum 30.9.2005 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Ihr Anteil ist dem weiteren Gesellschafter angewachsen, der die Geschäfte der GbR alleine fortsetzte. Im April 2006 wurde dem Kläger unter der Firma der GbR jeweils eine Rechnung für die Hausverwaltungstätigkeit 2005 und 2006 übermittelt. Aufgrund des irrigen Verständnisses des Klägers, überwies er zusätzlich zu den Zahlungen aus dem Dauerauftrag die ausgewiesenen Beträge, deren Rückzahlung er nun mit der Klage verlangt, aber zunächst erfolglos blieb.

#### **Entscheidung**

Der BGH gab dem Kläger schließlich doch Recht und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Eine Haftung für Altverbindlichkeiten liegt nicht vor, denn die Doppelzahlung begründet sich nicht in dem zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verwaltervertrag, sondern in dem irrigen Verständnis des Klägers über die Zahlungsverpflichtung. Dennoch könnte eine Haftung der GbR als Scheingesellschafterin begründet sein, wenn die Beklagte gegen den gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und ein Dritter sich auf den Rechtsschein verlassen hat. Wenn nach Außen eine Veränderung im Gesellschafterkreis nicht ersichtlich ist, muss sich der ausgeschiedene Gesellschafter nämlich so behandeln lassen, als bestehe der bisherige Rechtszustand fort. Die Vorinstanz hat nun zu ermitteln, welche zumutbaren Maßnahmen die Beklagte zur Zerstörung des Rechtsscheins vorgenommen hat.

#### **Konsequenz**

Die Haftung des Gesellschafters aus Rechtsscheingründen ist nicht zu vernachlässigen. Er hat aktiv zumutbare Maßnahmen zur Zerstörung des Rechtsscheins einzuleiten. Die Benachrichtigung von Vertragspartnern bei Dauerschuldverhältnissen ist grundsätzlich ratsam.

#### **4. Verlustabzugsverbot bei unterjährigem schädlichen Beteiligungserwerb**

##### **Kernproblem**

Nach dem Körperschaftsteuergesetz liegt ein so genannter schädlicher Beteiligungserwerb vor, wenn mehr als 25 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar übertragen werden. In diesem Fall "sind insoweit die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht ausgeglichenen oder abgezogenen negativen Einkünften (nicht genutzte Verluste) nicht mehr abziehbar". Die Finanzverwaltung vertritt hierzu die Auffassung, dass im Fall einer unterjährigen schädlichen Veräußerung ein bis zum Beteiligungserwerb erzielter Gewinn nicht mit einem auf den Schluss des Vorjahres festgestellten Verlustvortrag verrechnet werden kann. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat sich nunmehr mit dieser höchstrichterlich bisher noch nicht entschiedenen Rechtsfrage befasst.

##### **Sachverhalt**

Die klagende GmbH verfügte zum 31.12.2007 über einen Verlustvortrag von rund 60.000 EUR. Am 3.7.2008 veräußerte der bisherige Anteilseigner 50 % der Anteile, mit der Folge, dass ein bestehender Verlustvortrag grundsätzlich zu 50 % verloren ging. Da die GmbH im Veranlagungszeitraum 2008 jedoch einen steuerpflichtigen Gewinn von rund 163.000 EUR erzielte, von dem auch unstreitig 60.000 EUR auf den Zeitraum bis zum Tag der Anteilsübertragung entfielen, begehrte die GmbH eine Verrechnung dieses anteiligen Gewinns mit dem Verlustvortrag. Das veranlagende Finanzamt folgte dem nicht. Der BFH gab der hiergegen gerichteten Klage der GmbH statt.

##### **Entscheidung**

Der BFH ist der Auffassung, dass der Wortlaut der Vorschrift zwar nicht eindeutig sei. Lasse dieser aber beide Auslegungen zu, sei auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abzustellen. Die Vorschrift des Körperschaftsteuergesetzes soll laut der Gesetzesbegründung erreichen, dass die bis zum Zeitpunkt des Anteilseignerwechsels erzielten Verluste nicht in nachfolgenden Zeiträumen genutzt werden.

Diesem Zweck stehe es nicht entgegen, wenn die nachweislich bis zum Übertragungsstichtag entstandenen Gewinne mit dem bestehenden Verlustabzug verrechnet werden.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist zu begrüßen. Aus gestalterischer Sicht bietet es sich bei unterjähriger Anteilsveräußerung an, gezielt stille Reserven zu heben, um einen bestehenden Verlustvortrag aufzubrechen. Dies kann z. B. durch Veräußerung einzelner Wirtschaftsgüter oder deren Einbringung zu Teilwerten in eine Tochterpersonengesellschaft erfolgen. Aufgrund der zwischenzeitlich im Körperschaftsteuergesetz eingeführten Stille-Reserven-Klausel ist eine solche Gestaltung aber nur noch in Ausnahmefällen (etwa bei Vorliegen stiller Lasten) notwendig und sinnvoll.

## **5. Wie lange darf ein Arbeitgeber mit der Verdachtskündigung warten?**

### **Kernfrage**

Eine fristlose Kündigung kann auch auf den bloßen Verdacht einer Straftat gestützt werden (Verdachtskündigung). Allerdings muss in diesen Fällen ein ausreichender Tatverdacht vorliegen und nachgewiesen werden können. Angesichts der insoweit bestehenden Beweisschwierigkeiten wird der Arbeitgeber dahin tendieren, möglichst lange mit der Kündigung zu warten, um die Verdachtsmomente zu erhärten. Das Arbeitsgericht Mönchengladbach hat dazu entschieden, welchen Zeitraum dieses Zuwartens der Erhärtung des Tatverdachts der Arbeitgeber verstreichen lassen darf, bevor eine Verdachtskündigung - ähnlich wie eine fristlose Kündigung, die innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis vom Kündigungsgrund ausgesprochen sein muss - unwirksam ist.

### **Sachverhalt**

Die Kläger waren in der städtischen Grünpflege beschäftigt; sie hatten Arbeiten für Privatleute durchgeführt und dafür Geld erhalten. Hiervon erfuhr der Arbeitgeber im November 2011, kündigte jedoch erst im Dezember 2011. In den hierzu geführten Kündigungsschutzklagen räumten die Kläger zwar die Fremdarbeiten ein, erklärten jedoch, das Geld sei nicht Entlohnung, sondern Zuwendung aus Dank gewesen, die sie in die Kaffeekasse der Abteilung eingezahlt hätten.

### **Entscheidung**

Das Gericht gab den Klägern recht. Zwar habe mit den Privatarbeiten und der Annahme von Geld - gleich ob dieses in die Kaffeekasse gegangen sei - ein möglicher fristloser Kündigungsgrund vorgelegen. Im Falle des betroffenen Vorarbeiters wäre die fristlose Kündigung auch nach Abwägung aller Interessen wirksam gewesen. Allerdings habe der Arbeitgeber die Zwei-Wochen-Frist ab Kenntnis von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen nicht eingehalten. Diese gelte auch im Falle der Verdachtskündigung. Der Arbeitgeber habe schlicht zu lange ermittelt.

### **Konsequenz**

Die entscheidende Aussage der Entscheidung ist, dass die Zwei-Wochen-Frist der fristlosen Kündigung auch für Verdachtskündigungen gilt. Faktisch beginnt die Frist mit Entstehung des ersten Anfangsverdachts. Dies zeigt, wie insbesondere auch beweisschwierig Verdachtskündigungen sind. Die Alternative hätte darin bestanden, eine verhaltensbedingte Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auszusprechen.

## **6. Mehrarbeit muss grundsätzlich vergütet werden**

### **Rechtslage**

Die Vergütung von Überstunden ist regelmäßig Streitthema in Arbeitsverhältnissen. Dem Grunde nach galt der Grundsatz, dass Überstunden/Mehrarbeit in Freizeit auszugleichen ist. Nur in Ausnahmefällen oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn kein Freizeitausgleich mehr möglich war, galt eine Abgeltung in Geld. Das Bundesarbeitsgericht scheint diesen Grundsatz jetzt aufzugeben.

### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte während seiner Tätigkeit rd. 1.000 Überstunden angesammelt. Nach dem Arbeitsvertrag war eine 42-Stunden-Woche vereinbart und der Kläger verpflichtet, bei betrieblichen Erfordernissen ohne gesonderte Vergütung Überstunden zu leisten. Am Ende des Arbeitsverhältnisses klagte er auf Auszahlung der Überstunden der letzten drei noch nicht verjährten Jahre.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Kläger recht, weil der im Arbeitsvertrag enthaltene Ausschluss

einer Überstundenvergütung unwirksam sei. Zur Begründung führte das Bundesarbeitsgericht aus, dass der Kläger bei Beginn des Arbeitsverhältnisses nicht habe wissen können, was auf ihn zukomme und damit nicht gewusst habe, welche tatsächliche Arbeitsleistung mit dem Bruttogehalt abgegolten sein sollte. In Ermangelung einer wirksamen Vergütungsregelung sei die angemessene Vergütung für die Mehrarbeit zu zahlen. Dies gelte jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht wegen eines höheren Gehalts erkennen könne, dass Überstunden erwartet werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung bedeutet in ihrer Konsequenz, dass bei Niedrig- und Normalverdienern Überstunden in Geld auszahlen sind, wenn es keine wirksame vertragliche Abrede über die Überstunden/Mehrarbeit gibt. Dem Grunde nach sind solche Klauseln aber (noch) weiterhin zulässig. Darüber hinaus wird man mit Ausschlussfristen arbeiten müssen, um zu verhindern, dass der vollständige Regelverjährungszeitraum von drei Jahren ausgeschöpft werden kann.

## **7. Steuerpflichtige Beteiligungserträge bei Kapitalgesellschaften**

### **Kernproblem**

Erzielt eine Kapitalgesellschaft Erträge aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften oder aus Dividenden, so sind diese grundsätzlich zu 95 % steuerbefreit. Eine Ausnahme normiert das Körperschaftsteuergesetz für den Fall, dass die Kapitalgesellschaft als Finanzunternehmen qualifiziert und die Anteile mit der Absicht eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs erworben wurden. Die Ausnahmenvorschrift wurde lange Zeit weitgehend übersehen, ist aber seit einem Grundsatzurteil des Bundesfinanzhofs (BFH) aus dem Jahr 2009, wonach auch normale Familien- und Industrieholdinggesellschaften unter die Norm fallen können, in den Fokus der Beraterschaft gelangt. Nunmehr hat der BFH den Anwendungsbereich der Vorschrift weiter konkretisiert.

### **Sachverhalt**

Die klagende GmbH erwarb unter Stundung des Kaufpreises Aktien einer zunächst nicht börsennotierten AG. Nach zwischenzeitlich erfolgtem Börsengang veräußerte die GmbH die Aktien gut sechs Monate später. Erst im Anschluss an die Veräußerung erfolgte die buchhalterische Erfassung der Anteile unter dem Posten "Beteiligungen" im Anlagevermögen. Weitere nennenswerte Geschäfte tätigte die GmbH nicht. Das Finanzamt behandelte den Veräußerungsgewinn als voll steuerpflichtig. Klage und Revision der GmbH blieben erfolglos.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BFH bestehen keine Zweifel, die GmbH als Finanzunternehmen zu qualifizieren, da sie vorliegend ausschließlich finanzunternehmerische Tätigkeiten ausübte. Die Ausnahmenvorschrift im Körperschaftsteuergesetz erfasse auch jeglichen Umschlag von Anteilen, also auch Anteile an einer GmbH sowie einer nicht börsennotierten AG. Im Zeitpunkt des Erwerbs lag nach Auffassung der Richter auch die Absicht vor, einen kurzfristigen Handelserfolg zu erzielen. Aus der Erfassung der Anteile im Anlagevermögen ergebe sich tatsächlich keine entgegenstehende (indizielle) Bedeutung, wenn - wie im Streitfall - die Verbuchung nicht zeitnah mit dem Erwerb, sondern zeitlich erst nach der Veräußerung der Anteile erfolge.

### **Konsequenz**

Aufgrund der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BFH zur Ausnahmebestimmung ist davon auszugehen, dass die Prüfung einer voll steuerpflichtigen Beteiligungsveräußerung zukünftig vermehrt im Rahmen von Betriebsprüfungen aufgegriffen wird. Dies gilt vor allem in Fällen, in denen zwischen Erwerb und Veräußerung der Anteile ein Zeitraum von weniger als zwölf Monaten liegt. Dem Steuerpflichtigen steht jedoch die Möglichkeit offen, einen entsprechenden Gegenbeweis, z. B. durch Nachweis eines langfristigen Finanzierungskonzepts, anzutreten. In einem weiteren Urteil hat der BFH geklärt, dass generell auch vermögensverwaltende (Familien-)Gesellschaften in den Anwendungsbereich der körperschaftsteuerlichen Ausnahmenorm fallen (können). Damit kann die Vorschrift in der Praxis eine erhebliche Stolperfalle darstellen.

## **8. Frage nach Schwerbehinderung doch zulässig?**

### **Kernfrage**

Ob die Frage nach einer Schwerbehinderung im Vorstellungsgespräch zulässig ist, ist umstritten. Jedenfalls droht, wenn sie gestellt und der Bewerber nicht eingestellt wird, eine Inanspruchnahme auf

Schadensersatz wegen Diskriminierung. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Frage nach einer Schwerbehinderung im laufenden Arbeitsverhältnis generell zulässig sein kann. Auch insoweit war die Rechtslage bisher streitig. Unstreitig war nur, dass - wenn die Frage unzulässig war - hierauf wahrheitswidrig geantwortet werden durfte.

#### **Sachverhalt**

Der zu 80 % schwerbehinderte Kläger war befristet beim Arbeitgeber beschäftigt. Als über das Vermögen des arbeitgebenden Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, fragte der Insolvenzverwalter bei der Belegschaft deren soziale Rahmendaten ab, unter anderem das Vorliegen einer Schwerbehinderung unter Verwendung eines Fragebogens. Hier verneinte der Kläger wahrheitswidrig seine Schwerbehinderung. Als das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, machte der Insolvenzverwalter von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch und beendete das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger, der hiergegen Kündigungsschutzklage aus den besonderen Schutzgründen der Schwerbehinderung einlegte.

#### **Entscheidung**

Der Kläger unterlag vor dem BAG. Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte schütze den Kläger nicht, weil er die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig beantwortet habe. Die Frage nach der Schwerbehinderung sei im Vorfeld einer Kündigung, gerade wegen der bestehenden Schutzvorschriften für Schwerbehinderte zulässig. Anderenfalls könne der Arbeitgeber seinen Schutzpflichten nicht adäquat nachkommen. Dies gelte jedenfalls, wenn ein Arbeitsverhältnis sechs Monate bestehen würde und damit die besonderen Schutzmechanismen eingriffen. Eine Diskriminierung liege gerade nicht vor, weil sich der Arbeitnehmer widersprüchlich verhalten habe.

#### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung ist geklärt, dass nach einem sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis nach der Schwerbehinderung gefragt werden darf und die Frage wahrheitsgemäß zu beantworten ist; jedenfalls wenn Kündigungen im Raum stehen. Richtigerweise muss dies aber in allen Fällen gelten, in denen der Arbeitgeber um eine Schwerbehinderung wissen muss; dies schon deshalb, um die gesetzlichen Pflichten gegenüber Schwerbehinderten oder angesichts beschäftigter Schwerbehinderter (z. B. auch Schwerbehindertenabgabe) einhalten zu können.

### **9. Haftung bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH**

#### **Kernaussage**

Die GmbH ist eine beliebte Gesellschaftsform; sie eröffnet die Möglichkeit, die persönliche Haftung der Gesellschafter zu vermeiden, anstelle dessen haftet das Gesellschaftsvermögen. Die Rechtsprechung stellt hierbei die so genannte wirtschaftliche Neugründung einer GmbH der rechtlichen Gründung gleich. Unter den Begriff "wirtschaftliche Neugründung" fallen der Erwerb einer Vorrats-GmbH sowie einer (unternehmenslosen) Mantel-GmbH und die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebs durch eine bis dahin inaktive GmbH bei Identität der Gesellschafter. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat aktuell über die Haftung von Gesellschaftern einer GmbH entschieden, wenn diese eine still gelegte Gesellschaft wirtschaftlich neu gründen, die Neugründung aber gegenüber dem Registergericht nicht offenlegen.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer 1993 gegründeten GmbH, die Ende 2003 über keinerlei Aktiva mehr verfügte und keine Umsätze mehr tätigte. Daraufhin beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstands, verlegte den Gesellschaftssitz und bestellte eine neue Geschäftsführerin. Diese meldete die Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister an, ohne die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen, und nahm die Geschäfte entsprechend dem neuen Unternehmensgegenstand auf. Die Beklagte erwarb danach den einzigen Geschäftsanteil an der GmbH mit einem Nennbetrag von 50.000 DM zu einem sehr viel niedrigeren Preis. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beanspruchte der klagende Insolvenzverwalter erhebliche, zur Insolvenztabelle festgestellte Forderungsbeträge von der Beklagten als Erwerberin sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH und bekam zunächst Recht.

#### **Entscheidung**

Der BGH verwies die Sache jedoch zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurück. Bei der

Aufnahme der Geschäfte durch die GmbH mit geändertem Unternehmensgegenstand handelte es sich um eine wirtschaftliche Neugründung. In diesem Fall haften die Gesellschafter für die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des in der Satzung ausgewiesenen Stammkapitals (Unterbilanzhaftung). Außerdem ist die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen. Unklar war bisher, wie die Haftung ausgestaltet ist, wenn die erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterbleibt. Der BGH geht jedenfalls nicht davon aus, dass die Gesellschafter dann einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung unterliegen. Er entschied, dass es für eine etwaige Unterbilanzhaftung der Beklagten, die gegebenenfalls als Erwerberin des Geschäftsanteils haftet, darauf ankommt, ob im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung eine Deckungslücke zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem satzungsmäßigen Stammkapital bestand.

#### **Konsequenz**

Die Verwendung einer auf Vorrat gegründeten und die Wiederbelebung einer still gelegten GmbH führen nach wie vor zu erheblichen persönlichen Haftungsrisiken der Gesellschafter. Im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung ist die Hinzuziehung eines Beraters daher dringend zu empfehlen.

### 10. **Abgrenzung von Spenden und Zahlungen für Satzungszweck**

#### **Kernfrage**

Spenden an eine gemeinnützige Organisation mindern das zu versteuernde Einkommen des Spenders. Voraussetzung ist, dass die Spenden vom Steuerpflichtigen freiwillig und ohne Gegenleistung zur Förderung der gesetzlich festgelegten steuerbegünstigten Zwecke geleistet werden. Darf der Spendenabzug auch vorgenommen werden, wenn die eigene Satzung eine Spende an eine bestimmte gemeinnützige Organisation verpflichtend vorsieht?

#### **Sachverhalt**

Eine Stiftung betreibt eine öffentliche Sparkasse. Nach der Stiftungssatzung sind die in einem Jahr erzielten Überschüsse zunächst in einem bestimmten Umfang einer Sicherheitsrücklage zuzuführen. Der Rest ist an eine bestimmte, eindeutig definierte gemeinnützige Organisation zu überweisen oder als Mittelvortrag bei der Stiftung zu belassen. Ausnahmen hiervon bedürfen der behördlichen Genehmigung. Die Stiftung begehrt für die Zuwendungen an die gemeinnützige Organisation den Spendenabzug. Finanzamt und Finanzgericht lehnen dies ab.

#### **Entscheidung**

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs (BFH) mindern die Zahlungen das Einkommen der Stiftung nicht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegen keine so genannten Einkommensverteilungen im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes vor. Sie sind bei Stiftungen nicht möglich; Stiftungen sind Vermögensmassen, die weder über Gesellschafter noch Mitglieder verfügen. Der Spendenabzug ist ebenfalls zu verwehren. Die Stiftung hat ihre "Spenden" nicht freiwillig geleistet, sondern weil sie dazu nach ihrer Satzung verpflichtet ist.

#### **Konsequenzen**

Die Satzungen von Förderkörperschaften sollten im Hinblick auf eine Verpflichtung zu Abführung ihrer Mittel an eine bestimmte gemeinnützige Organisation durchgesehen werden. Ob gleichwohl Änderungsbedarf besteht, erfordert die Betrachtung des Einzelfalles. Der vorliegende Sachverhalt weist insoweit eine Besonderheit auf, als die Stiftung als Förderkörperschaft selbst nicht gemeinnützig ist.

### 11. **Gewinnerhöhende Auflösung von Verbindlichkeiten bei qualifiziertem Rangrücktritt**

#### **Kernproblem**

Bis zum Inkrafttreten der GmbH-Rechtsreform im Jahr 2008 war die Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts ein häufig gewähltes Gestaltungsmittel, um die Überschuldung einer Gesellschaft im Sinne der Insolvenzordnung und die hieraus für den Geschäftsführer resultierende Insolvenzantragspflicht zu vermeiden. Der qualifizierte Rangrücktritt zeichnet sich dadurch aus, dass eine Forderung nicht nur im Rang hinter die Forderungen anderer Gläubiger zurücktritt, sondern zusätzlich - für die Dauer der Krise - nur zugleich mit den Einlagenrückgewähransprüchen der Gesellschafter getilgt werden darf. Vom Bundesfinanzhof (BFH) war nunmehr die Frage zu

beantworten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Verbindlichkeit auf Ebene der Kapitalgesellschaft gewinnerhöhend auszubuchen ist.

#### **Sachverhalt**

Die Alleingesellschafterin einer GmbH schloss mit dieser einen Darlehens- und Rangrücktrittsvertrag, worin sie sich verpflichtete, der GmbH ein jederzeit abrufbares verzinsliches Darlehen zu gewähren. Die Forderung der Alleingesellschafterin sollte dabei im Fall des Eintritts einer Überschuldung automatisch im Rang hinter die Forderungen aller übrigen Gläubiger zurücktreten. Des Weiteren wurde vereinbart, dass die Alleingesellschafterin während der Zeit der Überschuldung eine Befriedigung ihrer Forderung nur aus künftigen Jahresüberschüssen, soweit sie bestehende Verlustvorträge übersteigen, oder ggf. aus einem Liquidationsüberschuss verlangen kann. Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat die Finanzverwaltung - unter Bezugnahme auf ein mittlerweile aufgehobenes Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) aus dem Jahr 2004 - die Auffassung, dass die Verbindlichkeit bei der GmbH gewinnerhöhend aufzulösen sei. Der BFH gab dem Finanzamt Recht.

#### **Entscheidung**

Eine Verbindlichkeit, der eine Rangrücktrittsvereinbarung dergestalt zugrunde liegt, dass die Forderung des Gläubigers im Rang hinter die Forderungen aller übrigen Gläubiger zurücktritt und nur aus künftigen Jahresüberschüssen zu erfüllen ist, ist nicht auszuweisen. Dies ergebe sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Zum anderen sei dieses Ergebnis aber auch gerechtfertigt, da der Schuldner, solange die Gewinne noch nicht erzielt sind, zum Bilanzstichtag wirtschaftlich nicht belastet sei. Vielmehr sei die Situation vergleichbar mit dem Fall des Forderungsverzichts gegen Besserungsschein.

#### **Konsequenz**

Eine gewinnerhöhende Ausbuchung der Verbindlichkeit hätte sich vorliegend verhindern lassen, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung zusätzlich noch die Bestimmung enthalten hätte, dass die Forderung (neben zukünftigen Gewinnen und Liquidationsüberschüssen) auch aus sonstigem Vermögen zu bedienen ist. Für den Steuerpflichtigen empfiehlt es sich daher, sämtliche Darlehens- und Rangrücktrittsverträge zu überprüfen und - sofern noch nicht geschehen - eine Regelung aufzunehmen, die auch die Möglichkeit einer Tilgung aus sonstigem freien Vermögen vorsieht.

### 12. **Öffentliche Hand: BFH kippt den "Beistandserlass"**

#### **Kernproblem**

Die öffentliche Hand ist nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art umsatzsteuerlicher Unternehmer. Nur insoweit können juristische Personen des öffentlichen Rechts umsatzsteuerpflichtige Leistungen erbringen und im Gegenzug den Vorsteuerabzug geltend machen. Seit vielen Jahren wird kontrovers diskutiert, wie weit der Begriff des "Betriebs gewerblicher Art" zu fassen ist. Während Rechtsprechung, Literatur und Bundesrechnungshof für eine weite Auslegung plädieren, hat die Finanzverwaltung immer wieder großzügige Ausnahmen zugelassen und damit einen Teil der Betätigung der öffentlichen Hand von der Umsatzbesteuerung ausgenommen.

#### **Sachverhalt**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine der Gemeinde gehörende Sport- und Freizeithalle teilweise für den Schulsport genutzt wurde, wobei die Nutzung sowohl durch Schulen der Eigentümer-Gemeinde als auch durch Schulen der Nachbargemeinden erfolgte. Außerhalb der Schulzeiten wurde die Halle gegen Entgelt auch an Sportvereine und Privatpersonen zur Nutzung überlassen. Die Gemeinde wollte die Nutzungsüberlassung der Umsatzsteuer unterwerfen und gleichzeitig den Vorsteuerabzug aus den Baukosten geltend machen. Finanzamt und Finanzgericht folgten diesem Wunsch nicht, da ihrer Auffassung nach kein Betrieb gewerblicher Art vorlag.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof sieht dies anders und hob das erstinstanzliche Urteil auf. Für die Münchener Richter ist die Gemeinde bei der entgeltlichen Nutzungsüberlassung einer Sport- und Freizeithalle als Unternehmer tätig, wenn sie ihre Leistung entweder auf zivilrechtlicher Basis oder - im Wettbewerb zu Privaten - auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erbringt. Da Sport- und Freizeithallen regelmäßig auch von privaten Unternehmen betrieben werden können, liegt eine (potenzielle) Wettbewerbssituation und

damit ein Betrieb gewerblicher Art vor. Dies soll ausdrücklich auch gelten, soweit die Halle einer Nachbargemeinde zur Nutzung überlassen wird.

### **Konsequenz**

Speziell der letztgenannte Leitsatz der Entscheidung birgt eine enorme Sprengkraft für die öffentliche Hand. Bislang hatte die Finanzverwaltung Leistungen zwischen zwei juristischen Personen des öffentlichen Rechts (z. B. Städte, Gemeinden, Zweckverbände) in aller Regel als so genannte hoheitliche und damit nicht steuerbare "Beistandsleistungen" angesehen, auch wenn es sich hierbei lediglich um hoheitliche Teilleistungen oder Hilfsgeschäfte handelte (z. B. Datenverarbeitung durch einen Zweckverband für die angeschlossenen Kommunen). Sollte sich die BFH-Auffassung durchsetzen, droht für derartige Leistungen künftig die Umsatzsteuerpflicht und damit eine deutliche Verteuerung, da die Leistungsempfänger regelmäßig nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sind. Organisationsstrukturen in der öffentlichen Hand müssen unter Umständen vollständig auf den Prüfstand gestellt werden.

## **13. Geringfügigkeitsgrenze bei der gewerblichen Infizierung**

### **Kernproblem**

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn einem Betriebsunternehmen wesentliche Betriebsgrundlage von einer Besitzgesellschaft überlassen werden (sachliche Verflechtung) und die hinter dem Betrieb und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben (personelle Verflechtung). Liegen die Voraussetzungen vor, so hat dies eine Umqualifizierung sämtlicher von der Besitzgesellschaft erzielten Vermietungseinkünfte in gewerbliche Einkünfte zur Folge. Kürzlich hatte sich ein Finanzgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Umqualifizierung der Einkünfte auch dann gilt, wenn die Besitzgesellschaften neben den vom Betriebsunternehmen gezahlten Vermietungsentgelten in erheblichem Umfang Vermietungseinkünfte aus anderen Vermietungsobjekten erzielt.

### **Sachverhalt**

Im Streitjahr 1999 vermietete die klagende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ein Gebäude an eine GmbH, die dort ihren Spielhallenbetrieb unterhielt. An der GbR waren Vater und Sohn zusammen zu 52 %, an der GmbH hingegen zu 100 % (Vater: 75,2 % und Sohn: 24,8 %) beteiligt. Daneben erzielte die GbR noch erhebliche Einkünfte aus der Vermietung von Grundbesitz an Dritte, die rund 93,69 % ihres Gesamtumsatzes ausmachten. Im Anschluss an eine Betriebsprüfung vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung gegeben seien, so dass sämtliche Einkünfte der GbR, also mitsamt der Vermietungseinkünfte von Dritten, in gewerbliche Einkünfte umzuqualifizieren seien. Die hiergegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

### **Entscheidung**

Die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung sind nach Ansicht des Gerichts erfüllt, da die GbR und die GmbH sachlich und auch personell verflochten sind. Letzteres gelte, da für die GbR abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen Beschlussfassungen mit einfacher Mehrheit gefasst werden können. Die von der GmbH gezahlten Vermietungseinkünfte führen somit bei der GbR zu gewerblichen Einkünften. Aufgrund der so genannten Infektionstheorie seien somit auch die restlichen Vermietungseinkünfte als gewerbliche Einkünfte zu sehen. Die von der ständigen Rechtsprechung vorgesehene Ausnahme, dass bei einem nur "äußerst geringen Anteil" der gewerblichen Einkünften von einer gewerblichen Infizierung der restlichen Einkünfte abgesehen werden soll, sieht das Gericht bei einem Anteil der gewerblichen Einkünfte von 6,31 % als nicht erfüllt an. Es hält eine Obergrenze von 5 % bei der Geringfügigkeitsprüfung für zutreffend.

### **Konsequenz**

Die Revision beim Bundesfinanzhof wurde zugelassen, da höchstrichterlich bislang nicht entschieden ist, ab welcher relativen oder absoluten Geringfügigkeitsgrenze ein "äußerst geringer Anteil" der gewerblichen Einkünfte gegeben ist. Nach bisheriger Rechtsprechung ist zumindest bei einem Umsatzanteil von 1,25 % und ggf. auch bei 2,81 % von einer solchen Geringfügigkeit auszugehen.

## **14. Zahl der Mitglieder eines Aufsichtsrats gemäß Mitbestimmungsgesetz darf 20 nicht überschreiten**

**Kernaussage**

Den Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes unterliegt eine GmbH dann, wenn sie in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. In diesem Fall ist bei der GmbH ein obligatorischer Aufsichtsrat zu bilden, dessen Mitgliederzahl sich nach der jeweiligen Anzahl der Arbeitnehmer bestimmt, jedoch 20 nicht überschreitet. Hierzu entschied der Bundesgerichtshof (BGH) kürzlich, die Satzung einer GmbH, bei der ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden ist, könne nicht bestimmen, dass der Aufsichtsrat neben den maximal 20 stimmberechtigten Mitgliedern aus weiteren mit beratender Funktion bestehen kann.

**Sachverhalt**

Die beschwerdeführende Konzernober-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin eine Stadt ist, beherrscht eine große Anzahl von Tochtergesellschaften, die insgesamt mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Sie hat einen Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz gebildet und beabsichtigt eine Änderung ihres Gesellschaftsvertrages dahin, dass dem Aufsichtsrat neben den obligatorischen 20 stimmberechtigten Mitgliedern noch 4 weitere mit lediglich beratender Funktion angehören sollen. Das Registergericht hat dies bei der Anmeldung zum Handelsregister als unzulässig beanstandet. Dies sah schließlich auch der BGH so.

**Entscheidung**

Das Mitbestimmungsgesetz legt die Maximalzahl der Aufsichtsratsmitglieder auf 20 fest. Damit verstieß die beschlossene Erweiterung des Aufsichtsrats auf 24 Mitglieder gegen zwingendes Recht. Auch aus der im Aktiengesetz festgelegten Höchstzahl von 21 Aufsichtsratsmitgliedern lässt sich nicht herleiten, dass die Grenze von 20 bei einer mitbestimmten GmbH überschritten werden darf. Ferner kann sich die beschwerdeführende GmbH nicht auf eine weitere Vorschrift des Aktiengesetzes berufen, nach der Dritte zu den Aufsichtsratssitzungen hinzugezogen werden dürfen. Die aktienrechtliche Bestimmung erlaubt die Zuziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände. Die beabsichtigte Satzungsänderung der GmbH sah hingegen die ständige Teilnahme der 4 beratenden Aufsichtsratsmitglieder vor. Damit war die Erweiterung des Kreises der zu den Aufsichtsratssitzungen zugelassenen Personen über die im Gesetz genannten Fälle hinaus unzulässig.

**Konsequenz**

Zum Schutz der Vertraulichkeit der Sitzungen und der Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrates ist eine ständige Teilnahme von weiteren beratenden Mitgliedern ausgeschlossen. So wird verhindert, dass dritte Teilnehmer Einflussmöglichkeiten erlangen, ohne hierfür entsprechende Verantwortung zu tragen.

**15. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses und die Folgen****Kernaussage**

Eine Vielzahl von GmbH-Gesellschaftsverträgen sieht heute die Einziehung von Geschäftsanteilen als Möglichkeit vor, sich von unliebsamen Gesellschaftern zu trennen oder das Eindringen von fremden Dritten in die Gesellschaft zu verhindern. Die Einziehung ist die Vernichtung eines Geschäftsanteils ohne gleichzeitige Herabsetzung des Stammkapitals; der Gesellschaftsvertrag kann die Voraussetzungen für eine Einziehung mit oder ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters festlegen. Hierzu entschied der Bundesgerichtshof (BGH) kürzlich, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen bereits mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam wird. Die den Beschluss fassenden Gesellschafter haften jedoch persönlich, wenn die Abfindung nicht mehr aus dem freien Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.

**Sachverhalt**

Der Kläger war Gesellschafter der beklagten GmbH. Die Gesellschafterversammlung beschloss im April 2001 die Zwangseinziehung des Geschäftsanteils des Klägers. Der Gesellschaftsvertrag enthielt die Regelung, dass innerhalb von zwei Jahren an den ausscheidenden Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen sei, was nicht erfolgte. 2007 fand eine weitere Gesellschafterversammlung der GmbH statt, zu der auch der Kläger eingeladen wurde. Dieser wollte im Beschlusswege feststellen lassen, dass der

einzig weitere Gesellschafter auf Zahlung der Abfindung in Anspruch zu nehmen sei. Der Antrag wurde abgelehnt. Gegen diesen ablehnenden Beschluss wandte sich der Kläger und verlor.

### **Entscheidung**

Der BGH wies die Klage ab, weil der Kläger nicht mehr als stimmberechtigter Gesellschafter zu behandeln war. Mit Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses an den betroffenen Gesellschafter ist die Einziehung auch vor Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam, vorausgesetzt, der Einziehungsbeschluss ist weder nichtig noch wird er für nichtig erklärt. Bereits bei Fassung des Einziehungsbeschlusses muss daher feststehen, dass die von der Gesellschaft geschuldete Abfindung aus freiem Vermögen erbracht werden kann. Darüber hinaus steht die Einziehung jedoch nicht unter der aufschiebenden Bedingung einer Abfindungszahlung, denn grundsätzlich werden Beschlüsse wirksam und vollziehbar, sobald sie gefasst worden sind. Zum Schutz des Abfindungsanspruchs haften die verbleibenden Gesellschafter auf dessen Erfüllung jedoch persönlich. Diese Inanspruchnahme kann nur durch Ausgleich der Unterdeckung oder durch die Auflösung der Gesellschaft vermieden werden.

### **Konsequenz**

Dieses praxisrelevante Urteil beseitigt die Rechtsunsicherheit, ob und in welchem Umfang die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses von der Zahlung des Abfindungsbetrages abhängt. Auch wenn es einer diesbezüglichen eindeutigen Satzungsklausel nicht mehr bedarf, sollten die Regelungen zur Einziehung von Geschäftsanteilen wegen Streitanzfälligkeit umfassend ausformuliert sein.

## **16. Urlaubsanspruch darf nicht von effektiver Mindestarbeitszeit abhängen**

### **Kernfrage**

Anders als das deutsche Recht und die europarechtlichen Vorgaben, sieht das französische Recht vor, dass der jährliche Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers nur dann entsteht, wenn der Arbeitnehmer mindestens 10 Tage im Jahr gearbeitet hat. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob der Jahresurlaub national von solchen Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, die sich nicht aus den einschlägigen europarechtlichen Regelungen ergeben.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war in Frankreich bei einem privaten Unternehmen beschäftigt und aufgrund eines Arbeitsunfalls über zwei Jahre hinweg arbeitsunfähig erkrankt. Nach Rückkehr in das Unternehmen verlangte er die Nachgewährung des Urlaubs der letzten zwei Jahre, hilfsweise die Urlaubsabgeltung. Der Arbeitgeber berief sich hingegen auf die französische Regelung, dass der Urlaub deswegen nicht entstanden sei, weil sie nicht 10 Tage im Jahr gearbeitet habe.

### **Entscheidung**

Der vom französischen Gericht mit Rücksicht auf die Frage der Vereinbarkeit der französischen Regelung mit dem Europarecht angerufene Europäische Gerichtshof urteilte zugunsten des Klägers. Es sei europarechtswidrig, wenn der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werde, die nicht in den europäischen Richtlinien für die Gewährung von Erholungsurlaub enthalten seien. Konkret dürfe für die Urlaubsgewährung keine Mindestarbeitszeit gefordert werden. Auf dieser Basis gab der Europäische Gerichtshof folgende Weisungen für das weitere französische Verfahren: Es sei zunächst zu klären, ob die französische Rechtsnorm dahingehend ausgelegt werden könne, dass eine Mindestarbeitszeit bei einem Arbeitsunfall nicht erforderlich sei. Sei dies nicht möglich, habe der für einen öffentlichen Arbeitgeber tätige Arbeitnehmer einen Anspruch direkt gegen den Arbeitgeber, weil für diesen die europäischen Rechtsnormen unmittelbar gelten. Bei einer Anstellung bei einem privaten Arbeitgeber habe er allerdings lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen den französischen Staat, der hier Europarecht verletze.

### **Konsequenz**

Auch wenn die Regelung nicht eins zu eins auf Deutschland anwendbar ist, zeigt sie doch die Systematik der sich aus Europarechtsverletzungen ergebenden Haftungsansprüche; gegebenenfalls gegenüber dem verletzenden Staat. Darüber hinaus ist die Entscheidung in Deutschland insoweit einschlägig, als dass es möglich sein kann, dass in Arbeitsverträgen europarechtswidrige Voraussetzungen für die Urlaubsgewährung enthalten sein können.

## 17. Rückruf von Steuererstattungen auf gekündigtes Konto zulässig?

### Kernaussage

Geht nach der Kündigung noch Geld auf einem Kontokorrent ein, darf die Bank eine Verrechnung mit einem fortbestehenden Schuldensaldo vornehmen. Die auf ein solches Konto überwiesene Steuererstattung, kann das Finanzamt deshalb nicht mehr zurückfordern, auch wenn der Behörde zuvor ein anderes Konto benannt wurde.

### Sachverhalt

Die Klägerin ist ein Kreditinstitut und unterhielt für das Einzelunternehmen eines Steuerpflichtigen ein Girokonto, welches die Klägerin zum 15.8.2009 gekündigt hatte. Zu diesem Zeitpunkt bestanden fällige Verbindlichkeiten des Steuerpflichtigen gegenüber der Klägerin. Auf dieses gespeicherte Konto überwies das beklagte Finanzamt eine Steuererstattung, obwohl ihm der Steuerpflichtige zuvor eine neue Bankverbindung mitgeteilt hatte. Die Klägerin verrechnete nun die Gutschrift mit einem Teil des zu diesem Zeitpunkt bestehenden Schuldsaldos. Nachdem das Finanzamt auf den Fehler aufmerksam wurde, erließ es gegen die Klägerin einen Rückforderungsbescheid, gegen den sich die Klage richtet.

### Entscheidung

Sowohl das Finanzgericht als auch der Bundesfinanzhof (BFH) gaben der Klägerin Recht. Das Finanzamt hat keinen Rückzahlungsanspruch gegen die Klägerin, denn dieser Anspruch richtet sich gegen den Leistungsempfänger, wenn ohne rechtlichen Grund gezahlt worden ist. Das Finanzamt will mit befreiender Wirkung gegenüber dem Anspruchsberechtigten leisten. Die Klägerin ist somit nicht Leistungsempfänger sondern nur die vom Steuerpflichtigen bezeichnete Zahlstelle, und zwar selbst dann, wenn das Konto zuvor gekündigt wurde. Denn mit der Gutschrift erfüllt die Bank ihre eigene nachvertragliche Pflicht aus dem Girovertrag. Die Verrechnung der Gutschrift mit dem bestehenden Schuldsaldo ist in dem banküblichen Kontokorrentverhältnis begründet und stellt keine eigene Zweckbestimmung der Klägerin über die Verwendung der Überweisung dar.

### Konsequenz

Bereits 2009 hat sich der BFH der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs (BGH) für vergleichbare Fälle ohne steuerrechtlichen Hintergrund angeschlossen und damit seine frühere Meinung revidiert. Ob die Bank gegenüber dem Steuerpflichtigen zur Verrechnung befugt war, bedurfte in diesem Rechtsstreit keiner Entscheidung. Zu beachten bleibt, dass auch ein beendeter Girovertrag nachwirkt, denn grundsätzlich bedarf es zuvor der Abrechnung.

## 18. Bei Messeleistungen folgt das Bundesfinanzministerium dem EuGH

### Rechtslage

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte in 2011 der Auffassung der deutschen Finanzverwaltung, dass die vorübergehende Überlassung von Messeständen als grundstücksbezogene Dienstleistung zu behandeln sei, eine Absage erteilt. Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun seine Auffassung geändert.

### Neue Verwaltungsanweisung

Für die Planung, Gestaltung sowie den Aufbau, Umbau und Abbau von Ständen in Zusammenhang mit Messen und Ausstellungen für Unternehmer gilt nun grundsätzlich das Empfängerortprinzip. Derartige Umsätze werden daher dort versteuert, wo der Kunde sitzt. Wird die Leistung ausnahmsweise gegenüber Nichtunternehmern erbracht, ist hingegen eine differenzierte Betrachtung der konkret erbrachten Leistung erforderlich. In Frage kommen hier zunächst eine Werbeleistung, ihr folgend eine kulturelle, künstlerisch o. ä. Leistung oder zuletzt die Vermietung beweglicher körperlicher Gegenstände.

### Konsequenz

Die Grundsätze des Schreibens sind ab dem 1.1.2011 anzuwenden. Eine vorherige Anwendung ist unter Berufung auf das zugrunde liegende EuGH-Urteil möglich. Hiervon dürften viele deutsche Messebauer Gebrauch machen. Sie können so darauf verzichten, ihren ausländischen Kunden, soweit diese Unternehmer sind, deutsche Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen, sofern die Leistung Messen in Deutschland betraf. Dies wird die Akzeptanz bei ausländischen Kunden erhöhen, da sie nicht mehr auf das Vorsteuervergütungsverfahren angewiesen sind, falls sie dies bisher überhaupt nutzen konnten. Sofern die Kunden aus der EU stammen, gilt das Reverse-Charge Verfahren, die

Rechnungen sind netto auszustellen und der Kunde schuldet die Umsatzsteuer. Bei Kunden aus Drittländern ist hingegen keine pauschale Aussage möglich. Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Umsatz im Drittland zu versteuern ist.

#### 19. **Wo unterliegt der Verkauf einer Domain der Umsatzsteuer?**

##### **Rechtslage**

Die Unterscheidung zwischen Lieferung und sonstiger Leistung (Dienstleistung) ist Voraussetzung für die korrekte Besteuerung in der Umsatzsteuer. Doch was einfach klingt, bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. So musste erst im letzten Jahr die deutsche Finanzverwaltung ihre Rechtsauffassung zur Übertragung von immateriellen Wirtschaftsgütern (z. B. Firmenwert) ändern. Diese werden nunmehr als Dienstleistung qualifiziert und nicht mehr - wie jahrelang - als Lieferung. Das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz hat nun zum Verkauf einer Domain Stellung bezogen.

##### **Sachverhalt**

Der unternehmerisch tätige Kläger verkaufte zwei Internet-Domains an einen Unternehmer in der Dominikanischen Republik. Streitig war, ob der Umsatz in Deutschland zu versteuern war.

##### **Entscheidung**

Entgegen der Auffassung des Finanzamtes qualifiziert das FG den Verkauf der Domains als Übertragung eines Rechts und somit als sonstige Leistung. Der entsprechende Umsatz ist daher am Sitz des Kunden, also in der Dominikanischen Republik, steuerbar, nicht jedoch in Deutschland.

##### **Konsequenz**

Das Urteil des FG bezieht sich u. a. auch auf die zur ertragsteuerlich Qualifizierung von Domains ergangenen Rechtsprechung. Auch wenn die ertragsteuerliche Beurteilung grundsätzlich keinen Einfluss auf die umsatzsteuerliche Bewertung hat, so hält das FG diese im vorliegenden Fall für übertragbar. Der Verkauf einer Domain unterliegt damit nur dann in Deutschland der Umsatzsteuer, wenn der Verkauf an Privatpersonen erfolgt oder an Unternehmen mit Sitz in Deutschland. Erfolgt der Verkauf an Unternehmer mit Sitz im Ausland, so ist der Umsatz im Ausland steuerbar. Die dortige Besteuerung ist zu klären. Innerhalb der EU gilt für solche Umsätze das Reverse-Charge Verfahren, so dass der Käufer Schuldner der Umsatzsteuer wird.

#### 20. **Pauschbeträge für Sachentnahmen 2012**

##### **Rechtslage**

Werden Wirtschaftsgüter aus dem Unternehmen für außerbetriebliche - in der Regel private - Zwecke entnommen, so unterliegen diese Sachentnahmen regelmäßig der Ertrags- und Umsatzbesteuerung. Zur Vereinfachung setzt das Bundesfinanzministerium (BMF) jährlich Pauschbeträge zur Ermittlung der Höhe der Entnahmen fest.

##### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Pauschbeträge für das Jahr 2012 sind nun vom BMF veröffentlicht worden. Sie betreffen Gewerbebezüge, die Einzelhandel mit Nahrungsmitteln betreiben, z. B. Bäckereien, Gaststätten etc.

##### **Konsequenz**

Die Pauschbeträge stellen Nettowerte dar. Die Umsatzsteuer (7 % bzw. 19 %) ist auf Basis dieser Werte zu ermitteln. Alternativ zum Ansatz der Pauschbeträge kommen nur Einzelaufzeichnungen in Betracht. Eine Reduzierung der Pauschbeträge, z. B. wegen Urlaubs oder individueller Essgewohnheiten, ist nicht möglich.