

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats Mai 2011

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. Abziehbarkeit der Kosten bei umgekehrten Familienheimfahrten
2. Steuerpflicht für Versorgungsbezüge vor Vollendung des 63. Lebensjahres
3. Verjährungsfrist für Ersatzanspruch wegen pflichtwidrigen StB-Verhaltens
4. Maßgeblichkeit des Veranlassungszusammenhangs bei Schuldzinsen
5. Zuwendung einer Leibrentenversicherung als betriebliche Einnahme
6. Bank muss Auskunft über "vergessenes" Sparbuch erteilen
7. Lohnsteuerliche Behandlung der Überlassung von Firmenfahrzeugen
8. Kein Wegfall der Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG (alte Fassung)
9. Schulungskosten von Betriebsratsmitgliedern in deren Muttersprache
10. Keine freie Rechtswahl bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen
11. Falsche Anrede bei Absage keine Diskriminierung
12. Eheleiche und nichteheliche Kinder erben gleich
13. Deutschland muss Erbschaftsteuerbestimmungen ändern
14. Pauschale Zuschläge für Sonntags- oder Nachtarbeit nicht steuerfrei
15. Wirkung der Bekanntgabe von ErbSt-Bescheiden gegenüber Testamentsvollstrecker
16. Renten steigen zum 1.7.2011 um rund 1 %
17. Berücksichtigung des Geschlechts von Versicherten ist diskriminierend

##### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Ortbestimmung für sonstige Leistungen an JPDöR
2. Erweiterung der Organschaft auf EU-Kapitalgesellschaften
3. Nachträgliche Reduzierung von Darlehenszinsen ist regelmäßig vGA
4. Asbestsanierung, Photovoltaikanlage und Vorsteuerabzug
5. Europarechtliche Auslegung der Ansässigkeit im UStG
6. Finanzverwaltung verweigert rückwirkende Rechnungskorrektur
7. Zum Zufluss von Arbeitslohn bei Gehaltsverzicht

8. Haftung des GmbH-Gesellschafters nach Forderungsabtretung der Bank
9. Ringweise getätigte Anteilsveräußerungen zur Verlustnutzung
10. Grundsatzurteil zum Vorsteuerabzug: Kein Vorsteuerabzug für Erschließungskosten
11. Versetzung ins Ausland während Elternzeit kann missbräuchlich sein
12. Ungesicherte Darlehen als Anschein für Gesellschafterdarlehen?
13. Bundesarbeitsgericht erklärt Spannungsicherungsklauseln für unwirksam
14. Mehrjährige Haftstrafe rechtfertigt regelmäßig eine Kündigung
15. Bürgermeister muss Beiratsvergütung von Privatunternehmen abliefern
16. Ausschließung eines Gesellschafters aus einer oHG oder KG
17. Haftung von Treugebern einer Kommanditgesellschaft
18. Amt des Datenschutzbeauftragten kann nicht ohne Weiteres an Externe vergeben werden

### **GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

1. Abgrenzung selbstständiger von nichtselbstständiger Tätigkeit eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers

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

#### 1. **Abziehbarkeit der Kosten bei umgekehrten Familienheimfahrten**

##### **Kernproblem**

Zu den Werbungskosten gehören auch notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen. Das gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen die doppelte Haushaltsführung beibehalten wird. Sog. Familienheimfahrten, d. h. Aufwendungen für die Wege vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstandes und zurück, können jeweils nur für eine Familienheimfahrt wöchentlich abgezogen werden. Der Bundesfinanzhof (BFH) war jetzt mit der Frage konfrontiert, wie stattdessen die Fahrten des Ehepartners - weg vom gemeinsamen Familienhaushalt, hin zum Ort des beruflich begründeten doppelten Haushalts - zu beurteilen sind.

##### **Sachverhalt**

In dem entschiedenen Fall begründete die Ehefrau auf Grund einer Angestelltentätigkeit einen doppelten Haushalt. Üblicherweise tätigte sie mit dem Flugzeug oder Pkw die Familienheimfahrten zum gemeinsamen Haushalt. Soweit die Ehefrau die Fahrten aus privaten Gründen nicht angetreten hatte, besuchte sie der Ehemann. Diese "umgekehrten Familienheimfahrten" wollte das Finanzamt nicht anerkennen.

##### **Entscheidung**

Der BFH ließ die Kosten des Ehemanns weder als solche für Familienheimfahrten, noch als sonstige - unter den Allgemeinbegriff fallende - Werbungskosten zu. Begrifflich handele es sich nicht um eine Familienheimfahrt im Sinne des Gesetzes. Für den Senat war auch die insoweit bindende Feststellung des Finanzgerichts entscheidungserheblich, dass für die Besuchsreisen des Ehemannes private Motive zu Grunde lagen, so dass eine berufliche Veranlassung auszuschließen war. Die Regelungen des Gesetzes zu Familienheimfahrten seien auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber habe mit der bestehenden Regelung dem Schutz der Ehe ausreichend Rechnung getragen.

##### **Konsequenz**

Der BFH konnte offenlassen, inwieweit der Werbungskostenabzug zulässig gewesen wäre, wenn die Ehefrau die wöchentliche Familienheimfahrt aus beruflichen Gründen (z. B. Wochenendarbeit, Bereitschaftsdienst) nicht hätte antreten können. Hier gibt es frühere Rechtsprechung des BFH, die Anlass zur Hoffnung auf einen Werbungskostenabzug gegeben hätte.

## 2. **Steuerpflicht für Versorgungsbezüge vor Vollendung des 63. Lebensjahres**

### **Kernproblem**

Durch die Neuregelung der Besteuerung der Altersbezüge im Alterseinkünftegesetz 2005 hat der Gesetzgeber eine steuerliche Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Versorgungsbezügen beabsichtigt. Aufgrund des Prinzips der nachgelagerten Besteuerung soll der Versorgungsfreibetrag für Versorgungsbezüge bis 2040 schrittweise wegfallen. Entscheidend für die Schmälerung des Freibetrags ist das Jahr des Versorgungsbeginns, so dass Altfälle immer noch in den Genuss des vollen Freibetrags kommen. Begünstigt sind nach der gesetzlichen Definition insbesondere Bezüge auf Grund beamtenrechtlicher oder entsprechender gesetzlicher Vorschriften oder in anderen Fällen Bezüge und Vorteile aus früheren Dienstleistungen wegen Erreichens einer Altersgrenze, verminderter Erwerbsfähigkeit oder Hinterbliebenenbezüge. Allerdings gelten Bezüge wegen Erreichens einer Altersgrenze erst dann als Versorgungsbezüge, wenn der Steuerpflichtige das 63. Lebensjahr oder, wenn er schwerbehindert ist, das 60. Lebensjahr vollendet hat.

### **Sachverhalt**

Ein 60jähriger Rentner bezog im Streitjahr u. a. Versorgungsbezüge aus einem früheren privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Für diese Versorgungsbezüge lehnte ihm das Finanzamt einen Versorgungsfreibetrag wegen des Unterschreitens der Altersgrenze von 63 Jahren ab. Hierin sah der Kläger einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, denn bei Versorgungsbezügen aus einem beamtenrechtlichen Dienstverhältnis wäre der Freibetrag unabhängig vom Lebensalter gewährt worden.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Münster teilte die Ansicht des Klägers nicht, weil auch die Zahlung öffentlicher Versorgungsbezüge die Altersgrenze von 63 Jahren voraussetze. Insoweit habe diese Altersgrenze im Gegensatz zum Bezug privater Ruhegelder nicht erneut steuergesetzlich festgelegt werden müssen. Durch die Neuregelung im Alterseinkünftegesetz sei ab dem Jahr 2005 eine Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Versorgungsbezügen in Vollzug gesetzt worden. Zwar stelle die Übergangsregelung die Bezieher privater gegenüber denen öffentlicher Versorgungsbezüge zeitweise steuerlich schlechter; dies sei jedoch im Hinblick auf die Komplexität der Neuregelung des Alterseinkünftesystems sachgerecht und notwendig und daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

### **Konsequenz**

Das Finanzgericht Münster hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

## 3. **Verjährungsfrist für Ersatzanspruch wegen pflichtwidrigen StB-Verhaltens**

### **Kernaussage**

Lässt ein Steuerberater einen Steuerbescheid pflichtwidrig bestandskräftig werden, beginnt die Frist für die Verjährung des Ersatzanspruchs des Mandanten mit der Bestandskraft des Steuerbescheids, auch wenn dieser zunächst der formellen Gesetzeslage entspricht und die zugrunde liegende Steuernorm erst später vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wird.

### **Sachverhalt**

Die beiden Beklagten betreiben die - ebenfalls beklagte - Steuerberatersozietät als GbR. Die Kläger beauftragten die Beklagten Anfang 2000 mit der Erstellung ihrer Einkommensteuererklärung für 1998. Auf die von den Beklagten eingereichte Steuererklärung erließ das Finanzamt am 27.7.2000 einen Steuerbescheid, der als zu versteuerndes Einkommen Einkünfte der Kläger aus Spekulationsgewinnen von rd. 850.000 DM berücksichtigte. Grundlage für diese Besteuerung war § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b) EStG in der für 1998 geltenden Fassung. Die Beklagten legten gegen den Bescheid nur wegen nicht berücksichtigter Steuerberatungskosten Einspruch ein. Der darauf ergangene Änderungsbescheid vom 21.8.2000, der die Spekulationsgewinne unverändert als Einkünfte auswies, wurde rechtskräftig. Mit Urteil aus 2004 erklärte das Bundesverfassungsgericht die der Besteuerung von im Jahr 1998 erzielten Spekulationsgewinnen zugrunde liegende Norm für nichtig, soweit sie Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren betraf. Wegen der Bestandskraft des Steuerbescheids der Kläger änderte sich für diese nichts. Die Kläger verlangten Schadensersatz, die Beklagten beriefen sich auf Verjährung. Nachdem die Kläger vorinstanzlich Recht bekommen hatten, wies der Bundesgerichtshof die Klage ab.

**Entscheidung**

Die Ansprüche der Kläger waren verjährt. Maßgeblich für die Beurteilung war § 68 StBerG, der durch Gesetz vom 9.12.2004 weggefallen ist. Hiernach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in 3 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an. Hier wurde die Verjährungsfrist mit Ablauf des 22.9.2000 in Gang gesetzt. Der für den Anspruch erforderliche Schaden ist dann eingetreten, wenn sich das pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters in einem belastenden Bescheid des Finanzamts ausgewirkt hat. Die Verjährung begann hier mit Eintritt der Bestandskraft des Änderungsbescheids einen Monat nach dessen Zugang bei den Beklagten am 22.9.2000, weil die Kläger pflichtwidrig keinen Einspruch eingelegt hatten. Dass der Bescheid seinerzeit dem Wortlaut des EStG entsprach und die streitige Norm erst durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts in 2004 für nichtig erklärt wurde, ändert nichts. Die Beklagten waren verpflichtet, die Besteuerung der Spekulationsgewinne offen zu halten; diese Pflichtverletzung hatte die bestandskräftige Belastung der Kläger mit Einkommensteuer auf die in 1998 erzielten Gewinne zur Konsequenz. Hätten die Beklagten die Besteuerung pflichtgemäß mittels Einspruch offen gehalten, wären die Kläger nicht zur Zahlung der Steuer verpflichtet gewesen, weil der Bescheid nicht bestandskräftig geworden wäre.

**Konsequenz**

Die nunmehr aufgehobene Altregelung des § 68 StBerG knüpfte den Verjährungsbeginn allein an den Umstand der Schadensentstehung. Die nun geltende, ebenfalls 3 Jahre dauernde, Regelverjährung (§§ 199, 195 BGB) beginnt mit dem Schluss des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die neuen Verjährungsvorschriften gelten für alle Steuerberatungsverträge, die nach dem 14.12.2004 abgeschlossen wurden und für alle am 15.12.2004 bestehenden, nicht verjährten Ansprüche.

**4. Maßgeblichkeit des Veranlassungszusammenhangs bei Schuldzinsen****Kernproblem**

Einkunftsübergreifend sind Werbungskosten definiert als Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Hierzu gehören auch Schuldzinsen, wenn sie mit einer Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Dabei ist nach Auffassung der Gerichte auf den Zweck der Schuldaufnahme abzustellen. Gegenstand eines Finanzgerichtsverfahrens war nun, ob auch Schuldzinsen, die einem Gesellschafter entstehen, der bei seiner GmbH ein Darlehen aufnimmt, um damit Beiträge zu Lebensversicherungen zu finanzieren (die wiederum als Sicherheit für den Erwerb einer Immobilie durch die GmbH dienen) den Veranlassungszusammenhang erfüllen.

**Sachverhalt**

Der Kläger war als Gesellschafter-Geschäftsführer mehrheitlich an einer GmbH beteiligt. Zur Finanzierung eines Grundstückserwerbs nahm die GmbH ein Darlehen auf. Gleichzeitig schloss der Kläger einen Lebensversicherungsvertrag ab. Dessen Versicherungssumme sollte bei Fälligkeit zur Tilgung des Bankdarlehens der GmbH dienen. Die Beiträge zur Lebensversicherung finanzierte der Kläger durch ein ihm gewährtes Darlehen der GmbH. Die hierauf gezahlten Schuldzinsen begehrte er als abzugsfähige Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Kapitalvermögen zu behandeln. Dies lehnte das Finanzamt mangels Veranlassungszusammenhangs mit seiner Beteiligung an der GmbH ab. Die hiergegen gerichtete Klage beim Finanzgericht blieb erfolglos.

**Entscheidung**

Das Gericht stimmte der Auffassung des Finanzamts zu, dass die geltend gemachten Finanzierungsaufwendungen nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der klägerischen GmbH-Beteiligung ständen, da sie z. B. nicht dem Erwerb der Beteiligung dienten. Folglich hätten die Aufwendungen nicht unmittelbar den Zweck, Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erzielen. Der Fall sei abzugrenzen von einem Urteil des BFH aus dem Jahre 2009: Dort wurde der Schuldzinsenabzug der finanzierten Lebensversicherungsbeiträge zugelassen, da die Person, bei der die Schuldzinsen anfielen, identisch war mit der Person, die die Erträge aus der Immobilien erzielte. Demgegenüber seien im vorliegenden Fall dem Kläger Schuldzinsen entstanden, die in einem ersten Schritt der Erzielung von Einkünften einer anderen Person (GmbH) zugute kamen.

### **Konsequenzen**

Das Finanzgericht sieht in seinem Urteil zwar durchaus ein einheitliches Gesamtkonzept zur Finanzierung der Grundstückserwerbe durch die GmbH, jedoch sei der erforderliche Veranlassungszusammenhang zur Berücksichtigung der Werbungskosten nicht (bzw. nicht ausreichend) ausgeprägt. Mangels Entscheidungserheblichkeit musste das Finanzgericht nicht entscheiden, ob die Zinsaufwendungen zumindest als verdeckte Einlage die Anschaffungskosten des Gesellschafters an seiner GmbH erhöhen. Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung wurde die Revision beim BFH zugelassen.

## **5. Zuwendung einer Leibrentenversicherung als betriebliche Einnahme**

### **Kernproblem**

Wendet ein Patient seinem Arzt eine Leibrentenversicherung zu, dann ist die ertragsteuerliche Würdigung nicht eindeutig, denn es kommt auf das Motiv der Schenkung an. Betriebseinnahmen sind alle Zugänge in Geld oder Geldeswert, die durch den Betrieb veranlasst sind. Davon zu unterscheiden sind Wertzugänge, deren Zufluss durch private Umstände veranlasst worden ist. Voraussetzung für die Annahme einer Betriebseinnahme ist jedoch ein wirtschaftlicher Bezug zum Betrieb. Diesen gilt es zu untersuchen.

### **Sachverhalt**

Ein Arzt hatte dem Finanzamt die Schenkung einer Lebensversicherung durch einen über 90 Jahre alten Patienten angezeigt. Die Versicherung wurde auf den Namen des Arztes mit einer Einmalzahlung von 200.000 DM abgeschlossen. Die hieraus monatlich zufließenden Renten versteuerte der Arzt mit dem Ertragsanteil. Das Finanzamt war der Ansicht, dass die Zuwendung des Rentenstammrechts betrieblich veranlasst und daher als Betriebseinnahme mit dem Kapitalwert im Zuwendungsjahr zu erfassen sei. Der Arzt dagegen verwies auf die lange freundschaftliche Beziehung, welche losgelöst von einem Arzt/Patientenverhältnis zu sehen sei sowie auf die Bezugsberechtigung seiner Ehefrau im Falle des eigenen Ablebens. Für den Arzt sprach auch, dass eine Zweckbindung des Rentenbetrages fehlte. Eine solche hatte der Bundesfinanzhof (BFH) in früher entschiedenen Fällen als Indiz für einen betrieblichen Zusammenhang gesehen (z. B. bei Erbschaft eines Altenheims zur Verwendung "für die Altenarbeit").

### **Entscheidung**

Die Richter beurteilten die Zuwendung nicht als betrieblich veranlasste Betriebseinnahme, weil sich keine Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Rente als Vergütung für in der Vergangenheit geleistete Dienste des Arztes anzusehen sei. Als Indiz für den privat veranlassten Zusammenhang sah das Finanzgericht Rheinland-Pfalz auch die gewählte Form der Zuwendung in Form einer Leibrentenversicherung mit zusätzlicher Hinterbliebenenversorgung an. Zudem erfolge die lebenslängliche Auszahlung der Rente unabhängig davon, ob der Arzt seine Tätigkeit fortsetze und insbesondere unabhängig davon, ob er die Behandlung des Zuwendenden weiter vornehme. Ferner war von Bedeutung, dass der Zuwendende auch weitere ihm nahe stehende Personen bedachte. So lag die Annahme nahe, dass er sein Vermögen vor seinem Tode aus rein privaten Motiven verteilen wollte.

### **Konsequenz**

Die Revision wurde nicht zugelassen. Das Urteil ist jedoch noch nicht rechtskräftig.

## **6. Bank muss Auskunft über "vergessenes" Sparbuch erteilen**

### **Kernaussage**

In einem Rechtsstreit über ein "vergessenes" Sparbuch hat der Inhaber die Existenz des Guthabens durch Vorlage des Sparbuchs grundsätzlich nachgewiesen. Die Bank hat nachzuweisen, dass das Guthaben ausgezahlt wurde. Wird die Echtheit der Urkunde oder die Zeichnungsberechtigung der Bankmitarbeiter bestritten, sind hieran hohe Anforderungen zu stellen. Es gibt zudem keinen Erfahrungssatz, dass ein Sparkonto als aufgelöst zu behandeln ist, wenn der Inhaber jahrzehntelang keine Eintragungen vornimmt. Dies entschied kürzlich das Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist als Erbe seines verstorbenen Vaters im Jahr 2007 in den Besitz eines Sparbuches gekommen. Die zugrundeliegende Darlehensforderung in Höhe von rd. 106.000 DM wurde im Jahr

1959 begründet. Seit diesem Zeitpunkt wurden keine Umsätze für das Sparguthaben getätigt. Der Kläger verlangt von der Bank nach Auskunftserteilung die Auszahlung des Guthabens nebst angefallenen Zinsen. Die beklagte Bank bestreitet die Echtheit des Sparbuches, die Echtheit der darin enthaltenen Unterschriften der Bankmitarbeiter sowie deren Zeichnungsberechtigung. In ihren Aufzeichnungen und Archiven ließen sich keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die im Sparbuch ausgewiesene Forderung jemals bestanden habe, so die Bank. Der gerichtlich bestellte Sachverständige bestätigte die Echtheit der Urkunde, der Kläger gewann den Rechtsstreit.

### **Entscheidung**

Es liegt im Verantwortungsbereich der beklagten Bank, für das Bestreiten der Echtheit von Unterschriften in einem Sparbuch geeignete Geschäftsunterlagen aufzubewahren, auch wenn die handelsrechtlichen Aufbewahrungsfristen längst abgelaufen sind. An die Erschütterung eines Beweiswertes eines Sparbuchs sind hohe Anforderungen zu stellen. Der Auszahlungsanspruch ist zudem nicht verjährt. Dieser entsteht nämlich erst mit der Kündigung. Ebenso sind die aufgelaufenen Zinsen nicht verjährt, denn diese werden im Sparverkehr grundsätzlich zum Ende eines Kalendervierteljahres gutgeschrieben und der Sacheinlage zugerechnet. Die im Sparguthaben enthaltenen Zinsen unterliegen daher der gleichen Verjährung wie das übrige Sparkapital.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist sehr zu begrüßen. Insbesondere in Erbfällen ist es nicht unüblich, dass Sparbücher über einen längeren Zeitraum nicht vorgelegt wurden und umsatzlos verblieben. Die Banken können sich ihrer Auszahlungspflichten nicht ohne weiteres entziehen.

## **7. Lohnsteuerliche Behandlung der Überlassung von Firmenfahrzeugen**

### **Kernproblem**

Wird dem Arbeitnehmer ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt, bemisst sich der geldwerte Vorteil der privaten Nutzung typischerweise mit monatlich 1 % des Pkw-Listenpreises. Kann der Wagen auch für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte genutzt werden, erhöht sich der Sachbezug um monatlich 0,03 % des Listenpreises für jeden Entfernungskilometer. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte zuletzt in 3 Urteilen seine Rechtsauffassung aus dem Jahr 2008 bestätigt, nach der die 0,03 %-Zuschlagsregelung nur einen Korrekturposten für abziehbare Werbungskosten darstelle und sie daher nur dann und insoweit zur Anwendung käme, wie der Dienstwagen tatsächlich für solche Fahrten genutzt worden sei. In den 3 Streitfällen waren die Fahrzeuge lediglich zwischen 60 und 100 Tage für Fahrten zur Arbeit genutzt worden. Die frühere Rechtsprechung des BFH wurde jedoch von der Finanzverwaltung mit einem Nichtanwendungserlass belegt; lediglich bei "Park an Ride" wollte man bei Vorlage einer Jahresbahnfahrkarte von verminderten Entfernungskilometern ausgehen. Jetzt musste das BMF klein beigeben und hat der Anwendung mit folgenden Vorgaben zugestimmt.

### **Zeitliche Anwendung**

Der Lohnsteuerabzug des Jahres 2010 soll nicht mehr geändert werden. Im Veranlagungsverfahren aber ist die Rechtsprechung in allen offenen Fällen anwendbar. Das bedeutet, dass der hiervon betroffene Arbeitnehmer jetzt entgegen dem Ausweis in der Lohnsteuerbescheinigung des Arbeitgebers eine Herabsetzung seines Bruttoarbeitslohns erreichen muss. Praktische Probleme sind vorprogrammiert. Ab 2011 kann der Arbeitgeber die Rechtsprechung auch für den Lohnsteuerabzug anwenden und in Abstimmung mit dem Arbeitnehmer für jedes Kalenderjahr einheitlich festlegen; während des Jahres ist ein Wechsel nicht möglich (einmalige Ausnahme in 2011). Der Arbeitnehmer kann aber im Veranlagungsverfahren die Methode wechseln. Einen monatlichen Wechsel lässt auch hier das BMF nicht zu. Will man jedoch auch die Sozialversicherungsbeiträge schmal halten, sollte tunlichst bereits im Abzugsverfahren eine Günstigerprüfung durchgeführt werden.

### **Materielle Anwendung**

Für den Fall der Einzelbewertung der Fahrten verlangt das BMF im Lohnsteuerabzugsverfahren Nachweise des Arbeitnehmers, die mit zum Lohnkonto zu nehmen sind. So soll z. B. monatlich eine fahrzeugbezogene Erklärung mit Datumsangabe der Fahrten zur Arbeitsstätte erstellt werden. Aus Vereinfachungsgründen kann für den Lohnsteuereinbehalt die Erklärung des Vormonats zugrunde gelegt werden. Kompliziert wird es bei der Berechnung des Sachbezugs. Wer geglaubt hat, monatlich werde von höchstens 15 Tagen zu je 0,002 % ausgegangen, sieht sich getäuscht. Die Verwaltung will stattdessen von einer jahresbezogenen Begrenzung auf 180 Tage ausgehen. Das BMF-Schreiben

enthält hierzu einige Beispiele. So kann es passieren, das unterjährig bei mehr als 15 monatlichen Fahrten ein Sachbezug von über 0,03 % anfällt (z. B. bei 19 Fahrten zu 0,002 % = 0,038 %) und mögliche Vorteile dann erst zum Ende des Jahres durch Kappung auf 180 Tage winken. Bei bisheriger Anwendung der Altregelung kann jetzt in 2011 noch einmal gewechselt werden; die 180 Tage werden zeitanteilig gemindert. Wird erst im Veranlagungsverfahren gewechselt, kann es richtig kompliziert werden, denn es ist nachzuweisen, wie der Arbeitgeber den Zuschlag bisher ermittelt hat.

### **Konsequenz**

Die Lohnbüros werden sich wohl oder übel sofort mit dem BMF-Schreiben auseinandersetzen müssen, denn hier gibt es unmittelbare Folgen für Lohnsteuer, Sozialversicherung und Pauschalierung auf Fahrten zur Arbeitsstätte. Auch in offenen Veranlagungsfällen sollte man sich nicht mehr ohne Weiteres auf die Lohnsteuerbescheinigung verlassen und Nutzer von Dienstwagen, insbesondere Außendienstler, hierzu befragen.

## **8. Kein Wegfall der Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG (alte Fassung)**

### **Kernfrage**

Das alte Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht (bis 31.12.2008) sah sogenannte Behaltensfristen (5 Jahre) vor, die eingehalten werden mussten, um erhaltene Betriebsvermögensprivilegien zu bewahren. Vergleichbare Regelungen existieren auch im neuen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, inwieweit Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz steuerschädliche Veräußerungen darstellen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger erhielt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge diverse Unternehmensbeteiligungen, die kurz nach der Übertragung zum Teil umgewandelt und zum Teil verschmolzen wurden. Ein (umgewandeltes) Unternehmen wurde 2 Jahre später in ein anderes Unternehmen eingebracht. Das beklagte Finanzamt setzte die Schenkungsteuer in Unkenntnis der Umwandlungsvorgänge zunächst unter Gewährung der Betriebsvermögensprivilegien auf 0 EUR fest. Mit Kenntnis der Umwandlungsvorgänge wurden die Privilegien versagt und Schenkungsteuer festgesetzt. Der Kläger obsiegte schließlich vor dem Bundesfinanzhof.

### **Entscheidung**

Die Betriebsvermögensprivilegien fallen mit Wirkung für die Vergangenheit unter anderem weg, soweit der Erwerber eine Beteiligung innerhalb von 5 Jahren nach dem Erwerb veräußert. Aus den Privilegierungsregelungen ergebe sich aber, dass die im Erbschaftsteuergesetz genannten Umwandlungsmaßnahmen als solche keine zum rückwirkenden Wegfall der Steuervergünstigungen führenden Veräußerungen darstellen. Dies sei gewollt, weil Umwandlungen die Bindung des begünstigt erworbenen Vermögens in einem Unternehmen unberührt lassen und daher der Zweck der Steuervergünstigungen unverändert fortbesteht. Daran ändere sich auch nichts, wenn - wie im Streitfall - mehrere Umwandlungsvorgänge innerhalb der Behaltensfrist vorgenommen würden, solange das steuerbegünstigt erworbene Vermögen auch in einem solchen Fall weiterhin in einem Unternehmen gebunden bleibe und frei verwendet werden könne.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist positiv, weil sie Umstrukturierungen innerhalb der erbschaft- bzw. schenkungsteuerlichen Behaltensfrist möglich macht. Eines muss allerdings immer gewährleistet sein: Das privilegierte Betriebsvermögen muss in einem Unternehmen, an dem der ursprüngliche Erwerber unverändert beteiligt ist, verbleiben.

## **9. Schulungskosten von Betriebsratsmitgliedern in deren Muttersprache**

### **Kernfrage**

Das Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) hat insbesondere die Aufgaben, Rechte und Pflichten des Betriebsrates zu regeln. Ein Ziel des Gesetzes ist, den Betriebsrat (und das einzelne Betriebsratsmitglied) in eine Lage zu versetzen, die eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Rechte und Pflichten ermöglicht. Das Arbeitsgericht Berlin hatte aktuell darüber zu entscheiden, ob deshalb auch die Schulungskosten von Betriebsratsmitgliedern in deren Muttersprache vom Arbeitgeber zu übernehmen sind.

**Sachverhalt**

Dem beim Arbeitgeber bestehenden Betriebsrat gehören 2 Ausländer (hier: US Amerikaner) an. Da diese nicht über ausreichend deutsche Sprachkenntnisse verfügten, entsandte der Betriebsrat sie zu einer in englischer Sprache durchgeführten 3-tägigen Schulung, die Grundkenntnisse im Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht vermitteln sollte. Der Arbeitgeber weigerte sich, die Kosten von 1.600 EUR je Schultag zu übernehmen. Der Betriebsrat gewann das gegen diese Entscheidung eingeleitete Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht.

**Entscheidung**

Der Betriebsrat, dem ein Beurteilungsspielraum zustehe, so das Gericht, habe annehmen dürfen, dass die Teilnahme der beiden Betriebsratsmitglieder an der Schulung erforderlich war. Denn diese habe die für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Kenntnisse vermittelt. Auch die Schulung in englischer Sprache sei erforderlich gewesen, da die beiden Ausländer einer in deutscher Sprache durchgeführten Schulung nicht in der gebotenen Weise hätten folgen können. Das gelte umso mehr, weil es sich beim Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht um eine komplexe Materie handele. Denn von Betriebsratsmitgliedern könne nicht verlangt werden, ihr Amt nur bei ausreichenden Kenntnissen der deutschen Sprache auszuüben.

**Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Betriebsverfassungsgesetzes wenig, macht aber deutlich, wie kostspielig ein Betriebsrat sein kann. Die Entscheidung ist zwar noch nicht rechtskräftig, dürfte allerdings angesichts der Tatsache, dass eine Entscheidung zu Ungunsten des Betriebsrates als "mittelbare" Beschränkung der passiven Wahlberechtigung angesehen werden könnte, Bestand haben.

**10. Keine freie Rechtswahl bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen****Rechtslage**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einer aktuellen Entscheidung zur Frage der Zulässigkeit einer Rechtswahl im Arbeitsrecht und zu den Kriterien, nach denen sich der Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses bei grenzüberschreitender Tätigkeit im Bereich der Europäischen Union bestimmt, entschieden.

**Sachverhalt**

Der Kläger wohnte in Deutschland und war bei einem luxemburgischen Arbeitgeber als Lkw-Fahrer im internationalen Speditionsgeschäft beschäftigt; die Abstellplätze für die LKW befanden sich in Deutschland, wo der Arbeitgeber aber weder einen Gesellschaftssitz noch Geschäftsräume unterhält. Die Lkw waren in Luxemburg zugelassen, die Fahrer sind der luxemburgischen Sozialversicherung angeschlossen. Der bestehende Arbeitsvertrag sah die Anwendbarkeit luxemburgischen Rechts vor. Aufgrund angekündigter Restrukturierungsmaßnahmen gründeten die Beschäftigten in Deutschland einen Betriebsrat, dem der Kläger angehörte, bevor ihm gekündigt wurde. In seiner Kündigungsschutzklage macht der Kläger die Anwendbarkeit deutschen Rechts geltend, nach dem er als Betriebsratsmitglied (anders als in Luxemburg) Sonderkündigungsschutz genießt.

**Entscheidung**

Nach Vorlage durch das nationale Gericht (geklagt worden war in Luxemburg) entschied der Europäische Gerichtshof, dass das Recht des Staates maßgeblich ist, in dem der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen im Wesentlichen erfüllt. Zwar sei eine Rechtswahl auch im Arbeitsrecht möglich. Diese dürfe aber nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch das Recht gewährt wird, das anzuwenden wäre, wenn die Rechtswahl nicht erfolgt sei. Für das Arbeitsrecht sei daher primär darauf abzustellen, in welchem Staat der Arbeitnehmer "gewöhnlich seine Arbeit verrichtet". Das ist der Ort, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, wenn ein solcher Mittelpunkt nicht feststellbar ist, der Ort, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeit ausübt. Dabei sei das Kriterium des Orts der Ausübung der beruflichen Tätigkeit zum Schutz der Arbeitnehmer weit auszulegen. Im Streitfall sei daher zu ermitteln, in welchem Staat sich der Ort befinde, von dem aus der Kläger seine Transportfahrten durchführt, wo sich die Arbeitsmittel befinden, sowie an welche Orte die Waren hauptsächlich transportiert werden, wo sie entladen werden, wohin der Arbeitnehmer nach seinen Fahrten zurückkehrt und von woher Anweisungen zu diesen Fahrten ergehen. Eine Gesamtschau dieser

Kriterien und ihre Gewichtung durch das Gericht führten dann zur Entscheidung, wo der Ort des Arbeitsverhältnisses liege und welches Recht anwendbar sei.

### **Konsequenz**

Eine Rechtswahl im Arbeitsrecht ist zwar auch nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes möglich und zulässig. Spätestens dann aber, wenn grenzüberschreitend Leistungen erbracht werden oder mehrere Tätigkeitsorte existieren, muss der tatsächliche Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses, der dann auch das anwendbare Arbeitsrecht bestimmt, im Rahmen einer Gesamtabwägung bestimmt werden. Dabei darf die Rechtswahl nicht zum Verlust von Arbeitnehmerrechten führen.

## **11. Falsche Anrede bei Absage keine Diskriminierung**

### **Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gewährt einem aufgrund einer diskriminierenden Entscheidung abgelehnten Bewerber einen Schadensersatzanspruch. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hatte nunmehr darüber zu befinden, ob bei einem Bewerber mit Migrationshintergrund bereits bei einer falschen Anrede eine Diskriminierung vorliegen könnte.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin hat - an ihrem Namen erkennbar - einen Migrationshintergrund. Ihre Bewerbung war vom beklagten Arbeitgeber abgelehnt worden, wobei das Ablehnungsschreiben mit "Sehr geehrter Herr ..." begann. Die Klägerin leitete aus der falschen Anrede eine Diskriminierung wegen ihrer ethnischen Herkunft ab. Die eingereichte Bewerbung sei eindeutig gewesen. Die falsche Anrede belege damit, dass ihre Bewerbung wegen des an ihrem Namen erkennbaren Migrationshintergrunds von vornherein aussortiert und keines Blickes gewürdigt worden sei. Sie unterlag vor dem Arbeitsgericht.

### **Entscheidung**

Das Gericht urteilte, dass es für den Nachweis einer Benachteiligung aufgrund der Beweiserleichterungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zwar ausreiche, Tatsachen vorzutragen, aus denen sich nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine solche Benachteiligung ergibt. Der Vortrag der Klägerin reiche hierfür aber nicht aus. Die Verwechslung in der Anrede lasse keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vermuten, weil es mindestens genauso wahrscheinlich sei, dass es sich um einen schlichten Fehler bei der Bearbeitung des Schreibens handele.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig, sie zeigt aber - es war ein Urteil erforderlich - welche Reichweite die Beweiserleichterungsregelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes haben können.

## **12. Eheliche und nichteheliche Kinder erben gleich**

### **Erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder**

Mitte März 2011 hat der Bundesrat den Gesetzesentwurf zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder angenommen. Nichteheliche und eheliche Kinder erben nunmehr rückwirkend ab Mitte des Jahres 2009 gleich. Der Gesetzesentwurf basiert auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus Mai 2009.

### **Alte Rechtslage**

Grundsätzlich gilt im deutschen Erbrecht schon länger die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, mit einer Ausnahme: nach dem "Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969" steht nichtehelichen Kindern, die vor dem 1.7.1949 geboren sind, kein gesetzliches Erbrecht nach ihren Vätern oder dessen Verwandten zu, wenn diese am 2.10.1990 in der damaligen BRD gelebt haben. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte am 28.5.2009 festgestellt, dass diese Ungleichbehandlung im deutschen Erbrecht der europäischen Menschenrechtskonvention widerspricht. Eine Gesetzesreform war daher notwendig geworden.

### **Neue Rechtslage**

Nach dem Gesetzesentwurf werden alle vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder zukünftig gesetzliche Erben ihrer Väter. Für Erbfälle, die vor dem Verkünden der neuen Gesetzeslage

eingetreten sind, müssen Besonderheiten gelten: weil das Vermögen auf die nach alter Rechtslage berufenen Erben übergegangen ist, kann es nur in äußerst engen verfassungsrechtlichen Grenzen wieder entzogen werden. Das Gesetz tritt rückwirkend zum 29.5.2009 in Kraft; die Neuregelung ist also auf Erbfälle erweitert worden, die nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eingetreten sind. Lag der Erbfall vor dem Entscheidungsdatum, muss es wegen des grundgesetzlich normierten Rückwirkungsverbots bei der alten Rechtslage bleiben. Nur wenn der Staat selbst Erbe geworden ist (weil etwa keine anderen Erben vorhanden waren), haben die nichtehelichen Kinder des Erblassers Anspruch auf Auszahlung des Wertes des Vermögens.

### 13. **Deutschland muss Erbschaftsteuerbestimmungen ändern**

#### **Aufgaben der Europäischen Kommission**

Die Europäische Kommission ist ein überstaatliches Organ der Europäischen Union (EU). In deren politischem System nimmt sie Aufgaben der Exekutive wahr, hat aber auch noch weitere Funktionen, insbesondere besitzt sie das alleinige Initiativrecht für die EU-Rechtsetzung. Als "Hüterin der Verträge" überwacht sie die Einhaltung des Europarechts durch die EU-Mitgliedstaaten und kann gegebenenfalls Klage beim Europäischen Gerichtshof erheben.

#### **Rechtsverletzung durch den deutschen Staat**

In dieser Eigenschaft hat die Europäische Kommission Deutschland förmlich aufgefordert, seine Erbschaft- und Schenkungsteuerbestimmungen zu ändern, weil damit Bewohner anderer EU-Mitgliedstaaten diskriminiert werden, was wiederum einen Verstoß gegen das EU-Recht auf freien Kapitalverkehr darstellt. Diese Aufforderung der Kommission ergeht in Form einer mit Gründen versehenen Stellungnahme, was den zweiten Schritt eines EU-Vertragsverletzungsverfahrens darstellt. Sollte die Kommission binnen zweier Monate keine zufriedenstellende Antwort erhalten, kann sie Deutschland beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) verklagen.

#### **Hintergrund des Vertragsverletzungsverfahrens**

Nach deutschem Recht wird in Deutschland ansässigen Deutschen bei der Erbschaftsteuer je nach Verwandtschaftsgrad ein Freibetrag in Höhe von 500.000 EUR gewährt. Der Freibetrag beträgt jedoch nur 2.000 EUR, wenn sowohl der Erblasser als auch der Erbe ihren Wohnsitz nicht in Deutschland haben. Dies gilt im Fall der Schenkungsteuer entsprechend. Nach Ansicht der EU-Kommission sind diese Bestimmungen diskriminierend und stellen eine ungerechtfertigte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar. Dieser Grundsatz ist in Artikel 63 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 40 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum niedergelegt. Die Kommission macht geltend, dass derartige Bestimmungen im Ausland ansässige Deutsche davon abhalten könnten, in Deutschland zu investieren. Die Reaktion des deutschen Staates bleibt nun abzuwarten.

### 14. **Pauschale Zuschläge für Sonntags- oder Nachtarbeit nicht steuerfrei**

#### **Kernaussage**

Nach § 3b Abs. 1 EStG sind neben dem Grundlohn gewährte Zuschläge steuerfrei, wenn sie für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt werden. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist allerdings, dass die Zuschläge neben dem Grundlohn geleistet werden; sie dürfen nicht Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte, auch an Sonn- und Feiertagen oder nachts geleistete Tätigkeit sein.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Flugkapitän. Sein Brutto-Monatsgehalt setzt sich entsprechend einem Kollektivvertrag aus Grundgehalt und einer Flugzulage i. H. v. 36,9 % des Grundgehalts zusammen. Zwischen den Tarifparteien wurde bzgl. der Flugzulage eine Widmung erstellt, in der eine Aufteilung nach Nachtarbeit, Samstagsarbeit, Sonntagsarbeit und für allgemeine Beruferschwernisse erfolgt. Die Zulagenkomponenten werden pauschal im Wege einer monatlich gleichbleibenden Flugzulage abgegolten. In seiner Einkommensteuererklärung erklärte der Kläger einen Teil der Zulage erfolglos als steuerfreie Nacht- und Sonntagsarbeit. Das Finanzgericht wies die gegen die Versagung der Anerkennung durch das beklagte Finanzamt gerichtete Klage zurück.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht entschied, dass der Kläger keine nach § 3b EStG steuerfreien Zuschläge erzielt

hat. Er hat neben dem Grundlohn keine Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit bezogen. Die streitige Flugzulage, die auch die Erschwernisse der Nacht- und Sonntagsarbeit entgelt, ist vielmehr Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte, auch nachts und sonntags, geleistete Tätigkeit. Im Streitfall steht das monatliche Entgelt des Klägers in keinem Bezug zu seiner tatsächlich erbrachten zuschlagswürdigen Arbeitsleistung. Grundgehalt und Flugzulage werden vielmehr ungeachtet der Einsatzzeiten des Klägers in stets gleicher Höhe geschuldet. Außerdem wird diese monatlich gleichbleibende Pauschale auch im Rahmen der Urlaubs- und Weihnachtssonderzahlung sowie im Krankheitsfall gewährt.

### **Konsequenz**

Zuschläge für Sonntags- und Nachtarbeit sind nur dann und insoweit steuerfrei, als sie den im Einzelnen ermittelten Zuschlägen für tatsächlich geleistete Stunden zu diesen Zeiten entsprechen. Daher sollten diese Zeiten dokumentiert und entsprechend separat abgerechnet werden, um die Steuerfreiheit in Anspruch nehmen zu können.

## **15. Wirkung der Bekanntgabe von ErbSt-Bescheiden gegenüber Testamentsvollstrecker**

### **Rechtslage**

Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, hat dieser für die Erben die steuerlichen Pflichten zu erfüllen; insbesondere gibt er die Erbschaftsteuererklärung ab. Erbschaftsteuerbescheide sind ihm gegenüber verfahrensrechtlich bekannt zu geben. Für die Erfüllung der steuerlichen Pflichten von Vermächtnisnehmern ist der Testamentsvollstrecker regelmäßig nicht zuständig. Etwas Anderes ergibt sich nur dann, wenn ihn eine Wahrnehmungspflicht trifft oder er die Erbschaftsteuererklärung auch für die Vermächtnisnehmer tatsächlich abgibt. Das Finanzgericht Düsseldorf hatte über eine Konstellation zu entscheiden, in der sich ein Vermächtnisnehmer auf die Nichtigkeit eines Erbschaftsteuerbescheides berief, weil dieser nicht gegenüber dem Testamentsvollstrecker bekannt gegeben worden war.

### **Sachverhalt**

Über einen Nachlass war Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, wobei der Testamentsvollstrecker nicht nur die Erfüllung von Vermächtnissen sicherstellen, sondern die Vermächtnisgegenstände im Rahmen der Dauervollstreckung auch noch verwalten sollte. Die vorzeitige Freigabe aus der Verwaltung war allerdings möglich. Der Kläger war im Zusammenhang mit einem zweiten, selbstständigen Erbfall Vermächtnisnehmer geworden. In diesem zweiten Erbfall gaben die Erben die Erbschaftsteuererklärung selbst ab, in der das Vermächtnis Berücksichtigung im Rahmen der Veranlagung fand. Gegen die gegenüber dem Vermächtnisnehmer unmittelbar festgesetzte Erbschaftsteueranlagung, die ein ungünstigeres Verwandtschaftsverhältnis zugrunde lag, legte der Kläger Einspruch ein und beantragte zulässigerweise, dass der Erbschaftsteueranlagung das für ihn günstigere Verwandtschaftsverhältnis aus dem ersten Erbfall zugrunde gelegt werden sollte. Der Erbschaftsteuerbescheid sei nichtig, weil er nicht dem Testamentsvollstrecker bekannt gegeben worden sei.

### **Entscheidung**

Der Kläger unterlag vor dem Finanzgericht. Der Testamentsvollstrecker sei (zunächst) nur dann Zugangsvertreter, wenn er die Steuererklärung in Bezug auf diejenigen Personen abgegeben habe, die als Erben am Nachlass teilhaben. Dies gelte in der Regel nicht für die gegen einen Vermächtnisnehmer festzusetzende Erbschaftsteuer. Zwar müsse eine Bekanntgabe an den Testamentsvollstrecker dann erfolgen, wenn die Testamentsvollstreckung nicht nur auf Erfüllung des Vermächtnisses, sondern auch auf dessen Verwaltung gerichtet sei, was vorliegend der Fall war. Dennoch sei der Erbschaftsteuerbescheid im konkreten Fall nicht dem Testamentsvollstrecker bekannt zu geben gewesen. Denn aus dem Gesetz ergebe sich, dass die Regelungen über die Bekanntgabe von Steuerbescheiden gegenüber dem Testamentsvollstrecker nur dann eingreifen, wenn der Testamentsvollstrecker die Erbschaftsteuererklärung entweder tatsächlich abgegeben habe oder zumindest zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung verpflichtet war, was hier nicht der Fall war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die verfahrensrechtlichen Fallstricke in der Erbschaftsteuer. Der Vermächtnisnehmer ist verstärkt aufgefordert, sich um seine erbschaftsteuerlichen Angelegenheiten selbst zu kümmern. Allerdings ist die Revision ausdrücklich zugelassen worden.

## 16. Renten steigen zum 1.7.2011 um rund 1 %

### Rentenanstieg zum 1.7.2011 um knapp 1 %

die gesetzliche Rente ist die zentrale Säule der deutschen Alterssicherung. Für die über 20 Mio. Rentnerinnen und Rentner in Deutschland steigt die Rente zum 1.7.2011 um 0,99 %. In diesem Jahr wird erstmals die durch Schutzklauseln verhinderte Rentenminderung der Vergangenheit nachgeholt.

### Einzelheiten und Hintergrund

Grundlage der Rentenanpassung ist die Lohnentwicklung. Die Bruttolöhne und -gehälter sind in 2010 mit der wirtschaftlichen Erholung wieder deutlich angestiegen. Die für die Rentenanpassung relevante Lohnsteigerung in 2010 beträgt 3,10 % in den alten und 2,55 % in den neuen Bundesländern. Zunächst waren die Durchschnittsgehälter in der Wirtschaftskrise gesunken; in diesen Jahren hätte grundsätzlich eine Rentenkürzung vorgenommen werden müssen. Eine solche Rentenminderung musste aber aufgrund der bestehenden Rentengarantie, sog. Schutzklausel, unterbleiben. Der so entstandene Ausgleichsbedarf ist in den kommenden Jahren durch eine spezielle Rechenformel abzubauen.

### Weitere anpassungsdämpfende Faktoren

Neben der Lohnentwicklung ist auch der Nachhaltigkeitsfaktor in der Rentenanpassungsformel relevant, der die Veränderung des Verhältnisses von Rentenbeziehern zu Beitragszahlern auf die Rentenanpassung überträgt. Der Nachhaltigkeitsfaktor wird in 2011 mit 0,46 % anpassungsdämpfend wirken. Auch der sog. Riesterfaktor wirkt in der Rentenanpassung; er spiegelt die Belastung der Beschäftigten beim Aufbau ihrer Altersvorsorge wider: zum einen die steigenden Aufwendungen für die staatlich geförderte zusätzliche Altersvorsorge, und zum anderen etwaige Veränderungen des Beitragssatzes zur Rentenversicherung. Der Riesterfaktor wirkt sich in 2011 dämpfend mit 0,64 % auf die Rentenanpassung aus. Aus diesen Daten ergäbe sich zwar rechnerisch eine Anpassung der Renten in den alten Bundesländern von 1,99 % und in den neuen Bundesländern von 1,41 %. Beginnend mit der diesjährigen Rentenanpassung wird jedoch der Ausgleichsbedarf abgebaut, der durch die Anwendung der Schutzklausel in den vergangenen Jahren entstanden ist.

### Aktueller Rentenwert zum 1.7.2011

Zum 1.7.2011 steigt der aktuelle Rentenwert in den alten Bundesländern von 27,20 EUR um 0,99 % auf 27,47 EUR. In den neuen Bundesländern steigt der Rentenwert von 24,13 EUR auf 24,37 EUR.

## 17. Berücksichtigung des Geschlechts von Versicherten ist diskriminierend

### Kernproblem

Die Anwendung geschlechtsspezifischer Risikofaktoren ist im Bereich des Versicherungswesens weit verbreitet. Deutlich höhere Prämien zahlen Frauen z. B. wegen der höheren Lebenserwartung in der Rentenversicherung und der privaten Krankenversicherung. Dahingegen ist die Kfz-Versicherung für Frauen günstiger, da ihr Unfallrisiko geringer ist. Diese unterschiedliche Behandlung stellt eine Diskriminierung dar und ist mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar. Versicherungen müssen daher ab dem 21.12.2012 einheitliche Tarife anbieten.

### Sachverhalt

Die Kläger des Ausgangsverfahrens erhoben bei dem belgischen Verfassungsgerichtshof eine Klage auf Nichtigkeitserklärung eines belgischen Gesetzes zur Umsetzung der EG-Richtlinie zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Richtlinie 2004/113/EG). Nach dieser Richtlinie sind Unterschiede bei Versicherungsprämien, die sich aus dem Geschlecht als Risikofaktor ergeben, bis spätestens zum 21.12.2007 abzuschaffen. Allerdings sieht die Richtlinie eine Ausnahme vor, wonach die Mitgliedstaaten ab diesem Datum Ausnahmen von dem Grundsatz geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen zulassen dürfen, wenn die zugrundeliegenden Daten verlässlich sind und der Öffentlichkeit zugänglich sind. Mit dem streitgegenständlichen Gesetz wurde von dieser Ausnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht. Da eine Richtlinie der Union betroffen war, setzte der belgische Verfassungsgerichtshof das Verfahren aus und legt dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage nach der Vereinbarkeit der Ausnahmeregelung mit dem Gleichheits- und Diskriminierungsgrundsatz vor.

## Entscheidung

Der EuGH erklärte die Ausnahme von der Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen im Versicherungssektor für mit Wirkung zum 21.12.2012 ungültig. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, sofern eine solche Behandlung objektiv nicht gerechtfertigt ist. Die in der Richtlinie (Art. 5 Abs. 2) vorgesehene Ausnahme von der Gleichberechtigung von Frauen und Männern gestattet den Mitgliedstaaten eine unbefristete Ungleichbehandlung. Die Regelung ist daher mit dem in der Richtlinie verfolgten Ziel der Gleichbehandlung nicht vereinbar.

## Konsequenz

Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen diese Entscheidung auf den deutschen Versicherungsmarkt haben wird; insbesondere, ob Prämien erhöhungen zu erwarten sind. Altverträge sind von diesem Urteil jedoch nicht betroffen.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Ortbestimmung für sonstige Leistungen an JPDöR

#### Einführung

Seit dem 1.1.2010 werden juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPdöR, z. B. Gemeinden, Städte etc.), sofern ihnen eine USt-IDNr. zugeteilt wurde, für Zwecke der Ortsbestimmung von sonstigen Leistungen den Unternehmen gleichgestellt. Hierdurch können sich für die JPdöR Deklarationspflichten ergeben, insbesondere, wenn sie Dienstleistungen aus dem Ausland beziehen. Die Besteuerung hängt dabei von der Art der empfangenen Leistung, von der Verwendung der USt-IDNr. sowie davon ab, ob der Leistungsbezug für den unternehmerischen oder hoheitlichen Bereich erfolgt.

#### Neue Verwaltungsanweisung

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen hat zu dieser Thematik in 2010 ein ausführliches Merkblatt veröffentlicht. Es betrifft den Bezug von Leistungen durch JPdöR von Unternehmen, die im Ausland ansässig sind. Neben einer Darstellung der seit dem 1.1.2010 geltenden Rechtslage listet das Merkblatt 80 Fallvarianten und deren umsatzsteuerliche Erfassung auf. Nun wurde das Merkblatt inhaltlich überarbeitet und an die Gesetzesänderungen zum 1.1.2011 angepasst.

#### Konsequenz

JPdöR können das aktualisierte Merkblatt nutzen, um zu prüfen, ob und welche Konsequenzen sich ergeben, wenn sie Dienstleistungen aus dem Ausland beziehen. Allerdings setzt die Nutzung des Merkblattes voraus, dass die Art der beanspruchten Dienstleistung eindeutig bestimmbar ist. Dies klingt einfach, bereitet jedoch in der Praxis häufig erhebliche Probleme. Eine Fehlbeurteilung insoweit birgt Risiken, so dass im Zweifel steuerlicher Rat eingeholt werden sollte.

### 2. Erweiterung der Organschaft auf EU-Kapitalgesellschaften

#### Erfordernis des doppelten Inlandsbezugs

Die ertragsteuerliche Organschaft ist in Konzernen ein beliebtes "Gestaltungsmittel", um Gewinne und Verluste von rechtlich selbstständigen Gesellschaften miteinander zu verrechnen. Voraussetzung hierfür ist u. a., dass die Muttergesellschaft (Organträger) die Mehrheit der Stimmrechte bei der Tochterkapitalgesellschaft (Organgesellschaft) innehat und dass zwischen beiden Unternehmen ein Gewinnabführungsvertrag über eine Mindestdauer von 5 Jahren abgeschlossen wird. Weitere Voraussetzung für die Anerkennung der Organschaft ist, dass die Organgesellschaft sowohl ihren Satzungssitz als auch ihre Geschäftsleitung im Inland hat (doppelter Inlandsbezug).

#### Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission

Im Rahmen eines sogenannten Vertragsverletzungsverfahrens hat die Europäische Kommission entschieden, dass dieser doppelte Inlandsbezug eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt und somit europarechtswidrig sei. Als Begründung führt sie an, dass EU-/EWR-Kapitalgesellschaften, die die Voraussetzung des doppelten Inlandsbezugs nicht erfüllen, gegenüber

inländischen Kapitalgesellschaften, die sowohl Sitz als auch Geschäftsleitung im Inland haben, benachteiligt werden. Deutschland war damit aufgefordert, eine vertragskonforme Lösung zu finden.

#### **Schreiben des BMF vom 28.3.2011**

Nach dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) akzeptiert die Finanzverwaltung nunmehr auch im EU/EWR-Ausland gegründete Kapitalgesellschaft mit Geschäftsleitung in Deutschland als Organgesellschaften. Diese können zukünftig ihr Einkommen innerhalb einer steuerlichen Organschaft dem Organträger zurechnen, wenn auch die übrigen Voraussetzungen einer steuerlichen Organschaft erfüllt sind.

#### **Konsequenzen**

Das BMF-Schreiben ist zu begrüßen, wenn auch zeitnah eine gesetzliche Änderung der Vorschrift wünschenswert wäre. Zu beachten ist, dass zukünftig neben EU/EWR-Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung in Deutschland wohl auch AGs oder GmbHs mit Sitz in Deutschland und Geschäftsleitung im Ausland als Organgesellschaften fungieren können. Die weiteren Voraussetzungen einer Organschaft (insbesondere Gewinnabführungsvertrag über 5 Jahre sowie Stimmrechtsmehrheit) sind selbstverständlich weiterhin zu beachten.

### **3. Nachträgliche Reduzierung von Darlehenszinsen ist regelmäßig vGA**

#### **Kernproblem**

Zur Vermeidung einer Gewinnkorrektur durch das Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) ist bei der Gewährung eines Darlehens von der GmbH an einen Gesellschafter insbesondere darauf zu achten, dass die vereinbarten Zinssätze marktüblich sind. Nach jahrelanger Rechtsprechung erfolgt eine Bandbreitenbetrachtung, wonach Ober- und Untergrenze die banküblichen Haben- und Sollzinsen sind, wobei regelmäßig von einer Teilung der Spanne zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ausgegangen wird. Unabhängig davon liegt eine vGA auch vor, wenn der Darlehensgewährung keine klare, im Voraus getroffene, zivilrechtlich wirksame und tatsächlich durchgeführte Vereinbarung zugrunde liegt.

#### **Sachverhalt**

Kläger war eine GmbH, an der 2 Gesellschafter zu je 50 % beteiligt waren. Für ihre Geschäftsführertätigkeit erhielten beide ein festes Monatsgehalt, welches in den Streitjahren aber nur unregelmäßig ausgezahlt wurde. Daneben gewährte die Gesellschaft ein Darlehen, welches zunächst mit 6 % zu verzinsen war. Zur "Angleichung an den marktüblichen Zinssatz" erfolgte später eine Herabsetzung des Zinssatzes auf 2,75 %, obwohl eine Zinsanpassungsklausel nicht vorlag. Im Anschluss an eine Betriebsprüfung war das beklagte Finanzamt der Auffassung, dass in der Zinsreduktion ebenso eine vGA zu sehen sei wie in der unregelmäßigen Zahlung der Gehälter. Den Antrag des Steuerpflichtigen auf Aussetzung der Vollziehung der geänderten Körperschaftsteuerbescheide lehnte das Finanzamt ab. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem Finanzgericht Hamburg blieb erfolglos.

#### **Entscheidung**

Nach Auffassung des Finanzgerichts bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Bescheide. In der (freiwilligen) Reduzierung der Darlehenszinsen sei eine vGA zu sehen, da die GmbH gegenüber einem fremden Dritten nicht auf die vertraglich vereinbarten Zinsen verzichtet hätte, da eine Zinsanpassungsklausel nicht vorlag und auch sonst keine plausiblen Gründe genannt werden konnten. Der bloße Hinweis auf die veränderten "wirtschaftlichen Gegebenheiten" sei jedenfalls nicht ausreichend. Des Weiteren könne auch die unregelmäßige Zahlung der Monatsgehälter eine vGA darstellen, da es an einer tatsächlichen Durchführung der Gehaltsvereinbarungen fehle, wenn fällige Gehaltsansprüche nicht zeitnah erfüllt werden.

#### **Konsequenzen**

Das Urteil ist nachvollziehbar. Eine nachträgliche Reduzierung der Darlehenszinsen gegenüber einem beherrschenden Gesellschafter ist regelmäßig gesellschaftsrechtlich bedingt und somit als vGA zu werten. Soll in der Praxis daher eine regelmäßige Anpassung des Zinssatzes erfolgen, ist bereits im Vorhinein eine Zinsanpassungsklausel zu vereinbaren (z. B. EURIBOR plus fixer Risikozuschlag). Ist hingegen ein fester Zinssatz gewünscht, so ist bemerkenswert, dass nunmehr auch das FG Hamburg Zweifel daran äußert, ob der bisher übliche Vergleich mit einem fixen, aus den banküblichen Haben-

und Sollzinsen abgeleiteten Mittelwert ("Mittelwertmethode") die zutreffende Sollgröße für einen Drittvergleich darstellt. Nach neueren Urteilen kann der Steuerpflichtige vielmehr (auch) den für ihn günstigsten Wert innerhalb der genannten Bandbreite auswählen. Die weitere Entwicklung bleibt mit Spannung abzuwarten.

#### 4. **Asbestsanierung, Photovoltaikanlage und Vorsteuerabzug**

##### **Einführung**

Wer auf seinem Dach eine Photovoltaikanlage installiert, kann hieraus den Vorsteuerabzug in Anspruch nehmen, wenn er diese unternehmerisch nutzt. Sofern zwecks Installation der Photovoltaikanlage eine Dachsanierung notwendig ist, verweigert die Finanzverwaltung bisher den Vorsteuerabzug hieraus.

##### **Sachverhalt**

Anlässlich der Installation einer Photovoltaikanlage sanierte der Kläger das asbesthaltige Dach. Die Dachsanierung war nach der Gefahrstoffverordnung die Voraussetzung für die Aufbringung der Photovoltaikanlage. Dennoch verweigerte das Finanzamt den entsprechenden Vorsteuerabzug.

##### **Neues Urteil**

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz gibt dem Kläger Recht. Demnach steht dem Kläger der Vorsteuerabzug aus der Dachsanierung zu, soweit diese den Teil des Daches betrifft, auf dem die Photovoltaikanlage installiert ist.

##### **Konsequenzen**

Die Rechtsprechung zu dieser Thematik ist noch nicht gefestigt. Der Bundesfinanzhof (BFH) muss nun hierzu eine Entscheidung treffen. Aufgrund der jüngsten Urteile des BFH zum Vorsteuerabzug ist allerdings zu vermuten, dass die Entscheidung zugunsten der Betreiber erfolgen wird. Bis dahin müssen anders lautende Veranlagungen unter Verweis auf die beim BFH anhängigen Verfahren offen gehalten werden.

#### 5. **Europarechtliche Auslegung der Ansässigkeit im UStG**

##### **Kernproblem**

Nach dem Umsatzsteuergesetz (UStG) hat ein Unternehmer, der Leistungsempfänger für Werklieferungen und sonstige Leistungen eines im Ausland ansässigen Unternehmers ist, die Steuer von der Gegenleistung einzubehalten, anzumelden und an das für ihn zuständige Finanzamt abzuführen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann er u. U. für die nicht abgeführte Umsatzsteuer in Haftung genommen werden. Besondere Bedeutung kam im Streitfall dabei der Rechtsfrage zu, wie der Begriff der "Ansässigkeit" im Umsatzsteuerrecht auszulegen ist.

##### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine in der Baubranche tätige GmbH, die in den Streitjahren 1997 und 1998 Werklieferungen einer polnischen Firma bezog. Die polnische Firma hatte zwar Geschäftsleitung und Sitz in Polen, war in Deutschland aber durch einen Generalbevollmächtigten vertreten und verwendete bei Rechnungsstellung im Briefkopf auch eine inländische Anschrift. Nach Ansicht der Finanzverwaltung lag aufgrund des Vorliegens eines ständigen Vertreters (§ 12 AO) auch eine beschränkte Körperschaftsteuerpflicht vor. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die polnische Firma nahm das Finanzamt die inländische GmbH per Haftungsbescheid in Anspruch, da es sich bei der polnischen Firma um ein "im Ausland ansässiges Unternehmen" handele. Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb ebenso erfolglos wie die Klage vorm Finanzgericht (FG). Dessen Entscheidung wurde aber nunmehr vom Bundesfinanzhof (BFH) aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen.

##### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BFH ist das Finanzgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass für die Prüfung der Ansässigkeit entscheidend darauf abzustellen sei, ob die Errichtung einer Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen war oder sich zumindest ernsthaft um eine Eintragung bemüht wurde. Der Begriff der Ansässigkeit sei vielmehr nach dem Unionsrecht auszulegen. Diese sei zu bejahen, wenn eine feste Niederlassung bestehe, die einen hinreichenden Grad an Beständigkeit sowie eine Struktur aufweise, die von der personellen und technischen Ausstattung her eine autonome Erbringung der betreffenden Dienstleistungen ermögliche. So habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Bereich

des Transportwesens zumindest ein Büro verlangt, in dem Verträge abgefasst und die Entscheidungen der täglichen Geschäftsführung getroffen werden können.

### **Konsequenzen**

Das Urteil erging zwar zum UStG in der Fassung des Jahres 1993, ist aber auch für das geltende Umsatzsteuerrecht von Bedeutung, da sich insoweit an dem Haftungsrisiko des Leistungsempfängers sowie dem Tatbestandsmerkmal "Ansässigkeit" keine Änderungen ergeben haben. Im Ergebnis ist für die Auslegung des Begriffs somit rein auf die Vorgaben des Unionsrechts abzustellen, die Eintragung einer Zweigniederlassung im Handelsregister ist nicht entscheidend. Das Finanzgericht hat nunmehr im zweiten Rechtsgang zu prüfen, ob eine Ansässigkeit i. S. d. Europarechts vorliegt.

## **6. Finanzverwaltung verweigert rückwirkende Rechnungskorrektur**

### **Einführung**

Werden im Rahmen von Betriebsprüfungen Rechnungen beanstandet, so steht den Unternehmern der Vorsteuerabzug erst dann zu, wenn sie eine korrigierte Rechnung vorlegen. In der Zwischenzeit verlangt die Finanzverwaltung Zinsen nach § 233a AO, da die Korrektur der Rechnungen bisher insoweit keine Rückwirkung entfaltet.

### **Rechtslage**

Ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat nun für Aufregung gesorgt, da es einem ungarischen Unternehmer den rückwirkenden Vorsteuerabzug gestattete. In der Fachliteratur wird das Urteil unterschiedlich kommentiert. Mehrheitlich wird es als Hinweis dafür angesehen, dass eine rückwirkende Korrektur von Rechnungen möglich ist, so dass die bisher hiermit verbundene Zinsproblematik entfallen würde. Vertreter der Finanzverwaltung sehen dies natürlich anders. Jüngst ergangene Urteile der Finanzgerichte teilen die Auffassung der Finanzverwaltung. Nun wird sich der Bundesfinanzhof (BFH) hiermit auseinandersetzen.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Ministerium der Finanzen des Landes Brandenburg hat nun erstmals "offiziell" zum Urteil des EuGH Stellung bezogen. Es sieht hierin keinen Hinweis für eine rückwirkende Rechnungskorrektur und lehnt diese daher ab. In einem Schreiben an den Deutschen Steuerberaterverband bestätigt das Bundesfinanzministerium (BMF) diese Auffassung.

### **Konsequenz**

Was auch immer die Finanzverwaltung zu diesem Thema von sich gibt, eins dürfte klar sein: Eine Akzeptanz durch die Finanzverwaltung wird erst erfolgen, wenn der EuGH sich noch einmal mit dieser Thematik befasst und ein eindeutiges Urteil fällt. Bis dahin sollten Veranlagungen offen gehalten werden, denen nicht ordnungsgemäße Rechnungen zugrunde liegen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn rechtzeitig korrigierte Rechnungen vorgelegt werden können und die abgerechnete Leistung zweifelsfrei erbracht wurde. Unabhängig hiervon sollten es die Unternehmer erst gar nicht so weit kommen lassen und darauf achten ordnungsgemäße Rechnungen zu erhalten. Nur wenn "das Kind schon in den Brunnen gefallen ist", sollte das Urteil des EuGH als Hilfe herangezogen werden.

## **7. Zum Zufluss von Arbeitslohn bei Gehaltsverzicht**

### **Kernproblem**

Bei der Zahlung vom Arbeitslohn ist der Arbeitgeber grundsätzlich zum Einbehalt und zur Abführung von Lohnsteuer verpflichtet. Die Verpflichtung besteht jedoch erst in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließt. Ein Zufluss liegt unstreitig vor, wenn der Lohn in bar ausgezahlt oder auf ein Konto des Arbeitnehmers überwiesen wird. Besonderheiten bestehen indes beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, bei dem ein Zufluss bereits fingiert wird, wenn er im Zeitpunkt der Fälligkeit über die geschuldete Vergütung verfügen kann. Die genauen Anwendungsvoraussetzungen dieser Fiktion waren nunmehr Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesfinanzhof (BFH).

### **Sachverhalt**

Der Kläger war Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, an der er und seine Ehefrau mit je 50 % beteiligt waren. Gemäß seinem Geschäftsführungsvertrag stand dem Kläger in den Jahren 1998-2001 jeweils Weihnachtsgeld zu, das ihm allerdings tatsächlich nicht ausgezahlt wurde und bei der GmbH auch nicht als (Lohn-)Aufwand passiviert wurde. Im Anschluss an eine Betriebsprüfung vertrat das

beklagte Finanzamt die Auffassung, dass dem Kläger aufgrund seiner beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer-Stellung das vertraglich zugesagte Weihnachtsgeld bei Fälligkeit als zugeflossen gelte. Folglich nahm das Finanzamt die GmbH mit Haftungsbescheid für Lohn- und Kirchensteuer in Anspruch, soweit für das Weihnachtsgeld keine Lohnsteuer einbehalten worden war. Die hiergegen gerichtete Klage war sowohl beim Finanzgericht als auch beim BFH erfolgreich.

### **Entscheidung des BFH**

Nach Auffassung des BFH ist die Zuflussfiktion bei Fälligkeit des Weihnachtsgeldes vorliegend überhaupt nicht anwendbar, da der Kläger kein beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer sei. Eine solche Stellung liege regelmäßig nur dann vor, wenn er die Mehrheit der Stimmrechte besitze und deshalb bei Gesellschafterversammlungen entscheidenden Einfluss ausüben könne. Gesellschafter mit weniger als 50 % der Gesellschaftsanteile können zwar einem beherrschenden Gesellschafter gleichgestellt werden, wenn er mit anderen, gleichgerichtete materielle (finanzielle) Interessen verfolgenden Gesellschaftern zusammenwirke, um eine ihren Gesellschafterinteressen entsprechende Willensbildung der Kapitalgesellschaft herbeizuführen. Allein der Umstand, dass die Gesellschafter Eheleute sind, könne eine entsprechende Vermutung nach gefestigter Rechtsprechung nicht begründen. Des Weiteren sei durch den Gehaltsverzicht auch keine Zufluss begründende verdeckte Einlage bewirkt, da das streitige Weihnachtsgeld zu keinem Zeitpunkt als Aufwand bei der GmbH berücksichtigt worden war und somit zu keiner Mehrung ihres Vermögens geführt hat.

### **Konsequenzen**

Zwar ist das Urteil für den Steuerpflichtigen vorteilhaft, da die Rechtsprechung den Anschein vermittelt, dass das willentliche Unterlassen der Einbuchung einer Verbindlichkeit den Zufluss von Arbeitslohn verhindern kann. Dennoch ist in der Praxis Vorsicht vor einer solchen "Gestaltung" zu empfehlen, da die Verbindlichkeit sowohl nach handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung als auch steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften zwingend hätte eingebucht werden müssen. Hierauf ist der BFH in seinem Urteil nicht eingegangen.

## **8. Haftung des GmbH-Gesellschafters nach Forderungsabtretung der Bank**

### **Kernaussage**

Ein GmbH-Gesellschafter kann regelmäßig bei seinem Ausscheiden aus der GmbH die Befreiung von seinen Sicherungsrechten mit Ausgleichspflicht für Gesellschaftsschulden verlangen. Der Bundesgerichtshof entschied nun in 2 Parallelverfahren, dass sich dieser Freistellungsanspruch gegen die GmbH und grundsätzlich nicht auch gegen die Mitgesellschafter und Gläubiger richtet.

### **Sachverhalt**

Die Kläger sind neben dem Beklagten in dem einen Verfahren, das eine Vollstreckungsabwehrklage betrifft, Gesellschafter einer GmbH, die die Beklagte des Parallelverfahrens ist. Für Finanzierungsdarlehen der GmbH übernahmen die Kläger, die damals mit zusammen 26,6 % an der GmbH beteiligt waren, in Höhe von 1.52 Mio. DM die persönliche Haftung und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen. Eine Reduzierung ihrer Beteiligungsquote an der GmbH auf 0,06 % erfolgte infolge einer Kapitalerhöhung. An den restlichen Anteilen der GmbH ist der Beklagte seitdem unmittelbar und mittelbar beteiligt. Der Beklagte erwarb die Darlehensforderungen gegen die GmbH, nahm die Kläger mit der Behauptung, die Darlehen seien notleidend geworden, aus den Sicherheiten in Anspruch und pfändete deren Geschäftsanteile. Hiergegen haben die Kläger Vollstreckungsabwehrklage erhoben. Nachdem die Pfändung nicht innerhalb von 6 Wochen aufgehoben wurde, wurden die Kläger nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ausgeschlossen und die Einziehung ihrer Geschäftsanteile beschlossen. Hiergegen richtet sich die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen die beklagte GmbH.

### **Entscheidung**

Die Berufungsgerichte haben die Frage, ob die Kläger von der beklagten GmbH Befreiung von ihrer Haftung gegenüber dem Darlehensgläubiger verlangen und diesen Freistellungsanspruch auch gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter geltend machen können, unterschiedlich beantwortet. Während im Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozess festgestellt wird, dass die Gleichsetzung von Gesellschafter mit der Gesellschaft nur in vom Bundesgerichtshof (BGH) entwickelten Ausnahmen angenommen werden kann und eine solche nicht einschlägig sei, wird im Verfahren über die Vollstreckungsabwehrklage das Trennungsprinzip unter Berufung auf Treu und Glauben aufgehoben.

Der BGH hat einheitlich entschieden, dass ein Befreiungsanspruch der Kläger gegen den vollstreckenden Mitgesellschafter nicht besteht. Die Vollstreckungsabwehrklage war entsprechend abzuweisen. Die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage hatte jedoch aus anderen rechtlichen Aspekten Erfolg, denn bei Beschlussfassung stand bereits fest, dass die an die ausscheidenden Gesellschafter zu zahlenden Abfindungen nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft geleistet werden konnten. Da der Ausschließungsbeschluss mit dem Einziehungsbeschluss verbunden wurde, waren beide unwirksam.

### **Konsequenz**

In beiden Rechtsstreiten war die Frage des Freistellungsanspruches entscheidungserheblich. Denn hätte dieser bestanden, wäre die Vollstreckung unzulässig gewesen, was zur Verneinung der Voraussetzungen über die Ausschließung nach der GmbH-Satzung hätte führen können.

## **9. Ringweise getätigte Anteilsveräußerungen zur Verlustnutzung**

### **Kernproblem**

Veräußert ein Gesellschafter im Privatvermögen gehaltene Anteile an einer GmbH, an der er unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt ist, so ist ein hieraus erzielter Veräußerungsgewinn zu 60 % steuerpflichtig. Erleidet er hingegen einen Veräußerungsverlust, so kann er diesen ebenfalls nur zu 60 % mit anderen Einkünften verrechnen. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr die Frage zu klären, ob die Verlustberücksichtigung einen Rechtsmissbrauch darstellt, wenn der Veräußerer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Veräußerung seiner Anteile von einem anderen Mitgesellschafter dessen in gleicher Höhe bestehenden Gesellschaftsanteil an derselben Gesellschaft erwirbt.

### **Sachverhalt**

An einer im Jahre 2000 gegründeten GmbH, die fast ausschließlich mit Aktien am neuen Markt handelte und deren Vermögen sich aufgrund der negativen Börsenentwicklung entsprechend minderte, waren 7 Gesellschafter mit jeweils 50.000 EUR (14,29 %) beteiligt. Im Dezember 2001 veräußerten alle Gesellschafter ihre jeweilige Beteiligung reihum an einen Mitgesellschafter zum Kaufpreis von jeweils 7.500 EUR. Zeitgleich erwarben sie eine Beteiligung in gleicher Höhe von einem anderen Gesellschafter. Das Finanzamt erkannte den daraus erzielten Verlust i. H. v. 42.500 EUR wegen Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten nicht an. Sowohl Einspruch als auch Klage vor dem Finanzgericht blieben erfolglos, erst die Revision beim BFH führte zum gewünschten Erfolg.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BFH sind die Veräußerungsverluste steuerlich anzuerkennen, da es keinen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) darstellt, wenn die Veräußerung von Anteilen in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Erwerb von Anteilen in gleicher Höhe von einem anderen Mitgesellschafter steht. Dem Steuerpflichtigen stehe es vielmehr frei, ob, wann und an wen er seine Anteile an der GmbH veräußere. Da es keine gesetzlich ausdrücklich geregelte Vorschrift gebe, die im vorliegenden Fall eine Beschränkung des Verlustabzugs vorsehe, seien die Veräußerungsverluste entsprechend dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang auch, dass durch die Veräußerung eine Änderung der steuerlichen Ausgangslage erfolgt sei, da bei einer späteren Veräußerung der (neuen) Anteile der Gewinn oder Verlust unter Berücksichtigung der (neuen) niedrigeren Anschaffungskosten zu ermitteln ist.

### **Konsequenz**

Zwar ist das Urteil zu § 42 AO a. F. ergangen, durch die Änderung der Vorschrift im Rahmen des JStG 2008 dürfte sich aber an der Geltung der Urteilsgrundsätze nichts geändert haben. Abschließend sei noch auf eine für den Steuerpflichtigen ähnlich positive Entscheidung aus dem Jahr 2009 hingewiesen, wonach der BFH die Anwendung des § 42 AO auch bei der Geltendmachung von Verlusten ausschließt, die auf einem Verkauf und Wiederkauf von Wertpapieren am gleichen Tag beruhen.

## **10. Grundsatzurteil zum Vorsteuerabzug: Kein Vorsteuerabzug für Erschließungskosten**

### **Kernaussage**

Der Vorsteuerabzug ist nur dann gegeben, wenn der Unternehmer im Zeitpunkt des

Leistungsbezuges die betreffende Eingangsleistung für Zwecke seiner besteuerten wirtschaftlichen Tätigkeit zu verwenden beabsichtigt. Dies setzt einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang voraus. Mittelbare Motive sind irrelevant.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine GmbH, deren Alleingesellschafterin die Gemeinde ist. Ihr Unternehmensgegenstand ist der Erwerb, die Erschließung und die Veräußerung von Grundstücken. Die Klägerin hatte sich gegenüber der Gemeinde durch Abschluss eines Erschließungsvertrages zur Herstellung öffentlicher Erschließungsanlagen auf eigenen Grundstücken verpflichtet (§ 127 Abs. 2 BauGB). Die einzelnen Gewerbegrundstücke wurden während der Bauphase als öffentlich erschlossen an Dritte unter Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung verkauft. Das Eigentum an den Erschließungsanlagen verblieb bei der Klägerin, eine öffentliche Widmung wurde nicht vorgenommen. Die Klägerin ging davon aus, dass sie aus den von ihr bezogenen Bauleistungen zum Vorsteuerabzug berechtigt sei. Im Anschluss an eine Außenprüfung stellte das beklagte Finanzamt fest, dass der Vorsteuerabzug zu versagen sei. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vom Finanzgericht abgewiesen.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat die Revision der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen. Das Recht auf Vorsteuerabzug besteht nur, wenn der Unternehmer die bezogene Leistung für Ausgangsumsätze verwendet, die entweder steuerpflichtig sind oder einer steuerpflichtigen Leistung gleichgestellt sind. Darüber hinaus muss ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Lediglich mittelbar verfolgte Zwecke, wie vorliegend die Grundstücksveräußerungen, sind unbeachtlich. Denn bei Bezug der Leistungen für die Herstellung der Erschließungsanlagen hat die Klägerin beabsichtigt, diese unentgeltlich auf die Gemeinde zu übertragen. Dabei bedarf es nicht zwingend einer tatsächlichen Übertragung der Grundflächen der Erschließungsanlagen. Ausreichend ist die Zuführung zur öffentlich-rechtlichen Widmung. Diese unmittelbare Verwendungsabsicht der Klägerin hat sich in den Vertragswerken manifestiert. Der Vorsteuerabzug war daher zu versagen.

### **Konsequenz**

In Änderung seiner Rechtsprechung, stellt der BFH entscheidend auf die Verwendungsabsicht im Zeitpunkt des Leistungsbezuges ab. Demgegenüber ist der BFH in seiner früheren Rechtsprechung davon ausgegangen, dass der Erschließungsträger auch bei der unentgeltlichen Übertragung zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, der erst durch eine korrespondierende Entnahmebesteuerung korrigiert wird.

## **11. Versetzung ins Ausland während Elternzeit kann missbräuchlich sein**

### **Kernfrage**

Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber, wenn dies arbeitsvertraglich vereinbart ist, im Rahmen seines Weisungsrechts frei, zu bestimmen, an welchem Ort der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen hat. Das Landesarbeitsgericht Hessen hatte nunmehr über die Reichweite dieses Weisungsrechts gegenüber einem Arbeitnehmer in Elternzeit zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin war in leitender Position bei Arbeitgeber beschäftigt und Mutter eines 13-monatigen Kindes. Vor der Elternzeit war zwischen den Parteien vereinbart worden, dass die Klägerin während der Elternzeit 30 Stunden pro Woche weiterarbeiten werde, und zwar 3 Tage von zuhause aus und 2 Tage "im Büro", zu dem die Klägerin 30 km fahren musste. Etwas später teilte der Arbeitgeber mit, dass das bisherige Büro, in dem die Klägerin ihre Tätigkeit verrichtete, geschlossen worden sei und sie nunmehr 2 Tage pro Woche in der Konzernzentrale in London arbeiten solle. Die Kosten für Anreise und Übernachtung sollte die Klägerin im Wesentlichen selbst tragen. Gegen diese Änderung der Arbeitsbedingungen wehrte sich die Klägerin gerichtlich und gewann.

### **Entscheidung**

Zum einen stand nach Auffassung des Gerichts nicht abschließend fest, ob die gesamte Niederlassung des Arbeitgebers, in dem das Büro der Klägerin lag, geschlossen worden war. Unabhängig davon komme die Weisung des Arbeitgebers einer unzulässigen Strafversetzung gleich, weil bereits die Reise nach London zur Arbeitsleistung an 2 Tagen deutlich mehr als einen Arbeitstag

in Anspruch nehmen. Damit stünden dem vereinbarten Arbeitsumfang (= 30 Wochenstunden) ein Reiseaufwand und Abwesenheitszeiten von mindestens gleicher Zeit gegenüber. Dies sei unzumutbar und sprengt das vereinbarte Modell zur Arbeit in der Elternzeit. Über den Antrag konnte im einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden werden, weil es der Klägerin nicht - wie sonst üblich - zumutbar war, zunächst der Weisung Folge zu leisten und ein Urteil abzuwarten.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht nicht, sie erhöht aber den Schutz von Arbeitnehmern in Elternzeit deutlich, weil sich diese schneller gegen arbeitgeberseitige Weisungen verteidigen können.

## **12. Ungesicherte Darlehen als Anschein für Gesellschafterdarlehen?**

### **Kernaussage**

Eine Forderung aus der Rechtshandlung eines Dritten stellt nicht schon deshalb ein Gesellschafterdarlehen dar, weil es sich bei dem Dritten um eine nahestehende Person im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen handelt (§ 138 InsO). Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied nun, dass auch dann kein erster Anschein für eine wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Gesellschafterdarlehen begründet wird, wenn eine nahestehende Person dem Schuldner ein ungesichertes Darlehen gewährt.

### **Sachverhalt**

Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem im Februar 2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH & Co. KG. Die Gesellschaft hat nur einen Kommanditisten, der gleichzeitig auch alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin ist. Eine der Klägerinnen ist ebenfalls eine GmbH & Co. KG, deren alleiniger Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementärin der Bruder des Gesellschafters der insolventen GmbH & Co. KG ist. Diese Klägerin (GmbH & Co. KG) ist mit 58,72 % an einer dritten GmbH beteiligt, deren Geschäftsführer auch der Bruder ist. Weitere Klägerin war die nunmehr verstorbene Mutter der beiden Brüder. Sie hatte der jetzt insolventen GmbH & Co. KG im August 2005 ein ungesichertes Darlehen über 200.000 EUR gewährt. Mitte 2008 gewährte auch die dritte GmbH der insolventen GmbH & Co. KG ein ungesichertes Darlehen über 1 Mio. EUR. Ihre Forderung verkaufte die GmbH Ende 2008 an die klagende GmbH & Co. KG und trat sie ab. Die Klägerinnen meldeten die Darlehensforderungen als Insolvenzforderungen im Rang der Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) zur Tabelle an. Der Beklagte hielt die beiden für nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO) und bestritt die Forderungen. Die Klägerinnen obsiegten zuletzt vor dem BGH.

### **Entscheidung**

Die Forderungen der Klägerinnen waren nicht nachrangig im Sinne der Insolvenzordnung (InsO). Aus der Tatsache, dass die weitere GmbH eine dem Gesellschafter der insolventen GmbH & Co. KG und auch dieser selbst nahestehende Person (§ 138 InsO) war, konnte nicht geschlossen werden, dass eine dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vorlag. Die Anwendung der insolvenzrechtlichen Definition einer nahestehenden Person (§ 138 InsO) verbietet sich des Weiteren im Regelungsbereich der nachrangigen Insolvenzgläubiger (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), weil die Bestimmung auf einen anderen Anwendungsbereich zugeschnitten ist. Da für die infolge des MoMiG nach der neuen Gesetzeslage zu beurteilenden Fälle an die Merkmale der "Krise der Gesellschaft" und der "fehlenden Kreditwürdigkeit" nicht mehr angeknüpft werden kann, können diese auch keinen Beweis des ersten Anscheins dafür begründen, dass der zur Familie des Schuldners gehörende Darlehensgeber den Kredit ohne entsprechende Sicherheiten eingeräumt hat.

### **Konsequenz**

Die Gewährung von Privatdarlehen innerhalb der Familie allein im Vertrauen auf die Person des Darlehensnehmers ist allgemein nicht ungewöhnlich. Deshalb ist für die Annahme eines feststehenden Erfahrungssatzes, der die Beweislast nur aufgrund fehlender Sicherheitengestellung zu Lasten des Darlehensgebers verschiebt, kein Raum.

## **13. Bundesarbeitsgericht erklärt Spannensicherungsklauseln für unwirksam**

### **Kernaussage**

Eine tarifvertragliche Klausel, in der eine Sonderleistung für Arbeitnehmer vereinbart ist, die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaften sind (sog. einfache Differenzierungsklausel) verstößt nicht

gegen höherrangiges Recht und ist wirksam. Wird die Exklusivität dieses Anspruchs für Gewerkschaftsmitglieder tariflich durch eine sog. "Spannensicherungsklausel" oder Abstandsklausel abgesichert, wonach etwaige Kompensationsleistungen des Arbeitgebers an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer jeweils zwingend und unmittelbar einen entsprechenden zusätzlichen Zahlungsanspruch auch für Gewerkschaftsmitglieder begründen, so dass der Vorsprung für Gewerkschaftsmitglieder nicht ausgleichbar ist, überschreitet diese Klausel die Tarifmacht und ist unwirksam. Dies entschied jüngst das Bundesarbeitsgericht.

### **Sachverhalt**

Im Jahr 2008 hatten die Klägerin, ein Unternehmen der Hafen-Logistik, und die beklagte Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di einen Tarifvertrag über eine Erholungsbeihilfe von 260 EUR pro Jahr geschlossen. Diese sollte an Mitglieder von ver.di gezahlt werden. Hierbei handelte es sich um eine einfache Differenzierungsklausel. Weiterhin sollten die ver.di Mitglieder nach einer Spannensicherungsklausel im Tarifvertrag im Falle einer Zahlung von "entsprechenden oder sonstigen Leistungen" des Arbeitgebers an Nichtgewerkschaftsmitglieder unmittelbar einen gleich hohen, zusätzlichen Anspruch erhalten. Der Arbeitgeber hatte auf Feststellung der Unwirksamkeit beider Klauseln geklagt und unterlag vor dem Arbeitsgericht. Das Bundesarbeitsgericht hielt jedenfalls die Spannensicherungsklausel für unwirksam.

### **Entscheidung**

Anders als das Arbeitsgericht, das die Klage vollumfänglich abgewiesen hatte, gab ihr das Bundesarbeitsgericht zumindest teilweise statt. Die einfache Differenzierungsklausel des Tarifvertrages war wirksam. Der Tarifvertrag darf indes nicht dem Arbeitgeber die arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeit nehmen, die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer mit den Gewerkschaftsmitgliedern gleichzustellen. Diese Gleichstellung wurde mit der ebenfalls verwendeten Spannensicherungsklausel verhindert, die damit unwirksam war.

### **Konsequenz**

Ein Tarifvertrag darf nur den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zwingend und unmittelbar regeln, die der Tarifmacht der Koalitionen unterworfen sind. Hierzu zählen nicht die Arbeitsverhältnisse der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer.

## **14. Mehrjährige Haftstrafe rechtfertigt regelmäßig eine Kündigung**

### **Rechtslage**

Außerbetriebliches, insbesondere strafferhebliches Fehlverhalten rechtfertigt nur ausnahmsweise die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Die Kündigungsgrenze ist allerdings dann in der Regel erreicht, wenn es zu einer nicht mehr unerheblichen Verurteilung kommt. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer jüngeren Entscheidung die Voraussetzungen, unter denen eine Kündigung wegen einer Verurteilung zulässig sein kann, näher abgesteckt.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war länger bei einem großen Unternehmen beschäftigt. Im November 2006 wurde er in Untersuchungshaft genommen und im Mai 2007 - bei fortdauernder Inhaftierung - zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 7 Monaten verurteilt. Der Arbeitgeber besetzte den Arbeitsplatz des Klägers neu und kündigte das Arbeitsverhältnis im Februar 2008 ordentlich. Gegen die Kündigung wandte der Kläger ein, der Arbeitgeber hätte die Zeit der haftbedingten Abwesenheit überbrücken müssen, bis er den in Aussicht gestellten Freigängerstatus erlangt habe, unterlag aber vor dem Bundesarbeitsgericht.

### **Entscheidung**

Das Gericht sah die Kündigung aus einem personenbedingten Grund als zulässig an. Bei einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen einer Straftat ohne Bezug zur Arbeit ist insbesondere bei einer (längeren) Haftstrafe die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt. Da der Arbeitnehmer die Störung des Arbeitsverhältnisses selbst zu vertreten habe, seien dem Arbeitgeber zur Überbrückung der Fehlzeit nur geringere Anstrengungen zuzumuten als bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 2 Jahren verurteilt worden ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen.

**Konsequenz**

Die Entscheidung wird so interpretiert werden können, dass eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 2 Jahren eine ordentliche Kündigung rechtfertigt; die fristlose Kündigung braucht noch stärkerer Gründe.

**15. Bürgermeister muss Beiratsvergütung von Privatunternehmen abliefern****Kernaussage**

Das Bundesverwaltungsgericht entschied aktuell, dass ein Bürgermeister, der im Regionalbeirat eine Aktiengesellschaft seine Gemeinde als Aktionärin vertritt, seine gesonderte Vergütung für die Beiratstätigkeit abführen muss. Er erfüllt nämlich mit der Vertretung eine dienstliche Aufgabe seines Hauptamtes.

**Sachverhalt**

Der Kläger ist hauptamtlicher Bürgermeister der Beklagten, einer Stadt in Nordrhein-Westfalen. Diese ist an der RWE AG zu 0,01 % beteiligt. 2001 wurde der Kläger durch den Vorstand eines Tochterunternehmens der RWE AG in einen Regionalbeirat berufen. Die Regionalbeiräte dienen dem Dialog zwischen der RWE AG, ihren Geschäftspartnern und Aktionären. In diese Beiräte werden Bürgermeister berufen, deren Kommunen Aktionäre der RWE und Mitglieder im Verband kommunaler RWE-Aktionäre sind. In der Folgezeit forderte die beklagte Stadt den Kläger mittels zweier Leistungsbescheide über je 6.650 EUR auf, die für seine Beiratstätigkeit in den Jahren 2004-2005 erhaltene Vergütung an sie abzuführen. Die hiergegen gerichtete Klage blieb schließlich erfolglos.

**Entscheidung**

Anders als noch vom Berufungsgericht angenommen, folgt die Pflicht zur Ablieferung der Beiratsvergütung nicht aus der Nebentätigkeitsverordnung, weil die Tätigkeit im Beirat eines privaten Unternehmens nicht einer Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst gleichzustellen ist. Dies ist nur dann zulässig, wenn das Unternehmen von der öffentlichen Hand zumindest faktisch beherrscht wird und Vergütungen für Beiratsmitglieder mittelbar aus öffentlichen Kassen gezahlt werden. Dies war hier nicht der Fall.

**Konsequenz**

Ein Beamter ist zur Ablieferung einer Vergütung für eine Tätigkeit verpflichtet, die zu seinen dienstlichen Aufgaben im Hauptamt zählt. Wird ein Beamter daher nur in seiner Funktion als Bürgermeister in einen Beirat berufen, ist er dort nicht als Privatperson tätig. Mit der Übernahme der Beiratsmitgliedschaft macht er vielmehr von seiner Befugnis Gebrauch, die Gemeinde in diesem Gremium zu vertreten. Für ein Behaltendürfen der Vergütung ist dann kein Raum.

**16. Ausschließung eines Gesellschafters aus einer oHG oder KG****Rechtslage**

Verstehen sich die Gesellschafter untereinander nicht mehr, stellt sich schnell die Frage nach möglichen Trennungsalternativen: wie kann ein missliebiger Gesellschafter aus einer offenen Handelsgesellschaft (oHG) oder Kommanditgesellschaft (KG) ausgeschlossen werden, ohne gleich die Gesellschaft auszulösen?

**Ausschließungsklage**

Wird ein Gesellschafter durch Beschluss aus der Gesellschaft ausgeschlossen (§ 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB), scheidet er aus der Gesellschaft aus. Ist der Betroffene mit dem Ausschluss nicht einverstanden, bleibt den übrigen Gesellschaftern nur die Möglichkeit, eine Ausschließungsklage zu erheben (§ 140 HGB). Dies setzt einen wichtigen Grund in der Person des auszuschließenden Gesellschafters voraus, d. h. den anderen Gesellschaftern muss die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betroffenen Gesellschafter unzumutbar sein. Hier ist eine Prognose der zukünftigen Entwicklung erforderlich; es muss Wiederholungsgefahr bestehen. Nach dem Gesetz (§ 133 HGB) ist ein solcher Grund insbesondere vorhanden, wenn der Gesellschafter eine ihm obliegende wesentliche Pflicht vorsätzlich oder groß fahrlässig verletzt oder aber ihm die Erfüllung einer solchen unmöglich wird. Ein wichtiger Grund kann z. B. vorliegen, wenn der Gesellschafter gegen das Wettbewerbsverbot verstößt, Gelder veruntreut, unberechtigt Forderungen der Gesellschaft eingezogen oder deren Ruf gegenüber der Hausbank geschädigt hat. Ein Verschulden ist hierbei nicht notwendig.

### **Regelung des Ausschlusses im Gesellschaftsvertrag**

Der Gesellschaftsvertrag kann das gesetzlich vorgesehene Ausschließungsverfahren abändern und z. B. durch ein Beschlussverfahren ersetzen. Auch das Merkmal des wichtigen Grundes kann abweichend festgelegt werden. Die gesellschaftsvertragliche Regelung muss jedoch tatsächliche Gründe nennen; eine willkürliche Ausschlussmöglichkeit wäre wegen Sittenwidrigkeit unwirksam. Vor der Beschlussfassung ist dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren; wegen des Grundsatzes des Verbots des Richters in eigener Sache steht ihm kein Stimmrecht zu. Die Rechtmäßigkeit des Beschlusses kann der ausgeschlossene Gesellschafter nur durch Feststellungsklage überprüfen lassen.

### **Folgen des Ausschlusses**

Der Ausschluss eines Gesellschafters kommt nur in Betracht, wenn weniger einschneidende Mittel (wie z. B. Stimmrechtsentzug, Einsetzen eines Treuhänders) keinen Erfolg versprechen. Die Folge des Ausschlusses besteht darin, dass die Gesellschaft - im Unterschied zur GbR - im Übrigen fortbesteht. Bei einer 2-Personen-Gesellschaft erlischt diese zwar beim Ausscheiden eines Gesellschafters. Das Handelsgeschäft übernimmt jedoch der Verbleibende und führt es fort.

## **17. Haftung von Treugebern einer Kommanditgesellschaft**

### **Kernaussage**

Der Insolvenzverwalter verschiedener insolventer Falk-Fonds kann die Treugeberkommanditisten aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung der erhaltenen Ausschüttungen in Anspruch nehmen, soweit die gezahlten Einlagen den Anlegern zurückgezahlt wurden. Zwar trifft die gesetzliche Haftung des Kommanditisten für Schulden der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage unmittelbar nur die Treuhänderin. Diese kann von den Anlegern jedoch verlangen, von der Haftung freigestellt zu werden.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter mehrerer Fonds der Immobilienfondsgruppe Falk in der Form einer Kommanditgesellschaft. Die Beklagten der 8 Parallelverfahren waren über eine von der Treuhandkommanditistin zu verwaltende Einlage wirtschaftlich an der KG beteiligt. Gemäß dem Treuhandvertrag hatten die Treugeber die Treuhänderin entsprechend ihrem Anteil an der Kommanditbeteiligung von einer persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft freizustellen. Die Beklagten erhielten jährliche Ausschüttungen von 5 % ihrer über die Treuhänderin geleisteten Einlagen, obwohl die Fonds teilweise von Anfang an Verluste erwirtschafteten bzw. größtenteils nicht durch Gewinne gedeckt waren. Der Kläger nimmt die Beklagten aus abgetretenem Recht unter dem Gesichtspunkt der Kommanditistenhaftung (§§ 171, 172 Abs. 4 HGB) auf Rückzahlung der Ausschüttungen in Anspruch.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab den Klagen (überwiegend) statt. Der BGH hat zwar seine Ansicht bestätigt, dass die gesetzliche Haftung des Kommanditisten für Schulden der Gesellschaft in Höhe der Einlage unmittelbar nur die Treuhänderin trifft. Diese kann jedoch verlangen, dass die Anleger sie von der Haftung freistellen. Mit der Abtretung wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch um, so dass die beklagten Anleger dem Kläger die Ausschüttungen zurückzahlen haben, bis die Rückgewähr ihrer Kommanditeinlagen wieder ausgeglichen ist. Eine solche Abtretung verstößt weder gegen ein gesetzliches noch vertragliches Abtretungsverbot.

### **Konsequenz**

Anleger können sich nicht mit dem Argument vor der Inanspruchnahme schützen, dass alle Zahlungen über eine Treuhandkommanditistin gelaufen sind und sie nur zu dieser in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis stehen. Der Freistellungsanspruch begründet nämlich die Haftung der Anleger. Die mit diesen Urteilen geklärten Rechtsfragen können generelle Auswirkungen auf die zukünftige Gestaltung von Immobilienfonds haben.

## **18. Amt des Datenschutzbeauftragten kann nicht ohne Weiteres an Externe vergeben werden**

### **Kernaussage**

Grundsätzlich kann die Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Vorschriften (§ 626 BGB, § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG) aus wichtigem Grund widerrufen werden. Allerdings stellen weder die Entscheidung des Arbeitgebers, zukünftig die

Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten durch einen externen Dritten wahrnehmen zu lassen, noch die Mitgliedschaft im Betriebsrat, einen wichtigen Grund für den Widerruf dar.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist seit 1981 bei den Beklagten, einem Mutterunternehmen und deren Tochtergesellschaft, beschäftigt. 1992 wurde sie zu deren Datenschutzbeauftragten berufen. Seit 1994 ist die Klägerin auch Mitglied des Betriebsrates des beklagten Mutterunternehmens. 2008 beschlossen die Beklagten, die Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz zukünftig konzernweit einheitlich durch einen externen Dritten wahrnehmen zu lassen und widerriefen die Bestellung der Klägerin. Das beklagte Mutterunternehmen sprach zudem gegenüber der Klägerin eine Teilkündigung dieser Aufgabe aus. Gegen diese Maßnahmen richtete sich die Klage. Die Klägerin war zuletzt auch vor dem Bundesarbeitsgericht erfolgreich.

### **Entscheidung**

Die Bestellung der Klägerin zur Datenschutzbeauftragten war nicht wirksam widerrufen worden. Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes in Verbindung mit den zivilrechtlichen Bestimmungen (§ 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG; § 626 BGB) gewähren dem Beauftragten einen besonderen Abberufungsschutz. Damit sollen dessen Unabhängigkeit und die weisungsfreie Ausübung des Amtes gestärkt werden. Eine Abberufung ist nur aus wichtigem Grund möglich, wenn eine Fortsetzung des Rechtsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Zwar ist der Arbeitgeber bei der erstmaligen Bestellung frei, ob er einen internen oder externen Beauftragten für den Datenschutz bestellt. Hat er aber einen Internen bestellt, kann er dessen Bestellung nicht allein mit der Begründung widerrufen, er wolle nunmehr einen Externen konzernweit mit der Aufgabe betrauen. Allein in einer solchen Organisationsentscheidung liegt kein wichtiger Grund. Auch die Mitgliedschaft im Betriebsrat rechtfertigt es nicht, die Zuverlässigkeit eines Datenschutzbeauftragten in Frage zu stellen, wenn nicht zusätzliche konkrete Pflichtverstöße geltend gemacht werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung eines Arbeitgebers hinsichtlich einer konzernweiten einheitlichen Fremdvergabe des Amtes des Datenschutzbeauftragten stellt keinen wichtigen Grund für die Abberufung des mit dem Amt betrauten Mitarbeiters dar. Hinzutreten müssen weitere wichtige Gründe wie z. B. verhaltens- oder tätigkeitsbezogene Pflichtverstöße.

## **GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

### **1. Abgrenzung selbstständiger von nichtselbstständiger Tätigkeit eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers**

#### **Kernfrage**

Die Frage, ob ein Steuerpflichtiger eine Tätigkeit selbstständig oder nichtselbstständig ausübt, ist anhand einer Vielzahl in Betracht kommender Merkmale nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen. Für eine nichtselbstständige Tätigkeit können insbesondere persönliche Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit, feste Arbeitszeiten und Bezüge, Anspruch auf Urlaub und auf sonstige Sozialleistungen, Überstundenvergütung sowie Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall und Eingliederung in den Betrieb sprechen. Für persönliche Selbstständigkeit hingegen sprechen Selbstständigkeit in der Organisation und der Durchführung der Tätigkeit, Unternehmerinitiative, Bindung nur für bestimmte Tage an den Betrieb, geschäftliche Beziehungen zu mehreren Vertragspartnern sowie Handeln auf eigene Rechnung und Eigenverantwortung.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger, ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, hatte einen Beratungsvertrag mit seiner GmbH abgeschlossen. Dieser sah vor, dass der Kläger die Finanztechnik beratend begleitet. Der Vertrag enthielt keine Bestimmungen zu etwaigen Urlaubsansprüchen, Ansprüchen auf Sozialleistungen, Vergütung von Überstunden oder anderweitigen Ansprüchen oder Pflichten. Das beklagte Finanzamt sah in der klägerischen Tätigkeit eine gewerbliche. Das Finanzgericht gab der Klage gegen diese Festsetzung mit der Begründung statt, die Tätigkeit sei nichtselbstständig.

**Entscheidung**

Auf die Revision des Finanzamts hob der Bundesfinanzhof (BFH) das Urteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Finanzgericht zurück. Der abgeschlossene Beratungsvertrag ist nicht als Arbeits- oder Anstellungsvertrag zu werten. Es fehlt u. a. eine Weisungsgebundenheit, die Honorarabsprache ist ebenfalls unüblich für ein Anstellungsverhältnis.

**Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, wie das Finanzgericht die Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers einordnet. Eine unselbstständige Tätigkeit wird es offensichtlich nicht sein. In Anwendung eines Urteils aus 1991 auf die vereinbarte Tätigkeit ist davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers um eine selbstständige Tätigkeit und nicht um einen Gewerbebetrieb handelt, da er i. R. des Beratungsvertrags die eigentliche Geschäftsführertätigkeit nicht selbst ausübt, sondern nur unterstützend tätig ist.