



## Ihre Mandanteninformationen des Monats April

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.

### Allgemeine Steuerzahlungstermine im

Fälligkeit <sup>1</sup>		Ende der Zahlungs-Schonfrist
Mo. 13.05. <sup>2</sup>	Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	16.05.
	Umsatzsteuer <sup>4</sup>	16.05.
Do. 15.05.	Gewerbesteuer	19.05. <sup>2</sup>
	Grundsteuer	19.05. <sup>5</sup>

Die 3-tägige Schonfrist gilt nur bei Überweisungen; maßgebend ist die Gutschrift auf dem Konto der Finanzbehörde. Dagegen muss bei Scheckzahlung der Scheck spätestens 3 Tage vor dem Fälligkeitstermin eingereicht werden.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### Inhalt

#### Privatbereich

**S. 3**

1. Das Schicksal der Mietkaution in der Insolvenz des Vermieters
2. Steuerabzug bei beschränkt Steuerpflichtigen
3. Kindergeld für verheiratetes Kind und Anrechnung von Trennungsunterhalt?
4. Pendlerpauschale: Noch ein Schritt bis zum Glück
5. Anzahl der Erwerbe bei Kauf eines Grundstücks von Ehegatten
6. Vorsteuerabzug für Grundstücksgemeinschaften
7. Kindergeld: Private Krankenversicherung und Lohnsteuer nicht abziehbar
8. Unternehmer dürfen in AGB keine "Teillieferungen und Teilabrechnungen" erlauben
9. Schenkung einer Darlehensforderung an minderjährige Kinder

#### Unternehmer und Freiberufler

**S. 9**

1. Minderung des Kaufpreises bei arglistigem Verschweigen des Mangels
2. Anfangsbestand des steuerlichen Einlagekontos bei Betrieben gewerblicher Art
3. Pauschbeträge für unentgeltliche Wertabgaben
4. Buchführungspflicht bei Auslandsumsätzen
5. Vermutung der Kenntnis der Bank von Überteuering kreditfinanzierter „Schrottimobilie“ nur bei arglistiger Täuschung
6. Ermittlung der Buchführungspflicht – Bedeutung einer Ansparabschreibung

<sup>1</sup> Lohnsteuer-Anmeldungen bzw. Umsatzsteuer- Voranmeldungen müssen bis zum Fälligkeitstag abgegeben werden, da sonst Verspätungszuschläge entstehen können.

<sup>2</sup> Verschiebung des Termins auf diesen Tag nach § 108 Abs. 3 AO.

<sup>3</sup> Für den abgelaufenen Monat.

<sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat bzw. das 1. Kalendervierteljahr 2008.

<sup>5</sup> Vgl. H 11 EStH.



7. Kein Anspruch auf Steuerfestsetzung unter Vorbehalt
8. Verdeckte Treuhandverhältnisse und Zurechnung von Einkünften
9. Übernahme der Steuerberatungskosten bei Nettolohnvereinbarungen sind Arbeitslohn
10. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang
11. Unterschrift bei Kündigungen und Probezeit durch Formulararbeitsvertrag
12. Änderung eines Steuerbescheids
13. Katasterauszüge und Umsatzsteuerpflicht
14. Vorsteuerabzug bei Änderung der Verwendungsabsicht
15. Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen
16. Pkw-Vermietung an Arbeitgeber - Vorsteuerabzug für Arbeitnehmer
17. Keine Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
18. Teilwertabschreibung bei börsennotierten Aktien
19. Urlaubs(abgeltungs)anspruch darf nicht wegen Krankheit verfallen
20. Erleichterte Anforderungen an die krankheitsbedingte Kündigung in Kleinbetrieben
21. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von freigestellten Arbeitnehmern
22. Keine erweiterte Gewerbeertragskürzung für Zinseinkünfte

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

**S. 22**

1. Tantieme an Minderheitsgesellschafter
2. Verschleierte vGA kann Steuerhinterziehung sein
3. Erlass von Säumniszuschlägen bei Zahlungsunfähigkeit
4. Wirksamkeit einer tatsächlichen Verständigung
5. Ausgeschiedenen Gesellschaftern kann Einsicht in die Jahresabschlüsse nicht verweigert werden
6. Anspruch gegen Geschäftsführer auf Rückzahlung einer nicht geschuldeten Vergütung umfasst auch die abgeführte Lohnsteuer
7. Vertrauensschutz bei Untätigkeit der Finanzverwaltung
8. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit
9. Übertragung eines Grundstücks durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft grunderwerbsteuerfrei?
10. Vorsteuerberichtigung für Umlaufvermögen
11. Ort der Lieferung bei Kauf auf Probe
12. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit
13. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang
14. Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Steuerhinterziehung
15. Verlustvorträge mindern die Basis für Tantieme
16. Zufluss von Arbeitslohn
17. Entschädigungsanspruch nach AGG
18. Bilanzielle Behandlung von Franchise-Werbebeiträgen
19. Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nur bei unveränderten Arbeitsbedingungen



## Privatbereich

### 1. Das Schicksal der Mietkaution in der Insolvenz des Vermieters

#### **Kernproblem**

Hat der Vermieter eine Mietkaution nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt, ist der Rückzahlungsanspruch des Mieters nach Insolvenz des Vermieters nur als einfache Insolvenzforderung geltend zu machen.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist ehemalige Mieterin, der Beklagte ist Insolvenzverwalter für das Vermögen der ehemaligen Vermieterin, der H-AG. Das Mietverhältnis ist seit dem 30.11.2004 beendet, über das Vermögen der H-AG wurde im März 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin begehrt vom Beklagten die Rückzahlung der von ihr an die H-AG gezahlten Kautions in Höhe von 869,19 EUR zzgl. Zinsen. Die Vermieterin hatte die Kautions entgegen § 551 Abs. 3 BGB nicht von ihrem Vermögen getrennt angelegt. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, der BGH hat die Entscheidungen bestätigt.

#### **Entscheidung**

Der BGH entschied, dass der Klägerin kein Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO zusteht, weil die Mietsicherheit nicht individuell bestimmbar von der Vermögensmasse der Insolvenzschuldnerin getrennt angelegt worden war. Der Wohnungsmieter kann eine gestellte Mietkaution in der Insolvenz des Vermieters nur dann ungeschmälert herausverlangen, wenn der Vermieter diese von seinem sonstigen Vermögen getrennt angelegt hat. Verstößt der Vermieter gegen diese Bestimmung, ist der dem Mieter zustehende Auszahlungsanspruch nur eine einfache Insolvenzforderung und als solche zur Tabelle anzumelden (§§ 174 ff. InsO). Dies folgt aus dem insolvenzrechtlichen Grundsatz, dass eine Aussonderungsbefugnis bezüglich eines Kontoguthabens nur dann entstehen kann, wenn es sich um ein ausschließlich zur Aufnahme von Fremdgeldern bestimmtes Konto handelt. Der Mieter ist allerdings berechtigt, die Einhaltung der dem Vermieter obliegenden Verpflichtung, die Kautions gesondert anzulegen, auch durchzusetzen. Er kann vom Vermieter den Nachweis verlangen, dass die Kautions auch gesetzeskonform auf einem Treuhandkonto angelegt wurde. Solange der Vermieter dieser gesetzlichen Anlageverpflichtung nicht nachkommt, ist der Mieter grundsätzlich befugt, die geschuldete Mietzahlung bis zur Höhe des Kautionsbetrags zurückzuhalten.

#### **Konsequenz**

Der Mieter hat nur dann einen Anspruch auf ungeschmälerte Mietkaution gegen den insolventen Vermieter, wenn dieser die Mietsicherheit getrennt angelegt hat.

### 2. Steuerabzug bei beschränkt Steuerpflichtigen

#### **Kernproblem**

Das deutsche Steuerabzugsverfahren für beschränkt Steuerpflichtige steht seit Jahren auf dem europarechtlichen Prüfstand. Zuletzt hat der Bundesfinanzhof für das Streitjahr 1997 entschieden, dass der Abzug an der Quelle vorgenommen werden muss, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Vergütung im Inland steuerpflichtig sein könnte. Der ausländische Empfänger kann sich die einbehaltene Steuer nur im Erstattungsverfahren vergüten lassen.

#### **Sachverhalt**

Die niederländische Kapitalgesellschaft (B. V.) schloss mit der inländischen GmbH einen Vertrag über die Gewährung von Namens- und Sponsorenrechten für Engagements einer Musikgruppe im Rahmen ihrer Tournee in Deutschland ab. Die GmbH behielt von der Vergütung die Abzugssteuer in Höhe von 25 % der Bruttovergütung ein. Gegen die entsprechende Steueranmeldung erhob die B. V. Einspruch und beantragte die Aufhebung der Steueranmeldung, um darüber die Auszahlung der Abzugssteuer zu erreichen.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof wies die Klage der B. V. als unbegründet zurück. Die GmbH sei schon aus haftungsrechtlichen Gründen verpflichtet gewesen, den Steuerabzug vorzunehmen. Sobald die Steuerpflicht einer Vergütung auch nur zweifelhaft sei, müsse der Vergütungsschuldner die Abzugssteuer einbehalten und abführen. Das Steuerabzugsverfahren sei prinzipiell EG-rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Anfechtung der Steueranmeldung sei der falsche Weg, um die Überprüfung der Steuerpflicht zu bewirken. Vielmehr hätten GmbH oder B. V. vor Auszahlung der Vergütung einen Freistellungsbescheid beantragen können. Im Nachhinein bestehe für die B. V. die Möglichkeit, die Steuerpflicht vom Bundeszentralamt



für Steuern überprüfen und sich die Steuer wieder erstatten zu lassen. Dieser „Umweg“ sei ebenfalls europarechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere entstünden dadurch keine zusätzlichen Liquiditätsnachteile, da die Anfechtung der Steueranmeldung ohnehin nur eine Erstattung an die GmbH, nicht aber an die B. V. bewirkt hätte.

### **Konsequenz**

Der Bundesfinanzhof bestätigt mit diesem Urteil noch die Rechtmäßigkeit des zweistufigen Verfahrens von Steuerabzug an der Quelle und anschließendem Erstattungsverfahren. Allerdings betrifft dieses Urteil das Jahr 1997. Die Rechtmäßigkeit des Abzugsverfahrens seit Mitte 2002 hält der Bundesfinanzhof mit Blick auf die europäische Rechtsprechung zumindest für zweifelhaft.

Um eine Haftungsanspruchnahme zu vermeiden, kann den Vergütungsschuldern momentan nur empfohlen werden, im Zweifelsfall Abzugssteuer einzubehalten und abzuführen.

Allerdings hat sich der Bundesfinanzhof auch zu der gemeinschaftsrechtlich konformen Höhe des Steuereinkommens geäußert. Diese Ausführungen stehen teilweise im Widerspruch zu der pro-fiskalischen Auffassung der Finanzverwaltung.

## **3. Kindergeld für verheiratetes Kind und Anrechnung von Trennungunterhalt?**

### **Kernproblem**

Nach dem EStG besteht z. B. Anspruch auf Kindergeld für ein volljähriges Kind, wenn es sich in Berufsausbildung befindet. Zudem dürfen die für die Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung geeigneten Einkünfte und Bezüge des Kindes einen Jahresgrenzbetrag (ab 2004: 7.680 EUR) nicht übersteigen. Der BFH verlangt in seiner Rechtsprechung darüber hinaus eine typische Unterhaltssituation, die nach der Eheschließung des Kindes grds. nicht mehr vorliegt. Grund für diese Ansicht ist die Unterhaltspflicht des Ehepartners. Für die Eltern besteht nur eine nachrangige zivilrechtliche Unterhaltspflicht. Lebt das Kind von seinem Ehegatten getrennt, kommt der Zahlung des Trennungunterhalts besondere Bedeutung zu. Was ist, wenn der Ehegatte nicht zahlt? Hierzu gibt es eine Entscheidung des Hessischen FG.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Wenn das volljährige Kind verheiratet ist, können Eltern nur dann Kindergeld oder den Kinderfreibetrag erhalten, wenn die eigenen Einkünfte und Bezüge des Kindes zuzüglich der Unterhaltsleistungen des Ehepartners nicht das steuerliche Existenzminimum decken (sog. Mangelfall). Dieses entspricht dem o. g. Jahresgrenzbetrag. Auch gezahlter Trennungunterhalt ist als sonstiger Bezug zu berücksichtigen. Im Fall der Nichtzahlung war zumindest im Streitfall nach Auffassung der Familienkasse entscheidend, dass das Amtsgericht dem Kind Trennungunterhalt zugesprochen hatte. Den Einwand der Eltern, dass dieser gar nicht erfüllt wurde, ließ man nicht gelten.

### **Neue Entscheidung**

Das sah das Hessische FG anders. Nach Auffassung der Richter ist entscheidend, ob das verheiratete Kind die Unterhaltszahlungen des getrennt lebenden Ehegatten auch tatsächlich erhalten hat. Fehlt es am sog. Zufluss und liegt auch kein freiwilliger Verzicht des verheirateten Kindes auf die Unterhaltsansprüche vor, bleibt der Kindergeldanspruch der Eltern bestehen.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist nicht rechtskräftig geworden, denn beim BFH wurde Revision eingelegt. Unter Berücksichtigung der steuerlichen Zuflussregelungen sollte der Auffassung des FG jedoch zu folgen sein.

## **4. Pendlerpauschale: Noch ein Schritt bis zum Glück**

### **Kernproblem**

Durch das Steueränderungsgesetz 2007 wurde hinsichtlich der Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte/Betrieb (Pendlerpauschale) eine Systemänderung vorgenommen. Danach werden die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte nunmehr der Privatsphäre (die Arbeit beginnt am Werkstor) zugerechnet. Zum Ausgleich von Härtefällen können Fernpendler ab dem 21. Kilometer der Entfernung die Entfernungspauschale (wie bisher) in Höhe von 0,30 EUR je Entfernungskilometer wie Werbungskosten/Betriebsausgaben abziehen. Ab dem 1. Kilometer abzugsfähig bleiben Familienheimfahrten bei doppelter Haushaltsführung oder Fahrten behinderter Menschen, die an Stelle der Entfernungspauschale die tatsächlichen Kosten (alternativ pauschale Kilometersätze) ansetzen. Die Neuregelung ist auf breite Kritik gestoßen. Nicht nur einige Finanzrichter, sondern auch der BFH hält die Vorschrift für verfassungswidrig und hat jetzt das BVerfG angerufen.



### **Bisherige praktische Auswirkung**

Nach Anweisung des BMF war allen Arbeitnehmern bei Antragstellung zunächst der Freibetrag im Lohnsteuerermäßigungsverfahren zu gewähren, nachdem diese ihren Einspruch und ihren Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Finanzamt zu Protokoll erklärt hatten. Ein Risiko bestand dabei für den Finanzminister nicht, denn der Eintrag des Freibetrags führt von Gesetzeswegen automatisch zu einer Pflichtveranlagung zur Einkommensteuer. Hier kann dann der Steuervorteil wieder genommen werden. Bis zu einer Entscheidung des BVerfG sollen auch alle Steuerbescheide ab 2007 wegen der Abschaffung der Entfernungspauschale von Amts wegen für vorläufig erklärt werden. Wird der Abzug in der Veranlagung (oder in Vorauszahlungsbescheiden ab 2007) beantragt, ist dem im Rahmen des Aussetzungsverfahrens zunächst stattzugeben.

### **Entscheidung und Folgen**

Auch der BFH hält die gesetzlichen Regelungen neben anderen Gründen wegen des Verstoßes gegen das objektive und subjektive Nettoprinzip für verfassungswidrig. Die Finanzverwaltung dagegen hält an ihrer Auffassung fest und hat nach der Entscheidung lediglich eine weitere Fallgestaltung in den vorläufigen Rechtsschutz mit aufgenommen. So sollen Ablehnungen oder Aufhebungen von Kindergeldbescheiden vorläufig ergehen, soweit die Einkunftsgrenze der Kinder allein wegen Anwendung der gekürzten Pendlerpauschale überschritten wird. Auch hier ist die Gewährung des Kindergelds zunächst nur im Rechtsbehelfs- und Aussetzungsverfahren möglich.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des BFH hat möglicherweise Signalwirkung für das BVerfG, dass voraussichtlich noch in diesem Jahr die Rechtsfrage abschließend klären wird. Bis auf die Verkündigung zur Behandlung der streitbefangenen Kindergeldbescheide hat sich für den Praktiker zunächst nichts Neues ergeben. Es bleibt bis zum Ausräumen aller Zweifel durch das BVerfG zu bedenken: Wird der Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte eingetragen, sollten die Steuernachzahlungen sicherheitshalber eingeplant werden. Zinsnachteile treten frühestens 15 Monate nach Ablauf des Veranlagungsjahrs ein. Wird im Rahmen einer vorläufig vorgenommenen Steuerfestsetzung im Rechtsbehelfsverfahren der Abzug beantragt, sollten die Gefahren einer sofort eintretenden Verzinsung des Aussetzungsbetrags bei negativem Entscheid des BVerfG nicht außer Acht gelassen werden.

## **5. Anzahl der Erwerbe bei Kauf eines Grundstücks von Ehegatten**

### **Einführung**

§ 3 Nr. 1 GrEStG sieht für Bagatellfälle eine Steuerbefreiung vor. Demnach sind Erwerbe von Grundstücken steuerbefreit, wenn der für die GrESt maßgebliche Wert 2.500 EUR nicht übersteigt. Bei dem Betrag handelt es sich um eine Freigrenze, d. h. mit Überschreiten der Grenze entfällt die Befreiung.

### **Kernfrage**

Sind mehrere Eigentümer an einem Grundstück beteiligt, stellt sich die Frage, ob es sich um einen Erwerb oder mehrere Erwerbe handelt. Denn durch Aufteilung der Veräußerung in eine Vielzahl von Erwerben kann im Einzelfall die Steuerbefreiung greifen. Die Finanzverwaltung vertritt hierbei die umstrittene Auffassung, dass nur dann mehrere Erwerbsgeschäfte vorliegen, wenn das Grundstück ausdrücklich durch jeweils gesonderte Rechtsgeschäfte übertragen wird. Fehlt es hieran, so soll die Zahl der Erwerbe der Anzahl der Erwerber entsprechen.

### **Beispiel:**

Die Ehegatten A und B sind je zur Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks (Wert 5.000 EUR, Zugewinnsgemeinschaft). Dies verkaufen sie an C.

Nach der Verwaltungsauffassung handelt es sich um 2 Erwerbsvorgänge über je 2.500 EUR, wenn die Übertragung durch getrennte Rechtsgeschäfte erfolgt. Ohne getrennte Übertragung soll es sich um einen Erwerbsvorgang in Höhe von 5.000 EUR handeln. Nur im erstgenannten Fall würde dann die Bagatellgrenze greifen.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des FG Nürnberg liegen bei der Veräußerung eines Grundstücks an einen Erwerber durch Ehegatten, die je zu 50 % Miteigentümer des Grundstücks sind und im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft stehen, 2 Erwerbsvorgänge vor. Die Vertragsgestaltung ist insoweit ohne Bedeutung. Nur für den Fall, dass das Grundstück dem Gesamtgut der Gütergemeinschaft zugehört, ist von einem Erwerb auszugehen.

### **Konsequenz**

Das FG stellt sich unter Berufung auf Urteile des BFH gegen die Verwaltungsauffassung. Auch wenn das Urteil sachgerecht ist, sollte sich die Vertragsgestaltung bei Grundstücksübertragungen weiterhin an den Vorgaben der Finanzverwaltung ausrichten, da die weitere Rechtsentwicklung offen ist.



## 6. Vorsteuerabzug für Grundstücksgemeinschaften

### Einführung

Der Vorsteuerabzug setzt u. a. voraus, dass ein Unternehmer Leistungen für sein Unternehmen bezieht und er hierüber eine ordnungsgemäße Rechnung besitzt. Gerade unternehmerisch tätigen Grundstücksgemeinschaften bereiten diese einfachen Grundregeln oft Probleme. Typisch hierfür ist der folgende Fall.

### Fall

Eine aus den Eheleuten A und B bestehende Grundstücksgemeinschaft investierte in ein im Eigentum der Grundstücksgemeinschaft stehendes Gebäude. A beauftragte die Bauleistungen und die Rechnungen wurden auf A ausgestellt. Die Grundstücksgemeinschaft vermietete das Objekt umsatzsteuerpflichtig und machte den Vorsteuerabzug aus den Investitionen geltend; das Finanzamt versagte diesen.

### Neues Urteil

Das FG kommt zu dem Ergebnis, dass, unter den besonderen Umständen dieses Falles, der Vorsteuerabzug zu gewähren ist. Als besondere Umstände wertete das FG:

### Konsequenz

die Vollmacht des A, für die Grundstücksgemeinschaft Verträge abzuschließen (auch wenn dies für die Vertragspartner nicht erkennbar war),

dass die Baumaßnahmen eindeutig dem Grundstück der Grundstücksgemeinschaft zuzuordnen waren,

dass keine Gefahr bestand, dass A und B mangels persönlicher Unternehmereigenschaft den Vorsteuerabzug missbräuchlich mehrfach geltend machen könnten.

## 7. Kindergeld: Private Krankenversicherung und Lohnsteuer nicht abziehbar

### Kernproblem

Für ein volljähriges Kind besteht ein Anspruch auf Kindergeld nur dann, wenn es Einkünfte und Bezüge, die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind, von nicht mehr als aktuell 7.680 EUR im Kalenderjahr erzielt. Der Begriff der Einkünfte ist zwar gesetzlich definiert. Nach einem Beschluss des BVerfG sind jedoch Beträge, die wie die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge von Gesetzes wegen dem Einkünfte erzielenden Kind oder dessen Eltern nicht zur Verfügung stehen, einkunftsmindernd zu berücksichtigen. Von daher ist nach Auffassung des BVerfG jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein Gleichheitsverstoß gegenüber anderen Eltern vorliegt, deren Kinder die betreffenden Aufwendungen nicht haben. Der BFH hat bereits in der Vergangenheit unvermeidbare Beiträge für eine private Kranken- und Pflegeversicherung den Sozialversicherungsbeiträgen gleichgestellt. Jetzt gibt es eine weitere Entscheidung.

### Sachverhalt

In Erweiterung zur bisherigen Rechtsprechung hatten die Eltern den Abzug von einbehaltenen Lohn- und Kirchensteuern, Beiträgen zu einer privaten Zusatzkranken- und Kfz-Haftpflichtversicherung sowie privaten Rentenversicherung beantragt.

### Entscheidung

Nach der Entscheidung des BFH sind keine der beantragten Aufwendungen abzugsfähig. Beiträge für eine private Zusatzkrankenversicherung seien nicht unvermeidbar, da sie über die Mindestvorsorge hinausgingen, die dem Kind bereits als Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung zukomme. Ebenso wenig seien die Einkünfte eines Kindes um die Beiträge zur privaten Rentenversicherung zu mindern, wenn es sich – wie im Streitfall – in Berufsausbildung befinde und bereits in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sei. Denn auch diese Beiträge seien für die aktuelle Existenzsicherung des Kindes nicht erforderlich. Gleiches gelte für die Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung, denn das Halten eines Kfz gehöre nicht zum lebensnotwendigen Bedarf. Weil auch Kinder mit nicht lohnsteuerpflichtigen Einkünften Einkommensteuer zu bezahlen hätten, wurde der Abzug von Lohn- und Kirchensteuern abgelehnt. Zudem würden Lohnsteuern (anders als die Beiträge zur Sozialversicherung) später wieder erstattet, wenn das zu versteuernde Einkommen den Grundfreibetrag nicht übersteige. Gleiches gelte für die Kirchensteuer.

### Konsequenz

Der BFH wollte seine und die Rechtsprechung des BVerfG leider nicht zugunsten der Eltern erweitern. Die Argumente hierfür scheinen plausibel. Im Streitfall wurde auch der Abzug von Krankheitskosten (Kontaktlinsen) beantragt. Diese interessante Frage brauchte der BFH nicht zu beantworten, weil auch der Abzug dieser Kosten nicht zum Unterschreiten der Unschädlichkeitsgrenze geführt hätte. Hier könnte zumindest bei unvermeidbaren Krankheitskosten Hoffnung bestehen. Bei Kontaktlinsen kann man sich eine Ablehnung sinngemäß mit den Worten „Kassengestell tut’s auch“ durchaus vorstellen.



## 8. Unternehmer dürfen in AGB keine „Teillieferungen und Teilabrechnungen“ erlauben

### **Einführung**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt. Der Gesetzgeber hat vorgesehen, dass die Vertragsparteien die vertraglichen Inhalte frei gestalten können. Hierbei können sie grundsätzlich auch von den gesetzlichen Regelungen abweichen oder diese ausdrücklich ausschließen. Lediglich über wesentliche Gesetzesbestimmungen können sich die Vertragsparteien nicht hinwegsetzen. Dieses gibt den Verwendern von AGB einen großen Gestaltungsspielraum. Deshalb sollen gesetzliche Vorschriften (§§ 305 ff. BGB) verhindern, dass der AGB-Verwender, der die Gestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt, den anderen Teil unter Abbedingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt. In diesem Zusammenhang war umstritten, ob Wettbewerber unmittelbar gegen den Verwender unzulässiger AGB-Klauseln vorgehen können.

### **Entscheidung**

Die Antragsgegnerin bot Verbrauchern im Internet Latex-Kleidung an. In ihren AGB verwendete sie folgende Klausel: „Teillieferungen und Teilabrechnungen sind zulässig.“ Ein Wettbewerber sah in der Verwendung dieser Klausel eine unlautere Wettbewerbshandlung und beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das Gericht hat diesem Antrag stattgegeben. Die Teillieferungs- und Teilabrechnungsklausel sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen (§ 323 Abs. 1, Abs. 4 BGB) unvereinbar und verstoße gegen das Klauselverbot in § 309 Nr. 2 a BGB. Soweit § 266 BGB grundsätzlich dem Schuldner das Recht zu Teilleistungen abspreche, mag eine abweichende Regelung für sich noch nicht eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers bedeuten. Denn § 266 BGB wolle nur verhindern, dass der Gläubiger durch mehrfache Leistungen und deren jeweilige Entgegennahme belästigt werde. Die Antragsgegnerin habe sich nicht mit der Vereinbarung von Teilleistungen begnügt, sondern weitergehend damit auch eine Berechtigung zur Abrechnung dieser Teilleistungen in ihren AGB geregelt. Diese Teillieferung und Teilabrechnung sollen uneingeschränkt zulässig sein. Dann könnten Teillieferungen und Teilabrechnungen die Verzugsfolgen zulasten des Käufers auslösen, ohne dass dieser sein Interesse an der Zurückhaltung des Kaufpreises bis zur Gesamtlieferung geltend machen könne, § 320 BGB. Ein schutzwürdiges Interesse an einer Gesamtlieferung könne auch in den vorliegend denkbaren Fällen der Bestellung einer Mehrheit von einzelnen Waren in Betracht kommen, wenn die Produkte – etwa nach Farbe, Material oder Form – aufeinander abgestimmt sein sollen. Auch gebe die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei einem Ausstehen größerer Teile der Bestellung ein wirksames Druckmittel zur beschleunigten Lieferung der ausstehenden Ware. Gemäß § 309 Nr. 2 a BGB seien Regelungen in AGB schlechthin unwirksam, wenn das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB ausgeschlossen oder auch nur eingeschränkt werde. Darüber hinaus schränke diese AGB-Klausel auch das Recht des Verbrauchers ein, vom Vertrag insgesamt zurückzutreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse habe, § 323 Abs. 1, Abs. 5 BGB. Dies sei mit wesentlichen Grundgedanken dieser Regelung nicht vereinbar, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Diese Vorschriften seien dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, § 4 Nr. 11 UWG. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Unwirksamkeit der AGB-Regelung zugleich zu einem Verstoß gegen die Informationspflichten des § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB, § 1 Abs. 1 BGB-InfoV führe. Die Verbandsklagebefugnis nach § 1 UKlaG für die Verfolgung unwirksamer AGB sei nicht abschließend. Es sei nicht ersichtlich, warum gerade bei unwirksamen AGB auf das wirksamste Instrument ihrer Verfolgung – die Unterlassungsklage des Mitbewerbers – verzichtet werden solle. Die neben dem UKlaG auch nach dem UWG gegebene Klagebefugnis der Verbände sei nicht überflüssig, weil sich Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anspruchsverfolgung nach beiden gesetzlichen Regelungen erheblich unterscheiden könnten. Hinzu komme, dass die Umsetzungsfrist nach Art. 19 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken bereits abgelaufen sei und deshalb eine richtlinienkonforme Auslegung geboten sei.

### **Konsequenz**

Unternehmer, die Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten, sollten ihre AGB laufend überprüfen lassen. Zwar hat sich an der Rechtsfolge bei der Verwendung unwirksamer Klauseln nichts geändert. Für den vertraglichen Inhalt gelten in diesem Fall die – meistens für den Verwender ungünstigeren – gesetzlichen Regelungen. Jedoch hat sich der Kreis der Anspruchsberechtigten erheblich erweitert. Bislang konnten nur die nach dem UKlaG zugelassenen Verbände gegen die Verwender unzulässiger AGB-Klauseln vorgehen. Nunmehr sollen auch die Wettbewerber zur Verfolgung berechtigt sein. Es ist daher mit einer verschärften Kontrolle durch diese zu rechnen. In der Folge wird es diesbezüglich verstärkt zu Abmahnungen, einstweiligen Verfügungen und Unterlassungsklagen kommen.



## 9. Schenkung einer Darlehensforderung an minderjährige Kinder

### **Einführung**

Vermögensübertragungen innerhalb einer Familie, insbesondere auf minderjährige Kinder, unterliegen besonderen zivil- und steuerrechtlichen Anforderungen. Das Finanzamt prüft hier im Regelfall sehr genau, ob die gewählten Gestaltungen fremdüblich und tatsächlich durchgeführt worden sind. Vielfach wird die bloße scheinbare Verschiebung von Einkunftsquellen zum Zwecke der Steuerersparnis vermutet.

### **Sachverhalt**

Der Kläger (Mehrheitsgesellschafter einer GmbH) hatte seinen drei Kindern Teilbeträge einer Darlehensforderung, die er gegenüber seiner GmbH besaß, geschenkt. Daraufhin schlossen die Kinder, von denen zwei noch minderjährig waren, neue Darlehensverträge mit der GmbH ab, in denen die Verzinsung und die Rückzahlungsmodalitäten geregelt wurden. Die Kinder wurden beim Abschluss der Darlehensverträge lediglich durch ihre Mutter vertreten. Das Finanzamt behandelte daraufhin die Zinszahlungen der GmbH an die Kinder als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA). Zur Begründung trug das Finanzamt vor, dass die Kinder keine tatsächliche Verfügungsmacht über die Darlehensforderungen erlangt hätten, da die Schenkungen mangels wirksamer Vertretung unwirksam seien.

### **Entscheidung**

Der BFH hat – ebenso wie die Vorinstanz – die Zinszahlungen an die Kinder als Betriebsausgaben anerkannt. Insbesondere die Frage der Wirksamkeit der Schenkungen beurteilt der BFH anders als das Finanzamt. So sind die Schenkungen der Darlehensforderungen wirksam, da diese den Kindern lediglich einen rechtlichen Vorteil gebracht haben. Für den Abschluss der neuen Darlehensverträge hätten die Kinder hingegen durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden müssen, da die hierin geregelte Rückzahlung (Verlängerung der Laufzeit und der Kündigungsfrist) gegenüber der vorherigen Regelung für die Kinder nachteilig war. Damit waren die Verträge schwebend unwirksam, die Kinder aber trotzdem wirksam in den Besitz der Darlehensforderungen gelangt. Somit bestand auch eine wirksame Grundlage für die Zahlung der Zinsen.

### **Konsequenz**

Die GmbH als rechtlich selbstständige juristische Person und eigenes Steuersubjekt bietet deutlich mehr Schutz gegen einen steuerlichen Durchgriff des Finanzamts als eine Personengesellschaft. Allerdings sind die formellen und materiellen Kriterien des Fremdvergleichs zu beachten, um der Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung zu entgehen.



## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Minderung des Kaufpreises bei arglistigem Verschweigen des Mangels

#### **Kernproblem**

Der BGH hat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigendes Interesse des Käufers im Regelfall anzunehmen ist, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin kaufte von den Beklagten den Wallach „Diokletian“ als Dressurpferd zum Preis von 45.000 EUR. Sie verlangt im Wege der Minderung die Rückzahlung der Hälfte des Kaufpreises mit der Begründung, der Wallach sei mangelhaft, weil er aufgrund nicht vollständig gelungener Kastration zu „Hengstmanieren“ neige und deshalb als Dressurpferd weniger geeignet sei; dies hätten die Beklagten arglistig verschwiegen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das OLG.

#### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BGH steht der Umstand, dass die Klägerin den Beklagten keine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1 BGB) im Wege einer operativen Nachkastration gesetzt hat, ihrem Recht auf Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2, § 441 BGB) dann nicht entgegen, wenn die Klägerin über den Mangel arglistig getäuscht worden ist. Entschließt sich der Verkäufer, einen ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm noch eine zweite Chance zu gewähren, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat. Auch bei einer Mangelbeseitigung, die durch einen vom Verkäufer auszuwählenden Dritten vorzunehmen ist – hier durch einen Tierarzt –, fehlt auf Seiten des Käufers in der Regel die für die Mangelbeseitigung durch den Verkäufer erforderliche Vertrauensgrundlage.

#### **Konsequenz**

Der Käufer braucht dem Verkäufer keine Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen, wenn der Verkäufer einen behebbaren Mangel arglistig verschwiegen hat. Er kann sofort eine Minderung des Kaufpreises verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, weil die Vertrauensgrundlage beschädigt ist. Da gilt auch, wenn der Mangel durch einen Dritten zu beseitigen ist.

### 2. Anfangsbestand des steuerlichen Einlagekontos bei Betrieben gewerblicher Art

#### **Einführung**

Gesellschaftereinlagen in eine Kapitalgesellschaft sollen nach der Systematik des deutschen Körperschaftsteuerrechtes sowohl bei ihrer Einbringung als auch bei ihrer Rückführung ergebnisneutral behandelt werden. Um die Einlagenrückgewähr aber von steuerpflichtigen Gewinnausschüttungen, bspw. durch Auflösung von Gewinnrücklagen, unterscheiden zu können, muss deren gesonderte Feststellbarkeit gewährleistet sein. Unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften obliegt daher die Führung eines entsprechenden sog. steuerlichen Einlagekontos.

Als problematisch erweist sich die Ermittlung des Anfangsbestandes eines solchen Kontos allerdings bei Körperschaften, die unter Geltung des Anrechnungsverfahrens nicht zur Gliederung ihres Eigenkapitals verpflichtet waren. Grundsätzlich wird bei diesen Körperschaften nach dem Systemwechsel auf das Halbeinkünfteverfahren von einem Kontoanfangsbestand von Null ausgegangen.

#### **Entscheidung**

Der BFH hatte sich nunmehr mit einem städtischen Bäderbetrieb zu befassen, auf den als Betrieb gewerblicher Art die Regelungen des Einlagekontos „sinngemäße“ Anwendung finden. Der defizitäre laufende Betrieb des Bades hatte in früheren Jahren umfangreiche Verluste mit sich gebracht, die die Stadt durch Einlagen ausgeglichen hatte. Die Kommune wollte auch diese Zuführungen in die Bestandsermittlung des Einlagekontos einbezogen wissen. Der BFH sah indes keine gesetzliche Grundlage für diese Auffassung, sondern vielmehr die Gefahr, dass nach dem Systemwechsel erzielte Gewinne als steuerfreie Rückgewähr von Einlagen behandelt würden. Er entschied, dass Einlagen, die eine Trägerkörperschaft ihrem Betrieb



gewerblicher Art unter Geltung des Anrechnungsverfahrens zum Ausgleich von Verlusten zugeführt hat, nicht den Anfangsbestand des steuerlichen Einlagekontos erhöhen.

#### **Konsequenz**

Bei einer systemwechselbedingten, erstmaligen Feststellung des Anfangsbestandes eines steuerlichen Einlagekontos sind durch vorjährige Verluste aufgezehrte Einlagen – auch im Falle der Nachweisbarkeit ihrer Erbringung – nicht in die Ermittlung einzubeziehen.

### **3. Pauschbeträge für unentgeltliche Wertabgaben**

#### **Einführung**

Werden Wirtschaftsgüter aus dem Unternehmen für außerbetriebliche – i. d. R. private – Zwecke entnommen, so unterliegen diese Sachentnahmen regelmäßig der Ertrags- und Umsatzbesteuerung. Zur Vereinfachung setzt das BMF jährlich Pauschbeträge zur Ermittlung der Höhe der Entnahmen fest.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Pauschbeträge für das Jahr 2008 sind nun vom BMF veröffentlicht worden. Sie betreffen Gewerbezweige, die Einzelhandel mit Nahrungsmitteln betreiben, z. B. Bäckereien, Gaststätten etc.

#### **Konsequenz**

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

### **4. Buchführungspflicht bei Auslandsumsätzen**

#### **Einführung**

Neben der sich aus der handelsrechtlichen Buchführungspflicht ergebenden Pflicht, auch für steuerliche Zwecke Bücher zu führen (originäre Buchführungspflicht, § 140 AO), existiert eine eigenständige steuerliche (derivative) Buchführungspflicht. Diese tritt ein, wenn

- der Betrieb eine der in § 141 AO aufgeführten Wertgrenzen (u. a. 500.000 EUR Umsatz) überschreitet und
- von der Finanzbehörde auf diese Verpflichtung hingewiesen wird.

#### **Neues Urteil**

Das FG Berlin-Brandenburg hat nun ausgeführt, dass folgende Umsätze in die Überprüfung der Umsatzgrenze einzubeziehen sind:

- steuerpflichtige Umsätze
- steuerfreie Umsätze (ohne Umsätze nach § 4 Nr. 8 bis 10 UStG) sowie
- nicht steuerbare Umsätze, z. B. im Ausland erbrachte Umsätze.

#### **Konsequenz**

Das FG bestätigt damit die Auffassung der Finanzverwaltung, die auch überwiegend in den einschlägigen Kommentierungen geteilt wird. Dies dürfte allerdings auch der Intention der gesetzlichen Regelung entsprechen. Da das Urteil rechtskräftig ist, müssen sich Betriebe, die allein aufgrund ihrer Auslandsumsätze die Umsatzgrenze überschreiten, darauf einstellen von der Finanzverwaltung zur Buchführung verpflichtet zu werden.

### **5. Vermutung der Kenntnis der Bank von Überteuering kreditfinanzierter „Schrottimobilie“ nur bei arglistiger Täuschung**

Der BGH hat jüngst entschieden, dass der Käufer einer zu Anlagezwecken erworbenen Immobilie, die sich als sittenwidrig überteuert herausstellt, die den Kauf finanzierende Bank sogar im Fall eines institutionalisierten Zusammenwirkens mit dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts nicht ohne Weiteres auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Lediglich im Falle einer arglistigen Täuschung kann (widerleglich) vermutet werden, dass die Bank von der sittenwidrigen Überteuering Kenntnis hatte.

#### **Sachverhalt**

Die Kläger, ein Ehepaar, wurden 1992 von Vermittlern der H-GmbH geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine Eigentumswohnung zu erwerben. Die Mieteinnahmen sollten ausweislich einer den Klägern vorgelegten Bescheinigung monatlich 339,00 DM betragen. Finanziert wurde der Erwerb



durch ein Darlehen der beklagten Bausparkasse, die seit 1990 mit der H-GmbH regelmäßig zusammenarbeitete.

Später stellte sich heraus, dass die Miete für die Wohnung tatsächlich nur 220,84 DM und der Nettoertrag sogar nur 183,34 DM betrug. Daraufhin stellten die Kläger die Rückzahlung des Darlehens ein. Sodann kündigte die Beklagte das Darlehen, stellte den Restbetrag nebst Zinsen fällig und betrieb die Zwangsvollstreckung auch in das persönliche Vermögen der Kläger.

Die Kläger wandten sich gegen die Zwangsvollstreckung und beantragten unter anderem die Feststellung, dass die Beklagte aus dem Darlehensvertrag keine Rechte gegen sie habe sowie ihnen – Zug um Zug gegen Übertragung der Wohnung – den aus dem Abschluss des Darlehens- und Kaufvertrags resultierenden Schaden ersetzen müsse. Die Beklagte habe in mehrfacher Hinsicht ihre Aufklärungspflichten verletzt und insbesondere pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, dass der Kaufpreis sittenwidrig überhöht gewesen sei. Schließlich seien Zinssubventionen verschwiegen worden.

Beide Vorinstanzen blieben ohne Erfolg. Auf die Revision der Kläger hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

### **Entscheidungsgründe**

Das Berufungsurteil halte rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Es könne nämlich nicht abschließend verneint werden, ob die beklagte Bausparkasse aufgrund einer Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten schadensersatzpflichtig sei.

Nicht zu beanstanden sei die Ansicht des OLG, dass Darlehens- und Kaufvertrag kein verbundenes Geschäft i. S. von § 9 VerbrKrG seien. Auch habe das Gericht zu Recht eine Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich des angeblich überteuerten Kaufpreises verneint. Eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises lasse sich nur ausnahmsweise annehmen.

Eine sittenwidrige Überteuerung der Immobilie führt für sich genommen auch dann nicht zu der (widerlegbaren) Vermutung, die finanzierende Bank habe von der Überteuerung Kenntnis gehabt, wenn eine institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen der Bank und dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts vorliegt. Eine solche Vermutung kommt vielmehr nur bei einer arglistigen Täuschung der Käufer über den Kaufpreis in Betracht, für die es hier an ausreichendem Vortrag fehle.

Im Streitfall komme aber eine Aufklärungspflicht der Beklagten und ein daraus resultierender Schadensersatzanspruch der Kläger unter dem Gesichtspunkt eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs über die Risiken des Anlagegeschäfts in Betracht, und zwar hinsichtlich der Vermittlerangaben zu den erzielbaren Mieteinnahmen.

Die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung werde (widerlegbar) vermutet, wenn

- diese in institutionalisierter Art und Weise mit dem Vermittler des Objekts zusammengearbeitet,
- der Vermittler auch die Finanzierung der Kapitalanlage angeboten hat,
- dieser den Anleger durch falsche Angaben arglistig getäuscht hat
- und die Unrichtigkeit der Angaben nach den Umständen des Falles objektiv so evident war, dass sich nach allgemeiner Lebenserfahrung aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.

Diese Voraussetzungen lägen nach dem Vortrag der Kläger vor. Die Beklagte habe allerdings die danach gegebenenfalls widerlegbar zu vermutende Kenntnis von den fehlerhaften Angaben der Vermittler zu der erzielten Miete bestritten und für ihre fehlende Kenntnis Beweis angeboten. Ihr müsse daher Gelegenheit gegeben werden, die Vermutung zu widerlegen. Im Falle einer Aufklärungspflichtverletzung wegen eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs hätte die Beklagte die Kläger so zu stellen, wie sie ohne die Aufklärungspflichtverletzung gestanden hätten (§ 249 Satz 1 BGB). Dabei sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Kläger die Immobilie nicht erworben, den Darlehensvertrag nicht geschlossen und keine persönliche Haftung übernommen hätten.

Das OLG wird nun weitere Sachaufklärung leisten und die erforderlichen Feststellungen zur arglistigen Täuschung der Kläger und zu den weiteren Voraussetzungen eines möglichen Schadensersatzanspruchs aus Aufklärungsverschulden treffen müssen.



## 6. Ermittlung der Buchführungspflicht – Bedeutung einer Ansparabschreibung

### **Einführung**

Gewerbliche Unternehmer sind nach der Abgabenordnung verpflichtet, für ihren Gewerbebetrieb Bücher zu führen und aufgrund jährlicher Bestandsaufnahmen Abschlüsse zu machen, soweit dieser Betrieb einen Gewinn von mehr als 30.000 EUR im Wirtschaftsjahr ausweist. Bei der Beurteilung, ob diese Grenze überschritten ist, werden erhöhte Absetzungen oder Sonderabschreibungen nicht berücksichtigt. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass Betriebe allein wegen der Inanspruchnahme von erhöhten Absetzungen die Grenzen der Buchführungspflicht unterschreiten.

### **Entscheidung**

In einer Entscheidung jüngerer Zeit hatte sich das FG Berlin-Brandenburg nunmehr mit einem entsprechenden Sachverhalt zu beschäftigen. Der Kläger, ein Gastwirt, hatte Ansparabschreibungen in Höhe von 17.400 EUR gebildet und auf dieser Grundlage einen Gewinn in Höhe von (lediglich) 22.000 EUR errechnet. Das FA hielt dies für unzulässig. Die Ansparabschreibung sei wie die erhöhte Absetzung und die Sonderabschreibung in die Prüfung der Grenze mit einzubeziehen, was im streitgegenständlichen Falle zum Überschreiten der Buchführungsgrenze von 30.000 EUR führe.

Dieser Auffassung widersprach das Finanzgericht. Es stellte fest: Eine Ansparabschreibung, die bilanziell eine zu passivierende Rücklage darstellt, ist nicht mit erhöhten Absetzungen oder Sonderabschreibungen, also der bilanziellen Verminderung des Werts bestimmter Wirtschaftsgüter der Aktivseite, zu vergleichen.

### **Konsequenz**

Bei der Ermittlung des für eine evtl. Buchführungspflicht relevanten Gewinns ist eine Ansparabschreibung – anders als erhöhte Absetzungen oder Sonderabschreibungen – nicht dem Gewinn hinzuzurechnen.

## 7. Kein Anspruch auf Steuerfestsetzung unter Vorbehalt

### **Kernproblem**

Der Anteil verfassungs- oder europarechtswidriger Steuergesetze ist in Deutschland in den letzten Jahren angestiegen. Da bis zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Vorschrift durch die Gerichte viele Jahre vergehen, können nur wenige Steuerpflichtige im Nachhinein die Änderung ihres Steuerbescheids beantragen.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin reichte ihre Einkommensteuererklärung immer frühzeitig ein. Sie beantragte, den Einkommensteuerbescheid für 2003 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung zu erlassen. Gegenüber den Steuerpflichtigen, die ihre Erklärung erheblich später einreichten, sei sie benachteiligt. Es sei ihr aufgrund der frühen Bestandskraft ihres Steuerbescheids nicht möglich, von später ergehenden, allgemein anwendbaren Urteilen des Bundesfinanzhofs oder des Bundesverfassungsgerichts zu profitieren.

Eine Festsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung würde es ihr zumindest vier Jahre lang ermöglichen, von für sie günstiger Rechtsprechung zu profitieren.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz entschied, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Festsetzung ihrer Steuer unter dem Vorbehalt der Nachprüfung hat. Einzige Voraussetzung für eine Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ist, dass der Steuerfall noch nicht abschließend geprüft ist. Intention des Gesetzgebers bei Einführung dieser Vorschrift war die Beschleunigung der ersten Steuerfestsetzung und nicht das Offenhalten des Steuerbescheids zum Schutz des Steuerpflichtigen.

Zwar besteht in der Tat bei Rechtsprechungsänderungen eine Ungleichbehandlung von offenen, noch änderbaren und bestandskräftigen, endgültigen Steuerfestsetzungen. Diese Ungleichbehandlung verstößt aber nicht gegen den im Grundgesetz verankerten Gleichheitsgrundsatz.

Der Gesetzgeber hat der Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit im Einzelfall den Vorrang gegeben und dies ist nach Auffassung der Richter verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

### **Konsequenz**

Die der Entscheidung zugrunde liegende Problematik ist nicht neu. Allerdings erhält sie zunehmende Brisanz. In Zeiten unsauberer Gesetzgebung kann bei Abgabe der Steuererklärung nicht vorausgesehen werden, ob die anzuwendenden Rechtsvorschriften tatsächlich verfassungsgemäß sind.



Da ein Anspruch auf Vorbehaltsfestsetzung nicht besteht, muss jedenfalls im Zeitpunkt der Steuerfestsetzung genau überprüft werden, ob vor den Gerichten „nützliche“ Verfahren anhängig sind. Wenn der Einspruch gegen den Steuerbescheid auf anhängige Verfahren gestützt wird, wird die Steuerfestsetzung insoweit nicht bestandskräftig.

Darüber hinaus hilft spätes Einreichen der Steuererklärung zwar, den Zeitpunkt der Steuerfestsetzung nach hinten zu schieben. Dieser Zeitraum ist jedoch erfahrungsgemäß nicht lang genug, um von geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung profitieren zu können.

## 8. Verdeckte Treuhandverhältnisse und Zurechnung von Einkünften

### Kernproblem

Zinseinkünfte sind von demjenigen zu versteuern, der das Kapital unter eigenem Namen angelegt hat. Wer die Zinseinkünfte lediglich als Treuhänder erzielt, muss die Einkünfte nicht versteuern, wenn das Treuhandverhältnis eindeutig vereinbart und der Finanzbehörde nachgewiesen wurde.

### Sachverhalt

Ein türkischer Staatsangehöriger war in den Jahren 1995 bis 2003 in Deutschland ansässig und selbstständig als geprüfter Übersetzer und vereidigter Dolmetscher für Deutsch und Türkisch tätig. Zinseinkünfte erklärte er in den Streitjahren nicht. Die Steuerfahndungsstelle ermittelte, dass er in 1999 ca. 1,8 Mio. DM in die Türkei überwiesen hatte. In 2005 und 2006 wurden entsprechende Zinseinkünfte der Jahre 1995 bis 2003 nachträglich versteuert. Der Steuerpflichtige klagte gegen die geänderten Steuerbescheide. Er sei nicht Eigentümer des Kapitals gewesen, vielmehr habe er als Treuhänder mehrerer türkischer Geldgeber fungiert. Daher liege bei ihm auch keine Steuerhinterziehung vor.

### Urteil

Das Finanzgericht Baden-Württemberg entschied, dass dem Steuerpflichtigen die Zinseinkünfte in allen streitigen Jahren zuzurechnen waren, da er das Bestehen eines Treuhandverhältnisses nicht nachgewiesen hatte.

Das Gericht kam ebenfalls zu dem Schluss, dass er auch den Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt hatte. Aufgrund seiner Sprachkenntnisse war es ihm möglich, die im Erklärungsvordruck gestellten Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten. Er musste wissen, dass ihm die ausländischen Kapitaleinkünfte zuzurechnen waren. Soweit eine Unsicherheit seinerseits bestanden hätte, ob die Einkünfte in Deutschland zu versteuern seien, hätte er fachlichen Rat einholen müssen. Nach den Gesamtumständen hat der Steuerpflichtige zumindest eine Steuerverkürzung billigend in Kauf genommen.

### Konsequenz

Auf Verlangen der Finanzbehörde muss der Treuhänder das Treuhandverhältnis nachweisen. Diese Pflicht ist gesetzlich verankert und wird in Auslandssachverhalten noch verschärft. Weiß der Treuhänder, dass er das Treuhandverhältnis nicht nachweisen kann, muss er die Einnahmen versteuern, um sich nicht der Steuerhinterziehung strafbar zu machen.

## 9. Übernahme der Steuerberatungskosten bei Nettolohnvereinbarungen sind Arbeitslohn

### Kernproblem

Arbeitnehmer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber nach Deutschland entsendet werden, haben oftmals eine Nettolohnvereinbarung abgeschlossen. Diese garantiert den Arbeitnehmern unabhängig von den steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einen bestimmten Mindestlohn. Fraglich ist, ob die Übernahme von Steuerberatungskosten durch den aufnehmenden Arbeitgeber steuerpflichtiger Arbeitslohn ist.

### Sachverhalt

Der deutsche Arbeitgeber beschäftigte von der Muttergesellschaft aus Japan entsendete Arbeitnehmer. Aufgrund der abgeschlossenen Nettolohnvereinbarung übernahm der deutsche Arbeitgeber die Steuer und Sozialabgaben der Arbeitnehmer. Im Gegenzug traten die Arbeitnehmer alle Erstattungen aus Steuern und Sozialabgaben an den Arbeitgeber ab. In diesem Zusammenhang übernahm der Arbeitgeber auch die Kosten für die Erstellung der jährlichen Einkommensteuererklärungen der Arbeitnehmer durch einen Steuerberater.

Das Finanzamt nahm den Arbeitgeber in Haftung, weil dieser die Steuerberatungskosten nicht als Arbeitslohn behandelt und keine Lohnsteuer abgeführt hatte. Der Arbeitgeber klagte gegen die Haftungsan-



spruchnahme. Die Erstellung der Jahreserklärungen stehe aufgrund des Rückflusses überzahlter Lohnsteuer an ihn im überwiegend betrieblichen Interesse.

### **Urteil**

Das Finanzgericht Düsseldorf wies die Klage des Arbeitgebers als unbegründet zurück.

Steuerpflichtiger Arbeitslohn liegt nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs vor, wenn neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers auch ein erhebliches Interesse des Arbeitnehmers an der Übernahme der Kosten besteht.

Grundsätzlich sei der Arbeitnehmer nur zur Entsendung nach Deutschland bereit, wenn ihm ein bestimmter Nettolohn garantiert würde und er sich nicht mit den deutschen steuerlichen Vorschriften befassen müsse. Daher sei der ausländische Arbeitnehmer erheblich am Abschluss der Nettolohnvereinbarung interessiert. Seine Verpflichtung, an der Erstellung der Einkommensteuererklärung mitzuwirken und die Steuererstattungen an den Arbeitgeber abzutreten, sei nur Folge der seinem Interesse abgeschlossenen Nettolohnvereinbarung.

Die Übernahme der Steuerberatungskosten sei zwar auch verursacht durch den Wunsch des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer in Deutschland zu beschäftigen. Da daneben aber das nicht unerhebliche Interesse des Arbeitnehmers an der Nettolohnvereinbarung bestehe, sei die Kostenübernahme lohnsteuerpflichtig.

### **Konsequenz**

Die Gesamtwürdigung der Umstände hat das Finanzgericht diesmal dazu veranlasst, die Übernahme der Steuerberatungskosten als steuerpflichtigen Arbeitslohn zu qualifizieren, und bekräftigt damit die Auffassung der Finanzverwaltung. Noch im Jahr 2000 hatte das Gericht ernsthafte Zweifel am Vorliegen steuerpflichtigen Arbeitslohns.

Da der Arbeitgeber gegen das Urteil beim Bundesfinanzhof Revision eingelegt hat, kann in vergleichbaren Fällen Einspruch erhoben und das Ruhen des Verfahrens beantragt werden.

## **10. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang**

### **Rechtslage/Kernfrage**

Das Arbeitsrecht sieht für den Fall des Übergangs eines Betriebs oder Teilbetriebs vom bisherigen auf einen neuen Arbeitgeber diverse die Arbeitnehmer schützende Regelungen vor. Zentrale Norm ist § 613a BGB. Beispielsweise können die Konditionen der Arbeitsverhältnisse für ein Jahr nach Betriebsübergang regelmäßig nicht geändert werden, die übergelassenen Arbeitnehmer genießen Bestandsschutz. Auch Kündigungen wegen des Betriebsübergangs sind per se unzulässig. In der jüngeren Rechtsprechung besonders bedeutsam geworden sind aber die gesetzlich vorgesehenen Unterrichtungspflichten, die den alten und neuen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern im Hinblick auf den Betriebsübergang treffen. Diese Informationspflichten sind deshalb bedeutsam, weil ein Verstoß hiergegen regelmäßig zu der Annahme führt, dem Arbeitnehmer sei die ihm gesetzlich zustehende Möglichkeit genommen worden, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen und beim ursprünglichen Arbeitgeber angestellt zu bleiben. Rechtsfolge ist, dass die so unzureichend informierten Arbeitnehmer sogar nach Jahren noch einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den alten Arbeitgeber geltend machen können. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr in einer jüngeren Entscheidung die Informationspflichten gegenüber den Arbeitnehmern bei Betriebsübergang näher konkretisiert.

### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ursprungsbetrieb (Herstellung von Fertigbauteilen) sollte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten geschlossen werden. Der alte Arbeitgeber hatte sogar bereits Teile eines Sozialplans – unter anderem die Abfindungen – mit dem Betriebsrat ausgehandelt, bis der alte Arbeitgeber die Verhandlungen abbrach und mitteilte, ein anderes Unternehmen wolle den Betrieb übernehmen. Es kam zum Betriebsübergang, dem der Kläger nicht widersprach, wobei den Arbeitnehmern aber nicht mitgeteilt wurde, dass der neue Arbeitgeber nur Teile des Anlagevermögens sowie die Vorräte und halbfertigen Arbeiten übernahm. Insbesondere das Betriebsgrundstück wurde nicht auf den neuen Arbeitgeber, sondern anderweitig übertragen. Nachdem der neue Arbeitgeber in Insolvenz geraten war, wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem neuen Arbeitgeber gekündigt. Nachdem sich der Kläger mit dem neuen Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess verglichen hatte, verklagte er seinen alten Arbeitgeber und verlangte Schadensersatz in Höhe der Sozialplanabfindung, weil er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hätte, wenn er darüber unterrichtet gewesen wäre, dass das



Betriebsgrundstück nicht Teil des Betriebsübergangs wurde. Zwar unterlag der Kläger, weil der Sozialplan nicht wirksam zustande gekommen war und für andere finanzielle Ausgleichsansprüche ebenfalls einzelne Tatbestandsvoraussetzungen fehlten, grundsätzlich führte das Bundesarbeitsgericht aber aus, dass ein Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Unterrichtung der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang dem Grunde nach möglich gewesen wäre, weil die Arbeitgeber insbesondere auch darüber unterrichten mussten, dass das Betriebsgrundstück aus dem Betriebsübergang herausgelöst worden war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat weit reichende Folgen, denn das Bundesarbeitsgericht verschärft die Anforderungen, die an die Information der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gestellt werden, weiter. Aus der Entscheidung kann geschlossen werden, dass auch über die wirtschaftlichen und vertraglichen Rahmenbedingungen informiert werden muss. Aus dem Gesetz heraus ist diese Reichweite der Informationspflicht nicht zu entnehmen. Umso größer ist die Gefahr unzureichender Information.

## **11. Unterschrift bei Kündigungen und Probezeit durch Formulararbeitsvertrag**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Kündigungen haben zwingend schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet insbesondere, dass das Kündigungsschreiben im Original von der zur Kündigung berechtigten Person eigenhändig unterzeichnet wird. In einer vereinbarten Probezeit ist die Kündigung mit einer Frist von zwei Wochen regelmäßig ohne Angabe von Gründen zulässig. Dabei werden Probezeiten standardisiert in Arbeitsverträgen vorgesehen, was dazu führt, dass Probezeitklauseln der von den Arbeitsgerichten verstärkt durchgeführten Kontrolle nach den Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen. Nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Regelungen ist aber eine Arbeitsvertragsklausel bereits dann unwirksam, wenn sie überraschend oder unangemessen ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung sowohl über die Anforderungen an die Unterschrift bei einer Kündigung als auch über die Zulässigkeit einer Probezeitklausel unter den Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Gegen seine Kündigung geklagt hatte der Arbeitnehmer eines Fleischwerks, dessen (Standard)Arbeitsvertrag eine sechsmonatige Probezeit vorsah, und der überwiegend für einfache Tätigkeiten eingestellt worden war. Nach vier Monaten kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, wobei die Unterschrift unter der Kündigung nicht lesbar war. Der Arbeitnehmer machte mit seiner Klage geltend, die Schriftform sei bei der Kündigung wegen der Unleserlichkeit der Unterschrift nicht eingehalten. Im Übrigen sei die standardisierte Vereinbarung einer sechsmonatigen Probezeit bei nur einfachen Tätigkeiten unverhältnismäßig, sodass die Probezeitklausel unwirksam sei, was dazu führe, dass mindestens die ordentlichen, gesetzlichen Kündigungsfristen Anwendung finden müssten. Das Bundesarbeitsgericht wies die Klage in letzter Instanz ab. Die Unleserlichkeit der Unterschrift verstoße nicht gegen das Schriftform Erfordernis. Insoweit sei lediglich erforderlich, dass erkennbar sei, dass es sich um eine Unterschrift handle. Nur wenn die Kündigung ausschließlich paraphiert sei, sei das Schriftformerfordernis nicht gewahrt. Außerdem sei es auch bei „einfachen“ Arbeitsverhältnissen zulässig, eine sechsmonatige Probezeit durch einen Standardarbeitsvertrag, auf den grundsätzlich die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung finden, zu vereinbaren. Hier nutzen die Parteien alleine die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten aus, was weder überraschend noch unverhältnismäßig sei.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung führt insbesondere zur Rechtssicherheit bei Probezeitklauseln, die weiterhin in regelmäßig wieder verwendeten Standardarbeitsverträgen eingearbeitet bleiben können. Bei Kündigung ist darauf zu achten, dass die Unterschrift als solche noch erkennbar ist.

## **12. Änderung eines Steuerbescheids**

### **Kernproblem**

Ein Steuerbescheid wird einen Monat nach seiner Bekanntgabe bestandskräftig und kann danach nur noch in Ausnahmefällen geändert werden. Fällt dem Steuerpflichtigen auf, dass die Steuer zu hoch festgesetzt wurde, weil er die Steuererklärung nicht vollständig ausgefüllt hatte, kann er einen Antrag auf Änderung des Bescheids stellen. Das Finanzamt muss den Bescheid aber nur ändern, wenn der Steuerpflichtige nicht grob fahrlässig gehandelt hat.

**Sachverhalt**

Der im Arbeits- und Beamtenrecht tätige Rechtsanwalt ließ die Gewinnermittlung über einen Steuerberater erstellen. Seine Einkommensteuererklärung fertigte er selbst an. Er bemerkte im Jahr 2005, dass er seit dem Jahr 2000 die Beiträge zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte nicht als Sonderausgaben angerechnet hatte. Seinen Antrag auf Änderung der Einkommensteuerbescheide begründete er damit, dass sich aus dem Erklärungsvordruck nicht eindeutig ergebe, dass auch Aufwendungen zur Altersversorgung eines Selbstständigen einzutragen seien. Erwähnt würden lediglich Aufwendungen von Arbeitnehmern. Außerdem sei er davon ausgegangen, dass die Gewinnermittlung bereits die Beiträge berücksichtige. Es läge ein Rechtsirrtum, keinesfalls aber grobe Fahrlässigkeit seinerseits vor.

**Entscheidung**

Das Finanzgericht Köln warf dem Rechtsanwalt grob fahrlässiges Handeln vor, sodass eine Änderung der Steuerbescheide zu seinen Gunsten nicht möglich war.

Aufgrund fehlerhafter steuerrechtlicher Kenntnisse unterlag er zwar einem Rechtsirrtum. Dieser Irrtum hätte ihm jedoch auffallen müssen, wenn er die Steuererklärung mit der gehörigen Sorgfalt erstellt hätte. Im Erklärungsvordruck wird ausdrücklich nach Beiträgen von Nichtarbeitnehmern zur Sozialversicherung gefragt. Im Zweifelsfall hätte er seinen Steuerberater oder den zuständigen Finanzbeamten fragen müssen, ob die Beiträge zum Versorgungswerk in der Gewinnermittlung erfasst seien, oder er sie in der Einkommensteuererklärung separat angeben müsse.

**Konsequenz**

Je höher der Ausbildungsstand des Steuerpflichtigen ist, desto eher wird ihm, wenn er die Steuererklärung nicht vollständig ausfüllt, grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen. Dabei ist unmaßgeblich, in welchem Fachgebiet der Steuerpflichtige gut ausgebildet ist.

Dieses Urteil zeigt einmal mehr, dass das deutsche Steuerrecht zu komplex ist. Selbst der gut ausgebildete steuerliche Laie kann seinen Pflichten kaum problemlos nachkommen, ohne dabei Nachteile zu erleiden.

Die Abschaffung des Sonderausgabenabzugs für Steuerberatungskosten seit 2006 steht dazu jedenfalls in Widerspruch.

**13. Katasterauszüge und Umsatzsteuerpflicht****Einführung**

Leistungen der Vermessungs- und Katasterbehörden, die auch von öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren erbracht werden können, unterliegen der Umsatzsteuer. Die Erteilung von Auszügen aus dem Liegenschaftskataster fiel bisher nach Auffassung der Verwaltung nicht unter die unternehmerischen Tätigkeiten.

**Neue Verwaltungsanweisung**

In mehreren Bundesländern können neben den Vermessungs- und Katasterbehörden nunmehr auch Gemeinden und öffentlich bestellte Vermessungsingenieure Auszüge aus dem Liegenschaftskataster erteilen. Nach Ansicht des BMF unterliegen diese Leistungen damit in den betreffenden Bundesländern der Umsatzsteuer. Das BMF gewährt den Vermessungs- und Katasterbehörden sowie den Gemeinden jedoch eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2008, in der die Leistungen weiterhin als nicht steuerbar behandelt werden können.

**Konsequenz**

Die Erteilung von Auszügen aus dem Liegenschaftskataster wird in Abhängigkeit vom jeweiligen Bundesland entweder zukünftig der Umsatzsteuer unterliegen oder weiterhin nicht steuerbar sein.

**14. Vorsteuerabzug bei Änderung der Verwendungsabsicht****Einführung**

Der Umfang des Vorsteuerabzugs richtet sich nach der beabsichtigten Verwendung im Zeitpunkt des Leistungsbezugs. Weicht die spätere Verwendung von den für den ursprünglichen Vorsteuerabzug maßgeblichen Verhältnissen ab, so wird der Vorsteuerabzug regelmäßig nach § 15a UStG korrigiert.

**Fall**

Ein Ehepaar errichtete ein Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung. Das Ehepaar meldete ein Gewerbe „Vermietung von 2 Ferienwohnungen“ an. Eine Wohnung wurde zunächst für 3 Monate an Feriengäste vermietet und anschließend steuerfrei an die Mutter der Ehefrau. In die zweite Wohnung zog zeitgleich



die Ehefrau ein. Das Finanzamt wollte den Vorsteuerabzug versagen, da es die Auffassung vertrat, dass die Eheleute von Anfang an keine Absicht hatten, umsatzsteuerpflichtig zu vermieten.

#### **Urteil**

Das FG und ihm folgend der BFH gaben dem Finanzamt Recht. Nach Auffassung des BFH konnte das Ehepaar die behauptete ursprüngliche Verwendungsabsicht nicht durch objektive Anhaltspunkte nachweisen.

#### **Konsequenz**

Das Urteil weist nochmals wichtige Grundsätze und Prüfungskriterien auf, die in derartigen Fällen zu beachten sind.

Der Vorsteuerabzug kann nur komplett versagt werden, wenn die ursprüngliche Verwendungsabsicht nicht in gutem Glauben erklärt wurde bzw. objektive Anhaltspunkte hierfür fehlen. Ist dies nicht der Fall, kann das Finanzamt nur nach § 15a UStG korrigieren, auch wenn die Veranlagungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehen.

Insbesondere bei engem zeitlichem Zusammenhang zwischen Erklärung der Verwendungsabsicht und deren Änderung muss der Steuerpflichtige die Umstände plausibel darlegen, die zu einer geänderten Verwendung geführt haben. Ansonsten besteht die Vermutung, dass die tatsächliche Verwendung auch der ursprünglichen Verwendungsabsicht entspricht.

### **15. Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen**

#### **Einführung**

Die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung für innergemeinschaftliche Lieferungen setzt deren buch- und belegmäßigen Nachweis voraus. Die Nachweispflichten sorgen regelmäßig für Konflikte mit der Finanzverwaltung. Besonders ärgerlich für die Unternehmer waren bisher die Fälle, in denen die Steuerbefreiung alleine an den fehlenden Nachweisen scheiterte.

#### **Neues Urteil**

Der BFH hat sich nun zugunsten der Unternehmer der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen und seine Rechtsprechung diesbezüglich geändert. Demnach ist die Erbringung der Nachweise nicht mehr materielle Voraussetzung für die Gewährung der Steuerbefreiung.

#### **Konsequenz**

Steht zweifelsfrei fest, dass die Voraussetzungen einer innergemeinschaftlichen Lieferung vorliegen, ist diese trotz fehlender Nachweise steuerfrei. Der BFH weist allerdings ausdrücklich darauf hin, dass er diese Konstellation als Ausnahmefall ansieht. Im Regelfall besteht weiterhin die Vermutung, dass die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung nicht gegeben sind, wenn der Beleg- und der Buchnachweis fehlen. Die Unternehmer müssen daher weiterhin ihren Nachweispflichten nachkommen, um die Steuerbefreiung nicht zu gefährden.

### **16. PkwVermietung an Arbeitgeber – Vorsteuerabzug für Arbeitnehmer**

#### **Einführung**

Vermieten Arbeitnehmer z. B. ihren Pkw oder ihr Arbeitszimmer an ihren Arbeitgeber, so stellt sich umsatzsteuerlich die Frage, ob die Vermietung den Arbeitnehmer zum Vorsteuerabzug berechtigt.

#### **Fall**

Ein Arbeitnehmer kaufte einen Pkw und vermietete diesen an seinen Arbeitgeber. Dem Arbeitgeber wurden 190 EUR monatlich zzgl. USt in Rechnung gestellt. Gemäß Mietvertrag wurde der Pkw wiederum vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer und anderen Angestellten zur Nutzung überlassen. Die Nutzung betraf betriebliche und private Fahrten. Der Arbeitnehmer machte den vollen Vorsteuerabzug aus den Anschaffungskosten des Pkw geltend. Dies verweigerte das Finanzamt, da es den Arbeitnehmer entsprechend der lohnsteuerlichen Erfassung nicht als Unternehmer ansah.

#### **Urteil**

Ebenso wie die Vorinstanz qualifiziert der BFH den Arbeitnehmer hinsichtlich der Vermietungstätigkeit als Unternehmer. Ertragsteuerliche Grundsätze spielen insoweit keine Rolle. Die Identität zwischen Vermieter und (Mit-)Nutzer stellt keinen schädlichen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) dar.

#### **Konsequenz**

Die Finanzverwaltung wird nicht umhinkommen, derartige Vermietungen anzuerkennen. Vor Abschluss derartiger Verträge sollte allerdings steuerlicher Rat eingeholt werden, da auch ertragsteuerliche Konsequenzen derartiger Gestaltungen zu beachten sind.



## 17. Keine Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

### **Kernproblem**

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nicht unter ihrem Namen ins Grundbuch eingetragen werden. Anderenfalls würden Eintragungen vorgenommen, bei denen die Gefahr bestünde, dass Rechte verlaubar würden, die nicht verkehrsfähig sind, weil sich die Identität der betroffenen Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis, anders als bei einer registerpflichtigen GmbH, OHG oder KG, vom Grundbuchamt nicht zuverlässig beurteilen lassen.

### **Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, beantragte wegen einer titulierten Forderung von rund 3.400 EUR eine Zwangshypothek auf dem Grundstück der Eigentümerin einzutragen. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück, weil die im Titel ausgewiesene Gläubigerin nicht grundbuchfähig sei. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Das OLG hält die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) für nicht fähig, unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen zu werden. Die grundbuchrechtlichen Vorschriften geben dafür keinen Raum. Die Bedenken, dass anderenfalls Eintragungen vorgenommen würden, bei denen die Gefahr bestünde, dass Rechte verlaubar würden, die nicht verkehrsfähig sind, werden auch durch die vorgeschlagene Eintragungsvoraussetzung, die GbR müsse nur einen unterscheidungskräftigen Namen führen, nicht ausgeräumt. Die Fähigkeit der GbR, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist nur notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung für ihre Eintragungsfähigkeit in das Grundbuch nach geltendem Recht.

### **Konsequenz**

Der Widerspruch, der dadurch geschaffen ist, dass einerseits die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt ist, diese mithin Grundstückseigentümerin sein kann, andererseits nach geltendem Recht Bedenken gegen eine Eintragung der GbR als solche im Grundbuch bestehen, kann nur vom Gesetzgeber gelöst werden. Praktische oder rechtliche Schwierigkeiten bei der Eintragung in der herkömmlichen Weise – Eintragung der einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „GbR“ – ergeben sich nicht. Es wird dadurch unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass Eigentümerin der Liegenschaft die GbR ist.

## 18. Teilwertabschreibung bei börsennotierten Aktien

### **Einführung**

Seit dem Jahr 1999 setzt eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert in der Steuerbilanz voraus, dass der Teilwert aufgrund einer voraussichtlich dauernden Wertminderung niedriger ist als die (ggf. fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes. Ob eine Wertminderung von Dauer ist, ist insbesondere bei solchen Wirtschaftsgütern schwierig zu beurteilen, deren Wert regelmäßigen Schwankungen unterworfen ist, wie z. B. bei börsennotierten Aktien.

### **Auffassung der Finanzverwaltung**

Eine voraussichtlich dauernde Wertminderung liegt vor, wenn der Teilwert nachhaltig unter den maßgeblichen Buchwert gesunken ist. Von einem nachhaltigen Sinken des Teilwertes ist auszugehen, wenn aus der Sicht des Bilanzstichtags aufgrund objektiver Anzeichen ernstlich mit einem langfristigen Anhalten der Wertminderung gerechnet werden muss. Hierüber bedarf es einer an der Eigenart des Wirtschaftsgutes ausgerichteten Prognose. Bei börsennotierten Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens betrachtet die Finanzverwaltung Kursschwankungen nur als vorübergehende Wertminderungen. Nur Kurseinbrüche aufgrund von gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft sollen bei Aktien zu einer Teilwertabschreibung berechtigen.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH betrachtet den Fall differenzierter: Nach seiner Auffassung liegt eine voraussichtlich dauernde Wertminderung bei börsennotierten Aktien bereits dann vor, wenn der Börsenwert zum Bilanzstichtag unter die Anschaffungskosten gesunken ist und zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung keine konkreten Anhaltspunkte für eine alsbaldige Wertaufholung vorliegen. Die BFH-Richter begründen ihre Entscheidung mit dem Argument, dass Aktienkurse bereits die Erwartungen einer großen Zahl von Marktteilnehmern über die zukünftige Entwicklung des Kurses wiedergeben.

### **Konsequenz**

Für die Beurteilung, ob eine Wertminderung börsennotierter Aktien von Dauer ist, muss nach dem aktuellen BFH-Urteil nicht mehr zwischen Anlage- und Umlaufvermögen differenziert werden. Allerdings sind Teilwertabschreibungen auf Aktien bei Kapitalgesellschaften nicht mit steuerlicher Wirkung möglich.



Werden die Aktien im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens gehalten, wirken sich die Abschreibungen steuerlich nur zu 50 % (ab 2009: 60 %) aus.

## 19. **Urlaubs(abgeltungs)anspruch darf nicht wegen Krankheit verfallen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Auch das deutsche Arbeitsrecht unterliegt in diversen Punkten dem höherrangigen europäischen Recht. Dies gilt auch für Fragen des Urlaubs, die national im Bundesurlaubsgesetz geregelt sind. Sind Gerichte der Auffassung, deutsches Recht kollidiere mit höherrangigem europäischem Recht legen sie die Streitfrage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Streitgegenstand dieses Verfahrens sind die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes, nach denen der Resturlaubsanspruch eines Kalenderjahres nur auf die ersten drei Monate des Folgejahres (= Übertragungszeitraum) übertragen werden kann. Nur wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gewährt werden kann, besteht ein Urlaubsabgeltungsanspruch. Im Ergebnis verfällt damit der (Rest)Urlaub, wenn er wegen Krankheit nicht bis zum Ende des Übertragungszeitraums genommen werden kann, ohne dass ein Abgeltungsanspruch in Geld besteht. Der Europäische Gerichtshof hat derzeit darüber zu entscheiden, ob dieser gesetzliche Mechanismus europarechtskonform ist.

### **Entscheidung**

Auf Urlaubsabgeltung der Jahre 2004 und 2005 in Geld hatte ein Arbeitnehmer geklagt, der bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum Ende September 2005 über ein Jahr hinweg arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Der Arbeitgeber hatte die Urlaubsabgeltung verweigert, weil der Urlaubsanspruch wegen der Erkrankung nicht erfüllbar gewesen sei. Das Arbeitsgericht hatte die Klage zunächst noch abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht legte die Sache dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung darüber vor, ob es mit den Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar sei, wenn der Urlaubsanspruch sowie der bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehende Urlaubsabgeltungsanspruch erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ablauf des Urlaubsjahres und des sich anschließenden Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt sei. Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof, der dem Gericht eine Entscheidungsempfehlung vorlegt, votiert in seinen Schlussanträgen zugunsten des Arbeitnehmers. Denn die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie seien so zu verstehen, dass der Arbeitnehmer in jedem Fall seinen Mindesturlaub erhalten müsse, und zwar auch dann, wenn der Urlaub tatsächlich auch aus Krankheitsgründen nicht genommen werden kann. In diesen Fällen sei der Urlaub später zu gewähren. Damit verstoße das automatische Erlöschen des Urlaubsanspruchs gegen europäisches Recht. Auch der Urlaubsabgeltungsanspruch dürfe daher nicht entfallen, weil der Arbeitnehmer seinen Urlaub wegen Erkrankung nicht nehmen konnte.

### **Konsequenz**

Die Meinung des Generalanwalts ist Entscheidungsempfehlung für den Europäischen Gerichtshof. Sollte der Gerichtshof entsprechend der Schlussanträge entscheiden, dann ist die bisherige gesetzlich vorgesehene Verfallklausel für den Urlaub unwirksam. Damit besteht auch die unmittelbare Gefahr, dass arbeitsvertragliche Verfallklauseln, die sich an der gesetzlichen Regelung orientieren, gleichzeitig unwirksam werden.

## 20. **Erleichterte Anforderungen an die krankheitsbedingte Kündigung in Kleinbetrieben**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Kleinbetriebe im arbeitsrechtlichen Sinne sind solche, die nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen; das heißt (jedenfalls derzeit), dass Kleinbetriebe solche Betriebe sind, die regelmäßig weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. In Kleinbetrieben gelten Arbeitnehmerschutzrechte nur eingeschränkt. Insbesondere sind die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes auf Kleinbetriebe nicht anwendbar. Damit sind Kündigungen in Kleinbetrieben leichter auszusprechen. Für krankheitsbedingte Kündigungen, die im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes überhaupt nur unter sehr hohen Anforderungen, insbesondere einer negativen Genesungsprognose, wirksam werden können, bedeutet dies, dass sie in Kleinbetrieben nur im Hinblick auf Willkür Gesichtspunkte überprüfbar sind. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte in einer erst jüngst bekannt gewordenen Entscheidung über die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung in einem Kleinbetrieb zu entscheiden, die bereits in Ansehung einer kommenden Erkrankung ausgesprochen worden war.

### **Entscheidung**

Anfang 2007 teilte der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber mit, dass er im März operiert und sich im Anschluss daran in eine bis zu achtwöchige Reha-Maßnahme begeben werden müsse. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt und stellte eine Ersatzkraft ein. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer mit allgemeiner Kündigungsschutzklage. Das Gericht gab dem Arbeitgeber recht.



Es urteilte, dass die allgemeinen Regelungen, die Kündigungen in Kleinbetrieben erleichtern, auch im Falle einer in Ansehung eines längeren krankheitsbedingten Ausfalls ausgesprochenen Kündigung anwendbar bleiben. Die Kündigung in Ansehung des bevorstehenden Arbeitsausfalls sei auch nicht sittenwidrig. Denn jedenfalls in der Krankheit sei die Kündigung zulässig. Gleichzeitig sehe das Entgeltfortzahlungsgesetz vor, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch unabhängig davon besteht, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt oder nicht. Daher sei auch die Kündigung in Ansehung des bevorstehenden krankheitsbedingten Arbeitsausfalls nicht von vornherein sittenwidrig. Dies müsse umso mehr gelten, wenn der Arbeitgeber eine Ersatzkraft einstellen musste.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung eröffnet jedenfalls in Kleinbetrieben die Möglichkeit, vor Eintritt eines langfristigen Ausfalls Personalmaßnahmen einleiten zu können. Für Betriebe, auf die das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, wird die Aussage, eine Kündigung bereits in Ansehung eines langfristigen krankheitsbedingten Ausfalls sei zulässig, nicht übertragbar sein. Denn von solchen Betrieben erwartet der Gesetzgeber mehr Flexibilität.

### **21. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von freigestellten Arbeitnehmern**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wird durch das Entgeltfortzahlungsgesetz geregelt. In der Regel schuldet der Arbeitgeber danach im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes, bevor die Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse einsetzt. Die Zahlungspflicht des Arbeitgebers setzt erst dann wieder ein, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit wieder aufnimmt. Abweichungen von diesen gesetzlichen Regelungen sind nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich. Diese grundsätzlichen Regelungen gelten auch dann, wenn der Arbeitnehmer zum Beispiel im Zeitraum bis zu einem Kündigungstermin von der Arbeitsleistung freigestellt ist, jedoch mit der Maßgabe, dass die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dann wieder auflebt, wenn der Arbeitnehmer nachgewiesenermaßen wieder arbeitsfähig ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung über die Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung in einem Freistellungszeitraum zu befinden.

#### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Arbeitnehmer und Arbeitgeber hatten sich im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses dergestalt verglichen, dass das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 sein Ende finden sollte. Ab dem 15.12.2003 sollte der Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt sein. Das Arbeitsverhältnis sollte im Übrigen bis zum Beendigungszeitpunkt ordnungsgemäß abgerechnet werden. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs war der Arbeitnehmer bereits mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig krankgeschrieben. Der Arbeitnehmer behauptete nun, er sei ab dem 15.12.2003 wieder arbeitsfähig gewesen. Durch ärztliches Attest nachgewiesen wurde die Arbeitsfähigkeit aber tatsächlich erst ab dem 26.1.2004. Der Arbeitgeber zahlte daher für Dezember 2003 kein und für Januar 2004 nur ein anteiliges Gehalt ab dem 26.1.2004. Mit seiner Zahlungsklage machte der Kläger den Arbeitslohn für den Zeitraum zwischen dem 15.12.2003 und dem 25.1.2004 geltend und unterlag vor dem Bundesarbeitsgericht. Dabei führte das Bundesarbeitsgericht aus, dass die Freistellungsabrede aus dem Vergleich lediglich die Arbeitspflicht des Klägers entfallen lasse, sie wirke aber nicht als eine Vereinbarung, die den Arbeitgeber über die gesetzlichen Vorgaben hinaus verpflichtete. Daher sei der Arbeitgeber erst mit dem Eintritt der Arbeitsfähigkeit wieder zur Lohnzahlung verpflichtet. Da die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen nicht ausreichten, um endgültig zu klären, ob der Arbeitnehmer nicht doch bereits am 15.12.2003 arbeitsfähig gewesen ist, verwies das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung zur weiteren Tatsachenfeststellung an die Vorinstanz zurück.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass die gesetzlichen Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes auch im Freistellungszeitraum greifen. Insbesondere muss der Arbeitnehmer auch im Freistellungszeitraum seine wiedererlangte Arbeitsfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber nachweisen, um seine Lohnzahlungsansprüche wieder aufleben zu lassen.



## 22. Keine erweiterte Gewerbeertragskürzung für Zinseinkünfte

### Kernproblem

Erzielt ein Grundstücksunternehmen Zinseinkünfte aus der Anlage von Mieterträgen, so handelt es sich um Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen, die nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrags nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG erfasst werden. Das gilt auch für Zinsen aus der Anlage von Mieten, die ein Mieter unter Vorbehalt gezahlt hat und mit deren Rückzahlung aufgrund eines für die Vergangenheit ergangenen Zivilgerichtsurteils gerechnet werden muss. Die von der Herausgabepflicht nach § 818 BGB bedrohten Zinserträge sind jedoch um Betriebsausgaben in Höhe der wegen der möglichen Zinszahlungsverpflichtung vorgenommenen Zuführung zu den Rückstellungen zu kürzen.

### Sachverhalt

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin sind der Erwerb, die Verwaltung und Vermietung von Grundstücken und Erbbaurechten und deren Bebauung. Die Klägerin ist u. a. Eigentümerin eines in einem Industriepark gelegenen Einkaufsmarktes, den sie anderweitig vermietet hat. Ab 1989 zahlte die Mieterin einen Teil des Nutzungsentgelts ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Rückforderung. 1992 verurteilte das OLG die Klägerin wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Rückzahlung von rd. 2 Mio. DM nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit für 1989. Wegen weiterer anhängiger Klagen drohte der Klägerin Ende 1992 neben der Rückzahlung der Vorbehaltszahlungen in Höhe von rd. 8 Mio. DM die Erstattung von Zinsen hierauf in Höhe von rd. 2 Mio. DM. Für die Folgejahre drohten ihr weitere Zinszahlungsverpflichtungen. In den Bilanzen der Jahre 1989 bis 1997 bildete die Klägerin deswegen Rückstellungen. In den Jahren 1993–1995 legte sie die Vorbehaltszahlungen der Mieterin auf Festgeldkonten an und erzielte Zinserträge in Höhe von rd. 2 Mio. DM. 1994 hob der BGH die Entscheidung des OLG auf, Mitte 1997 wurde der Rechtsstreit mit der Mieterin durch einen Vergleich beendet; danach verblieben der Klägerin die bisherigen Vorbehaltszahlungen endgültig. Die Klägerin hat die Zinserträge in den Jahresabschlüssen gesondert ausgewiesen. Sie beantragte in ihrer Gewerbesteuererklärung die Einbeziehung dieser Zinserträge bis zum Vergleichsabschluss in die Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG. Der erklärte Gewerbeertrag der Klägerin belief sich dadurch auf jeweils 0 DM. Die Einbeziehung lehnte das beklagte Finanzamt ab. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Die Revision der Klägerin war begründet.

### Entscheidung

Der BFH stellte fest, dass die Sache nicht entscheidungsreif war, weil die Vorinstanz keine Feststellungen dazu getroffen hatte, in welcher Höhe die Klägerin Rückstellungen wegen drohender Zinszahlungen gebildet hatte. Das Gericht führte in der Sache weiterhin aus, dass die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG nur für den Teil des Gewerbeertrags in Anspruch genommen werden kann, der „auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt“. Diese Voraussetzung war im Streitfall indes nicht erfüllt, weil sich die Zinsen als Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen darstellten. Dass Zinserträge nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrags erfasst werden, gilt unabhängig davon, welche objektiven Sachzwänge oder subjektiven Gründe der Kapitalanlage zugrunde liegen. Dementsprechend hat die Rechtsprechung die Einbeziehung von Zinsen in die erweiterte Kürzung auch dann abgelehnt, wenn die Einkünfte aus der Anlage vereinnahmter Mietüberschüsse resultieren und die Anlage vorgenommen worden ist, um Grundstücksdarlehen tilgen zu können, oder wenn Zinsen aus einem Guthaben herrühren, das der Bestreitung regelmäßig wiederkehrender oder einmaliger Aufwendungen für die Erhaltung des Grundbesitzes dient. Die Einbeziehung ließ sich im Streitfall auch nicht damit rechtfertigen, dass die Zinsen aus der Anlage von Mietzahlungen herrührten, die die Mieterin unter Vorbehalt geleistet und auf deren Rückzahlung sie die Klägerin verklagt hatte: auch die unter Vorbehalt gezahlten Mieten wurden bei ihrem Eingang auf dem Bankkonto der Klägerin Kapitalvermögen. Bei der verzinslichen Anlage der Mieterträge handelt es sich – unter dem Blickwinkel des Teilgewerbeertrags „Nutzung eigenen Grundbesitzes“ – um Einkommensverwendung. Des Weiteren waren die streitigen Zinsinnahmen entgegen der Ansicht des Beklagten um Betriebsausgaben in Höhe der wegen der möglichen Zinszahlungsverpflichtung vorgenommenen Zuführung zu den Rückstellungen (§ 249 Abs. 1 HGB) zu kürzen.

### Konsequenz

Zinseinkünfte eines Grundstücksunternehmens aus der Anlage von Mieterträgen werden nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrages nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG erfasst; es handelt sich insoweit um Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen.



## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. Tantieme an Minderheitsgesellschafter

#### **Einführung**

Tantiemezahlungen an Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH unterliegen stets einer besonderen Gefahr, vom Finanzamt als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) behandelt zu werden. Seitens der Betriebsprüfung wird häufig ein „Absaugen“ des Gewinns der GmbH unterstellt.

#### **Sachverhalt**

Der Geschäftsführer einer GmbH war zugleich mit 6 % am Kapital der Gesellschaft beteiligt. Neben einem Festgehalt wurde ihm im Anstellungsvertrag eine Tantieme „bis zu 22 % vom Gewinn vor Steuern und Sonderabschreibungen“ zugesagt. Nach Ablauf des streitigen Jahres erhielt der Geschäftsführer auch tatsächlich eine Tantieme in Höhe von rund 22 %. Das Finanzamt behandelte diese Tantieme als vGA, da durch die Festlegung lediglich einer Obergrenze die Berechnungsgrundlagen nicht hinreichend genau bestimmt worden seien.

#### **Entscheidung**

Das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht hat sich der Auffassung des Finanzamts nicht angeschlossen. Nach Auffassung der Richter ist eine klare und im Voraus geschlossene eindeutige Vereinbarung lediglich beim beherrschenden Gesellschafter Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung. Beim Minderheitsgesellschafter ist hingegen der einzige Maßstab für die vGA die Frage, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer diese Tantieme ebenfalls gezahlt hätte. Dies haben die Richter im vorliegenden Fall eindeutig bejaht, da der Geschäftsführer ein sehr geringes Grundgehalt erhalten hat und ohne die Tantieme mit dessen Kündigung hätte gerechnet werden müssen. Nach Auffassung des FG wäre die Tantieme selbst dann steuerlich anzuerkennen gewesen, wenn im Vorhinein überhaupt keine Tantiemezusage erteilt worden wäre und die Gesellschaft sich erst im Nachhinein entschlossen hätte, eine Tantieme zu zahlen.

#### **Konsequenz**

Trotz des erfreulichen Urteils ist auch beim Minderheitsgesellschafter Vorsicht angebracht. Zum einen unterstellt die Finanzverwaltung bei mehreren Minderheitsgesellschaftern, die mit gleichgerichteten Interessen zusammenwirken, ebenfalls eine beherrschende Stellung mit entsprechenden Konsequenzen für mögliche vGA. Zum anderen hat das Finanzgericht die Revision beim BFH zugelassen, weil es die Rechtsfrage für noch nicht abschließend geklärt hält.

### 2. Verschleierte vGA kann Steuerhinterziehung sein

#### **Einführung**

Vermögensminderungen oder verhinderte Vermögensmehrungen einer GmbH, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind, stellen regelmäßig verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) dar und mindern den steuerlichen Gewinn der GmbH nicht. Wenn die Gesellschafter-Geschäftsführer derartige Tatbestände steuermindernd behandeln und dabei den wahren Sachverhalt verschleiern, droht nicht nur steuerlich Ungemach. Solche Handlungen können auch strafrechtliche Relevanz haben.

#### **Sachverhalt**

Eine deutsche GmbH hatte über viele Jahre hohe Lizenzgebühren an eine Limited mit Sitz in Irland gezahlt und die Zahlungen steuerlich als Aufwand behandelt. Der Gesellschafter der GmbH war zugleich Geschäftsführer der Limited, deren Anteile sein Sohn hielt. Das Landgericht wertete die Zahlungen als vGA, da sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst seien. Gleichzeitig wurde der Gesellschafter wegen Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Der Steuerberater, der die Verträge aufgesetzt und die unrichtigen Steuererklärungen vorbereitet hatte, erhielt eine Bewährungsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hat die Revision der Angeklagten verworfen und damit das Urteil des Landgerichts bestätigt. Die BGH-Richter kamen zu der Überzeugung, dass es sich bei den Lizenzzahlungen lediglich um Scheingeschäfte gehandelt habe. Hierfür lagen in der Tat handfeste Indizien vor. So wurden die ersten Lizenzgebühren bereits zu einem Zeitpunkt geleistet, zu dem der Lizenzvertrag erst im Entwurf vorlag. Zudem war die Limited offenbar eine reine Briefkastenfirma, die nachweislich keine eigenen Patente entwickelt bzw. zu Unrecht Patente angemeldet hatte. Dass die Anteile an der Limited nicht dem Angeklagten, sondern dessen Sohn gehörten, änderte an der Würdigung nichts. Schließlich konnte dieser als naher Angehöriger ebenfalls Empfänger der vGA sein.

**Konsequenz**

Wer den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt, begeht eine Straftat. Hierzu zählt neben der Nichterklärung von Einnahmen auch die Geltendmachung von Ausgaben, die tatsächlich eine private Mittelverwendung bzw. eine vGA darstellen. Dies gilt allerdings nur, wenn der Steuerpflichtige mit Vorsatz handelt, sich seines Fehlverhaltens also bewusst ist. Bei Scheingeschäften ist dies regelmäßig der Fall.

**3. Erlass von Säumniszuschlägen bei Zahlungsunfähigkeit****Kernproblem**

Steuernachzahlungen, die nicht pünktlich beglichen werden, lösen für jeden angefangenen Monat der Verspätung Säumniszuschläge in Höhe von 1 % des Rückstands aus. Ist der Steuerpflichtige bei Fälligkeit der Zahlungen wegen Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage, die Steuern zu begleichen, hat er Anspruch auf Erlass von 50 % der entstandenen Säumniszuschläge.

**Sachverhalt**

Die Klägerin, eine GmbH, war seit 2001 zahlungsunfähig. Im Mai 2001 erließ das Finanzamt aufgrund einer durchgeführten Betriebsprüfung geänderte Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1995 bis 1997. Bis 2005 waren Säumniszuschläge für Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag 1995 bis 1997 in Höhe von 63.000 EUR aufgelaufen. Das Finanzamt erließ auf Antrag der GmbH Säumniszuschläge zur Körperschaftsteuer 1997 in Höhe von 31.500 EUR. In der Begründung wies es darauf hin, dass dies 50 % des Gesamtbetrags der insgesamt entstandenen Säumniszuschläge entspräche. Die GmbH beantragte daraufhin zusätzlich den Erlass der Säumniszuschläge zum Solidaritätszuschlag 1997 in Höhe von 50 %, also 2.200 EUR.

**Urteil**

Gegen die Ablehnung des zusätzlichen Erlassantrags klagte die GmbH erfolgreich vor dem Niedersächsischen Finanzgericht. Das Finanzamt war aufgrund der Zahlungsunfähigkeit verpflichtet, 50 % sämtlicher Säumniszuschläge zu erlassen. Dabei verpflichtete das Gericht das Finanzamt, jede einzelne Forderung zu betrachten. Auch wenn sich aus den Begründungen ergab, dass das Finanzamt insgesamt 50 % der entstandenen Säumniszuschläge erlassen wollte, hat es tatsächlich nur Säumniszuschläge zur Körperschaftsteuer 1997 erlassen. Es war daher verpflichtet, zusätzlich die Säumniszuschläge zum Solidaritätszuschlag 1997 in Höhe von 50 % zu erlassen.

**Konsequenz**

Der Steuerpflichtige sollte alle Verwaltungsakte, die er von der Finanzverwaltung erhält, penibel überprüfen. Auch wenn der entschiedene Fall eher als „Glücksfall“ zu kategorisieren ist, kann genaues Hinschauen bares Geld sparen.

**4. Wirksamkeit einer tatsächlichen Verständigung****Kernproblem**

Eine zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigem ausgehandelte tatsächliche Verständigung bindet beide Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Wenn aber der Steuerpflichtige bei Abschluss der Vereinbarung erkennbar von anderen steuerlichen Folgen ausgegangen ist, ist er nicht in jedem Fall an die Verständigung gebunden.

**Sachverhalt**

Zwischen dem Finanzamt und einer GmbH war der Verkehrswert eines Grundstücks streitig. Das Grundstück wurde von der GmbH an eine GbR verkauft. Der Alleingesellschafter der GmbH war zu 25 % an der GbR beteiligt. Das Finanzamt schätzte den Verkehrswert des Grundstücks auf einen Wert, der weit über dem Kaufpreis lag. In Höhe des Differenzbetrags nahm es eine verdeckte Gewinnausschüttung an und erhöhte den Gewinn der GmbH. Um jahrelange gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, einigten sich Finanzamt und GmbH auf einen geringeren Verkehrswert des Grundstücks. Der Alleingesellschafter ging dabei davon aus, dass die Vereinbarung für ihn und die GmbH zu keiner steuerlichen Mehrbelastung führte. Tatsächlich führte die Vereinbarung aber zu einer endgültigen Belastung mit Gewerbesteuer.

**Entscheidung**

Normalerweise muss sich der Steuerpflichtige die steuerlichen Folgen einer tatsächlichen Verständigung zurechnen lassen, auch wenn er diese vorher nicht überblicken konnte. Das Hessische Finanzgericht hat aber in diesem Fall entschieden, dass die GmbH nicht an die tatsächliche Verständigung gebunden ist, weil dies dem Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehen würde.



Der Alleingesellschafter der GmbH war während der gesamten Verhandlung mit dem Finanzamt erkennbar von der steuerlichen Neutralität der Verständigung ausgegangen. Dagegen hatte die bei der Verständigung anwesende Finanzbeamtin bereits die gewerbsteuerlichen Folgen berechnet. Da sie keinen Hinweis auf die Mehrbelastung gegeben hat, war die GmbH auch nicht an die tatsächliche Verständigung gebunden.

#### **Konsequenz**

Selbstverständlich sollte sich jeder, der mit dem Finanzamt über einen Sachverhalt eine tatsächliche Verständigung abschließt, der steuerlichen Konsequenzen bewusst sein. Geht der Steuerpflichtige jedoch erkennbar von anderen Steuerbelastungen aus, so darf ihn das Finanzamt nicht „ins Messer laufen lassen“. Die Entscheidung des Hessischen Finanzgerichts ist ausdrücklich zu begrüßen. Allerdings hat das Finanzamt gegen das Urteil Revision beim Bundesfinanzhof eingelegt.

### **5. Ausgeschiedenen Gesellschaftern kann Einsicht in die Jahresabschlüsse nicht verweigert werden**

#### **Einführung**

Die Geschäftsführer haben grundsätzlich jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheit der Gesellschaft zu geben und die Einsicht in Bücher und Schriften zu gestatten. Die Auskunft und die Einsicht dürfen die Geschäftsführer jedoch verweigern, wenn zu besorgen ist, dass der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Die Verweigerung bedarf eines Gesellschafterbeschlusses (§ 51a Abs. 2 GmbHG). Streitig war, ob einem Gesellschafter, der sich einem Konkurrenzunternehmen angeschlossen hat, darauf gestützt die Einsicht in die Jahresabschlüsse verweigert werden darf.

#### **Entscheidung**

Die Antragsgegnerin ist eine GmbH mit einem Stammkapital von 300.000 EUR. Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb bzw. der Aufbau einer Marke, unter der „selbstständig operierende Autovermietunternehmen zu einem nationalen Netzwerk zusammengeführt“ werden sollen. Der Antragsteller macht als Gesellschafter mit Geschäftsanteilen von insgesamt 95.200 EUR Informationsansprüche gegen die Gesellschaft geltend. Bis 2003 war er auch Geschäftsführer der Gesellschaft. Wie die übrigen Gesellschafter betreibt der Antragsteller ein Autovermietungsunternehmen, das mit der Antragsgegnerin einen „Lizenz-Partnervertrag“ abgeschlossen hatte. Diesen Vertrag kündigte er zum 31.12.2005 und schloss für die Folgezeit einen Lizenzvertrag mit einem Wettbewerber der Antragsgegnerin ab. Der Antragsteller kündigte seine Beteiligung an der Antragsgegnerin ordentlich zum 31.12.2006 sowie mit Schreiben vom 14.7.2006 aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung. Mit Gesellschafterbeschluss vom 16.3.2007 wurde der Geschäftsanteil des Antragstellers eingezogen. Die Einziehungsvergütung wurde noch nicht festgesetzt. Bereits im Jahr 2006 bat der Antragsteller um Überlassung von aussagefähigen betriebswirtschaftlichen Auswertungen und Übersichten für 2005 und 2006, um die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft beurteilen zu können. Der Geschäftsführer lehnte dies unter Hinweis auf einen Gesellschafterbeschluss ab. Der Antragsteller hat daraufhin eine gerichtliche Entscheidung beantragt. Die Antragsgegnerin hat darauf verwiesen, dass die begehrten Informationen an die Konkurrenz gelangen könnten. Das Landgericht hat dem Antrag stattgegeben mit der Maßgabe, dass die Auskunft über die Fahrzeugfinanzierung einem zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen zu erteilen sei. Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde eingelegt. Sie hat das Rechtsmittel auf die Kosten beschränkt, nachdem sie dem Antragsteller die Jahresabschlüsse 2005 und 2006 sowie den Geschäftsführervertrag ausgehändigt und die Auskünfte erteilt hat. Gegenstand des Rechtsmittels waren lediglich die Kosten beider Instanzen. Hierzu hat das OLG ausgeführt, dass es angemessen erscheine, dass die Antragsgegnerin sämtliche Kosten zu tragen habe. Sie habe dem Antragsteller außergerichtlich zu Unrecht pauschal alle von ihm verlangten Informationen verweigert, sei in erster Instanz weitgehend unterlegen gewesen und hätte auch im Beschwerdeverfahren keinen Erfolg gehabt. Denn sie sei verpflichtet gewesen, dem Antragsteller in dem vom Landgericht festgelegten Umfang Auskunft und Einsicht zu gewähren. Der Antragsteller hätte als Gesellschafter der Antragsgegnerin nach § 51a GmbHG Anspruch auf Auskunft gehabt. Dieser Anspruch sei durch seine Kündigung und den Gesellschafterbeschluss über die Einziehung seines Geschäftsanteils nicht entfallen. Nach herrschender Meinung führe der Einziehungsbeschluss nicht unmittelbar zum Ausscheiden aus der Gesellschaft, sondern stehe unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Entschädigung für das Ausscheiden aus dem nicht gebundenen Gesellschaftsvermögen geleistet werden kann; die Mitgliedschaftsrechte blieben danach bis zur vollständigen Zahlung der Abfindung unberührt. Das vom Antragsteller geltend gemachte Informationsrecht war nicht nach § 51a Abs. 2 Satz 1 GmbHG ausgeschlossen. Die Verbindung eines Gesellschafter mit einem Wettbewerber begründe zwar die Besorgnis einer Gefährdung der Interessen der Gesellschaft. Die pauschale Verweigerung jeglicher Information durch die



Gesellschaft sei jedoch regelmäßig auch gegenüber einem Konkurrentengesellschafter nicht gerechtfertigt. Vielmehr sei zunächst zu prüfen, ob die verlangten Informationen wettbewerbsrelevant seien. Falls dieses der Fall sei, könne unter Umständen die Entgegennahme der Informationen durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten, für beide Seiten vertrauenswürdigen Treuhänder die Gefahr der nachteiligen Verwendung beseitigen. Hinsichtlich der Jahresabschlüsse käme eine Verweigerung nicht in Betracht.

### **Konsequenz**

Zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen sollte eine einvernehmliche Regelung zwischen dem ausscheidendem und den verbleibenden Gesellschafter erzielt werden. In einer solchen Vereinbarung ist aufzunehmen, dass der ausscheidende Gesellschafter auf die Wahrnehmung seiner Mitgliedsrechte verzichtet oder diese ruhen. Gleichzeitig sollten die Gesellschafter eine Regelung hinsichtlich der Höhe der Abfindung treffen. Kann keine Einigung diesbezüglich erzielt werden, sollte mit der Bestimmung der Abfindung ein von beiden Seiten akzeptierter Sachverständiger beauftragt werden. Dessen Entscheidung sollte bindend sei, unabhängig davon, ob sie nach billigem Ermessen zutreffend ist.

## **6. Anspruch gegen Geschäftsführer auf Rückzahlung einer nicht geschuldeten Vergütung umfasst auch die abgeführte Lohnsteuer**

### **Einführung**

Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, haften der Gesellschaft für den entstandenen Schaden (§ 43 Abs. 2 GmbHG). Danach schuldet der Geschäftsführer der Gesellschaft Schadensersatz, wenn die Gesellschafterversammlung bzw. der Aufsichtsrat eine Auszahlung an den Geschäftsführer nicht zugestimmt haben. Der Geschäftsführer darf seine Stellung nicht zu seinen eigenen Gunsten und gegen die Interessen der Gesellschaft ausnutzen. Diese Pflicht verletzt er nicht nur bei einem unmittelbaren „Griff in die Kasse“, sondern auch dann, wenn er darauf hinwirkt, sich eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung von der Gesellschaft anweisen zu lassen. Streitig war, ob der Geschäftsführer der Gesellschaft auch die für ihn abgeführte Lohnsteuer erstatten muss.

### **Entscheidung**

Der gegen eine Gesellschaft klagende Geschäftsführer verlangte Geschäftsführervergütung aus dem Jahr 2003. Er war für die Beklagte mit dem Verkauf von Immobilien tätig. Der Vertrag sah ein festes Grundgehalt und eine erfolgsabhängige Provision vor, die jedoch gedeckelt war. Gleichwohl hat sich der Geschäftsführer darüber hinaus Provisionszahlungen vom weiteren Geschäftsführer anweisen lassen. Aus diesem Grund hat die Beklagte widerklagend die Rückzahlung dieser Beträge nebst Lohnsteuer geltend gemacht. Nach Aufrechnung durch die Beklagte wurde die Klage des Geschäftsführers abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die gegen dieses Urteil erhobenen Berufungen wurden zurückgewiesen. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wurde das Urteil des OLG insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist. Das Berufungsgericht habe den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, weil es den wesentlichen Kern ihres Vortrags zu einer für den Rechtsstreit zentralen Frage übergangen habe. Es habe angenommen, der Beklagten stehe gegen den Kläger, ihrem ehemaligen Geschäftsführer, kein Anspruch auf Ersatz der an das Finanzamt auf die überzahlte Dienstvergütung abgeführten Lohnsteuer zu, weil zugunsten des Klägers unklar geblieben sei, warum die Beklagte im Jahr 2002 dem Kläger über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus Zahlungen angewiesen habe. Das Berufungsgericht habe diesbezüglich keinen Beweis erhoben. Die unberechtigte Auszahlung wurde vom Kläger angewiesen und von seinem Mitgeschäftsführer abgezeichnet. Der Kläger habe unter Beweisantritt weiter vorgetragen, der Mitgeschäftsführer habe die Auszahlung wie gesetzlich geboten – mit der Gesellschafterin und dem Aufsichtsrat abgestimmt, was die Beklagte bestritt. Der übergangene Vortrag sei entscheidungserheblich. Einen Anspruch auf eine Vergütung über die Bestimmungen im schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag hinaus hätte der Kläger nur gehabt, wenn dieser Vertrag abgeändert worden wäre. Das zur Abänderung des Geschäftsführervertrags befugte Organ der Beklagten ist nach der ständigen Rechtsprechung die Gesellschafterversammlung („Annexkompetenz“), sofern die Satzung diese Aufgabe nicht dem Aufsichtsrat übertragen habe. Dass der Mitgeschäftsführer des Klägers die Anweisung zur Auszahlung der Vergütung abgezeichnet habe, entlaste den Kläger nicht. Ein Geschäftsführer kann sich nicht auf das Mitverschulden eines weiteren Geschäftsführers berufen. Im Verhältnis zur Gesellschaft bilden sie eine Haftungsgemeinschaft und haften gesamtschuldnerisch. Der Beklagten sei schließlich ein Schaden entstanden. Sie musste auf eine überhöhte Vergütung des Klägers Lohnsteuer abführen, die ihr vom Staat nicht erstattet werde. Die Beklagte kann vom Kläger nach einer gesetzlichen Vorschrift (§ 812 Abs. 1 BGB) Zahlung der auf die überzahlte Vergütung geleisteten Lohnsteuer verlangen. Der Anspruch auf die Rückzahlung einer nicht geschuldeten Dienstvergütung umfasst auch die abgeführte Lohnsteuer. Im Falle einer Überzahlung habe die Beklagte einen Bereicherungs-



anspruch gegen den Kläger, weil dieser von seiner Lohnsteuerschuld befreit wurde. Die Beklagte zahlte die Lohnsteuer für eine bestehende Steuerschuld des Klägers. Der Kläger war als Arbeitnehmer im steuerrechtlichen Sinn alleiniger Steuerschuldner (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EStG). Der Arbeitgeber sei öffentlich-rechtlich (§ 38 Abs. 3 Satz 1 EStG) lediglich verpflichtet, die Lohnsteuer auf Rechnung des Arbeitnehmers einzubehalten und abzuführen. Dadurch werde er nicht Steuerschuldner. Mit der Abführung der Lohnsteuer erbringe der Arbeitgeber eine Leistung an den Arbeitnehmer. Er erfülle damit seine gegenüber dem Arbeitnehmer bestehende Pflicht zur Bruttogehaltszahlung. Bei einer rechtsgrundlos gezahlten Steuer stehe der Erstattungsanspruch nur demjenigen zu, auf dessen Rechnung gezahlt wurde. Dadurch werde der Arbeitnehmer nicht unbillig belastet. Wenn er die überzahlte Vergütung einschließlich der abgeführten Lohnsteuer zurückzahlen muss, mindere dies sein Einkommen und dadurch die Lohn- und Einkommensteuer.

### **Konsequenz**

Zur Vermeidung einer persönlichen Haftung sollten Geschäftsführer bei Anweisung einer Zahlung an einen weiteren Geschäftsführer unbedingt darauf achten, dass der Vergütungsanspruch vertraglich geregelt ist. Hierfür ist grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zuständig, es sei denn, die Satzung hat diese Aufgabe einem Aufsichtsrat übertragen.

## **7. Vertrauensschutz bei Untätigkeit der Finanzverwaltung**

### **Kernproblem**

Ein Steuerbescheid kann im Nachhinein nicht mehr geändert werden, wenn der Steuerpflichtige einen Anspruch auf Vertrauensschutz hat. Das Vertrauen des Steuerpflichtigen ist aber nur dann schützenswert, wenn er aufgrund einer gesicherten, unzweifelhaften Rechtsauffassung gehandelt hat.

### **Sachverhalt**

Der Kläger führte in 1997 Schönheitsoperationen durch, die er als ärztliche Leistungen ohne Umsatzsteuer abrechnete. Im Jahr 2004 entschied der Bundesfinanzhof im Anschluss an eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2000, dass Schönheitsoperationen nur dann umsatzsteuerfrei sind, wenn sie der medizinischen Behandlung einer Krankheit dienen. Bis dahin hatte es eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage nicht gegeben.

Der Kläger beantragte, von der nachträglichen Erhebung von Umsatzsteuer für 1997 abzusehen, da er auf die Steuerbefreiung vertraut habe. Vor dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs habe die Finanzverwaltung Umsatzsteuer bei Schönheitsoperationen nicht in Erwägung gezogen. Die für ihn zuständige Oberfinanzdirektion Münster habe sich erstmals in 2002 zur Umsatzsteuerpflicht von Schönheitsoperationen geäußert. Außerdem hätten andere Oberfinanzdirektionen eine Übergangsregel angeordnet und ihre Finanzämter angewiesen, keine Umsatzsteuer für Zeiträume vor 2003 zu erheben.

### **Urteil**

Der Bundesfinanzhof hat bestätigt, dass der Kläger keinen Vertrauensschutz genießt. Eine gesicherte Rechtslage, auf die der Steuerpflichtige hätte vertrauen dürfen, lag nicht vor. Es existierte weder höchstrichterliche Rechtsprechung noch eine eindeutige Verwaltungsregelung. Die Tatsache, dass die Finanzverwaltung gerade nicht zu dieser speziellen Frage Stellung genommen hat, begründet keinen Vertrauensschutz durch Unterlassen.

Vielmehr hatte die Finanzverwaltung in den damals gültigen Umsatzsteuerrichtlinien die Umsatzsteuerbefreiung bereits an die Vornahme von Heilmaßnahmen geknüpft. Daher hätten dem Kläger Zweifel kommen müssen, ob es gerechtfertigt war, die Schönheitsoperationen umsatzsteuerfrei abzurechnen.

Außerdem war unmaßgeblich, dass andere Oberfinanzdirektionen rechtswidrige Übergangsregelungen gewährt hätten. Es besteht keine „Gleichheit im Unrecht“.

### **Konsequenz**

Der Steuerpflichtige erhält Vertrauensschutz nur innerhalb sehr enger Grenzen. Bei unklarer oder verworrenere Rechtslage muss der Steuerpflichtige im Zweifelsfall sein Finanzamt um Erteilung einer (kostenpflichtigen!) verbindlichen Auskunft bitten. Handelt er auf der Grundlage dieser Auskunft, so wird ihm Vertrauensschutz für die Vergangenheit gewährt.



## 8. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit

### **Kernfrage/Rechtslage**

Verträge zur Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses werden häufig in solchen Situationen abgeschlossen, in denen die Rechtslage einer Kündigung unsicher ist, das Arbeitsverhältnis aber in jedem Fall beendet werden soll. Diese Konstellation tritt regelmäßig dann auf, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos entlassen will, da die arbeitsrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sehr hoch sind. Gleichzeitig verhält es sich oftmals so, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor die Alternative stellt, entweder den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Da Aufhebungsverträge ihrerseits nach den allgemeinen Regelungen für Willenserklärung und Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, kommt es vor, dass der Arbeitnehmer, der den Aufhebungsvertrag vor der Alternative der fristlosen Kündigung unterschrieben hat, den Aufhebungsvertrag im Nachhinein wegen widerrechtlicher Drohung anfechtet. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung über die Anfechtbarkeit eines Aufhebungsvertrags, der unter Androhung einer fristlosen Kündigung aber nach Bedenkzeit zu erheblich verbesserten Konditionen zustande gekommen war, zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Ein angestellter Rechtsanwalt hatte unter Verstoß gegen eine interne Kanzleiorder einen Artikel veröffentlicht, der geeignet war, den Interessen von Klienten der Kanzlei, auf die diese sich spezialisiert hatte, zuwider zu laufen, wobei nicht abschließend feststand, ob die entsprechende Kanzleiorder bereits bekannt war. Die Kanzlei sah hierin einen so erheblichen Verstoß gegen die internen Verhaltensanweisungen und Vertrauensmissbrauch, dass sie den Rechtsanwalt vor die Wahl stellte, entweder einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Allerdings gab sie dem Rechtsanwalt für seine Entscheidung drei Tage Bedenkzeit. Innerhalb dieser Bedenkzeit wurde der Aufhebungsvertrag deutlich nachverhandelt (insbesondere bessere Abfindung und Benotung) und schließlich abgeschlossen. Elf Monate später erhob der Rechtsanwalt Klage, mit der er die Anfechtung des Aufhebungsvertrages erklärte und Weiterbeschäftigung verlangte. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger Recht gegeben hatte, hob das Bundesarbeitsgericht diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an die Vorinstanz zurück. Das Bundesarbeitsgericht führte dabei aus, dass die Androhung der fristlosen Kündigung zwar grundsätzlich eine zur Anfechtung berechtigende Drohung darstelle, diese Drohung müsse aus Anfechtungsgesichtspunkten aber auch widerrechtlich gewesen sein. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine fristlose Kündigung nicht in Betracht gezogen hätte. Ob ein verständiger Arbeitgeber in diesem Fall auf keinen Fall an eine fristlose Kündigung gedacht hätte, könne aber nicht abschließend entschieden werden, weil hierzu noch weitere Tatsachenfeststellungen erforderlich seien. Allerdings sei die mögliche Widerrechtlichkeit der Drohung mit der fristlosen Kündigung nicht alleine deshalb ausgeschlossen, weil dem Kläger Bedenkzeit eingeräumt worden war. Gleichzeitig könnte aber im Rahmen einer endgültigen Entscheidung zu berücksichtigen sein, dass die Konditionen des Aufhebungsvertrages erheblich zugunsten des Klägers nachverhandelt worden seien.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdeutlicht einmal mehr den Einzelfallcharakter, den Entscheidungen von Arbeitsgerichten im Bereich der fristlosen Kündigung besitzen. Festzuhalten bleibt, dass man den Aufhebungsvertrag, der eine fristlose Kündigung „ersetzen“ soll, nicht alleine dadurch vor der Anfechtung sicher macht, dass man dem Arbeitnehmer Bedenkzeit gibt. Wenn überhaupt, dann wird man den Aufhebungsvertrag nachbessern müssen, um das Anfechtungsrisiko zu minimieren.

## 9. Übertragung eines Grundstücks durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft grunderwerbsteuerfrei?

### **Einführung**

Grundstücksschenkungen, die als Erwerbe im Sinne des Schenkungsteuergesetzes gelten, sind von der Grunderwerbsteuer befreit.

### **Fall**

Ein gemeinnütziger eingetragener Verein (e. V.) war Alleingesellschafter einer ebenfalls gemeinnützigen GmbH. Der e. V. bestellte der GmbH an seinem mit einem Krankenhaus bebauten Grundstück ein Erbbaurecht. Ein Erbbauszins war nicht zu entrichten. Das Finanzamt setzte für die Bestellung des Erbbaurechts Grunderwerbsteuer fest. Hiergegen wandte sich die GmbH mit dem Argument, dass es sich bei dem Vorgang um eine freigiebige Zuwendung (Schenkung) handele, die von der Grunderwerbsteuer befreit sei.

### **Neues Urteil**

Dem BFH zufolge stellt die Übertragung von Vermögen durch einen Gesellschafter auf eine Kapitalgesellschaft einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang dar und keine Schenkung. Nach Ansicht des BFH spielt es



für die Entscheidung keine Rolle, dass die Kapitalgesellschaft gemeinnützige Zwecke verfolgt und der e. V. Alleingesellschafter ist. Ebenso ist nicht maßgebend, ob der Übertragung eine entsprechende Erhöhung des Werts der Anteile an der GmbH gegenübersteht. Die Bestellung des Erbaurechts unterliegt daher der Grunderwerbsteuer.

#### **Konsequenz**

Das Urteil entspricht der ständigen Rechtsprechung des BFH. Hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieser Rechtsprechung hatte der BFH selbst jüngst Zweifel geäußert. Die Zweifel betrafen Fälle, in denen Gesellschafter Leistungen gegenüber einer Kapitalgesellschaft erbrachten, die ihren Beteiligungsanteil überstiegen (disquotale Leistungen). Nach dem vorliegenden Urteil ist fraglich, ob diese Zweifel seitens des BFH noch bestehen.

### **10. Vorsteuerberichtigung für Umlaufvermögen**

#### **Einführung**

§ 15a UStG dient in der Systematik des UStG der Korrektur des Vorsteuerabzugs. Diese wird notwendig, wenn sich die Verhältnisse ändern, die im Zeitpunkt des Leistungsbezugs für den Vorsteuerabzug maßgebend waren. Zum 1.1.2005 wurde die Vorschrift an die 6. EG-Richtlinie angepasst. U. a. erfolgte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Umlaufvermögen.

#### **Fall**

Ein Landwirt wechselte zu Beginn des Jahres 2003 zur Regelbesteuerung. Für Saatgut und Dünger, die er im Vorjahr ohne Vorsteuerabzug angeschafft hatte, beantragte er die Korrektur der Vorsteuer zu seinen Gunsten nach § 15a UStG.

#### **Neues Urteil**

Das Niedersächsische FG kommt zu dem Ergebnis, dass der Steuerpflichtige sich zu seinen Gunsten auf die 6. EG-Richtlinie berufen kann.

#### **Konsequenz**

Unternehmer, die vor dem 1.1.2005 die Möglichkeit hatten, zu ihren Gunsten von § 15a UStG Gebrauch zu machen, sollten prüfen, ob für sie nicht auch eine Korrektur bzgl. des Umlaufvermögens (z. B. Warenbestand) in Betracht kommt. Typische Fallkonstellationen, in denen eine Korrektur zugunsten des Unternehmers in Frage kommt, sind neben dem dargestellten Fall z. B.:

- relative Steigerung der zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätze,
- relative Minderung der nicht zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätze,
- Wechsel vom Kleinunternehmer zum regelbesteuerten Unternehmer.

### **11. Ort der Lieferung bei Kauf auf Probe**

#### **Einführung**

Lieferungen werden i. d. R. dort ausgeführt, wo die Beförderung oder Versendung beginnt. Fehlt es an einer Beförderung bzw. Versendung, erfolgt die Ausführung der Lieferung dort, wo sich der Gegenstand zur Zeit der Verschaffung der Verfügungsmacht befindet.

#### **Fall**

Ein Unternehmen in den USA versendete über ein Verteilzentrum in der Schweiz Waren nach Deutschland. Die Besteller in Deutschland konnten vor Ablauf der Zahlungsfrist die Waren zurücksenden, ohne eine Verpflichtung einzugehen. Aufgrund des geringen Warenwertes pro Paket wurde die Verbringung der Waren zoll- und einfuhrumsatzsteuerfrei belassen. Im Gegensatz zum Unternehmen vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Lieferungen in Deutschland steuerbar sind, da es sich um einen Kauf auf Probe handele.

#### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des BFH lag bei Versendung der Waren noch kein Leistungsaustausch vor. Zur Begründung verweist der BFH darauf, dass erst mit Billigung der Waren durch den Kunden ein Zusammenhang zwischen Lieferung und Kaufpreiszahlung entstehe. Daher liegt der Ort der Lieferung in Deutschland und ist hier der Umsatzsteuer zu unterwerfen.

#### **Konsequenz**

Umsatzsteuerlich ist zwischen dem Kauf auf Probe und dem Kauf mit Rückgaberecht zu differenzieren. Beim Kauf auf Probe wird die Lieferung im Zeitpunkt der Billigung bzw. Kaufpreiszahlung ausgeführt.



Beim Kauf mit Rückgaberecht erfolgt die Ausführung der Lieferung mit Zusendung. Die umsatzsteuerliche Erfassung ist damit abhängig von der Ausgestaltung der vertraglichen Rückgabemodalitäten.

## 12. Anfechtung eines Aufhebungsvertrags wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit

### **Kernfrage/Rechtslage**

Verträge zur Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses werden häufig in solchen Situationen abgeschlossen, in denen die Rechtslage einer Kündigung unsicher ist, das Arbeitsverhältnis aber in jedem Fall beendet werden soll. Diese Konstellation tritt regelmäßig dann auf, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos entlassen will, da die arbeitsrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sehr hoch sind. Gleichzeitig verhält es sich oftmals so, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor die Alternative stellt, entweder den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Da Aufhebungsverträge ihrerseits nach den allgemeinen Regelungen für Willenserklärung und Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, kommt es vor, dass der Arbeitnehmer, der den Aufhebungsvertrag vor der Alternative der fristlosen Kündigung unterschrieben hat, den Aufhebungsvertrag im Nachhinein wegen widerrechtlicher Drohung anfechtet. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung über die Anfechtbarkeit eines Aufhebungsvertrags, der unter Androhung einer fristlosen Kündigung, aber nach Bedenkzeit zu erheblich verbesserten Konditionen zustande gekommen war, zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Ein angestellter Rechtsanwalt hatte unter Verstoß gegen eine interne Kanzleiorder einen Artikel veröffentlicht, der geeignet war, den Interessen von Klienten der Kanzlei, auf die diese sich spezialisiert hatte, zuwiderzulaufen, wobei nicht abschließend feststand, ob die entsprechende Kanzleiorder bereits bekannt war. Die Kanzlei sah hierin einen so erheblichen Verstoß gegen die internen Verhaltensanweisungen und Vertrauensmissbrauch, dass sie den Rechtsanwalt vor die Wahl stellte, entweder einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Allerdings gab sie dem Rechtsanwalt für seine Entscheidung drei Tage Bedenkzeit. Innerhalb dieser Bedenkzeit wurde der Aufhebungsvertrag deutlich nachverhandelt (insbesondere bessere Abfindung und Benotung) und schließlich abgeschlossen. Elf Monate später erhob der Rechtsanwalt Klage, mit der er die Anfechtung des Aufhebungsvertrags erklärte und Weiterbeschäftigung verlangte. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger Recht gegeben hatte, hob das Bundesarbeitsgericht diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an die Vorinstanz zurück. Das Bundesarbeitsgericht führte dabei aus, dass die Androhung der fristlosen Kündigung zwar grundsätzlich eine zur Anfechtung berechtigende Drohung darstelle, diese Drohung müsse aus Anfechtungsgesichtspunkten aber auch widerrechtlich gewesen sein. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine fristlose Kündigung nicht in Betracht gezogen hätte. Ob ein verständiger Arbeitgeber in diesem Fall auf keinen Fall an eine fristlose Kündigung gedacht hätte, könne aber nicht abschließend entschieden werden, weil hierzu noch weitere Tatsachenfeststellungen erforderlich seien. Allerdings sei die mögliche Widerrechtlichkeit der Drohung mit der fristlosen Kündigung nicht alleine deshalb ausgeschlossen, weil dem Kläger Bedenkzeit eingeräumt worden war. Gleichzeitig könnte aber im Rahmen einer endgültigen Entscheidung zu berücksichtigen sein, dass die Konditionen des Aufhebungsvertrags erheblich zugunsten des Klägers nachverhandelt worden seien.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdeutlicht einmal mehr den Einzelfallcharakter, den Entscheidungen von Arbeitsgerichten im Bereich der fristlosen Kündigung besitzen. Festzuhalten bleibt, dass man den Aufhebungsvertrag, der eine fristlose Kündigung „ersetzen“ soll, nicht alleine dadurch vor der Anfechtung sicher macht, dass man dem Arbeitgeber Bedenkzeit gibt. Wenn überhaupt, dann wird man den Aufhebungsvertrag nachbessern müssen, um das Anfechtungsrisiko zu minimieren.

## 13. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Arbeitsrecht sieht für den Fall des Übergangs eines Betriebs oder Teilbetriebs vom bisherigen auf einen neuen Arbeitgeber diverse die Arbeitnehmer schützende Regelungen vor. Zentrale Norm ist § 613a BGB. Beispielsweise können die Konditionen der Arbeitsverhältnisse für ein Jahr nach Betriebsübergang regelmäßig nicht geändert werden, die übergehenden Arbeitnehmer genießen Bestandsschutz. Auch Kündigungen wegen des Betriebsübergangs sind per se unzulässig. In der jüngeren Rechtsprechung besonders bedeutsam geworden sind aber die gesetzlich vorgesehenen Unterrichtungspflichten, die den alten und neuen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern im Hinblick auf den Betriebsübergang treffen. Diese Informationspflichten sind deshalb bedeutsam, weil ein Verstoß hiergegen regelmäßig zu der Annahme führt,



dem Arbeitnehmer sei die ihm gesetzlich zustehende Möglichkeit genommen worden, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen und beim ursprünglichen Arbeitgeber angestellt zu bleiben. Rechtsfolge ist, dass die so unzureichend informierten Arbeitnehmer sogar nach Jahren noch einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den alten Arbeitgeber geltend machen können. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr in einer jüngeren Entscheidung die Informationspflichten gegenüber den Arbeitnehmern bei Betriebsübergang näher konkretisiert.

### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ursprungsbetrieb (Herstellung von Fertigbauteilen) sollte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten geschlossen werden. Der alte Arbeitgeber hatte sogar bereits Teile eines Sozialplans – unter anderem die Abfindungen – mit dem Betriebsrat ausgehandelt, bis der alte Arbeitgeber die Verhandlungen abbrach und mitteilte, ein anderes Unternehmen wolle den Betrieb übernehmen. Es kam zum Betriebsübergang, dem der Kläger nicht widersprach, wobei den Arbeitnehmern aber nicht mitgeteilt wurde, dass der neue Arbeitgeber nur Teile des Anlagevermögens sowie die Vorräte und halbfertigen Arbeiten übernahm. Insbesondere das Betriebsgrundstück wurde nicht auf den neuen Arbeitgeber, sondern anderweitig übertragen. Nachdem der neue Arbeitgeber in Insolvenz geraten war, wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem neuen Arbeitgeber gekündigt. Nachdem sich der Kläger mit dem neuen Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess verglichen hatte, verklagte er seinen alten Arbeitgeber und verlangte Schadensersatz in Höhe der Sozialplanabfindung, weil er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hätte, wenn er darüber unterrichtet gewesen wäre, dass das Betriebsgrundstück nicht Teil des Betriebsübergangs wurde. Zwar unterlag der Kläger, weil der Sozialplan nicht wirksam zustande gekommen war und für andere finanzielle Ausgleichsansprüche ebenfalls einzelne Tatbestandsvoraussetzungen fehlten, grundsätzlich führte das Bundesarbeitsgericht aber aus, dass ein Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Unterrichtung der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang dem Grunde nach möglich gewesen wäre, weil die Arbeitgeber insbesondere auch darüber unterrichten mussten, dass das Betriebsgrundstück aus dem Betriebsübergang herausgelöst worden war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat weitreichende Folgen, denn das Bundesarbeitsgericht verschärft die Anforderungen, die an die Information der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gestellt werden, weiter. Aus der Entscheidung kann geschlossen werden, dass auch über die wirtschaftlichen und vertraglichen Rahmenbedingungen informiert werden muss. Aus dem Gesetz heraus ist diese Reichweite der Informationspflicht nicht zu entnehmen. Umso größer ist die Gefahr unzureichender Information und damit verbunden die Gefahren für die Arbeitgeber.

## **14. Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Steuerhinterziehung**

### **Einführung**

Nach der gesetzlichen Vorgabe haftet derjenige, der eine Steuerhinterziehung begeht, für die verkürzten Steuern und die zu Unrecht gewährten Steuervorteile sowie für die Zinsen. Der Antragsteller war Geschäftsführer und Mitgesellschafter einer GmbH. Im Jahr 2003 veräußerten die Gesellschafter ihre Geschäftsanteile. Anschließend wurde der Sitz der Gesellschaft verlegt. Durch rechtskräftige Abweisung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse wurde die GmbH aufgelöst und im Jahr 2005 von Amts wegen im Handelsregister gelöscht. Mit Strafbefehl aus dem Jahr 2004 wurde gegen den Antragsteller als Geschäftsführer der GmbH wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer zugunsten der GmbH eine Geldstrafe von 4.500 EUR festgesetzt. Es wurde festgestellt, dass er als Geschäftsführer es unterlassen habe, die Umsatzsteuererklärung 2000 rechtzeitig abzugeben, und eine viel zu niedrige Schätzung des Finanzamts hingenommen habe. Hierbei wurden ca. 41.000 EUR verkürzte Steuern als strafbefähigen behandelt. Ein weiteres Steuerstrafverfahren gegen den Antragsteller wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer 1997 wurde gegen Auflage eingestellt (§ 153a StPO). Mit Bescheid vom 13.6.2007 nahm das Finanzamt den Antragsteller für rückständige Umsatzsteuer 2000 nebst Zinsen sowie für rückständige Zinsen zur Umsatzsteuer 1997 der GmbH in Haftung. Über einen eingelegten Einspruch hat das Finanzamt noch nicht entschieden. Mit einer Verfügung hat das Finanzamt dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung teilweise entsprochen und den Antrag im Übrigen abgelehnt. Der abgelehnte Betrag entspricht dem strafbefähigen Teil der verkürzten Umsatzsteuer 2000 sowie der Zinsen. Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung hat auch das Finanzgericht abgelehnt. Bei der im Aussetzungsverfahren gebotenen und auch ausreichenden summarischen Beurteilung des Sachverhalts anhand präsenter Beweismittel bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids. Das Finanzamt habe den Antragsteller zu Recht für Steuerschulden der GmbH in Anspruch genommen. Voraussetzung der Haftungsinanspruchnahme sei zunächst



die Feststellung des Vorliegens einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO). Die Steuerhinterziehung müsse tatbestandsmäßig, rechtswidrig und vorsätzlich schuldhaft verwirklicht worden sein. Der objektive und subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung sei erfüllt. Der Antragsteller sei als langjähriger Geschäftsführer zur rechtzeitigen Abgabe wahrheitsgemäßer Umsatzsteuererklärungen verpflichtet gewesen (§ 150 AO i. V. m. § 18 Abs. 1 UStG). Dieser Verpflichtung sei er wissentlich und willentlich nicht nachgekommen und habe die zu niedrige Schätzung des Finanzamts dadurch zumindest billigend in Kauf genommen. Hierbei macht sich das Finanzgericht die tatsächlichen Feststellungen, Beweiswürdigungen und rechtlichen Beurteilungen des rechtskräftig gewordenen Strafbefehls zu eigen. Der Antragsteller könne sich auch nicht darauf berufen, dass er auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung der steuerlichen Pflichten seines früheren Steuerberaters vertraut habe. Denn hinsichtlich der Überlassung von Geschäftsführeraufgaben an Dritte bestehe die Pflicht des Geschäftsführers zur sorgfältigen Auswahl sowie laufender Überwachung des Dritten bei der Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben. Jeder Geschäftsführer müsse sich so eingehend über den Geschäftsgang unterrichten, dass er unter normalen Umständen mit der ordnungsgemäßen Erledigung der Geschäfte rechnen und ein Fehlverhalten des Beauftragten erkennen könne. Entgegen der Auffassung des Antragstellers seien der Schaden des Fiskus und die Kausalität seines Handelns auch nicht deshalb zu verneinen, weil die GmbH schon im Zeitpunkt der gesetzlichen Fälligkeit der Umsatzsteuerschuld – möglicherweise – nicht mehr genügend Mittel zu deren Begleichung zur Verfügung hatte. Zwar sei auch bei dem Haftungstatbestand der Steuerhinterziehung für den Umfang der Haftung darauf abzustellen, inwieweit das strafrechtlich vorwerfbare Verhalten für den Steuerausfall ursächlich gewesen sei. Jedoch könne ein haftungsbegründender ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verletzung der Steuerklärungspflicht und dem eingetretenen Steuerausfall (Haftungsschaden) auch dadurch begründet sein, dass durch die unrichtige Steuererklärung eine aussichtsreiche Vollstreckungsmöglichkeit des Finanzamts vereitelt worden ist. In Betracht komme auch, dass der aufgrund pflichtwidriger Nichtabgabe einer Umsatzsteuererklärung Haftende den Steuerschuldner schon zu einem früheren Zeitpunkt schuldhaft außerstande gesetzt hat, die vorhersehbare Steuerschuld tilgen zu können. In diesem Fall liege der maßgebliche Grund für den Steuerausfall nämlich nicht in der mangelnden Liquidität der Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt, sondern darin, dass durch die Abgabe einer unzutreffenden Steueranmeldung der Erfolg der vorsätzlichen Verschlechterung der Liquiditäts- und Vermögensverhältnisse der GmbH sichergestellt werden soll, wofür der Geschäftsführer der GmbH verantwortlich gemacht werden könne. So verhalte es sich im Streitfall. Denn aufgrund der Nichtabgabe der Umsatzsteuererklärung 2000 erfolgte eine deutlich zu niedrige Schätzung des Finanzamts. Bei fristgerechter Anmeldung hätte die GmbH die ihren Leistungsempfängern in Rechnung gestellte Umsatzsteuer auch entrichten können. Es könne auch kein Ermessensfehlergebrauch (§ 191 AO) bei Erlass des Haftungsbescheids festgestellt werden. Unter den gegebenen Umständen hätte das Finanzamt sein Entschließungs- und Auswahlermessen richtig betätigt. Im Falle vorsätzlicher Pflichtverletzung und Steuerhinterziehung sei das Entschließungsermessen in der Weise vorgeprägt, dass es einer besonderen Begründung der Ermessenbetätigung nicht bedürfe. Habe jemand als Täter oder Teilnehmer eine vorsätzliche Steuerstraftat begangen, so sei es im Regelfall sachgerecht, wenn ihn die Finanzbehörde für den Steuerschaden in Anspruch nehme. Sie würde eher ermessensfehlerhaft handeln, wenn sie den Betroffenen von einer Inanspruchnahme freistelle. Entgegen der Ansicht des Antragstellers komme es bei der Ermessensausübung auch nicht darauf an, ob ein wirtschaftlicher Vorteil erlangt worden sei. Eine Aussetzung der Vollziehung könne auch nicht im Hinblick auf eine „unbillige Härte“ gewährt werden. Da keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids bestünden, komme eine Aussetzung wegen unbilliger Härte nicht in Betracht.

## 15. Verlustvorträge mindern die Basis für Tantieme

### **Einführung**

Tantiemehzahlungen einer GmbH an ihre Gesellschafter-Geschäftsführer sind in der Praxis ebenso gängig wie steuerlich risikobehaftet. Die Rechtsprechung hat für die steuerliche Anerkennung im Laufe vieler Jahre Regelungen herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe solche Tantiemehzahlungen erfolgen können. Werden diese Regeln nicht befolgt, so droht die Behandlung der Tantieme (ganz oder teilweise) als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA).

### **Berücksichtigung von Verlusten**

Regelmäßig knüpfen die Tantiemen an den handelsrechtlichen Jahresüberschuss der GmbH vor Berücksichtigung von Steuern und Tantiemen. Damit bemisst sich die Tantieme grundsätzlich nach dem Ergebnis des jeweiligen Jahres. Allerdings hat der BFH bereits entschieden, dass Verlustvorträge früherer Jahre jedenfalls dann in die Bemessungsgrundlage der Tantieme einbezogen werden müssen, wenn der tantiemberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer für den Verlust verantwortlich oder zumindest mitverantwort-



lich ist. Erfolgt keine Kürzung um die Verlustvorträge, liegt in Höhe der Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten und der Tantieme mit Berücksichtigung des Verlustvortrags eine vGA vor.

### **Sachverhalt und Entscheidung**

In dem nun zu entscheidenden Fall war unter der Führung des Gesellschafter-Geschäftsführers ein Verlust entstanden. In der Handelsbilanz kam es jedoch nicht zum Ausweis eines Verlustvortrags, weil noch in ausreichender Höhe nicht ausgeschüttete Gewinne früherer Jahre vorgetragen wurden. Im auf das Verlustjahr folgenden Geschäftsjahr erwirtschaftete die GmbH wieder einen Gewinn. Die Bemessungsgrundlage für die Tantieme wurde nicht gekürzt. Der BFH hat hierin eine vGA gesehen. Nach seiner Auffassung würde ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter den vom Geschäftsführer zu verantwortenden Erfolg in der Regel an einer langfristigen Betrachtung und nicht am Ergebnis eines einzelnen Jahres messen und den Geschäftsführer an den positiven wie auch den negativen Folgen seiner Tätigkeit beteiligen. Bei einer Verrechnung von bilanziellen Gewinn- und Verlustvorträgen würde sich der erwirtschaftete Verlust u. U. überhaupt nicht auf die Tantieme auswirken. Außerdem hinge die Höhe der Tantieme davon ab, ob die in den Vorjahren erzielten Gewinne ausgeschüttet wurden oder nicht. Die Entscheidung hierüber obliegt aber nicht dem Geschäftsführer, sondern den Gesellschaftern.

### **Konsequenz**

Erwirtschaftet eine GmbH, deren Gesellschafter-Geschäftsführer eine Gewinnantieme erhält, einen Verlust, so ist für die Ermittlung der Tantiemebasis eine Verlustnebenrechnung zu führen, bis die Verluste durch spätere Gewinne wieder kompensiert werden. Eine Kürzung alleine um den handelsbilanziellen Verlustvortrag ist nicht ausreichend. Beim mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten ihre Tätigkeit aufnehmen, ist diese Berechnung personenbezogen vorzunehmen.

## **16. Zufluss von Arbeitslohn**

### **Kernproblem**

Nach Prozessen vor dem Arbeitsgericht kann es zur Rückzahlung von Lohnersatzleistungen kommen. So geschehen bei einem Arbeitnehmer, der nach einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Änderungskündigung zunächst während des Prozessverlaufs Arbeitslosengeld von über 10.000 EUR erhielt. Nach der Verurteilung leistete der Arbeitgeber Lohn für mehrere Jahre von über 28.000 EUR, wobei er in Höhe des Arbeitslosengelds einen Teilbetrag wegen des gesetzlichen Forderungsübergangs nach dem Sozialgesetzbuch direkt an das Arbeitsamt zahlte. Der Arbeitnehmer wiederum widersprach dem steuerlichen Zufluss in dieser Höhe, da er in keiner Weise Zugriff gehabt habe. Das FG gab ihm zunächst Recht. Der BFH widersprach.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind Einnahmen dem Steuerpflichtigen zugeflossen, sobald er über sie wirtschaftlich verfügen kann und infolgedessen bei ihm eine Vermögensmehrung eingetreten ist. Bei Lohnansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wird der Zufluss des Arbeitslohns nicht bereits mit der Einräumung der Ansprüche, sondern erst mit deren Erfüllung gegenüber dem Arbeitnehmer bewirkt. Die Form des Übergangs der wirtschaftlichen Verfügungsmacht ist unerheblich. Der Steuerpflichtige erlangt diese auch dann, wenn der Geld- oder Sachwert im abgekürzten Zahlungsweg an einen Dritten für Rechnung des Steuerpflichtigen geleistet wird.

### **Entscheidung**

Wie der BFH feststellte, erfolgte die Zahlung des Arbeitgebers an das Arbeitsamt steuerrechtlich im abgekürzten Zahlungsweg, da sie wirtschaftlich sowohl zu einem Zufluss von Arbeitslohn beim Arbeitnehmer als auch zu einer Rückzahlung des vom Arbeitsamt gezahlten Arbeitslosengeldes führte. Die Rückzahlung des Arbeitslosengeldes wird aber über den negativen Progressionsvorbehalt berücksichtigt.

### **Konsequenz**

Der Rechtsfolgen des Streitfalls führten zu dem gesetzlich nicht geregelten Ergebnis, dass der Nachzahlungsbetrag sowohl der Tarifermäßigung (Fünftelregelung) als auch dem negativen Progressionsvorbehalt unterlag. Der BFH entschied, dass eine integrierte Steuerberechnung nach dem Günstigkeitsprinzip vorzunehmen sei. Danach sind die Ermäßigungsvorschriften in der Reihenfolge anzuwenden, wie sie zu einer geringeren Steuerbelastung führen, als dies bei ausschließlicher Anwendung des negativen Progressionsvorbehalts der Fall wäre.



## 17. Entschädigungsanspruch nach AGG

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dient dazu, diskriminierende Maßnahmen insbesondere im Arbeitsrecht zu sanktionieren. Vom Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes umfasst ist dabei nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Bewerber. Insoweit schreibt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vor, dass bereits das Einstellungsverfahren vom ersten Stelleninserat über die Bewerberauswahl und Vorstellungsgespräche bis hin zur eigentlichen Einstellung diskriminierungsfrei durchgeführt werden müsse. Kommt es zu Benachteiligungen, hat der diskriminierend abgewiesene Bewerber neben einem möglichen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch gegen den potenziellen Arbeitgeber einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch, den das Gesetz mit bis zu drei Monatsgehältern ansetzt. Gleichzeitig sieht das Gesetz vor, dass der Bewerber zur Durchsetzung seines Anspruchs lediglich ausreichende Indizien für seine Benachteiligung darlegen muss. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, zu beweisen, dass es zu keiner Diskriminierung gekommen ist. Das Landesarbeitsgericht Hamburg hatte nunmehr in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob dem Bewerber auch ein Auskunftsanspruch gegen den potenziellen Arbeitgeber zusteht, der darauf gerichtet ist, wen der potenzielle Arbeitgeber eingestellt hat.

### **Entscheidung**

Geklagt hatte eine 45-jährige Frau ausländischer Abstammung, die sich auf eine Stelle als Softwareentwicklerin beworben hatte und, ohne zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein, abgelehnt worden war. Hierauf machte sie ihren Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend und begründete diesen damit, dass angesichts ihrer Qualifikation objektiv kein anderer Bewerber geeigneter gewesen wäre als sie. Daher könne die Ablehnung nur auf ihr Geschlecht, Alter und ihre Herkunft gestützt worden sein. Um ihre Klage weiter begründen zu können, verlangte sie außerdem Auskunft über die Person des tatsächlich eingestellten Bewerbers. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage in zweiter Instanz ab, weil die Klägerin die Indizien für eine unzulässige Benachteiligung nicht hinreichend begründet hatte. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass eine 45-jährige Frau ausländischer Abstammung nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werde, existiere nicht. Ein Auskunftsanspruch bestünde nicht, weil dieser dem System des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zuwiderlaufen würde, nach dem zunächst der Bewerber die Indizien für eine Benachteiligung hinreichend begründen und der Arbeitgeber sich im Anschluss daran in vollem Umfang exkulpieren müsse. Die Klägerin habe aber noch nicht einmal Anhaltspunkte für eine Benachteiligung vorgetragen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung erlangt schon deshalb Bedeutung, weil sie eine erste obergerichtliche Entscheidung zur Beweislastsystematik des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes darstellt. Sie ist arbeitgeberfreundlich, weil sie feststellt, dass der Arbeitgeber nicht ohne Anhaltspunkte für eine Benachteiligung verpflichtet werden kann, den Bewerber bei der Durchsetzung seines Entschädigungsanspruchs zu unterstützen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache ist ausdrücklich zugelassen worden.

## 18. Bilanzielle Behandlung von Franchise-Werbebeiträgen

### **Kernproblem**

Von Franchisenehmern in einen „gemeinsamen Werbeetat“ eingezahlte und zum Bilanzstichtag noch nicht verbrauchte zweckgebundene Werbebeiträge zur Finanzierung der dem Franchisegeber obliegenden überregionalen Werbung sind beim Franchisegeber erfolgsneutral zu behandeln.

### **Sachverhalt**

Der Kläger betrieb in den Jahren 1998 bis 2000 als Franchisegeber ein Franchiseunternehmen im Bereich der Systemgastronomie. Die jeweils zwischen dem Kläger und den einzelnen Franchisenehmern abgeschlossenen Franchiseverträge enthielten Vereinbarungen, nach denen es den Franchisenehmern oblag, die lokale Werbung in ihrem jeweiligen Vertragsgebiet selbstständig zu betreiben und hierfür einen bestimmten Prozentsatz ihrer Umsatzerlöse aufzuwenden. Die überregionale Werbung für die von den Franchiseunternehmen hergestellten und vertriebenen Produkte wurde durch den Kläger konzipiert. Die Kosten dieser Werbemaßnahmen wurden aus einem vom Kläger verwalteten sog. „gemeinsamen Werbeetat“ bestritten, in den jeder Franchisenehmer monatlich weitere 1 % seiner jeweils erzielten Umsatzerlöse einzuzahlen hatte. Die den gemeinsamen Werbeetat betreffenden Vorgänge erfasst der Kläger in seiner Buchhaltung auf einem gesonderten Werbekonto. Eingezahlte, aber nicht zeitnah verbrauchte Beträge legte der



Kläger auf einem Festgeldkonto verzinslich an. In seiner Gewinnermittlung bildete er für die auf dem Werbekonto gebuchten Erlöse, soweit ihnen kein im gleichen Wirtschaftsjahr angefallener Werbeaufwand gegenüberstand, jeweils einen passiven Rechnungsabgrenzungsposten, den er zu Beginn des Folgejahres wieder auflöste. Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, dass eine Passivierung des im jeweiligen Wirtschaftsjahr nicht verbrauchten Werbeetats nicht in Betracht komme, die gebildeten Rechnungsabgrenzungsposten müssten daher gewinnerhöhend aufgelöst werden. Sowohl das Einspruchs- als auch das anschließende Klageverfahren gegen die geänderten Bescheide über die gesonderte Gewinnfeststellung und den Gewerbesteuermessbetrag blieben erfolglos. Auf die Revision des Klägers hob der BFH die Vorentscheidungen auf.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BFH muss der Kläger in seinen Bilanzen für die in den „gemeinsamen Werbeetat“ eingestellten und am Ende des betreffenden Wirtschaftsjahres noch nicht verausgabten Anteile am Umsatzerlös der Franchisenehmer jeweils einen Passivposten ansetzen, der die bisher vorgenommenen Ertragsbuchungen korrigiert. Ferner sind die Gewerbesteuerrückstellungen entsprechend anzupassen. Bei den am Ende des Wirtschaftsjahres vereinnahmten, aber nicht verbrauchten Werbegeldern handelt es sich um zweckbestimmte Geldzuflüsse, die der Kläger zum Bilanzstichtag noch nicht für Werbezwecke eingesetzt hatte und die daher nach Maßgabe der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG durch Ausweis einer Verbindlichkeit im Ergebnis erfolgsneutral zu erfassen sind. Hieraus folgt in bilanzrechtlicher Hinsicht, dass die Zahlungen der Franchisenehmer, soweit sie noch nicht für Werbezwecke eingesetzt worden sind, keinen Ertrag darstellen, da sie bestimmungsgemäß für Werbemaßnahmen verwendet werden müssen. Vielmehr sind sie in diesem Umfang als sonstige, dem Grunde und der Höhe nach feststehende Verbindlichkeiten auszuweisen und demgemäß erfolgsneutral zu behandeln.

### **Konsequenz**

Erhaltene und noch nicht verbrauchte Zahlungen, die für Werbezwecke verwendet werden müssen, haben eine gewisse Ähnlichkeit mit durchlaufenden Posten, deren Gewinnneutralität durch Verbuchung gleich hoher Wertzu- und -abgänge erreicht wird. Die Regeln für passive Rechnungsabgrenzungsposten sind nicht anzuwenden, da es nicht um die zeitliche Zuordnung von Ertrag geht, sondern um die bilanzsteuerrechtliche Erfassung noch nicht verbrauchter „Aufwandsbeiträge“.

## **19. Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nur bei unveränderten Arbeitsbedingungen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Nach den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags grundsätzlich eines sachlichen Grundes. Ohne sachlichen Grund ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nur einmal und maximal bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig, wobei es aber möglich ist, dass der ursprünglich sachgrundlos befristet abgeschlossene Arbeitsvertrag bis zur Maximaldauer der sachgrundlosen Befristung insgesamt dreimal verlängert wird. Allerdings hatte das Bundesarbeitsgericht in einer jüngeren Entscheidung bereits geurteilt, dass es unzulässig sei, zusammen mit der Verlängerung der Befristung des Arbeitsverhältnisses auch Arbeitsbedingungen zu ändern. Werden Arbeitsbedingungen geändert, soll es zum Abschluss eines neuen wiederum sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses kommen. Dieses neue sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis ist aber unzulässig, weil die einmalige Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung mit der ersten Befristung verbraucht ist. Die neue sachgrundlose Befristung (= Verlängerung der ersten Befristung und Änderung der Arbeitsbedingungen) ist damit unzulässig und es entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. In einer neuesten Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr dargelegt, was eine „Änderung von Arbeitsbedingungen“ bei Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses sein kann.

### **Entscheidung**

Auf Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags angestellt war. Der erste befristete Arbeitsvertrag sah – gesetzlich notwendig – ein schriftlich vereinbartes Kündigungsrecht während der Dauer der Befristung vor. Dieser erste befristete Arbeitsvertrag wurde verlängert. Dabei wurde das Kündigungsrecht für die Dauer der Befristung im Rahmen der Verlängerung aufgehoben. Das Bundesarbeitsgericht sah in der Verlängerung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung den Neuabschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags. Denn eine zulässige Verlängerung setze voraus, dass ausschließlich die Vertragsdauer geändert wird. Ursprünglich hatten die Vertragsparteien ein Kündigungsrecht während der Laufzeit der Befristung vereinbart. Dieses war erforderlich, um den befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrag vor Ende der Laufzeit kündigen zu können. Mit dem Wegfall dieser Kün-



digungsregelungen seien Arbeitsbedingungen geändert worden, sodass vom Abschluss eines neuen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags auszugehen sei, dessen sachgrundlose Befristung aber unzulässig sei. Entsprechend bestünde zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

**Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Gefahren der sachgrundlosen Befristung. Die eigentlich der flexiblen Handhabung der sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisse dienende Möglichkeit, diese bis zur Maximaldauer von zwei Jahren verlängern zu können, ist auf die bloße Verlängerung der Arbeitsverhältnisse beschränkt. Will der Arbeitgeber Arbeitsbedingungen selbst zugunsten des Arbeitnehmers verändern, führt dies zur Annahme eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.